

Retentierecht en uitwinning

Mr. M.A. Heilbron

Serie Onderneming en Recht
deel 110



RETENTIERECHT EN UITWINNING

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

Onder redactie van

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann
Prof. mr. N.E.D. Faber

deel 110

RETENTIERECHT EN UITWINNING

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE RADBOUD UNIVERSITEIT NIJMEGEN
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS PROF. DR. J.H.J.M. VAN KRIEKEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP DONDERDAG 17 APRIL 2019
OM 16.30 UUR PRECIES

DOOR

MEREL ALEXANDRA HEILBRON

GEBOREN OP 28 AUGUSTUS 1986
TE ROTTERDAM

WOLTERS KLUWER – 2019

Promotor:
– prof. mr. S.E. Bartels

Manuscriptcommissie:
– prof. mr. drs. J.W.A. Biemans
– prof. mr. J.J. van Hees (*voorzitter*)
– prof. mr. C.J.M. Klaassen

Verkorte citeerwijze: Heilbron, *Retentierecht en uitwinning (O&R nr. 110)* 2019/ [paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: M.A. Heilbron, *Retentierecht en uitwinning (Onderneming en recht nr. 110)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

ISBN 978 90 13 15343 9
ISBN 978 90 13 15344 6 (E-book)
NUR: 827-704

Cremers visuele communicatie, grafisch ontwerp

© 2019, M.A. Heilbron, Nijmegen

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator

NAVIGATOR

WOORD VOORAF

Het retentierecht heeft een hybride karakter: enerzijds is het een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht en anderzijds heeft het goederenrechtelijke kenmerken. De retentor heeft voorrang en mag zich verhalen op zaken van derden. De goederenrechtelijke kenmerken spelen met name op als de teruggehouden zaak – al dan niet collectief – wordt uitgewonnen.

Heilbron onderzocht in hoeverre het procesrecht en het faillissementsrecht zijn toegerust voor het bijzondere verhaalsrecht van de retentor. Het retentierecht komt regelmatig voor in rechtspraak en literatuur, maar tot nu toe ontbrak een werk waarin op een systematische manier het retentierecht in verband met de uitwinning van de teruggehouden zaak – buiten en tijdens faillissement – werd geanalyseerd.

Op grondige en heldere wijze bespreekt Heilbron een breed scala aan casus. Zowel voor de wetenschap als de praktijk is dit een uiterst nuttig boek, dat veelvuldig zal worden geraadpleegd. Het onderzoek is verricht in het kader van het onderzoeksprogramma Financiering, Zekerheden & Insolventie van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Wij nemen het proefschrift graag op in de serie.

S.C.J.J. Kortmann
N.E.D. Faber

Nijmegen, december 2018

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF V

AFKORTINGEN XVII

Hoofdstuk 1 Inleiding 1
1.1 Onderwerp en vraagstelling 1
1.2 Doel en methode 3
1.3 Verhouding tot eerder onderzoek 6
1.4 Plan van behandeling 7

DEEL I Het retentierecht op hoofdlijnen 11

Hoofdstuk 2 Algemene beschouwingen 13
2.1 Inleiding 13
2.2 Plaatsbepaling 14
2.2.1 De aard van het retentierecht 14
2.2.2 De aard van het retentierecht en het IPR 15
2.2.3 Functies en kenmerken van het retentierecht 17
2.2.4 Aanverwante figuren 21
2.2.5 Opschorting van verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke verplichtingen tot afgifte 22
2.2.6 Vergelijking met de Duitse retentierechten 26
2.3 Hoofdlijnen van de wettelijke regelingen van retentierecht in Boek 3 BW 33
2.3.1 Inleiding 33
2.3.2 De algemene regeling van art. 3:290 e.v. en 6:52 e.v. BW 34
2.3.3 Het retentierecht en de enac 37
2.3.4 Het retentierecht van de houder op grond van art. 3:124 jo. 3:120 lid 2 en 3 BW 41
2.4 Conclusies 43

Hoofdstuk 3 Vereisten 45
3.1 Inleiding 45
3.2 Het ontstaansmoment van het retentierecht 45
3.2.1 Inleiding 45
3.2.2 Terminologie 46
3.2.3 De bevoegdheid tot opschorting en de uitoefening van het opschortingsrecht 47
3.2.4 Rechtsgevolgen van de uitgeoefende bevoegdheid tot opschorting 55
3.2.5 Rechtsgevolgen van onbevoegde opschorting 57
3.3 Vereisten voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid 58
3.3.1 Inleiding 58
3.3.2 De vordering tot afgifte van de wederpartij 59
3.3.3 De schuldeiser heeft de macht over een zaak 62
3.3.3.1 Inleiding 62
3.3.3.2 Begrip feitelijke macht 63
3.3.3.3 Het verkrijgen van de macht 66
3.3.3.4 De verkeersopvatting als maatstaf voor de machtsuitoefening 68
3.3.3.5 Bij onroerende zaken geschiedt afgifte door ontruiming 72
3.3.3.6 Exclusiviteit van de feitelijke macht 74
3.3.3.7 Continuïteit van de feitelijke macht 77
3.3.3.8 Inschrijving in de openbare registers 78
3.3.4 De schuldeiser heeft een (opeisbare) vordering 81
3.3.4.1 Inleiding 81
3.3.4.2 Het ontstaansmoment van de vordering van de retentor 82
3.3.4.3 De hoogte van de vordering is nog niet zeker 84
3.3.4.4 Is opeisbaarheid vereist? 85
3.3.5 Samenhang tussen de vordering en de verplichting tot afgifte 88
3.3.6 Nauwere samenhang vereist jegens derden 90
3.4 Kenbaarheid van de opschorting 92
3.4.1 Onderscheid tussen de kenbaarheid van de opschorting en de kenbaarheid van de machtsuitoefening 92
3.4.2 Geen mededeling, wel kenbaarheid van de opschorting vereist 93
3.5 Conclusies 97

Hoofdstuk 4 Derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid 99
4.1 Inleiding 99
4.2 Art. 3:291 lid 1 BW beschermt de posterieure derde voor wie de machtsuitoefening niet kenbaar was 100
4.3 Achtergrond en werking van art. 3:291 lid 2 BW 109
4.3.1 Inleiding 109
4.3.2 De totstandkoming van art. 3:291 lid 2 BW 110
4.3.3 De bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst met de retentor te sluiten 113
4.3.3.1 De rechtsverhouding tussen de derde en de schuldenaar is bepalend 113
4.3.3.2 Derdenwerking op basis van bevoegd handelen 114
4.3.3.3 De vorm van de bevoegdheid 117
4.3.3.4 Het object van de bevoegdheid 117
4.3.4 Goede trouw van de retentor 119
4.3.4.1 Inleiding 119
4.3.4.2 Bepalingen met dezelfde strekking 120
4.3.4.3 Derdenwerking op basis van het vertrouwensbeginsel 124
4.3.4.4 Invulling van de goede trouw 129
4.4 Posterieur of anterieur? 141
4.4.1 Inleiding: één categorie makkelijke, drie categorieën moeilijke gevallen 141
4.4.2 Het vergelijken van de twee ontstaansmomenten 142
4.4.3 Art. 3:291 lid 1 en 2 BW zijn niet sluitend 143
4.4.4 De kwalificatie als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW 146
4.4.4.1 Inleiding 146
4.4.4.2 Twee benaderingen 148
4.4.4.3 Goederenrechtelijke rechten 151
4.4.4.4 Verbintenisrechtelijke gebruiksrechten 151
4.4.4.5 Verkrijgers aan wie nog geleverd moet worden of jegens wie nog de vestigingshandelingen voor een beperkt recht verricht moeten worden 152
4.4.4.6 Vormerkung 154
4.4.4.7 Beslag 155
4.4.4.8 Voorrechten 159
4.4.5 Het peilmoment 162
4.5 Conclusies 164

DEEL II Retentierecht en uitwinning buiten faillissement 167

Hoofdstuk 5 Beslag op en executie van de teruggehouden zaak 169
5.1 Inleiding 169
5.2 Retentierecht en executieverkoop 170
5.2.1 Inleiding 170
5.2.2 Inroepen retentierecht tegen de executant en andere beslagleggers 171
5.2.3 Afstand van het retentierecht met behoud van voorrang 176
5.2.4 Het retentierecht als bijzondere last in de zin van art. 7:15 BW 178
5.2.5 Lossing van de retentor is niet mogelijk 183
5.2.6 Beslag onder zichzelf op roerende zaken tegenover 'gewoon' beslag op roerende zaken 186
5.2.7 Verval van het retentierecht door zuivering? 187
5.2.7.1 Ratio van zuivering 187
5.2.7.2 Het retentierecht vervalt niet door zuivering, maar dat zou wel zo moeten zijn 188
5.2.7.3 Wel zuivering bij beslag door de retentor 193
5.2.8 De achtergrond van de voorrang van de retentor 194
5.2.8.1 Inleiding 194
5.2.8.2 Voorrang heeft bij uitwinning dezelfde werking als een voorrecht 195
5.2.8.3 Historische achtergrond van retentie en preferentie 196
5.2.8.4 De sociaaleconomische reden voor voorrang 200
5.2.8.5 De pragmatische reden voor voorrang 203
5.3 Retentierecht en vuistpandrecht in één hand bij executie 204
5.3.1 Inleiding 204
5.3.2 Pandexecutie door de retentor met een vuistpandrecht 205
5.3.3 Beslagexecutie door de retentor met een vuistpandrecht 206
5.3.4 Rangwisseling bij samenloop met een anterieur stil pandrecht 208
5.3.5 Intermezzo I: De Belgische Pandwet 212
5.3.6 Intermezzo II: verhaal door een pandhouder op een vordering waarvoor retentierecht wordt uitgeoefend 215
5.4 Executie door een hypotheekhouder en het retentierecht 222
5.4.1 Inleiding 222
5.4.2 Werking van het retentierecht jegens de hypotheekhouder 223
5.4.3 Invloed van de hypotheekbedingen 224
5.4.3.1 Algemeen 224
5.4.3.2 Het beheersbeding en het ontruimingsbeding 226

5.4.3.3 Het beding van niet-verandering 228
5.4.4 Afstand bij voorbaat van het retentierecht jegens de hypotheekhouder 237
5.4.4.1 Inleiding 237
5.4.4.2 Overeenkomst hypotheekgever–aannemer met derdenbeding ten behoeve van de hypotheekhouder 238
5.4.4.3 Overeenkomst hypotheekhouder–aannemer 241
5.5 De blokkerende werking van beslag en het retentierecht 242
5.5.1 Blokkerende werking van het beslag 242
5.5.2 Beslag is een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 lid 2 BW 243
5.5.3 Beperkt het beslag de bevoegdheid van de beslagene om een overeenkomst aan te gaan in de zin van art. 3:291 lid 2 BW? 244
5.5.4 Beperkt het beslag de bevoegdheid van de beslagene om de zaak in de macht van een ander te brengen? 246
5.5.5 Kan de blokkerende werking van het beslag de derdenwerking van het retentierecht tegenhouden? 249
5.5.6 Is art. 453a lid 2 Rv ook van toepassing op het retentierecht? 251
5.6 Conclusies 251

Hoofdstuk 6 Het verhaalsrecht op zaken van derden 255
6.1 Inleiding 255
6.1.1 Onderwerp en opzet 255
6.1.2 Afbakening ten opzichte van derdenbeslag 256
6.2 Hoofdlijnen van het derdenverhaalsrecht van de retentor 258
6.2.1 Inleiding 258
6.2.2 Uitleg van 'voorrang' in art. 3:292 BW 258
6.2.3 Verhaalsrecht zonder vordering en verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld 259
6.2.4 Rationes van het derdenverhaalsrecht van de retentor 265
6.2.5 Vordering op de derde uit ongerechtvaardigde verrijking 269
6.2.6 Subsidiariteit van het derdenverhaalsrecht? 273
6.2.6.1 Inleiding 273
6.2.6.2 Uitgangspunt: de retentor heeft de vrije keuze 273
6.2.6.3 Uitzondering: subsidiariteit van het derdenverhaalsrecht 275
6.2.6.4 Geen analoge toepassing van art. 3:234 lid 1 BW op de retentor 284

6.2.7 Voldoening door de derde, subrogatie en de gevolgen voor het retentierecht 287
6.2.8 De positie van 'vierde'-rechthebbenden 289
6.3 Beslag op zaken van derden 292
6.3.1 Inleiding 292
6.3.2 Uitgangspunten 293
6.3.2.1 Doorwerking onderscheid vordering en verhaalsrecht in het beslagrecht 293
6.3.2.2 Terminologie 294
6.3.2.3 Beslagobject: de zaak of het recht? 297
6.3.3 Executoriaal beslag 298
6.3.3.1 Inleiding 298
6.3.3.2 De betekenis van art. 435 Rv 298
6.3.3.3 De executoriale titel 300
6.3.3.4 Drie modaliteiten van de executoriale titel 306
6.3.3.5 De beslaglegging 317
6.3.4 Conservatoir beslag 319
6.3.4.1 Inleiding 319
6.3.4.2 De mogelijkheid tot conservatoir beslag op goederen van derden 319
6.3.4.3 Het beslagrekest 320
6.3.4.4 De beoordeling van het rekest 323
6.3.4.5 De beslaglegging 325
6.3.4.6 Het opheffingskortgeding 326
6.4 Verhaal op de derde tijdens faillissement van de schuldenaar 328
6.4.1 Inleiding 328
6.4.2 Art. 60 Fw is niet van toepassing 330
6.4.3 Verificatie 331
6.4.4 Oplossing 1: Procederen tegen de derde ter verkrijging van een titel tegen hem 335
6.4.5 Oplossing 2: Procederen tegen de curator ter verkrijging van een titel 341
6.5 Conclusies 345

DEEL III Retentierecht en uitwinning tijdens faillissement 349

Hoofdstuk 7 De toepasselijkheid van art. 60 fw 351
7.1 Inleiding 351
7.2 Het principe dat het faillissement verbintenissen niet beïnvloedt prevaleert boven art. 60 Fw 352
7.3 Beëindiging van de contractuele verhouding tijdens faillissement 357
7.3.1 Inleiding 357
7.3.2 Nebula en Berzona op hoofdlijnen 358
7.3.3 Beëindiging van overeenkomsten tijdens faillissement: alle omstandigheden van het geval 360
7.3.3.1 Inleiding 360
7.3.3.2 Aanneming van werk 361
7.3.3.3 Bewaarneming 363
7.3.3.4 Huur van een onroerende zaak 364
7.3.3.5 Bruikleen 365
7.4 De vereisten voor het retentierecht (tijdens faillissement) 366
7.5 Conclusies 373

Hoofdstuk 8 Retentierecht in faillissement van de schuldenaar 375
8.1 Inleiding 375
8.1.1 Inleiding op art. 60 Fw 375
8.1.2 Opbouw 376
8.1.3 Afbakening 376
8.2 Hoofdlijnen van art. 60 Fw 377
8.2.1 Inleiding 377
8.2.2 De twee functies van art. 60 lid 1 Fw 378
8.2.2.1 Inleiding 378
8.2.2.2 Het retentierecht vervalt niet van rechtswege door faillietverklaring 378
8.2.2.3 Afbakening van het toepassingsbereik van art. 60 Fw 379
8.2.3 De curator kan de vordering van de retentor voldoen 381
8.2.4 De curator kan de zaak opeisen en verkopen 385
8.2.4.1 Inleiding 385
8.2.4.2 Wat is 'opeising'? 385
8.2.4.3 Verkoop door de retentor als (middellijk) vertegenwoordiger 391
8.2.4.4 De retentor behoudt voorrang op de verkoopopbrengst van de zaak 394
8.2.4.5 Opeising en verkoop in het kader van een activatransactie 398

8.2.4.6 Is de weigering tot afgifte aan een koper na opeising onrechtmatig? 400
8.2.4.7 Vergelijking met Duitse retentierechten in faillissement op het punt van (opeising en) verkoop 403
8.2.5 Varianten van opeising zonder verkoop van de zaak 407
8.2.5.1 Inleiding 407
8.2.5.2 Opeising en gestrande verkoop 408
8.2.5.3 Opeising gevolgd door een akkoord 409
8.2.5.4 Opeising van de administratie van de gefailleerde bij derden op basis van art. 105b Fw 411
8.2.6 De termijnstelling door de retentor 417
8.2.6.1 Inleiding 417
8.2.6.2 Ratio van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw 418
8.2.6.3 Wat moet de curator binnen de termijn hebben gedaan? 421
8.2.6.4 Een redelijke termijn 424
8.2.6.5 Misbruik van recht door de retentor 429
8.2.6.6 Vergelijking met Duits recht op het punt van de termijnstelling 432
8.2.7 Parate executie door de retentor 433
8.2.7.1 Executie overeenkomstig pand- of hypotheekrecht 433
8.2.7.2 Btw-afdrachtverplichtingen 435
8.3 Executie van de teruggehouden zaak door pand- of hypotheekhouder 437
8.3.1 Inleiding 437
8.3.2 Als het retentierecht niet tegen de pand- of hypotheekhouder kan worden ingeroepen 438
8.3.3 Art. 60 en art. 57 Fw gecombineerd: de curator kan de zaak opeisen en de separatist kan executeren 439
8.3.4 Verhouding zekerheidsgerechtigde en retentor met recht van parate executie 441
8.3.5 Onderlinge afspraak tussen separatist en retentor over vrijgave en executie 442
8.3.5.1 Inleiding 442
8.3.5.2 De afspraak kan nog tijdens faillissement worden gemaakt met werking tegen de boedel 443

8.3.5.3 Nuancering bij voorafgaande opeising door de curator? 452
8.3.5.4 Verhaal van het aan de retentor betaalde bedrag onder de zekerheden 453
8.4 De voorwaarden voor het retentierecht worden tijdens faillissement pas vervuld 453
8.4.1 Inleiding 453
8.4.2 Het fixatiebeginsel en het retentierecht 454
8.4.3 Vorderingen ontstaan tijdens faillissement, voortvloeiend uit een bestaande (goederenrechtelijke) rechtsverhouding 457
8.4.4 De feitelijke macht wordt verkregen tijdens faillissement 459
8.4.5 Retentierecht voor een boedelvordering en de toepasselijkheid van art. 60 Fw 461
8.4.6 Retentierecht in verband met een vernietiging op grond van de faillissementspauliana 464
8.5 Conclusies 465

Hoofdstuk 9 Retentierecht in faillissement van de derde-eigenaar 469
9.1 Inleiding 469
9.1.1 Inleiding op het onderwerp 469
9.1.2 Terminologie 470
9.2 Art. 60 Fw is toepasselijk op het retentierecht in faillissement van derde-eigenaren 471
9.2.1 Inleiding 471
9.2.2 Tekstuele interpretatie van het begrip schuldeiser in art. 60 Fw 471
9.2.3 Systematische analyse van het begrip schuldeiser in de Faillissementswet 472
9.2.4 Uit de wetsgeschiedenis volgt geen tegenargument 478
9.2.5 De ratio van art. 60 Fw en art. 3:292 jo. 3:292 BW brengt overeenkomstige toepassing mee 478
9.2.6 Tussenconclusie 480
9.3 Uitwerking van de toepassing van art. 60 Fw op het derdenretentierecht 481
9.3.1 Inleiding 481
9.3.2 De positie van de schuldenaar 482
9.3.3 Verificatie 484
9.3.4 Voorrang van de retentor op de opbrengst van één boedelbestanddeel 486
9.4 Conclusies 490

Hoofdstuk 10 Slotbeschouwing 493
10.1 Inleiding 493
10.2 Drie rode lijnen 493
10.3 Conclusies 497
10.4 Tot slot 505

Summary 509

Verkort aangehaalde literatuur 519

Jurisprudentieregister 569

Wetsartikelenregister 583

Trefwoordenregister 595

Curriculum Vitae 607

AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel(en)
BBW	Burgerlijk Wetboek van België
bew.	bewerker(s)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland)
BGH	Bundesgerichtshof
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrechtspraak
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
Cass. Civ	Cour de cassation chambre civile (Frankrijk)
Cc	Codice civile (Italië)
c.p.	constituto possessorio
c.q.	casu quo
c.s.	cuim suis
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
enac	exceptio non adimpleti contractus
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
EP	Eerste Protocol (bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens)
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Iw	Invorderingswet
Fw	Faillissementswet
GS	Groene Serie
HGB	Handelsgesetzbuch (Duitsland)
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad

InsO	Insolvenzordnung
IVo	Insolventieverordening
Iw	Invorderingswet
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
Kadw.	Kadasterwet
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
m.nt.	met noot
Mon. BW	Monografieën BW
MvA	Memorie van antwoord
MvO	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvT	Memorie van toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief Nieuw Burgerlijk Wetboek
nr.	nummer(s)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
o.a.	onder andere(n)
o.m.	onder meer
p.	pagina(s)
P-G	Procureur-Generaal
par.	paragraaf
q.q.	qualitate qua
rb.	rechtbank
r-c	rechter-commissaris
red.	redactie
RM	Rechtsgeleerd Magazijn
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvA	Raad van arbitrage voor de bouw
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad
S&S	Schip & Schade
s.n.	sine nomine
Stb.	Staatsblad
Sr	Wetboek van Strafrecht
TBBR	Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
TBH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvAR	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
TvPP	Tijdschrift voor de Procespraktijk
V&O	Vennootschap & Onderneming
vgl.	vergelijk
vzr.	voorzieningenrechter
W	Weekblad van het Regt
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WNvH	Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet
VrA	Vermogensrechtelijke Analyses
ZGB	Zivilgesetzbuch (Zwitserland)

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

1.1 Onderwerp en vraagstelling

1. Het retentierecht is de bevoegdheid om een zaak niet af te geven als de andere partij niet nakomt. De basale reflex om de eigen prestatie op te schorten totdat de ander doet wat hij moet doen is waarschijnlijk al zo oud als de mensheid. Het retentierecht is de wettelijke verankering van deze basale menselijke reflex. Deze figuur is het onderwerp van dit proefschrift. Retentierechten kunnen in allerlei verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke rechtsverhoudingen voorkomen. Bijvoorbeeld in het kader van overeenkomsten van aanneming van werk, bewaarneming, bruikleen of huur, en bij erfpacht en opstal. Het voorbeeld waar veel juristen mee opgroeien is dat van de auto die naar de garage wordt gebracht. Als de eigenaar van de auto de rekening van de garagehouder niet betaalt, mag deze laatste de auto onder zich houden. In het nieuw BW is een algemene regeling over het retentierecht opgenomen in afdeling 3.10.4 jo. afdeling 6.1.7 BW.

2. Het retentierecht is in zijn grondvorm eenvoudig. Zolang de schuldeiser niet is betaald, hoeft hij de zaak niet af te geven. De derdenwerking compliceert het beeld al een beetje. Met een kleine wijziging van het genoemde auto-reparatie-geval, inhoudend dat niet de eigenaar zelf, maar diens huurder de auto naar de garage brengt, wordt het een driepartijencasus. Gesteld dat de huurder de reparatie niet betaalt, kan dan de garage ook met een beroep op het retentierecht de afgifte opschorten jegens de eigenaar/verhuurder? En wanneer de eigenaar de auto overdraagt terwijl deze bij de (onbetaalde) garage stond, hoeft de garage hem dan ook niet af te geven aan de verkrijger? In de loop van de 20^{e} eeuw is de discussie over de wenselijkheid van opschorting van afgifte jegens oudere en jongere derden uitgekristalliseerd. In overeenstemming daarmee is in het (nieuw) BW de knoop doorgehakt ten gunste van derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid: zowel de eigenaar/verhuurder, als de verkrijger kunnen het retentierecht tegengeworpen krijgen, als aan de wettelijke vereisten voor derdenwerking van de opschorting is voldaan.

Maar de wetgever heeft niet volstaan met een algemene regeling van het retentierecht en derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid. In art. 3:292 jo. 3:291 BW is de retentor ook een *verhaalsrecht* met derdenwerking toegekend. In twee opzichten is het verhaalsrecht van de retentor bijzonder. Het wijkt af van twee hoofdregels van verhaalsrecht, te weten dat een schuldeiser verhaal heeft op alle goederen *van zijn schuldenaar* (art. 3:276 BW), en dat schuldeisers een *gelijk recht* hebben om naar *evenredigheid* van ieders vordering te worden voldaan uit de netto-executieopbrengst (art. 3:277 lid 1 BW). De retentor heeft ten eerste niet alleen verhaal op alle goederen van zijn schuldenaar, maar ook op goederen *van derden* (in afwijking van art. 3:276 BW) en ten tweede mag hij zich ook met *voorrang* boven derden verhalen op de goederen van zijn schuldenaar (in afwijking van art. 3:277 lid 1 BW). Als de huurder/schuldenaar in gebreke blijft met het betalen van reparaties, mag de retentor zich verhalen op de auto, ook al is deze geen eigendom van de huurder maar van de verhuurder. Zo kan een derde worden geconfronteerd met verhaal op zijn zaken, zonder dat hij schuldenaar is van de verhaalsgerechtigde.

3. Een schuldeiser die van het materiële recht een bijzonder verhaalsrecht krijgt, schiet hier echter weinig mee op wanneer hij dit niet geldend kan maken als het erop aankomt. Om het verhaalsrecht van de retentor uit het BW effectief te laten zijn, zijn adequate voorzieningen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet noodzakelijk. Met betrekking tot het verhaalsrecht van de retentor ligt juist hier, op het grensvlak van het materiële recht, het beslag- en executierecht en het faillissementsrecht een grijs gebied. Er vloeien tal van vragen voort uit een confrontatie tussen het materële recht enerzijds en het proces- en faillissementsrecht anderzijds. Ik geef een aantal voorbeelden. Uit het BW volgt dat de retentor zich mag verhalen op goederen van derden. Maar hij heeft niet het recht van parate executie en moet beslag leggen en een executoriale titel halen om zich op het goed van een derde (of met voorrang) te kunnen verhalen. Kan de retentor uit het voorbeeld zich nog verhalen op de auto van de verhuurder, terwijl de huurder failliet is en in diens faillissement geen verificatievergadering plaatsvindt? Als een pandhouder de teruggehouden auto uitwint en de retentor legt cumulatief beslag maar hij wordt niet geheel voldaan uit de executie-opbrengst, blijft zijn retentierecht dan behouden? En als niet de huurder, maar de eigenaar/verhuurder failleert, kan dan diens curator de zaak opeisen met behulp van (analoge toepassing van) art. 60 lid 2 Fw en kan de retentor zijn vordering indienen ter verificatie in het faillissement van de derde-eigenaar?

4. Voor het onderzoek naar het retentierecht is al met al de invalshoek van de uitwinning van de teruggehouden zaak gekozen. De hoofdvraag van dit proefschrift luidt als volgt:

In hoeverre zijn het beslagrecht en het faillissementsrecht toegerust voor het verhaalsrecht van de retentor?

De focus ligt op de positie van de retentor, schuldenaar en derden bij uitwinning van de teruggehouden zaak (door hemzelf, een zekerheidsgerechtigde, een andere beslaglegger of de curator), buiten en tijdens faillissement. De hybride aard van het retentierecht, verbintenisrechtelijk met goederenrechtelijke kenmerken, roept met name in geval van uitwinning van de zaak vragen op.

Maar het bijzondere verhaalsrecht van de retentor kan niet volledig worden gevat, zonder ook de basis van het retentierecht te doorgronden. Voor het hebben van het verhaalsrecht met voorrang, is in de eerste plaats vereist dat de schuldeiser bevoegd is tot opschorting van zijn afgifteverplichting en in de tweede plaats dat dit opschortingsrecht derdenwerking heeft. Voordat men aankomt bij het onderzoeken van het bijzondere verhaalsrecht van de retentor en de effectuering daarvan in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet, zijn dus al twee afslagen genomen: het retentierecht én zijn derdenwerking zijn al aanvaard. Zonder derdenwerking van de niet-afgifte, zou een verhaalsrecht met werking jegens diezelfde derde irrelevant zijn. Pas na de derde afslag, inhoudend dát het BW de retentor een bijzonder verhaalsrecht toekent, komt men toe aan de uitwerking daarvan in het procesrecht en het faillissementsrecht. De meer algemene leerstukken, die betrekking hebben op de eerste twee afslagen, komen ook aan de orde, omdat zij de basis leggen voor het eigenlijke onderwerp van uitwinning van de teruggehouden zaak. In mijn proefschrift ga ik na wat de achtergrond is van de drie stappen die de wetgever met betrekking tot het retentierecht heeft gezet en welke plaats het retentierecht heeft in het vermogensrecht. Behandeling van de algemene leerstukken in het eerste deel van mijn proefschrift voorkomt dat ik bij de kernonderwerpen, die betrekking hebben op de uitwinning van de teruggehouden zaak, in te veel detail moet treden. Het onderzoek naar de algemenere leerstukken is ingegeven door het onderzoek naar het verhaalsrecht van de retentor en vindt daarin ook zijn beperking.

1.2 Doel en methode

5. De onderzoeksmethode die ik heb gehanteerd wordt de juridisch-dogmatische methode genoemd.[1] Het onderzoek omvatte het systematiseren, uitleggen en verklaren van het geldende Nederlandse recht. De keuzes die door de wetgever zijn gemaakt dienden als uitgangspunt. Ik heb het onderwerp benaderd binnen de kaders die door wetgever en Hoge Raad worden gegeven. Alleen wanneer ik naar geldend recht geen mogelijkheid zag om tot een goede oplossing te komen, heb ik suggesties voor wetswijziging gedaan.

De typering door Vranken in zijn Algemeen Deel uit 1995 van het recht als discursieve wetenschap biedt een goede omschrijving van de door mij gebruikte methode van rechtsvinding.[2] Het recht is volgens Vranken de voorlopige uitkomst van een proces van discussie en overtuiging. Er is een flinke hoeveelheid rechtspraak over het retentierecht, die tot inspiratie heeft gediend.[3] Bovendien laten de casus in de jurisprudentie zich met behulp van een kleine aanpassing omvormen in een geval dat misschien fictief is, maar zich in de toekomst wel zou kunnen voordoen. Aan de hand van een analyse van vergelijkbare gevallen en rechtspraak heb ik geprobeerd een antwoord op de opgeworpen vragen te formuleren. Het juridisch-dogmatisch onderzoek wordt vanwege deze werkwijze wel vergeleken met rechtsvinding door de rechter.[4] Ik heb voor de beantwoording van iedere vraag aansluiting gezocht bij de systematiek in het goederenrecht, verbintenissenrecht, (materiële) beslagrecht of faillissementsrecht. De formule uit het arrest *Quint/Te Poel*, die de rechtsvinder de vrijheid geeft om aansluiting te zoeken bij de wél in de wet geregelde gevallen, is daarbij een belangrijk anker.

Het onderzoek dat geschiedt volgens de juridisch-dogmatische methode, beoogt de rechtspraktijk te dienen. De uitkomsten van het onderzoek kunnen advocaten, rechters, juristen of anderen die met een retentierecht worden geconfronteerd ondersteunen. Het onderwerp 'de uitwinning van de teruggehouden zaak' leent zich goed voor dit type onderzoek.

---

1 Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/8 en C.J.H. Jansen 2015, p. 3-4. Jansen zet drie kenmerken van rechtswetenschap op een rij, die het overgrote deel van de juristen als zodanig onderkennen: de verwerving van kennis op een systematische en controleerbare manier, het duiden van gezaghebbende teksten en het bruikbaar zijn voor de rechtspraktijk. Zie over het begrip juridische dogmatiek o.m. Langemeijer 1962, p. 14 en 23.

2 Zie Asser/Vranken Algemeen Deel** 1995/105.

3 Via rechtsorde.nl levert de zoekterm 'retentierecht' in totaal 2096 treffers in de rechtspraak (Hoge Raad, hoven en rechtbanken) (stand 1 november 2018).

4 Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/8-9.

6. Rechtsvergelijking met figuren die dezelfde functie hebben als het Nederlandse retentierecht heb ik beperkt tot specifieke onderwerpen. Natuurlijk staat het Nederlandse recht niet op zichzelf. Zoals ieder rechtsstelsel, is het een resultaat van menselijke keuzes. De gemaakte keuzes hadden ook anders uit kunnen vallen. Zoals ik hiervoor al schreef, is het retentierecht de wettelijke verankering van een basale menselijke reflex om niet af te geven als de wederpartij niet presteert. Het recht reguleert deze reflex. De niet-afgifte-reflex is niet Nederlands, maar – vermoedelijk – universeel. Wel zijn in andere landen, met een vergelijkbaar rechtssysteem, andere keuzes gemaakt om deze universele reflex en zijn effecten jegens derden te reguleren. Juist de vergelijking met figuren die dezelfde functie hebben, maar een andere regeling, doet de keuzes en de achterliggende redenen in de Nederlandse regeling scherper naar voren komen. Omdat het Nederlandse retentierecht een eigen pad is ingeslagen, komt rechtsvergelijking niet op ieder punt terug. Ik gebruik het buitenlandse recht waar relevant ter inspiratie en om de verschillen aan te geven, niet zozeer de gelijkenissen.

Ik geef daarvan twee voorbeelden. Ten eerste: de Nederlandse wetgever heeft zich voor het verhaalsrecht van het retentierecht naar eigen zeggen het meest laten inspireren door het Duitse (371 HGB), Zwitserse (898 ZGB) en Italiaanse recht (2756 (3) Cc).[5] In sommige opzichten is het Nederlandse recht daarentegen 'verder' dan deze regelingen gegaan en in andere opzichten juist minder ver. De keuzes die in Duitsland, Zwitserland en Italië zijn gemaakt, hadden op dezelfde manier in Nederland gemaakt kunnen worden. Van deze drie rechtsstelsels ligt de focus op het Duitse recht. In het Duitse recht zijn een aantal figuren die lijken op het Nederlandse retentierecht. Juist deze onderscheidenlijke figuren laten mooi zien het Nederlandse retentierecht een middenweg bewandelt tussen een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht en een goederenrechtelijk (pand)recht.

5 Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 889. Ook het Franse recht wordt in de parlementaire geschiedenis aangehaald, omdat het Cour de Cassation in zijn arrest Cass. Civ. 22 mei 1962, D. 1965, p. 58 m.nt. Rodière heeft geoordeeld dat het *droit de retention 'opposable a tous'* is. Deze ruime derdenwerking, ook jegens anterieure derden, geldt echter alleen voor de opschorting; het Franse retentierecht geeft de schuldeiser geen voorrang bij verhaal. Omdat in mijn proefschrift echter de verhaalsuitoefening op de teruggehouden zaak centraal staat en voorrang daar een belangrijk onderdeel van is, laat ik het Franse recht buiten beschouwing.

Ten tweede: in België speelt een grootscheepse herziening van het zekerhedenrecht. Op 1 januari 2018 is de nieuwe Belgische Pandwet in werking getreden. De Pandwet introduceert een nieuw regime voor goederenrechtelijke zekerheidsrechten, waaronder de introductie van een openbaar register voor pandrechten op roerende zaken en vorderingen. Ook voor het retentierecht is in de Pandwet een nieuwe regeling voorzien. Het is interessant om te bezien welke keuzes een wetgever nu maakt voor dezelfde figuur. Het zal blijken dat de Nederlandse regeling een inspiratie is geweest voor de nieuwe Belgische, maar dat toch op een aantal punten andere afwegingen zijn gemaakt.

7. Ik besteed niet veel aandacht aan rechtsgeschiedenis. In het huidige BW is juist op het punt van het verhaalsrecht van de retentor een van het Oud BW afwijkende keuze gemaakt. Onder het Oud BW had de retentor in het algemeen geen voorrang – hij had slechts in sommige gevallen naast een retentierecht ook een voorrecht.[6] Evenmin had de retentor een verhaalsrecht op goederen van derden. Vanwege de grote verschillen met het oude recht grijp ik alleen bij uitzondering terug op de historische wortels van het retentierecht. Ik doe dat alleen wanneer een historische ontwikkeling de huidige regeling kan helpen verklaren. Bovendien hebben anderen al rechtshistorisch over het retentierecht geschreven.[7]

1.3 Verhouding tot eerder onderzoek

8. Het retentierecht is van alle tijden. Eind 19e eeuw is een aantal proefschriften verschenen over het retentierecht. Genoemd kunnen worden: Browne (1882), Wildervanck (1890) en Gerritsen (1894). Deze proefschriften stammen uit de tijd waarin de rechtenstudie nog werd afgesloten met een doctoraat.[8] Ze geven korte uiteenzettingen. Ze zijn met name nuttig om de stand van het toenmalige denken over het retentierecht in terug te

6 Zie hierover par. 5.2.8.3.
7 Zie o.m. Gratama 1887 en 1888, Heyning-Plate 1969, Bürge 1979 en Aarts 1990, p. 21-30.
8 Zie C.J.H. Jansen 2015, p. 126. Dit werd in 1921 afgeschaft door het Academisch Statuut, zie Jansen 2015, p. 221.

vinden. Ze bevatten veelal een historische beschouwing over het retentierecht en buigen zich over de vraag die velen destijds bezighield, namelijk of het retentierecht ook kon bestaan buiten de in wet geregelde gevallen. Ook besteden deze proefschriften aandacht aan de vraag, of het retentierecht blijft bestaan wanneer de schuldenaar failliet wordt verklaard. Het was destijds, vlak voor de invoering van de Faillissementswet, een vraag die de gemoederen flink bezighield.[9]

In de loop van de twintigste eeuw zijn de proefschriften van Thors, *Het recht van terughouding* (1934) en van Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht* (1969) verschenen. Thors gaat onder meer in op de derdenwerking van het retentierecht en de vraag of het retentierecht vervalt door zekerheidsstelling. Net als zijn 19e eeuwse voorgangers behandelt hij de aloude vraag of het retentierecht ook bestaat buiten de in de wet geregelde gevallen. Het proefschrift van Heyning-Plate is breed van opzet: zij bespreekt het retentierecht en de *exceptio non adimpleti contractus* en besteedt ook aandacht aan verrekening, in historisch opzicht en met korte overzichten van enkele buitenlande rechtsstelsels.

Niet lang voor het inwerking treden van het BW rondden Fesevur (1988) en Aarts (1990) een proefschrift af over het retentierecht. Hun beider proefschriften gaan hoofdzakelijk over het Oud BW, maar beiden blikken op veel plaatsen al vooruit naar het (destijds) komende recht. Door middel van hun proefschrift kan goed de historische lijn worden getrokken richting het heden. Beide gaan nauwelijks in op de consequenties van het retentierecht bij verhaal (buiten, noch tijdens faillissement).

Het meest recente proefschrift is dat van Logmans (2011), getiteld: *Zekerheid op lading. Pandrecht en retentierecht in het handelsverkeer*. Het gaat breed rechtsvergelijkend in op de handelsrechtelijke retentierechten uit Boek 8 BW. De algemene regeling van het retentierecht uit Boek 3 komt aan de orde vanuit het perspectief van het vervoerrecht. Logmans laat specifiek beslagrechtelijke- en faillissementsrechtelijke implicaties van het algemene retentierecht uit Boek 3 BW buiten beschouwing.

9 Zie ook Asser 1896, p. 412: "De moeielijkste en tevens in de praktijk belangrijkste vraag echter (…) was deze, of het recht van terughouding blijft bestaan, in geval van faillissement (…) van dengene, tegen wien dat recht wordt uitgeoefend."

1.4 Plan van behandeling

9. Dit proefschrift bevat drie delen. Deel I is de basis, waarop delen II en III voortbouwen. Als gezegd ligt de focus van het onderzoek op de verhaalsuitoefening op de teruggehouden zaak. De effectuering van het verhaalsrecht van de retentor (al of niet tijdens faillissement) wordt echter pas relevant, wanneer is vastgesteld dát een schuldeiser retentierecht heeft en dit ook derdenwerking heeft. In dit verband heb ik in paragraaf 1.1 al gesproken over de 'drie afslagen' die de wetgever heeft genomen met betrekking tot het retentierecht: er is gekozen voor 1) het retentierecht 2) derdenwerking van de opschorting en 3) een bijzonder verhaalsrecht (met voorrang en op goederen van derden). Mijn proefschrift volgt grofweg deze opbouw. In deel I beschrijf ik de basis van het retentierecht en de derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid. In deel II en III ga ik vervolgens in op de beslagrechtelijke en faillissementsrechtelijke uitwerking van het verhaalsrecht van de retentor. In hoofdstukken uitgesplitst is mijn proefschrift als volgt opgebouwd:

Deel I bevat drie hoofdstukken. In hoofdstuk 2 geef ik algemene beschouwingen over het retentierecht. Ik ga in op aard en functies van het retentierecht en op de verschillende wettelijke regelingen van retentierechten in het BW en hun onderlinge verhouding. In hoofdstuk 3 komen de vereisten voor het retentierecht aan bod. Hoofdstuk 4 behandelt de achtergrond van de derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid.

In deel II beschrijf ik de uitwinning van de teruggehouden zaak door de retentor of andere schuldeisers, buiten faillissement van de eigenaar van de teruggehouden zaak. Deel II bevat twee hoofdstukken. In hoofdstuk 5 worden de gevolgen van uitwinning van de teruggehouden zaak buiten faillissement voor het retentierecht besproken. In hoofdstuk 6 ga ik in op het verhaalsrecht op de zaak van een derde, al dan niet tijdens faillissement van de schuldenaar. Ook dit gevalstype betreft geen faillissementsrechtelijk onderwerp, omdat de teruggehouden zaak niet in de boedel van de schuldenaar valt, maar van een derde is.

In deel III komt het retentierecht in faillissement van de eigenaar van de teruggehouden zaak aan bod. Ik ga in op de gevolgen van een faillissement van de eigenaar van de teruggehouden zaak. Dit deel bevat drie

hoofdstukken. In hoofdstuk 7 betoog ik dat art. 60 Fw niet het uitgangspunt dat het faillissement geen wijziging brengt in bestaande verbintenissen kan doorkruisen. In hoofdstuk 8 komen de hoofdlijnen van art. 60 Fw aan bod en de samenloop met art. 57 Fw. Ten slotte, in hoofdstuk 9, behandel ik de positie van het retentierecht in faillissement van de derde-eigenaar. Hoofdstuk 10 bevat de slotbeschouwing.

De tekst is medio november 2018 afgesloten. Met nadien verschenen wetgeving, literatuur en rechtspraak is slechts incidenteel rekening gehouden.

DEEL I

HET RETENTIERECHT OP HOOFDLIJNEN

HOOFDSTUK 2

ALGEMENE BESCHOUWINGEN

2.1 Inleiding

10. In dit hoofdstuk geef ik ter inleiding enkele algemene beschouwingen over het retentierecht. De onderwerpen komen van pas bij de materie in de latere hoofdstukken. In paragraaf 2.2 staat een kort overzicht van de aard, strekking en functies van het retentierecht. In paragraaf 2.3 worden de algemene regeling van het retentierecht van art. 3:290 e.v. jo. 6:52 e.v. BW en de verhouding tussen beide artikelen behandeld. Ook ga ik daar kort in op een aantal specifieke retentierechten in Boek 3 BW en hun verhouding tot de algemene regeling.

11. Een paar opmerkingen over de begrippen schuldeiser en schuldenaar. In de regeling van het retentierecht van art. 3:290 e.v. BW wordt de retentor aangeduid als schuldeiser; in de algemene regeling van opschortingsrechten van art. 6:52 BW wordt de opschortende partij aangeduid als schuldenaar.[1] Bij het inroepen van een retentierecht heeft men steeds te maken met de opschorting van de verplichting tot afgifte. Ter zake van deze verplichting is de retentor schuldenaar; hij is gehouden op een goed moment de zaak weer af te geven.[2] De retentor is tegelijkertijd schuldeiser ter zake van een vordering op zijn wederpartij. De partij die het retentierecht heeft, duid ik aan als schuldeiser (of retentor).

---

1 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/497.

2 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/945 voegt hieraan toe dat de retentor wel altijd schuldeiser is, maar niet altijd schuldenaar. Reehuis grijpt hiermee terug op de 'goederenrechtelijke' retentierechten, waarbij er geen sprake is van een debiteur-crediteur verhouding tussen de eigenaar en de houder. Vgl. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/497. Zie verder par. 2.2.5.

2.2 Plaatsbepaling

2.2.1 De aard van het retentierecht

12. De vraag naar de aard van het retentierecht heeft al veel juridische bespiegelingen opgeleverd.[3] Onder het oude recht werd aangenomen dat het retentierecht verbintenisrechtelijk van aard was. Daar had men ook alle reden toe: pas na het Echo-arrest van 1965 werd bijvoorbeeld algemeen aangenomen dat het retentierecht ook kon worden tegengeworpen aan een anterieure hypotheekhouder.[4] Gelet op de derdenwerking die is neergelegd art. 3:291 BW is onzekerheid hierover verleden tijd. Bovendien kan de retentor nu – anders dan onder het oude recht – ingevolge art. 3:295 BW de zaak opeisen onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar. Toch blijft het retentierecht ook met deze goederenrechtelijke aankleding in de basis een verbintenisrechtelijke figuur.[5]

Het retentierecht is een klassiek voorbeeld van een figuur met verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke kenmerken. Het ontstaat in een tweepartijenverhouding, want het is in de eerste plaats een opschortingsrecht. Maar het heeft belangrijke gevolgen voor derden. De rechtsgevolgen van het retentierecht zijn typisch voor goederenrechtelijke rechten, zoals derdenwerking, voorrang en zaaksgevolg.[6]

---

3 Zie voor een weergave van de opvattingen hierover vanaf het einde van de 19e eeuw Rank-Berenschot 1992, p. 169-184. Zie ook o.m. Cahen 1969 en Aarts 1990, p. 61-62.

4 HR 1 mei 1964, *NJ* 1965/339 m.nt. J.H. Beekhuis (*Echo*). De Hoge Raad oordeelde in het Echo-arrest dat het retentierecht op een schip kon worden ingeroepen tegen de oudere hypotheekhouder. De Hoge Raad gebruikt daarvoor twee argumenten: ten eerste vanwege de aard van het retentierecht als verweermiddel en ten tweede het beginsel – dat volgens de Hoge Raad aan art. 60 Fw ten grondslag ligt – dat het retentierecht niet verloren gaat door een executie. Asser/Van Oven III 1978, p. 73-74 is zeer kritisch over dit arrest en acht de motivering door de Hoge Raad niet overtuigend. Inmiddels is e.e.a. gecodificeerd in art. 3:291 lid 2 BW.

5 Struycken 2007, p. 215. Asser/Van Oven III 1978, p. 80 spreekt van "een zakelijk recht in optima forma". Asser/Mijnssen & Van Velten 3-III 1986/89 is alweer voorzichtiger stelt dat het retentierecht "zekere zakelijke kenmerken" heeft.

6 Rank-Berenschot 1992, p 169 typeert het retentierecht als een hybride rechtsfiguur, dat zich op het grensvlak tussen verbintenissenrecht en goederenrecht bevindt.

Het retentierecht is niet het enige recht dat zich op het grensvlak bevindt. Ook onder meer huur, kwalitatieve verplichtingen en de paardensprong zijn bekende verbintenisrechtelijke figuren met goederenrechtelijke trekken. Zo ziet men in het verbintenissenrecht een zekere 'verzakelijking'. Tegelijkertijd kan in het goederenrecht op een aantal plaatsen een relativering van absolute rechten worden waargenomen.[7]

2.2.2 De aard van het retentierecht en het IPR

13. Met de kwalificatie van het retentierecht als een klassiek grensgeval, een verbintenisrechtelijke figuur met goederenrechtelijke kenmerken, kunnen we in puur Nederlandse gevallen in het algemeen goed uit de voeten. Het IPR geeft daarentegen een concrete aanleiding om een scherpe keuze te maken met betrekking tot de aard van het retentierecht. Hoewel ik het IPR verder buiten mijn onderzoek heb gelaten, veroorloof ik me toch om er op deze plaats kort bij stil te staan, om aan te geven dat de vraag naar de aard van het retentierecht niet alleen van academisch belang is. De ambivalente aard van het retentierecht is goed af te leiden uit de regeling van het IPR in Boek 10 BW. De goederenrechtelijke kenmerken van het retentierecht zijn doorslaggevend geweest bij het onderbrengen van het retentierecht in de titel 'goederenrecht' in Boek 10 BW (en daarvoor reeds in de Wet Conflictenrecht Goederenrecht).[8] Op grond van art. 10:129 BW geldt dat op het *ontstaan* en de *inhoud* van het retentierecht de *lex causae* toepasselijk is, het recht dat de onderliggende rechtsverhouding beheerst. Als het retentierecht uit een overeenkomst voortvloeit, is dat recht de *lex contractus*.[9] Als eenmaal is vastgesteld dat een retentierecht op grond van de *lex causae* rechtsgeldig wordt uitgeoefend, kan het ingevolge art. 10:129 tweede zin BW slechts *geldend worden gemaakt* als het recht van de plaats van ligging van de teruggehouden zaak, de *lex rei sitae*, dit toelaat.

7 Rank-Berenschot 1992, p. 219-238. Zie over het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht ook Lebon 2010, p. 31-85, Struycken 2007 en over de 'grensvervaging' ook Pitlo 1972, p. 94 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/22.
8 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/551.
9 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/552.

Kramer en Verhagen stellen vast dat het precieze onderscheid tussen het ontstaan en inhoud enerzijds en het geldend maken van het retentierecht anderzijds door de Hoge Raad,[10] noch door de Staatscommissie,[11] noch door de wetgever wordt gemaakt.[12] Zij geven vervolgens aan, waar naar hun mening deze grenzen moeten worden gelegd.[13]

14. Nieuwe relevante vragen over de aard van het retentierecht worden eveneens opgeworpen in het kader van het IPR-faillissementsrecht. De Insolventieverordening (IVo) heeft op het vlak van het IPR-faillissementsrecht eenvormigheid gebracht binnen de Europese Unie.[14] De IVo bevat regels betreffende bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning van internationale faillissementen binnen de EU. Een belangrijke vraag is of het retentierecht een 'zakelijk recht' (in de Engelse versie van de Verordening genoemd een *right in rem*) is in de zin van art. 8 IVo.[15] Bijvoorbeeld onder meer de vraag of de curator bevoegd is om het retentierecht te doorbreken en de rangorde van de vordering van de retentor hangen af van de vraag welk recht van toepassing is op het retentierecht in faillissement.[16] Is het retentierecht geen zakelijk recht, dan is volgens de hoofdregel van art. 7 IVo het recht van de lidstaat waar het faillissement is geopend van toepassing op het retentierecht. Is het retentierecht wél een zakelijk recht in de zin van art. 8 IVo, dan betekent dat, dat het faillissement het retentierecht 'onverlet' zou laten. De beoordeling van de vraag of het retentierecht een *right in rem* in de zin van art. 8 IVo is, hangt op haar beurt af van de vraag of het concept zakelijk recht autonoom, of met inachtneming van het nationale recht wordt vastgesteld. Gelet op het feit dat het onwenselijk wordt geacht dat binnen de Europese Unie verschillende interpretaties van eenzelfde begrip zouden kunnen ontstaan, zou men verwachten dat

10 Zie HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4123, *NJ* 2001/406 m.nt. Th.M. de Boer (*Leyland Daf/De Rooij en Edcrest*).
11 Zie Staatscommissie 1998, p. 22-23.
12 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/554.
13 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/558-564.
14 Per 26 juni 2017 is de Herziene Insolventieverordening (Verordening (EU) 2015/848) betreffende insolventieprocedures in werking getreden. De herziene versie vervangt Verordening (EU) 1346/2000. Zie over de wijzigingen o.m. Van Galen 2017, p. 13-20.
15 Zie hierover ook Heilbron 2015, p. 154-155. Zie verder Hof Den Bosch 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3600, *JOR* 2016/352 m.nt. D. Beunk.
16 Zie art. 7 lid 2 IVo.

het begrip right in rem autonoom wordt geïnterpreteerd.[17] Het Hof van Justitie heeft echter in een prejudiciële procedure, die door het Duitse *Bundesgerichtshof* aanhangig was gemaakt, geoordeeld dat naar nationaal (in casu Duits) recht moet worden beoordeeld of een *öffentliche Last* als zakelijk recht in de zin van art. 5 IVo (art. 8 IVo is gelijk aan art. 5 IVo vóór de herziening van de IVo) te kwalificeren is.[18] Een en ander zou voor het Nederlandse retentierecht mijns inziens betekenen dat het niet als een 'zakelijk recht' in de zin van art. 8 IVo kan worden gekwalificeerd.[19] Hiervoor stelde ik namelijk al vast dat het Nederlandse retentierecht een verbintenisrechtelijke figuur is, met enkele karaktertrekken die typerend zijn voor goederenrechtelijke rechten. Het is de vraag of het Hof van Justitie de gekozen benadering voortzet.

2.2.3 Functies en kenmerken van het retentierecht

15. *Opschortingsrecht.* Het retentierecht is in de eerste plaats een opschortingsrecht. Als de opschorting bestaat in het niet-afgeven van een zaak, is het een retentierecht.[20] Nu art. 3:290 BW dat met zoveel woorden zegt, lijkt dit een open deur. Toch benadruk ik het, omdat het relevant is voor de voorwaarden en voor de rechtsgevolgen van het retentierecht. De constatering dat het retentierecht in de eerste plaats een opschortingsrecht is, is

17 Veder 2004, p. 334-336. In zijn annotatie onder HvJ 26 oktober 2016, *JOR* 2017/24, nr. 12 draagt Veder ook andere argumenten aan voor een autonome interpretatie. Onzekerheid over de kwalificatie van een recht als 'zakelijk' naar nationaal recht zouden naar zijn mening geen verschil mogen maken voor de kwalificatie onder de IVo. Hij voegt daaraan toe dat een autonome benadering aansluit bij hetgeen onder de EEX-Verordening gebruikelijk is. Virgós & Garcimartín 2004, p. 94-95, lijken te verdedigen dat een nationaalrechtelijke interpretatie moet worden gevolgd. Zie over art. 8 IVo verder Bork & McCormack 2017, p. 15-36.

18 HvJ 26 oktober 2016, *JOR* 2017/24 m.nt P.M. Veder. In zijn annotatie onder het arrest merkt Veder op dat zowel A-G Szpunar als het Hof van Justitie geheel voorbijgaan aan de argumenten van het *BGH* om een autonome interpretatie van art. 5 IVo aan te leggen.

19 Zie in deze zin: Rb. Zeeland-West-Brabant 3 april 2014 (niet gepubliceerd), r.o. 3.1. Anders: Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/566.

20 Parl. Gesch. Boek 3, p. 881 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 216.

onder meer relevant voor de ontstaansvoorwaarden. Het brengt mee dat afdeling 6.1.7 (opschortingsrechten) toepasselijk is, uiteraard met inachtneming van art. 6:57 BW.[21] En ook de rechtspraak over opschortingsrechten in zijn algemeenheid is mede bepalend voor het retentierecht.[22] De keuze om het retentierecht expliciet te gieten in de vorm van het opschortingsrecht is in mijn ogen niet willekeurig. Geen van de verschillende artikelen over retentierecht uit het Oud BW gebruikt deze terminologie. De (nieuw BW-)wetgever had bijvoorbeeld ook kunnen kiezen om het retentierecht nog verder te 'verzakelijken', bijvoorbeeld door het introduceren van een wettelijk pandrecht. Het feit dat het retentierecht een opschortingsrecht is, loopt als een rode lijn door mijn proefschrift en ik zal daar nog meermaals op teruggrijpen.[23] In paragraaf 2.2.6 kom ik door middel van een vergelijking met de Duitse retentierechten uitgebreider terug op de keuze van de wetgever voor het retentierecht als opschortingsrecht.

16. *Verweermiddel*. Van oudsher is het retentierecht primair een processueel verweermiddel.[24] De vroegste vorm waarin men het retentierecht kan onderkennen, is die van de *exceptio doli*. De exceptio doli is ontsproten aan het ius honorarium (of ius praetorium); de praetor kende het middel toe wanneer het ius civile niet meer in overeenstemming met de veranderde maatschappelijke ontwikkeling was.[25] Volgens Gratama vonden de Romeinse juristen het recht van terughouding de meest eenvoudige zaak van de wereld.[26] Zij kenden het retentierecht toe, wanneer het onbillijk was om de ander tot afgifte aan te spreken, terwijl men zijn eigen verplichtingen nog niet is nagekomen.[27] Ook al is het procesrechtelijke verweermiddel de ontstaansbron, het retentierecht is al lange tijd uit de sfeer van het zuivere procesrecht gekomen en is een zelfstandige figuur in het vermogensrecht geworden. Het retentierecht is geëvolueerd tot een zelfstandig inroepbaar

21 Een voorbeeld van de regeling waarin nu juist is afgeweken van afdeling 6.1.7, is art. 3:291 BW, dat de derdenwerking van het retentierecht regelt. Zie Klomp, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:53 BW, aant. 4 en 5 (online, bijgewerkt t/m 21 januari 2018). Asser/Sieburgh 6-I 2016/278 schrijft dat art. 3:291 BW een lex specialis is ten opzichte van art. 6:53 BW. Anders: Fesevur 1988, p. 144 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/507. Zie over de verhouding tussen 6:53 en art. 3:291 BW verder par. 4.4.4.7.

22 Zo bijvoorbeeld de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag, of de opschorting aan de wederpartij moet worden medegedeeld, zie verder par. 3.4.

23 Zie ook de drie rode lijnen in hoofdstuk 10.

24 Asser/Van Oven III 1978, p. 76.

25 Gerritsen 1894, p. 7, Lokin/Brandsma 2016, p. 10-11.

26 Gratama 1887, p. 2.

27 Browne 1882, p. 4-5, Gratama 1887, p. 2, Aarts 1990, p. 25.

opschortingsrecht. Zoals in de vorige alinea beschreven, beïnvloedt dit opschortingskarakter onder meer de ontstaansvoorwaarden. Zou het retentierecht nog altijd uitsluitend worden bestempeld als een procesrechtelijk verweermiddel, dan zou dat bijvoorbeeld tot de (onjuiste) gevolgtrekking kunnen leiden, dat het pas ontstaat wanneer de wederpartij afgifte vordert.[28] Hoewel het dus goed is om te beseffen waar het retentierecht historisch vandaan komt, moet dit zuiver procesrechtelijke karakter voor het geldende recht worden losgelaten.

17. *Pressiemiddel.* Naast een verweermiddel is het retentierecht een pressiemiddel. Deze twee aspecten liggen in elkaars verlengde. Door een beroep op het retentierecht, weet de wederpartij dat het ernst is. De opschorting van de verplichting tot afgifte beoogt een prikkel tot nakoming te geven. Langer stilzitten betekent voor de wederpartij van de retentor dat zij haar zaak niet terug zal krijgen. Zolang de wederpartij niet nakomt, duurt het retentierecht in principe voort. Doorgaans zal het handhaven van zijn dwangpositie voor de retentor aantrekkelijker zijn dan tot executie over te gaan. Daarvoor moet hij kosten en tijd maken om een executoriale titel te verkrijgen.

18. *Bijzonder verhaalsrecht.* Het retentierecht biedt een bijzonder verhaalsrecht. Een schuldeiser kan zich ingevolge art. 3:276 BW normaal gesproken verhalen op alle goederen *van zijn schuldenaar*. En bij verhaal geldt de *paritas creditorum* (art. 3:277 lid 1 BW): schuldeisers hebben het recht om naar evenredigheid te worden voldaan uit de netto-executieopbrengst. Het verhaalsrecht van de retentor wijkt op deze twee punten af. De retentor kan zich namelijk niet alleen verhalen op goederen *van zijn schuldenaar*, maar ook op goederen *van derden* die hij onder zich heeft, indien het retentierecht tegen deze derden kan worden ingeroepen.[29] De retentor kan zich daarnaast met *voorrang* boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen op de teruggehouden zaak verhalen.[30]

19. *Zekerheidsrecht.* De term zekerheidsrecht wordt in de regel gebruikt voor pand en hypotheek: de twee beperkte rechten die de gerechtigde strekken tot zekerheid voor verhaal van zijn vordering. Toch is het retentierecht, net

28 Zie verder par. 3.2.3.
29 Zie hoofdstuk 6.
30 Zie hoofdstuk 5.

als bijvoorbeeld verrekening en het eigendomsvoorbehoud, in ieder geval een zekerheidsrecht in ruime zin.[31] Het onder zich houden van de zaak door de retentor beoogt hem zekerheid te geven dat zijn vordering voldaan zal worden.

20. *Geen vermogensrecht*. Volgens art. 3:6 BW is een vermogensrecht een recht dat, al of niet tezamen met een ander recht, overdraagbaar is, ertoe strekt de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen of verkregen is in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Daaronder vallen dus onder meer het eigendomsrecht,[32] het equivalent van eigendom met betrekking tot vorderingen,[33] de beperkte rechten en IE-rechten. Een vermogensrecht is een subjectief recht, in die zin dat het toekomt aan een bepaalde persoon of bepaalde personen. Maar niet ieder subjectief recht is een vermogensrecht. Bartels en Van Mierlo sommen niet-limitatief drie kenmerken van vermogensrechten op. Een vermogensrecht wordt er volgens hen door gekenmerkt dat het kan behoren tot een huwelijksgemeenschap, dat het beslagen kan worden en dat het kan behoren tot een failliete boedel.[34] Het retentierecht voldoet aan geen van deze kenmerken. Men zou met een beetje goede wil kunnen beargumenteren dat een retentierecht ertoe strekt de retentor stoffelijk voordeel te verschaffen en dat het derhalve een vermogensrecht is in de zin van art. 3:6 BW. Maar dat zou een te ruime interpretatie van de woorden 'stoffelijk voordeel verschaffen' betekenen. Het recht zelf verschaft de retentor namelijk geen stoffelijk voordeel. De retentor mag de teruggehouden zaak niet gebruiken; hij mag hem alleen maar 'niet-afgeven'. Het inzetten van het recht beoogt de voldoening van zijn vordering. Het retentierecht leidt dus niet direct, maar indirect tot het verschaffen van stoffelijk voordeel. Kortom: het retentierecht is geen vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW.

31 Vgl. Cahen 1969, p. 8.
32 Hierover is discussie mogelijk, zie daarover Struycken 2007, p. 95-100 met uitgebreide literatuurverwijzingen en Asser/Bartels & Van Mierlo 2013/1.
33 Zie Lebon 2010.
34 Asser/Bartels & Van Mierlo 2013/1.

2.2.4 *Aanverwante figuren*

21. Het retentierecht heeft als opschortingsrecht sterke verwantschap met *verrekening*.[35] Een beroep op opschorting kan ook wel worden gedaan als opmaat naar verrekening. Door een beroep op het retentierecht verrekent de retentor als het ware de prestatie die hij nog moet volbrengen (de afgifte van de zaak) met de uitgebleven prestatie van zijn wederpartij (het voldoen van de vordering van de retentor). Maar er zijn natuurlijk ook relevante verschillen tussen opschorting en verrekening. Anders dan voor verrekening is voor opschorting bijvoorbeeld niet vereist dat de prestaties gelijksoortig zijn.[36]

22. Verder heeft het retentierecht trekken van een *vuistpandrecht*. Het is kenmerkend voor het retentierecht dat de retentor macht uitoefent over zaken. Deze macht biedt hem zekerheid dat zijn vordering wordt voldaan. Maar voor het vestigen van een vuistpandrecht is – in tegenstelling tot het retentierecht – een geldige titel vereist (art. 3:98 jo. 3:84 BW). Aan het pandrecht ligt normaal gesproken een obligatoire overeenkomst ten grondslag, die verplicht tot het vestigen van een pandrecht. Het wettelijk pandrecht is een figuur die in het Nederlandse recht geen grote rol heeft. Ingeval een pandrecht ontstaat door zaaksvervanging ontstaat het op grond van de wet (art. 3:229 en art. 3:246 lid 5 BW), maar dit is zeldzaam. Het retentierecht ontstaat daarentegen van rechtswege. 'Vestiging' van het retentierecht is niet vereist; er moet 'uitsluitend' aan de wettelijke vereisten voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid zijn voldaan. Het is ook mogelijk dat een schuldeiser een vuistpandrecht en een retentierecht heeft. Beide kunnen bijvoorbeeld in algemene voorwaarden zijn overeengekomen.[37] Een vuistpandrecht ontstaat in dat geval relatief

35 Suijling 1934/273, Heyning-Plate 1969, p. 27 en p. 256, Faber 2005/2, Dirix & De Corte 2006/542. Zie over retentie en verrekening ook par. 3.2.3.

36 Zie art. 6:127 lid 2 BW, dat vereist dat de prestatie die de schuldenaar te vorderen heeft *beantwoordt aan* zijn schuld (mijn cursivering).

37 Vgl. art. 17 van de Nederlandse expeditievoorwaarden (algemene voorwaarden van FENEX – Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek), versie van 1 mei 2018, te raadplegen via http://www.fenex.nl/fenex-voorwaarden; art. 54 VOTOB condities 2014 (de algemene voorwaarden voor tankopslag in Nederland) te raadplegen via www.votob.nl/downloads; art. 23 (pandrecht) en art. 24 (retentierecht) AVC-Voorwaarden 2015, te raadplegen via www.sva.nl/avc. Zie over de gevolgen van uitwinning van de zaak door zo'n schuldeiser met dubbele hoedanigheid par. 5.3.

gemakkelijk: de algemene voorwaarden vormen de titel en de vestigingshandeling bestaat erin dat de zaken in de macht van de pandhouder of een derde worden gebracht. Anders dan voor het vestigen van een stil pandrecht is een (onderhandse of authentieke) akte niet vereist. Maar als er niets is overeengekomen, zal een vuistpandrecht niet uit kracht van de wet kunnen ontstaan en een retentierecht wel. Een ander verschil tussen beide is dat een pandrecht ook voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd (art. 3:231 BW). Vanwege het opschortingskarakter van het retentierecht is het bestaan van een opeisbare vordering daarentegen in principe een vereiste voor het retentierecht.[38]

De vergelijking met het Duitse recht hierna in paragraaf 2.2.6 laat ook de verwantschap tussen het retentierecht en het vuistpandrecht zien. Anders dan in Nederland, zijn in Duitsland op verschillende plaatsen in het BGB specifieke wettelijke (vuist)pandrechten te vinden.

2.2.5 Opschorting van verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke verplichtingen tot afgifte

23. Van oudsher maakte men onderscheid tussen zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke retentierechten.[39] Dit onderscheid lag besloten in de regeling van de retentierechten in het Oud BW. Men kon zich onder het Oud BW al afvragen in hoeverre het onderscheid tussen beide nog relevant was;[40] met de invoering van het BW in 1992 is het in ieder geval verdwenen. Toch is het goed om het onderscheid tussen de zakenrechtelijke en de verbintenisrechtelijke retentierechten toe te lichten, omdat het (wegvallen ervan) meebrengt dat art. 6:52 e.v. BW in beginsel van toepassing zijn, ook op retentierechten die niet voortvloeien uit een verbintenisrechtelijke verhouding.[41] Bovendien brengt het wegvallen van het onderscheid mee dat het retentierecht ook mogelijk is op een eigen zaak.[42] Het retentierecht is de bevoegdheid om een verplichting tot afgifte op te schorten. Deze opschorting kan geschieden, ongeacht of afgifte wordt geëist uit hoofde van een goederenrechtelijk recht of een verbintenisrechtelijk recht.

38 Zie echter art. 6:80 BW, waarover verder par. 3.3.4 en par. 7.4.
39 Thors 1934, p. 10.
40 Kritisch is Thors al in zijn proefschrift uit 1934, p. 10-14.
41 Zie hierover verder hieronder, par. 2.3.2.
42 Zie Aarts 1990, p. 163-164. Anders: Fesevur 2017/15. Dit is (onder meer) relevant in de faillissementsrechtelijke context, zie verder par. 8.2.2.3.

24. De indeling onder het Oud BW was als volgt. De zakenrechtelijke retentierechten konden worden ingeroepen in een zakenrechtelijke (goederenrechtelijke) rechtsverhouding. Het retentierecht diende dan als afwering van een *rei vindicatio*; de actie van de eigenaar, niet-bezitter. Het belangrijkste voorbeeld van deze was het retentierecht van art. 630 (oud) BW (het huidige art. 3:120 BW): het retentierecht dat de bezitter te goeder trouw kon inroepen tegen de eigenaar wegens nuttige en/of noodzakelijke kosten ten behoeve van de zaak gemaakt. De verbintenisrechtelijke retentierechten vloeiden daarentegen voort uit een overeenkomst. Voorbeelden van deze categorie waren bijvoorbeeld art. 1652 en art. 1766 (oud) BW, de retentierechten van respectievelijk de aannemer en de bewaarnemer. Maar nogmaals: ook onder het oude recht moet het belang van dit onderscheid niet worden overdreven. Thors zet in zijn proefschrift uit 1934 al uiteen, dat zowel de zakenrechtelijke als de verbintenisrechtelijke retentierechten voortvloeien uit de billijkheid en dat het onderscheid willekeurig is.[43]

Het onderscheid dat in het Oud BW werd gemaakt tussen de zakenrechtelijke en verbintenisrechtelijke retentierechten is vermoedelijk te herleiden tot het onderscheid dat het Romeinse recht maakte tussen *actiones in rem* en *actiones in personam*. Eigendom is een absoluut recht, dat de gerechtigde directe heerschappij over zijn goed toestaat, met uitsluiting van anderen. Een eigenaar kan zijn recht handhaven jegens eenieder die daar inbreuk op maakt. De actie die de eigenaar in staat stelt om zich te beschermen tegen inbreuken op zijn recht is de *rei vindicatio*. De *rei vindicatio* is een *actio in rem*. De eigenaar heeft niet een recht op afgifte *jegens* degene die de zaak in zijn macht heeft, maar hij heeft alleen het

43 Thors 1934, p. 13-14. Thors verwijst op p. 13 naar een geschrift van De Sitter, die heeft verdedigd dat de bewaarnemer het retentierecht uitsluitend heeft als de eigenaar een *actio depositi directa* instelt, doch niet wanneer de eigenaar een *rei vindicatio* instelt, omdat het retentierecht van de bewaarnemer voortvloeit uit een verbintenisrechtelijke verhouding. Thors bestrijdt deze opvatting terecht met de constatering dat wij een dergelijk onderscheid (in 1934 al) niet langer kennen. Vgl. Wiarda 1937, p. 261, die stelt dat de eigenaar jegens de houder niet alleen een zakelijke, maar ook een persoonlijke, schuldvordering tot afgifte heeft. Wiese 2012, p. 297-326 bespreekt uitgebreid het onderscheid tussen zakenrechtelijke (verrykingsretentsiereg) en verbintenisrechtelijke (skuldeiser-skuldenaar-retensieregte) retentierechten dat in het Zuid-Afrikaanse recht nog wordt gemaakt, maar relativeert dit in die zin, dat het onderscheid alleen iets zegt over de ontstaansbron van het retentierecht, niet over de aard ervan; zie in het bijzonder Wiese 2012, p. 325-326 en p. 346.

recht om *de zaak zelf* weer onder zich te krijgen. De houder van de zaak wordt aldus niet de debiteur (namelijk van de vordering tot afgifte) van de eigenaar; eigenaar en houder zijn niet wederzijds aan elkaar gebonden.[44] Daartegenover staan de *actiones in personam*. Relatieve rechten geven de gerechtigde aanspraak op een bepaalde prestatie door een persoon. De crediteur kan in dat geval alleen tegen de debiteur een *actio in personam* instellen.

Er zijn vele redenen denkbaar op grond waarvan een ander dan de eigenaar een zaak onder zich kan hebben. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de zaak is gestolen, gehuurd, geleend, in bewaring is genomen. Of de zaak kan zijn verkocht, waarna de koopovereenkomst is vernietigd. Afhankelijk van de specifieke rechtsverhouding kwam in het Romeinse recht aan de eigenaar een actie toe om zijn eigendom op te eisen bij de houder die haar zonder recht hield. In het Romeinse recht was de *rei vindicatio* voorbehouden aan de eigenaar, niet-bezitter en kon worden in beginsel alleen worden ingesteld tegen de bezitter, niet-eigenaar.[45] Bewust gebruik ik de woorden 'in beginsel', want hieronder volgt een nuancering. Door middel van de *rei vindicatio* vorderde de eigenaar het bezit van de zaak, bijvoorbeeld bij een dief. Houderschap (detentie) ontstond uit hoofde van een rechtsverhouding, bijvoorbeeld bewaarneming of bruikleen. Als de eigenaar in deze gevallen de macht over zijn zaak wilde herkrijgen, moest hij de actie uit de betreffende overeenkomst instellen tegen de houder. Bijvoorbeeld als bij een overeenkomst van bruikleen (*commodatum*) de eigenaar de zaak voor bepaalde tijd had uitgeleend en de bruiklener weigerde de zaak na afloop terug te geven, dan kon de eigenaar ageren met een *actio commodati*.[46] Ingeval van een bewaarnemingsovereenkomst (*depositum*), heeft de bewaargever (dit kan de eigenaar zijn) een *actio depositi* jegens de bewaarnemer die de zaak niet of niet in behoorlijke staat heeft teruggegeven.[47] De houder maakte zich door die weigering tot bezitter van de zaak en aldus kon men alsnog ageren uit de *rei vindicatio*.[48] Als de houder zonder goede grond de afgifte weigerde, kon de eigenaar dus zowel ageren uit hoofde van de overeenkomst, als uit hoofde van de *rei vindicatio*. Daaruit kan worden afgeleid dat zelfs in het Romeinse recht het onderscheid tussen de *rei vindicatio* en de acties uit de overeenkomst minder scherp was dan het veelal wordt voorgesteld.

44 Kaser-Wubbe 1971, p. 35.
45 Kaser-Wubbe 1971, p. 130-132.
46 Kaser-Wubbe 1971, p. 195.
47 Kaser-Wubbe 1971, p. 195.
48 Kaser-Wubbe 1971, p. 132, J.E. Jansen 2006, p. 131.

25. In het huidige Nederlands recht staat de revindicatie in art. 5:2 BW. De revindicatie naar Nederlands recht is, anders dan wel wordt beweerd,[49] niet voorbehouden aan de eigenaar die het *bezit* van de zaak heeft verloren. Naar geldend recht wordt algemeen aangenomen dat een eigenaar ook kan revindiceren bij zijn eigen houder. Anders dan Jansen stelt is de enige eis die het Nederlandse recht aan revindicatie stelt dus niet 'dat hij het bezit van zijn zaak kwijt is',[50] doch dat de houder (in ruime zin) de zaak zonder recht houdt. Of de houder (in ruime zin) de zaak met recht houdt of niet, zal in de concrete omstandigheden moeten worden vastgesteld. De houder houdt bijvoorbeeld zonder recht, wanneer de overeenkomst is opgezegd of ontbonden. Anders dan naar Romeins recht eist de revindicerende eigenaar naar geldend recht niet het bezit op, noch de eigendom. Door middel van de revindicatie eist hij de feitelijke macht op, ongeacht uit welken hoofde die feitelijke macht bij een ander berust.[51] Heeft de houder nog een vordering, die voldoende samenhang heeft met de zaak, dan kan hij de afgifte aan de eigenaar opschorten met behulp van een retentierecht.

Los van de opeising van de zaak door een eigenaar met behulp van de revindicatie en de afwering daarvan door de retentor, kan het retentierecht uiteraard ook worden ingeroepen tegenover (bijvoorbeeld) een huurder die afgifte van de zaak eist, of een koper onder eigendomsvoorbehoud. De huurder c.q. koper heeft niet een eigen 'actie uit het huurrecht' c.q. 'actie uit de koopovereenkomst', maar als de huurder of koper de auto in reparatie geeft en met de garagist heeft afgesproken dat hij hem twee dagen later weer komt ophalen, kan hij dat recht eventueel met behulp van het algemene art. 3:296 BW afdwingen. En ook de niet-betalende huurder kan een retentierecht van de garagehouder tegengeworpen krijgen.

Kortom: het retentierecht kan worden ingeroepen ongeacht of de vordering tot afgifte van de wederpartij goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk van aard is. In beide gevallen zijn in principe de regelingen van art. 3:290 e.v. en 6:52 e.v. BW van toepassing.

---

49 J.E. Jansen 2006, p. 131. Hij verwijst ter onderbouwing naar de 12e druk van Pitlo/Reehuis & Heisterkamp uit 2006, nr. 473. Op die plaats is echter – overigens net als in hetzelfde randnummer in de 11e druk uit 2001 – de volgende passage te vinden: "De gedepossesseerde eigenaar kan van iedere houder of bezitter afgifte vorderen, ook in geval van faillissement." En even verderop: "Het spreekt voor zich dat de vordering niet zal slagen indien die ander aantoont dat hij een (sterker) recht heeft op die zaak. Als de gedaagde bewijst, dat hij rechtmatig houder is, bijvoorbeeld op grond van bruikleen, zal de revindicatie afgewezen worden."

50 J.E. Jansen 2006, p. 131.

51 Vgl. Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/27.

2.2.6 *Vergelijking met de Duitse retentierechten*

26. Volgens Rank-Berenschot is de regeling in afdeling 3.10.4 BW meer het product van rechtsvergelijking, gecombineerd met pragmatisme en billijkheid, dan de uitkomst van een eeuwenoude traditie.[52] Uit de parlementaire geschiedenis wordt duidelijk dat de wetgever zich voor de regeling van het verhaalsrecht van het retentierecht heeft laten inspireren door het Duitse, Zwitserse en Italiaanse recht.[53] Die vaststelling doet er niets aan af dat het retentierecht al gekend werd in het Romeinse recht en altijd in een bepaalde vorm onderdeel heeft uitgemaakt van onze rechtsorde. Maar de regeling zoals die haar plaats heeft gevonden in het huidige BW, sluit eerder aan op al bestaande regelingen in het buitenland, dan op de regelingen uit het Oud BW.

27. In grote lijnen lijkt het Nederlandse retentierecht het meest op het Zwitserse (art. 895 en verder ZGB) en het Italiaanse (art. 2756 en verder Cc): beide regelingen kennen op een vergelijkbare wijze derdenwerking jegens posterieure en anterieure gerechtigden aan het retentierecht toe. Wel gaan beide stelsels nog een stap verder dan het Nederlandse recht, door de retentor een verhaalsrecht toe te kennen alsof hij een pandrecht heeft (zie art. 898 ZGB, resp. art. 2756 lid 3 Cc). Voor het Zwitserse retentierecht geldt dan ook dat het wordt gezien als een beperkt recht en derhalve als een goederenrechtelijk recht (*beschränktes dingliches Recht*).[54] De retentor heeft in Italië en in Zwitserland het recht van parate executie. Wel hebben de Italiaanse en de Zwitserse regeling in ander opzicht een meer beperkte reikwijdte dan de Nederlandse, want zij staan het retentierecht alleen toe met betrekking tot roerende zaken. Mijns inziens treden juist de meest lastige vragen (in Nederland) op doordat de retentor wel hoge rang heeft en feitelijke pressie (ook op derden) kan uitoefenen, maar het recht van parate executie ontbeert. Juist dit hybride karakter van het Nederlandse retentierecht maakt het een uitdaging om het recht in te passen in de systematiek van het goederenrecht, waaronder het verhaalsrecht. Ook het feit dat het Nederlandse retentierecht ook bestaanbaar is op onroerende zaken, waardoor samenloop met hypotheek en andere registergoederen mogelijk is, brengt zijn eigen vragen mee.

52 Rank-Berenschot 1992, p. 184.
53 Parl. Gesch. Boek 3, p. 889.
54 Studer 2000, p. 11.

28. Hoewel het Nederlandse retentierecht in algemene zin minder gemeen heeft met het Duitse, dan met het Italiaanse en het Zwitserse, met name op het punt van het verhaalsrecht met voorrang, is het toch interessant om in te gaan op de verschillen tussen het Nederlandse en het Duitse retentierecht. In Duitsland zijn verschillende figuren die een functie hebben die overeenkomt met het Nederlandse retentierecht. Deze verschillende Duitse figuren brengen aan het licht dat het Nederlandse retentierecht de middenweg bewandelt tussen enerzijds een verbintenisrechtelijk recht met nauwelijks derdenwerking en anderzijds een wettelijk (vuist) pandrecht dat de gerechtigde vergaande bevoegdheden geeft, maar dat wel slechts in specifieke gevallen wordt toegekend. Deze keuzes werken door in het faillissementsrecht, dat in hoofdstuk 8 verder (rechtsvergelijkend) aan bod komt.

In Duitsland zijn grofweg twee figuren die eenzelfde functie vervullen als het Nederlandse retentierecht: het *Zurückbehaltungsrecht* en het *gesetzliche Besitzpfandrecht*. Als aan de vereisten voor beide is voldaan, kan de rechthebbende kiezen waar hij zich op beroept. Ik ga achtereenvolgens in op de het burgerlijke en het handelsrechtelijke *Zurückbehaltungsrecht* en daarna op de wettelijke vuistpandrechten. Tot slot van deze paragraaf maak ik een vergelijking met de regeling van het Nederlandse retentierecht.

De Duitse algemene regeling voor het *Zurückbehaltungsrecht* is te vinden in § 273 BGB en voor kooplieden in § 369 HGB.[55] In § 273 Abs. 1 BGB staat het algemene opschortingsrecht. Dit is grosso modo de Duitse versie van art. 6:52 BW. Als het *Zurückbehaltungsrecht* het karakter heeft van de opschorting van de verplichting tot afgifte van een zaak, is in principe Abs. 2 van § 273 BGB van toepassing. Abs. 2 van § 273 is niet een lex specialis die prevaleert boven de lex generalis van Abs. 1, maar wordt gezien als een geval dat buiten twijfel stelt dat er voldoende samenhang is voor opschorting.[56] Uit de tekst blijkt aanstonds dat § 273 Abs. 2 BGB een meer beperkte reikwijdte heeft dan het Nederlandse retentierecht: de schuldeiser heeft

55 In § 320 BGB is ook nog het equivalent te vinden van ons art. 6:263 BW (enac) voor verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten (Gegenleistungen aus einem gegenseitigen Vertrag), maar aangezien ook dit – net als § 273 BGB – geen werking heeft in insolventie en een nog beperktere strekking heeft dan § 273, blijft het verder buiten beschouwing.

56 Staudinger/Bittner 2014 § 273 nr. 113, MünchKommBGB 2016 § 273 nr. 82.

het Duitse retentierecht wanneer hij een vordering wegens "*Verwendungen auf den Gegenstand oder eines ihm durch diesen verursachten Schadens*" heeft. Het begrip '*Verwendung*' betekent aan de zaak bestede kosten,[57] maar het is niet vastomlijnd.[58] Als niet aan de door lid 2 vereiste samenhang is voldaan, is alsnog goed mogelijk dat opschorting van de afgifte van een zaak mogelijk is op grond van Abs. 1 van § 273 BGB. Wat betreft de vereiste samenhangt geldt dat volgens § 273 Abs. 1 BGB vordering en schuld moeten voortvloeien uit *demselben rechtlichen Verhältnis*.[59]

29. In het BGB is niet als zodanig bepaald dat het retentierecht van § 273 BGB derdenwerking heeft en de literatuur hierover is opvallend zwijgzaam. Men lijkt zich niet erg druk om te maken over de vraag of een bestaand retentierecht kan worden ondermijnd als de zaak aan een derde wordt overgedragen en deze van de retentor afgifte verlangt. Voor zover erover wordt nagedacht, worden de volgende oplossingen aangedragen voor de werking van het retentierecht jegens een posterieure derde. Bittner neemt bijvoorbeeld aan dat het retentierecht ook kan worden tegengeworpen aan opvolgende eigenaren van de zaak met behulp van een analogie met het retentierecht van de bezitter van § 1000 BGB.[60] Wanneer iemand de eigendom overgedragen krijgt van de eigenaar die ingevolge § 994-996 BW verplicht was tot restitutie van kosten, gaat deze vordering op grond van § 999 Abs. 2 BW over op de nieuwe eigenaar. De bezitter heeft dan dus ook jegens deze opvolgende eigenaar een vordering vanwege noodzakelijke of nuttige kosten, aan de zaak besteed. Een andere manier waarop een tegenwerping aan een posterieure derde zou kunnen worden geconstrueerd, is door het aannemen van een *Recht zum Besitz* bij de

57 Ahrens 2003, p. 147 stelt dat het voldoende is dat de zaak iets ten goede is gekomen, Fesevur 2017/30.

58 Zie verder over dit begrip, dat op verschillende plekken in het BGB opduikt, en de verhouding tot het begrip '*Aufwendungen*': Staudinger/Bittner 2014 § 256 BGB nr. 4.

59 Volgens MünchKommBGB/Krüger § 273 Rn. 13 gaat het erom dat de vordering en de schuld "*einem innerlich zusammenhängenden einheitlichen Lebensverhältnis entspringen*".

60 Staudinger/Bittner 2014 § 273, nr. 125. Zie over § 1000 BGB nog kort verderop in deze paragraaf.

retentor. Het is omstreden of een *Zurückbehaltungsrecht* de schuldeiser dit *Recht zum Besitz* geeft.[61] De heersende mening gaat ervan uit dat dit niet het geval is. Mocht men echter aannemen dat de BGB-retentor wél een *Recht zum Besitz* heeft, dan lijkt het erop dat hij dit op grond van § 986 BGB ook aan posterieure derden kan tegenwerpen. Het wordt duidelijk dat het tegenwerpen van het retentierecht van § 273 BGB aan posterieure derden mogelijk is, maar wel enige dogmatische flexibiliteit vereist. Aan anterieure derden kan het BGB-*Zurückbehaltungsrecht* in ieder geval niet worden tegengeworpen. Immers, het HGB-*Zurückbehaltungsrecht* kan niet worden verworven op goederen van een derde, dus 'a fortiori' is dat ook niet mogelijk bij het BGB-*Zurückbehaltungsrecht.* Kortom: het BGB-*Zurückbehaltungsrecht* is onderdeel van het *Leistungsstörungsrecht* (onderdeel van het *Schuldrecht*) en is als zodanig een puur verbintenisrechtelijk opschortingsrecht. Er wordt algemeen geleerd dat het *Zurückbehaltungsrecht* ex § 273 Abs. 1 BGB in faillissement geen werking heeft.[62] Het *Bundesgerichtshof* neemt aan dat dit opschortingsrecht "*ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung darstellt*".[63] De retentor kan zich niet op opschorting beroepen en de curator kan hem aanspreken tot nakoming. Zijn faillissementsvordering kan hij indienen ter verificatie. Een tijdens het faillissement voortgezette opschorting die alleen te doorbreken is als de curator de opschortende partij integraal betaalt, zou in strijd komen met de paritas creditorum.[64] De retentor met een *Zurückbehaltungsrecht* ex § 273 Abs. 2 BGB is ingevolge § 51 Abs. 2 InsO alleen bevoegd tot *Absonderung*, als hij kosten heeft besteed '*zum Nutzen der Sache*'. De waarde van de zaak moet door de '*Verwendungen*' van de retentor zijn verhoogd.[65] In dat geval is een doorbreking van de paritas creditorum kennelijk gerechtvaardigd. De eisen om als BGB-retentor gerechtigd te zijn tot *Absonderung*, zijn al met al strikt. Een analoge toepassing van § 51 Abs. 2 InsO op andere retentierechten is niet aan de orde.[66]

---

61 Over deze vraag uitgebreid Seidel 1993, p. 180-185. Seidel komt tot de conclusie dat men per type *Zurückbehaltungsrecht* moet beoordelen of een *Recht zum Besitz* bestaat. Voor het *Zurückbehaltungsrecht* van § 273 BGB komt hij uitgebreid beargumenteerd tot de conclusie dat de schuldeiser geen *Recht zum Besitz* toekomt, zie p. 182-184. Anders: BeckOK BGB, Bamberger/Roth 2017 § 273 nr. 50.

62 Vgl. de toelichting bij het Regeringsontwerp van de Insolvenzordnung van 15 april 1992, Drucksache 12/2443, p. 140, Blaum 2008, p. 248-249. Staudinger/Bittner 2014 § 273 BGB nr. 124, MünchKommBGB/Krüger § 273 nr. 94. Hetzelfde neemt men aan voor de enac (§ 320 BGB), zie Blaum 2008, p. 81.

63 BGH 13 december 2012, *NJW* 2013, 1243-1245.

64 Staudinger/Bittner 2014 § 273 BGB nr. 124.

65 MünchKommInso/Ganter 2013 § 51 nr. 218, Schmidt/Thole 2016 § 51 nr. 30.

66 Schmidt/Thole 2016 § 51 nr. 31.

30. Afgezien van het burgerlijke retentierecht, is er in Duitsland ook een *Kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht* te vinden in § 369 HGB. Daarvoor is vereist dat beide partijen (retentor en zijn wederpartij) *Kaufmann* zijn.[67] Dit *Zurückbehaltungsrecht* heeft alleen betrekking op waardepapieren en roerende zaken. § 369 HGB heeft dus wat betreft het object een meer beperkte reikwijdte dan § 273 BGB, maar de samenhang die wordt vereist is wel ruimer: het moet gaan om vordering en schuld uit "*zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften*". Niet alleen op het punt van vereiste samenhang, maar ook wat betreft derdenwerking gaat het HGB-retentierecht verder dan het burgerlijke retentierecht. De werking jegens een posterieure derde is als zodanig in de wet neergelegd (zie § 369 Abs. 2 HGB jo. § 986 BGB), maar het recht kan niet worden ingeroepen tegen een anterieure derde.[68] De schuldeiser met een HGB-*Zurückbehaltungsrecht* mag ingevolge § 371 de zaak executeren en zich verhalen op de executie-opbrengst. Dat kan hij doen door middel van pandexecutie (§ 371 Abs. 2 HGB), ook wel *Verkaufsbefriedigung* genoemd, of door middel van *Vollstreckungsbefriedigung*; in dat laatste geval is een executoriale titel vereist (§ 371 Abs. 3 HGB).[69] Hij heeft ingevolge § 371 Abs. 1 voorrang, voor zover hij zijn retentierecht tegen een mede-schuldeiser kan inroepen. Daarnaast geeft het HGB-retentierecht de schuldeiser een *Absonderungsrecht* tijdens faillissement (§ 51 lid 3 jo. 50 lid 1 InsO jo. 371 HGB).[70]

31. Verder bevat § 1000 BGB een retentierecht van de *Besitzer* tegenover de eigenaar. Dit retentierecht is grotendeels vergelijkbaar met ons art. 3:120 lid 3 BW. § 1000 BGB maakt onderdeel uit van het leerstuk van de *Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*. Ik laat dit retentierecht verder onbesproken omdat ik me voor het Nederlandse recht eveneens beperk tot een behandeling van het algemene retentierecht van afdeling 3.10.4 BW en het retentierecht van art. 3:120 lid 3 BW erbuiten laat.

67 Wanneer iemand *Kaufmann* is, is te vinden in §§ 1 en 2 HGB.
68 Baumbach/Hopt 2018 § 369 nr. 12, MünchKommHGB/Welter 2018 § 369 nr. 48 met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak en nr. 67.
69 Ik laat de precieze procesrechtelijke verschillen tussen deze beide vormen van executie buiten beschouwing. Zie daarover o.m. Baumbach/Hopt 2018 § 371 nr. 1-6 en MünchKommHGB/Welter 2018 § 371 nr. 5-29.
70 Hierover verder par. 8.2.4.7.

32. In een casus waarin in Nederland een retentierecht zou kunnen ontstaan – namelijk wanneer een partij de macht over zaken krijgt en een daarmee voldoende samenhangende vordering op de wederpartij, zou in Duitsland behalve een *Zurückbehaltungsrecht*, in bepaalde gevallen ook een wettelijk pandrecht kunnen ontstaan. Terwijl het Nederlandse recht in principe alleen de verpanding krachtens rechtshandeling kent,[71] kent het Duitse recht een aantal *gesetzliche Pfandrechte*. Verspreid door het BGB, het HGB en een aantal bijzondere wetten vindt men wettelijke pandrechten. Het zijn soms *besitzlose*, en soms *Besitzpfandrechte*; het onderscheid daartussen is of de pandhouder de macht over de zaken heeft verkregen. Aangezien het retentierecht veronderstelt dat de schuldeiser de macht heeft over zaken, zijn alleen de *Besitzpfandrechte* hier relevant. Voorbeelden van *Besitzpfandrechte* zijn dat van de bewaarnemer (§ 475b HGB) of het pandrecht van de opdrachtnemer op de roerende zaken van de opdrachtgever (§ 647 BGB).[72] De rechtvaardiging voor het toekennen door de wet van een pandrecht is dat de schuldeiser een bepaalde *Vorleistung* verricht. De prestatie van de pandhouder gaat vooraf aan de tegenprestatie. Bijvoorbeeld ingeval van aanneming van werk kan goed zijn dat de betaling pas geschiedt nadat het werk is verricht. Een verzekering van de nakoming *Zug-um-Zug* is in de gevallen waarin een wettelijk pandrecht wordt toegekend vrijwel uitgesloten.[73] Daarbij komt dat in bepaalde gevallen de handelingen van de partij die een wettelijk pandrecht verkrijgt de goederen van de andere partij ten goede komen. Per wettelijk pandrecht moet worden bepaald wanneer aan de vereisten is voldaan.[74] Als het wettelijk pandrecht eenmaal is ontstaan, heeft het ingevolge § 1257 BGB dezelfde gevolgen als een pandrecht dat krachtens rechtshandeling is ontstaan. Dat betekent onder meer dat de pandhouder ingevolge § 1228 BGB de bevoegdheid heeft tot parate executie van de zaak wanneer de vordering opeisbaar is.[75],[76] De verkoop vindt in het openbaar plaats (§ 1235 BGB), doch afwijkende

71 Zie par. 2.2.4.
72 Zie over deze en andere Duitse vervoerrechtelijke wettelijke pandrechten Logmans 2011, p. 110-114.
73 Baur & Stürner 2009, § 55 nr. 36.
74 MünchKommBGB/Damrau 2013 § 1257, nr. 2, Jauernig/Berger BGB 2015 § 1257 nr. 2.
75 Staudinger/Wiegand 2009 § 1228, nr. 10.
76 Staudinger/Wiegand 2009 § 1245, nr. 1-6.

afspraken tussen pandhouder en pandgever zijn mogelijk (zie §§ 1245 en 1246 BGB). De pandhouder kan zijn recht tegenwerpen aan een posterieure verkrijger van de zaak. Het is hoogst omstreden of het wettelijk pandrecht 'te goeder trouw' kan worden verkregen op zaken van derden. Het wordt door het Bundesgerichtshof ontkend, maar door (het overwegende deel van) de literatuur wel mogelijk geacht.[77] Tijdens faillissement is de wettelijke pandhouder bevoegd tot *Absonderung* op grond van § 50 Abs. 1 InsO.[78]

33. Na deze korte schetsen van de twee (BGB en HGB) Duitse *Zurückbehaltungsrechte* en enkele *Besitzpfandrechte* kan worden geconcludeerd dat alle '*the road not taken*' door het Nederlandse recht vertegenwoordigen. Het Nederlandse retentierecht is (op de meeste punten) meer verstrekkend dan het Duitse BGB-*Zurückbehaltungsrecht*, maar (op de meeste punten) minder verstrekkend dan het HGB-*Zurückbehaltungsrecht* en het wettelijke *Besitzpfandrecht*. Voor wat betreft *het ontstaan* in de tweepartijenverhouding vertoont het gelijkenissen met het Duitse BGB-retentierecht, maar het gaat in zijn uitwerking beduidend verder dan dat. Want het BGB-retentierecht heeft geen derdenwerking, het type vorderingen waarvoor het kan worden uitgeoefend is beperkt en de vereiste samenhang is strenger dan die die art. 6:52 BW vereist. Bovendien werkt het niet tijdens faillissement, terwijl het Nederlandse retentierecht nu juist niet wordt geraakt door de faillietverklaring. Het HGB-retentierecht kan alleen worden uitgeoefend tussen *Kaufleute* en alleen met betrekking tot waardepapieren en roerende zaken. Geen van beide *Zurückbehaltungsrechte* kan worden ingeroepen jegens anterieur gerechtigden tot de zaak. Daar staat tegenover dat de HGB-retentor juist wel het recht heeft om de teruggehouden zaak te executeren als een pandrecht en tijdens faillissement heeft de HGB-retentor een *Absonderungsrecht*.

Ten opzichte van de Duitse wettelijke pandrechten wordt duidelijk dat het Nederlandse retentierecht juist minder verstrekkend is: het verschaft bijvoorbeeld niet de bevoegdheid tot parate executie. Tijdens faillissement is de pandhouder bevoegd tot *Absonderung*. Anderzijds is alleen bij

77 Zie o.m. BeckOK BGB/Voit 2017 § 647 nr. 10 en MünchKommBGB/Busche 2018 § 647 nr. 11 met veel verwijzingen naar literatuur en rechtspraak. Ik laat de (uitgebreide) discussie hierover voor wat ze is, maar constateer in ieder geval dat het Nederlandse recht de rechtszekerheid op dit punt beter dient dat het Duitse.

78 Zie hierover verder par. 8.2.4.7.

bepaalde benoemde overeenkomsten een wettelijk pandrecht mogelijk, terwijl de regeling van het Nederlandse retentierecht juist algemeen is en daardoor een bredere strekking heeft. En het is zeer omstreden of een wettelijk pandrecht te goeder trouw kan worden verkregen op een zaak van een derde.

Het Nederlandse retentierecht bewandelt dus op hoofdlijnen de middenweg tussen deze figuren. Het komt de rechtszekerheid ten goede dat de werking jegens anterieur en posterieur gerechtigden wettelijk is vastgelegd. En het gegeven dat er in Nederland één eenduidige regeling is, houdt het overzichtelijk. Afgezet tegen de verschillende vergelijkbare Duitse figuren, zijn de keuzes die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt consequent. Aan de andere kant zorgt de hybride aard van het Nederlandse retentierecht (een opschortingsrecht met 'goederenrechtelijke derdenwerking') er wel voor dat men zich in iedere (uitwinnings)situatie rekenschap moet geven van de eigensoortige positie van de retentor.

In hoofdstuk 8 ga ik verder in op de positie van de HGB-retentor en wettelijk pandhouder tijdens faillissement. Het BGB-retentierecht blijft daar verder buiten beschouwing, omdat het zoals gezegd geen werking heeft tijdens faillissement van de schuldenaar.

2.3 Hoofdlijnen van de wettelijke regelingen van retentierecht in Boek 3 BW

2.3.1 Inleiding

34. Afdeling 3.10.4 BW geeft in samenhang met afdeling 6.1.7 BW een algemene regeling voor het retentierecht. Naast deze algemene regeling bestaan verspreid door het BW een aantal regelingen van retentierechten. Zo zijn in Boek 5 BW een aantal goederenrechtelijke retentierechten opgenomen en in Boek 8 BW staan specifiek vervoerrechtelijke retentierechten. Ook in art. 7:109 BW is een retentierecht te vinden met betrekking tot de ontbonden huurkoopovereenkomst. Deze specifieke retentierechten buiten Boek 3 BW laat ik verder buiten beschouwing. Volgens de parlementaire geschiedenis dienen ze de rechtszekerheid en stellen de betreffende schuldeiser in staat om zelf in de wet te lezen dat hij bevoegd is om de afgifte van een zaak op te schorten.[79] Over deze retentierechten in benoemde rechtsverhoudingen is

79 Parl. Gesch. Boek 6, p. 204.

elders al voldoende literatuur te vinden,[80] en mijn focus ligt nu juist op de gevolgen van de algemene regeling. Wat betreft de bepalingen buiten afdeling 3.10.4 BW behandel ik in paragraaf 2.3.2 alleen de vraag in hoeverre de algemene regeling van het retentierecht in afdelingen 3.10.4 en 6.1.7 ook van toepassing is op deze specifieke retentierechten. In paragraaf 2.3.3 ga ik in op de verhouding tussen het retentierecht en de *exceptio non adimpleti contractus* (enac) en in paragraaf 2.3.4 behandel ik het retentierecht van de bezitter van art. 3:120 lid 3 BW en van de houder van art. 3:124 BW. De enac en het retentierecht uit titel 3.5 BW (bezit en houderschap) behandel ik wel, omdat deze niet zien op een benoemde rechtsverhouding (zoals de Boek 5, 7 en 8-retentierechten), maar een algemene strekking hebben.

2.3.2 De algemene regeling van art. 3:290 e.v. en 6:52 e.v. BW

35. In art. 3:290 BW staat dat het retentierecht aan een schuldeiser toekomt 'in de bij de wet aangegeven gevallen'. Wat wordt daarmee bedoeld? Gelet op het oude recht waarin geen algemene regeling voor het retentierecht bestond, zouden deze bewoordingen de (onterechte) indruk kunnen wekken, dat het retentierecht alleen bestaat als de wet dit expliciet bepaalt voor de betreffende rechtsverhouding. Met dat stelsel is echter in het Nieuw BW nu juist gebroken ten opzichte van het oude recht. Er is een algemene regeling van het retentierecht gecreëerd. De parlementaire geschiedenis geeft aan dat met deze zinsnede wordt aangegeven wanneer de artikelen 3:290 tot en met 3:295 BW al of niet toepassing vinden.[81] Een retentierecht met de in de wet aangegeven rechtsgevolgen (zoals derdenwerking) kan alleen worden uitgeoefend, als is voldaan aan de wettelijke vereisten voor de opschorting. De parlementaire geschiedenis gaat ervan uit dat weinig gevallen buiten de boot zullen vallen, vanwege de ruime

80 Zie bijv. Fesevur 2017/16. Zie over de retentierechten bij erfpacht en opstal: Heesakkers 2015, p. 257-260, Asser/Bartels 5 2017/242, De Jong & Ploeger 2008/44 en 59, en Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:105 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt t/m 22 augustus 2017). Zie over de vervoerrechtelijke retentierechten met name het proefschrift van Logmans uit 2011. Er is in het verleden aanzienlijke discussie geweest over de verhouding tussen de vervoerrechtelijke retentierechten en het retentierecht uit Boek 3 BW, zie Heyning-Plate 1973, p. 161, Haak 1997, p. 80-81, Van de Laarschot 1997, p. 29-30 en verdere verwijzingen. Zie over art. 8:210a BW, dat een expliciet afwijking van Boek 3 bevat: Snijders 1998, p. 33-34, Haak 1998, p. 34 en Van de Laarschot 1998, p. 37-38.

81 Parl. Gesch. Boek 3, p. 882.

toekenning van de opschortingsbevoegdheid in Boek 6 BW.[82] Het is denkbaar dat twee partijen met elkaar afspreken dat de een bepaalde zaken van de ander onder zich mag houden, zonder dat daarbij aan de wettelijke vereisten is voldaan. Zo kunnen zij bijvoorbeeld een contractueel retentierecht afspreken zonder dat de retentor daadwerkelijk de vereiste feitelijke macht voor een (wettelijk) retentierecht heeft. Op een dergelijk retentierecht dat slechts contractueel werkt, en niet voldoet aan de wettelijke vereisten, is de regeling van Boek 3 niet van toepassing.[83]

36. De regeling van art 6:52 e.v. BW is van toepassing als de verplichting tot afgifte van de retentor een 'verbintenis' is.[84] Het toepassingsbereik van het retentierecht van Boek 3 is dus in zoverre ruimer dan dat van Boek 6, dat niet steeds vereist is dat het gaat om tegenover elkaar staande *verbintenissen*.[85] Het retentierecht dat de bezitter te goeder trouw kan uitoefenen jegens de eigenaar in afwachting van de vergoeding van gemaakte kosten door laatstgenoemde (gegeven in art. 3:120 lid 3 BW) wordt in de parlementaire geschiedenis genoemd als voorbeeld waarbij twijfel kan bestaan of de verplichting tot afgifte een verbintenis is of een rechtsplicht.[86] In paragraaf 2.2.5 schreef ik al dat het onderscheid tussen verbintenisrechtelijke en zakenrechtelijke retentierechten niet meer bestaat. Eventuele resterende onzekerheid hierover is weggenomen door de Hoge Raad. Op verplichtingen die geen verbintenissen zijn, zijn volgens de Hoge Raad art. 6:52 e.v. BW wel van overeenkomstige toepassing waardoor men tot eenzelfde uitkomst zal komen.[87] Enig praktisch verschil zal het dus niet maken of men spreekt van het retentierecht als een recht op opschorting van een *verplichting* of van een *verbintenis* tot afgifte van een zaak.

---

82 Parl. Gesch. Boek 3, p. 882.

83 Parl. Gesch. Boek 3, p. 882.

84 Art. 6:52 BW gebruikt het woord 'verbintenis' om de *schuld* van de opschortende partij aan te duiden. Normaal gesproken verstaat men onder verbintenis daarentegen de ('neutrale') vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen. Zie over deze terminologie Asser/Sieburgh 6-I 2016/12 en zie ook par. 6.2.3. In deze paragraaf volg ik het woordgebruik van de wet.

85 Hartkamp/Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017/246.

86 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 881. Over het onderscheid tussen verbintenis en rechtsplicht: Smits 2003, p. 6, Krans 2014, p. 8-9, Asser/Sieburgh 6-I 2016/8.

87 HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2116, *NJ* 1997/397 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Straalcabine*). Vgl. Snijders 1973, p. 466. Anders: Janssen 2003, p. 32-43. Janssen is kritisch over de toepassing van 6:52 e.v. BW op het retentierecht van een bezitter te goeder trouw jegens een eigenaar. Volgens hem is het zuiverder om aan de hand van art. 6:162 BW te beoordelen of de weigering van de afgifte (on)rechtmatig is.

37. De typering van het retentierecht van de bezitter te goeder trouw jegens de eigenaar als een verplichting sec, niet zijnde een verbintenis, is een van de redenen dat de regeling van het retentierecht in Boek 3 staat en niet in Boek 6.[88] Daarnaast wordt de plaats van het retentierecht in Boek 3 in de parlementaire geschiedenis gemotiveerd met het argument dat het retentierecht nauw samenhangt met het verhaalsrecht op goederen, geregeld in titel 10 van Boek 3.[89] Deze plaatsing correspondeert met het feit dat het accent van de regeling van het retentierecht is verschoven van obligatoir opschortingsrecht richting een zekerheidsrecht met goederenrechtelijke karakteristieken. Het feit dat het retentierecht in Boek 3 BW staat en niet in Boek 6, maakt echter niet dat het géén regelend recht betreft.[90]

38. Nu afdeling 3.10.4 BW een algemene regeling is, is de vraag of die bepalingen steeds ook van toepassing zijn op ieder retentierecht dat elders in de wet een bijzondere bepaling heeft gekregen. De visie van de wetgever lijkt te zijn, dat afdeling 3.10.4 BW in beginsel van toepassing is, als aan de vereisten voor het retentierecht is voldaan. Dit komt overeen met het algemene uitgangspunt dat cumulatie aangewezen is, wanneer meerdere wettelijke bepalingen op een geval van toepassing zijn. Soms geeft de wet zelf aan dat overeenkomstige toepassing niet aan de orde is. Zo is in art. 8:210a BW de toepassing van art. 3:292 BW en bepaalde onderdelen van art. 60 Fw op zeeschepen uitgesloten.[91] Daarnaast zijn gevallen denkbaar, waarin de toepassing van de regeling van Boek 3 niet goed past. De retentierechten uit Boek 5 BW vloeien bijvoorbeeld niet voort uit een overeenkomst, maar uit een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Omdat art. 3:291 lid 2 BW uitgaat van derdenwerking wanneer de schuldenaar 'bevoegd was om een overeenkomst aan te gaan', biedt dit niet altijd een bruikbaar systeem voor Boek 5-retentierechten. Als een retentierecht bijvoorbeeld ingevolge art. 5:10 lid 1 BW wordt uitgeoefend door de vinder van de zaak en deze zaak was daarvoor al verpand, dan zou de (derden)werking van het retentierecht van de vinder jegens de pandhouder moeten worden beoordeeld aan de hand van art. 3:291 lid 2 BW. Maar de eigenaar heeft uiteraard niet een overeenkomst gesloten met de vinder, waar het retentierecht uit

88 Parl. Gesch. Boek 3, p. 880-881.
89 Parl. Gesch. Boek 3, p. 881.
90 Zie hierover in het kader van uitwinning van de teruggehouden zaak par. 5.4.4.2.
91 Zie over de verhouding tussen art. 8:210a en art. 3:292 BW: Snijders 1998, p. 33-34, Haak 1998, p. 34 en Van de Laarschot 1998, p. 37-38.

voortvloeit. Betekent het feit dat het retentierecht in het geheel niet voortvloeit uit een overeenkomst, dat niet aan de vereisten van art. 3:291 lid 2 BW is voldaan en dat het retentierecht niet werkt jegens de pandhouder in kwestie? Of moeten we art. 3:291 lid 2 BW conform de 'geest van de wet' interpreteren en heeft de wet ook de vinder als kleine schuldeiser jegens een pandhouder willen beschermen?

Ik houd het ervoor dat de bepalingen van afdeling 3.10.4 BW in beginsel van toepassing zijn op de bijzondere retentierechten, tenzij de aard van het specifieke retentierecht zich hiertegen verzet. Dit sluit aan bij de manier waarop de schakelbepalingen in het BW functioneren: zij verklaren bepaalde afdelingen van overeenkomstige toepassing op andere rechtsfiguren, tenzij de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet.[92]

2.3.3 Het retentierecht en de enac

39. Het retentierecht kan ook zich ook voordoen in de vorm van een *exceptio non adimpleti contractus* (enac).[93] De parlementaire geschiedenis noemt het voorbeeld van een overdracht met levering c.p., terwijl de koper nog niet heeft betaald.[94] De verkoper heeft dan een retentierecht en aan de vereisten voor de enac is ook voldaan. De enac is opgenomen in afdeling 6.5.5 over wederkerige overeenkomsten en is dus ook in beginsel[95] alleen van toepassing op verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten. Voor toepassing van de enac is vereist dat een zeer nauw verband tussen de verbintenissen bestaat. De verbintenissen hebben een ruilkarakter.[96] Art. 6:262 lid 1 BW drukt dit uit door middel van de woorden "(…) is

92 Zie bijvoorbeeld 6:213 lid 2 BW, 6:216 BW en 6:261 lid 2 BW.

93 Streefkerk 2013/2.4. Anders: Aarts 1990, p. 9. In België heeft men grote moeite met het aanvaarden van cumulatieve toepassing van het retentierecht en de enac; reden waarom men een onbetaalde verkoper in het algemeen geen retentierecht toestaat. Vanwynsberghe 2016a, p. 294-295 verklaart dit met behulp van het onderscheid tussen juridische en materiële samenhang. Zie ook Cauffman 2000, p. 142-144.

94 Parl. Gesch. Boek 6, p. 218.

95 Art. 6:261 lid 2 BW bepaalt wel dat de bepalingen over wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet.

96 Zie de omschrijving van de wederkerige overeenkomst in art. 6:261 lid 1 BW, waaruit blijkt dat elk van de partijen neemt een verbintenis op zich *ter verkrijging van* de prestatie van haar wederpartij.

bevoegd de *daartegenover staande* verplichtingen op te schorten (…)". Dit nauwe verband wordt wel aangeduid als 'synallagmatisch'.[97] De vraag of een retentierecht in een concreet geval ook een enac is, is relevant omdat de enac in ruimere mogelijkheden voor opschorting voorziet dan de algemene regeling van afdeling 6.1.7. Ten eerste geeft art. 6:263 BW (de onzekerheidsexceptie) een ruimere mogelijkheid tot geanticipeerde opschorting dan art. 6:80 BW. Ten tweede stelt art. 6:264 BW een aantal artikelen uit afdeling 6.1.7 BW buiten werking voor de enac.

In een (wederkerige) overeenkomst nemen partijen doorgaans een samenstel van verplichtingen op zich. Binnen de gehele rechtsverhouding staat niet iedere verplichting in zodanig nauw verband tot een verplichting van de wederpartij dat deze binnen het synallagmatische verband valt.[98] Er kan worden onderscheiden tussen 'hoofdverbintenissen' en 'nevenverbintenissen'. De verplichting tot afgifte kán een hoofdverbintenis zijn, maar dat is niet noodzakelijk. Volgens de parlementaire geschiedenis is het criterium dat de enac en het algemene opschortingsrecht afbakent: "of het verband tussen de beide verplichtingen zo nauw is dat degene die tot opschorting bevoegd is, zich geheel van zijn verbintenis kan bevrijden indien de niet-nakoming door zijn wederpartij een definitief karakter gaat dragen."[99] Een retentierecht is dus ook een enac, wanneer de retentor zich kan bevrijden van de verplichting tot afgifte, in het geval dat de wederpartij definitief niet meer nakomt. Hoe dit bij het retentierecht uitpakt, licht ik toe aan de hand van de overeenkomsten van bewaarneming en aanneming van werk.[100]

40. Voor de overeenkomst van bewaarneming (art. 7:600 e.v. BW) geldt dat de verplichting tot bewaarneming van zaken de hoofdmoot van de prestatie vormt. Van Schaick beschrijft dat volgens de heersende leer de verplichting tot teruggave na de bewaarneming niet een hoofd- maar een nevenverplichting is en hij sluit zich bij die opvatting aan.[101] Indien de

97 Streefkerk 2013/14.3.
98 Parl. Gesch. Boek 6, p. 994.
99 Parl. Gesch. Boek 6, p. 994. Zie over dit criterium Streefkerk 2013/14.3.
100 Zie ook Blaum 2008, p. 54 die met betrekking tot huur betoogt dat de teruggave niet in een voldoende nauw verband staat voor opschorting op de voet van art. 320 BGB (het Duitse equivalent van art. 6:263 BW).
101 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/22.

bewaarnemer met een beroep op een retentierecht de afgifte van zaken opschort totdat hij wordt betaald, is dat dus niet aan te merken als een enac. Dit correspondeert met het afbakeningscriterium dat de parlementaire geschiedenis geeft: ook als de bewaargever definitief niet meer nakomt, kan de bewaarnemer zich niet bevrijden van de verplichting tot afgifte.

41. Bij de overeenkomst van aanneming van werk kunnen verschillende varianten worden onderscheiden.[102] Ik bespreek eerst het gevalstype, waarbij de aannemer *niet* door zaaksvorming eigendom verkrijgt, zoals in reparatiegevallen. Is de verplichting van de aannemer om het vervaardigde werk ter beschikking van de opdrachtgever te stellen een hoofd- of een nevenverplichting? Volgens art. 7:750 lid 1 BW verbindt de aannemer zich tot 1) het tot stand brengen van het werk en 2) de oplevering, *tegen* een door de opdrachtgever te betalen prijs. De eerstgenoemde verplichting is de essentie van de aannemingsovereenkomst.[103] Volgens de parlementaire geschiedenis bij titel 7.12 (aanneming van werk) moet onder 'oplevering' in het algemeen worden verstaan: "het overeenkomstig de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever na voltooiing".[104] Afgaande op de wettekst, lijkt het erop dat de verplichting tot afgifte van het werk net zo goed 'recht tegenover' de betaling van de koopprijs staat, als de verplichting om het werk tot stand te brengen. Ondanks deze wettelijke vormgeving, ben ik van mening dat de verplichting tot afgifte na voltooiing van het werk niet voldoende ruilkarakter heeft ten opzichte van verplichting tot betaling van de (aanneem)som, om opschorting van de afgifteverplichting aan te merken als een enac. In ontwerpartikel 7.12.1 van het voorontwerp voor titel 7.12 was de verplichting tot afgifte *niet* opgenomen.[105] In de literatuur voorafgaand aan de totstandkoming van de titel is gediscussieerd over de vraag of de verplichting tot oplevering in de wet terecht moest komen.[106] Uiteindelijk is dat wel geschied met het oog op de rechtszekerheid.[107] Daarmee is echter mijns inziens niet bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de oplevering ook

102 Vgl. C.E.C. Jansen 2013/30.
103 C.E.C. Jansen 2013/13.
104 *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 17.
105 Ontwerpart. 7.12.1 is kenbaar uit *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, nr. 3, p. 16.
106 Zie voor vindplaatsen Asser/Van den Berg 7-VI 2017/83.
107 Asser/Van den Berg 2017/83.

een hoofdverbintenis van de aannemer is. Mijns inziens is de hoofdverbintenis van de aannemer in beginsel alleen het tot stand brengen van het werk. Het werk na voltooiing ter beschikking stellen aan de opdrachtgever is, net zoals hierboven bij bewaarneming is geconstateerd, een gevolg van het volbrengen van het werk. Jansen merkt op dat de relevantie van de verplichting tot oplevering beperkt is tot situaties waarin de opdrachtgever na voltooiing van het werk de feitelijke macht wil verkrijgen maar de aannemer dwarsligt.[108] Uit het feit dat de wet zegt dat de aannemer verplicht is een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren is dus niet af te leiden dat de opschorting van de verplichting tot afgifte van de aannemer een enac zou kunnen zijn.

Ook het arrest van *Breda/Antonius* biedt een aanwijzing dat er bij opschorting van de afgifte door de aannemer geen sprake is van een opschorting op grond van de enac.[109] Het arrest is vooral bekend vanwege de daarin geformuleerde maatstaven met betrekking tot art. 5:16 lid 2 BW, maar bevat ook een belangrijke overweging over de opschorting van de verplichting tot afgifte. (Heel) kort gezegd casseert de Hoge Raad het arrest van het Hof Den Bosch en bepaalt dat het hof ofwel een onjuiste rechtsopvatting heeft aangelegd ofwel onvoldoende motiveert waarom Antonius (die de zaken had gevormd) eigenaar was geworden van de gevormde zaken. Vervolgens wijdt de Hoge Raad een overweging ten overvloede aan de positie van de zaaksvormer, die de ongelukkige consequenties van het arrest voor de zaaksvormer (die geen eigendom heeft verkregen) mitigeert:

> "Wel verdient nog aandacht dat, in geval de feitelijke vervaardiger van een produkt op grond van toepassing van de hiervoor weergegeven maatstaf geen eigenaar van dat produkt door zaaksvorming wordt, hij zich weliswaar niet de eigendom van dit produkt zal kunnen voorbehouden (…), maar hij aldus toch niet van elke zekerheid voor de betaling van de door hem voor zijn werkzaamheden bedongen tegenprestaties zal zijn verstoken, nu hij in de regel de nakoming van zijn verplichting tot aflevering van de produkten, overeenkomstig het bepaalde in art. 6:52 lid 2 NBW, zal kunnen opschorten tot de voldoening van hetgeen hem aan tegenprestaties toekomt, ook ter zake van uit hoofde van eerdere opdrachten reeds vervaardigde en afgeleverde produkten."[110]

108 C.E.C. Jansen 2013/30.
109 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*). Vgl. Streefkerk 2013/14.3.
110 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*), r.o. 3.3 slot.

Na het vormen van zaken zou Antonius, die gezien kan worden als een aannemer van werk, een retentierecht hebben op die zaken, indien voldaan zou zijn aan de maatstaf van art. 6:52 lid 2 BW. Er moet dus volgens de Hoge Raad een toetsing plaatsvinden aan de hand van art. 6:52 lid 2. Als de Hoge Raad hier bewust heeft gekozen voor 6:52 BW en niet voor 6:262 BW, is daaruit af te leiden dat niet voldaan is aan de vereiste samenhang voor het inroepen van de *enac*.

42. Een ander gevalstype is aan de orde, wanneer de verplichting tot afgifte gepaard gaat met een eigendomsoverdracht aan de opdrachtgever. In dat geval is het wel denkbaar dat het retentierecht en de enac samenvallen bij de overeenkomst van aanneming van werk. De aannemer kan eigenaar worden via art. 5:16 lid 2 BW doordat hij voor zichzelf vormt of doordat hij een zaak vervaardigt met materialen die hem al toebehoren (art. 5:16 lid 1 BW).[111] De verplichting tot afgifte aan de opdrachtgever neemt de vorm aan van een levering van de zaak door middel van bezitsverschaffing.[112] Als de aannemer dan de verplichting tot afgifte opschort, is dat wel uit hoofde van de enac én het retentierecht. Wanneer de aannemer eigenaar is geworden, is niet bezwaarlijk dat de opschorting tot een definitief verval van de verplichting tot afgifte leidt. De eigendom en de feitelijke macht zijn dan in één hand.

2.3.4 Het retentierecht van de houder op grond van art. 3:124 jo. 3:120 lid 2 en 3 BW

43. Art. 3:120 lid 3 BW kent de bezitter te goeder trouw een retentierecht toe jegens de eigenaar die de zaak opeist. Dat retentierecht heeft hij, zolang de eigenaar hem niet de vergoeding heeft betaald voor kosten, gemaakt ten behoeve van het goed en schade waarvoor hij als bezitter jegens een derde aansprakelijk is op grond van art. 6:173 e.v. BW (art. 3:120 lid 2 BW). Art. 3:120 lid 3 BW maakt onderdeel uit van de regeling van de aanspraken van de bezitter jegens de eigenaar en vice versa, indien de eigenaar wordt hersteld in zijn bezit.[113]

---

111 Zie over het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 van art. 5:16 BW: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/75-76.

112 Men zou kunnen zeggen een koopovereenkomst in dat geval deel uitmaakt van de aannemingsovereenkomst. Vgl. C.E.C. Jansen 2013/30 die schrijft dat de verplichting tot aflevering die de wetgever voor art. 7:750 BW op het oog had vergelijkbaar is met die van de verkoper van art. 7:9 BW.

113 Art. 3:120 e.v. BW is de voortzetting van art. 630 e.v. (oud) BW. Zie uitgebreid over het retentierecht van de bezitter onder oud recht: Fesevur 1988, p. 118-123 en zie over art. 3:120 lid 3 BW verder Van Schaick 2014/40.

Art. 3:124 BW verklaart de artikelen 3:120 t/m 3:123 BW van overeenkomstige toepassing op de houder (in enge zin) die houdt voor de bezitter, van wie de rechthebbende het goed opeist. Art. 3:124 BW in samenhang met art 3:120 lid 2 BW brengt mee, dat de houder te goeder trouw[114] op grond van art. 3:120 lid 2 BW een (eigen) vordering heeft op de rechthebbende tot vergoeding van de ten behoeve van het goed gemaakte kosten. Voor deze vordering op de rechthebbende kan hij een retentierecht uitoefenen jegens de (bezitter en de) eigenaar die de zaak bij hem opeist. De houder te goeder trouw heeft dus op dezelfde voet als een bezitter te goeder trouw een vordering tot vergoeding van kosten en een retentierecht voor deze vordering jegens de eigenaar.[115]

Het is van belang om iets nader in te gaan op dit recht op vergoeding van de houder jegens de eigenaar. Dit brengt namelijk mee dat als een bezitter de zaak heeft doen repareren, de reparateur-houder niet alleen een vordering op de bezitter heeft vanwege de reparaties, maar eveneens een vordering op de derde-rechthebbende vanwege kosten ten behoeve van het goed (mits hij te goeder trouw is). Dit is bijzonder, omdat de derde-rechthebbende niet de schuldenaar van de reparateur is; tussen hen bestaat geen verbintenis. Wel zal de vordering tot vergoeding van kosten ten behoeve van de zaak doorgaans lager zijn dan de gehele vordering van de reparateur.[116] In verband met deze vordering van de houder op grond van art. 3:124 BW is een belangrijke vraag, of het artikel ook van toepassing is op een retentierecht dat niet voortvloeit uit een rechtsverhouding tussen een *bezitter* en diens houder, maar ook op retentierechten uit

114 Volgens de Toelichting Meijers (Parl. Gesch. Boek 3, p. 455) is voor de goede trouw: "beslissend wat hij wist of behoorde te weten omtrent de bevoegdheid van die ander ten aanzien van het goed". Van Schaick 2014/48 interpreteert dit in die zin dat de houder meende en mocht menen dat degene die hem de macht verschafte, hiertoe bevoegd was. Dit correspondeert met het criterium van art. 3:291 lid 2 BW.

115 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 455. De mogelijkheid tot toepassing van art. 3:122 en 3:123 BW op de houder laat ik buiten beschouwing. Zie daarover Van Schaick 2014/47.

116 Onder het Oud BW bestond er, in navolging van het Romeinse recht, een verschil tussen de kosten ten nutte van de zaak en tot 'verfraaiing'. Deze laatste kwamen alleen voor vergoeding in aanmerking, voor zover ze tot waardevermeerdering hadden geleid. Het onderscheid gaf aanleiding voor afbakeningsproblemen en is nu juist weggelaten in het huidige BW, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 447. Volgens Van Schaick 2014/37 kan het onderscheid echter nog wel dienen als richtlijn voor de hoogte van de kostenvergoeding.

andere rechtsverhoudingen. Deze vraag stelt de reikwijdte van art. 3:120-3:123 BW aan de orde. Kunnen deze artikelen ook worden toegepast buiten de verhouding rechthebbende tegenover bezitter? Ik meen dat dit niet mogelijk is.[117] De artikelen bevatten een regeling voor het specifieke geval dat de hoedanigheid van bezit en eigendom uit elkaar lopen. Ze regelen de afwikkeling van de aanspraken over en weer, op het moment dat de eigenaar zijn zaak opeist bij de bezitter. Dit geval kan niet op één lijn worden gesteld met de verhouding tussen de eigenaar en diens 'eigen' houder. De afwikkeling van de verhouding tussen de eigenaar en diens houder, gebeurt aan de hand van hun rechtsverhouding. Zou dit anders zijn, dan zou iedere retentor die een goed van een derde terughoudt op grond van art. 3:124 BW een vordering tot vergoeding van kosten ten behoeve van de zaak hebben. Daarvoor bestaat echter niet altijd een wettelijke grondslag.[118]

De conclusie is dan ook dat art. 3:124 BW de houder alleen een vordering jegens de derde-rechthebbende geeft en een retentierecht voor die vordering, wanneer hij zijn houderschap afleidt van een bezitter, niet-eigenaar. Wanneer zijn wederpartij *niet* bezitter, niet-eigenaar is (maar houder), zijn de artt. 3:120-3:123 BW niet van toepassing.

2.4 Conclusies

44. Ik zet de belangrijkste conclusies uit dit hoofdstuk op een rij. Het retentierecht is een opschortingsrecht. Zodra de opschorting betrekking heeft op de afgifte van een zaak, is het een retentierecht. Dit lijkt een open deur, maar de vergelijking met de Duitse retentie-achtige figuren laat zien dat de Nederlandse wetgever ook een andere keuze had kunnen maken. In een casus waarin in Nederland (en in Duitsland) een retentierecht wordt toegekend, zou de schuldeiser in sommige gevallen in Duitsland ook een wettelijk pandrecht, of een daarmee qua executiebevoegdheid vergelijkbaar handelsrechtelijk *Zurückbehaltungsrecht* kunnen verkrijgen. De vraag, welke positie de schuldeiser heeft, is – zowel in Nederland als in Duitsland – relevant in de faillissementsrechtelijke context. Het feit dat het Nederlandse

117 Zie in deze zin Van Schaick 2014/46. In schijnbaar andere zin Van Schaick 2014/30.
118 Maar zie wel par. 6.2.5 over de vordering van de retentor uit ongerechtvaardigde verrijking.

retentierecht een opschortingsrecht is, brengt mee dat de algemene leerstukken met betrekking tot opschortingsrechten in principe volledig van toepassing zijn op het retentierecht. Dit heeft onder meer consequenties voor de vraag wat de ontstaansvereisten zijn; die komen in het volgende hoofdstuk aan de orde.

Het retentierecht is een klassiek geval van een hybride rechtsfiguur; een figuur op het grensvlak tussen goederenrecht en verbintenissenrecht. Met deze ambivalente aard van het recht valt in het algemeen goed te werken. Maar het IPR(-faillissementsrecht) is aanleiding voor toekomstig onderzoek naar de vraag of het Nederlandse retentierecht een '*right in rem*' in de zin van de Insolventieverordening is.

Er is niet zoiets als een 'goederenrechtelijk' of een 'verbintenisrechtelijk' retentierecht; of een eigenaar nu revindiceert uit hoofde van art. 5:2 BW of op contractuele grondslag de zaak terugeist, of een houder de feitelijke macht opeist; in al deze gevallen is de opschorting van de verplichting tot afgifte een retentierecht, wanneer aan de wettelijke vereisten is voldaan. Over die vereisten gaat het volgende hoofdstuk.

Op de bijzondere regelingen van retentierecht elders in het BW is de algemene regeling uit Boek 3 en 6 BW van toepassing, tenzij uit de wet zelf volgt dat overeenkomstige toepassing niet aan de orde is of de aard van het recht zich ertegen verzet.

HOOFDSTUK 3

VEREISTEN

3.1 Inleiding

45. In dit hoofdstuk behandel ik de vereisten voor het retentierecht. Het retentierecht is volgens art. 3:290 BW de bevoegdheid om de afgifte van zaken op te schorten. Het gegeven dat de schuldeiser bevoegd is, betekent nog niet dat hij deze bevoegdheid ook uitoefent. De rechtsgevolgen van het retentierecht kunnen wel al intreden op het moment waarop de bevoegdheid tot opschorting is ontstaan. In dit hoofdstuk licht ik dit onderscheid tussen het hebben van de opschortingsbevoegdheid en de uitoefening van het recht nader toe. Dat doe ik in paragraaf 3.2. In paragraaf 3.3 worden de vereisten voor het retentierecht behandeld. Ten slotte gaat paragraaf 3.4 over de vraag of, en zo ja hoe, de uitoefening van het retentierecht zich manifesteert. Ik ga met name in op de vraag of de uitoefening van het retentierecht moet worden medegedeeld aan de wederpartij of anderszins kenbaar dient te zijn.

In dit hoofdstuk laat ik de positie van derden-rechthebbenden op de zaak nog even buiten beschouwing; die komt aan bod in hoofdstuk 4. Omdat art. 3:291 BW een onderscheid maakt tussen 'ouder' en 'jonger' gerechtigden tot de zaak, is het ontstaansmoment van het retentierecht ook voor hun positie van belang.

3.2 Het ontstaansmoment van het retentierecht

3.2.1 Inleiding

46. Art. 3:290 BW omschrijft het retentierecht als een bevoegdheid met een bepaalde inhoud. Die inhoud is negatief van aard: het is de bevoegdheid om iets niet te doen, om niet af te geven. Een bevoegdheid impliceert dat men er gebruik van kan, maar niet hoeft, te maken. De vraag laat zich dus stellen of reeds het toekomen van een bevoegdheid aan een schuldeiser al 'het retentierecht' is, of dat pas sprake kan zijn van een retentierecht als de bevoegdheid daadwerkelijk wordt uitgeoefend. Bovendien

kan men zich afvragen waar die 'uitoefening' van het retentierecht uit bestaat, ter onderscheiding van de toestand waarin de uitoefening er nog niet was. In paragraaf 3.2.3 ga ik in op het materiële verschil tussen 'bevoegd zijn' en uitoefening van het recht. In paragraaf 3.2.4 zet ik uiteen welke rechtsgevolgen verbonden zijn aan een bevoegd uitgeoefend retentierecht en in paragraaf 3.2.5 behandel ik de gevolgen van een onbevoegd gedaan beroep op een opschortingsrecht. Vóór dit alles ga ik in paragraaf 3.2.2 eerst in op de terminologie.

3.2.2 Terminologie

47. Het juridisch spraakgebruik kent allerlei manieren om het retentierecht aan te duiden. Om te kunnen spreken van het 'hebben' van een retentierecht is mijns inziens voldoende dat de bevoegdheid tot opschorting bestaat. Aan de wettelijke vereisten voor de opschortingsbevoegdheid moet cumulatief zijn voldaan. Een schuldeiser 'heeft' het retentierecht, indien hij bevoegd is om op te schorten. Hoewel hij opschortingsbevoegd is, kan de schuldeiser gegronde (bijvoorbeeld bedrijfseconomische) redenen hebben om het retentierecht niet uit te oefenen. De bevoegdheid is dan aanwezig, maar blijft ongebruikt. Het zou het meest zuiver zijn om de termen 'ontstaan' van het retentierecht en 'hebben' van het retentierecht te reserveren voor het moment dat aan de door de wet gestelde vereisten voor de opschortingsbevoegdheid is voldaan. De termen 'inroepen' of 'uitoefenen' zouden dan kunnen worden gebruikt voor het gebruikmaken van de bevoegdheid. In de praktijk zal dit onderscheid doorgaans niet zo scherp worden gemaakt.[1] Daartegen is weinig bezwaar, maar het door elkaar gebruiken van de begrippen kan wel leiden tot een misverstand. Dat misverstand doet zich voor, wanneer zelfstandige betekenis wordt toegekend aan het moment van het *uitoefenen* van het retentierecht. Dat moment is namelijk niet bepalend. Hierna, in paragraaf 3.2.3, zal ik uiteenzetten dat het relevante moment het moment is dat de bevoegdheid tot opschorting bestaat, dus op het moment dat de schuldeiser een retentierecht *heeft*.

1 Dit komt onder andere doordat de uitoefening van het retentierecht zich niet noodzakelijk op een andere manier manifesteert dan houderschap in een andere hoedanigheid, zie hierna par. 3.2.3.

Er is mijns inziens weinig bezwaar tegen om in het taalgebruik het onderscheid tussen het hebben van het retentierecht en het inroepen ervan achterwege te laten. Maar voor het begrip van het retentierecht en de manier waarop het in ons BW is neergelegd, is wel van belang om het onderscheid te begrijpen tussen het hebben van een opschortingsbevoegdheid en de uitoefening ervan.

3.2.3 De bevoegdheid tot opschorting en de uitoefening van het opschortingsrecht

48. Art. 3:290 BW geeft – kort gezegd – aan dat retentierecht de bevoegdheid tot opschorting is. Art. 6:52 BW gebruikt dezelfde terminologie. Het is de wet zelf, die een schuldeiser de bevoegdheid tot opschorting toekent. De bevoegde schuldeiser heeft een keuze om al of niet gebruik te maken van zijn bevoegdheid.[2] Maakt de schuldeiser wel gebruik van zijn bevoegdheid, dan is het juridisch relevante moment het moment waarop hij bevoegd was geworden tot opschorting.[3] Dit is geen kwestie van terugwerkende kracht. De bevoegdheid was er immers van meet af aan; namelijk vanaf het moment dat cumulatief aan de vereisten voor het retentierecht was voldaan.[4] Die rechtsgevolgen treden uiteraard alleen in, indien de schuldeiser gebruik maakt van het recht, het recht uitoefent.[5] Oefent hij het recht niet uit, dan doet dat niets af aan zijn bevoegdheid, maar aan de niet-uitgeoefende bevoegdheid zijn geen gevolgen verbonden. De vereisten voor de bevoegdheid tot opschorting komen in paragraaf 3.3 aan bod. Voor het intreden van de rechtsgevolgen is niet vereist dat de retentor 'een beroep' doet op het opschortingsrecht.[6]

Met Streefkerk meen ik dat het bepalende moment voor het mogelijke intreden van de rechtsgevolgen van het retentierecht het moment is waarop de bevoegdheid tot opschorting is ontstaan.[7] Daarvoor zijn in ieder geval drie argumenten te geven. Ten eerste zal een schuldeiser met een

2 Het opschortingsrecht staat ter vrije dispositie van de bevoegde schuldeiser. Dat betekent onder meer dat de rechter niet ambtshalve de vordering van de wederpartij mag afwijzen op de grond dat de schuldeiser een opschortingsrecht had, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 205 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/287.
3 Streefkerk 2013/26.1.
4 Fesevur 1988, p. 146.
5 Parl. Gesch. Boek 6, p. 208.
6 Anders: Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4688, r.o. 4.11 en 4.14. Zie verder par. 3.4.
7 Streefkerk 2013/26.1.

retentierecht veelal pas van de bevoegdheid gebruik maken op het moment dat hij wordt aangesproken tot afgifte. Ten tweede heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beroep op een opschortingsrecht ook nog kan worden gedaan tijdens een juridische procedure. Ten derde volgt uit de wet wanneer de bevoegdheid tot opschorting bestaat, terwijl het moment van de daadwerkelijke uitoefening van het retentierecht daarentegen veel minder duidelijk is afgebakend.

Een alternatieve benadering van het ontstaansmoment van opschortingsrechten is om pas een retentierecht (of in het algemeen: een opschortingsrecht) aan te nemen, op het moment dat sprake is van *uitoefening* van de bevoegdheid. Met name Biemans verdedigt deze benadering in zijn proefschrift.[8] De uitoefening bestaat volgens hem in het uitbrengen van een verklaring aan de schuldeiser die door laatstgenoemde is ontvangen. Het voordeel van deze benadering is dat er een (min of meer) naar buiten kenbaar, afgebakend punt in de tijd aan te wijzen is waarop het recht aanvangt. Dat lijkt mede met het oog op anterioriteit en posterioriteit van rechten van derden aantrekkelijk. Maar uit de wet volgt al iets anders; want volgens art. 3:290 BW is het retentierecht (…) de *bevoegdheid* (…) om op te schorten (…) (mijn cursivering). Op elk van de genoemde drie argumenten voor het beslissend achten van de opschortingsbevoegdheid (en niet de 'uitoefening' van het recht) ga ik hierna in. Daarbij bespreek ik ook de alternatieve benadering, waarin pas sprake is van een bestaand opschortingsrecht zodra de bevoegdheid is uitgeoefend.

1) Een schuldeiser met een retentierecht zal veelal pas van de bevoegdheid gebruik maken als hij wordt aangesproken tot afgifte

49. Tot op dat moment is er voor de schuldeiser geen reden om zich op zijn retentierecht te beroepen. Dit gegeven is bij verrekening de reden voor het terug werken tot het moment dat de verrekeningsbevoegdheid is ontstaan.[9] De partij die bevoegd is tot verrekening zal veelal pas van zijn bevoegdheid gebruik maken op het moment dat hij door zijn wederpartij wordt aangesproken tot betaling. De retentor heeft de macht over de zaak tot zekerheid ingeval zijn wederpartij niet nakomt. Ook bij de retentor bestaat de kans dat hij zich pas op zijn retentierecht beroept als hij tot afgifte wordt aangesproken. Pas op dat moment wordt het voor retentor

8 Biemans 2011/530 en 553 en *stelling 4*.
9 Zie art. 6:129 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 497 en Faber 2005/203.

c.q. schuldenaar relevant om actie te ondernemen. Daarom is het bepalende moment voor de rechtsgevolgen van opschorting niet het moment waarop de retentor gebruik maakt van zijn recht, maar dat waarop zijn bevoegdheid ontstaat. Ter onderbouwing van mijn stelling dat aansluiting kan worden gezocht bij de manier van terugwerking van verrekening, ga ik kort in op de gelijkenis tussen opschorting – het retentierecht in het bijzonder – en verrekening.

Op het eerste gezicht hebben retentierecht en verrekening weinig met elkaar te maken: door verrekening gaan verbintenissen (finaal) teniet, terwijl retentierecht juist bedoeld is als een tijdelijk pressiemiddel. Maar bij nadere beschouwing blijkt wel van een vergelijkbare strekking: door het retentierecht verrekent de retentor als het ware de prestatie die hij nog moet volbrengen (de afgifte van de zaak) met de uitgebleven prestatie van zijn wederpartij (het voldoen van de vordering van de retentor).[10] Opschorting en verrekening zijn dan ook mijns inziens in belangrijke opzichten vergelijkbaar. Ze hebben dezelfde structuur. Bij beide is sprake van een schuldeiser aan wie de wet een bepaalde bevoegdheid toekent.[11] De partij die bevoegd is tot opschorting of verrekening heeft de keuze om daar al of niet gebruik van te maken. Dit type rechten wordt wel aangeduid met wilsrechten. Wilsrechten zijn rechten die de bevoegdheid geven om eenzijdig verandering aan te brengen in een rechtstoestand.[12] Verrekening is een wilsrecht:[13] de schuldenaar kan eenzijdig verandering brengen in de

10 Gedachten over de gelijkenis tussen verrekening en het retentierecht gaan al ver terug: Heyning-Plate 1969, p 12-13 beschrijft dat Justinianus de *exceptio doli* afschaft en er het opschortingsrecht voor in de plaats stelt. Daarnaast wordt de verrekening naar Justiniaans recht erkend. Gaat het om gelijksoortige schulden, dan is verrekening toegestaan. Zijn de schulden niet gelijksoortig, dan bestaat er een retentierecht. Vgl. ook Heyning-Plate 1969, p. 27, waar zij Carpzovius aanhaalt, die in zijn *Iurisprudentiae Forensis* uit 1638 retentie gelijkstelt met compensatie. Ze leidt daaruit af dat retentie net als compensatie voldoening aan de crediteur verschaft. De vergelijking is ook terug te vinden in de Duitse literatuur die is verschenen kort na inwerkingtreding van het BGB en het HGB over het Zurückbehaltungsrecht uit het HGB, zie bijvoorbeeld Schlegelberger 1904, p. 76-77. Zie ook Blaum 2008, p. 57.

11 De partij die verrekent wordt 'schuldenaar' genoemd. Dit komt overeen met het gebruik van het begrip 'schuldenaar' om de opschortende partij aan te duiden in afdeling 6.1.7 BW, terwijl de retentor als 'schuldeiser' wordt aangeduid; zie par. 2.1.

12 Snijders 1999, p. 562. Het Nederlandse recht onderscheidt dit type rechten in navolging van de Duitse '*Gestaltungsrechte*'. Zie verder over wilsrechten Rupke 1914, p. 44, Suijling 1948, p. 102-111. Zie voor Duitsland o.m. Seckel 1903, p. 204-253 en Hattenhauer 2011.

13 Faber 2005/14.

rechtstoestand die bestaat tussen hem en de schuldenaar. Uitoefening van het wilsrecht heeft tot gevolg dat beide vorderingen tot hun gemeenschappelijk beloop tenietgaan. Ook opschorting is een wilsrecht.[14] De partij die bevoegd is om op te schorten, kan er ook voor kiezen om af te zien van een beroep op opschorting. Hij brengt dan geen verandering in de rechtstoestand. Net als bij verrekening werkt de uitoefening van het wilsrecht opschorting terug tot het moment dat de bevoegdheid is ontstaan. Het feit dat verrekening volgens art. 6:129 BW terugwerkt tot het moment dat de schuldenaar bevoegd is geworden, brengt mee dat een reeds ingetreden verzuim wordt gezuiverd, ook voor de periode dat het verzuim al was ingetreden.[15] In lijn hiermee neem ik aan dat ook voor opschorting geldt dat als vast komt te staan dat de opschorting bevoegdelijk is geschied, de rechtsgevolgen intreden voor de periode dat de bevoegdheid bestond. Ook het feit dat voortgezette opschorting uiteindelijk tot verrekening kan leiden, laat de gemeenschappelijkheid van beide figuren zien.[16] Indien de opschorting van de betaling van een geldsom voortduurt, in afwachting van

14 Snijders 1999, p. 560. Het *Zurückbehaltungsrecht* wordt in Duitsland ook wel geschaard onder de *Einreden.* Daaronder valt het *Zurückbehaltungsrecht* en de *Einrede des nicht erfüllten Vertrages* (de enac), zie Kötz 2009, p. 365-373. *Einreden en Einwendungen* zijn beide waarschijnlijk het beste te vertalen met verweermiddelen, waarbij een Einrede een aanspraak van de wederpartij tijdelijk, en een Einwendung definitief remt. Verjaring is bijvoorbeeld een Einwendung: het ontneemt de wederpartij definitief de mogelijkheid om de vordering in rechte geldend te maken. Zie over het onderscheid: Kötz 2009, p. 326. In het Duitse recht bestaat discussie over de vraag of een *Einrede* wel een *Gestaltungsrecht* kan zijn. Seckel bijvoorbeeld schaart de Einreden niet onder de Gestaltungsrechten (zie Seckel 1903, p. 216), omdat volgens hem niet het bestaan van de aanspraak, maar alleen de werking erdoor weggenomen wordt. Zie bijvoorbeeld ook Ahrens 2003, p. 24. Nieuwere wetenschappelijke inzichten bestempelen deze zienswijze als achterhaald. Zij menen kort gezegd dat doordat de *Einrede* afstamt van de exceptio uit het Romeinse recht (Roth 1988, p. 13), zij lange tijd slechts werd beschouwd als een procesrechtelijke bevoegdheid. Aan de *Einrede* zou te lang geen materieelrechtelijke werking zijn toegekend, zie Thomale 2012, p. 922-968, die meent dat *Einreden* en *Gestaltungsrechte 'wesensgleich'* zijn. In dezelfde zin: Hattenhauer 2011, p. 243-254. Zie ook par. 2.2.4.

15 Dit geldt althans als de verrekening terugwerkt tot een moment voorafgaand aan het intreden van het verzuim. Werkt de verrekening terug tot een moment na het intreden van het verzuim, dan blijven de gevolgen van het verzuim gedeeltelijk in stand, zie Faber 2005/204.

16 Vgl. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, *NJ* 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eurostrip/Veelenturf q.q.*), zie ook HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6, Faber 2005/2.

betaling door de wederpartij, leidt zij op den duur vanzelf tot verrekening. Opschorting kan op die manier een finaal karakter krijgen. De opschorting van de afgifte van een zaak is bedoeld als tijdelijk pressiemiddel en is doorgaans niet geschikt om oneindig voort te duren. Een oneindige pressie zou namelijk in veel gevallen betekenen dat de feitelijke macht en het eigendoms- of gebruiksrecht van de schuldenaar uiteen blijven lopen. Maar het feit dat finaliteit doorgaans niet past bij het retentierecht, neemt niet weg dat het wel *mogelijk* is dat het retentierecht een finaal karakter krijgt.[17]

Wanneer niet de opschortings*bevoegdheid*, maar een separate *uitoefening* beslissend zou zijn voor het bestaan van het opschortingsrecht (zoals in de alternatieve benadering die Biemans voorstaat),[18] zou een onwenselijke discrepantie ontstaan tussen opschorting en verrekening. Verrekening werkt ingevolge art. 6:129 lid 1 BW terug tot het moment waarop de verrekeningsbevoegdheid is ontstaan. Wanneer voor een opschortingsrecht niet het ontstaan van de bevoegdheid, maar een 'uitoefeningsverklaring' als beslissend moment zou gelden, zou er een verschil tussen de rechtsposities van de schuldenaar en schuldeiser zijn, naar gelang de schuldenaar opschort of verrekent. Dit heeft niet de voorkeur, nu opschorting en verrekening dogmatisch dichtbij elkaar liggen en praktisch gezien in veel gevallen niet goed kunnen worden onderscheiden.

2) De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beroep op een opschortingsrecht voor het eerst in een procedure mag worden gedaan[19]

50. Het feit dat een *beroep* op een opschortingsrecht pas in een procedure wordt gedaan, betekent niet dat de opschortende partij ook pas op dat moment het opschortings*recht* heeft.[20] In de zaak Hendrikx/Peters had de rechtbank – dat was in deze zaak de appèlinstantie – in haar oordeel het beroep van Hendrikx op opschorting van de betaling van huur vanwege

17 Zie par. 2.3.3.
18 Biemans 2011/553.
19 HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, *NJ* 2002/199 (*Hendrikx/Peters*).
20 Streefkerk 2013/26.1.

gebreken in het gehuurde afgewezen, omdat het voor het eerst werd gedaan tijdens een gerechtelijke procedure. De Hoge Raad casseert het vonnis van de rechtbank op (onder andere) dit punt en oordeelt:

> "De bevoegdheid tot opschorting moet worden gezien als een verweermiddel van de schuldenaar in verband met een tegenvordering die hij op zijn schuldeiser heeft. Hieruit volgt dat een beroep op een opschortingsrecht in beginsel steeds kan worden gedaan door de schuldenaar, ook wanneer de schuldeiser in rechte een vordering tot nakoming instelt."[21]

Streefkerk leidt uit dit arrest af, dat indien de schuldeiser een gegrond beroep op een opschortingsrecht heeft gedaan, de gevolgen van de opschorting terug werken tot het moment waarop de schuldeiser bevoegd is geworden tot opschorting.[22] Hiermee is volgens hem niet goed te rijmen dat de schuldeiser dan wél in verzuim zou zijn geweest in de periode dat de bevoegdheid tot opschorting bestond, maar de schuldeiser zich er nog niet op had beroepen. Het verzuim is volgens hem dan achteraf bezien niet ingetreden. Streefkerk verwijst ter onderbouwing van zijn stelling naar de arresten Hartendorp/Kooij en Tyco/Delata.[23] In het arrest Tyco/Delata deed de schuldenaar (Tyco), pas nadat hij in verzuim was geraakt, een beroep op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW. De Hoge Raad honoreerde dit beroep en oordeelde dat Tyco zich ook voor het eerst na het verstrijken van de overeengekomen termijn voor nakoming kon beroepen op zijn opschortingsrecht.[24] De Hoge Raad overweegt overigens niet expliciet dat het verzuim dan achteraf bezien niet is ingetreden in de periode voorafgaand aan het beroep op de onzekerheidsexceptie. Maar A-G Wuisman doet dat wel in zijn conclusie voor het arrest. Volgens hem is het verzuim niet ingetreden, nu Tyco een gegrond beroep op art. 6:263 BW heeft gedaan.[25]

---

21 HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, *NJ* 2002/199 (*Hendrikx/Peters*), r.o. 3.5.
22 Streefkerk 2013/26.1.
23 HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, *NJ* 2009, 342, m.nt. J. Hijma (*Hartendorp/Kooij*), HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8307, *NJ* 2012/584 (*Tyco/Delata*).
24 HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8307, *NJ* 2012/584 (*Tyco/Delata*), r.o 3.4.2.
25 Conclusie A-G Wuisman voor HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8307, *NJ* 2012/584 (*Tyco/Delata*), nr. 2.7.2.

In (r.o. 3.4.2 van) het arrest Tyco/Delata verwijst de Hoge Raad zelf naar het arrest Hartendorp/Kooij, in welk arrest hij had overwogen dat een beroep op opschorting, gedaan nadat de wederpartij een ontbindingsverklaring had uitgebracht, nog mogelijk was.[26] Het arrest Hartendorp/Kooij kenmerkt zich er echter door dat vaststond dat geen van beide partijen meer kon nakomen.[27] Opschorting had dan ook voor geen van beiden enig nut. De Hoge Raad laat dan ook verder de gevolgen van het beroep op opschorting (van Hartendorp) buiten beschouwing. Hij stapt – ondanks zijn gegrondbevinding van het beroep van Hartendorp op opschorting – materieel over de opschorting heen en oordeelt dat Kooij toch de overeenkomst mocht ontbinden.[28] Hijma schrijft in zijn annotatie onder het arrest dat het vaker voorkomt dat pas nadat partijen zich (al of niet wederzijds) op opschorting of ontbinding hebben beroepen, zal kunnen worden vastgesteld wie welke remedie toekomt.[29] Blijkt achteraf dat de opschortende partij daartoe bevoegd was, dan was de partij die voordien de ontbindingsverklaring had uitgebracht niet bevoegd tot ontbinding en trof de ontbindingsverklaring derhalve de overeenkomst niet. De bevoegdheid was in dat geval van meet af aan afwezig. Hijma merkt vervolgens op dat een dergelijke exercitie ook voor andere verweren geldt, waaronder verzuim. Deze, door Hijma als 'terugblik' aangeduide, exercitie kan alleen goed worden verricht op basis van alle feiten van een bepaald geval, om vast te stellen of het gebruik van een bepaald rechtsmiddel – achteraf bezien – geoorloofd was.[30] Het beoordelingsmoment voor een toets van de geoorloofdheid kan goed na het ontstaansmoment van de bevoegdheid liggen. Aan het moment waarop een partij gebruik maakte van het rechtsmiddel komt geen zelfstandige betekenis toe. Ook uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan dus worden afgeleid dat de rechtsgevolgen van opschorting (en bijvoorbeeld ook van ontbinding) al kunnen intreden op het moment dat aan de vereisten voor opschorting is voldaan.

---

26 HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, *NJ* 2009/342, m.nt. J. Hijma (*Hartendorp/Kooij*), r.o. 3.4.2.

27 Zie over het arrest: Lok 2008.

28 Zie hierover Schelhaas & Stolp 2009/3, p. 60-61.

29 Annotatie van J. Hijma, nr. 9, onder HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, *NJ* 2009/342 (*Hartendorp/Kooij*).

30 Annotatie van J. Hijma, nr. 9, onder HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195, *NJ* 2009/342 (*Hartendorp/Kooij*).

Een nadeel aan de alternatieve benadering waarin niet de bevoegdheid tot opschorting beslissend is, maar de uitoefening ervan,[31] is dat goed mogelijk is dat de 'uitoefening' pas enige tijd plaatsvindt nadat de schuldeiser bevoegd is geworden tot opschorting. Veelal zal het beroep op het retentierecht pas worden gedaan op het moment dat de schuldenaar zijn zaak terugeist. Het is onwenselijk om de uitoefening van een bevoegdheid die de schuldeiser beoogt te beschermen, op die manier in de handen te leggen van een willekeurig door de schuldenaar gekozen moment. Hiervoor is ook jegens derden geen goede grond. Vanaf het moment dat aan de vereisten voor de opschortingsbevoegdheid is voldaan, heeft de retentor de door de wettelijke bepalingen beschermde positie.

3) De uitoefening van het opschortingsrecht manifesteert zich niet op een andere manier dan de bevoegdheid

51. Het derde, meer praktische, argument voor het aanknopen van rechtsgevolgen aan de bevoegdheid tot opschorting, is dat de uitoefening van een retentierecht zich niet per definitie op een andere manier manifesteert dan de enkele bevoegdheid. Het houderschap van een bewaarnemer-retentor manifesteert zich bijvoorbeeld niet op een andere manier dan bijvoorbeeld dat van een bewaarnemer zonder retentierecht. De bewaarnemer die niet wordt betaald, houdt gewoon de zaak onder zich. Uit de wet volgt wanneer een schuldeiser de bevoegdheid heeft tot opschorting. Over de manier van uitoefening van het recht is niets bepaald. Voor uitoefening van een retentierecht is in beginsel[32] mededeling aan de schuldenaar (of aan betrokken derden), noch een uiterlijk zichtbare manifestatie van het retentierecht vereist.

In de bouwpraktijk pleegt men wel door middel van borden het retentierecht op een onroerende zaak kenbaar te maken aan de buitenwereld. Dit gebruik is waarschijnlijk gegroeid nadat de Hoge Raad in het arrest Agema/WUH voor het eerst oordeelde dat het retentierecht op een onroerende zaak mogelijk is indien de schuldeiser op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht uitoefent. Het lijkt erop dat de Hoge Raad hier in latere arresten van is teruggekomen in die

31 Zie hiervoor het einde van randnr. 48.
32 Zie hierna par. 3.4.

zin dat alleen voor het inroepen van het retentierecht jegens een posterieure derde is vereist dat de feitelijke macht kenbaar is.[33] In het (latere) arrest Deen/Van der Drift was sprake van een bordje met daarop de tekst 'Bouwbedrijf Deen Dedemsvaart' dat in de nok van het woonhuis was aangebracht. Het feit dat aannemers op de bouwwerken waarop zij een retentierecht pretenderen een bord ophangen met daarop de tekst 'hier wordt een retentierecht uitgeoefend', zegt echter niets over de vraag of deze uitoefening rechtsgeldig geschiedt. Bovendien betekent een bord niet per definitie dat de feitelijke macht wordt uitgeoefend, hoogstens dat deze wordt gepretendeerd. Hetzelfde geldt voor een partij die aan de wederpartij verklaart een retentierecht uit te oefenen: ook daarvan is niet per definitie gezegd dat deze verklaring krachtens bevoegde opschorting wordt uitgebracht.

Al met al is de uitoefening van een retentierecht niet goed te onderscheiden van het 'opschortingsbevoegd zijn'. De wet geeft houvast voor de beoordeling van de vraag of de bevoegdheid tot opschorting er is. Daarentegen is de beoordeling van de daadwerkelijke uitoefening van een retentierecht lastiger. Zou men daarentegen menen dat eerst een verklaring de schuldenaar moet hebben bereikt, vooraleer de schuldeiser zich op het opschortingsrecht mag beroepen,[34] dan heeft dit voor derden alsnog weinig toegevoegde waarde. Ook dit is een reden om voor wat betreft de rechtsgevolgen aan te knopen bij het moment dat de bevoegdheid ontstond, en niet het moment dat zij werd uitgeoefend.

3.2.4 Rechtsgevolgen van de uitgeoefende bevoegdheid tot opschorting

52. In paragraaf 3.2.3 zette ik uiteen dat het moment waarop aan de wettelijke vereisten voor opschorting is voldaan, de bevoegdheid tot opschorting (dus: het retentierecht) bestaat en daarmee de rechtsgevolgen van opschorting kunnen intreden, indien het vervolgens ook wordt uitgeoefend. Welke gevolgen zijn dit?

53. De mogelijke gevolgen van de bevoegdheid tot opschorting zijn in de verhouding tussen de retentor en de schuldenaar dat de niet-nakoming door de retentor geen tekortkoming is in de zin van 6:74 BW of in de zin

33 Zie verder par. 3.3.3.4.
34 In deze zin Biemans 2011/553.

van art. 6:265 BW.[35] Er ontstaat derhalve geen verplichting tot schadevergoeding en de wederpartij is niet bevoegd om op die grond de overeenkomst te ontbinden. De verbintenis tot afgifte van de schuldeiser wordt niet-opeisbaar. De wederpartij van de opschortende partij raakt ingevolge art. 6:59 BW in schuldeisersverzuim, indien de niet-nakoming hem kan worden toegerekend. De wederpartij komt daardoor zelf geen bevoegdheid tot opschorting meer toe: zie art. 6:54 sub a BW.

Ten aanzien van derden-rechthebbenden met betrekking tot de zaak kan het retentierecht meebrengen dat deze derden niet met succes afgifte kunnen vorderen (art. 3:291 BW), dat hun zaken blootstaan aan verhaal (art. 3:291 jo. 3:292 BW) of dat de vordering van de retentor voorrang neemt boven hun vordering (art. 3:291 jo. 3:292 BW).

Een terecht beroep op het opschortingsrecht ontneemt de opeisbaarheid aan de vordering van de wederpartij. De vordering van de wederpartij bestaat nog, maar nakoming kan dankzij de opschorting tijdelijk niet meer worden geëist. Daaruit leidt Streefkerk af dat een geslaagd beroep op een opschortingsrecht in rechte tot afwijzing van de vordering dient te leiden.[36] Hij zet dit af tegen het Duitse recht, dat in § 274 BGB bepaalt dat opschorting als verweer tegen een vordering tot nakoming leidt tot een veroordeling tot *Erfüllung Zug um Zug*. Anders dan Streefkerk acht ik ook voor het Nederlandse recht mogelijk dat een beroep op een opschortingsrecht in een procedure tot een veroordeling tot nakoming *Zug um Zug* kan leiden. In de rechtspraak ben ik gevallen tegengekomen waarin de vordering tot afgifte van de eiser voorwaardelijk werd toegewezen. De voorwaarde was in deze gevallen de voldoening van (een door de rechter vastgesteld gedeelte van) de vordering van de retentor of het stellen van een bankgarantie.[37] Het hangt er mijns inziens van af hoe een partij haar vordering inkleedt. Een veroordeling tot nakoming *Zug um Zug* is naar mijn mening in overeenstemming met het doel en de strekking van het opschortingsrecht. Opschorting is bedoeld als tijdelijke maatregel,[38] om pressie uit te oefenen op de wederpartij. Indien de opschortende partij zelf

35 Asser/Sieburgh 6-I 2016/320 en 286, Asser/Hijma 7-I* 2013/404.
36 Streefkerk 2013/26.2.
37 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6868, Rb. Arnhem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY0863, r.o. 2.28 en Rb. Rotterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3565, r.o. 4.11, Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7782.
38 Vgl. Asser/Hijma 7-I* 2013/405.

wordt voldaan, vervalt de grond voor zijn opschorting. Het retentierecht gaat dan teniet. Een veroordeling tot wederzijdse nakoming is bovendien in overeenstemming met het gegeven dat de bevoegdheid tot opschorting vervalt door adequate zekerheidsstelling (art. 6:55 BW).

3.2.5 Rechtsgevolgen van onbevoegde opschorting

54. Volgens het 'standaardarrest' Ammerlaan/Enthoven, is de opschortende partij terstond in verzuim gekomen op het moment dat de nakoming stokte, wanneer de opschortende partij daartoe achteraf niet bevoegd blijkt te zijn geweest.[39] De wederpartij heeft dan de bevoegdheid om te ontbinden (art. 6:265 BW) en de onterecht opschortende partij kan worden aangesproken tot schadevergoeding (art. 6:74 BW). Het uitoefenen van een opschortingsrecht komt voor in beginsel eigen risico.[40] De reden dat ik 'in beginsel' schrijf, is dat de Hoge Raad in het arrest Heredium/CIA een nuancering heeft aangebracht op de regel dat een beroep op opschorting voor risico van de opschortende partij komt, als achteraf blijkt dat de opschorting onbevoegd blijkt te zijn.[41] In het arrest werd de opschorting gedaan in afwachting van de definitieve vaststelling van een belastingaanslag. Het was onzeker of een derde (de Belastingdienst) nog een vordering zou krijgen op CIA (de koper, die de betaling aan Heredium van een termijn van de koopsom opschortte in afwachting van het verkrijgen van een tegenvordering op Heredium in verband met deze aanslag, die krachtens de overeenkomst voor rekening van Heredium kwam). Het hof – en vervolgens de Hoge Raad – onderscheidt dit geval van 'het normale geval', waarin de opschorting in een tweepartijenverhouding plaatsvindt en geschiedt terwijl onzeker is of de opschortende partij een vordering heeft, of hoe hoog die vordering precies is. De Hoge Raad zegt hierover:

> "In een zodanig geval brengt het enkele feit dat de door de derde ingeroepen vordering achteraf ongegrond is gebleken, in de verhouding tussen partijen niet zonder meer mee dat degene die de voldoening van zijn tegenprestatie in verband met die door een derde gestelde vordering geheel of gedeeltelijk heeft opgeschort, geacht moet worden terstond als schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim te verkeren."

---

39 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6. Volgens de Hoge Raad treedt het verzuim zonder ingebrekestelling in op grond van art. 6:83 sub c BW.

40 Streefkerk 2013/27.1.

41 HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517, *JOR* 2017/58 m.nt. J.J. Dammingh (*Heredium/CIA*).

De A-G had erop gewezen dat aan de hand van uitleg van de partijafspraken moet worden beoordeeld voor wiens risico een beroep op een opschortingsrecht komt.[42] De Hoge Raad volgde deze benadering.[43] Kortom: er kan reden zijn om de regel uit het arrest Ammerlaan/Enthoven niet onverkort toe te passen. Reden hiervoor kan zijn gelegen in de uitleg van de rechtsverhouding tussen de opschortende partij en diens wederpartij. Aangezien het retentierecht een opschortingsrecht is, is deze jurisprudentie er ook op van toepassing. Ook in het kader van een uitgeoefend retentierecht is denkbaar dat een opschorting achteraf bezien niet bevoegd geschiedde, maar dat dit niet zonder meer terstond verzuim van de retentor impliceert vanwege de rechtsverhouding tussen de retentor en zijn schuldenaar. Uit die rechtsverhouding kan een verzachting van de 'harde regel' uit Ammerlaan/Enthoven volgen.

3.3 Vereisten voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid

3.3.1 Inleiding

55. Een schuldeiser heeft de bevoegdheid tot uitoefening van een wettelijk retentierecht als aan de vereisten van art. 6:52 BW in samenhang met art. 3:290 BW is voldaan. Daaruit volgen drie cumulatieve vereisten voor het kunnen inroepen van een retentierecht. Ten eerste moet de schuldeiser de op rechtmatige wijze verkregen feitelijke macht over een zaak uitoefenen. Dat behandel ik in paragraaf 3.3.3. Ten tweede moet de schuldeiser een opeisbare vordering hebben; daarover gaat paragraaf 3.3.4. Ten derde, in paragraaf 3.3.5, komt het vereiste van voldoende samenhang tussen de vordering en de verplichting tot afgifte van de zaak aan bod. Voordat ik aan de vereisten voor het retentierecht toekom, ga ik in paragraaf 3.3.2 in op de vraag of de verplichting tot afgifte, de eigen prestatie van de retentor (die hij opschort), ook opeisbaar moet zijn.

42 Conclusie A-G Wissink voor HR 4 november 2016, *JOR* 2017/58 (*Heredium/CIA*), nr. 3.8.2.

43 Zie over het arrest ook De Bie Leuveling Tjeenk 2016, p. 303.

3.3.2 De vordering tot afgifte van de wederpartij

56. Opschorting is reactief. De schuldeiser (retentor) schort zijn eigen verplichting op, in reactie op het niet-nakomen door de wederpartij. De eigen verplichting van de schuldeiser is in het geval van het retentierecht de verplichting tot afgifte van een zaak; de retentor is schuldenaar van deze prestatie. De wederpartij heeft een vordering tot afgifte. Zoals in paragraaf 2.2.5 naar voren kwam, kan de vordering van de wederpartij goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk van aard zijn. De eigen vordering van de retentor moet voor opschorting opeisbaar zijn; dat komt aan de orde in paragraaf 3.3.4. In deze paragraaf behandel ik de vraag of voor opschorting ook vereist is dat de schuld van de retentor, oftewel, de vordering tot afgifte, opeisbaar is.

Gelet op het feit dat opschorting is toegestaan in reactie op niet-nakomen door de wederpartij, is het voor het ontstaan van de bevoegdheid van belang om te bepalen op welk moment, of in welke volgorde prestaties van partijen moeten worden volbracht.[44] Dit zal moeten geschieden aan de hand van uitleg van de partijafspraken met inachtneming van de wet, gewoonte en de aard van de rechtshandeling.[45] Volgens de parlementaire geschiedenis is beslissend bij de nakoming het eerst 'hokt'.[46] Zeker nu afgifte in zijn algemeenheid het sluitstuk is van een overeenkomst, komt de vraag op of opschorting van de afgifteverplichting pas is toegestaan op het moment dat de verplichting tot afgifte opeisbaar is. Ik meen dat opeisbaarheid van de vordering tot afgifte niet is vereist voor het retentierecht, maar er moet wel een op te schorten verplichting bestaan.

Bij overeenkomsten waar een retentierecht uit voort kan vloeien, hebben partijen in het algemeen de bedoeling om zaken tijdelijk in de macht van een ander te brengen, zoals bij reparatie, bewaarneming of huur. De (neven)verbintenis tot afgifte aan de ander ontstaat in dat geval mijns inziens direct met het sluiten van de overeenkomst. Zij maakt onderdeel uit van het samenstel aan (hoofd- en neven)verbintenissen dat direct ontstaat door het verrichten van een rechtshandeling. Het is zeker dat retro-afgifte aan de wederpartij zal moeten plaatsvinden, maar afhankelijk van de precieze afspraken kan het precieze moment van de nakoming

44 Lok 2008, p. 74, Hijma 2015, p. 907
45 Parl. Gesch. Boek 6, p. 994, Fesevur 1988, p. 94.
46 Parl. Gesch. Boek 6, p. 203.

nog onzeker zijn. Aldus is sprake van een verbintenis onder opschortende tijdsbepaling.[47] Als de retentor vóór de vervaldag wordt aangesproken op nakoming, dan *kan* hij zich op zijn opschortingsrecht beroepen, maar hij heeft dat verweermiddel niet nodig.[48] Hij kan zich immers ook beroepen op de niet-opeisbaarheid van de verplichting. Het feit dat hij zich wel op opschorting kan beroepen, betekent dat opeisbaarheid van de prestatie van de opschortende partij geen voorwaarde is voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid. Hetzelfde geldt bij verrekening. De parlementaire geschiedenis geeft in verband met art. 6:39 lid 1 BW aan, dat verrekening van een vordering onder opschortende tijdsbepaling reeds mogelijk is in verband met de betalingsfunctie van verrekening.[49] Het is in het voorgaande al een paar keer teruggekomen dat opschorting en verrekening verwant zijn.[50] Wanneer men – zoals ik heb betoogd – opschorting ziet als een manier om de eigen prestatie (ingeval van retentierecht: afgifte) te verrekenen met de uitgebleven prestatie van de wederpartij, moet aangenomen worden dat opschorting ook al mogelijk is voordat de eigen verplichting van de retentor opeisbaar is. Het feit dat verrekening wél leidt tot teniet-gaan van verbintenissen, en opschorting (in principe) niet, zodat verrekening wel leidt tot betaling en opschorting (in principe) niet, verandert dit niet. Zoals ik in paragraaf 2.3.3 heb laten zien, is het mogelijk dat het retentierecht leidt tot een definitieve bevrijding van de eigen verplichting. Maar belangrijker is dat art. 6:39 lid 1 BW niet in de weg staat aan nakoming vóór de vervaldatum. Het staat evenmin in de weg aan opschorting van die nakoming vóór de vervaldatum.[51]

Tot nu toe ging het over retentierechten die worden uitgeoefend in het kader van overeenkomsten waarin zaken voor bepaalde tijd in de macht van een ander worden gebracht. Een ander geval is het retentierecht dat wordt uitgeoefend om de nakoming van een ongedaanmakingsverbintenis op te schorten die ontstaat door ontbinding (art. 6:271 BW), of het retentierecht dat wordt uitgeoefend ter afwering van de revindicatie of verbintenis uit onverschuldigde betaling na vernietiging (van een koop-overeenkomst).[52] De verplichting tot afgifte ontstaat in dat geval *door* de

47 Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/243.
48 Asser/Hijma 7-I* 2013/411, Asser/Sieburgh 6-I 2016/272.
49 Parl. Gesch. Boek 6, p. 492-493. Zie ook Faber 2005/63.
50 Zie par. 2.2.4 en 3.2.3.
51 Ik ga hierbij – zoals de wet doet – uit van een termijn in het belang van de schuldenaar. Zie hierover Asser/Sieburgh 6-I 2016/246. De nuance dat de termijn (ook) in het belang van de schuldeiser is, laat ik buiten beschouwing.
52 Parl. Gesch. Boek 6, p. 206, 209.

ontbinding of vernietiging.[53] Dat betekent dat een retentierecht dat in het kader van ontbinding of vernietiging wordt uitgeoefend, ook pas op dat moment zou kunnen ontstaan. Eerder is er geen (op te schorten) verplichting tot afgifte. De verplichting tot afgifte hoeft als gezegd niet opeisbaar te zijn, maar zij moet wel bestaan, om te kunnen worden opgeschort.

Nog weer een ander geval is het retentierecht dat wordt uitgeoefend in het kader van een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Ook hier moet per geval worden bekeken, of de vordering tot afgifte al bestaat (en opeisbaar is). Erfpacht kan bijvoorbeeld zijn aangegaan voor bepaalde en voor onbepaalde tijd.[54] Wanneer de erfpacht is aangegaan voor bepaalde tijd, geldt op het punt van het ontstaan van de vordering tot afgifte hetzelfde als ik hierboven schreef met betrekking tot overeenkomsten waarbij zaken tijdelijk in de macht van een ander worden gebracht: de vordering tot afgifte ontstaat direct en het is een vordering onder opschortende tijdsbepaling. Is de erfpacht daarentegen voor onbepaalde tijd aangegaan, dan betekent dat – eveneens in lijn met het voorgaande – dat de vordering tot afgifte pas ontstaat door de beëindiging, bijvoorbeeld door opzegging.[55]

Gelet op het (lang geleden) wegvallen van het onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke vorderingen (c.q. verplichtingen) tot afgifte,[56] is het wenselijk om (voor wat betreft het ontstaan van het retentierecht) de verschillende soorten rechtsverhoudingen zoveel mogelijk parallel te laten lopen. Deze benadering van het ontstaansmoment van de bevoegdheid tot opschorting betekent wel, dat men de historische wortels van het retentierecht moet loslaten. De *exceptio doli* die de praetor toekende, was bedoeld om een revindicatie door de eigenaar af te weren, wanneer de houder nog een onvoldane vordering had.[57] Het retentierecht heeft zoals gezegd zijn oorsprong in een processueel verweermiddel. Maar het is volstrekt duidelijk dat het retentierecht in de loop van de tijd dit karakter heeft verloren en is verworden tot een zelfstandige bevoegdheid van de schuldeiser.

---

53 Vgl. HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9463, *JOR* 2011/63 m.nt. B.A. Schuijling (*ING/Nederend q.q.*), r.o. 3.5. Zie over het moment waarop ontbinding tot stand komt: Bakels 2011/8.

54 Zie over het onderscheid tussen erfpacht voor bepaalde, onbepaalde tijd en eeuwigdurende erfpacht: De Jong & Ploeger 2008/21.

55 Zie verder De Jong & Ploeger 2008/21.

56 Zie over (het wegvallen van) dit onderscheid par. 2.2.5.

57 Zie par. 2.2.4.

3.3.3 De schuldeiser heeft de macht over een zaak

3.3.3.1 Inleiding

57. Wanneer de opschorting bestaat uit het niet-afgeven van een zaak, is het een retentierecht.[58] Het feit dat een schuldeiser de macht over een zaak heeft, onderscheidt het retentierecht van het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW. In afdeling 3.10.4 BW komt het uitoefenen van de macht op verschillende plaatsen tot uitdrukking. Art. 3:290 BW spreekt van de bevoegdheid om afgifte op te schorten. Het opschorten van afgifte impliceert dat de schuldeiser de macht uitoefent over de zaak. Art. 3:294 BW maakt melding van het machtsaspect door te bepalen dat het retentierecht eindigt als de zaak in de macht van de schuldenaar of een derde geraakt. Het retentierecht kan ingrijpend zijn voor de betrokken partijen, omdat het met zich brengt dat een rechthebbende moet dulden dat een ander de macht over zijn zaken uitoefent. Voor derden-gerechtigden tot de zaak is de *nuisance* van de machtsuitoefening nog sterker, omdat zij worden opgezadeld met de niet-nakoming van een ander.

In deze paragraaf ga ik in op twee vragen. Ten eerste: hoe dient de retentor de macht te hebben verkregen? Deze vraag wordt behandeld in paragraaf 3.3.3.3. En ten tweede: wanneer is er sprake van voldoende heerschappij over de zaak om een retentierecht te kunnen uitoefenen? Het is van belang om alvast te vermelden dat het antwoord op deze vragen sterk verweven is met de feiten van het concrete geval. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen niet meer dan gezichtspunten worden afgeleid, die ik bespreek in paragraaf 3.3.3.4 t/m 3.3.3.8. Voordat ik op deze twee vragen inga, behandel ik in paragraaf 3.3.3.2 eerst nog het onderscheid tussen de begrippen 'macht' en 'feitelijke macht'.

Discussie over de vraag of een retentor wel voldoende macht uitoefent lijkt zich hoofdzakelijk voor te doen bij retentierechten op onroerende zaken. Over roerende zaken is het in zijn algemeenheid makkelijker om (kenbaar) macht uit te oefenen. Aangezien de machtsuitoefening met betrekking tot onroerende zaken meer aanleiding geeft tot discussie, staat deze categorie in deze paragraaf centraal.

58 Parl. Gesch. Boek 3, p. 881 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 216.

3.3.3.2 Begrip feitelijke macht

58. De Hoge Raad noemt het vereiste van macht over de zaak in zijn jurisprudentie over onroerende zaken die hierna aan de orde komt steevast 'feitelijke' macht.[59] Wat wordt bedoeld met 'feitelijke' macht en is er een onderscheid tussen de begrippen macht enerzijds en feitelijke macht anderzijds?

59. *Het begrip 'macht'.* Volgens Bartels en Van Mierlo is onder het begrip 'macht' zoals de wet het gebruikt het houden of bezitten van een zaak te verstaan. Met andere woorden: houderschap in ruime zin.[60] Zij leiden dit onder meer af uit art. 3:90 BW (levering van een roerende zaak die in de *macht* van de vervreemder is), art. 3:91 BW (levering bij eigendomsvoorbehoud geschiedt door de zaken in de *macht* van de verkrijger te brengen) en art. 3:236 BW (vestiging van een vuistpandrecht geschiedt door de zaken in de *macht* van de pandhouder of een derde te brengen) en de parlementaire geschiedenis van deze artikelen.[61] De beoordeling van de vraag of iemand macht heeft geschiedt aan de hand van de verkeersopvatting, aldus art. 3:108 BW. In de regel zal de retentor houder in enge zin van de zaak zijn. Volgens art. 3:120 lid 3 BW heeft daarnaast de bezitter aan wie de rechthebbende een vergoeding verschuldigd is, een retentierecht. Omdat mij uit de jurisprudentie over onroerende zaken geen gevallen bekend zijn waarin de retentor bezitter was van de zaak, laat ik de mogelijkheid dat de schuldeiser met een retentierecht op een onroerende zaak de macht uit hoofde van bezit uitoefent buiten beschouwing. Houderschap kan ingevolge art. 3:107 BW middellijk of onmiddellijk zijn. Dat geldt eveneens voor de retentor, ook zijn macht kan middellijk of onmiddellijk zijn.

60. *Het begrip 'feitelijke' macht.* Wat is de betekenis van het woord 'feitelijk' in de uitdrukking 'feitelijke macht' die de Hoge Raad steevast hanteert voor de machtsuitoefening door de retentor? Gegeven het feit dat de wet

---

59 Zie bijvoorbeeld HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*), r.o. 3.5.1.: "Een schuldeiser kan, (...), slechts retentierecht op een zaak uitoefenen, indien hij houder van die zaak is – dat wil zeggen daarover direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht uitoefent – (...)".

60 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/120. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/351.

61 Zie voor verwijzingen Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/120.

het woord macht alleen bezigt met betrekking tot zaken,[62] is macht dan niet altijd feitelijk? Terwijl Bartels en Van Mierlo analyseren dat de wet houderschap in ruime zin aanduidt met de (enkele) term 'macht', meent Rank-Berenschot dat houderschap in ruime zin wordt gekenschetst met de term uitoefening van de 'feitelijke macht'.[63] Dit kennelijke verschil in terminologie rechtvaardigt de vraag of daadwerkelijk verschil bestaat tussen de begrippen macht en feitelijke macht. In de wet komt op vier plaatsen het begrip 'feitelijke macht' voor, te weten de art. 3:113 lid 1, 3:256, 7:5 lid 5 en 7:7 lid 2 BW. Art. 7:5 lid 5 en 7:7 lid 2 BW zijn in de context van dit proefschrift niet relevant en blijven buiten beschouwing. De wet gebruikt het begrip feitelijke macht namelijk in navolging van de Hoge Raad in het Beeldbrigade-arrest,[64] om aan te geven dat de kooptitel ook van toepassing is op digitale content, zowel bij downloads als bij streaming.[65] In art. 3:113 lid 1 BW wordt het begrip gebruikt om aan te geven hoe men een zaak in bezit neemt: door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen. In art. 3:256 BW is bepaald dat de pandhouder na het tenietgaan van het pandrecht verplicht is datgene te doen dat zijnerzijds nodig is om de pandgever de feitelijke macht over het goed te laten herkrijgen. Alleen in het geval van een (stil pandrecht dat is omgezet in een) vuistpandrecht of in het geval van een openbaar (gemaakt) pandrecht op een vordering is sprake van het uit de macht van de pandgever raken van het verpande goed. Op het moment dat een vuistpandrecht of een openbaar pandrecht teniet gaat, moet de pandgever dus weer in de volledige macht worden hersteld. Art. 3:256 BW geeft alleen aan dat de pandhouder na het tenietgaan van het pandrecht de noodzakelijke maatregelen moet nemen om de pandgever de macht terug te geven. Het element 'feitelijk' voegt in dit artikel niets toe. Hoogstens vormt het een aansporing aan de pandhouder om daadwerkelijk maatregelen te nemen die nodig zijn om het verpande goed volledig uit zijn macht te brengen. Ook als de pandhouder het nemen van deze maatregelen zou nalaten, zou zijn macht over het goed in juridische zin immers geëindigd zijn. Hij heeft na het eindigen van het pandrecht wellicht nog zuiver feitelijk de macht over goederen, maar er is geen grondslag meer voor zijn houderschap; zijn houderschap is onrechtmatig.

62 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/120. Dit neemt overigens niet weg dat men ook bezit kan hebben van andere goederen dan zaken, zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/106.
63 Rank-Berenschot 2012/4.
64 HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (*De Beeldbrigade/Hulskamp*).
65 Zie Kamerstukken II 2014/15, 34071 nr. 3, p. 2-3.

61. Volgens Van Mierlo betekent 'feitelijk' in de jurisprudentie van de Hoge Raad dat in geval van het retentierecht op *onroerende* zaken de macht niet door een ander mag worden uitgeoefend.[66] Feitelijke macht betekent volgens hem dat het de retentor zelf is die ter plekke de heerschappij over de zaak heeft. Bij onroerende zaken is middellijk houderschap volgens Van Mierlo uitgesloten. Dat zou verband houden met het feit dat het retentierecht niet kenbaar is uit de openbare registers en derhalve een bron van onzekerheid kan opleveren voor derden die de registers met het oog op de rechtstoestand van het registergoed hebben geraadpleegd.[67] Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt echter het tegendeel. Uit de rechtspraak is op te maken dat de retentor wel degelijk door middel van een ander de macht kan uitoefenen. De Hoge Raad overweegt namelijk in twee arresten met betrekking tot het retentierecht op onroerende zaken dat de feitelijke macht "(...) *indirect of direct* kan worden uitgeoefend (...)."[68] Ook bij onroerende zaken kan de retentor dus de macht via een ander uitoefenen, bijvoorbeeld via een bedrijf dat ten behoeve van de retentor zorgt voor de beveiliging van het gebouw. Bovendien is het mogelijk dat een aannemer het retentierecht uitoefent door middel van onderaannemers, mits hun houderschap voldoet aan eisen die de verkeersopvatting op grond van de uiterlijke omstandigheden daaraan stelt.[69] Er is geen reden om met betrekking tot de machtsuitoefening een onderscheid tussen een onroerende of een roerende zaak te maken.

62. De conclusie moet zijn dat er geen onderscheid bestaat tussen de begrippen feitelijke macht en macht. Macht is altijd feitelijk. En feitelijk betekent niet altijd dat de houder of bezitter zélf directe fysieke kracht uitoefent op de zaak. Mijn verklaring voor het toevoegen van het bijvoeglijk naamwoord *feitelijk* in de jurisprudentie van de Hoge Raad is van gevoelsmatige aard. De toevoeging feitelijk maakt voelbaar dat het de

66 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/502. Zo ook reeds: Asser/Van Mierlo 3-VI* 2010/502 en Asser/Van Mierlo, Mijnssen & Van Velten 3-III 2003/406.

67 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/502. Zoals nog uiteen zal worden gezet, is de kenbaarheid van het retentierecht echter alleen van belang bij het inroepen van het retentierecht jegens derden, die een recht op de zaak hebben verkregen nadat het retentierecht is ontstaan.

68 HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*); HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*).

69 Fesevur 1999a, p 759.

retentor moet zijn die bij machte is om te bepalen wie toegang heeft tot het teruggehouden object. Hij dient de zeggenschap over de toegang te hebben. De vergelijking met een roerende zaak maakt dit inzichtelijk. Indien een garage een gerepareerde auto terughoudt, heeft uitsluitend zij de macht over de auto. De schuldenaar heeft hem niet in zijn macht. Indien de garage de auto na reparatie tijdelijk elders stalt, dan heeft de garage nog steeds de macht over de zaak, zij het nu middellijk. Zij is echter nog altijd in staat om te bepalen welke anderen de macht hebben en dat is mijns inziens bepalend. In dit proefschrift gebruik ik de begrippen 'macht' en 'feitelijke macht' door elkaar heen. Macht over een zaak impliceert feitelijke heerschappij. Deze heerschappij kan zowel onmiddellijk als middellijk zijn.

3.3.3.3 Het verkrijgen van de macht

63. In de rechtspraak en literatuur bestaat overeenstemming dat door onrechtmatige toe-eigening van de feitelijke macht geen retentierecht kan ontstaan.[70] In de wet is dit niet expliciet opgenomen, maar het is wel geldend ongeschreven recht.[71] De feitelijke macht zal moeten zijn verkregen als uitvloeisel van de normale uitvoering van de overeenkomst.[72] Het retentierecht is als opschortingsrecht immers defensief van aard en het zich toeeigenen van de macht over een zaak strookt niet met het karakter van het retentierecht.[73] Het is een schuldeiser dus niet toegestaan om (bijvoorbeeld zodra hij op de hoogte komt van een tekortschieten door zijn wederpartij) zich eigenmachtig de macht over de zaak te verschaffen. Op die manier kan

70 Klein Breteler 2012, p. 256 en verwijzingen aldaar. In het Duitse recht staat dit overigens uitdrukkelijk in de wet, zie § 273 BGB: "*Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht,* es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

71 Vgl. voor het Duitse recht § 273 Abs. 2 BGB, waarin expliciet wordt bepaald dat de schuldeiser de afgifte van de zaak niet mag weigeren indien hij de zaak door middel van een '*vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung*' in zijn macht heeft gekregen.

72 Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX5460, Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0824, *JOR* 2013/156 m.nt. M. Klein Breteler, Fesevur 1994, p. 222, Rechtbank Noord-Nederland 12 november 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4575, r.o. 4.7.

73 Fesevur 2017/28.

geen retentierecht tot stand komen en degene die een retentierecht pretendeert is dan ook gehouden de zaak af te geven.[74] Dan zal doorgaans eigenrichting aan de orde zijn en mogelijk schadevergoedingsplichtigheid.[75]

64. Om in de praktijk discussie over de vraag of de macht al of niet eigenmachtig is verkregen te voorkomen, kunnen aannemers – ook bij projecten waar dat niet strikt noodzakelijk is met het oog op bijvoorbeeld de veiligheid – al bij aanvang een hek om het terrein zetten. Hiermee kunnen zij latere discussie te voorkomen over de vraag of de feitelijke macht al dan niet is verkregen in de uitvoering van de overeenkomst. Het is mogelijk dat de aannemer moet zorgdragen voor de veiligheid op de bouwplaats. Het organiseren van adequate beveiliging, waaronder het voorzien in '*fencing, lighting, guarding* en *watching*' is bijvoorbeeld verplicht onder de FIDIC-voorwaarden.[76] Ook § 16 UAV (2012) bevat een bepaling over de afsluiting van het terrein; deze moet in het bestek zijn overeengekomen, indien de opdrachtgever dit nodig oordeelt.

Het is in dit verband opmerkelijk dat het níet toegestaan is een hek te plaatsen om een bouwplaats met als enig doel de feitelijke macht te scheppen, maar het daarentegen wél toegestaan is indien dat hek geplaatst wordt om te voldoen aan de op de retentor rustende zorgplicht, indien de retentor daarvóór reeds de macht over de onroerende zaak uitoefende.[77] In het eerste geval wordt aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige toe-eigening en zal een retentierecht niet kunnen worden aangenomen. In het tweede geval echter is de feitelijke macht over de zaak verkregen als uitvloeisel van de normale uitvoering van de overeenkomst. Naar mijn mening is het wel toegestaan om een hek om een bouwplaats te zetten om een retentierecht 'veilig te stellen'. Het is wel onbevredigend dat

74 Rb. Rotterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ4141, *JOR* 2011/245. In faillissement van de schuldenaar kan de curator dan gebruik maken van art. 5:2 BW, art. 60 lid 2 Fw heeft hij in dat geval niet nodig, omdat geen sprake is van een retentierecht, zie Rb. Overijssel 25 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:757 en vgl. Rb. Rotterdam, 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9465.

75 Zie Vermeij 2012, p. 975.

76 Clause 4.8 sub d) van de FIDIC-voorwaarden luidt: "*The contractor shall provide fencing, lighting, guarding and watching of the Works until completion and taking over under Clause 10 [Employer's Taking Over].*"

77 Vgl. Fesevur 2010, p. 337, Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX5460. De retentor mag het retentierecht ook uitoefenen voor de kosten gemaakt ter zake van zijn zorgplicht, art. 3:293 BW.

op deze manier op tamelijk willekeurige feitelijke grond een retentierecht moet worden aangenomen of juist afgewezen, maar een andere conclusie acht ik niet mogelijk. Het kan zijn dat een partij reeds de macht over de onroerende zaak heeft – bijvoorbeeld doordat hij (bij uitsluiting) beschikte over de sleutels, of doordat hij bouwmateriaal van zodanige omvang op het perceel had staan, dat anderen feitelijk geen normaal gebruik van de zaak konden maken – en dat hij desondanks de zaak omheint of laat omheinen om zich zeker te stellen van zijn positie. In een dergelijk geval is mijns inziens geen eigenrichting aan de orde. Op dezelfde wijze moet worden geoordeeld over het achterhouden, verwisselen of aanbrengen van sloten die toegang geven tot de teruggehouden zaak of zaken met als doel het in het leven roepen van een retentierecht. Indien de sleutels al uitsluitend bij de terughoudende partij waren, mag zij andere partijen weren ter uitoefening van de feitelijke macht. Het vervangen van een slot van een loods met als doel het verkrijgen van een retentierecht op de in die loods opgeslagen zaken is echter mijns inziens terecht door de Rechtbank Rotterdam beoordeeld als een niet rechtmatige wijze van het verkrijgen van de feitelijke macht.[78]

3.3.3.4 De verkeersopvatting als maatstaf voor de machtsuitoefening

65. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad kan de schuldeiser een retentierecht op een zaak uitoefenen:

> "indien hij 'houder' van de zaak is – dat wil zeggen daarover direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht uitoefent, in dier voege dat afgifte nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende te brengen."[79]

78 Rb. Rotterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9465, r.o. 2.25. In dezelfde zin: Fesevur 2010, p. 337 en Fesevur 1994, p. 223.

79 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*), r.o. 3.5.1., daarna in min of meer gelijke bewoordingen herhaald in HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*).

Hoewel de Hoge Raad niet expliciet refereert aan art. 3:108 BW, lijkt de formulering sterk op die van dat artikel.[80] Dat lijkt me op zijn plaats, want de retentor is houder of bezitter van de zaak. Zowel de vraag of iemand houder in ruime zin is als de vraag, of een houder in ruime zin, houder in enge zin of bezitter is, moeten primair worden beoordeeld aan de hand van de verkeersopvatting.[81] Het komt dus aan op een waardering per geval van de uiterlijke omstandigheden die naar verkeersopvatting moeten worden beoordeeld, waarbij eveneens – doch subsidiair – de wettelijke bepalingen in aanmerking moeten worden genomen.[82] De verkeersopvatting is een open norm[83] en impliceert een objectieve maatstaf.[84] Om wiens opvatting gaat het? Is dat bijvoorbeeld de opvatting van de retentor, de schuldenaar van de retentor, van derden die een recht op de zaak wensen te verkrijgen, van toevallige voorbijgangers die de onroerende zaak aanschouwen, of van branchegenoten in vergelijkbare gevallen?

66. In de eerste plaats speelt de rechtsverhouding tussen schuldeiser en schuldenaar een rol ter beoordeling van de feitelijke macht. Anders dan bij diefstal of de inbezitneming van land door een niet-rechthebbende, vloeit het houderschap van de retentor (in de regel) voort uit een rechtsverhouding. De schuldeiser heeft alleen een retentierecht als hij op rechtmatige wijze de macht over de zaak heeft verkregen. De macht zal hem in de regel zijn verschaft door zijn wederpartij. Het ligt voor de hand dat aannemer en opdrachtgever afspraken maken over afsluiting, beveiliging en toezicht.[85] Zulke afspraken bepalen mede in hoeverre de retentor de feitelijke macht over het perceel heeft.

---

80 Hof Den Bosch 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5195 haalt wel expliciet art. 3:108 BW aan. Zie ook Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:185 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/944.

81 Art. 3:108 jo. 3:107 BW.

82 Volgens Rank-Berenschot 2012/16-17 is het hoofdcriterium de verkeersopvatting en richt die zich op de uiterlijke feiten. De wettelijke regels vormen volgens haar het tweede criterium. Zie verder Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/121.

83 Memelink 2009, p. 40 noemt de verkeersopvatting een 'onbepaald begrip' dat deel uitmaakt van een open norm. Zij gebruikt de term onbepaald begrip, omdat de verkeersopvatting geen gedragsnorm (norm van behoren) is, terwijl veel open normen wel dit karakter hebben; zie ook Memelink 2009, p. 57.

84 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *JOR* 2017/186 m.nt. S.E. Bartels en V. Tweehuysen, r.o. 3.3.2.

85 Zie par. 3.3.3.3 over de FIDIC- en UAV-voorwaarden.

67. In de tweede plaats is inherent aan de verkeersopvatting dat niet uitsluitend gekeken moet worden naar de individuele mening van degene die betrokken is bij het concrete geval. Daarvan moet in zekere zin worden geabstraheerd. Rossel en Rank-Berenschot schrijven dat moet worden gekeken naar de opvattingen in de kring van personen die regelmatig betrokken zijn bij vergelijkbare feitelijke situaties.[86] Voor de beoordeling van de machtsuitoefening zal men in breder verband moeten kijken naar de opvatting van vergelijkbare personen, bijvoorbeeld naar branchegenoten van de betrokken partijen. Voor ieder concreet retentierecht zal dus een inschatting van het in aanmerking komende verkeer moeten worden gemaakt. Betreft het een retentierecht op een schip, dan gelden de in de maritieme sector gebruikelijke verkeersopvattingen met betrekking tot de machtsuitoefening.[87] Bij een retentierecht op vrachtwagens of opleggers zal de opvatting die leeft in de logistiek- of vervoerbranche mede de opvatting van 'het verkeer' bepalen. Betreft de teruggehouden zaak een onroerende zaak die wordt bebouwd, dan zal in het algemeen de opvatting van partijen in de bouwsector de verkeersopvatting uitmaken.

In de bouwpraktijk wordt soms gebruik gemaakt van borden met daarop de mededeling dat ter plaatse een retentierecht wordt uitgeoefend. Deze spelen geen doorslaggevende rol bij de beoordeling van het al of niet bestaan van feitelijke macht. De toegang of bruikbaarheid van een onroerende zaak wordt er immers niet feitelijk door belet.[88] In de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar zal de uitoefening van een opschortingsrecht niet afhankelijk zijn van het plaatsen van borden. Fesevur stelt dat borden wél relevant kunnen zijn in het kader van de vraag of de machtsuitoefening door een ander dan de eigenaar naar buiten kenbaar is en derhalve of het retentierecht kan worden ingeroepen jegens derden.[89] Maar ook dit kan in het concrete geval anders zijn. Jegens posterieure derden *kunnen* borden er inderdaad voor zorgen dat de machtsuitoefening door een ander dan de eigenaar/schuldenaar kenbaar is. Maar het kan ook zo zijn dat er wel borden staan, maar de retentor toch geen kenbare feitelijke macht heeft. Het is niet ondenkbaar dat een bord voor de één iets anders betekent dan voor de ander.

---

86 Rank-Berenschot 2012/16 en Rossel 1994, p. 338. Zie ook regeringscommissaris Snijders in Parl. Gesch. Boek 3, p. 77-78.

87 Vgl. Hof Den Haag 23 mei 2000, *S&S* 2000/100, waarin het hof oordeelt dat Albatros geen retentierecht heeft omdat zij niet de feitelijke macht heeft, nu het schip niet aan haar kade, maar in het openbare water afgemeerd lag.

88 Fesevur 2010, p. 337.

89 Fesevur 2010, p. 337, Fesevur 2017/28.

68. In de derde plaats kan de opvatting van toevallige voorbijgangers aan de onroerende zaak een factor zijn ter bepaling van de verkeersopvatting, maar deze is niet doorslaggevend. Voorbijgangers zijn niet betrokken bij het retentierecht; de vraag wie macht uitoefent is voor hen van geen belang.[90] Een toevallige voorbijganger ziet het ook niet als een huis is verhuurd, terwijl het huis dan in de macht van de huurder is.[91] Datzelfde geldt bij andere gevallen van houderschap. De reden dat een dief wordt aangemerkt als bezitter van een fiets en een bruiklener als houder in enge zin, is alleen gelegen in de verkeersopvatting van de directbetrokkenen. De dief pretendeert rechthebbende te zijn, de bruiklener niet. De opvatting van de willekeurige voorbijganger op straat die iemand ziet fietsen is niet relevant ter invulling van de verkeersopvatting. Toch moet dit wel genuanceerd worden voor wat betreft onroerende zaken. Onroerende zaken kunnen nu eenmaal in de regel niet 'binnen' worden bewerkt of opgeslagen, dus de machtsuitoefening vindt naar zijn aard buiten plaats. Dit gegeven is mijns inziens reden om bij de machtsuitoefening over onroerende zaken in het algemeen meer belang te hechten aan de opvatting van de toevallige voorbijganger dan bij roerende zaken. De toevallige voorbijganger is nu eenmaal buiten aanwezig en zijn indruk kan dus een indicatie zijn voor de vraag of er macht wordt uitgeoefend. De benadering waarin zowel acht wordt geslagen op de opvatting van de directbetrokkenen, als op die van derden, sluit aan bij die van de Hoge Raad in het kader van verkrijging door bevrijdende verjaring als gevolg van inbezitneming van stroken (gemeente) grond. De Hoge Raad overwoog in een recent arrest dat voor het aannemen van bezit van een strook gemeentegrond "voldoende is dat de bezitsdaden naar buiten – en dus ook voor de eigenaar – kenbaar waren".[92] Ik

90 In het arrest Agema/WUH (HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH*)) overwoog de Hoge Raad overigens nog (r.o. 3.2): "Een zodanig retentierecht (…) dient echter te worden beperkt tot het geval waarin de schuldeiser die het retentierecht uitoefent, *op een ook voor derden voldoende duidelijke wijze* de feitelijke macht over het goed uitoefent, zodat feitelijke afgifte, veelal ontruiming, nodig is om deze macht weer op de rechthebbende – hier: de erfpachter – te doen overgaan." (mijn cursivering). Deze overweging is vervolgens bestreden door Fesevur 1992/15 sub c en Fesevur 1994, p. 223-224. Waarschijnlijk is de Hoge Raad overtuigd; de overweging over de kenbaarheid jegens derden keert niet meer terug in de latere arresten over het retentierecht op onroerende zaken.

91 Vgl. Den Haag 27 oktober 1998, *S&S* 2000/99.

92 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *JOR* 2017/186 m.nt. S.E. Bartels en V. Tweehuysen (*Gemeente Heusden/X*), r.o. 3.4. Volgens de Hoge Raad is, in navolging van de conclusie van A-G Rank-Berenschot (zie nr. 2.11 van haar conclusie), niet vereist dat de rechthebbende kennis *heeft* van het bezit, maar slechts dat het *kenbaar* is; dat het door hem kan worden gekend.

zou dus denken dat de mate waarin de machtsuitoefening naar buiten blijkt voor de toevallige voorbijganger, een factor is in de beoordeling naar verkeersopvatting.

Overigens is het voor het inroepen van het retentierecht jegens *posterieure derden* vereist, dat de machtsuitoefening voor hen kenbaar is.[93] Ondubbelzinnigheid van de machtsuitoefening *krachtens retentierecht* is niet vereist. Het feit dat machtsuitoefening ook kan duiden op huur, bruikleen, aanneming van werk, etcetera – welke posities overigens ook wel kunnen samenvallen – staat niet in de weg aan het aannemen van feitelijke machtsuitoefening door de retentor.[94] Wil een retentor effectief de feitelijke macht hebben, dan moet hij ervoor waken dat hij deze ook naar buiten kenbaar maakt. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat hij zijn retentierecht verliest doordat de schuldenaar de teruggehouden zaak aan een derde overdraagt, voor wie de feitelijke macht niet kenbaar was. Uitsluitend in de tweepartijenverhouding is de kenbaarheid van de machtsuitoefening jegens derden echter geen vereiste voor het retentierecht.

3.3.3.5 Bij onroerende zaken geschiedt afgifte door ontruiming

69. Bij het retentierecht op een onroerende zaak heeft de Hoge Raad bepaald dat afgifte van een onroerende zaak in de regel zal geschieden door ontruiming:

> "Deze regels gelden ook indien het gaat om een retentierecht op een onroerende zaak met dien verstande dat hier in de regel de afgifte, waardoor de zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende moet worden gebracht, geschiedt door haar te ontruimen." [95]

Een aannemer heeft in de regel de feitelijke macht over een onroerende zaak zolang hij het perceel nog niet ontruimd heeft. Bij een aannemer impliceert niet-ontruiming doorgaans dat er nog bouwmaterialen en dergelijke op het perceel aanwezig zijn. De Hoge Raad geeft geen aanwijzing

93 Zie hierover verder par. 4.2.

94 Vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ* 2016/78 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Vogelzang/Gemeente Landgraaf*).

95 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH*), HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/216 (*Deen/Van der Drift*) en HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*).

over de hoeveelheid materialen die nog aanwezig moeten zijn. Volgens Fesevur gaat het erom dat de achtergelaten materialen van dien aard zijn dat normaal gebruik van de zaak onmogelijk wordt gemaakt.[96]

70. In het arrest Rabobank/Fleuren had het hof geoordeeld dat aannemer De Enk (dat was de rechtsvoorganger van Fleuren) nog niet volledig had ontruimd en derhalve nog de feitelijke macht had. Dat deed het hof op basis van de volgende omstandigheden. Het ging om de aanleg van een golfbaan op een terrein dat vele hectares groot was. Op het moment dat De Enk zich op een retentierecht beriep, stonden op het terrein nog een schaftkeet, een tweetal borden en een klein deel van het terrein was afgezet door middel van paaltjes. Bovendien was het terrein nog niet ingezaaid.[97] Omdat geen volledige ontruiming had plaatsgehad, had De Enk de feitelijke macht en derhalve een retentierecht. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van de Rabobank:

> "Het hof heeft zijn oordeel dat het retentierecht na september/oktober 1993 is blijven voortbestaan, hierop gegrond dat enerzijds de aanleg van de golfbaan nog niet voltooid was en De Enk blijkens het laten staan van de schaftkeet en het handhaven van de twee borden waarop stond dat daar door De Enk een werk werd uitgevoerd, de betrokken onroerende zaken niet aan de schuldenaar heeft willen afgeven en anderzijds deze die zaken ook niet in gebruik heeft genomen. Het hof heeft daarbij mede betekenis gehecht aan de omstandigheid dat het om een vele hectares groot terrein ging. Aldus oordelend heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting." [98]

Uit de verwerping van het beroep door de Hoge Raad kan niet worden afgeleid dat de aanwezigheid van een schaftkeet, twee bordjes en een deels afgepaald terrein altijd voldoende is voor het aannemen van feitelijke macht.[99] Voor de vraag of ontruiming heeft plaatsgevonden, zijn natuurlijk alle omstandigheden van het geval relevant, zoals de grootte van het perceel, de hoeveelheid materialen en overige uiterlijke feiten waaronder omheining. In de zaak Rabobank/Fleuren achtte het hof doorslaggevend dat de werkzaamheden door De Enk nog niet waren voltooid;

---

96 Fesevur 1999a, p. 758.

97 Zie r.o. 4.6 van het arrest van het hof, weergegeven in r.o. 3.2.2 sub 2 van het arrest van de Hoge Raad.

98 HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*), r.o. 3.5.2. Zie ook nr. 13 van de conclusie van P-G Hartkamp voor het arrest.

99 Annotatie S.E. Bartels in *JOR* 2004/92 onder HR 5 december 2003 (*Rabobank/Fleuren*).

dat was met name zichtbaar doordat de golfbaan nog niet was ingezaaid. Daar stond namelijk tegenover dat het ging om een vele hectaren groot terrein, dat niet was omheind of afgesloten voor het publiek, terwijl het personeel van De Enk niet meer werkte op het terrein.

Men moet voorzichtig zijn om op basis van dit arrest te concluderen dat het ook bij een uitgestrekt terrein, voor de uitoefening van het retentierecht voldoende is om een keet, een aantal paaltjes met draad en een bord achter te laten.[100] Het lijkt er veel meer op, dat het hof de machtsuitoefening kon aannemen vanwege het feit dat de baan nog niet was ingezaaid.

3.3.3.6 Exclusiviteit van de feitelijke macht

71. Is voor het aannemen van feitelijke macht over een zaak vereist, dat de retentor de exclusieve feitelijke macht heeft en dat de zaak voor anderen geheel ontoegankelijk is? Over deze vraag wordt in de rechtspraak uiteenlopend geoordeeld.[101]

72. Mijns inziens liggen in de jurisprudentie van de Hoge Raad voldoende aanwijzingen besloten voor het standpunt dat exclusiviteit van de feitelijke macht niet is vereist voor het retentierecht. Het is in zijn algemeenheid niet nodig dat het perceel volledig ontoegankelijk is gemaakt voor anderen dan de retentor of de zijnen. In het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst liet de Hoge Raad zich niet met zoveel woorden uit over de vraag of exclusiviteit van de feitelijke macht vereist is. Het hof had in deze zaak geoordeeld dat het retentierecht niet verloren gaat als de schuldeiser/aannemer derden toelaat tot het perceel met als doel de uitvoering van werkzaamheden. Zolang Winters, met een beroep op haar retentierecht, ingebruikneming door toekomstige schuldenaars belette, bleef het retentierecht in stand. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en bleef in cassatie overeind. Daarnaast geeft

100 In deze zin: Verstijlen 2017, p. 131.

101 Bevestigend bijvoorbeeld Rb. Groningen 30 november 1987, ECLI:NL:RBGRO:1987:AH2008LJN, *KG* 1988/5 en Hof Leeuwarden 30 november 1988, ECLI:NL:GHLEE:1988:AS1061, *BR* 1990, p. 133. Dit betreft het vonnis en het arrest die uiteindelijk hebben geleid tot het arrest Agema/WUH. Zie verder Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, *JOR* 2013/156, r.o. 3.2. m.nt. M. Klein Breteler. Ontkennend: Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:185, *NJF* 2014/109, Hof Den Bosch 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5195.

Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest Rabobank/Fleuren zijn visie op het arrest Deen/Van der Drift:

> "Hieruit blijkt reeds dat voor de conclusie dat sprake is van feitelijke macht over een onroerende zaak volgens de Hoge Raad niet nodig is dat de onroerende zaak is omheind of anderszins ontoegankelijk is, dan wel dat deze onbruikbaar is, bijvoorbeeld doordat een grote hoeveelheid bouwmaterialen, machines en dergelijke is achtergelaten."[102]

In het arrest Rabobank/Fleuren was de golfbaan die het onderwerp van het geschil was niet volledig afgesloten door De Enk. Leden van de golfclub, wandelaars en motorcrossers betraden het terrein incidenteel. Dit heeft het hof er niet van weerhouden aan te nemen dat De Enk de feitelijke macht had. Dat lijkt mij juist. De (kortstondige) toegang van deze derden doet er niet aan af dat De Enk de macht uitoefende over dit grote perceel.[103]

Een veel striktere maatstaf werd daarentegen aangelegd door het Hof Arnhem-Leeuwarden:[104]

> "(...) Bij een onroerende zaak is nodig dat de (onder)aannemer een zodanige feitelijke macht over de zaak heeft dat de zaak voor de schuldenaar of derde *ontoegankelijk* (mijn cursivering) is (...)"

Deze maatstaf kan in het licht van het de arresten Winters/Kantoor van de Toekomst, Deen/Van der Drift en Rabobank/Fleuren niet als juist worden aanvaard.[105] Deze uitspraak oogstte dan ook enige kritiek.[106] Het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt zich daarvan iets te hebben aangetrokken:

---

102 Nr. 12 van conclusie P-G Hartkamp voor HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*).

103 Vgl. Rb. Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11215. In deze zaak ging het eveneens om een groot terrein; een kilometerslange kade. De rechtbank oordeelde in deze zaak dat de schuldeiser geen feitelijke macht en derhalve geen retentierecht had, omdat hij het terrein al had ontruimd.

104 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0824, *JOR* 2013/156 r.o. 3.2. m.nt. M. Klein Breteler. Zie in deze zin ook Rb. Zwolle 24 mei 1994, *KG* 1994/314.

105 In dezelfde zin: noot Klein Breteler onder Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2013, *JOR* 2013/156 r.o. 3.2., Vermeij 2012, p. 976.

106 Zie Klein Breteler in *JOR* 2013/156, Vermeij 2013, p. 702 e.v. en Van Gulijk & Muller 2013, p. 1151.

het heeft in een volgende procedure het voornemen gehad een prejudiciële vraag hierover te stellen aan de Hoge Raad en gaf partijen in een tussenarrest de gelegenheid om suggesties te doen voor vragen aan de Hoge Raad.[107] Dit heeft geresulteerd in een arrest waarin na overleg met partij wordt besloten toch geen prejudiciële vragen te stellen, doch partijen eerst tot bewijslevering toe te laten.[108]

Het Hof Den Bosch kiest in zijn arrest van 4 mei 2010 mijns inziens een betere, meer op de praktijk toegesneden, benadering. Het overweegt (r.o. 4.4.1):

> "Van een zodanige feitelijke macht kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de zaak voor de schuldenaar ontoegankelijk of onbruikbaar is, doordat de zaak bijvoorbeeld is omheind of anderszins door de schuldenaar is afgesloten terwijl de schuldenaar niet over de sleutel beschikt, of doordat de schuldeiser weigert de zaak te ontruimen waardoor het feitelijk gebruik van de onroerende zaak door de schuldenaar praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Anderzijds is geen bestaansvoorwaarde voor het aannemen van de feitelijke macht over een onroerende zaak dat deze is omheind of anderszins ontoegankelijk is of onbruikbaar is door het achterlaten van grote hoeveelheden bouwmateriaal. In een concreet geval hangt veel af van de omstandigheden van het geval in kwestie."[109]

Het feit dat het perceel uitsluitend toegankelijk is voor de retentor, is dus een factor in de beoordeling of sprake is van feitelijke macht. Een vereiste is het echter niet.[110] Het komt er uiteindelijk op aan of de retentor effectief de macht heeft over de zaak. Vereist is dat de retentor anderen de toegang tot de bouwplaats kan ontzeggen. Anderen de toegang onmogelijk maken hoeft niet altijd te geschieden door het perceel te omheinen. Het is mijns inziens beslissend of een partij zijn machtsuitoefening ontleent aan de retentor. Als de retentor de regie heeft over de machtsuitoefening, zal dat niets afdoen aan het feit dat hij anderen toelaat. Een aannemersbedrijf mag bijvoorbeeld onderaannemers toelaten, zonder dat de feitelijke macht verloren hoeft te gaan. De onderaannemers ontlenen hun macht aan de retentor. Datzelfde geldt voor de schuldenaar of rechthebbende zelf: indien deze zijn macht ontleent aan de retentor, doet dat niets af aan diens machtsuitoefening.

---

107 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:202.
108 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7946, *NJF* 2015/74.
109 Hof Den Bosch 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5195.
110 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/944.

3.3.3.7 Continuïteit van de feitelijke macht

73. Een ander aspect van de machtsuitoefening door de retentor, is de continuïteit. Is voor het aannemen van een retentierecht vereist, dat de retentor onafgebroken de macht uitoefent?

In het arrest Agema/WUH, gewezen onder oud recht, deed de Hoge Raad uitspraak over de vraag of een onderbreking van de feitelijke macht is toegestaan.[111] In casu was de rechthebbende, Amazonas Seafood International BV (ASI), haar bedrijf reeds gaan uitoefenen in het gebouwde. Daaropvolgend sloten Agema en ASI een overeenkomst die inhield dat ASI het pand zou gaan houden voor Agema. Aldus deed zich de goederenrechtelijk merkwaardige constructie voor dat ASI, als rechthebbende, de zaak hield (in enge zin) voor de pretense retentor Agema. Wat hiervan contractueel gezien ook zij, een wettelijk retentierecht dat kon worden ingeroepen jegens WUH als oudere derde (hypotheekhouder) kon er volgens de Hoge Raad niet mee in het leven worden geroepen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.3:

> "Niet uitgesloten is dat een retentierecht op een onroerend goed blijft bestaan, indien de feitelijke macht voor een zo korte tijd wordt onderbroken en terstond weer hersteld (…)."

Naar huidig recht blijkt uit art. 3:294 BW zonder meer dat een onderbreking mogelijk is, maar het retentierecht zal herleven als de schuldeiser de zaak krachtens dezelfde rechtsverhouding onder zich krijgt. Na een onderbreking herleeft de feitelijke macht weer van rechtswege. Aldus wordt bijvoorbeeld bij een onroerende zaak mogelijk gemaakt dat een makelaar wordt ingeschakeld door een schuldenaar/eigenaar om verkoop van de teruggehouden zaak te realiseren. Niet zeker is hoe lang de duur van de onderbreking van de feitelijke macht mag zijn in het kader van art. 3:294 BW. Een ex-retentor die de feitelijke macht heeft verloren zal met de nodige voortvarendheid te werk moeten gaan om de feitelijke macht te herkrijgen.[112] Overigens lijkt mij dat een zeer kortstondig verlies van de feitelijke macht geheel niet leidt tot verlies van de feitelijke macht of het retentierecht.

---

111 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH).*

112 Vzr. Rb. Noord-Holland 29 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6006.

3.3.3.8 Inschrijving in de openbare registers

74. Nu het retentierecht bestaanbaar is op onroerende zaken en ook door onbetaalde aannemers wordt gebruikt, is het van belang om in te gaan op de inschrijfbaarheid in de openbare registers. Onroerend goed is een belangrijk investeringsobject en voor het rechtsverkeer is van groot belang dat de openbare registers zo waarheidsgetrouw mogelijk de status van onroerende goederen aangeven. Aangezien ook het retentierecht in staat is om de positie van rechthebbenden met betrekking tot onroerende zaken te beïnvloeden, komt de vraag op of het retentierecht wellicht kan worden ingeschreven in de openbare registers. Hoewel notarissen in de praktijk retentierechten plegen in te schrijven, betoog ik in deze paragraaf dat dit niet mogelijk is.

75. Inschrijving van het retentierecht lijkt een aantrekkelijke manier om derden in te lichten over het bestaan van het retentierecht. Vermoedelijk is de reden dat retentierechten worden ingeschreven, de wens het naar buiten kenbaar te maken. Voor het inroepen van het retentierecht jegens posterieure derden is vereist dat de machtsuitoefening voor hen kenbaar was.[113] Hoewel de meerderheid in de literatuur ervan uitgaat dat het retentierecht geen inschrijfbaar feit is,[114] wordt ook het tegendeel wel betoogd.[115] En het staat vast dat notarissen het retentierecht inschrijven. De bewaarder van de openbare registers werkt hier kennelijk aan mee.

De gedachte achter inschrijving lijkt te zijn dat verkrijgers van rechten op registergoederen via de openbare registers geïnformeerd worden over het bestaan van het retentierecht. De onjuistheid van deze redenering blijkt al direct. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat niet het retentierecht, maar de feitelijke macht kenbaar moet zijn jegens derden om het retentierecht tegen hen in te kunnen roepen. De feitelijke macht is echter

113 Zie verder par. 4.2.

114 Croes 1992, p. 65, Fesevur 1999a, p. 760-761, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 39, Steneker 2012b, p. 550, Verstijlen 2017, p. 132 en 134.

115 Zie Fikkers 1991, p. 901-902, Louwman 1995, p. 761-763, Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:17 BW, aant. 4.1 (online, bijgewerkt t/m 5 september 2017). Er bestaat (zelfs) een model 'Registerverklaring van uitoefenen retentierecht op een onroerende zaak' zie Verstappen, Modellen voor de Rechtspraktijk I.3.1.17 (online, bijgewerkt t/m 1 september 2018).

niet kenbaar uit de openbare registers.[116] Inschrijving lijkt een makkelijke manier om het retentierecht kenbaar te maken aan posterieure derden. Nu er echter geen feitelijke macht mee wordt uitgeoefend, kan een inschrijving niet dienen om een retentierecht aan hen kenbaar te maken.

Er bestaat bovendien geen wettelijke grondslag voor de inschrijving van een retentierecht in de openbare registers. Art. 3:17 lid 1 sub a-k BW geven een opsomming van inschrijfbare feiten. Het retentierecht staat daar niet bij en de aanhef van lid 1 bepaalt dat inschrijving verder mogelijk is als een wetsbepaling daarin voorziet. Art. 3:17 lid 1 sub a BW, dat bepaalt dat rechtshandelingen die een verandering in de rechtstoestand van registergoederen brengen kunnen worden ingeschreven is evenmin een adequate basis, omdat het retentierecht geen rechtshandeling is.[117]

Verder is van belang dat de Hoge Raad het retentierecht in de vier standaardarresten over het retentierecht aanmerkt als een recht "dat naar zijn aard niet kenbaar is uit de registers".[118] Hiermee lijkt hij te willen zeggen dat het retentierecht niet een inschrijfbaar feit is in de zin van 3:17 BW.

Wat wordt aangevoerd door degenen die menen dat het retentierecht wél voor inschrijving vatbaar is? Volgens Helder betekent het feit dat het retentierecht wordt ingeschreven, dat het "civielrechtelijk kan worden aangemerkt als een inschrijfbaar feit".[119] Deze stelling miskent dat de wet, en niet de bewaarder van de registers, bepaalt of een feit inschrijfbaar is.[120] Louwman meent dat het de bedoeling van art. 3:17 lid 1 BW juist is om persoonlijke rechten derdenwerking te geven.[121] Nu het retentierecht ook een persoonlijk recht met (mogelijke) derdenwerking is, moet

116 Dit wordt niet anders als er een foto (eventueel met daarop ook de krant van die dag) van het perceel met retentierecht wordt ingeschreven in de openbare registers. De uitoefening van een retentierecht op een bepaald tijdstip, betekent immers niet dat op het moment dat een derde een recht verkreeg op het registergoed, die foto nog altijd de werkelijkheid weergaf. Het kan goed zijn dat de aannemer direct na het nemen van de foto het perceel heeft ontruimd. Zie in deze zin ook Vermeij 2018, p. 799-800.

117 Verstijlen 2017, p. 135.

118 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH*), HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*).

119 Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:17 BW, aant. 4.1 (online, bijgewerkt t/m 5 september 2017).

120 Verstijlen 2017, p. 137.

121 Louwman 1995, p. 761-763.

het volgens hem kunnen worden ingeschreven. Fikkers zegt voorzichtig dat het retentierecht niet op basis van art. 3:17 lid 2 BW van inschrijving uitgesloten is, juist omdat het niet 'enkel persoonlijke rechten' toekent.[122] Het heeft immers derdenwerking. Ook deze argumenten voor de mogelijkheid tot inschrijving zijn niet overtuigend. Het retentierecht heeft derdenwerking omdat art. 3:291 BW dat bepaalt. Inschrijving is daarvoor niet vereist. Daarnaast zijn er wel meer rechten die derdenwerking hebben, zonder dat ze kunnen worden ingeschreven. Een voorbeeld is huur, dat expliciet is uitgesloten in art. 3:17 lid 2 BW, maar ingevolge art. 7:226 BW wel kan worden ingeroepen jegens een posterieure gerechtigde.

Hoewel de lijn van de Hoge Raad al jaren dezelfde is – het retentierecht is naar zijn aard niet kenbaar uit de openbare registers – is inschrijving van het retentierecht in de openbare registers van een retentierecht op een onroerende zaak gebruikelijke praktijk. Gelet op het gebrek aan wettelijke basis, het feit dat inschrijving niets zegt over de actuele uitoefening van feitelijke macht en de consequente rechtspraak van de Hoge Raad, verdient het pleidooi van Steneker om een einde te maken aan de ongehoorzaamheid van de bewaarders van de registers bijval.[123]

76. Nu het retentierecht wel wordt ingeschreven, kan men zich afvragen of de inschrijving (ondanks niet-inschrijfbaarheid) een rol speelt in het kader van de verkrijging door een posterieure derde van een geretineerde zaak. Stel dat een posterieure derde de registers heeft geraadpleegd en daarin heeft gezien dat een retentierecht wordt uitgeoefend, dan is nog altijd niet gezegd dat deze inschrijving conform de werkelijkheid is. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het retentierecht onbevoegd werd uitgeoefend, of dat het inmiddels is beëindigd. In het arrest Deen/Van der Drift oordeelt de Hoge Raad dat hetgeen aan de derde bekend was toen hij zijn recht verkreeg, meespeelt bij de beoordeling of aan het vereiste van kenbaarheid jegens een posterieure derde is voldaan.[124] De Hoge Raad zoekt hiervoor naar eigen zeggen aansluiting bij art. 3:24 BW. Hiervoor schreef

122 Fikkers 1991, p. 902.

123 Steneker 2012b, p. 550. Anderen die menen dat het retentierecht niet inschrijfbaar is, zijn: Fesevur 1994, p. 224, Fesevur 1999a, p. 760, noot J.J. van Hees onder HR 6 februari 1998, *JOR* 1998/82 (*Winters/Kantoor van de Toekomst*).

124 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*), r.o. 3.5.1.

ik al dat deze aansluiting vooral moet worden gevonden in het gegeven dat, net als bij de derdenbescherming van art. 3:24 BW, aan de subjectieve kennis van de derde belang wordt gehecht. In het kader van art. 3:24 BW is bijvoorbeeld sprake van kennis van de derde indien het feit hem mondeling of schriftelijk is medegedeeld.[125] Voor de derdenwerking van het retentierecht geldt hetzelfde.[126] Daarom ligt het mijns inziens voor de hand dat ook als de derde door middel van raadpleging van de registers toevallig op de hoogte is van een (bevoegd uitgeoefend) retentierecht, zonder dat hij kennis droeg van de feitelijke situatie, het hem kan worden tegengeworpen als het daadwerkelijk blijkt te bestaan.[127] Een ontdekking in de openbare registers is een aanleiding voor verder onderzoek. Indien de derde daarentegen niet op de hoogte was van het retentierecht kan van hem ook geen registeronderzoek worden gevergd en kan het retentierecht niet aan hem worden tegengeworpen, ook al is het ingeschreven in de registers.

3.3.4 De schuldeiser heeft een (opeisbare) vordering

3.3.4.1 Inleiding

77. Naast feitelijke macht over een zaak, is voor een retentierecht ten tweede vereist dat de retentor een opeisbare vordering op zijn wederpartij heeft. In deze paragraaf ga ik in op dit vereiste. In paragraaf 3.3.4.2 bespreek ik kort hoe het ontstaansmoment van de vordering van de retentor kan worden bepaald. In paragraaf 3.3.4.3 zet ik uiteen dat voor opschorting niet is vereist dat de hoogte van de vordering van de retentor al vaststaat. In paragraaf 3.3.4.4 ga ik naar aanleiding van discussie in de literatuur in op de vraag, of voor opschorting is vereist dat de vordering van de retentor *opeisbaar* is.

125 Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:24 BW, aant. 10 (online, bijgewerkt t/m 5 september 2017).
126 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/950
127 Verstijlen 2017, p. 137. Verstijlen bespreekt vervolgens drie mogelijke richtingen voor een toekomstige wetswijziging op het punt van inschrijving en het retentierecht: zie p. 137-139.

3.3.4.2 Het ontstaansmoment van de vordering van de retentor

78. Art. 6:52 BW vereist voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid een opeisbare vordering. De vordering van de retentor moet bestaan en zij moet opeisbaar zijn. Een vordering bestaat als de ontstaansvereisten zijn vervuld. De verschuldigdheid van de prestatie staat vast.[128] Vaste criteria voor het vaststellen van het ontstaansmoment van vorderingen zijn in wetgeving noch literatuur voorhanden.[129] Het komt aan op een beoordeling in het concrete geval, waarbij de aard van de rechtsverhouding en de bedoeling van partijen een rol spelen. Ik beoog geen uitputtende uiteenzetting van dit leerstuk te geven en volsta hier met het noemen van enkele uitgangspunten in situaties waarin retentierechten kunnen spelen.

79. Bijvoorbeeld met betrekking tot de overeenkomst van opdracht bepaalt de Toelichting Meijers bij art. 7:405 BW (ontwerpartikel 7.7.1.6) dat de vordering van de opdrachtnemer als uitgangspunt ontstaat nadat de prestatie door hem is verricht, en niet reeds bij het sluiten van de overeenkomst.[130] Ook ten aanzien van overeenkomsten van aanneming van werk is dit het uitgangspunt: de vordering van de aannemer ontstaat pas op het moment dat het werk door hem is voltooid en opgeleverd.[131] De parlementaire geschiedenis en de literatuur gaan er wel van uit dat door partijen van dit uitgangspunt kan worden afgeweken en ook dat de aard van de overeenkomst met zich kan brengen dat een ander ontstaansmoment heeft te gelden.[132] Zo kunnen partijen bij een overeenkomst tot aanneming van werk afspreken dat een deel van de aanneemsom verschuldigd wordt bij het bereiken van een bepaalde stand van het werk.[133] Ten aanzien van de overeenkomst van opdracht maakt Tjong Tjin Tai onderscheid tussen doelopdrachten, die strekken tot het bereiken van een

128 Schuijling 2016/85 en 94.
129 Schuijling 2016/94, Faber 2005/447.
130 Parl. Gesch. Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14 (Inv. 3, 5 en 6), p. 333: "Het ontwerp bepaalt niet op welk tijdstip het loon is verschuldigd. Veelal zal de verschuldigdheid bestaan zodra de prestatie is verricht." Zie ook Schuijling 2016/114, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/129.
131 Schuijling 2016/113.
132 Parl. Gesch. Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14 (Inv. 3, 5 en 6), p. 333, Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/129.
133 Asser/Van den Berg 7-VI 2017/157, Vermeij 2018, p. 796.

bepaald resultaat en voortdurende opdrachten, waar steeds werkzaamheden uit voortvloeien zonder einddoel of tijdstip.[134] Bij doelopdrachten ontstaan de vorderingen volgens hem in zijn algemeenheid bij het bereiken van het doel, maar deze kunnen ook tussentijds ontstaan. Bij voortdurende opdrachten ontstaan de vorderingen periodiek.

Met deze in de literatuur en parlementaire geschiedenis vervatte uitgangspunten, is moeilijk te rijmen wat in de parlementaire geschiedenis bij het retentierecht wordt opgemerkt. De regering heeft met betrekking tot overeenkomsten waaruit een retentierecht is voortgevloeid, gemeend dat het ontstaansmoment van de vordering van de retentor het moment van het sluiten van de overeenkomst is:

> "Vaak zal de vordering voortvloeien uit een overeenkomst. Men lette erop dat zij in dat geval in beginsel ontstaat op het moment van het sluiten van die overeenkomst, ook als zij tot schadevergoeding mocht strekken; zie HR. 8 februari 1918, N.J. 1918, p. 336 en 13 april 1962, N.J. 1964 no. 395."[135]

Deze overweging uit de memorie van antwoord is niet in overeenstemming met hetgeen elders in de parlementaire geschiedenis wordt aangemerkt als het ontstaansmoment van vorderingen. Er is echter geen reden om aan te nemen dat voor overeenkomsten waaruit een retentierecht is voortgevloeid, een ander ontstaansmoment van de vordering van de schuldeiser geldt dan als er geen retentierecht zou zijn ingeroepen. Een dergelijke gedifferentieerde benadering van het ontstaansmoment van vorderingen leidt tot nodeloze rechtsonzekerheid.

Aan de geciteerde passage valt nog iets anders op. Volgens de regering ontstaat ook de vordering die strekt tot schadevergoeding reeds op het moment van het sluiten van de overeenkomst. De Hoge Raad heeft echter in het arrest ING/Nederend q.q. geoordeeld dat vorderingen uit ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan door de opzegging of ontbinding van een overeenkomst.[136] Vóór de beëindiging van de overeenkomst zijn dit volgens de Hoge Raad toekomstige vorderingen. Op vergelijkbare

134 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/129.
135 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883. In deze zin ook Fesevur 1994, p. 242, die dit niet nader onderbouwt.
136 HR 3 december 2010, *NJ* 2010/653, *JOR* 2011/63 m.nt. Schuijling (*ING/Nederend q.q.*).

manier moet mijns inziens worden aangenomen dat vorderingen die strekken tot schadevergoeding uit hoofde van wanprestatie (6:74 BW) pas ontstaan op het moment dat de schade is geleden.[137]

Al met al gaat de benadering in de memorie van antwoord van afdeling 3.10.4 waarin de vordering van een partij steeds ontstaat met het sluiten van de overeenkomst te kort door de bocht. In zijn algemeenheid ontstaat een vordering als de prestatie waarvan de vordering de tegenprestatie vormt, is volbracht. Maar een algemene regel voor het ontstaansmoment van vorderingen is zoals gezegd niet te geven, ook niet voor overeenkomsten waaruit een retentierecht kan voortvloeien. Het ontstaansmoment van de vordering zal moeten worden beoordeeld aan de hand van de aard van de rechtshandeling en de partijafspraak.[138] Het feit dat een partij op een zeker moment een retentierecht heeft ingeroepen brengt in ieder geval niet op zichzelf een van die benadering afwijkende norm met zich.

3.3.4.3 De hoogte van de vordering is nog niet zeker

80. Het enkele feit dat de precieze hoogte van de vordering die de opschortende partij meent te hebben, nog niet vaststaat, brengt niet mede dat die vordering niet opeisbaar kan zijn. Aldus luidde het oordeel van de Hoge Raad in de arresten Ammerlaan/Enthoven en Euretco/Naeije.[139] Mitsdien kan de schuldeiser ook opschorten indien de precieze hoogte van de vordering nog moet worden vastgesteld (bijvoorbeeld in een gerechtelijke procedure).[140] Als dit anders zou zijn, zou volgens de Hoge Raad onvoldoende recht worden gedaan aan het opschortingsrecht dat dient als zekerheid voor het voldoen van een vordering door middel van verrekening. De partij die opschort vooruitlopend op een definitief oordeel over de

137 Vgl. Schuijling 2016/99 met betrekking tot de schadevergoedingsvorderingen uit hoofde van wettelijke aansprakelijkheid en Schuijling 2016/100 met betrekking tot vorderingen uit contractuele boetebedingen.

138 Schuijling 2016/95.

139 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*), r.o. 4.6; HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/91 (*Euretco/Naeije*), r.o. 3.5.4. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/272.

140 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*).

gegrondheid van zijn beroep, loopt overigens wel zelf het risico aansprakelijk te zijn uit hoofde van wanprestatie, indien later blijkt dat hij niet bevoegd was tot opschorting.[141]

3.3.4.4 Is opeisbaarheid vereist?

81. Art. 6:52 BW vereist dat de vordering van de opschortende partij opeisbaar is. Dit vereiste staat niet voor niets in art. 6:52 BW. Het opschortingsrecht dient als reactie op niet-nakoming door de wederpartij. De verplichting tot afgifte kan in beginsel niet worden opgeschort als de wederpartij nog niet behoeft te presteren.[142] Door het niet-afgeven wordt het evenwicht tussen de wederzijdse prestaties hersteld.[143] Dit op zijn beurt, houdt uiteindelijk verband met het beginsel 'pacta sunt servanda': overeenkomsten dienen te worden nagekomen. Het stokken van de nakoming dient zoveel mogelijk te worden beperkt. Dat komt onder meer tot uiting in de regeling van schuldeisersverzuim van art. 6:59 BW: de wederpartij van de opschortende partij komt door de opschorting in schuldeisersverzuim en is bijgevolg niet bevoegd om zelf op te schorten, zie art. 6:54 sub a BW. De vraag, wie als eerste dient na te komen, moet per geval aan de hand van de partijafspraken en de gebruiken worden vastgesteld.

82. Het begrip 'opeisbaarheid' is niet vastomlijnd.[144] Niet-opeisbaarheid betekent in het algemeen dat de vordering reeds bestaat, maar nakoming (nog) niet kan worden afgedwongen.[145] In het algemeen wordt met niet-opeisbaarheid een verbintenis bedoeld waarvoor een termijn voor nakoming is bepaald. Tussen het moment van het ontstaan van de vordering van de retentor en het moment van opeisbaarheid is het een bestaande vordering onder opschortende tijdsbepaling. Ik versta opeisbaarheid in die zin dat de schuldenaar niet nakomt, terwijl nakoming al gevorderd kan worden. Zwaardere eisen worden niet aan de niet-nakoming gesteld

141 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 *NJ* 2012/91 (*Euretco/Naeije*), r.o. 3.5.4; Streefkerk 2013/27.1. Zie hierover ook HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517, *JOR* 2017/58 m.nt. J.J. Dammingh (*Heredium/CIA*) en par. 3.2.5.

142 Daarop zijn wel uitzonderingen, zoals art. 6:80 BW, dat hierna aan de orde komt.

143 Fesevur 1988, p. 35.

144 Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/241.

145 Schuijling 2016/94, vgl. Faber 2005/69 voor het verschil tussen opeisbaarheid en afdwingbaarheid.

voor het ontstaan van de bevoegdheid tot opschorting. Verzuim in de zin van 6:81 e.v. BW is niet vereist, noch een 'tekortkoming in de nakoming' in de zin van art. 6:74 en 6:265 BW.[146]

83. In de literatuur bestaat (een beetje) discussie over de vraag of de vordering (slechts) dient te bestaan of eveneens opeisbaar dient te zijn voor het ontstaan van de bevoegdheid tot terughouding. Ik geef de discussie in de literatuur hieronder weer, maar zeg er direct bij dat deze naar mijn mening niet van groot praktisch belang is. Ofwel opeisbaarheid is wel een vereiste. Een eventuele opschorting voorafgaand aan opeisbaarheid is dan mogelijk met behulp van art. 6:80 BW. Ofwel alleen het bestaan van een vordering is vereist, maar niet de opeisbaarheid daarvan. Art. 6:80 BW (of 6:263 BW, ingeval van tegenover elkaar staande verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten) is dan niet nodig.

Naar de mening van Steneker en het Hof Den Bosch dient de vordering van de retentor slechts te *bestaan*, maar deze hoeft niet opeisbaar te zijn voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid.[147] De eis van opeisbaarheid van de vordering wordt in art. 3:290 BW immers niet gesteld. In de visie van Steneker is daarmee ingevolge art. 6:57 BW juist afgeweken van de algemene regeling van opschortingrechten en is art. 6:52 BW op dit punt dus niet van toepassing. Steun voor deze opvatting vindt hij in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 lid 1 BW:

> "(...) aan twee vereisten voor het retentierecht is voldaan: het ontstaan van de vordering en het in zijn macht krijgen van de zaak."[148]

In Stenekers opvatting kan de schuldeiser zich zodra hij een vordering op zijn wederpartij heeft, verweren tegen een vordering tot afgifte door laatstgenoemde. Op die manier voorkomt de schuldeiser dat de schuldenaar vlak voor het opeisbaar worden van de vordering afgifte van de geretineerde zaak kan eisen, waardoor de schuldeiser op slinkse wijze een potentieel pressiemiddel ontnomen zou kunnen worden.

---

146 Streefkerk 2013/12.1, Asser/Sieburgh 6-I 2016/273, Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1249-1250, vgl. Asser/Hijma 7-I* 2013/407. Zie voor het verschil tussen nietnakomen en tekortkomen Asser/Sieburgh 6-I 2016/320.

147 Steneker 2012b, p. 548-549; Hof Den Bosch 29 maart 2016, *JOR* 2016/146 m.nt. A. Steneker. Zie in dezelfde zin Van der Stoep 2016, p. 104-105.

148 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.

84. Gelet op het feit dat art. 6:52 BW dat vereist, geldt echter mijns inziens als hoofdregel dat de vordering van de retentor opeisbaar dient te zijn. Het vereiste van opeisbaarheid van de vordering van de retentor strookt bovendien met het gegeven dat het opschortingsrecht een reactie is op niet-nakoming door de wederpartij. Opschorting is gerechtvaardigd als reactie wanneer de partij die het eerst moest presteren niet nakomt. Dat neemt niet weg dat er goede redenen kunnen zijn om het vereiste van opeisbaarheid los te laten. In tegenstelling tot Steneker en het Hof Den Bosch meen ik echter dat die niet in een categorische afwijking van art. 3:290 BW ten opzichte van art. 6:52 BW worden gevonden. Ik zie niet in waarom indien de opschorting betrekking heeft op een zaak, op het punt van opeisbaarheid een van art. 6:52 BW afwijkend regime heeft te gelden. Uit de parlementaire geschiedenis is niet op te maken dat op dit punt voor het retentierecht een verschil ten opzichte van de hoofdregel werd beoogd; de passage die Steneker en het Hof Den Bosch aanhalen berust mijns inziens op een verschrijving en niet op een doelbewuste afwijking. Redenen om af te wijken van het vereiste van opeisbaarheid moeten elders worden gevonden, als de concrete feiten van de zaak daar aanleiding toe geven.

Een grond om af te wijken van het vereiste van opeisbaarheid is gelegen in de *anticipatory breach* van art. 6:80 BW. Art. 6:80 lid 1 BW stelt dat de gevolgen van niet-nakoming reeds intreden voordat de vordering opeisbaar is indien vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn (sub a), indien de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten (sub b), of indien de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen (sub c). Tot deze reeds ingetreden gevolgen van niet-nakoming in de zin van art. 6:80 BW behoort ook de opschortingsbevoegdheid.[149] Door in voorkomende gevallen gebruik te maken van de *anticipatory breach* bereikt men hetzelfde doel als door het loslaten van het vereiste van opeisbaarheid, terwijl het mooier past in het systeem van opschortingsrechten.

149 Streefkerk 2013/9.2, Parl. Gesch. Boek 6, p. 280, 282, en Asser/Sieburgh 6-I 2016/413.

Art. 6:263 BW, de zogenoemde onzekerheidsexceptie, geeft overigens een nog ruimere bevoegdheid tot geanticipeerde opschorting dan art. 6:80 BW in het kader van tegenover elkaar staande verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten. Art. 6:263 BW staat ook de partij die het eerst moest presteren een opschortingsrecht toe, wanneer de verbintenissen met elkaar in wederkerig verband staan. In afwijking van art. 6:80 lid 1 sub c is bij de onzekerheidsexceptie een voorafgaande aanmaning niet vereist. Een beroep op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW is voor de retentor alleen mogelijk wanneer de verplichting tot afgifte in voldoende nauw verband staat tot de niet nagekomen verplichting van de wederpartij.[150]

3.3.5 Samenhang tussen de vordering en de verplichting tot afgifte

85. In het voorgaande kwamen twee van de drie vereisten voor het retentierecht ter sprake. In deze paragraaf bespreek ik ten slotte het derde. Er moet voldoende samenhang bestaan tussen de vordering van de retentor en zijn schuld: de verplichting tot afgifte.

Voor de algemene regeling van opschortingsrechten is er de maatstaf van art. 6:52 BW, die een ruime samenhang tussen de verplichting tot afgifte en de vordering van de retentor toestaat. Volgens art. 6:52 lid 1 BW dient *voldoende* samenhang te bestaan tussen de opeisbare vordering van de schuldeiser en de verplichting tot afgifte van de zaak, om de opschorting te kunnen *rechtvaardigen*. Art. 6:52 lid 1 BW brengt tot uitdrukking dat het niet altijd noodzakelijk is dat de twee verbintenissen voortvloeien uit dezelfde overeenkomst. Art. 6:52 lid 2 BW geeft enige toepassingen van het eerste lid.[151] Uit de woorden 'onder meer' blijkt al dat de daarin omschreven situaties slechts een illustratie zijn van gevallen waarin samenhang kan worden aangenomen. In het geval de twee verbintenissen voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding, bijvoorbeeld uit dezelfde overeenkomst, betekent dat niet dat aanstonds de bevoegdheid tot opschorting kan worden aangenomen. Nog steeds kan dan een toetsing aan de redelijkheid en billijkheid aangewezen zijn.[152] De tweede zinsnede van art. 6:52 lid 2 BW, 'zaken die partijen regelmatig met elkaar hebben gedaan' is afkomstig uit

150 Zie verder par. 2.3.4 over het retentierecht en de enac.
151 Parl. Gesch. Boek 6, p. 209.
152 Parl. Gesch. Boek 6, p. 205.

het Duitse en het Zwitserse recht.[153] Als partijen losse, opvolgende overeenkomsten met elkaar sluiten kan in het algemeen een bevoegdheid tot terughouding worden aangenomen, ook al betreft het steeds nieuwe overeenkomsten.[154] De manier waarop partijen hun verhouding precies vormgeven is niet doorslaggevend.[155]

86. Het vereiste van voldoende samenhang kan worden gezien als een toepassing van de maatstaf van redelijkheid en billijkheid.[156] Art. 6.1.6.19 lid 1 in het Ontwerp BW luidde: "De bevoegdheid tot opschorting is aanwezig indien tussen vordering en verplichting tot afgifte zodanige samenhang bestaat dat de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen door afgifte te vorderen zonder zelf na te komen".[157] Net als de redelijkheid en billijkheid, is art. 6:52 BW een open norm.[158] De vraag wanneer voldoende samenhang bestaat om de verplichting tot afgifte op te schorten, is moeilijk in algemene zin te beantwoorden. Het antwoord is in zeer sterke mate afhankelijk van de omstandigheden.[159] Streefkerk oppert dat men wellicht het best een algemene maatstaf voor de samenhang vindt door te onderzoeken of de verbintenissen, gelet op hun ontstaan, over en weer gebruikt mogen worden als pressiemiddel en ter dekking van het risico van insolventie van de wederpartij.[160] Streefkerk zegt er direct bij dat ook deze maatstaf vaag is. Inderdaad is niet goed in te zien wat deze toets verder oplevert. Indien bevoegdelijk wordt opgeschort, kan dat in beginsel worden gehandhaafd in insolventie van de wederpartij.[161] Bij het retentierecht is het effect in faillissement daarentegen juist zeer beperkt vanwege de opeisingsbevoegdheid van de curator. Maar daaruit moet zeker niet

153 § 369 Abs. 1 HGB, resp. Art. 895 Abs. 2 ZGB.

154 Het is een lastige vraag wanneer er precies sprake is van één, of van meerdere overeenkomsten, zie Van Dongen 2016/452-456.

155 Uit HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907, *JOR* 2012/201 m.nt. S. van Dongen (*Euretco/Naeije*) blijkt dat ook als er sprake is van twee verschillende akten waarin verschillende verplichtingen zijn neergelegd (in dit geval tussen twee dezelfde partijen), er sprake kan zijn van voldoende samenhang.

156 Asser/Sieburgh 6-I 2016/274.

157 Parl. Gesch. Boek 6, p. 192, 207.

158 Streefkerk 2013/16.1.

159 In het vonnis van Rb. Limburg 18 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:7336, oordeelt de rechtbank bijvoorbeeld dat er wel voldoende samenhang bestond voor de vorderingen ter zake van de koop van stalen platen, maar niet voor de bewerking en de opslag van die platen.

160 Streefkerk 2013/16.2.

161 Zie verder par. 7.3.

de conclusie worden getrokken dat de eisen die moeten worden gesteld aan de samenhang strenger zijn voor het retentierecht dan voor het algemene opschortingsrecht. Het vereiste van 'voldoende samenhang om opschorting te rechtvaardigen' moet een dam opwerpen tegen een te ruime uitoefening van het opschortingsrecht. De strikte samenhang die is vereist bij het eigendomsvoorbehoud biedt een goed contrast met art. 6:52 BW: een eigendomsvoorbehoud kan alleen worden gemaakt voor vorderingen tot betaling van de koopprijs en daarmee samenhangende werkzaamheden of schadevergoedingsvorderingen (art. 3:92 lid 2 BW). De leverancier onder eigendomsvoorbehoud heeft meer vergaande bevoegdheden dan een retentor. Zolang de koper niet heeft betaald, behoudt de leverancier immers 'het meest omvattende recht' op de zaken, de retentor heeft – behalve een feitelijk pressiemiddel – 'slechts' een verhaalsrecht met voorrang. Daarmee correspondeert dat de eisen die worden gesteld aan de samenhang, hoger zijn bij het eigendomsvoorbehoud dan bij het retentierecht.

Een proportionaliteitstoets kan onderdeel zijn van de toets van samenhang. Indien de teruggehouden zaak de waarde van de vordering van de retentor onevenredig overtreft, kan goed zijn dat tussen de vordering van de retentor en zijn plicht tot afgifte voldoende samenhang bestaat, maar het maakt wellicht wel dat niet voldoende samenhang bestaat om de opschorting te kunnen *rechtvaardigen*. Juridisch gezien kan dan wel voldoende samenhang aanwezig zijn, maar de omstandigheden rechtvaardigen in dat geval de opschorting niet, althans niet oneindig. Opschorting van de verplichting tot afgifte kan in dat geval sneller in strijd met redelijkheid en billijkheid worden geacht. Uiteraard moet daarbij terughoudendheid in acht worden genomen: het is immers goed mogelijk dat de waarde van de vordering van de retentor en de waarde van de teruggehouden zaak sterk uiteen lopen.

3.3.6 Nauwere samenhang vereist jegens derden

87. Voor het inroepen van een retentierecht jegens een anterieure derde, worden zwaardere eisen gesteld aan de samenhang. Dat volgt uit (de parlementaire geschiedenis bij) art. 3:291 lid 2 BW en het arrest VGC/GE SeaCo.[162] In art. 3:291 lid 2 BW staat dat het retentierecht alleen kan worden ingeroepen jegens een ouder gerechtigde als de vordering voortvloeit

162 HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1213, *NJ* 2004/548, m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo*).

uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was *met betrekking tot de zaak* aan te gaan. De overeenkomst die de schuldenaar bevoegd is aangegaan en waaruit zijn vordering voortvloeit, moet dus wel betrekking hebben op de zaken waarop de retentor het retentierecht wenst uit te oefenen. Volgens de parlementaire geschiedenis moet voor het inroepen van een retentierecht jegens een ouder gerechtigde zijn voldaan aan het 'debitum cum re iunctum'-vereiste.[163] De Hoge Raad heeft dit bevestigd in het arrest VGC/GE SeaCo. Ik zet de (eenvoudige en illustratieve) casus kort uiteen. GE SeaCo heeft containers verhuurd aan Norasia Lines. Omdat Norasia de huurtermijnen niet betaalde, eiste GE SeaCo haar containers terug. Een deel van de van GE SeaCo gehuurde containers staan op het terrein van VGC, die reparaties aan de containers heeft verricht en zorgde voor de opslag. VGC had openstaande vorderingen op Norasia en beriep zich op een retentierecht op alle containers die ze onder zich had. Norasia huurde behalve van GE SeaCo ook containers van andere partijen. GE SeaCo beroept zich er in rechte op dat VGC alleen een retentierecht jegens haar kan inroepen voor vorderingen ter zake van de reparaties aan haar containers. De Hoge Raad overweegt dat het inroepen van het retentierecht jegens derden met een ouder recht in beperktere mate is toegestaan dan jegens de schuldenaar zelf. Ik citeer:

> "[H]et retentierecht tegenover derden met een ouder recht [kan] alleen worden uitgeoefend voor zover het gaat om zaken waarop de vordering betrekking heeft en niet op andere zaken die onder de overeenkomst vallen."[164]

Volgens de Hoge Raad hoeven de eigenaren van deze andere zaken, waaraan geen reparaties zijn verricht, in het maatschappelijk verkeer er geen rekening mee te houden dat hun zaken zullen worden gebruikt voor het verhaal van vorderingen die betrekking hebben op andere opgeslagen of gerepareerde zaken. Ten slotte geeft de Hoge Raad in het arrest VGC/GE SeaCo nog een gebod van praktische aard aan de retentor, om dit onderscheid tussen de verschillende vorderingen te kunnen maken:

> "Van degene die zaken van anderen, ter bewaring of reparatie, onder zich krijgt mag worden verwacht dat hij ermee rekening houdt dat deze zaken aan anderen dan zijn contractuele wederpartij kunnen toebehoren en dat hij met het oog op die mogelijkheid een deugdelijke registratie bijhoudt van de per zaak verrichte werkzaamheden."

---

163 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884. Zie ook Fesevur 2017/19.

164 HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1213, *NJ* 2004/548, m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo*), r.o. 3.5.1.

Gelet op deze vingerwijzing, kunnen we aannemen dat als een dergelijke administratie van de werkzaamheden per zaak ontbreekt, dit voor (bewijs) risico van de retentor komt.

3.4 Kenbaarheid van de opschorting

3.4.1 Onderscheid tussen de kenbaarheid van de opschorting en de kenbaarheid van de machtsuitoefening

88. In deze paragraaf komt aan de orde in hoeverre is vereist dat de opschorting door de retentor kenbaar is voor de wederpartij en/of hij er mededeling van moet doen. Deze vraag moet worden onderscheiden van de kenbaarheid van de feitelijke macht die is vereist voor het inroepen van het retentierecht jegens derden. Zoals ik in paragraaf 3.3.3 uiteen heb gezet, kan de kenbaarheid van de machtsuitoefening voor derden een factor zijn in de beoordeling van de vraag *of* de retentor de feitelijke macht heeft. Doorslaggevend is zij echter niet. De vraag *of* de retentor de feitelijke macht heeft, gaat vooraf aan het onderwerp van deze paragraaf. Het hebben van de feitelijke macht is immers een voorwaarde voor het hebben van een retentierecht. Pas als aan de vereisten voor het hebben van de opschortingsbevoegdheid is voldaan, komt men toe aan de vraag of van deze bevoegde opschorting ook mededeling aan de wederpartij moet worden gedaan. Dit kan worden afgeleid uit het arrest Gelling/Jessurun. Daar overweegt de Hoge Raad:

> "De vraag in hoeverre een *in beginsel gerechtvaardigde opschorting* in strijd met de goede trouw komt wegens het ontbreken van een mededeling omtrent de grond waarop de opschorting plaatsvindt, dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval."[165] (mijn cursivering)

In deze paragraaf gaat het alleen om de verhouding retentor-schuldenaar en de vraag of vereist is dat de *opschorting* van de verplichting tot afgifte kenbaar is voor de wederpartij van de retentor. Uit het feit dat de Hoge Raad de woorden 'een in beginsel gerechtvaardigde opschorting' gebruikt, leid ik af dat de kenbaarheid of mededelingsplicht een vervolgvraag is, die zich pas voordoet als een partij eenmaal bevoegd is tot opschorting.

165 HR 4 januari 1991, *NJ* 1991/723 (*Gelling/Jessurun*), r.o. 3.2.

3.4.2 Geen mededeling, wel kenbaarheid van de opschorting vereist

89. In paragraaf 3.2.3 heb ik beschreven dat het beslissende moment voor het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid is, het moment waarop aan de vereisten is voldaan. Als een schuldeiser eenmaal bevoegd is tot opschorting en gebruik wil maken van zijn bevoegdheid, moet het opschortingsrecht dan worden medegedeeld aan de wederpartij? Wetgever, Hoge Raad en de meerderheid in de literatuur zijn op dit punt met betrekking tot het algemene opschortingsrecht eensgezind. Men neemt algemeen aan dat de opschorting wel kenbaar moet zijn, maar dat mededeling in beginsel niet is vereist.[166]

Voor zover ik weet, is de vraag of op dit punt van het algemene opschortingsrecht gedifferentieerd moet worden met betrekking tot het retentierecht, niet eerder aan de orde gekomen. Ik zie geen reden om op dit punt te differentiëren tussen de opschorting van de verplichting tot afgifte en de opschorting van een willekeurige andere verplichting. Een opschortingsrecht is een retentierecht wanneer de opschorting bestaat in een niet-afgifte van een zaak. De zaak had de opschortende partij al eerder onder zich gekregen. Zoals in paragraaf 3.2.3 al uiteen gezet, manifesteert het *uitoefenen* van een retentierecht zich niet op een andere manier dan het bestaan van de *bevoegdheid* tot opschorting. Het houderschap van de retentor uit hoofde van een overeenkomst tot aanneming van werk kan overlappen met het houderschap in de hoedanigheid van retentor. Het is mogelijk dat de opdrachtgever de aannemer onbetaald laat, terwijl de overeenkomst nog in stand is. In paragraaf 3.3.3.4 heb ik uiteengezet dat het plaatsen van borden met daarop de naam van de aannemer, of het woord retentierecht bij de onroerende zaak niet van doorslaggevende betekenis is voor de vraag of de aannemer de feitelijke macht heeft. Omdat een geretineerde zaak er uiterlijk in principe niet anders uitziet dan iedere andere zaak die al of niet krachtens een rechtsverhouding onder een ander dan de schuldenaar is, is 'het retentierecht' niet noodzakelijkerwijs als zodanig naar buiten kenbaar voor de schuldenaar (of anderen). Er is daarom geen reden om voor het retentierecht een van het algemene opschortingsrecht afwijkend regime aan te nemen met betrekking tot de kenbaarheid van het opschortingsrecht.

166 Stolp 2011 met verdere verwijzingen naar literatuur en parlementaire geschiedenis. Biemans 2011/530 en 553 meent daarentegen dat opschorting plaatsvindt door een verklaring aan de schuldeiser.

90. Een plicht om mede te delen alvorens men zijn verplichting opschort is in de wetsbepalingen inzake het algemene opschortingsrecht, noch in die betreffende de *enac*, noch het retentierecht te vinden. De wetgever heeft van het opnemen van een dergelijke algemene verplichting afgezien, omdat de schuldenaar van de opschortende partij in de regel zal weten dat hij niet nakomt en daarom weet of behoort te begrijpen dat de retentor zijn verplichtingen opschort.[167] Dat neemt echter volgens de minister niet weg dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden met zich kunnen brengen dat de retentor de gronden waarop hij de opschorting baseert mededeelt, zodat de wederpartij van de opschortende partij haar standpunt kan bepalen.[168] Dit uitgangspunt van de wetgever klinkt door in de jurisprudentie van de Hoge Raad over opschorting en mededeling. Het meest recente arrest van de Hoge Raad hierover is Van Mierlo/OGP.[169] Van Mierlo/OGP is een 'klassiek' opschortingsarrest, waarin partijen het (onder meer) oneens waren over de vraag waar de nakoming het eerst was gestokt. In het arrest geeft de Hoge Raad kernachtig de verhouding tussen mededeling en kenbaarheid van de opschorting weer:

> "In zijn algemeenheid kan niet de eis gesteld worden dat een partij die de nakoming van haar verbintenis opschort vanwege een niet-nakoming van haar wederpartij, haar wederpartij kenbaar maakt dat zij haar prestatie opschort. Dat strookt met de regel dat een beroep op een opschortingsrecht voor het eerst in een gerechtelijke procedure kan worden gedaan, ook indien de schuldenaar daarop vóór de procedure geen beroep had gedaan (HR 8 maart 2002, *NJ* 2002/199). Evenwel kan onder omstandigheden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat een schuldenaar pas van een hem toekomend opschortingsrecht gebruik mag maken nadat hij zijn wederpartij heeft meegedeeld dat en op welke grond de opschorting plaatsvindt. Daarbij is in het bijzonder van belang hetgeen de wederpartij ten tijde van de opschorting wist of uit de toen bestaande omstandigheden had behoren te begrijpen, en wat degene die opschort, toen met betrekking tot die wetenschap of dit begrijpen mocht aannemen (HR 17 februari 2006, *LJN* AU5663, *NJ* 2006/158, en HR 4 januari 1991, *NJ* 1991/723)."[170]

167 Parl. Gesch. Boek 6, p. 995 en 1000. Volgens Stolp 2011, p. 154 gaat de wetgever ervan uit dat de opschorting in de regel kenbaar zal zijn, omdat een partij op de hoogte zal zijn van de eigen tekortkoming.

168 Parl. Gesch. Boek 6, p. 205, 207.

169 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, *RvdW* 2010/1051 (*Van Mierlo/OGP*).

170 HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088, *RvdW* 2010/1051 (*Van Mierlo/OGP*).

Het oordeel van de Hoge Raad is duidelijk. Het correspondeert met zijn oordeel in het arrest Gelling/Jessurun en Spector/Fotoshop, waarnaar hij ook verwijst in bovenstaande rechtsoverweging.[171] Het is opvallend dat de Hoge Raad niet naar het arrest Van Bommel/Ruijgrok verwijst.[172] Dat arrest kan eveneens als 'standaardarrest' over opschorting en mededeling worden aangemerkt, maar bevat een lichte afwijking ten opzichte van de 'lijn' die de wetgever had uitgezet en die de Hoge Raad verder door heeft getrokken. In dat arrest ging het om de opschorting van de betaling van huurtermijnen vanwege gebreken in het gehuurde. De Hoge Raad overwoog:

> "Daartegenover staat evenwel dat het in beginsel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dat de huurder zich door een op zodanige gebreken gegronde ontbinding met ingang van voormeld tijdstip van zijn verplichting tot huurbetaling ontdoet, zolang hij heeft nagelaten om van deze gebreken aan de verhuurder mededeling te doen en deze aldus in de gelegenheid te stellen deze gebreken zo snel mogelijk te verhelpen dan wel de nodige voorlopige maatregelen ter voorkoming van eventuele verdere schade te nemen."[173]

Op basis van dit arrest heeft Van Schaick geschreven, dat een mededelingsplicht onderdeel uitmaakt van het opschortingsrecht. Volgens Van Schaick zijn de arresten Gelling/Jessurun en Van Bommel/Ruijgrok dan ook (schijnbaar) tegenstrijdig.[174] Volgens Streefkerk is echter aannemelijker dat de beslissing van de Hoge Raad in het arrest Van Bommel/Ruijgrok beperkt moet worden tot huurverhoudingen.[175] Ook Stolp heeft erop gewezen dat de Hoge Raad een consequente koers vaart met betrekking tot opschorting en mededeling: kenbaarheid is vereist, mededeling in beginsel niet.[176] Streefkerk schrijft dat bij een huurovereenkomst om twee redenen een mededelingsplicht eerder kan worden aangenomen: ten eerste heeft de verhuurder waarschijnlijk geen (dagelijkse) controle over de zaak waardoor hij niet op de hoogte zal zijn van eventuele gebreken. Ten tweede zijn

171 HR 4 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0097, *NJ* 1991/723 (*Gelling/Jessurun*) en HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, *NJ* 2006/158 (*Spector/Fotoshop*).
172 HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2389, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*).
173 HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2389, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*), r.o. 3.4.
174 Van Schaick 2009b, p. 130-131.
175 Streefkerk 2013/22.2.
176 Stolp 2011, p. 155.

huurinkomsten voor de verhuurder van groot belang en kunnen huurachterstanden snel oplopen. Volgens annotator Stein ontleent de Hoge Raad de mededelingsplicht aan het (niet ingevoerde) art. 7.4.2.5 van het Ontwerp Nieuw BW, dat bepaalde dat de huurder ingeval van vermindering van het huurgenot ten gevolge van een gebrek aan het gehuurde een daaraan evenredige vermindering van de huurprijs kan vorderen van de dag waarop hij van het gebrek behoorlijk heeft kennis gegeven aan de verhuurder, tot die waarop het gebrek is verholpen.[177] Het lijkt onwaarschijnlijk, zoals Stein in zijn noot stelt, dat de Hoge Raad in het arrest Van Bommel/Ruijgrok heeft bedoeld om deze niet ingevoerde bepaling te verheffen tot een algemeen beginsel van verbintenissenrecht. Dit standpunt is ieder geval niet bevestigd in latere arresten.

91. Hoe de overwegingen uit het arrest Van Bommel/Ruijgrok ook precies moeten worden begrepen, het is duidelijk dat het geldende adagium is: geen mededeling is vereist, maar wel kenbaarheid van de opschorting.[178] Bij deze kenbaarheid gaat het om een geobjectiveerd weten van de wederpartij. Deze kan zich er niet achter verschuilen dat de opschortende partij geen mededeling heeft gedaan van de opschorting, indien zij had moeten begrijpen dat de opschortende partij dat deed vanwege haar eigen tekortkoming. In dat geval heeft de wederpartij 'boter op haar hoofd'. Maar ook hetgeen de opschortende partij omtrent die wetenschap van de wederpartij met betrekking tot de opschorting mocht aannemen speelt mee. De opschortende partij moet zich er rekenschap van geven of haar wederpartij voldoende op de hoogte was van haar opschortingsactie.

Tot besluit wijs ik erop dat het Belgische Voorontwerp voor een nieuw Boek 5 'Verbintenissen' in het Burgerlijk Wetboek ook deze lijn aanhoudt.[179] Paragraaf 3 van ontwerpbepaling 5.313 bepaalt:

> "Wanneer de verbintenis van de schuldenaar nog niet opeisbaar is of wanneer de goede trouw dat vereist, moet de opschorting zonder onnodige vertraging schriftelijk ter kennis worden gebracht. De kennisgeving vermeldt de reden van de opschorting en de omstandigheden die de opschorting rechtvaardigen."[180]

177 Annotatie van P.A. Stein onder HR 6 juni 1997, *NJ* 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*).
178 Vgl. Rb. Noord-Holland 14 december 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10258, r.o. 6.7.
179 Het voorontwerp is op 30 maart 2018 in eerste lezing goedgekeurd door de ministerraad. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft gunstig geadviseerd. Het voorstel moet nog in tweede lezing worden goedgekeurd door de ministerraad en kan daarna worden ingediend bij de Kamer. Zie over de voortgang van het voorontwerp nader Stijns 2018, p. 414-415.
180 Het voorontwerp en de memorie van toelichting zijn te raaplegen via https://justitie.belgium.be/nl/bwcc.

Deze paragraaf geeft twee gronden waarop een kennisgeving van opschorting is aangewezen: bij de geanticipeerde opschorting (vgl. het Nederlandse art. 6:80 lid 1 sub c BW) en wanneer de goede trouw dat vereist. Stijns wijst erop dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 13 januari 2017 al op deze regeling anticipeerde.[181] In bedoeld arrest overweegt het Hof van Cassatie dat voorafgaande kennisgeving door de schuldeiser voor uitoefening van het opschortingsrecht bij samenhangende verbintenissen in beginsel niet is vereist, maar dat een kennisgeving onder omstandigheden op grond van de goede trouw van de schuldeiser kan worden gevergd.[182]

3.5 Conclusies

92. In dit hoofdstuk zijn de vereisten voor het retentierecht besproken. Art. 3:290 BW bepaalt dat het retentierecht de bevoegdheid tot opschorting van een afgifteverplichting is. Het hebben van een bevoegdheid betekent niet per se dat de bevoegde partij er ook gebruik van maakt. Het bepalende ontstaansmoment voor het retentierecht is het moment dat de opschortingsbevoegdheid is ontstaan. Het retentierecht heeft een vergelijkbare structuur als verrekening: ook bij verrekening geldt dat de schuldenaar bevoegd moet zijn om te verrekenen. Verrekening geschiedt vervolgens door het uitbrengen van een verrekeningsverklaring. Wat betreft haar rechtsgevolgen werkt verrekening terug tot het moment van het ontstaan van de bevoegdheid. Bij opschorting werkt dat op vergelijkbare manier. Daarvoor zijn drie belangrijke argumenten aan te voeren. Ten eerste: een schuldeiser met een retentierecht zal veelal pas van de bevoegdheid gebruik maken als hij wordt aangesproken tot afgifte. Ten tweede: de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een beroep op een opschortingsrecht voor het eerst in een procedure kan worden gedaan. Ten derde: de uitoefening van het retentierecht manifesteert zich niet op een andere manier dan het houderschap dat de retentor voordien had met betrekking tot de zaak, bijvoorbeeld op grond van een bewaarnemingovereenkomst. Bovendien is de opschortende partij in beginsel niet verplicht om de wederpartij mede te delen dat zij opschort. Het is wel vereist dat de opschorting kenbaar is, maar dit moet al snel worden aangenomen, omdat de wederpartij doorgaans weet dat zij niet nakomt. Een mededelingsplicht is denkbaar

181 Stijns 2018, p. 418; Cass. 13 januari 2017, AR c.15.0417.N, *TBBR* 2017, 354.
182 Cass. 13 januari 2017, AR c.15.0417.N, *TBBR* 2017, 354, r.o. 2.

bij opschorting, maar zal moeten worden aangenomen op basis van de redelijkheid en billijkheid; zij maakt geen onderdeel uit van het opschortingsrecht zelf. Kortom: aan het *uitoefenen* van de opschortingsbevoegdheid komt geen zelfstandige betekenis toe, in die zin dat het geen aparte rechtsgevolgen sorteert.

Voor het retentierecht gelden drie vereisten: de retentor moet een vordering hebben, de feitelijke macht en er moet voldoende samenhang bestaan tussen de vordering en de schuld van de retentor. De Hoge Raad heeft zich een aantal keer uitgesproken over de uitoefening van de feitelijke macht bij onroerende zaken. Uit die jurisprudentie volgt dat afgifte bij onroerende zaken geschiedt door ontruiming. Als de onroerende zaak nog niet is ontruimd, heeft de aannemer haar dus nog in zijn macht. In de praktijk blijkt dat aannemers bouwplaatsen plegen te omheinen. Dit kan een verplichting zijn die (in verband met de veiligheid) volgt uit de aannemingsovereenkomst. Omheining van de onroerende zaak is strikt genomen niet vereist voor het hebben van de feitelijke macht.

Art. 6:52 BW bepaalt dat de vordering van de opschortende partij opeisbaar dient te zijn. In gevallen van art. 6:80 BW (of de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW) kan hiervan worden afgeweken.

Het vereiste van voldoende samenhang van art. 6:52 BW betreft een open norm, waarvan het moeilijk is om de contouren in abstracto aan te geven. Aan de opschorting van de afgifte van zaken jegens ouder gerechtigden worden strengere vereisten gesteld, dan jegens de wederpartij. Jegens ouder gerechtigden is vereist dat de vordering waarvoor wordt opgeschort, voortvloeit uit een overeenkomst *met betrekking tot de zaak*. De retentor kan worden geacht om die reden een administratie bijhouden van de werkzaamheden die hij per zaak verricht. Doet hij dat niet, dan komt dat voor zijn risico. Het retentierecht kan dan niet tegen de ouder gerechtigde worden ingeroepen.

HOOFDSTUK 4

DERDENWERKING VAN DE OPSCHORTINGSBEVOEGDHEID

4.1 Inleiding

93. Het retentierecht kan onder bepaalde voorwaarden niet alleen tegen de schuldenaar, maar ook tegen derden worden ingeroepen. In het vorige hoofdstuk kwamen de vereisten voor het retentierecht aan bod. Pas als aan die vereisten voor het bestaan van het retentierecht is voldaan, kan het opschortingsrecht eventueel ook tegen anderen dan de schuldenaar worden ingeroepen. In het verleden is er flinke discussie geweest over de wenselijkheid van de derdenwerking van het opschortingsrecht tegen verschillende categorieën derde-gerechtigden.[1] De uitkomst van die discussie is de wettelijk vastgelegde regeling van derdenwerking van het retentierecht. Voor de voorwaarden waaronder derdenwerking mogelijk is, maken art. 3:291 leden 1 en 2 BW een onderscheid tussen de ouder en jonger gerechtigden.

Het bijzondere verhaalsrecht (met voorrang en op zaken van derden) van de retentor, is een uitvloeisel van de derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid. Art. 3:292 BW verbindt aan de mogelijkheid om de afgifte op te schorten jegens een derde, een verhaalsrecht met voorrang jegens diezelfde derde (of op diens goed, als de derde eigenaar is). Vanwege deze volgordelijkheid, behandel ik in dit hoofdstuk de derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid. De werking van het bijzondere verhaalsrecht (buiten faillissement), dat als gezegd aanknoopt bij de derdenwerking van de opschortingsbevoegdheid, komt aan bod in hoofdstuk 5 en 6.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 4.2 betoog ik dat lid 1 van art. 3:291 BW een bepaling met een 'goede trouw-karakter' is. Het blijkt niet uit de wettekst zelf, maar een analyse van de ratio van de wet, de rechtspraak en de wetsgeschiedenis leidt tot de conclusie dat de machtsuitoefening kenbaar moet zijn voor de derde om het retentierecht

1 Fesevur 2017/19: "(…) thans (…) is een einde gekomen aan de onzekerheid omtrent de kardinale vragen van derdenwerking onder het oude recht."

tegen hem te kunnen inroepen. In paragraaf 4.3 komt de werking jegens een anterieure derde aan de orde. Het zal blijken, dat de werking van het retentierecht jegens een anterieure derde goed in te passen is binnen zowel de goederenrechtelijke als de verbintenisrechtelijke figuren in het privaatrecht. In paragraaf 4.4 ten slotte wordt het onderscheid tussen een posterieur en een anterieur recht (ten opzichte van het retentierecht) belicht. Op het eerste gezicht zou men denken dat eenvoudig te bepalen is, of een recht van een derde anterieur of posterieur is. Maar (onder meer) omdat het begrip 'recht op de zaak' in art. 3:291 BW niet vastomlijnd is, kan dit zorgen voor moeilijke gevallen. In paragraaf 4.4 wordt behandeld hoe met verschillende typen moeilijke gevallen moet worden omgegaan.

94. *Terminologie*. Met 'derden' bedoel ik personen die buiten de verhouding retentor – schuldenaar staan, maar wel kunnen worden geconfronteerd met het retentierecht. In de regel kunnen derden met het retentierecht worden geconfronteerd omdat ze een (verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk) recht op de zaak hebben. Voor derden met een recht op de zaak dat ouder is dan het retentierecht, worden de termen 'ouder gerechtigde' en 'anterieur gerechtigde' (of derde) gehanteerd. Voor derden met een recht dat is ontstaan na het retentierecht, worden de termen 'jonger gerechtigde' en 'posterieur gerechtigde' gebruikt.

4.2 Art. 3:291 lid 1 BW beschermt de posterieure derde voor wie de machtsuitoefening niet kenbaar was

95. Art. 3:291 lid 1 BW regelt de verhouding met de posterieur gerechtigde van de zaak, dat wil zeggen de partij wiens recht op de zaak is ontstaan, nadat de zaak in de macht van de retentor is gekomen. De motivering van dit artikellid in de parlementaire geschiedenis is uiterst summier. De wetgever acht de derdenwerking jegens posterieure derden gerechtvaardigd, omdat de eigenaar/schuldenaar het retentierecht anders al te gemakkelijk zou kunnen frustreren door de zaak over te dragen.[2] Onder het oude recht was nauwelijks omstreden dat het retentierecht werking had jegens een posterieure derde.[3]

2 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.
3 Fesevur 1988, p. 147-153 met verdere verwijzingen. Vgl. Hof Den Haag 12 december 1963, *NJ* 1965/283.

96. Bij lezing van art. 3:291 lid 1 BW 'met het blote oog' ziet men dat een eenmaal ontstaan retentierecht zonder nadere voorwaarden kan worden ingeroepen tegen de posterieure derde.[4] Het artikellid lijkt immers alleen te vereisen dat de vordering van de retentor al is ontstaan en de zaak al in de macht van de retentor is gekomen. Dat zijn vereisten die ook al gelden voor het retentierecht zelf. Dat zou dan betekenen dat voor het inroepen van het retentierecht jegens de eigenaar/wederpartij dezelfde vereisten gelden als voor het inroepen van het retentierecht jegens de posterieur gerechtigde. Toch moet een extra vereiste in art. 3:291 lid 1 BW worden gelezen. Het retentierecht is alleen in te roepen tegen de posterieure derde, als de machtsuitoefening voor hem kenbaar is. De enige manier waarop het retentierecht zich uiterlijk manifesteert is door middel van de uitoefening van de feitelijke macht. Het inroepen van dit feitelijke machtsmiddel jegens een derde, is alleen mogelijk indien deze derde op de hoogte had kunnen zijn van de machtsuitoefening. Lid 1 van art. 3:291 BW is een bepaling die de derde beschermt tegen retentierechten waarvan de feitelijke macht niet kenbaar was. Het is dus een bepaling die derden te goeder trouw beoogt te beschermen.[5] De rechtspraak van de Hoge Raad, de parlementaire geschiedenis en het systeem van de wet bieden steun voor deze interpretatie van het artikellid. In deze paragraaf onderbouw ik deze interpretatie van art. 3:291 lid 1 BW.

97. Ten eerste heeft de Hoge Raad geoordeeld dat kenbaarheid van de feitelijke macht is vereist voor het kunnen inroepen van een retentierecht jegens een posterieure derde. In een aantal arresten die betrekking hebben op onroerende zaken oordeelde hij dat een retentierecht alleen kan worden ingeroepen jegens een verkrijger van een (recht op een) zaak, indien deze derde de feitelijke machtsuitoefening kende. Zo overweegt de Hoge Raad in het arrest Deen/Van der Drift:[6]

4 In deze zin ook Fesevur 2017/20 die erop wijst dat het retentierecht "altijd" voorrang geeft boven een posterieur pand- of hypotheekrecht.

5 Heilbron 2017b, p. 264.

6 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*), r.o. 3.5.1. Zie ook HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn , *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*) en HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*).

> "Daarbij dient te worden opgemerkt dat, (…), een retentierecht op een onroerende zaak naar zijn aard niet kenbaar is uit de openbare registers en derhalve een bron van onzekerheid kan opleveren voor derden die deze registers met het oog op de rechtstoestand van de onroerende zaak hebben geraadpleegd. Met het oog daarop zal een zodanig retentierecht jegens een derde, die zijn recht op de zaak heeft verkregen nadat het retentierecht is ontstaan, slechts kunnen worden ingeroepen, als de schuldeiser op een ook voor een zodanige derde voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de betrokken zaak uitoefent. Bij de beoordeling of aan deze eis is voldaan, dient evenwel mede rekening te worden gehouden met hetgeen aan de derde omtrent het retentierecht bekend was toen hij het recht op grond waarvan hij de ontruiming van de zaak vordert, verkreeg. Zulks strookt met de regel van art. 3:24 lid 1, volgens welke ook op een niet ingeschreven feit, dat voor inschrijving vatbaar is, een beroep kan worden gedaan jegens een derde die dit feit bij de verkrijging van zijn recht kende."

De woorden laten er weinig twijfel over bestaan: een retentierecht op een onroerende zaak kan alleen worden ingeroepen tegen een derde die daarna een recht op de zaak verkrijgt, indien voor hem kenbaar is dat de schuldeiser de feitelijke macht over de zaak uitoefent. Daarbij dient mede rekening te worden gehouden met hetgeen de derde al wist omtrent het retentierecht toen hij het recht op de zaak verkreeg.

Hoewel de jurisprudentie alleen betrekking heeft op het retentierecht op onroerende zaken (de Hoge Raad spreekt expliciet van een "zodanig" retentierecht), meen ik dat de eis van kenbaarheid ook van toepassing is met betrekking tot het retentierecht op roerende zaken. Ook bij roerende zaken kan het voorkomen dat de zaak in de macht van een ander dan de vervreemder is. Die ander kan het houderschap krachtens een beperkt recht, een overeenkomst of een retentierecht hebben. Ook bij roerende zaken geldt dat als de verkrijger de machtsuitoefening door een ander niet kon kennen, het retentierecht niet tegen hem kan worden ingeroepen. Aangezien het gaat om een bepaling van goede trouw, moeten met betrekking tot de kenbaarheid van de machtsuitoefening van een ander alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Het is moeilijk om over de vereiste goede trouw algemene uitspraken te doen. Ik illustreer dat aan de hand van twee voorbeelden.

98. *Voorbeeld 1.* Een boot ligt in een stalling. Het kan zijn dat de vervreemder zelf toegang heeft tot de stalling. Maar het kan ook zijn dat de vervreemder daarvoor medewerking van de stalling nodig heeft. Het feit dat een boot in een stalling ligt, betekent dus niet per definitie dat de machtsuitoefening

door de stalling voor de verkrijger van die boot kenbaar is. Dit is anders, wanneer de vervreemder aan de verkrijger laat weten dat medewerking van de stalling nodig is om de boot uit zijn macht te krijgen.

99. *Voorbeeld 2.* De machtsuitoefening door de bewaarnemer over olie die is opgeslagen in zijn tanks zal in zijn algemeenheid kenbaar zijn voor de posterieure derde. Zonder de medewerking van het opslagbedrijf kan de olie niet worden uitgeleverd. Het eventuele retentierecht van het opslagbedrijf kan dus – in de regel – worden ingeroepen tegen de posterieure derde.

100. Ook in de parlementaire geschiedenis is terug te vinden dat bescherming voor de posterieure derde zit ingebakken in de derdenwerking van het retentierecht. De parlementaire geschiedenis laat zien dat het rechtvaardig is om het retentierecht in te roepen tegen een posterieure derde, omdat *het retentierecht* kenbaar zou zijn voor hem:

> "Bovendien zal de verkrijger praktisch altijd het retentierecht kunnen kennen vóór hij zijn recht verwerft, hetzij doordat hem blijkt dat de vervreemder de te verkrijgen zaak niet in handen heeft, hetzij bij registergoederen doordat het recht waaruit het retentierecht voortvloeit (opstal, erfpacht; zie de artikelen 5.7.1.12 lid 1 en 5.8.6 lid 3) ingeschreven zal zijn."[7]

De wetgever gaat er in bovenstaand citaat van uit dat de verkrijger *het retentierecht* kan kennen, indien de zaak niet in de macht van de vervreemder zelf is. Dat is wat onwerkelijk. Het zou betekenen dat bijvoorbeeld bij iedere levering door middel van het constitutum possessorium of longa manu, waarbij de vervreemder geen onmiddellijk bezitter is van de zaak die overgedragen wordt, de verkrijger bedacht zou kunnen zijn op een retentierecht. Omdat er, behalve een retentierecht, allerlei andere redenen kunnen zijn waarom de over te dragen zaak niet in de macht van de eigenaar/vervreemder is, is het echter niet waarschijnlijk dat de verkrijger het retentierecht 'praktisch altijd zal kunnen kennen'. Die redenen kunnen zowel goederenrechtelijk als persoonlijk van aard zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan een derde die de zaak houdt voor de vervreemder in de hoedanigheid van vuistpandhouder, vruchtgebruiker, koper onder eigendomsvoorbehoud, huurder, of bewaarnemer. Het bovenstaande citaat moet dan ook

7 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.

in ieder geval *niet* zo worden begrepen, dat kenbaarheid van het retentierecht vereist zou zijn, om het retentierecht te kunnen inroepen tegen de posterieure derde. Zou het *retentierecht* kenbaar moeten zijn om het te kunnen inroepen tegen de derde, dan zou vrijwel altijd sprake zijn van bescherming van de posterieure derde. In het vorige hoofdstuk kwam namelijk naar voren, dat het retentierecht zich niet op een andere manier uiterlijk manifesteert dan andere vormen van houderschap. Het retentierecht zal dan vrijwel niet meer kunnen worden ingeroepen tegen posterieure derden. Gelet op het streven van de wetgever om de retentor juist te beschermen tegen verlies van zijn recht door een simpele overdracht aan een derde, is deze uitleg in ieder geval niet juist. Het bovenstaande citaat uit de parlementaire geschiedenis moet aldus worden begrepen, dat niet *het retentierecht*, maar *de machtsuitoefening door de retentor* kenbaar dient te zijn, om het retentierecht te kunnen inroepen tegen de posterieure derde. Ondanks de wat ongelukkige formulering in de parlementaire geschiedenis, komt de gedachte van de wetgever naar voren dat het rechtvaardig is dat het retentierecht behouden blijft, indien de verkrijger van de teruggehouden zaak ervan kon weten. Indien de verkrijger van het recht op de zaak de machtsuitoefening kende of had kunnen kennen, had hij de keuze om in te stemmen met het verkrijgen van een zaak 'bezwaard' met retentierecht. Net als de jurisprudentie van de Hoge Raad, komt deze overweging van de wetgever neer op de bescherming van de goede trouw van de verkrijger.

101. Ten derde volgt uit het systeem van de wet, dat de derde die de machtsuitoefening door de retentor kende noch behoorde te kennen, het retentierecht niet tegengeworpen kan krijgen. Steeds als de zaak zich niet in de macht van de vervreemder bevindt, is dat reden voor enig onderzoek door de derde, ongeacht of de houder de zaak onder zich heeft krachtens huur, bruikleen of een vuistpandrecht. In hoeverre een derde-verkrijger gebonden is aan eerdere rechten van derden met betrekking tot de zaak, is afhankelijk van de vraag of we te maken hebben met een goederenrechtelijk, dan wel met een persoonlijk recht (dan wel een recht dat zich daartussen bevindt). Volgens Reehuis is sprake van een glijdende schaal.[8]

8 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/239.

Aan het ene eind van die schaal bevinden zich de goederenrechtelijke beperkte rechten. Voor een beperkt recht geldt het principe van zaaksgevolg.[9] Het beperkte recht volgt de zaak. Als de zaak wordt overgedragen verkrijgt de verkrijger de zaak bezwaard met het beperkte recht, tenzij een beroep op derdenbescherming opgaat.[10] Voor een beroep op derdenbescherming is vereist dat de derde te goeder trouw was. Het feit dat de zaak zich niet bevond bij de vervreemder is op zichzelf al reden tot twijfel en belet daarom de aanwezigheid van goede trouw, indien geen onderzoek wordt verricht.[11] De derde moet er rekening mee houden dat de partij in wiens macht de zaak zich bevindt een zeker recht kan doen gelden op de zaak. Dit is een uitvloeisel van het publiciteitsbeginsel. Dat brengt mee dat goederenrechtelijke rechten kenbaar moeten zijn voor derden, omdat de betreffende rechten derdenwerking hebben.[12] Derden die geraakt worden door goederenrechtelijke rechten, moeten hun handelen daarop kunnen afstemmen en publiciteit is een middel om het recht te openbaren.[13]

Aan het andere einde van de schaal bevinden zich persoonlijke rechten, zoals bruikleen. Het voortijdig opeisen van een zaak die in bruikleen is gegeven door de nieuwe eigenaar is onder omstandigheden onrechtmatig.[14] Het retentierecht zou zich als hybride rechtsfiguur ergens tussen deze twee uitersten moeten bevinden. De verkrijger van een zaak die zich onder een retentor bevindt zal zich net zoals een verkrijger van een zaak die zich onder een beperkt gerechtigde bevindt, kunnen afvragen in welke

9 Het gegeven dat beperkte rechten zaaksgevolg hebben, is te herleiden tot het adagium 'nemo plus': de vervreemder kan niet meer overdragen dan hij heeft. Hij heeft een recht dat is bezwaard met een beperkt recht, en kan dus alleen nog beschikken over een met het beperkte recht bezwaard recht.

10 Art. 3:86 lid 2 BW.

11 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/239.

12 Snijders & Rank-Berenschot 2017/80, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/33 en daarvóór ook Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006/302. Zie over publiciteit ook Struycken 2007, p. 792-793 en Kaptein 2016, p. 14. Zie ook Hamwijk 2014, p. 35-52, die naast deze 'dogmatische benadering' van publiciteit nog een tweede redenering onderscheidt in het denken over publiciteit. Die houdt in dat als de in zekerheid gegeven goederen nog bij de schuldenaar zouden verblijven, zij de schijn zouden kunnen wekken dat hij er (onbezwaard) eigenaar van is (*false appearance of wealth*), zie t.a.p., p. 37.

13 Uit onder meer de openbare registers en de registers voor faillissementen en curatele, blijkt inderdaad dat publiciteit van belang is voor partijen die (potentieel) een rechtsverhouding aangaan met een persoon, zie Struycken 2007, p. 792-793. Vgl. Tweehuysen 2016/125 met betrekking tot de publiciteit die uitgaat van de openbare registers voor het hypotheekrecht.

14 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/239.

verhouding de onmiddellijk houder tot de zaak staat. Als de zaak zich niet in de macht van de vervreemder bevindt, heeft de verkrijger in beginsel reden om te twijfelen aan de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, ongeacht de precieze aard van de aanspraak van de onmiddellijk houder met betrekking tot de zaak.

Toch is bij alle houderschapsfiguren een zekere bescherming voor de verkrijger ingebouwd. Een verkrijger van een zaak is in principe niet gebonden aan de verbintenisrechtelijke afspraken die de houder met zijn rechtsvoorganger had. Bij de beperkte rechten op roerende zaken zit de bescherming in art. 3:86 lid 2 BW, dat bepaalt dat de verkrijger van een met beperkt recht bezwaarde zaak de zaak onbezwaard verkrijgt, indien hij het recht kende noch behoorde te kennen. Dit is in zekere zin de spiegelzijde van het publiciteitsbeginsel: de derde voor wie het recht *niet* kenbaar was, maar wel gebonden zou kunnen raken door de goederenrechtelijke aard, hoort te worden beschermd.[15] Een letterlijke lezing van art. 3:291 lid 1 BW zou betekenen dat het retentierecht zonder meer blijft bestaan wanneer de zaak overgaat aan een derde. Het is mijns inziens echter onaanvaardbaar als er zowel bij het houderschap dat is gegrond in een goederenrechtelijke verhouding, als in een verbintenisrechtelijke verhouding, op een zekere manier tegemoet wordt gekomen aan het belang van de derde te goeder trouw, terwijl dat bij het retentierecht geheel niet aan de orde is. Ook vanuit wetssystematisch oogpunt geldt kortom dat een verkrijger van een recht op een geretineerde zaak een zekere bescherming verdient, indien hij de machtsuitoefening niet kende, noch hoefde te kennen.

102. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad, de wetsgeschiedenis en de wetssystematiek, moet art. 3:291 lid 1 BW naar mijn mening dan ook zo worden geïnterpreteerd, dat als de verkrijger van een recht op de teruggehouden zaak de machtsuitoefening door de retentor niet

15 Hamwijk stelt daarentegen terecht vast dat de feitelijke macht die een persoon over een zaak heeft geen kwalitatieve informatie bevat, zie Hamwijk 2014, p. 42-43, Hamwijk 2011, p. 136. Deze op zichzelf juiste constatering betekent echter niet dat er geen bescherming is voor een derde. Bij iedere vorm van derdenwerking gaat het om een bepaalde gewekte schijn, waartegen de derde die daarop af mocht gaan wordt beschermd, aldus ook Hamwijk 2011, p. 137. Die bescherming is er júist vanwege het feit dat de werkelijke kwalitatieve informatie voor de derde ontbreekt.

kende, noch behoorde te kennen, hij de zaak verkrijgt zonder dat de retentor aan hem de afgifte kan weigeren. Door middel van een goede trouwtoets komt het risico van het mededelen of anderszins kenbaar maken van het retentierecht te liggen waar het het meest rechtvaardig is: bij de wederpartij van de retentor en bij de retentor zelf.

Indien de vervreemder/wederpartij van de retentor geen mededeling doet van het retentierecht, is sprake van een tekortkoming.[16] Gelet op hetgeen al is vastgesteld aangaande de kenbaarheid van het opschortingsrecht voor de schuldenaar zelf,[17] zal hij van het retentierecht op de hoogte zijn (of hij behoort dit te zijn en ook dan mag het niet-weten voor zijn risico komen).

103. Nu is vastgesteld dat art. 3:291 lid 1 BW een goede trouw-bepaling is, is nog van belang *welke* kennis van de derde een rol speelt bij het bepalen of de machtsuitoefening voor hem kenbaar was. Uiteraard gaat het om een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Er geldt een geobjectiveerde maatstaf: niet alleen de subjectieve kennis van de posterieure derde omtrent de machtsuitoefening speelt een rol, maar ook hetgeen hij had kunnen weten. Art. 3:11 BW is van toepassing.

In het arrest Deen/Van der Drift overwoog de Hoge Raad, dat de kennis van de derde omtrent *het retentierecht* mede een rol speelt bij de beoordeling, of de machtsuitoefening voor de derde kenbaar was. Volgens de Hoge Raad strookt dit met art. 3:24 BW. Het is niet direct duidelijk waarom de kennis van de posterieure derde over het retentierecht een rol speelt bij de kenbaarheid van de machtsuitoefening. De machtsuitoefening is immers voornamelijk een feitelijke aangelegenheid. Dat volgt mede uit art. 3:108 BW, dat bepaalt dat de vraag of iemand bezitter of houder is, onder meer wordt beoordeeld op grond van de verkeersopvatting met inachtneming van *de uiterlijke feiten*. De kennis van de derde omtrent het retentierecht is dan ook hoogstens een aanleiding voor verder onderzoek.[18] Het is mijns inziens niet zo, dat het feit dat het woord 'retentierecht' wel eens is gevallen, meebrengt dat de feitelijke machtsuitoefening

16 Ingevolge art. 7:15 BW is de vervreemder verplicht om de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen. Het retentierecht moet worden gezien als een bijzondere last; zie Biemans 2009b, p. 158 en verder par. 5.2.4.

17 Zie par. 3.4.2. De kenbaarheid van het retentierecht zelf voor de wederpartij van de retentor moet dus worden onderscheiden van de kenbaarheid van de machtsuitoefening voor een posterieure derde, waar ik in deze paragraaf over spreek.

18 Zie ook par. 3.3.3.7 over de kennisgeving door middel van inschrijving van het retentierecht in de openbare registers.

kenbaar is voor de posterieure derde. Nog altijd moet de feitelijke macht zélf kenbaar zijn. De retentor doet er dus goed aan om op een uiterlijk zichtbare manier de feitelijke macht uit te (blijven) oefenen. In de bouwpraktijk geschiedt de kennisgeving bijvoorbeeld door borden te bevestigen waarop het retentierecht aan de buitenwereld wordt medegedeeld. Welbeschouwd is met het ophangen van een bord met daarop een mededeling van het retentierecht nog niet gezegd dat de zaak ook in de macht van de retentor is. Wellicht is de praktijk met de borden zo gegroeid, omdat de bouwpraktijk in de arresten van de Hoge Raad (en in de parlementaire geschiedenis) heeft gelezen dat niet de feitelijke machtsuitoefening, maar het retentierecht kenbaar dient te zijn voor het inroepen van het retentierecht jegens posterieure derden. Gelet op de overweging van de Hoge Raad, dat de kennis van de derde omtrent *het retentierecht* meespeelt bij de beoordeling of de feitelijke macht voor de derde kenbaar was, verbaast dit niet.

De reden voor de parallel met art. 3:24 BW, die de Hoge Raad trekt, is niet direct duidelijk. Volgens art. 3:24 BW kunnen niet ingeschreven feiten toch aan de verkrijger van een registergoed worden tegengeworpen, indien hij ze *kende* (niet: behoorde te kennen). Het lijkt erop dat het feit dat de door de Hoge Raad getrokken parallel met art. 3:24 BW betekent, dat rekening moet worden gehouden met de (subjectieve) kennis van de derde. Een andere verklaring voor het aanhalen van art. 3:24 BW, is dat de gedachte achter de derdenbescherming van art. 3:24 BW ook speelt bij de kenbaarheid in het kader van het retentierecht. Art. 3:24 BW beschermt de derde mede, omdat de vervreemder ervoor had kunnen zorgen dat de registers de correcte informatie bevatten. Datzelfde geldt voor het retentierecht: het ligt in de risicosfeer van de retentor om ervoor te zorgen dat hij zijn machtsuitoefening voldoende kenbaar maakt. Doet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat het niet kan worden ingeroepen tegen een derde. In de latere arresten Winters/Kantoor van de Toekomst en Rabobank/Fleuren over het retentierecht op onroerende zaken wordt het oordeel dat de machtsuitoefening kenbaar moet zijn overigens wél, maar worden de overwegingen dat daarbij de kennis van de verkrijger omtrent het retentierecht meespeelt en de parallel met art. 3:24 BW níet herhaald.

104. De conclusie is dat volgens de parlementaire geschiedenis, de rechtspraak van de Hoge Raad (met betrekking tot het retentierecht op onroerende zaken) de rechtvaardiging van het inroepen van het retentierecht tegen de posterieure derde is, dat deze het retentierecht kan kennen

doordat de zaak niet in de macht van zijn wederpartij is. De derde te goeder trouw wordt beschermd tegen het retentierecht. De eis van kenbaarheid van de machtsuitoefening ligt derhalve besloten in art. 3:291 lid 1 BW.

4.3 Achtergrond en werking van art. 3:291 lid 2 BW

4.3.1 Inleiding

105. Art. 3:291 lid 2 BW regelt de werking van het retentierecht jegens anterieure derden. Art. 3:291 lid 2 BW onderscheidt twee alternatieve criteria waaronder het retentierecht tegen een ouder gerechtigde kan worden ingeroepen: ofwel de schuldenaar was bevoegd om de overeenkomst met de retentor te sluiten óf de retentor hoefde niet te twijfelen aan die bevoegdheid van de schuldenaar.

De vraag of het retentierecht kon worden ingeroepen tegen anterieure derden is van oudsher veel meer omstreden dan de werking tegen posterieure derden.[19] Dit blijkt ook uit de vergelijkbare figuren in Duitsland. Het Duitse recht staat bijvoorbeeld wel de werking van het HGB-retentierecht jegens posterieure derden toe, maar niet jegens anterieure derden en de verkrijging van een wettelijk pandrecht van een onbevoegde

19 Het arrest inzake de Dordtse Autogarage, HR 16 maart 1933, *NJ* 1933/790 m.nt. E.M. Meijers, maakt de toenmalige opvatting van de Hoge Raad duidelijk ten aanzien van de vraag of het retentierecht ook kon worden ingeroepen tegen een ouder gerechtigde eigenaar. De casus is zowel eenvoudig als illustratief voor het standaardgeval. De Credietmaatschappij gaf twee auto's in huurkoop aan Van Pelt. Van Pelt gaf deze auto's in reparatie aan de Dordtse Autogarage. Van Pelt betaalde de Dordtse Autogarage niet. Van Pelt betaalde evenmin de huurkooptermijnen. De huurkoopovereenkomst werd daarop ontbonden en de Credietmaatschappij vorderde afgifte van de auto's; de garage beriep zich op een retentierecht (van art. 1652 BW-oud, dat betrof het retentierecht van de aannemer van werk). De Hoge Raad besliste dat het retentierecht niet kon worden tegengeworpen aan de Credietmaatschappij. Het kon, als een uit de aannemingsovereenkomst voortspruitend recht alleen worden ingeroepen tegen Van Pelt. Een dergelijk persoonlijk recht kan volgens de Hoge Raad alleen werking tegenover derden hebben indien daarvoor steun is in de wet. Nadien (bij wet van 23 april 1936, S.202, zie Heyning-Plate 1969, p. 207) is overigens met de regeling van huurkoop art. 1576o BW-oud ingevoerd, dat bepaalde dat het retentierecht ook werking heeft tegen de huurverkoper als de retentor zijn wederpartij (de huurkoper) voor eigenaar mocht houden. Art. 1576o (oud) BW is vervallen bij de invoering van het BW in 1992. Zie Fesevur 1992, p. 155-156 voor een weergave van de (positieve en negatieve) kritiek op het arrest.

is hoogst omstreden.[20] Het feit dat het retentierecht kan worden ingeroepen tegen een rechthebbende, die reeds een recht op de zaak had, behoeft (kennelijk) meer rechtvaardiging dan de werking jegens een posterieure derde. Iemand die een recht op een zaak verkrijgt, ongeacht of dit nu een gebruiksrecht, een pandrecht of een eigendomsrecht is, gaat ervan uit dat dit ongestoord zal kunnen worden uitgeoefend. De anterieur gerechtigde heeft het ontstaan van het retentierecht niet ingecalculeerd, en wordt tegen wil en dank geconfronteerd met iemands anders niet-nakoming.

In paragraaf 4.3.2 ga ik in op de totstandkoming van art. 3:291 lid 2 BW. Bij de daaropvolgende behandeling van de twee criteria voor derdenwerking jegens anterieuren, volg ik de structuur van de wet. Ik ga in paragraaf 4.3.3 in op het vereiste van de bevoegdheid van de schuldenaar en in paragraaf 4.3.4 op het daaraan 'niet hoeven twijfelen' van de retentor. Gemakshalve ga ik in deze paragraaf in de regel uit van een anterieure eigenaar, maar het kan ook gaan om een anterieur beperkt recht, of een ander anterieur recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW.[21] In deze paragraaf houd ik het zo algemeen mogelijk; ik ga niet in op de specifieke rechtsverhouding tussen de ouder gerechtigde en de schuldenaar. Eén geval krijgt in hoofdstuk 5 specifieke aandacht in verband met het feit dat een retentierecht ook mogelijk is op onroerende zaken, namelijk de verhouding hypotheekhouder-hypotheekgever.[22]

4.3.2 De totstandkoming van art. 3:291 lid 2 BW

106. De totstandkoming van lid 2 van art. 3:291 BW is turbulenter dan die van lid 1 van hetzelfde artikel. De inspiratie voor de derdenwerking van het retentierecht kwam van het retentierecht van de bezitter (art. 3:120 BW) en de overeenkomstige toepassing daarvan op de houder in art. 3:124 BW. Maar men vond de bescherming van de retentor tegen een oudere derde via die route te beperkt.[23] Het oorspronkelijke regeringsontwerp van art. 3:291 lid 2 BW luidde als volgt:

> "Spruit zijn vordering voort uit een overeenkomst tot bearbeiding, bewaarneming of vervoer van de zaak of betreft zijn vordering hetgeen hij als hotelhouder heeft te vorderen van de gast die de zaak in zijn hotel bracht, dan kan de schuldeiser het retentierecht ook uitoefenen tegen een derde die een ouder recht

20 Zie par. 2.2.6.
21 Zie par. 4.4.4 over de kwalificatie als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW.
22 Zie met name par. 5.4.3.
23 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.

> op de zaak heeft of daarop reeds beslag had gelegd, tenzij hij op het tijdstip dat de zaak ter uitvoering van de overeenkomst in zijn macht werd gebracht, wist of behoorde te weten dat de bevoegdheid daartoe jegens de derde ontbrak."[24] (mijn onderstreping)

De regering was van mening dat derdenwerking van het retentierecht tegen een ouder gerechtigde beperkt moest blijven tot een aantal specifieke overeenkomsten.[25] Dit was al een iets meer ruimhartige bepaling dan die van art. 3:124 BW. De regering stelt dat door de benoeming van de typen overeenkomsten "een voor de praktijk duidelijke begrenzing" wordt verkregen van de vorderingen waarvoor het retentierecht tegen een ouder gerechtigde kan worden ingeroepen.[26] Vervolgens geeft zij een aantal argumenten voor de regel inhoudend dat bedoeld retentierecht in te roepen is jegens de ouder gerechtigde. Volgens de memorie van antwoord wordt op deze manier de meest juiste afweging getroffen van de belangen die in het spel zijn. De memorie stelt dat dergelijke overeenkomsten met de schuldeiser in de regel ten behoeve van de zaak worden gesloten en niet zelden tot behoud van waarde of zelfs waardevermeerdering leiden.[27] Ten tweede wordt aangevoerd dat de retentor in de positie verkeert dat hij niet of niet makkelijk op het overige vermogen van de schuldenaar verhaal kan nemen. Ten derde wordt gesteld dat de retentor niet de gelegenheid zal hebben om zich te verdiepen in de vraag of zijn wederpartij wel eigenaar is van de zaak of bevoegd was tot het sluiten van de overeenkomst. Men vond deze argumenten kennelijk overtuigend voor de bearbeider, bewaarnemer, vervoerder en hotelhouder. Naar aanleiding van een artikel van Heyning-Plate[28] zijn in de uiteindelijke redactie van het artikellid de benoemde typen

---

24 Kamerstukken II 1970/71, nr. 3770, ondernummer 8, p. 53. Te raadplegen via www.statengeneraaldigitaal.nl.

25 Ook uit Parl. Gesch. Boek 3, p. 887 blijkt dat hier een limitatieve opsomming van het type overeenkomsten is bedoeld.

26 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884.

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884. Kennelijk gaat de wetgever ervan uit dat overeenkomsten van bearbeiding, bewaarneming (al of niet door de hotelhouder) en vervoer in de regel ten behoeve van de zaak worden gesloten. De vraag is of hieruit a contrario kan worden geredeneerd dat andere overeenkomsten niet in de regel ten behoeve van de zaak worden gesloten. Indien de wetgever dat inderdaad meende, lijkt het mij geen overtuigende stellingname. Immers, ook bijvoorbeeld een overeenkomst van bruikleen, huur, of een overeenkomst van opdracht kan gesloten worden 'ten behoeve van de zaak'.

28 Heyning-Plate 1972, p. 149 schrijft onder meer het volgende: "Welke waarde heeft bij openbare verkoop de bagage van een reiziger? Wie ooit getracht heeft kleren te verkopen, weet dat men daaromtrent niet te hoog gespannen verwachtingen moet koesteren." Zie ook Heyning-Plate 1969, p. 220.

overeenkomsten losgelaten en is gekozen voor een algemene formulering. Derdenwerking jegens anterieure derden is dus voor *elke* overeenkomst waaruit een retentierecht voortvloeit mogelijk. Het is dan ook de vraag of de bovenstaande argumenten voor derdenwerking nog onverkort gelden. In de nota van wijziging wordt de algemene maatstaf in de eerste plaats negatief toegelicht: er is geen reden om de schuldeiser het retentierecht jegens de oudere derde niet toe te staan, indien de schuldenaar bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan, of de schuldeiser zich redelijkerwijs niet in de bevoegdheid hoefde te verdiepen omdat de overeenkomst in overeenstemming met een normale exploitatie van de zaak was. Vervolgens wordt nader ingegaan in op de gekozen maatstaf:

> "Deze gedachte doet enerzijds recht wedervaren aan de belangen van de schuldeiser van wie veelal geen onderzoek omtrent de bevoegdheid van zijn contractuele wederpartij kan worden gevergd, zolang haar opdracht de grenzen niet te buiten gaat van wat men van een eigenaar van de zaak in het algemeen mag verwachten. Anderzijds komt zij ook tegemoet aan het belang van alle eigenaren van zaken gezamenlijk dat overeenkomsten van de hier bedoelde aard door de opdrachtnemer vlot en zonder risico kunnen worden gesloten."[29]

De eis dat ook daadwerkelijk waarde is toegevoegd of waardevermindering is voorkomen wordt bewust niet gesteld in de wet, omdat het te ver zou gaan om van de schuldeiser in het afzonderlijke geval daarvan bewijs te verlangen.[30]

107. De argumentatie in de parlementaire geschiedenis komt er samengevat op neer dat het retentierecht ook tegenwerpelijk is aan anterieure rechthebbenden omdat de overeenkomst doorgaans in het belang van de zaak is. Tegelijkertijd kan van de retentor geen uitgebreid onderzoek naar de hoedanigheid van zijn wederpartij worden gevergd. Tussen de regels leest men eveneens het motief van bescherming van de schuldeiser die niet in de positie was om een zekerheidsrecht te bedingen.

In een individueel geval is op de argumentatie van de wetgever wel wat af te dingen. Niet iedere overeenkomst is in het belang van de eigenaar van de zaak (de huurder die een buitensporig dure reparatie laat uitvoeren), niet iedere retentor heeft weinig mogelijkheid om zich op een

29 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887.
30 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887.

andere manier te verhalen (de vervoerder heeft mogelijk naast het retentierecht een vuistpandrecht op grond van de algemene voorwaarden) en het is in zijn algemeenheid moeilijk vol te houden dat van een retentor geen onderzoek naar de bevoegdheid van zijn opdrachtgever kan worden gevergd (dit onderzoek hoeft niet groot te zijn, art. 3:11 BW is van toepassing). Toch ben ik van mening dat afgezet tegen het alternatief – geen werking jegens anterieure derden – de door de wetgever gekozen oplossing de voorkeur heeft. Wanneer men een retentierecht tegen de schuldenaar zelf toestaat, is het consequent om hem dit te laten behouden wanneer zich achter die schuldenaar nog een derde-gerechtigde bleek te bevinden waarvan de retentor zich niet bewust hoefde te zijn. In de volgende paragrafen laat ik bovendien zien, dat de derdenwerking van het retentierecht tegen ouder gerechtigden systematisch goed past in ons vermogensrecht.

4.3.3 De bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst met de retentor te sluiten

4.3.3.1 De rechtsverhouding tussen de derde en de schuldenaar is bepalend

108. In de eerste plaats kan het retentierecht tegen de anterieure derde worden ingeroepen, als de schuldenaar in zijn verhouding tot de anterieure derde bevoegd was om de overeenkomst met de retentor aan te gaan. De vraag óf de schuldenaar hiertoe bevoegd was, moet worden beoordeeld door middel van uitleg van de rechtsverhouding tussen de anterieure derde en de schuldenaar.[31] Een algemeen beoordelingskader is voor de bevoegdheid niet te geven, of het wordt zó algemeen dat het weinig zeggingskracht heeft. Illustratief is wat Du Perron schrijft: "Tenzij er aanwijzingen zijn in andere zin, zullen we daarbij moeten aannemen dat T bevoegd is de rechtshandelingen te verrichten die voor iemand in zijn positie *normaal* zijn. Het komt daarbij vooral aan op de aard van de rechtshandeling waarbij E de zaak in handen van T heeft gesteld."[32] (mijn cursivering). Dit correspondeert

31 Hoe de rechtsverhouding moet worden uitgelegd, blijft hier buiten beschouwing. Zie voor het specifieke geval van de rechtsverhouding tussen hypotheekhouder en hypotheekgever par. 5.4.3.3.

32 Du Perron 1999, p. 324, paragraaf nr. 376. Volgens Du Perron is art. 7A:1781 BW een voorbeeld van een bepaling van aanvullend recht waaruit hetzelfde blijkt: de bruiklener is gehouden als een goed huisvader voor de bewaring en het behoud van de geleende zaak te zorgen.

met de parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 BW, die ervan uitgaat dat de schuldenaar tot het sluiten van de overeenkomst bevoegd was, indien de overeenkomst in overeenstemming met de 'normale exploitatie van de zaak' is.[33] Wanneer de schuldenaar bevoegd was en we te maken hebben met het eerste criterium van art. 3:291 lid 2 BW, is de wetenschap van de retentor hierover volstrekt irrelevant. [34] Of de retentor er nu van uitging dat zijn wederpartij bevoegd was, of niet – of misschien was hij zich geheel niet bewust van het bestaan van een anterieure derde – kan op geen enkele manier de derdenwerking van het retentierecht beïnvloeden. Het al of niet bevoegd zijn van de schuldenaar speelt zich uitsluitend af in de verhouding tussen de anterieure derde en de schuldenaar.

4.3.3.2 Derdenwerking op basis van bevoegd handelen

109. Een andere vraag is, waaróm het feit dat de schuldenaar bevoegd was tot het aangaan van de overeenkomst, meebrengt dat het retentierecht tegen de anterieure kan worden ingeroepen. Daarvoor zijn inhoudelijke en wetssystematische argumenten te geven. De anterieure eigenaar is (uiteraard) bevoegd om zelf overeenkomsten aan te gaan met betrekking tot zijn zaak. Deze bevoegdheid kan hij ook toedelen aan een ander, zodat die ander bevoegd is om te 'beschikken' over het recht van de eigenaar.[35] De mogelijkheid om een ander te 'machtigen' is terug te voeren op het autonomiebeginsel en (vanuit het perspectief van de retentor) het vertrouwensbeginsel.[36] Door de toedeling aan een ander van de bevoegdheid om overeenkomsten met betrekking tot zijn recht te sluiten, aanvaardt de eigenaar de gevolgen van die overeenkomsten.

We vinden het alleszins redelijk dat de retentor niet hoeft af te geven aan zijn eigen wederpartij als die niet nakomt. Het bestaan van het retentierecht sec (jegens de schuldenaar) is vrijwel onomstreden. Er is vervolgens geen reden om de retentor zijn terughoudingsbevoegdheid te ontzeggen, wanneer zijn schuldenaar jegens de ouder gerechtigde bevoegdelijk de

33 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884.
34 Aarts 1990, p. 201.
35 Beschikken staat in deze zin tussen aanhalingstekens, omdat het uiteraard niet gaat om bevoegd beschikken zoals in art. 3:84 BW dat gebruikt in het kader van overdracht. Met betrekking tot beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 BW heeft de Hoge Raad de mogelijkheid voor contractuele beschikkingsbevoegdheid in het arrest Mesdag II expliciet aanvaard, zie HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88 (*Mesdag II*).
36 Du Perron 1999, p. 329.

overeenkomst met de retentor was aangegaan. Er is dan op het punt van de niet-afgifte geen verschil tussen het aangaan van de overeenkomst door de eigenaar zelf en door de schuldenaar. De gevolgen van een bevoegd gesloten overeenkomst mogen worden toegerekend aan de ouder gerechtigde.

110. We zien de derdenwerking van overeenkomsten op basis van de bevoegdheidsverlening terug bij verschillende andere figuren. Een goede parallel biedt de derdenwerking van exoneratieclausules.[37] De wet kent geen algemene bepalingen over de doorwerking van exoneratieclausules jegens derden. Op een aantal plaatsen in de wet zijn bepalingen met deze inhoud wel te vinden. Genoemd kan in de eerste plaats worden art. 6:257 BW, de blokkering van de paardensprong. Het geeft de ondergeschikte hulppersoon de mogelijkheid om zich jegens de derde die hem aanspreekt te beroepen op een verweermiddel in de overeenkomst tussen de derde en diens wederpartij. Ten tweede bevat art. 7:608 BW verschillende vormen van derdenwerking van exoneratieclausules bij bewaarnemingsovereenkomsten.[38] Ten derde bevat het vervoerrecht verschillende bepalingen (art. 8:70 en 8:71 BW voor de expediteur en 8:363 en 8:364 BW, d.m.v. de schakelbepalingen van art. 8:31, 8:91, 8:116, 8:880 en 8:1081 BW van toepassing op de verschillende vervoerders).

Het leerstuk van de derdenwerking van exoneratieclausules is daarnaast in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot ontwikkeling gekomen. In het Gegaste uien-arrest zette de Hoge Raad een eerste stap in de rechtsontwikkeling op het gebied van derdenwerking van contractuele verhoudingen.[39] In dit arrest aanvaardde de Hoge Raad de werking van de

---

37 De parallel tussen de derdenwerking van exoneratieclausules en die van het retentierecht legden ook al Drion 1957, p. 257-258, Aubel 1972, nr. 138 en Pitlo/Brahn 1980, p. 206. Anders: Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 3-I 1985/517. Beekhuis meent dat de kwestie van de derdenbedingen een geheel op zichzelf staand vraagstuk is, naast de derdenwerking van het retentierecht.

38 Art. 7:608 lid 1 BW bepaalt dat de onderbewaarnemer zich jegens de derde die hem buiten overeenkomst aanspreekt op de exoneratieclausule die de bewaargever jegens die derde heeft, kan beroepen (werking ten gunste van de derde (de derde is in casu de onderbewaarnemer)). Art. 7:608 lid 2 en lid 3 bepalen dat de bewaarnemer, resp. onderbewaarnemer zich jegens een derde ook op de exoneratieclausule die geldt tussen henzelf en hun wederpartij kunnen beroepen (werking ten laste van een derde (de derde is in casu de gelaedeerde)).

39 HR 7 maart 1969, *NJ* 1969/249 (*Noordermeer/Gemeente Rotterdam* ('*Gegaste uien*')). Zie over dit arrest Kortmann 1977, p. 101-111. Het Gegaste uien-arrest is het eerste in een reeks jurisprudentie van de Hoge Raad over de derdenwerking van exoneratieclausules: HR 12 januari 1979, *NJ* 1979/362 (*Securicor*); HR 20 juni 1986, *NJ* 1987/35 (*Deka-Hanno/Citronas*); HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/40 (*Vojvodina/ECT*); HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4429, *NJ* 2000/553 (*Sungreen*).

exoneratieclausule in de overeenkomst tussen Roteb en De Klerk tegenover Noordermeer als derde. Volgens Du Perron is er geen bezwaar om deze regel uit het Gegaste uien-arrest tot een algemene te verheffen. Dat komt doordat het vertrouwen van Roteb waar de Hoge Raad in dit arrest op doelt, niet gestoeld is op gewekte rechtsschijn, maar op de werkelijkheid.[40] Noordermeer had immers daadwerkelijk aan De Klerk de bevoegdheid gegeven om ten aanzien van haar uien met de Roteb te contracteren. Hetzelfde geldt voor het retentierecht, wanneer de schuldenaar bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan. De derde laat dan – om in termen van Gegaste uien te spreken – 'de vrije hand' aan de schuldenaar. De retentor wordt dan terecht beschermd in het vertrouwen dat hij zijn retentierecht niet verliest aan deze derde. Ook middellijke vertegenwoordiging is tot op zekere hoogte een vergelijkbare figuur. Van middellijke vertegenwoordiging is sprake, indien iemand krachtens bevoegdheid een rechtshandeling verricht in eigen naam, voor rekening van een ander.[41] Anders dan bij middellijke vertegenwoordiging, handelt de schuldenaar die met de 'retentor' een overeenkomst sluit nu juist niet voor rekening van de eigenaar. Maar de werking van het retentierecht jegens de ouder gerechtigde volgt een vergelijkbaar stramien als het toerekenen van de rechtsgevolgen van de middellijke vertegenwoordiging aan de principaal. Voor het toerekenen van de rechtsgevolgen van middellijke vertegenwoordiging is in de eerste plaats vereist dat de middellijk vertegenwoordiger *bevoegd is* voor rekening van de principaal te handelen (en daarnaast dat de middellijk vertegenwoordiger ook in de hoedanigheid van middellijk vertegenwoordiger handelde).[42] Zoals de middellijk vertegenwoordiger de principaal bindt wanneer hij bevoegd en in hoedanigheid handelt, bindt de schuldenaar de ouder gerechtigde aan de rechtsgevolgen van de door hem gesloten overeenkomst. Wordt een retentierecht ingeroepen jegens de wederpartij, dan is ook de ouder gerechtigde hieraan gebonden.

Deze jurisprudentie van de Hoge Raad is volgens Kortmann dermate casuïstisch, dat het moeilijk is om uit het geheel algemene criteria voor de derdenwerking van overeenkomsten uit de destilleren. Hij doet niettemin een poging, zie Kortmann 2000, p. 246 en Asser/Kortmann 3-III 2017/123. Zie ook Du Perron 1999, p. 367.

40 Du Perron 1999, p. 327-328.

41 Asser/Kortmann 3-III 2017/123.

42 Asser/Kortmann 3-III 2017/103. Vgl. art. 7:414 BW ten aanzien van lastgeving.

4.3.3.3 De vorm van de bevoegdheid

111. De vrijheid om overeenkomsten aan te gaan is niet beperkt tot de eigen zaken. Het beginsel van partijautonomie in het contractenrecht brengt mee dat eenieder vrij is om binnen de grenzen van de wet, openbare orde en goede zeden overeenkomsten te sluiten. De bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst aan te gaan hoeft niet expliciet door de ouder gerechtigde aan hem te zijn toebedeeld. Het al of niet bestaan van een bevoegdheid van de schuldenaar jegens de ouder gerechtigde tot het aangaan van de overeenkomst kan zich manifesteren op verschillende manieren. Er kan sprake zijn van een uitdrukkelijk of stilzwijgend verbod, of een uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming tot het aangaan van de overeenkomst. Het is in ieder geval niet zo dat de schuldenaar per definitie alleen bevoegd is, indien hij *toestemming* heeft van de ouder gerechtigde.[43]

4.3.3.4 Het object van de bevoegdheid

112. De bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst aan te gaan moet worden onderscheiden van de beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 BW, of het wegvallen daarvan als gevolg van de faillietverklaring (art. 23 Fw). In art. 3:291 lid 2 BW gaat over een bevoegdheid tot beschikken in verbintenisrechtelijke zin, namelijk om een overeenkomst aan te gaan.[44] Bij art. 3:84 BW (en art. 23 Fw) heeft de onbevoegdheid betrekking op de relatie tussen de persoon en het goed. Bij art. 3:291 lid 2 BW daarentegen, gaat het om de bevoegdheid van de schuldenaar jegens een bepaalde andere (rechts)persoon; namelijk de anterieure derde. Dit is niet anders wanneer de bevoegdheid voortvloeit uit een goederenrechtelijke rechtsverhouding, zoals tussen hypotheekhouder en hypotheekgever of bloot-eigenaar en erfpachter.

113. Anders dan het artikel in het oorspronkelijke regeringsontwerp voor art. 3:291 lid 2 BW bepaalde,[45] is de aard van de (al of niet bevoegd aangegane) overeenkomst niet nader aangeduid in de wet. Het kan goed zijn

---

43 Anders, maar daarbij kan een rol spelen dat de zaak is gewezen onder het oude recht, Rb. Haarlem (pres.), 10 oktober 1986, *KG* 1986/475.

44 Anders Groefsema 1993, p. 26-27, die meent dat er in ons recht geen onderscheid is tussen goederenrechelijke en verbintenisrechtelijke beschikkingsbevoegdheid. De Rechtbank Rotterdam miskent dit onderscheid in haar vonnis van 16 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2503, r.o. 4.4.

45 Zie par. 4.3.2.

dat de ene overeenkomst wél, maar de andere overeenkomst niet mag worden gesloten. Dat kan worden geïllustreerd aan de hand van leaseovereenkomsten en het erfpachtrecht. In veel leasevoorwaarden is een beperking te vinden om de zaak aan derden in gebruik te geven.[46] Tot het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot onderhoud zal een lessee in veel gevallen daarentegen wél bevoegd – zo niet verplicht -[47] zijn, zij het dat ook in dat geval de bevoegdheid aan banden kan worden gelegd bijvoorbeeld door het aan toestemming te onderwerpen of te bepalen dat het onderhoud bij bepaalde dienstverleners moet plaatsvinden.[48]

Een erfpachter heeft als beperkt gerechtigde vergaande bevoegdheden met betrekking tot een onroerende zaak van een ander. Hij is op grond van art. 5:85 lid 1 BW bevoegd om eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken en heeft daarbij – tenzij in de akte van vestiging van de erfpacht anders bepaald is – dezelfde bevoegdheden als de

46 Bijvoorbeeld ING Direct Lease voorwaarden versie 2.6: '23.4. Lessee mag het Bedrijfsmiddel niet geheel of gedeeltelijk verhuren, in onderhuur geven of op een andere manier aan iemand in (mede)gebruik geven, behalve wanneer ING Lease daar vooraf schriftelijk toestemming voor heeft gegeven.' (te raadplegen via https://www.inglease.nl/nl/over-ing-lease/algemene-bepalingen, laatst geraadpleegd november 2018), Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen van de Rabobank versie 2017, Hoofdstuk 7, par. 3 lid 1: "u mag de hierboven genoemde goederen en registergoederen niet vervreemden, zoals verkopen of ruilen, verhuren. Of op een andere manier bezwaren of belasten." (te raadplegen via https://www.rabobank.nl/bedrijven/zakelijk-financieren/lease, laatst geraadpleegd november 2018).

47 Zie bijvoorbeeld lid 2 van par. 3 van Hoofdstuk 7 van bovengenoemde voorwaarden van de Rabobank: "U mag dit wel doen als dit gebeurt in de normale uitoefening van uw bedrijf en tegen marktconforme voorwaarden." Een interessante casus waarin een retentierecht werd uitgeoefend jegens een leasegever is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Utrecht, Rb. Utrecht 17 mei 2005, *NJF* 2005/278. De rechtbank woog de onderhoudsplicht van de leasenemer tegen het vereiste dat voor het laten doen van reparaties, er toestemming moest worden verkregen van de leasenemer. Volgens de rechtbank prevaleerde het eerste. Het retentierecht kon dan ook tegen de leasegever worden ingeroepen op grond van het eerste criterium van art. 3:291 lid 2 BW.

48 Zie bijvoorbeeld ING Direct Lease voorwaarden versie 2.6 (te raadplegen via https://www.inglease.nl/nl/over-ing-lease/algemene-bepalingen, laatst geraadpleegd november 2018): '24.2 Lessee sluit een onderhoudsovereenkomst met de Leverancier of met een derde die is aangewezen door ING Lease of de Leverancier, behalve wanneer ING Lease en Lessee vooraf hebben afgesproken om dit niet of anders te doen.'

eigenaar (art. 5:89 BW). Het is mogelijk dat in de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen dat de erfpachter toestemming nodig heeft om de zaak te mogen verhuren of voor bouw op het perceel.[49]

4.3.4 Goede trouw van de retentor

4.3.4.1 Inleiding

114. Zoals hiervoor aan bod kwam, is het eerste criterium op basis waarvan derdenwerking tegen een anterieure derde mogelijk is, de bevoegdheid van de schuldenaar om met de retentor een overeenkomst aan te gaan. De toekenning van die bevoegdheid is dan de rechtvaardiging voor de doorwerking jegens de derde. Het is echter goed mogelijk dat de eigenaar – in afwijking bijvoorbeeld van de situatie in Gegaste uien (waarin doorslaggevend was dat Noordermeer aan de Klerk 'de vrije hand liet') en in afwijking van middellijke vertegenwoordiging (waarvan alleen sprake is als de middellijk vertegenwoordiger krachtens bevoegdheid handelt) – weliswaar zijn zaak uit handen heeft gegeven, maar zijn wederpartij wel beperkingen heeft opgelegd ten aanzien van de beschikking over zijn zaak. Het zou wellicht logisch zijn om meer terughoudend te zijn met het aannemen van derdenwerking van de exoneratieclausule bij gebreke van bevoegdheid. Er is dan geen sprake van het 'laten van de vrije hand'. Maar art. 3:291 lid 2 BW kent een vangnet. Het staat niet alleen derdenwerking van het retentierecht jegens de ouder gerechtigde toe, indien deze bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan, maar ook als de bevoegdheid ontbrak. In dat geval kan de retentor toch de afgifte aan de ouder gerechtigde opschorten, indien de retentor 'niet hoefde te twijfelen aan de bevoegdheid van zijn wederpartij tot het aangaan van de overeenkomst'. Dit 'niet hoeven te twijfelen' duid ik hierna om praktische redenen aan als 'goede trouw' van de

49 Zie bijvoorbeeld de algemene voorwaarden voor erfpacht van Maastricht (https://www.gemeentemaastricht.nl/bestuur-en-beleid/beleid/bouwen-wonen-en-grondzaken/grond-en-vastgoedbeleid > Algemene erfpachtvoorwaarden gemeente Maastricht 2013), art. 15.1 (toestemming vereist voor verhuur), de erfpachtvoorwaarden van Staatsbosbeheer (http://www.staatsbosbeheer.nl/~/media/08-dossiers/erfpacht/algemene-voorwaarden-erfpacht-en-opstal-2012.pdf?la=nl-nl), art. 20.1 (toestemming vereist voor oprichten bouwwerken) en de erfpachtvoorwaarden woningbouw van de gemeente Oss (http://www.woneninoss.nl/wp-content/uploads/2015/09/Algmene_erfpachtvoorwaarden_woningbouw_2014-2015.pdf), art. 26.3 (toestemming vereist voor verhuur) (alle laatst geraadpleegd november 2018).

retentor. In deze paragraaf ga ik in paragraaf 4.3.4.2 eerst figuren met een vergelijkbare strekking elders in het vermogensrecht na. In paragraaf 4.3.4.3 ga ik in op de goede trouw in abstracto: waarom is derdenwerking mogelijk, wanneer de retentor ervan uit mocht gaan dat zijn wederpartij bevoegd was om de overeenkomst met hem te sluiten? Ten slotte, in paragraaf 4.3.4.4, ga ik in op de goede trouw in concreto: hoe moet de goede trouw van de retentor worden ingevuld?

4.3.4.2 Bepalingen met dezelfde strekking

115. In het BW zijn verschillende met art. 3:291 lid 2 BW vergelijkbare voorzieningen te vinden. Het recht beoogt door middel van deze bepalingen een partij te beschermen die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op opgewekte rechtsschijn door bepaalde feiten die in de sfeer van een derde liggen. Vanwege het feit dat de uitoefening van het retentierecht het hebben van feitelijke macht over een zaak vereist, valt in de eerste plaats te denken aan bepalingen die de rechtsgevolgen regelen van de schijn die uitgaat van machtsuitoefening over (roerende of onroerende) zaken. Er zijn verschillende voorbeelden waarin C wordt beschermd vanwege bepaalde door A gewekte schijn. In deze paragraaf bespreek ik een aantal gevallen, van goederenrechtelijke en van verbintenisrechtelijke aard. Ik streef niet naar volledigheid. Het gaat erom, te laten zien dat de derdenwerking van het retentierecht zelfs bij gebreke van bevoegdheid van de schuldenaar tot het aangaan van de overeenkomst goed past in bestaande patronen in het vermogensrecht.

Art. 3:36 BW en art. 3:61 lid 2 BW

116. Een bepaling die een derde in de meest algemene zin beschermt tegen door een partij opgewekte schijn is art. 3:36 BW. Art. 3:36 BW bouwt voort op art. 3:35 BW. Art. 3:35 BW beschermt degene die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op verklaringen of gedragingen van zijn wederpartij. Art. 3:36 beschermt een derde die gerechtvaardigd heeft vertrouwd op schijn die is gewekt door een ander omtrent het bestaan, de inhoud of het tenietgaan van een rechtsverhouding, en op welke schijn de derde heeft

voortgebouwd.[50] De bescherming tegen de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van art. 3:61 lid 2 BW kan worden gezien als een concretisering van de algemene regel die is neergelegd in art. 3:36 BW. In paragraaf 4.3.3.2 kwam al aan bod dat de figuur van *middellijke* vertegenwoordiging dezelfde grondgedachte heeft en hetzelfde stramien volgt als art. 3:291 lid 2 BW. Art. 3:61 lid 2 BW is van toepassing op vertegenwoordiging krachtens volmacht, maar is van overeenkomstige toepassing bij middellijke vertegenwoordiging.[51] Voor het aannemen van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid is als uitgangspunt een zekere mate van toedoen van de achterman vereist.[52] Bij het retentierecht is het in beginsel niet moeilijk om het toedoen van de achterman te construeren.[53] Het enkele feit dat de ouder gerechtigde de zaak in de macht van een ander heeft gebracht, is in beginsel voldoende om toedoen van de ouder gerechtigde aan te nemen.[54] In het kader van art. 3:36 BW geplaatst, is dit toedoen door de achterman de handeling van de derde, waar de retentor op heeft vertrouwd en op basis waarvan hij de bevoegdheid in de verhouding tussen de eigenaar en zijn schuldenaar mocht aannemen.

50 Zie over art. 3:35 en 3:36 BW: Asser/Sieburgh 6-III 2018/158.

51 Asser/Kortmann 3-III 2017/103, vgl. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/346.

52 HR 6 mei 1926, *NJ* 1926/721 (*Vas Dias/Salters*). Ten aanzien van art. 3:61 lid 2 BW heeft zich in de afgelopen decennia een rechtsontwikkeling voorgedaan waarbij het accent is verschoven van de schijn die is gewekt door het toedoen van de achterman, naar een benadering waarin ook zonder aanwijsbaar toedoen gebondenheid van de achterman kan worden aangenomen op grond van feiten en omstandigheden die voor zijn rekening komen. Zie HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671, *NJ* 2010/115 (*ING/Bera Holding*), HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4909, *NJ* 2012/390 (*Fujitsu/Exel*). Volgens de Hoge Raad geldt het risicocriterium voor toerekening nog altijd naast het toedoencriterium, zie HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7490, *NJ* 2012/389 (*Van Manen/Van Heek*). Vgl. meer recent nog HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142, *JOR* 2017/149, HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143, *JOR* 2017/150 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1356, *NJ* 2017/326.

53 Althans, bij het retentierecht dat is ontstaan doordat de zaak bevoegdelijk in de macht van de schuldenaar is gekomen (bijvoorbeeld door het aangaan van een leaseovereenkomst of koop onder eigendomsvoorbehoud) en vervolgens in die van de retentor. Wat er te gelden heeft, als de zaak *onvrijwillig* uit de macht van de anterieure derde is gekomen, komt nog aan de orde in par. 4.3.4.3.

54 Vgl. J.E. Jansen 2014a, p. 252-253.

Art. 3:86 BW

117. Ook aan art. 3:86 BW, dat de verkrijger te goeder trouw van een roerende zaak beschermt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder, ligt een vergelijkbare gedachte ten grondslag.[55] Art. 3:86 lid 1 BW vormt de bevestiging van de legitimatieleer die met name wordt gekend door de geschriften van Scholten, maar die vóór hem al door Molengraaff was opgevat.[56] Volgens de legitimatieleer legitimeert bezit van een zaak (dat zouden wij nu houderschap in ruime zin noemen, zie art. 3:107 BW) als rechthebbende, ook al is degene met de feitelijke macht in werkelijkheid geen rechthebbende.[57] Eggens heeft als eerste uitgebreid uitgewerkt dat de retentor op vergelijkbare wijze als de verkrijger op grond van art. 2014 (oud) BW bescherming verdiende.[58] Het is aan hem te danken dat art. 3:291 lid 2 in het BW terecht is gekomen; Meijers was aanzienlijk terughoudender ten aanzien van de bescherming van de retentor tegen de ouder gerechtigde.[59] De bescherming van de derde is gerechtvaardigd vanwege de schijn die de vervreemder legitimeert als rechthebbende. Bij beide bepalingen speelt het element van de verkrijging van de feitelijke macht door de retentor/verkrijger te goeder trouw over een zaak een rol.[60] Bij art. 3:86 BW is de bescherming op zijn sterkst indien de zaak eenmaal daadwerkelijk in de macht van de derde is gekomen;[61] bij het retentierecht is macht over de zaak een voorwaarde om überhaupt een retentierecht te hebben.

55 Vgl. de MvT bij het Wetsontwerp van 24 oktober 2012 (doc 53 2463/001) voor de Belgische Pandwet, p. 32, waar voor de bescherming van de retentor een parallel wordt getrokken met art. 2279 BBW.

56 Zie hierover uitgebreid Salomons 1997, in het bijzonder p. 225-264. Verheul 2016a, p. 590-599 meent daarentegen dat niet de feitelijke macht van de vervreemder, maar de verkrijging daarvan door de verkrijger de rechtvaardiging vormt voor de bescherming van de derde. Ik meng mij niet in deze discussie, maar merk alleen op dat deze 'nieuwe' benadering geen gevolgen heeft voor het retentierecht; immers de retentor verkrijgt ook de feitelijke macht over de zaak.

57 Molengraaff 1899, p. 127, Asser/Scholten 1905, p. 64-65, Salomons 1990, p. 81 en 101.

58 Eggens 1934, p. 302-303.

59 Zie over dit artikel van Eggens en de manier waarop het het huidige BW heeft beïnvloed J.E. Jansen 2014a.

60 Ons art. 3:291 lid 2 is (onder andere) geïnspireerd op het Zwitserse Art. 895 ZGB. Ook de Zwitserse doctrine gaat ervan uit dat zijn feitelijke macht de schuldenaar legitimeert, hetgeen de derdenwerking van het retentierecht rechtvaardigt, zie Oftinger & Bär 1981, p. 368.

61 Als de derde de macht over de zaak heeft, kan noch art. 3:90 lid 2, noch 3:111 BW verhinderen dat de derde beschermd wordt.

Bij de derdenbescherming van art. 3:86 BW is de keuze van de wetgever voor de 'derde hand' tegenover de 'eerste hand', een rechtspolitieke keuze in het belang van het handelsverkeer.[62] Het maakt dat zaken eenvoudig verhandelbaar zijn en dat een koper niet beducht hoeft te zijn voor een eventuele latere revindicatie door een eigenaar die de macht over de zaak heeft verloren. Ten aanzien van art. 3:291 BW hanteert de wetgever een vergelijkbare redenering, waar hij stelt dat het in zijn algemeenheid in het belang van de eigenaar zal zijn dat overeenkomsten ten aanzien van de zaak, ook door anderen dan de eigenaar, vlot en zonder risico kunnen worden gesloten.[63]

Art. 3:88 BW en 3:24 BW

118. Art. 3:88 BW beschermt de derde tegen beschikkingsonbevoegdheid van zijn wederpartij, indien deze beschikkingsonbevoegdheid voortvloeit uit een ongeldige eerdere overdracht, waarbij die ongeldigheid terug te voeren is op een titel- of leveringsgebrek. Het vormt een correctie op de (nadelige) gevolgen van het causale stelsel.[64] Uit art. 3:88 volgt, dat sprake moet zijn van schijn die is terug te voeren op een handelen (of nalaten) van degene wiens recht door derdenbescherming komt te vervallen.[65] 'A' heeft immers meegewerkt aan een overdracht waaraan de titel is komen te ontvallen. Dit toedoen van A rechtvaardigt mede zijn verlies van recht. Deze gedachte zit ook achter art. 3:24 BW, dat de verkrijger van een registergoed beschermt tegen niet-ingeschreven inschrijfbare feiten. A had zelf zorg kunnen dragen voor (correcte) inschrijving in de registers. Nu hij dat niet heeft gedaan, is C beschermd tegen het niet-ingeschreven feit. Bij art. 3:88 en 3:24 BW klinkt dus een zeker 'toedoen' van de ouder gerechtigde door. Bij het retentierecht kan dit als gezegd worden aangenomen, doordat de zaak uit de macht van de ouder gerechtigde is gekomen.

62 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/150. Zie ook Salomons 1997, i.h.b. p. 313, p. 378.
63 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887. Ook Fesevur 1988, p. 162-166 meent dat het verkeersbelang de primaire rechtsgrond voor de derdenwerking van het retentierecht jegens anterieure derden.
64 Asser/Bartels & Van Mierlo 2013/448 en 453.
65 Asser/Bartels & Van Mierlo 2013/452.

Art. 7:608 BW

119. Een andere wettelijke bepaling waaruit hetzelfde beginsel naar voren komt, is art. 7:608 BW dat in paragraaf 4.3.3.2 ook al ter sprake kwam. Art. 7:608 *lid 4* BW sluit de verruimde werking van de exoneraties uit de voorgaande leden uit, indien de (onder)bewaarnemer bij het sluiten van de bewaarnemingsovereenkomst wist of behoorde te weten dat zijn wederpartij jegens degene door wie hij wordt aangesproken tot schadevergoeding *niet* bevoegd was de zaak aan hem in bewaring te geven. Met andere woorden: er is *geen* rechtvaardiging van de doorwerking van exoneratieclausules buiten de contractspartijen ten gunste van de bewaarnemer, indien deze wist of moest weten dat de bevoegdheid tot het sluiten van de overeenkomst ontbrak.

4.3.4.3 Derdenwerking op basis van het vertrouwensbeginsel

De derdenwerking van het opschortingsrecht impliceert de bescherming van een negatief belang

120. Op basis van de wettelijke bepalingen die in de vorige paragraaf zijn behandeld, kan men concluderen dat het vertrouwensbeginsel in het privaatrecht ook strekking heeft buiten de door twee partijen beheerste verhouding. Het vertrouwensbeginsel brengt mee dat indien een partij jegens een derde een bepaalde schijn heeft gewekt, deze partij ook de gevolgen daarvan tegengeworpen kan krijgen. Onder verwijzing naar Brunner meent Du Perron dat in deze gevallen van doorslaggevend belang is dat de bescherming van de vertrouwende partij steeds is gelegen in een *negatief* belang.[66] Hij verkrijgt niet iets extra's waar hij zonder betrokkenheid van de derde geen recht op zou hebben gehad, maar door de derde erbij te betrekken wordt de vertrouwende partij beschermd tegen een *verlies van recht*. Er is in die gevallen geen sprake van strijd met de autonomie van de eerste. Het vertrouwensbeginsel prevaleert boven diens autonomie.[67]

66 Du Perron 1999, p. 337. Brunner 1985, p. 232, wijst erop dat het een keuze is hoeveel bescherming men de vertrouwende derde wil bieden.
67 Du Perron, p. 339.

Nuancering voor onvrijwillig machtsverlies?

121. Is het bovenstaande ook van toepassing indien de zaak buiten de wil van de derde in de macht van de schuldenaar en vervolgens in die van de retentor is gekomen? Er is dan geen sprake van toedoen van de ouder gerechtigde. De ouder gerechtigde heeft dan zelf niet een bepaalde schijn in het leven geroepen waartegen de retentor beschermd dient te worden. Bij art. 3:86 BW zien we dat het element van onvrijwilligheid de derdenwerking verzacht ten gunste van de eerste die zijn recht onvrijwillig verloor. Het artikel beschermt uitsluitend de verkrijger die heeft verkregen van een vervreemder die de macht over de zaak aan de anterieure eigenaar ontleent onvoorwaardelijk; de bestolen eigenaar kan ingevolge art. 3:86 lid 3 BW nog drie jaar revindiceren bij de derde.[68] Art. 3:86 BW maakt aldus onderscheid tussen de manier waarop de tweede de macht over de zaak heeft verkregen. Was dat door toedoen van de eigenaar, dan verkrijgt de derde onvoorwaardelijk de eigendom. Was dat zonder toedoen van de eigenaar, dan kan de bestolen eigenaar nog drie jaar revindiceren.

Dat er daarentegen ook bescherming van een derde kan zijn, buiten 'toedoen' van de eerste om, laat de jurisprudentie omtrent schijn van vertegenwoordiging zien. Art. 3:61 lid 2 BW vereist voor de bescherming van de wederpartij bij onbevoegde vertegenwoordiging 'toedoen' van de achterman. De Hoge Raad heeft daarbuiten aanvaard dat ook zonder toedoen van de achterman schijn van volmachtverlening kan bestaan, namelijk op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de achterman komen, waaruit naar verkeersopvatting de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van de tussenpersoon kan worden afgeleid.[69]

122. Art. 3:291 lid 2 BW maakt geen onderscheid tussen een oudere derde die vrijwillig, dan wel onvrijwillig, de macht heeft verloren. Ook de fietsenmaker die de fiets repareert in opdracht van de dief kan zijn retentierecht inroepen jegens de eigenaar indien hij de dief voor eigenaar (of anderszins

68 Dat is in lijn met zijn voorloper, art. 2014 (oud) BW dat in lid 2 alleen de derde beschermde die verkreeg van een houder die de zaak had verduisterd en niet de derde die verkreeg van de dief. Zie J.E. Jansen 2014a, p. 252, 260-262.

69 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/115 (*ING/Bera Holding*). In drie recente arresten heeft dit risicobeginsel nader invulling gekregen. Het vertrouwen van de wederpartij moet volgens de Hoge Raad mede gebaseerd zijn op omstandigheden die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen: HR 3 februari 2017, *JOR* 2017/149, HR 3 februari 2017, *JOR* 2017/150 m.nt S.C.J.J. Kortmann en HR 14 juli 2017, *NJ* 2017/326. Het voert te ver om hier nader op deze arresten in te gaan. Zie voor een analyse van het risicobeginsel: Fruytier 2017, p. 271-277.

bevoegd tot het laten doen van reparaties) mocht houden. Een dergelijke casus speelde in het arrest Van der Wal/Duinstra.[70] Daar bracht een dief een boot in de macht van bewaarnemer Van der Wal. Het punt van het onvrijwillige verlies van macht lijkt in de procedure niet als zodanig een rol te hebben gespeeld. Het is daarom lastig om op basis van dit arrest aan te nemen dat het bij art. 3:291 lid 2 BW inderdaad niet van belang is dat de anterieure eigenaar de macht onvrijwillig is verloren. Mijnssen meent dat het belang van de retentor ook bij onvrijwillig machtsverlies prevaleert boven dat van de rechthebbende doordat het machtsverlies meer in de risicosfeer van de rechthebbende ligt.[71] Volgens Fesevur eist het verkeersbelang dat het recht van de retentor prevaleert boven dat van de eigenaar die onvrijwillig het bezit verloor.[72] Jansen nuanceert die opvatting en meent dat het verkeersbelang slechts van secundair belang is, omdat het verkeersbelang bij art. 3:86 BW juist wordt ingezet om de positie van de bona fide verkrijger die niet in een winkel kocht te *relativeren*.[73] Het kan dus naar zijn mening geen grote rol spelen ter invulling van art. 3:291 lid 2 BW. Ik meen echter met Fesevur dat het verkeersbelang hier wel degelijk een rol speelt als rechtvaardiging voor de werking van het retentierecht jegens een ouder gerechtigde die onvrijwillig de macht over de zaak heeft verloren. De verklaring voor het verschil met de relativering die art. 3:86 lid 3 aanhef BW aanbrengt, is dat art. 3:86 BW de (goederenrechtelijke) verkrijger beschermt, terwijl art. 3:291 lid 2 BW 'slechts' de retentor beschermt. Ook als de zaak onvrijwillig uit de macht van de ouder gerechtigde was gebracht, heeft hij bij het retentierecht alsnog de mogelijkheid om hem weer onder zich te krijgen – namelijk door voldoening van de vordering van de retentor. Bij art. 3:86 BW bestaat zo'n alternatief niet; door (onvoorwaardelijke) derdenbescherming zou de zaak definitief verloren zijn voor de ouder gerechtigde.

Kortom: ook als een onbevoegde de zaak in de macht van de (latere) retentor brengt, is het mogelijk dat deze zijn retentierecht inroept jegens de ouder gerechtigde. Het vertrouwensbeginsel prevaleert boven de autonomie van de ouder gerechtigde. Omdat de retentor wordt beschermd in een negatief belang, namelijk tegen verlies van zijn retentierecht aan de ouder gerechtigde, is deze vorm van derdenwerking redelijk en aanvaardbaar.

---

70 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*).
71 Asser/Mijnssen 3-III 1986/96.
72 Fesevur 1988, p. 163 en p. 181.
73 J.E. Jansen 2014a, p. 261-262.

Koppeling van de goede trouw met betrekking tot de bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst aan het retentierecht

123. De wet koppelt de goede trouw met betrekking tot de bevoegdheid om een *overeenkomst te sluiten* aan de mogelijkheid om *een retentierecht in te roepen*. Het moment waarop de overeenkomst wordt gesloten ligt normaal gesproken (ruim) vóór het inroepen van het retentierecht. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst is een retentierecht nog niet aan de orde. Het is opvallend dat voor het inroepen van het retentierecht, terwijl dat in de regel niet zal zijn voorzien tijdens het sluiten van de overeenkomst tussen schuldenaar en schuldeiser, laat staan tussen derde en schuldenaar, maatgevend was of de retentor mocht denken dat de overeenkomst gesloten had mogen worden. Wannneer het retentierecht ontstaat op basis van een bevoegd aangegane overeenkomst,[74] is de 'sprong' van de overeenkomst naar het retentierecht niet moeilijk te maken. De gevolgen van de overeenkomst worden kunnen worden toegerekend aan de derde die aan de schuldenaar de bevoegdheid tot het sluiten van een overeenkomst had verleend. Maar wanneer de bevoegdheid ontbreekt, zodat derdenwerking alleen nog mogelijk is op basis van het tweede criterium van art. 3:291 lid 2 BW, is dit minder evident. Hoe kan dan de 'sprong' van het vertrouwen dat de overeenkomst mocht worden gesloten naar het retentierecht worden verklaard?

124. Het BW kent geen algemene bescherming van partijen die een verbintenisrechtelijk recht van een onbevoegde wederpartij hebben verkregen. In het verleden is de gedachte opgekomen om het goede trouw-begrip uit te breiden tot iedere derde die van een onbevoegde contractuele derde houderschap verkrijgt.[75] De bruiklener die zijn recht ontleent aan een onbevoegde, is bijvoorbeeld – in tegenstelling tot een verkrijger ex art. 3:86 BW – níet beschermd tegen een revindicatie door de eigenaar. Zo ver is het echter niet gekomen. Wel moet men vaststellen dat dit gegeven opmerkelijke consequenties heeft met betrekking tot het retentierecht. Op het moment dat een onbevoegde niet-eigenaar de zaak aan een ander heeft uitgeleend en de werkelijke eigenaar meldt zich bij de bruiklener en eist afgifte van zijn zaak, dan heeft de bruiklener geen grond om de afgifte op te schorten, ook niet

74 Zie 4.3.3 over dit eerste criterium van art. 3:291 lid 2 BW.

75 Du Perron 1999, p. 338 en voetnoot 847. Vgl. Eggens 1926, p. 87-92, Eggens 1934, Pitlo/Brahn 1980, p. 205-206, Schoordijk 1986, p. 289 en Salomons 1997, p. 316-320.

als deze ervan uitging (en ervan uit mocht gaan) dat zijn wederpartij bevoegd was om de zaak aan hem uit te lenen. Was de bruiklener niet langer 'uitsluitend' bruiklener, maar had hij inmiddels bevoegdelijk een retentierecht ingeroepen (bijvoorbeeld vanwege een vordering met betrekking tot de zaak op de bruikleengever), dan verandert dit. Hij is dan niet gehouden tot afgifte aan de revindicerende eigenaar, maar mag de afgifte ook jegens hem opschorten, uiteraard mits hij niet hoefde te twijfelen aan de bevoegdheid van zijn wederpartij. Op het moment dat hij nog geen retentierecht uitoefent, is er geen mogelijkheid om de bruiklener tegen de derde-eigenaar te beschermen.

Dat de retentor te goeder trouw is met betrekking tot de bevoegdheid van zijn wederpartij, kan betekenen dat hij wist noch behoorde te weten dat zich een derde achter zijn wederpartij bevond, of dat hij *dit* wel wist of behoorde te weten, maar dat hij wist noch behoorde te weten dat zijn wederpartij jegens die derde niet de overeenkomst mocht sluiten. Ongeacht welke van deze twee varianten van goede trouw zich voordoet; wanneer hij te goeder trouw was met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst, betekent dat dat de overeenkomst zijn volle werking moet kunnen hebben. Een retentierecht dat voortvloeit uit een overeenkomst is een van de potentiële rechtsgevolgen van een overeenkomst (waarbij zaken in de macht van een ander worden gebracht). De wet kent de opschortingsbevoegdheid toe en acht die beschermenswaardig – ook jegens de derde – vanwege het gegeven dat van de retentor geen afgifte gevergd kan worden voordat zijn wederpartij heeft gepresteerd. Voor 'alleen' een gebruiksrecht geldt dit beschermingsmotief niet. De bruiklener, of huurder, heeft alleen een gebruiksrecht, maar heeft daarbuiten geen 'tegenvordering' die voldoende verband heeft met de zaak (anders dan het recht op het gebruik zelf).[76]

76 Verheul 2014, p. 417-429 bepleit analoge toepassing van de bescherming van art. 3:86 BW op de huurder.

4.3.4.4 Invulling van de goede trouw

Beoordelingsmoment

125. Het meetmoment voor het bestaan van goede trouw bij de retentor is het moment van het sluiten van de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar.[77] Tijdens de voorbereiding van art. 3:291 lid 2 BW is het moment waarop de schuldenaar bevoegd moet zijn een punt van discussie geweest. Het oorspronkelijke Regeringsontwerp van art. 3:291 lid 2 BW luidde namelijk:

> "Spruit zijn vordering voort uit een overeenkomst tot bearbeiding, bewaarneming of vervoer van de zaak of betreft zijn vordering hetgeen hij als hotelhouder heeft te vorderen van de gast die de zaak in zijn hotel bracht, dan kan de schuldeiser het retentierecht ook uitoefenen tegen een derde die een ouder recht op de zaak heeft of daarop reeds beslag had gelegd, tenzij hij *op het tijdstip dat de zaak ter uitvoering van de overeenkomst in zijn macht werd gebracht*, wist of behoorde te weten dat de bevoegdheid daartoe jegens de derde ontbrak."[78] (mijn cursivering)

Later in het wetgevingsproces besefte men dat het beter was om het moment dat de goede trouw van de retentor aanwezig moest zijn naar voren te halen. Zoals te lezen is in de nota van wijziging is de reden voor de wijziging gelegen in de bescherming van de retentor:

> "Aandacht verdient evenwel dat het tijdstip waarnaar de goede trouw van de schuldeiser moet worden beoordeeld in de nieuwe redactie iets is verschoven. Het is daarin het tijdstip waarop de overeenkomst wordt aangegaan. De oorspronkelijk gebezigde woorden „op het tijdstip dat de zaak ter uitvoering van de overeenkomst in zijn macht werd gebracht" zijn vervallen. Naar de mening van de ondergetekende zouden zij tot een minder gelukkig resultaat leiden, wanneer de schuldeiser na het sluiten van de overeenkomst, maar voordat hij de zaak onder zich krijgt, alsnog reden tot twijfel aan de bevoegdheid van de schuldenaar jegens de derde zou krijgen."[79]

---

77 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887-888, zie ook HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*), r.o. 3.4.1: "Eveneens is juist dat de goede trouw moet worden beoordeeld naar het tijdstip van het ontstaan van de rechtsverhouding waarop het houderschap berust, en dat op overeenkomstige wijze bij de toepassing van het bepaalde in art. 3:291 lid 2 BW moet worden beoordeeld wat de houder wist of behoorde te weten omtrent de bevoegdheid van zijn wederpartij tot het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot het goed."

78 Kamerstukken II 1970/71, nr. 3770, ondernummer 8, p. 53. Te raadplegen via www.statengeneraaldigitaal.nl.

79 Parl. Gesch. Boek 3, p. 886-887.

Dit doet er niet aan af dat ook de omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst bij de beoordeling van de goede trouw een rol spelen.[80] De omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst kunnen een eventueel later ontstane twijfel bij de schuldeiser ten aanzien van de bevoegdheid van zijn wederpartij wegnemen, maar omgekeerd kunnen zij geen afbreuk doen aan een eenmaal bestaande goede trouw ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.[81] Die afbreuk is precies wat de wetgever wilde voorkomen door het moment van het bepalen van de goede trouw naar voren te halen ten opzichte van de oorspronkelijke redactie van art. 3:291 lid 2 BW. Een derde die na het sluiten van de overeenkomst jegens de retentor de schijn wekt dat de schuldenaar bevoegd was, kan zich er ter afwering van een retentierecht niet op beroepen dat die latere omstandigheden niet meespelen. Dat is uitdrukkelijk in strijd met de bedoeling van de wetgever en is ook strijdig met het leerstuk van (middellijke) vertegenwoordiging, waarin eveneens de omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst een rol spelen bij de beoordeling van de goede trouw ten aanzien van de vertegenwoordigingsbevoegdheid.

126. Hoe het fout kan gaan indien een rechter dit niet doorziet, toont een zaak aan die speelde voor de Rechtbank Rotterdam.[82] Het geval is zo illustratief, dat ik er iets langer bij stil sta. De Gemeente Hendrik-Ido-Ambacht is eigenaar van een perceel grond. Zij had dit perceel in december 2012 verkocht, maar de levering werd een aantal keer uitgesteld omdat de kopers de financiering niet rond kregen. In juli 2013 verstrekte de gemeente een bouwvergunning aan de kopers. Daarnaast gold een bouwplicht voor de kopers; het wordt alleen niet geheel duidelijk wanneer deze inging. In september 2013 sloten de kopers een aannemingsovereenkomst met Breda Bouw en in oktober kwam de gemeente lang om de rooilijnen aan te geven. In november heeft Breda Bouw het perceel ingericht als werkterrein en hekken rondom geplaatst. Ambtenaren van de gemeente zijn daarna meermaals langsgekomen om de bouw te controleren. Op 24 januari 2014 heeft de gemeente aan Breda Bouw aangezegd dat zij niet verder mag bouwen op het perceel. Op 27 januari 2014 heeft Breda Bouw haar retentierecht

80 Vgl. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, *JOR* 2015/190 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9429, *NJ* 2001/157 (*Kuijpers/Wijnveen*), Asser/Kortmann 3-III 2017/38.
81 Vgl. art. 3:118 lid 2 BW.
82 Rb. Rotterdam 16 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2503.

ingeroepen vanwege een openstaande vordering van ongeveer 144.000 Euro op de kopers ter zake van door Breda Bouw verrichte werkzaamheden. In een vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw van juli 2014 zijn de kopers veroordeeld tot het betalen van een bedrag van ongeveer 340.000 Euro vanwege de voortijdige beëindiging van de aannemingsovereenkomst.[83] Voor de tenuitvoerlegging van dit vonnis heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam op 12 augustus 2014 verlof verleend. Bij de Rechtbank Rotterdam vordert Gemeente Hendrik-Ido-Ambacht Breda Bouw te veroordelen te verbieden het arbitrale vonnis ten uitvoer te leggen op haar eigendom, hetgeen Breda Bouw had kunnen doen op grond van art. 3:292 BW. Op een aantal punten slaat de rechtbank in deze zaak mijns inziens de plank flink mis. Eén daarvan is het feit dat de rechtbank de omstandigheden van na het sluiten van de overeenkomst terzijde schuift. De rechtbank bepaalt:

> "Het beroep van Breda Bouw op de door de Gemeente uitgevoerde publiekrechtelijke taken met betrekking tot de bouw op het perceel ná het sluiten van de aannemingsovereenkomst faalt, omdat de kopers bij het sluiten van de aannemingsovereenkomst daaraan geen bevoegdheid om over het perceel te beschikken konden ontlenen."

Weliswaar kan de rechtbank worden nagegeven dat de publiekrechtelijke bouwvergunning die de gemeente had verstrekt niets zegt over de privaatrechtelijke bevoegdheid van de kopers om reeds overeenkomsten aan te gaan voordat zij eigenaar waren. Maar er bestond eveneens een bouwplicht voor de kopers. In die bouwplicht is mijns inziens wel een privaatrechtelijke instemming van de gemeente tot het aangaan van een aannemingsovereenkomst te zien. Daarnaast speelt dat ambtenaren van de gemeente meermaals bij de bouw zijn komen kijken en deze hebben gecontroleerd. Dit is geen evidente uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid van de gemeente, maar kan – vanuit de optiek van Breda Bouw – net zo goed in privaatrechtelijke zin worden geïnterpreteerd. Daarnaast miskent de rechtbank dat omstandigheden na het sluiten van de overeenkomst wel degelijk meespelen bij de beoordeling van de goede trouw. De rechtbank doet dit oordeel steunen op de parlementaire geschiedenis. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt daarentegen juist dat de ratio van het sluiten van de overeenkomst als bepalend moment voor de goede trouw de bescherming van de retentor is, indien hij na het sluiten van de overeenkomst toch twijfel over de bevoegdheid krijgt.

83 RvA Bouw 16 juli 2014, nr. 35.000.

127. Daarnaast kan men zich afvragen wat het gevolg is als na het onbevoegdelijk sluiten van de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar, maar vóór het ontstaan van het retentierecht de schuldenaar alsnog bevoegd wordt om de overeenkomst te sluiten met de schuldeiser. Strikt genomen zou dat niet voldoende zijn om op die grond werking van het retentierecht tegen de ouder gerechtigde te aanvaarden. Toch zou ik willen betogen dat ook een bevoegdheid, gegeven ná het sluiten van de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar met zich brengt dat het retentierecht tegen de ouder gerechtigde kan worden ingeroepen.[84] De latere bevoegdheidverlening kan worden gezien als een bekrachtiging in de zin van 3:58 BW. Aangezien bekrachtiging terugwerkende kracht heeft,[85] bestond de bevoegdheid van meet af aan.

Object van de goede trouw

128. Het 'niet hoeven te twijfelen aan de bevoegdheid van de schuldenaar' is een ruim begrip. Het kennen, noch behoren te kennen, kan betrekking hebben op een aantal omstandigheden. Het is ten eerste goed voorstelbaar dat de retentor (zich) bij het sluiten van de overeenkomst geen vragen heeft gesteld over *het bestaan* van een ouder gerechtigde, en dat dat gelet op de alle omstandigheden ook niet nodig was. In een dergelijk geval is de retentor mijns inziens te goeder trouw met betrekking tot de bevoegdheid van de schuldenaar. Het kennen, noch behoren te kennen, van een ouder gerechtigde impliceert de bevoegdheid van de schuldenaar. Ten tweede is mogelijk dat de retentor wel weet, of hoort te weten dát er een ouder gerechtigde bestaat, maar hij ervan uit mocht gaan dat zijn wederpartij jegens die ouder gerechtigde bevoegd was om met hem de overeenkomst te sluiten. De (subjectieve of geobjectieveerde) wetenschap van het bestaan van een ouder gerechtigde, brengt nog niet mee dat de retentor niet meer te goeder trouw kan zijn. Naar aanleiding van het arrest Hoogovens/Matex wordt algemeen aangenomen dat verkrijgers die weten of behoren dat weten dat hun wederpartij zijn zaken in zijn algemeenheid heeft verpand of onder eigendomsvoorbehoud geleverd heeft gekregen, niet meebrengt dat de verkrijger niet meer te goeder trouw kan zijn.[86] Het arrest kan

84 Vgl. voor het Zwitserse recht Oftinger & Bär 1981, p. 370.
85 Asser/Sieburgh 6-III 2018/660, Peter, *GS Vermogensrecht*, art. 3:58 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt t/m 15 oktober 2018).
86 HR 29 juni 1979, *NJ* 1980/133 m.nt. W.M. Kleijn (*Hoogovens/Matex*).

eveneens worden toegepast op de retentor.[87] Ook wanneer de retentor weet dat zich achter zijn schuldenaar nog een derde (met een pandrecht, of eigendomsvoorbehoud) bevindt, betekent dat niet dat hij niet meer te goeder trouw kan zijn. De retentor mocht ofwel veronderstellen dat de schuldenaar jegens de ouder gerechtigde bevoegd was, ofwel dat het tussen die twee tot een regelmatige afwikkeling zou komen. Ook wanneer de retentor weet van het bestaan van de ouder gerechtigde, kan goede trouw worden aangenomen.

129. Het nieuwe Belgische zekerhedenrecht, vervat in de Pandwet, biedt op dit punt een interessante vergelijking. Art. 75 lid 2 Pandwet luidt: "Het retentierecht dat betrekking heeft op een roerend lichamelijk goed is eveneens tegenwerpelijk aan derden met een ouder recht, op voorwaarde dat de schuldeiser bij de inontvangstneming van het goed mocht aannemen dat de schuldenaar bevoegd was om dit goed aan een retentierecht te onderwerpen." Ten eerste valt op dat men in België meteen 'doorschakelt' naar de goede trouw. Derdenwerking van het retentierecht op basis van de bevoegdheid van de schuldenaar wordt misschien als vanzelfsprekend ervaren. Ten tweede gaat het in België niet om goede trouw met betrekking tot het sluiten van een overeenkomst, maar goede trouw met betrekking tot het 'onderwerpen van het goed aan een retentierecht'. Dit onderscheid roept de vraag op, of dit nu een andere maatstaf is voor goede trouw dan het Nederlandse recht. Het onderwerpen van een goed aan een retentierecht is immers wel iets anders dan het aangaan van een overeenkomst. Men zou wellicht kunnen zeggen dat goede trouw met betrekking tot het sluiten van een overeenkomst een lichtere toets is dan goede trouw met betrekking tot het onderwerpen aan een retentierecht. Het doet wederom denken aan het arrest Hoogovens/Matex. Het hof heeft volgens de Hoge Raad mogen oordelen dat Matex te goeder trouw verkregen had, omdat zij er niet van uit hoefde te gaan dat Hoogovens zich zou verzetten tegen doorlevering. De goede trouw wordt hier mede aanvaard, omdat Swarttouw bij doorlevering betaald krijgt door Matex (en door andere afnemers) en met dat geld ook haar eigen leverancier kan afbetalen. Stel nu dat Matex niet een afnemer was geweest, maar een kredietverschaffer van Swarttouw die een pandrecht op alle roerende zaken van Swarttouw had bedongen. In dat geval is de formule uit Hoogovens/Matex over de goede trouw niet toepasselijk, want een pandhouder brengt niet

87 Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002/18.

noodzakelijkerwijs geld in het laatje van Swarttouw dat bestemd is voor haar leverancier (Hoogovens).[88] De gekozen maatstaf in art. 75 lid 2 Pandwet doet mij eerder denken aan een verpanding door de schuldenaar, dan aan een doorlevering door hem. Dit sluit ook aan bij het gegeven, dat de retentor een 'preferentieel recht als een pandhouder' verkrijgt.[89] Als pandhouders, leasebedrijven, verhuurders en andere typische anterieure derden massaal in hun algemene voorwaarden opnemen dat hun schuldenaar niet bevoegd is om het goed aan een retentierecht te onderwerpen, kan men zich afvragen of er onder de Pandwet in België nog bescherming voor de retentor overblijft tegen anterieure derden.[90] Toch zou ik menen dat het sluiten van een overeenkomst met betrekking tot de zaak door de tweede eerder op één lijn te stellen is met een doorlevering, dan met een verpanding van de zaak. Een overeenkomst die de tweede sluit met betrekking tot de zaak is doorgaans nodig of nuttig. De zaak verpanden daarentegen komt niet de zaak ten goede, en het baat de schuldenaar alleen indirect. Ondanks deze formulering, lijkt mij dus dat hier niet iets anders is bedoeld dan onder het Nederlandse recht.[91] Op het punt van het retentierecht bedoelt de Pandwet namelijk juist de bestaande rechtspraak te codificeren. Die rechtspraak tendeerde juist naar bescherming van de retentor en in de memorie van toelichting wordt duidelijk gemaakt dat het de bedoeling is de retentor te beschermen.[92] Om in België toch tot een aanvaardbare uitkomst te komen, moet art. 75 lid 2 Pandwet naar mijn mening worden

88 Ik laat hier voor het gemak buiten beschouwing dat de Hoge Raad inmiddels in het arrest HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*) heeft geoordeeld, dat een (onvoorwaardelijk) pandrecht kan worden gevestigd op de voorwaardelijke eigendom van de koper. Dit is niet een kwestie die zich afspeelt in de verhouding leverancier-koper, maar een goederenrechtelijke kwestie.

89 MvT bij Wetsontwerp van 24 oktober 2012 (doc 53 2463/001), p. 72.

90 Zie voor een Nederlands voorbeeld dat mijns inziens aan deze Belgische maatstaf zou voldoen hoofdstuk 2, art. 5 van de Algemene voorwaarden voor hypotheken van de Rabobank 2018, waarin staat dat de hypotheekgever toestemming nodig heeft wanneer hij het onderpand laat repareren door een ander als die ander daardoor een retentierecht zou kunnen uitoefenen. Te raadplegen via www.rabobank.nl>hypotheek> voorwaarden hypotheek, laatst geraadpleegd november 2018.

91 In deze zin: Dirix 1996, p. 223.

92 Zie Cass. 27 april 2006, *RW* 2007-08, 1541 m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*) en MvT bij het Wetsontwerp van 24 oktober 2012 (doc 53 2463/001), p. 32.

geïnterpreteerd in het licht van het arrest van de Hof van Cassatie uit 2006. De gelding van dit arrest wordt bevestigd in de parlementaire geschiedenis bij de Pandwet. Het Hof van Cassatie overwoog:

> "De schuldeiser is te goeder trouw wanneer hij bij de inontvangstname van de goederen mocht aannemen dat zijn schuldenaar de eigenaar van de goederen was of althans bevoegd was om ter zake van die goederen overeenkomsten te sluiten die aanleiding kunnen geven tot de uitoefening van het retentierecht op deze goederen."[93]

De bewijslast van de goede trouw ligt bij de retentor

130. De bewijslast van de goede trouw van de retentor komt naar voren in het arrest Van der Wal/Duinstra.[94] De casus is simpel. Van der Wal exploiteert een botenstalling. Duinstra is eigenaar van een boot, die aan hem ontstolen is. De dief geeft de boot in bewaring aan Van der Wal. Duinstra heeft aangifte van diefstal gedaan. Duinstra ontdekt de boot in de stalling bij Van der Wal en eist deze op. Van der Wal wil alleen de boot afgeven, indien Duinstra hem de stallingskosten van de boot vergoedt. Duinstra doet hiervan aangifte bij de politie. Kort daarop neemt de politie de boot in beslag en geeft deze af aan Duinstra. De strafzaak tegen Van der Wal wordt geseponeerd vanwege onvoldoende wettig bewijs.

Van der Wal dagvaardt Duinstra en vordert afgifte van de boot (op grond van art. 3:295 BW) en betaling van de stallingskosten. De rechtbank en het hof wijzen de vorderingen af. In het cassatiemiddel voert Van der Wal (onder andere) aan dat de goede trouw van de retentor moet worden verondersteld, 'indien de vordering voortspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan of indien de schuldeiser geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen'. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Ten aanzien van de stelplicht en de bewijslast van goede trouw van de retentor oordeelt de Hoge Raad onomwonden dat deze bij de retentor liggen. Een echte motivering geeft de Hoge Raad niet. Hij oordeelt alleen dat

93 Cass. 27 april 2006, *RW* 2007-08, 1541 m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*), r.o. 11.

94 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*).

de goede trouw van de retentor anders dan die van de bezitter ex art. 3:118 lid 3 BW, níet vermoed wordt aanwezig te zijn.[95] Ook A-G Hartkamp oordeelde in deze zin in zijn conclusie voor het arrest. Hij geeft daarvoor een heldere onderbouwing:

> "Een houder kan zich uiteraard niet op de in art. 118 lid 1 bedoelde goede trouw beroepen, omdat hij zich wegens zijn hoedanigheid niet als rechthebbende beschouwt en zich evenmin als zodanig mocht beschouwen. Zijn goede trouw hangt er van af wat hij wist of behoorde te weten omtrent de bevoegdheid van zijn wederpartij met betrekking tot het sluiten van de overeenkomst."[96]

Afgezien van deze procesrechtelijke inhoud, laat het arrest zien dat ook bij een volstrekt normale overeenkomst met betrekking tot de zaak (namelijk een bewaarnemingsovereenkomst met betrekking tot een boot), er reden kan zijn voor de (latere) retentor om aan de bevoegdheid van zijn wederpartij te twijfelen. Dat laat zien dat een afweging van de goede trouw van de retentor alleen in het concrete geval kan worden gemaakt, aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

De rol van de informatie in de openbare registers

131. Nu het retentierecht eveneens betrekking kan hebben op onroerende zaken, dient de vraag zich aan of het 'niet behoeven te twijfelen' van de retentor die zijn retentierecht jegens een anterieure rechthebbende van een registergoed wenst in te roepen ook wordt beheerst door de informatie uit de openbare registers. Kunnen art. 3:23 en 3:24 BW analoog worden toegepast op de goede trouw van de retentor? Art. 3:24 BW beschermt de verkrijger van een registergoed tegen niet ingeschreven, inschrijfbare feiten, tenzij hij ze kende. Art. 3:17 BW bepaalt welke feiten inschrijfbaar zijn. Art. 3:23 BW geeft aan dat de verkrijger in ieder geval *niet* te goeder trouw is indien hij door middel van raadpleging van de openbare registers op de hoogte had kunnen zijn.[97]

---

95 HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*), r.o. 3.4.2.

96 Conclusie A-G Hartkamp, nr. 8, voor HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*).

97 Zie voor een specifieke toepassing van het onderwerp van deze paragraaf, par. 5.4.3.3 over het beding van niet-verandering in de hypotheekakte.

132. In ieder geval spreekt een letterlijke lezing van art. 3:23 en 3:24 BW tegen de toepassing van art. 3:23 en art. 3:24 BW op het retentierecht: de retentor is geen *verkrijger* van een registergoed.[98] De retentor gaat slechts een overeenkomst aan met betrekking tot een registergoed, waarbij het goed in zijn macht wordt gebracht. Art. 3:24 BW beschermt de verkrijger van een registergoed tegen inschrijfbare feiten die niet zijn ingeschreven. De Hoge Raad heeft echter meermaals geoordeeld dat het retentierecht naar zijn aard geen inschrijfbaar feit is. Dit maakt het vrijwel onmogelijk om het ontstaan van een retentierecht wél onder de 'rechtshandeling tot verkrijging van een registergoed die in de registers wordt ingeschreven' in de zin van art. 3:24 BW te begrijpen.

Bovendien is in de openbare registers in beginsel geen informatie te vinden omtrent de verbintenisrechtelijke bevoegdheid van de wederpartij van de retentor in relatie tot de ouder gerechtigde. Uiteraard zijn eigendomsverhoudingen (in beginsel)[99] kenbaar uit de openbare registers. Maar eigendomsverhoudingen zeggen niets over verbintenisrechtelijke bevoegdheden. De bevoegdheid om een specifieke overeenkomst aan te gaan is doorgaans niet kenbaar uit de openbare registers.[100] Stel dat een aannemer die met een niet-eigenaar contracteert de precieze eigendomssituatie zou hebben ontdekt in de registers, dan zou die niet-eigenaar alsnog bevoegd kunnen zijn gemaakt door de werkelijke eigenaar om de overeenkomst met de aannemer te sluiten. Omgekeerd is eveneens mogelijk dat een eigenaar jegens een ouder gerechtigde (bijvoorbeeld een hypotheekhouder) *niet* bevoegd is om een bepaalde overeenkomst aan te gaan.

98 Helder, *GS Vermogensrecht*, art. 3:23 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt t/m 5 september 2017).

99 Geheel waterdicht is het systeem niet, want bijvoorbeeld door verjaring of door erfopvolging kunnen eigendomsverhoudingen veranderen, terwijl deze feiten niet hoeven te worden ingeschreven om rechtsgevolg teweeg te brengen. Deze en andere feiten zijn wel inschrijfbaar krachtens art. 3:17 lid 1 sub b, resp. sub i BW.

100 De (wettelijke) hypotheekbedingen, zoals het beding van niet-verandering laat ik in dit hoofdstuk buiten beschouwing, omdat de focus hier ligt op de werking van het retentierecht jegens de ouder gerechtigde eigenaar. Zie voor een bespreking van de invloed van hypotheekbedingen op het retentierecht paragraaf 5.4.3. Een uitzondering daarop kan het erfpachtrecht meebrengen: in een akte van erfpacht (of in de algemene voorwaarden) kan zijn bepaald dat de erfpachter toestemming nodig heeft om de overeenkomst (bijvoorbeeld een huurovereenkomst) aan te gaan. In dat geval is de beperking van de bevoegdheid van de erfpachter kenbaar uit de openbare registers.

Ook de wetssystematiek spreekt tegen de toepassing van art. 3:24 BW op het retentierecht. Art. 3:24 BW moet in combinatie met art. 3:17 BW worden gelezen. In art. 3:17 lid 1 BW is 'het recht om overeenkomsten aan te gaan met betrekking tot het registergoed' niet terug te vinden. Dat ligt ook voor de hand, omdat het geen goederenrechtelijke inhoud heeft. Ook aan art. 3:17 BW is dus een argument te ontlenen voor de conclusie dat art. 3:24 BW zich niet laat toepassen op het retentierecht.

Bovendien vereist art. 3:24 BW niet méér onderzoek dan de raadpleging van de registers. Dat is moeilijk te rijmen met de parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 lid 2 BW, waar staat dat onder meer gelet moet worden op de aard van de overeenkomst.[101]

133. Tegenover deze argumenten tegen toepassing van art. 3:23 en 3:24 BW op de onderzoeksplicht van de retentor, staat dat de Hoge Raad met betrekking tot huurders heeft overwogen dat zij niet worden beschermd tegen ontruiming na inroeping van het huurbeding door de hypotheekhouder, wanneer zij de huurovereenkomst zijn aangegaan met een onbevoegde.[102] In de casus van het Gay Association-arrest had de koper voordat hij eigendom verkreeg – en dus voordat hij daartoe bevoegd was – het goed al verhuurd. Op hetzelfde moment dat hij vervolgens eigendom verkreeg, vestigde hij een hypotheekrecht ten gunste van de verkoper. Die hypotheekakte bevatte een huurbeding. De Hoge Raad stelt dit geval op één lijn met het geval waarin na het vestigen van de hypotheek, de eigenaar zonder toestemming een huurovereenkomst is aangegaan.[103] De hypotheekhouder kan dan het huurbeding inroepen en is niet gebonden aan (posterieure) huurovereenkomsten. De Hoge Raad laat in het Gay Association-arrest het belang van de hypotheekhouder prevaleren boven dat van de huurder, enerzijds omdat de hypotheekhouder en anderen die op basis van het onderpand krediet willen verstrekken een gerechtvaardigd belang hebben om beschermd te worden tegen huurovereenkomsten met een waarde drukkend effect op het onderpand, en anderzijds omdat huurders door het raadplegen van de openbare registers ("van welke raadpleging art. 1230 ((oud) BW – het huidige art. 3:264 BW, MAH) uitgaat", aldus de Hoge Raad) kunnen vaststellen of hun verhuurder eigenaar of beperkt gerechtigde is.

101 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887.
102 HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0272, *NJ* 1992/262 m.nt. W.M. Kleijn (*Gay Assocation/Engelen Gephura*).
103 HR 7 juni 1991, *NJ* 1992/262 m.nt. Kleijn (*Gay Assocation/Engelen Gephura*), r.o. 3.5 en 3.6.

134. De Hoge Raad maakt zelf geen koppeling met het systeem van art. 3:23, 3:24 en 3:17 BW, maar dat doet Kleijn wel in zijn noot onder het Gay Association-arrest. Kleijn stelt dat de regeling van het huurbeding sinds de invoering van het BW past in het systeem van art. 3:17, 3:23 en 3:24 BW en dat het kunnen kennen ervan aan de huurder wordt toegerekend. Ingeval van een executie door de hypotheekhouder, kan de huurder zich er dus niet op beroepen dat hij niet op de hoogte was van een huurbeding in de hypotheekakte. Brengt het Gay Association-arrest nu mede dat de retentor ook niet is beschermd, wanneer een onbevoegde met hem een overeenkomst sluit? Ik meen van niet. De huurder is in zoverre vergelijkbaar met de retentor dat ook hij krachtens overeenkomst de feitelijke macht over het gehuurde krijgt. Bovendien kan de huurder aan art. 7:226 BW ('koop breekt geen huur') bescherming ontlenen tegen overdracht door de verhuurder/eigenaar en wordt de retentor beschermd door art. 3:291 lid 1 BW. De huurder in het Gay Association-arrest had echter in de openbare registers kunnen zien dat zijn wederpartij op het moment van het aangaan van de huurovereenkomst geen eigenaar was. Een niet-eigenaar is in het algemeen niet bevoegd tot het aangaan van een huurovereenkomst, gelet op duur en de aanzienlijke huurbescherming. De retentor daarentegen kan allerlei hoedanigheden hebben. Voordat hij retentor was, was hij al bewaarnemer, huurder, aannemer, of nog iets anders. Voor veel van deze typen geldt dat het niet ongebruikelijk is dat zij contracteren met niet-eigenaren. Voor hen is niet zozeer de eigendom, maar eerder de solvabiliteit van hun wederpartij van belang. En er zijn nog andere verschillen tussen huurders en retentors. De positie van de retentor verschilt in zoverre van die van de huurder, dat de retentor een vordering heeft, die samenhang heeft met de zaak. De zaak strekt tot onderpand voor de betaling van die vordering. De huurder daarentegen heeft met betrekking tot de zaak een gebruiksrecht. De macht die hij uitoefent over de zaak heeft een ander karakter. Uit het arrest Gay Association kan al met al mijns inziens niet worden afgeleid dat het voor risico van de retentor komt als hij de registers niet heeft geraadpleegd.[104]

104 In par. 5.4.3.2 ga ik in op de situatie dat een huurbeding door de hypotheekhouder wordt ingeroepen tegen een huurder met een retentierecht.

Al met al is de conclusie dat art. 3:23, noch art. 3:24 BW van toepassing is op de bescherming van de retentor tegen de onbevoegdheid van zijn wederpartij. Art. 3:291 lid 2 BW is een uitwerking van het algemene art. 3:11 BW.[105] Niet alleen hetgeen de retentor wist,[106] maar ook hetgeen hij had kunnen weten, moet worden meegenomen. Dat betekent dat alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. In een concreet geval kán dat betekenen dat de retentor de openbare registers had moeten raadplegen. Maar dat 'moeten raadplegen' is dan onderdeel van een gehele afweging die evengoed factoren zoals de aard van de zaak, de aard van de overeenkomst, de hoedanigheid van de retentor en van de wederpartij, de situatie ter plekke, de aard en duur van de werkzaamheden en allerlei andere mogelijke omstandigheden omvat.

135. De casus van een vonnis van de Rechtbank Rotterdam dat ik eerder in deze paragraaf reeds kritisch beschouwde vormt ook voor dit onderwerp een goede illustratie. Het laat zien waar een onjuiste toepassing van art. 3:23 BW bij het retentierecht toe kan leiden. Nogmaals kort de feiten. De gemeente is eigenaar van een stuk grond. Ze heeft dit verkocht, maar nog niet geleverd. De gemeente heeft een bouwplicht aan de kopers opgelegd en een bouwvergunning verstrekt. De kopers sluiten een aannemingsovereenkomst. Omdat de rechtbank in deze zaak (mijns inziens ten onrechte) aannam dat de kopers jegens de gemeente niet bevoegd waren om de aannemingsovereenkomst aan te gaan, komt de rechtbank toe aan een beoordeling van de aannemer op de goede trouw ten aanzien van de bevoegdheid van de kopers. De rechtbank gaat er klakkeloos van uit dat de aannemer de openbare registers had moeten raadplegen en dat hij niet te goeder trouw was, nu hij dat heeft nagelaten:

> "Dat van Breda Bouw, zoals zij stelt, niet kan worden verwacht dat zij de verkoopstukken op artikelniveau gaat navragen en controleren, laat onverlet dat de eigendom van het perceel – anders dan eigendom van roerende zaken – door een ieder eenvoudig kan worden vastgesteld door raadpleging van de openbare registers van het kadaster. Die raadpleging mag van Breda Bouw als professioneel bouwer worden gevergd en tevens mag van haar worden verwacht dat in het geval daaruit blijkt dat haar contractuele wederpartij niet de eigenaar van het te bouwen perceel is, zij bij de eigenaar navraag doet naar de bevoegdheid van haar contractuele wederpartij. Niet in geschil is dat Breda Bouw de openbare registers van het kadaster niet heeft geraadpleegd en geen navraag bij de Gemeente heeft gedaan."[107]

105 Hartkamp/Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017/52.
106 Zie over de kennis van een rechtspersoon Katan 2017.
107 Rb. Rotterdam 16 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2503, r.o. 4.6.

De rechtbank past dus (impliciet) ten onrechte art. 3:23 BW toe op het retentierecht: wie het register had kunnen raadplegen wordt niet beschermd indien hij het register niet heeft geraadpleegd. Dit oordeel miskent dat de onderzoeksplicht van de retentor moet worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden. Art. 3:11 BW vult de goede trouw van art. 3:291 lid 2 in. De informatie die kenbaar is uit de openbare registers is maar één van deze omstandigheden. Het is in ieder geval niet zo, dat art. 3:23 BW op zijn mechanische wijze kan worden toegepast op de goede trouw van de retentor.

4.4 Posterieur of anterieur?

4.4.1 Inleiding: één categorie makkelijke, drie categorieën moeilijke gevallen

136. In het vorige hoofdstuk heb ik betoogd dat het beslissende moment voor het retentierecht het moment van het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid is. Aan het moment van 'uitoefening' komt geen zelfstandige betekenis toe. Als vaststaat dat de zaak in de macht van de retentor is, hij een opeisbare vordering heeft en voldoende samenhang tussen de vordering en de verplichting tot afgifte bestaat, is de schuldeiser opschortingsbevoegd. Dit moment is niet alleen jegens de schuldenaar, maar ook jegens derden het bepalende moment voor de rechtsgevolgen, uiteraard mits het retentierecht ook wordt uitgeoefend. Als de schuldeiser zijn bevoegdheid onbenut laat, treden de rechtsgevolgen niet in.

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, namelijk hoe de temporele verhouding is tussen het retentierecht en het recht van de derde, is relevant om te kunnen beoordelen of het retentierecht tegenwerpelijk is aan de betreffende derde. De wet stelt verschillende voorwaarden voor de derdenwerking, naar gelang de derde posterieur of anterieur is ten opzichte van het retentierecht. Is de derde anterieur, dan kan het retentierecht tegen hem worden ingeroepen wanneer de schuldenaar bevoegdelijk de overeenkomst met de retentor sloot, of de retentor daaraan niet hoefde te twijfelen. Is de derde posterieur, dan kan het retentierecht tegen hem worden ingeroepen, wanneer de feitelijke macht kenbaar was voor deze derde.

In veel gevallen zal het eenvoudig zijn om aan te geven of een derde eerder of later dan het retentierecht was. Maar er zijn ook grijze gevallen, waarin niet duidelijk is of het recht van de derde anterieur of posterieur is. In die gevallen is niet direct duidelijk welke maatstaf (lid 1 of lid 2 van art. 3:291 BW, of beide, of nog weer een andere norm) moet worden

aangelegd om de derdenwerking van het retentierecht te beoordelen. In deze paragraaf onderscheid ik in de eerste plaats in paragraaf 4.4.2 de makkelijke gevallen. Dit zijn de gevallen waarin het bepalen van het ontstaansmoment geen problemen oplevert. Daarna ga ik in op drie categorieën 'moeilijke gevallen'. In paragraaf 4.4.3 begin ik met de eerste categorie, die ermee te maken heeft dat lid 1 en 2 van art. 3:291 BW niet geheel waterdicht zijn. Het kan dan onduidelijk zijn of we te maken hebben met een ouder of een jonger recht. De tweede categorie moeilijke gevallen, die aan bod komt in paragraaf 4.4.4, wordt gevormd door rechtsfiguren waarvan wegens de aard van het betreffende recht onduidelijk is, of zij kunnwn worden aangemerkt als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Paragraaf 4.4.5 ten slotte, gaat over moeilijke gevallen van de derde categorie, waarin onzeker is wat het juiste peilmoment is voor het ontstaan van het recht.

4.4.2 Het vergelijken van de twee ontstaansmomenten

137. In de eerste plaats kunnen de 'makkelijke gevallen' worden onderscheiden. Wie vóór het ontstaan van het retentierecht al een recht had verkregen op de zaak is ouder (anterieur); wie erna is gekomen, is jonger (posterieur). In veel gevallen zal het duidelijk zijn of de derde ouder of jonger is dan het retentierecht. Steneker beantwoordt de vraag naar het ouder of jonger zijn van het recht van de derde ten opzichte van het retentierecht inderdaad als volgt:

> "Voor de derdenwerking van het retentierecht moet worden onderscheiden tussen derden met een jonger recht en derden met een ouder recht. Uiteraard is hiervoor het ontstaansmoment van het retentierecht versus het ontstaansmoment van het recht van de derde beslissend."[108]

Hoe het ontstaan van het retentierecht moet worden vastgesteld, kwam in het vorige hoofdstuk aan de orde. Als het retentierecht bijvoorbeeld wordt ingeroepen tegen een derde met een hypotheekrecht, moet dus worden bepaald wanneer de notariële akte is ingeschreven in de openbare registers. Op dat moment is het hypotheekrecht tot stand gekomen. Als we weten of het recht van de derde ouder of jonger is, dan kan vervolgens worden bezien of aan de vereisten voor derdenwerking die lid 1, of lid 2

108 Steneker 2012b, p. 549. Zie ook noot A. Steneker onder Hof Den Bosch 29 maart 2016, *JOR* 2016/148, onder 2. Fesevur 1988, p. 146 neemt hetzelfde aan.

van art. 3:291 BW stelt, is voldaan. Het bepalen van het verschil in leeftijd van het retentierecht en het recht van de derde lijkt op het eerste gezicht niet problematisch. In veel gevallen zal ook eenvoudig kunnen worden bepaald of het recht van de derde anterieur of posterieur is ten opzichte van het retentierecht, of beide.[109]

4.4.3 Art. 3:291 lid 1 en 2 BW zijn niet sluitend

138. De regel die ik in de vorige paragraaf weergaf voor de categorie makkelijke gevallen, gaat in veel gevallen op. Maar er zijn als gezegd ook een aantal categorieën moeilijke gevallen. De eerste categorie wordt gevormd doordat lid 1 en 2 van art. 3:291 BW niet geheel sluitend zijn. Beide leden bevatten inhoudelijke voorwaarden voor derdenwerking. Maar alleen lid 1 bevat een temporeel element; het bepaalt dat het retentierecht ook kan worden ingeroepen tegen derden die een recht op de zaak hebben verkregen nadat de vordering van de retentor was ontstaan en de zaak in zijn macht was gekomen. Lid 2 bevat daarentegen geen temporeel element, maar noemt de anterieure derde 'een derde met een ouder recht'. Een criterium, aan de hand waarvan moet worden bepaald wanneer een recht beschouwd moet worden als 'ouder', ontbreekt. Het is niet altijd mogelijk om op basis van een a contrario redenering aan te nemen dat iedere derde die niet onder de temporele bepaling van lid 1 valt, ouder gerechtigd is, zoals ik hieronder aan de hand van voorbeelden laat zien. Door de redactie van leden 1 en 2, kunnen gevallen voorkomen die tussen wal en schip vallen. Daarvan is bijvoorbeeld sprake, wanneer de overeenkomst met de 'retentor' al is gesloten, maar de zaken nog niet in zijn macht zijn gebracht, en een derde een recht op de zaak verkrijgt in de tussenliggende periode. Hetzelfde doet zich voor als een derde een recht op de zaak heeft verkregen, nadat de zaak krachtens overeenkomst in de macht van de latere retentor is gekomen, maar voordat zijn vordering op de schuldenaar is ontstaan. Van beide gevallen geef ik een voorbeeld.

139. *Voorbeeld 1*. Een oliehandelaar sluit een bewaarnemingsovereenkomst met een opslagbedrijf. Vervolgens wordt de olie stil verpand aan de bank. Daarna wordt de olie in bewaring gegeven aan de bewaarnemer. De oliehandelaar/bewaargever laat de eerste opslagtermijn onbetaald. Pas op het moment dat de bewaarnemer een opeisbare vordering verkreeg, is voldaan aan de vereisten voor het retentierecht. Het pandrecht dateert van ná het sluiten van de bewaarnemingsovereenkomst, maar vóór het retentierecht.

109 Zie voor dit laatste Fesevur 2017/28.

140. *Voorbeeld 2*. Een opdrachtgever sluit een aannemingsovereenkomst met een aannemer, die kort daarna de bouwplaats afsluit (feitelijke macht wordt verondersteld). De eerste aanneemtermijnen worden netjes voldaan door de opdrachtgever. In de loop van de bouw trekt de opdrachtgever externe financiering aan door een bank. De bank verkrijgt een hypotheekrecht op de grond. De financiering baat de opdrachtgever niet voldoende: hij laat de aannemer onbetaald. De aannemer verkrijgt pas op dat moment een opeisbare vordering op de opdrachtgever. Op dat moment ontstaat de opschortingsbevoegdheid. Het hypotheekrecht is dus anterieur want het bestond eerder dan het retentierecht, maar de overeenkomst met de retentor bestond al wel op het moment dat het hypotheekrecht ontstond.

141. In beide voorbeelden is het zekerheidsrecht ouder dan het retentierecht, maar wringt er iets in de toepassing van art. 3:291 lid 2 BW, omdat dat artikellid ervan uitgaat dat het retentierecht tegen de anterieur gerechtigde kan worden ingeroepen, als de schuldenaar jegens de derde bevoegd was om de bewaarnemings-, respectievelijk aannemingsovereenkomst aan te gaan. Op het moment van het sluiten van de overeenkomst had de pandhouder in voorbeeld 1, respectievelijk hypotheekhouder in voorbeeld 2, echter nog geen beperkt recht op de zaak verkregen. Het dilemma bij de toepassing van lid 2 in deze twee voorbeelden, is dat de ouder gerechtigde in theorie door achteraf de schuldenaar te ontzeggen de overeenkomst te sluiten, de werking van het retentierecht tegen zich zou kunnen frustreren. Dit kan naar mijn mening redelijkerwijs niet de uitkomst zijn. Hierna licht ik op basis van argumenten toe, hoe wél met deze eerste categorie moeilijke gevallen moet worden omgegaan. In voorbeeld 2 zou de oplossing nog kunnen zijn dat wordt aangenomen dat het hypotheekrecht posterieur is. De zaak is immers al in de macht van de aannemer op het moment dat het hypotheekrecht wordt gevestigd, zodat lid 1 zich misschien voor analoge toepassing leent. Aan de hand van uitleg van de overeenkomst tussen de opdrachtgever en de aannemer, kan misschien ook worden aangenomen dat de vordering van de aannemer al wél opeisbaar was voor het moment dat het hypotheekrecht werd gevestigd. In voorbeeld 1 gaat dit echter niet op.

Hoe moet dan worden bepaald of een derde-rechthebbende anterieur of posterieur is ten opzichte van het retentierecht? Het inpassen van deze gevallen vergt enige flexibiliteit. Het is nodig om iets verder te kijken dan de letterlijke wettekst en ook de ratio van de artikelleden in aanmerking te nemen. Ik begin eerst met de zekere gevallen, om daarna een oplossing te vinden voor het grijze gebied. Art. 3:291 lid 1 BW is zoals gezegd van

temporele aard. Het bepaalt dat het retentierecht werkt tegen een derde die een recht op de zaak verkrijgt nadat de zaak in de macht van de retentor is gekomen en zijn vordering is ontstaan. Verder, art. 3:291 lid 2 BW gaat ervan uit dat de anterieur gerechtigde op een bepaalde manier betrokken is bij het aangaan van de overeenkomst met de partij die later een retentierecht is gaan uitoefenen. Art. 3:291 lid 2 BW lijkt dus te impliceren dat de betreffende derde al in het spel was, vóórdat de overeenkomst met de (latere) retentor werd gesloten. Het grijze gebied bevindt zich aldus tussen het moment van het sluiten van de overeenkomst en de cumulatie van feitelijke macht en vordering (en voldoende samenhang uiteraard). Zijn de derden die gedurende die tijd een recht op de zaak verkregen anterieur of posterieur?

142. Zoals ik in paragraaf 4.2 betoogde, is voor het inroepen van het retentierecht tegen een posterieure derde vereist dat de feitelijke macht kenbaar is aan deze derde. Een derde die een recht verkrijgt vóór het moment dat de zaak in de macht van de retentor wordt gebracht, kan mijns inziens dus niet posterieur zijn. Op basis van het feit dat lid 1 een bepaling is met een goede trouw-karakter,[110] kom ik dan ook tot de conclusie, dat een derde alleen posterieur kan zijn, als zijn recht is ontstaan nadat de zaak in zijn macht is gekomen en zijn vordering is ontstaan. Hiervoor is ook steun te vinden in de parlementaire geschiedenis. In de memorie van antwoord is te lezen: "Als beslissend ogenblik voor het als posterieur gelden van het recht van de derde kiest lid 1 dat waarop aan twee vereisten voor het retentierecht is voldaan: het ontstaan van de vordering en het in zijn macht krijgen van de zaak."[111] De derde die vóór die tijd een recht heeft verkregen, is dus anterieur. Wat nu te doen met die derden die niettemin pas een recht verkregen nadat de overeenkomst met de retentor al was gesloten? Zij zijn mijns inziens anterieur. Posterieur zijn zij in ieder geval niet. Wat betreft de invulling van lid 2 van art. 3:291 BW in dit geval: op basis van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW moet worden aangenomen dat de schuldenaar jegens de 'oudere' derde bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan. Er bestaat geen grond voor het achteraf ontnemen van de bevoegdheid van de schuldenaar door de derde. Een andere mogelijkheid is eventueel dat het retentierecht derdenwerking verkrijgt via de goede trouw bescherming van lid 2.

110 Zie par. 4.2.
111 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.

143. Zit er nog een kink in de kabel omdat art. 3:291 lid 1 alleen een 'vordering' vereist en niet een 'opeisbare vordering'? Betekent dit dat het inroepen van een retentierecht jegens een posterieure derde 'sneller' kan dan jegens de schuldenaar zelf, omdat jegens laatstgenoemde een opeisbare vordering vereist is? Deze vraag kan mijns inziens op twee manieren worden benaderd. Ten eerste is het verdedigbaar dat het gaat om een verschrijving van de wetgever. Het is mogelijk dat het samenspel tussen art. 6:52 en art. 3:290 BW onvoldoende in het oog is gehouden.[112] Mocht hier anders over worden gedacht, dan is het mijns inziens nog altijd zo, dat derdenwerking een retentierecht tussen schuldeiser en schuldenaar veronderstelt. Uit het wettelijk systeem volgt dat het bestaan van het retentierecht een voorwaarde is voor derdenwerking ervan. Anders dan Steneker meent,[113] betekent het aanleggen van verschillende maatstaven voor het bestaan van het retentierecht enerzijds en voor de derdenwerking anderzijds niet dat een nog niet bestaand retentierecht al wél kan worden ingeroepen jegens een derde. Dat is inderdaad niet mogelijk. Het betekent slechts dat op het moment dát een retentierecht bevoegd wordt uitgeoefend (hetgeen moet worden vastgesteld aan de hand van de daarvoor geldende vereisten), het moment van het verkrijgen van de feitelijke macht en de (opeisbare) vordering bepalend is voor het anterieur of posterieur zijn van het recht van de derde ten opzichte van het retentierecht, om zodoende te kunnen bepalen welke inhoudelijke toets van derdenwerking dient te worden aangelegd.

4.4.4 De kwalificatie als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW

4.4.4.1 Inleiding

144. De tweede categorie moeilijke gevallen, is die waarin de kwalificatie als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW vragen oproept. Art. 3:291 BW geeft zelf geen omschrijving van 'rechten op de zaak'. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat eigendom, beperkte rechten en beslag een 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW zijn.[114] In het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst oordeelde de Hoge Raad dat ook

112 Fesevur 2017/19.
113 Annotatie A. Steneker, nr. 3 in *JOR* 2016/148 onder Hof Den Bosch 29 maart 2016.
114 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.

derden die een gebruiksrecht ontlenen aan een verbintenisscheppende overeenkomst (in het arrest ging het om een huurder) een 'recht op de zaak' hebben:

> "Een retentierecht kan ingevolge art. 3:291 ook worden ingeroepen tegen een derde die een recht tot gebruik van de zaak ontleent aan een tussen hem en de schuldenaar gesloten verbintenisscheppende overeenkomst."[115]

Door dit arrest is de deur opengezet voor andersoortige verbintenisrechtelijk gerechtigden. Het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst roept de vraag op, hoe de verschillende 'rechten op de zaak' kunnen worden afgebakend. Wat bijvoorbeeld te denken over bruikleen, het recht van de koper op levering van de zaak, Vormerkung en voorrechten? In deze paragraaf ga ik na of deze rechten kunnen worden aangemerkt als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. In art. 4.4.4.2 zet ik eerst twee mogelijke benaderingen van de kwalificatievraag uiteen. In de paragrafen 4.4.4.3 t/m 4.4.4.8 geef ik vervolgens een 'catalogus' van verschillende figuren die mogelijk kunnen worden gekwalificeerd als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW.

Het belang van de kwalificatie als 'recht op de zaak', is dat lid 1 en 2 BW van art. 3:291 BW (onderling verschillende) inhoudelijke voorwaarden stellen voor de tegenwerpelijkheid van het retentierecht tegen de derde. Wanneer het recht dat de derde geldend kan maken, kan worden gekwalificeerd als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW, dan kunnen de vereisten van leden 1 en 2 meebrengen dat een retentierecht *niet* tegen de betreffende derde kan worden ingeroepen. Heeft een bepaalde derde daarentegen geen recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW, dan is noch op basis van lid 1, noch op basis van lid 2 BW een inhoudelijke toets mogelijk. Het feit dat een derde buiten de reikwijdte van art. 3:291 BW valt, betekent níet, dat zo'n derde het retentierecht *niet* tegengeworpen kan krijgen. Als een bepaalde derde geen 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW heeft, werkt het retentierecht ook jegens hem. De kwalificatie als 'recht op de zaak' biedt de derde dus juist (potentieel) bescherming tegen het retentierecht: het geeft hem een anker voor een inhoudelijke toets van de derdenwerking van het retentierecht. Ik illustreer dit aan de hand van een voorbeeld dat betrekking heeft op een 'twijfelgeval': een koper aan wie nog niet is geleverd.

115 HR 6 februari 1998, *NJ* 1999/303 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), r.o. 4.1.3. Anders: Fesevur 2017/28d.

A verkoopt zijn auto aan B. Voordat A de auto aan B levert, laat hij hem repareren door C. A betaalt C niet en C roept een retentierecht in. Vervolgens levert A de auto (longa manu) aan koper B. In dit voorbeeld is het recht op levering dat koper B door het sluiten van de koopovereenkomst verkrijgt anterieur aan het retentierecht, maar zijn eigendomsrecht is posterieur. Zou nu het recht op levering dat B voordat aan hem werd geleverd een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW zijn, dan is voor de derdenwerking van het retentierecht jegens koper B van belang of A jegens B bevoegd was om de reparatieovereenkomst aan te gaan met C, of C daar niet aan hoefde te twijfelen. Zou daarentegen B's recht op levering geen recht op de zaak zijn, dan is er (althans op het moment dat de auto nog niet aan B is geleverd) geen inhoudelijke grond voor hem om het retentierecht van C te weerspreken.

Voor derdenwerking van het retentierecht is overigens niet vereist, dat de bewuste derde een zelfstandige en opeisbare rechtsvordering tot afgifte heeft.[116] Het retentierecht is de opschorting van de verplichting tot afgifte jegens de eigen schuldenaar. De aanspraak van de derde bepaalt niet de ontstaansvereisten voor het retentierecht, dat is een kwestie die zich uitsluitend afspeelt in het domein van de schuldeiser en schuldenaar. De retentor is zelf een derde ten opzichte van de verhouding tussen de schuldenaar en de jonger of ouder gerechtigde. Hij is (als hoofdregel) niet gebonden aan de overeenkomst tussen de derde en de schuldenaar. Het feit dat de wet voor beide (voor de schuldenaar en voor de derde) dezelfde terminologie gebruikt (namelijk: het 'inroepen' van het retentierecht) doet daar niet aan af.

4.4.4.2 Twee benaderingen

145. In verband met de geschetste twijfelgevallen, komt de vraag op of er een algemeen criterium is, op basis waarvan kan worden beoordeeld of iets een recht op de zaak is. Het arrest Deen/Van der Drift bevat een sterke aanwijzing dat voor de kwalificatie van het recht van de derde als 'recht

116 Zie over de goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte van beperkt gerechtigden: J.E. Jansen 2014b.

op de zaak' beslissend is, of de derde ontruiming kan vorderen. In het arrest overweegt de Hoge Raad als volgt:

> "Bij de beoordeling of aan deze eis is voldaan, dient evenwel mede rekening te worden gehouden met hetgeen aan de derde omtrent het retentierecht bekend was *toen hij het recht op grond waarvan hij de ontruiming van de zaak vordert*, verkreeg."[117] (mijn cursivering)

De precieze context van deze overweging van de Hoge Raad kan hier verder buiten beschouwing blijven. Het gaat mij om de woorden die ik hierboven gecursiveerd heb: het gaat erom dat de posterieure derde op basis van zijn recht ontruiming van de zaak kan vorderen. Het relevante criterium lijkt te zijn, of het betreffende recht de gerechtigde een aanspraak tot machtsverschaffing geeft. Ook uit systematisch oogpunt is voor het recht van de derde om een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW te constitueren, bepalend of deze een recht op afgifte of ontruiming van de zaak heeft. Dit kan ofwel een verbintenisrechtelijk recht zijn, of een goederenrechtelijk recht. Een huurder heeft recht op gebruik van de zaak (art. 7:201 BW). De eigenaar kan revindiceren. Een stil pandhouder kan zijn stil pandrecht omzetten in een vuistpandrecht, wanneer de pandgever of schuldenaar tekortschiet (art. 3:237 lid 3 BW); de hypotheekhouder kan het goed onder zich nemen wanneer de schuldenaar ernstig tekortschiet en dit met het oog op de executie vereist is (en mits hij verlof heeft verkregen van de voorzieningenrechter) (art. 3:267 lid 2 BW). Het feit dat stil pandrecht en hypotheekrecht slechts bij (ernstig) verzuim van de schuldenaar het recht geven om de zaak onder zich te nemen, doet aan het vorenstaande niet af. Een pand- of hypotheekrecht is juist op dát moment relevant.

Maar ook dit criterium is niet geheel dekkend en geeft alleen een indicatie. De beslaglegger die verhaalsbeslag legt, heeft bijvoorbeeld niet het recht op afgifte van de beslagen zaak, maar wel een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Het feit dat er niet een beslissend criterium is, op basis waarvan kan worden bepaald of iets een 'recht op de zaak' is, roept de vraag op of de onderscheiding op een andere manier kan worden gemaakt. Ik zie twee mogelijke benaderingen: een ruime en een strikte benadering. Voor beide is iets te zeggen, maar de tweede (strikte) benadering spreekt mij meer aan. Voordat ik in de volgende paragrafen per geval

117 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*), r.o. 3.5.1.

bespreek of het betreffende recht kan worden aangemerkt als 'recht op de zaak', schets ik hier eerst in zijn algemeenheid de twee mogelijke benaderingen.

146. De ruime benadering merkt alle derden met een recht dat in enigermate relateert aan de teruggehouden zaak aan als derde met een recht op de zaak. Daaronder vallen ook kopers aan wie de zaak nog niet geleverd is (ongeacht of zij hun recht hebben beveiligd door middel van Vormerkung) en bevoorrechte schuldeisers. De ruime benadering is verdedigbaar doordat allerlei verschillende soorten rechten als 'recht op de zaak' hebben te gelden en volgens de Hoge Raad ook verbintenisrechtelijke gebruiksrechten eronder vallen. Men zou uit de veelkleurige opsomming (eigendom, beperkte rechten, beslag, huur) kunnen induceren dat iedere derde die in enige mate belang heeft bij de zaak, is aan te merken als derde met een 'recht op de zaak'. De ruime benadering scheert iedere derde over één kam en dat voorkomt dat er willekeur in de onderscheiding sluipt. Aan de andere kant is een strikte benadering denkbaar. De parlementaire geschiedenis merkt drie categorieën derden aan als derden in de zin van art. 3:291 BW, en de Hoge Raad voegt daar in Winters/Kantoor van de Toekomst uitsluitend verbintenisrechtelijk gebruiksgerechtigden aan toe. Het is verdedigbaar dat het arrest niet ruimer moet worden uitgelegd. Andere derden met een persoonlijk recht jegens de schuldenaar, zoals een koper van de zaak, hebben in deze benadering in principe geen 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Een reden om de voorkeur aan deze benadering te geven, is dat persoonlijke rechten van derden zo min mogelijk worden opgewaardeerd tot 'recht op de zaak' en daarmee (althans potentieel) worden beschermd tegen het retentierecht.

Ik ben van mening dat de strikte benadering de juiste is.[118] Zoals in paragraaf 4.4.4.1 beschreven, is het effect van de kwalificatie als 'recht op de zaak', dat een inhoudelijke toets moet worden aangelegd om te bepalen of het retentierecht tegen de betreffende derde kan worden ingeroepen. Wanneer het recht van de derde niet kan worden aangemerkt als 'recht op de zaak', is het retentierecht in principe zonder meer tegen hem in te roepen. Naar mijn mening moet voor het bepalen of iets een recht op de zaak is, zoveel mogelijk worden vastgehouden aan hetgeen in de parlementaire geschiedenis staat en door de Hoge Raad daaraan is toegevoegd. Wanneer

118 Voor de voorrechten ben ik wel genoodzaakt een uitzondering te maken, zie par. 4.4.4.8.

daar op basis van een ruimhartige interpretatie andere derden aan worden toegevoegd, krijgen deze gerechtigden een meer 'goederenrechtelijke werking' dan zij vanwege de aard van hun recht verdienen. Bovendien blijft men met behulp van de strikte benadering zo dicht mogelijk bij het kwalificatiecriterium dat ik in het begin van deze paragraaf formuleerde: namelijk of het recht de betreffende derde het recht op machtsverschaffing geeft. Aangezien het niet mogelijk is om één – alle gevallen omvattende – regel te formuleren, prevaleert de rechtvaardigheid in het individuele geval. Hieronder werk ik uit hoe de door mij voorgestane strikte benadering uitwerkt bij de verschillende denkbare categorieën derden.

4.4.4.3 Goederenrechtelijke rechten

147. In de parlementaire geschiedenis staat dat onder 'derden met een recht op de zaak' eigenaren, beperkt gerechtigden en beslagleggers op de zaak vallen.[119] Onder de categorie beperkt gerechtigden moet eveneens een derde worden begrepen die als gevolg van cessie van de door hypotheek gedekte vordering, een hypotheek verkrijgt op de teruggehouden zaak.[120]

4.4.4.4 Verbintenisrechtelijke gebruiksrechten

148. De Hoge Raad heeft in het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst de groep van derden aanzienlijk uitgebreid. In dat arrest beslist hij dat onder het begrip derden met een recht op de zaak zowel goederenrechtelijk gerechtigden als verbintenisrechtelijk gebruiksgerechtigden vallen:

> "Een retentierecht kan ingevolge art. 3:291 ook worden ingeroepen tegen een derde die een recht tot gebruik van de zaak ontleent aan een tussen hem en de schuldenaar gesloten verbintenisscheppende overeenkomst."[121]

In het arrest was de voornaamste rechtsvraag of Winters, een aannemer, onrechtmatig handelde (en daarmee verplicht was schade te vergoeden) jegens Kantoor van de Toekomst, die huurder van Bolduc (de opdrachtgever en schuldenaar van Winters) was door aan de werklieden van Kantoor van de Toekomst met behulp van een retentierecht de toegang tot het

119 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883.
120 Biemans 2009b, p. 156.
121 HR 6 februari 1998, *NJ* 1999/303 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt. J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*), r.o. 4.1.3. Anders: Fesevur 2017/28d.

gebouwde te ontzeggen zolang zij nog niet betaald was. Kantoor van de Toekomst betoogde in cassatie dat jegens haar (werklieden) het retentierecht niet werkte, omdat zij slechts huurder van Bolduc was en niet goederenrechtelijk gerechtigde. De casus waarover de Hoge Raad had te oordelen ging dus over de verhouding tussen de retentor Winters en de posterieure huurder Kantoor van de Toekomst, maar gelet op de algemene formulering die de Hoge Raad kiest, meen ik dat de rechtsregel niet bepert is tot huurders. De Hoge Raad speekt in zijn algemeenheid van een derde 'die een gebruiksrecht ontleent aan een verbintenisscheppende overeenkomst'. Het wordt wel duidelijk dat het moet gaan om een *gebruiksrecht* met betrekking tot de zaak. Bijvoorbeeld ook bruikleen kan hier onder worden geschaard. En wanneer een economische eigendomsoverdracht zo is ingekleed, dat de verkrijger de zaak mag gebruiken gedurende de tijd dat deze nog van de vervreemder is, kan diens recht ook worden aangemerkt als een 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Het oordeel van de Hoge Raad correspondeert met het criterium dat ik in paragraaf 4.4.4.2 formuleerde om te toetsen of iets aan recht op de zaak geeft: huur en bruikleen geven de huurder c.q. bruiklener het recht om de zaak te gebruiken (art. 7:201 c.q. art. 7A:1777 BW) en machtsverschaffing is inherent aan gebruik van de zaak.

4.4.4.5 Verkrijgers aan wie nog geleverd moet worden of jegens wie nog de vestigingshandelingen voor een beperkt recht verricht moeten worden

149. De Hoge Raad heeft door het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst het bereik van art. 3:291 BW aanzienlijk uitgebreid. Als gevolg van het arrest kan men zich in het geval van goederenrechtelijke rechten afvragen of alleen de titel (tot vestiging of levering) reeds een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW schept, of dat vestiging of levering noodzakelijk is om goederenrechtelijke rechten als zodanig te kunnen kwalificeren.

Op het moment dat de schuldenaar een koopovereenkomst sluit met betrekking tot de teruggehouden zaak, ontstaat voor de koper een recht op eigendomsoverdracht en aflevering van de zaak (art. 7:9 lid 1 BW). Hij verkrijgt dus een verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de verkoper, die betrekking heeft op de zaak. Het eigendomsrecht heeft hij nog niet; daarvoor is levering van de zaak vereist.[122] Kwalificeert de verbintenisrechtelijke aanspraak tot levering die de koper door het sluiten van de

122 Art. 3:84 BW.

koopovereenkomst verkrijgt al als een recht op de zaak in de zin van art. art. 3:291 BW of ontstaat dat pas op het moment dat er aan de koper geleverd is? Dezelfde vraag kan worden gesteld voor de beperkte rechten. Door de schakelbepaling van art. 3:98 BW zijn de vereisten voor eigendomsoverdracht van overeenkomstige toepassing op de vestiging van een beperkt recht op een zaak. Bij beperkte rechten gaat aan de vestiging een obligatoire overeenkomst vooraf, die verplicht tot de vestiging.[123] Een stil pandrecht wordt bijvoorbeeld ingevolge art. 3:237 BW gevestigd door een authentieke of een onderhandse geregistreerde akte. Pas door het opmaken van de authentieke akte of het aanbieden ter registratie van de onderhandse akte is de vestiging een feit. Voor de vestiging van een hypotheekrecht is een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers vereist.[124] Net als bij een eigendomsoverdracht kan men zich afvragen of de verkrijger van het beperkte recht door het bestaan van een geldige titel tot vestiging reeds een 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW heeft verkregen.

In de wet, noch wetsgeschiedenis, zijn aanknopingspunten te vinden voor beantwoording van de vraag, of het recht op levering dat de koper heeft als zodanig al een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW is. Bij obligatoire overeenkomsten die een *gebruiksrecht* met betrekking tot de zaak geven, ontstaat het verbintenisrechtelijke recht van de derde op het moment dat het verkregen wordt krachtens een geldige obligatoire overeenkomst. In het arrest Winters/Kantoor van de Toekomst had Kantoor van de Toekomst eveneens reeds een huurovereenkomst met de eigenaar/schuldenaar gesloten, maar de feitelijke macht had hij nog niet verkregen; daarover ging nu juist het geschil. Niettemin merkte de Hoge Raad hem aan als een derde met een jonger recht op de zaak. Omdat de Hoge Raad spreekt van een derde die een *recht tot gebruik* van de zaak verkrijgt krachtens verbintenisrechtelijke overeenkomst, biedt het arrest mijns inziens onvoldoende steun voor het standpunt dat het recht van de koper op levering al een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW is. Zoals ik in paragraaf 4.4.4.2 al betoogde, leent het arrest zich niet voor zo'n ruime uitleg.

---

123 De levering/vestiging wordt immers verricht *krachtens* geldige titel, zie art. (3:98 jo.) 3:84 BW.

124 Art. 3:260 BW. De Hoge Raad bepaalde overigens in HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, *NJ* 2000/733 (*Derksen/Rabobank*) dat ook indien een hypotheek voor een toekomstige vordering is gevestigd (art. 3:231 BW), het hypotheekrecht op het tijdstip waarop de tot vestiging van het recht van hypotheek strekkende akte in de openbare registers is ingeschreven ontstaat, en niet pas op het tijdstip waarop de vordering, tot zekerheid waarvan de hypotheek strekt, ontstaat.

In lijn met de door mij verdedigde 'strikte benadering', kan het persoonlijke recht dat de koper verkrijgt voordat er is geleverd naar mijn mening niet worden aangemerkt als 'recht op de zaak'. Zou het recht van de koper al wel als zodanig kwalificeren, dan zou zijn verbintenisrechtelijke recht door middel van art. 3:291 BW te zeer worden opgewaardeerd tot een quasi-goederenrechtelijk recht. Zou de koop anterieur zijn aan het retentierecht, dan zou de koper door middel van het ontnemen van de bevoegdheid van de verkoper om overeenkomsten te sluiten met betrekking tot de zaak, een tegen zich werkend retentierecht kunnen voorkomen. Mijns inziens komt een koper niet zodanig veel zeggenschap over iemands anders zaak toe. Wil hij deze zekerheid en zeggenschap wél, dan moet hij beslag leggen. Daarnaast geeft alleen een koopovereenkomst nog niet het recht op afgifte of ontruiming. In paragraaf 4.4.4.2 heb ik weliswaar beschreven dat dit criterium niet geheel dekkend is, maar mijns inziens moet er wel zoveel mogelijk aan worden vastgehouden. Een huurder heeft op basis van zijn huurovereenkomst recht om de feitelijke macht te verkrijgen, want zonder dat kan hij de zaak niet gebruiken (art. 7:201 BW). Een koper heeft dat nog niet, daarvoor moet hij eerst eigenaar worden; pas dan kan hij immers revindiceren onder eenieder die de zaak zonder recht houdt (art. 5:2 BW).

4.4.4.6 Vormerkung

150. De koop van een registergoed kan ingevolge art. 7:3 lid 1 BW worden ingeschreven in de openbare registers. Deze inschrijving wordt wel Vormerkung genoemd, afgeleid van het Duitse recht, waar men deze mogelijkheid al langer kende. Het inschrijven van de koopovereenkomst waarborgt het recht van de koper aan wie nog niet geleverd is, zodat tussentijds opkomende incidenten de levering door de verkoper niet kunnen frustreren. In art. 7:3 lid 3 sub a t/m g zijn deze incidenten (limitatief)[125] opgesomd. Onder meer een na de inschrijving tot stand gekomen bezwaring of vervreemding van het registergoed, of een tussentijds faillissement, kunnen 'niet tegen de koper worden ingeroepen'; ondanks deze gebeurtenissen, kan de koper derhalve de levering van het goed afdwingen. De inschrijving geldt voor zes maanden en vervalt daarna met terugwerkende kracht.

125 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1252, *JOR* 2010/333 m.nt. S.E. Bartels, r.o. 3.3.2.

151. Vormerkung is mijns inziens geen recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Volgens Bartels en Heyman is Vormerkung "zelf geen goederenrechtelijk recht en promoveert [het] evenmin het recht van de koper tot een goederenrechtelijk recht".[126] In de vorige paragraaf heb ik vastgesteld dat het enkele recht op levering dat de koper door het sluiten van een koopovereenkomst verkrijgt, niet kan worden gekwalificeerd als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. In de eerste plaats voldoet Vormerkung niet aan het criterium op basis waarvan (in veel gevallen) rechten op de zaak kunnen worden onderscheiden. Het recht van de koper op levering verschaft namelijk die koper niet (uit dien hoofde) het recht op ontruiming van de zaak. Dat recht heeft de koper pas, op het moment dat hij eigenaar is geworden. Het feit dat de wet met behulp van de Vormerkung het recht van de koper verstevigt, verandert niet de (verbintenisrechtelijke) aard van het recht.[127] Ook het feit dat Vormerkung wel wordt aangeduid als 'kopersbeslag';[128] een soort beslag tot levering, maakt Vormerkung niet tot een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW is.[129] Er zitten namelijk nog altijd significante verschillen tussen beslag en Vormerkung.[130] Ook hier kom ik op basis van de door mij voorgestane strikte benadering van 'rechten op de zaak'[131] tot de conclusie dat Vormerkung de koper geen recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW verschaft. Het is mijns inziens juister om de Vormerkung op dit punt op één lijn te stellen met het verbintenisrechtelijke recht van een koper op levering, dan met beslag.[132]

4.4.4.7 Beslag

152. Volgens de parlementaire geschiedenis moet beslag worden aangemerkt als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Hierboven heb ik betoogd dat voor de kwalificatie als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW beslissend is, of het recht het rechtssubject machtigt tot ontruiming of afgifte. In tegenstelling tot het pandrecht, hypotheekrecht of huurrecht, machtigt beslag de beslaglegger niet in zijn algemeenheid tot

126 Bartels & Heyman 2012/225.
127 Steneker 2012b, p. 552.
128 Van Velten 2018/3.14.1 en 3.14.4.
129 Steneker 2012b, p. 552.
130 Zie daarover Bartels & Heyman 2012/225.
131 Zie par. 4.4.4.2.
132 Steneker 2012b, p. 552.

afgifte of ontruiming. De hypotheekhouder heeft de bevoegdheid tot het onder zich nemen van het goed, indien hij dit beding uitdrukkelijk in de hypotheekakte heeft opgenomen.[133] Zie ik het goed, dan heeft de beslaglegger dit recht alléén, wanneer het gaat om de executie van een registergoed, en hij de voorzieningenrechter verzoekt om onderhands te mogen executeren.[134] Art. 3:268 lid 2 BW bepaalt dat de voorzieningenrechter bij de goedkeuring van de onderhandse verkoop ook de hypotheekgever en de zijnen tot ontruiming kan veroordelen, indien dit is verzocht. Ik zou menen dat dit verzoek evengoed door de beslaglegger mag worden gedaan als door de hypotheekhouder, nu onderhandse verkoop ook bij beslagexecutie is toegestaan. Afgezien van het geval van art. 3:268 lid 2 BW, vereist het wel enige creativiteit om met het geformuleerde criterium – namelijk: verschaft het betreffende recht de gerechtigde het recht op afgifte? – beslag op de zaak als een recht op de zaak te kwalificeren. Zoals ik al schreef in paragraaf 4.4.4.2, is het criterium van de machtsverschaffing niet dekkend. Toch is het feit dat de parlementaire geschiedenis zonder enige omhaal beslag aanmerkt als een recht op de zaak naar mijn mening doorslaggevend om beslag als zodanig aan te merken. Bovendien heeft beslag enkele kenmerken van goederenrechtelijke rechten.[135]

Het is niet duidelijk of de wetgever in zijn kwalificatie van beslag als recht op de zaak, een onderscheid maakt tussen het beslag dat de derde legt om zich op de zaak te verhalen (verhaalsbeslag) of om de zaak geleverd of afgegeven te krijgen (beslag tot afgifte/levering). Bij een beslag tot levering, gelegd door een derde, laat zich wel voorstellen dat het beslag de beslaglegger machtigt tot afgifte van de zaak. Bij het verhaalsbeslag is dat moeilijker. Toch moet ook het verhaalsbeslag als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW worden gezien. Er is goede reden om niet een strikt onderscheid te maken tussen verhaalsbeslag en beslag tot levering. Een beslag tot levering kan namelijk als gevolg van cumulatie met een verhaalsbeslag van rechtswege geconverteerd worden in een beslag tot verhaal van een vervangende schadevergoedingsvordering (art. 497 lid 2 Rv voor executoriaal beslag; art. 736 lid 2 Rv voor conservatoir beslag). Een strikt

133 Art. 3:267 lid 2 BW.

134 *Onderhandse* executoriale verkoop was vóór 1 januari 2015 alleen de hypotheekhouder toegestaan, niet de beslaglegger. Dit is gewijzigd door de Wet van 1 oktober 2014 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek in verband met het transparanter en voor een breder publiek toegankelijk maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken, Stb. 2014, 352.

135 Zie Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006/42.

dogmatisch onderscheid tussen deze twee vormen van beslag is dus niet mogelijk. Wellicht biedt ook het gegeven, dat een beslag weliswaar de beslaglegger zelf niet het recht op afgifte verschaft, maar hij door zijn beslag wel bevoegd beschikt over het recht van de beslagene en zodoende kan leveren aan een verkrijger, een reden om het beslag wel te beschouwen als een recht dat machtigt tot afgifte. De verkrijger van het geëxecuteerde goed kan immers wel weer afgifte vorderen uit hoofde van zijn eigendomsrecht. Het vergt kortom wat passen en meten, maar het beslag moet ook als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW worden aangemerkt.

153. De reden om beslag aan te merken als recht op de zaak, lijkt te zijn dat het retentierecht ook voorrang geeft boven 'concurrent schuldeisers'; beslagleggers zonder bijzonder voorrecht of voorrang krachtens pand- of hypotheekrecht. Beslag is dan het aangrijppunt voor de toepassing van art. 3:291 BW. Zou beslag niet als 'recht op de zaak' hebben te gelden, dan zou voorrang van de retentor boven concurrente schuldeisers eventueel kunnen worden geconstrueerd via art. 6:53 BW, maar dat is niet conform de visie van de wetgever. De toepassing van art. 3:291 BW, in plaats van art. 6:53 BW, op de verhouding retentor – concurrent schuldeiser heeft wel een merkwaardig gevolg. Beslag wordt door de wetgever als recht op de zaak aangemerkt met het oog op bescherming van de retentor tegen de beslaglegger: de retentor heeft voorrang boven hem op grond van art. 3:291 BW. Gevolg van de kwalificatie van beslag als recht op de zaak is echter, dat er juist omstandigheden kunnen zijn, die maken dat het retentierecht níet werkt tegenover de beslaglegger. Immers, als een beslaglegger een recht op de zaak heeft in de zin van art. 3:291 BW, moet voor derdenwerking aan de vereisten van dat artikel zijn voldaan. Zou beslag niet kwalificeren als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW, dan betekent dat *niet* dat het retentierecht níet aan de beslaglegger zou kunnen worden tegengeworpen. Men moet dan terugvallen op het vangnet van het algemene art. 6:53 BW, het artikel dat de werking jegens schuldeisers van de schuldenaar regelt in de afdeling over opschortingsrechten. Art. 6:53 bepaalt: "Een opschortingsrecht kan ook worden ingeroepen tegen schuldeisers van de wederpartij". Anders dan art. 3:291 BW, stelt art. 6:53 BW geen nadere voorwaarden aan het inroepen van het opschortingsrecht tegen de schuldeisers van de schuldenaar. Men zou geneigd zijn te zeggen dat de derdenwerking van art. 3:291 BW als lex specialis ten opzichte van art. 6:53 BW *in het belang van de retentor* is, maar in feite is het juist een beperking van de derdenwerking. Toch ben ik van mening dat

art. 3:291 BW de verhouding tussen een beslaglegger en de retentor beheerst en niet (het ruimere) art. 6:53 BW.[136] Ook al stelt art. 3:291 BW wel eisen voor derdenwerking en art. 6:53 BW niet, dan nog geldt dat deze vrijwel altijd vervuld zullen zijn ten opzichte van een beslagleggende concurrent schuldeiser. Als de beslaglegger een concurrent schuldeiser is, zal de retentor in de regel zijn retentierecht tegen hem kunnen inroepen en op basis daarvan op grond van art. 3:292 BW voorrang hebben bij de uitdeling van de executieopbrengst.[137] Heeft de beslaglegger een voorrecht, dan zal moeten worden bepaald hoe zich dat voorrecht materieelrechtelijk verhoudt tot het retentierecht.[138]

154. Wat is het precieze moment dat het beslag tot stand komt? Conservatoir en executoriaal beslag op roerende zaken is gelegd op het moment dat de deurwaarder een exploot uitbrengt aan de beslagene ((art. 712 jo.) art. 440 en 443 Rv).[139] De verplichte inhoud van het exploot is te vinden in art. 440 lid 1 Rv. Conservatoir en executoriaal beslag op onroerende zaken wordt ingevolge art. 702 jo. 504 Rv gelegd door een proces-verbaal van de deurwaarder met de in art. 504 lid 1 Rv beschreven inhoud. Art. 505 lid 1 Rv bepaalt dat het beslag in de openbare registers moet worden ingeschreven; pas vanaf dat moment heeft het blokkerende werking (art. 505 lid 2 Rv).[140] Voor wat betreft het moment van de totstandkoming ten opzichte van het retentierecht, is het moment van inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming mijns inziens eveneens bepalend.[141] Het ligt voor de hand om aan te knopen bij het moment dat het beslag blokkerende werking krijgt, omdat ook dat materieelrechtelijke gevolgen heeft.

136 In deze zin: Asser/Hartkamp 4-I 1992/269 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/278. Anders: Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/507, Fesevur 2017/19 en Fesevur 1988, p. 144. Fesevur is van mening dat de verhouding tussen concurrente en bevoorrechte schuldeisers en de retentor uitsluitend wordt beheerst door art. 6:53 BW. Overigens fungeert art. 6:53 BW mijns inziens wel als vangnet, in die gevallen waarin het niet mogelijk is om derdenwerking op basis van art. 3:291 BW aan te nemen. Zie voor een voorbeeld par. 9.3.4.

137 Zie par. 5.5 over de blokkerende werking van het beslag en een posterieur retentierecht.

138 Zie hierna par. 4.4.4.8.

139 Van Mil 2011, p. 237, Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018/258.

140 Conservatoir en executoriaal beslag zijn inschrijfbare feiten ingevolge art. 3:17 lid 1 onder g BW; zie ook art. 32 Kadw.

141 Zie Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018/272.

4.4.4.8 Voorrechten

Algemeen

155. Een voorrecht is het recht om met voorrang te worden voldaan uit de netto-executieopbrengst van het goed waar het voorrecht betrekking op heeft. Het is geen goederenrechtelijk recht. De voorrechten moeten mijns inziens worden gezien als rechten op de zaak in de zin van art. 3:291 BW,[142] ongeacht of ze bijzonder (op een bepaald goed) of algemeen (op alle goederen van de schuldenaar) van aard zijn. Ook bij de voorrechten gaat het criterium, of ze de derde het recht op machtsverschaffing geven, niet op. En hier moet ik bovendien een uitzondering maken op de door mijzelf gepropageerde 'strikte benadering' van rechten op de zaak.[143] Voorrechten zijn immers geen goederenrechtelijke rechten, geen beslag en geen verbintenisrechtelijke gebruiksrechten. De al of niet tegenwerpelijkheid van voorrechten tegenover rechten van derden, is van belang in het kader van de rangorde van de vorderingen bij verhaal op de zaak. Als een schuldeiser zich verhaalt op de zaak, wordt de bevoorrechte schuldeiser alleen (met voorrang) voldaan uit de executieopbrengst, wanneer hij beslag heeft gelegd. Zo niet, dan deelt hij niet mee. Hierboven is vastgesteld dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat beslag moet worden gezien als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Het feit dat een voorrecht zich júist manifesteert op het moment dat sprake is van executie en uitdeling, brengt mijns inziens mee dat het moet worden gezien als een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Gecombineerd met art. 3:292 BW is art. 3:291 BW nu eenmaal een bepaling van rangorde. Het retentierecht is niet alleen een opschortingsbevoegdheid; daaraan gekoppeld is een verhaalsrecht met voorrang. Weliswaar heb ik hierboven als criterium voor de vraag of iets een recht op de zaak is, gesteld dat het erop aankomt of een recht de gerechtigde tot afgifte of ontruiming machtigt. Een voorrecht doet dat niet. Maar daar staat tegenover dat dat criterium bij beslag niet opgaat, terwijl beslag wél kwalificeert als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Aangezien de voorrang van het voorrecht zich alleen manifesteert bij beslag op de zaak, is het mijns inziens voor de voorrechten mogelijk om aan te knopen bij de kwalificatie van beslag als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Een ander argument voor de kwalificatie als

142 Asser/Hartkamp 4-I 1992/269. Anders: Fesevur 2017/19.
143 Par. 4.4.4.2.

'recht op de zaak' is het feit dat de bijzondere voorrechten ook in het kader van art. 3:90 lid 2 BW (de relativering van een levering c.p. jegens een ouder gerechtigde) worden beschouwd als een '(ouder) recht op de zaak'.[144] Voor de algemene voorrechten geldt dit weliswaar niet,[145] maar vanwege het feit dat deze net zo goed als de bijzondere voorrechten het recht geven om bij voorrang te worden voldaan uit de executieopbrengst, zie ik niet in waarom wat betreft de kwalificatie als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW een verschil zou moeten worden gemaakt tussen de algemene en de bijzondere voorrechten. Ook algemene voorrechten kunnen mijns inziens worden aangemerkt als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW.

Ik ga na hoe het feit dat de voorrechten rechten op de zaak zijn, uitwerkt voor de bijzondere voorrechten wegens kosten tot behoud van het goed gemaakt en wegens bearbeiding van de zaak. Voorrechten houden hun werking tijdens faillissement. De mogelijke samenloop tussen het algemene voorrecht van de fiscus van art. 21 Iw en het retentierecht (tijdens faillissement) behandel ik niet hier, maar in paragraaf 8.2.4.4.

Voorrecht voor kosten tot behoud

156. Een retentierecht kan ofwel vóór, ofwel ná het voorrecht voor kosten tot behoud ontstaan. Het ontstaansmoment van het voorrecht is gekoppeld aan het ontstaan van de vordering van de bevoorrechte schuldeiser.[146] Ook als de zaak zich bij de retentor bevindt, kan het natuurlijk voorkomen dat iemand de zaak voor fysiek tenietgaan behoedt. De vraag is of de retentor voorrang heeft boven de schuldeiser met een voorrecht voor behoudskosten. Volgens art. 3:284 lid 2 BW kunnen aan de bevoorrechte schuldeiser geen eerdere rechten worden tegengeworpen. Art. 3:284 lid 3 BW bepaalt verder dat de bevoorrechte schuldeiser voorrang heeft

144 Kritisch over de relativering van de levering c.p. jegens een oudere bevoorrechte schuldeiser zijn Fesevur 1999b, p. 8 en Damsteegt-Molier 2009, p. 23.

145 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*) r.o. 3.6: "Het hof heeft dat beroep verworpen op de grond dat het algemene voorrecht van de Ontvanger niet is aan te merken als een "ouder recht" als in die bepaling bedoeld. De klacht faalt omdat het oordeel van het hof juist is."

146 Fesevur 2017/9.

boven alle andere voorrechten van eerder datum. Volgens Fesevur gaat het retentierecht "in de regel" voor op de voorrechten.[147] Ik onderschrijf die stelling in haar algemeenheid niet. De tegenwerpelijkheidsbepalingen van art. 3:284 én art. 3:291 (jo. 3:292) BW spelen beide een rol bij het bepalen van de verhouding tussen het retentierecht en de schuldeiser met een voorrecht. Als het retentierecht is ontstaan nadat de vordering van de bevoorrecht schuldeiser is ontstaan, heeft de retentor voorrang bij uitwinning. Dit volgt zowel uit art. 3:284 lid 2 BW,[148] als (vermoedelijk) uit art. 3:291 lid 2 BW. De vraag is echter, of een *eerder* retentierecht *ook* kan worden tegengeworpen aan de schuldeiser met een vordering waaraan een voorrecht voor kosten tot behoud is verbonden. Art. 3:284 lid 2 BW maakt geen onderscheid inzake het type anterieur recht dat 'niet aan de bevoorrechte schuldeiser kan worden tegengeworpen'. Is het voorrecht van eerder datum dan het retentierecht, dan wijzen art. 3:284 en art. 3:291 lid 1 BW mogelijk in een andere richting. Art. 3:284 lid 2 BW brengt mee, dat eerdere rechten niet aan de bevoorrechte schuldeiser kunnen worden tegengeworpen. En wanneer het retentierecht wordt gezien als een 'ander voorrecht' in de zin van art. 3:284 lid 3 BW, prevaleert het voorrecht wegens behoudskosten eveneens boven het retentierecht. Dit heeft ermee te maken dat de kosten tot behoud ook strekken tot voordeel van de schuldeiser die daarvóór al een recht op de zaak had verkregen. Met andere woorden: de bevoorrechte schuldeiser heeft voorrang op de retentor. Art. 3:291 lid 1 BW kan daarentegen meebrengen, dat het retentierecht voorrang heeft boven de bevoorrechte schuldeiser. Daarvoor moet worden nagegaan of de machtsuitoefening kenbaar was voor de bevoorrechte schuldeiser. Als dat niet zo was, gaat de bevoorrechte schuldeiser voor.[149] Dan zou de uitkomst

147 Fesevur 2017/10. In de tweede druk van de monografie (Fesevur 1992/10) was Fesevur over de samenloop tussen de voorrechten en het retentierecht overigens stelliger; het "in de regel" stond toen nog niet.

148 Hierbij moet nog wel de kanttekening worden geplaatst, dat niet zeker is of het retentierecht heeft te gelden als een 'recht van een derde op het goed' in de zin van art. 3:284 *lid 2* BW. Eveneens zou kunnen worden betoogd dat het retentierecht heeft te gelden als 'voorrecht' in de zin van art. 3:284 *lid 3* BW, zodat het dan – wanneer posterieur – ingevolge art. 3:284 lid 3 jo. 3:281 lid 1 BW in gelijke rang zou zijn met het voorrecht wegens kosten tot behoud. Maar mijns inziens brengt de ratio van het voorrecht wegens kosten tot behoud mee, dat de posterieure retentor in principe voorrang heeft boven de bevoorrechte schuldeiser. Zie over de afbakening tussen lid 2 en lid 3 van art. 3:284 BW: Van Mierlo 1996, p. 86.

149 In deze paragraaf komt dit kenbaarheidsvereiste, dat mijns inziens moet worden ingelezen in art. 3:291 BW, een aantal keer terug. Pas in par. 4.3 werk ik de stelling, dat het retentierecht alleen kan worden ingeroepen tegen de posterieure derde, indien de machtsuitoefening voor hem kenbaar was, uitgebreid uit.

dus stroken met die van art. 3:284 BW. Maar als de machtsuitoefening wél kenbaar was (op het moment van het maken van de kosten van behoud), dan kan het retentierecht tegen de bevoorrechte schuldeiser worden ingeroepen. Dat zou meebrengen dat de retentor voorrang heeft. Art. 3:291 BW wijst dan in een andere richting dan art. 3:284 BW. Gelet op de ratio van de voorrang van de bevoorrechte schuldeiser, meen ik dat bij samenloop tussen een eerder retentierecht en een later voorrecht wegens kosten tot behoud, deze laatste prevaleert. De bevoorrechte schuldeiser heeft voorrang, omdat zijn handelen ook in het belang van de eerder gerechtigden tot de zaak was. Mijns inziens moet de voorrang van de retentor daarvoor wijken, bij een conflict tussen 3:284 en 3:291 BW.

Voorrecht voor kosten van bearbeiding

157. Een ander voorrecht dat kan samenvallen met het retentierecht, is het voorrecht van bearbeiding (art. 3:285 BW). Een schuldeiser die persoonlijk aan de uitvoering van een aannemingsovereenkomst werkt, is bevoorrecht op de opbrengst van de bewerkte zaak. Ook dit voorrecht kan zowel vóór als ná het retentierecht ontstaan. Art. 3:285 lid 2 BW geeft alleen aan dat het voorrecht voorrang heeft boven een pandrecht, tenzij het een vuistpandrecht van later datum is. Aangezien het voorrecht wel een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW is, moet de onderlinge verhouding (opnieuw) worden bepaald aan de hand van art. 3:291 en nu ook art. 3:285 BW. Als het voorrecht wegens bearbeiding anterieur was, zal de retentor in de regel voorrang hebben. Is het voorrecht posterieur, dan neemt het retentierecht alleen voorrang boven het voorrecht, als de feitelijke macht kenbaar was. Art. 3:285 BW geeft – anders dan het hiervoor behandelde art. 3:284 BW – geen van art. 3:291 BW afwijkende rangorderegels.

4.4.5 Het peilmoment

158. De derde categorie moeilijke gevallen is die waarin het peilmoment voor de kwalificatie als recht op de zaak onzeker is. Zoals in paragraaf 4.4.2 al werd geconstateerd, is het uitgangspunt dat de twee ontstaansmomenten van het recht van de derde en het retentierecht moeten worden vergeleken. Maar het kan goed zijn dat een derde chronologisch een aantal verschillende rechten op de zaak verkrijgt. Ik geef twee voorbeelden. In beide is A de schuldenaar, B de derde en C de retentor.

159. *Voorbeeld 1.* A heeft een zaak verkocht aan B. Omdat B niet levert op de afgesproken datum, legt B conservatoir beslag tot levering op de zaak. C, wederpartij van A, verkrijgt vervolgens een retentierecht op de zaak. B verkrijgt daarna een executoriale titel die A verplicht tot levering. A geeft alsnog uitvoering aan de titel en levert de zaak longa manu aan B. De zaak bevindt zich nog bij retentor C. Is het correcte peilmoment voor het ontstaan van het recht van B op de zaak het beslag of zijn eigendom?

160. *Voorbeeld 2.* B heeft een vordering op A wegens kosten tot behoud van een zaak van A. C verkrijgt een retentierecht op deze zaak. B legt vervolgens verhaalsbeslag op de zaak. Is het correcte peilmoment voor het ontstaansmoment van het recht van B op de zaak zijn voorrecht of het beslag?

161. In voorbeeld 1 heeft C een retentierecht verkregen in het interval tussen het conservatoir beslag door B en zijn eigendomsverkrijging. Is nu het beslag van B of het verkrijgen van eigendom door B het juiste peilmoment voor het anterieur of posterieur zijn van het recht ten opzichte van C's retentierecht? Zowel beslag als eigendom is te kwalificeren als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Wanneer discrepantie bestaat tussen de inroepbaarheid van het retentierecht op het eerdere moment en het latere moment (in voorbeeld 1: het retentierecht kon wél tegen het beslag van B worden ingeroepen, maar niet tegen zijn vervolgens verkregen eigendomsrecht), prevaleert in mijn ogen de meest recente situatie. Door de verkrijging van eigendom is B's beslag irrelevant geworden. Hij kan er dus geen rechten meer aan ontlenen, maar kan ook niet de tegengeworpen krijgen dat het retentierecht wél tegen het beslag kon worden ingeroepen. Het feit dat het retentierecht op een eerder moment wel tegen hem kon worden ingeroepen, doet er niet aan af dat B er op een later moment tegen wordt beschermd. Is het 'eindstation' (in voorbeeld 1 is dat de eigendom) al bereikt, dan kan men niet de toets voor derdenwerking beïnvloeden door een ander (eerder) moment beslissend te achten voor de kwalificatie als 'recht op de zaak' wanneer dit toevallig beter uitkomt. Is het eindstation nog niet bereikt, dan is het laatst beschikbare 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW beslissend voor de anterioriteit.

162. In voorbeeld 2 speelt de vraag, welk het juiste peilmoment is in het kader van art. 3:291 BW: het ontstaan van het voorrecht of het leggen van het beslag door B. Het voorrecht ontstaat met het ontstaan van de vordering van de bevoorrechte schuldeiser, terwijl de voorrang die het voorrecht

verschaft zich pas manifesteert bij beslag. Bij beslag kan een schuldeiser voorrang ontlenen aan het materiële recht dat hij heeft. Het voorrecht – en niet het beslag – bepaalt dan de verhouding tussen de bevoorrechte schuldeiser en de retentor. Het voorrecht wegens kosten tot behoud was anterieur aan het retentierecht. In paragraaf 4.4.4.7 kwam al aan de orde, dat het retentierecht dan voorrang heeft boven het voorrecht. Dit is zowel te baseren op art. 3:284 lid 2 BW, als op art. 3:291 lid 2 BW.

4.5 Conclusies

163. Wanneer men uitsluitend afgaat op de tekst van art. 3:291 lid 1 BW, stelt het artikellid geen inhoudelijke voorwaarden aan de derdenwerking van het retentierecht tegen een posterieure derde. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot onroerende zaken, de parlementaire geschiedenis bij het artikellid en de wetssystematiek volgt echter dat art. 3:291 lid 1 BW een goede trouw-karakter heeft. Het artikellid beschermt de derde aan wie de machtsuitoefening door de retentor níet kenbaar was. Dit geldt net zo goed voor retentierechten met betrekking tot onroerende, als roerende zaken.

De derdenwerking jegens anterieure derden heeft traditioneel wat meer voeten in de aarde. Deze vorm van derdenwerking wordt gerechtvaardigd ófwel doordat de schuldenaar jegens deze oudere derde bevoegd was om de overeenkomst met de retentor aan te gaan, ófwel de retentor niet aan die bevoegdheid hoefde te twijfelen. Deze systematiek, waarin derdenwerking wordt aangenomen, primair op basis van een bestaande bevoegdheid, en subsidiair (bij gebreke van bevoegdheid) op basis van de bescherming van goede trouw, keert op een aantal plaatsen in het vermogensrecht terug, bijvoorbeeld bij de derdenwerking van exoneratieclausules.

Wanneer de schuldenaar bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan, rechtvaardigt dit dat het retentierecht ook aan de ouder gerechtigde kan worden tegengeworpen, omdat er in dat geval geen verschil is tussen het aangaan van de overeenkomst door de anterieure zelf en degene die hij daartoe heeft 'gemachtigd'. Was de schuldenaar *niet* bevoegd tot het sluiten van de overeenkomst, dan is plaats voor derdenwerking wanneer de retentor – kort gezegd – te goeder trouw was. Het vertrouwen van de retentor prevaleert boven de autonomie van de ouder gerechtigde. Dit kan worden onderbouwd aan de hand van het verkeersbelang, waaraan

ook in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 lid 2 BW waarde wordt gehecht – overeenkomsten met betrekking tot de zaak moeten in zijn algemeenheid vlot kunnen worden gesloten. Bij derdenwerking op basis van het vertrouwensbeginsel is doorslaggevend, dat de derde wordt beschermd in een negatief belang. Hij krijgt er dankzij de bescherming geen rechten bij, maar hem gaat iets níet verloren.

Óf de schuldenaar bevoegd was, is een kwestie van uitleg van de (goederenrechtelijke, dan wel verbintenisrechtelijke) rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de ouder gerechtigde. Het komt er uiteindelijk op neer dat een schuldenaar bevoegd zal zijn om overeenkomsten met betrekking tot de zaak aan te gaan die 'normaal' zijn. Wat normaal is, is echter niet in zijn algemeenheid te zeggen. Het verschilt naar plaats en tijd. Het is denkbaar dat de bevoegdheid om bepaalde overeenkomsten aan te gaan door de ouder gerechtigde wordt beperkt.

De invulling van de goede trouw van de retentor in concreto geschiedt aan de hand van art. 3:11 BW. Het gaat uiteraard om alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de zaak (bijv. roerend of onroerend), de aard de overeenkomst (bijv. huur, bewaarneming, aanneming, maar ook de duur ervan), en de hoedanigheid van partijen (bijv. professioneel of particulier).

Op het eerste gezicht lijkt het onderscheid tussen lid 1 en lid 2 van art. 3:291 BW makkelijk te maken: was het recht van de derde eerder in tijd dan het retentierecht, dan is het anterieur. Was het recht van de derde later in tijd, dan is het posterieur. In veel gevallen is daarmee de kous af. Maar er zijn een aantal complicaties bij het bepalen van de derdenwerking van het retentierecht. Die complicaties zijn in mijn ogen te herleiden tot drie oorzaken.

Ten eerste: lid 1 en lid 2 van art. 3:291 BW zijn ongelijksoortig. Alleen lid 1 bevat een temporeel element, lid 2 niet. Bij twijfel of het recht van een derde anterieur of posterieur is, moet men mijns inziens de ratio van de twee leden nagaan. Lid 2 gaat over derden, die er al waren op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Lid 1 gaat over derden, die een recht verkregen nadat de zaak in de macht van de retentor was gekomen. Het inpassen van sommige gevallen zal een beetje flexibiliteit vergen en soms eventueel de toepassing van beide leden op dezelfde derde, om te bezien of derdenwerking aan de orde is.

Ten tweede: de kwalificatie van een bepaald recht als recht op de zaak is niet altijd zeker. Ik heb in paragraaf 4.4 een aantal verschillende rechten die als recht op de zaak zouden kunnen gelden op te lijsten. Het algemene criterium voor iets om als recht op de zaak te kwalificeren is de

vraag of het recht zelf de gerechtigde machtigt tot de feitelijke macht (of tot ontruiming), maar ook met dat criterium moet men noodgedwongen enigszins flexibel omgaan. Men kan een ruime of een strike benadering aanleggen van het begrip 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Ik opteer voor de strikte benadering. In mijn ogen zijn alleen goederenrechtelijke rechten, beslag en verbintenisrechtelijke gebruiksrechten aan te merken als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Daarbij maak ik wel een uitzondering voor de voorrechten, die de strikte benadering volgend geen recht op de zaak zouden zijn, maar vanwege de relevantie bij uitwinning wel. Voor hun kwalificatie als recht op de zaak moet worden aangesloten bij beslag.

Ten derde: een derde kan gedurende de tijd achtereenvolgens meerdere rechten op de zaak in de zin van art. 3:291 BW verkrijgen. In dit geval is het tijdstip van het totstandkomen van het laatste recht mijns inziens het juiste peilmoment. Een derde kan niet terugvallen op een eerder in tijd verkregen recht, omdat dat op het punt van derdenwerking beter voor hem uitvalt.

DEEL II

RETENTIERECHT EN UITWINNING BUITEN FAILLISSEMENT

HOOFDSTUK 5

BESLAG OP EN EXECUTIE VAN DE TERUGGEHOUDEN ZAAK

5.1 Inleiding

164. Wanneer een schuldenaar in gebreke blijft met de voldoening van zijn vordering, kan het moment komen dat één of meer schuldeisers zich op zijn vermogen wil(len) verhalen. Ook de teruggehouden zaak komt in aanmerking voor verhaal door schuldeisers; het feit dat deze zich niet in de macht van de schuldenaar bevindt, staat aan uitwinning uiteraard niet in de weg. Wel kan het retentierecht feitelijk een drempel opwerpen bij de executie. Het kan zorgen voor een impasse, omdat executie met retentierecht niet aantrekkelijk is. Dat komt onder meer doordat het retentierecht niet is opgenomen in art. 3:273 BW en niet per definitie vervalt door zuivering. De executiekoper zal het retentierecht dan moeten respecteren (art. 3:291 lid 1 BW). Daarnaast is aan het retentierecht voorrang verbonden, waardoor mogelijk is dat uitwinning door een andere schuldeiser dan de retentor niet de moeite waard is.

In dit hoofdstuk behandel ik de positie van de retentor en van andere verhaalzoekende schuldeisers op de teruggehouden zaak in het kader van beslag-, pand- en hypotheekexecutie. Ik doe suggesties om uit de patstelling te geraken die het retentierecht bij uitwinning van de zaak buiten faillissement kan opwerpen. De zaak moet op een zeker moment weer beweging komen. Dat is in belang van het handelsverkeer. Dat belang ligt als normatieve keuze ten grondslag aan het recht dat betrekking heeft op executie. Executie beoogt een vastgelopen situatie weer in beweging te brengen en zij bewerkstelligt eigendomsoverdracht. Het leidmotief bij de beoordeling van de positie van de retentor bij executie is de verhandelbaarheid van de teruggehouden zaak. Het retentierecht kan allerlei partijen dwarszitten, maar in het kader van executie moet er een einde zijn aan de dwangpositie. De verschillende oplossingen die worden aangedragen voor de ontstane impasse beogen het belang van het handelsverkeer te dienen.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 5.2 komen een aantal algemene onderwerpen aan de orde op het vlak van beslag, executie en retentierecht. Deze vragen kunnen spelen ongeacht of het gaat om de executie van roerende, of onroerende zaken. In paragraaf 5.3 ga ik in op het geval, waarin een retentor eveneens een vuistpandrecht op roerende zaken heeft en de gevolgen van deze combinatie van hoedanigheden bij (pand- dan wel beslag)executie. Paragraaf 5.4 gaat over de samenloop tussen retentierecht en hypotheek bij hypotheekexecutie van onroerende zaken. Paragraaf 5.5 ten slotte, gaat in op de gevolgen van de blokkerende werking van beslag voor een posterieur retentierecht.

Ik veronderstel in dit hoofdstuk dat aan de vereisten voor het uitoefenen van het retentierecht tegen de schuldenaar zelf is voldaan. Het bestaan van het retentierecht is een voorwaarde voor derdenwerking tegen andere schuldeisers.

5.2 Retentierecht en executieverkoop

5.2.1 Inleiding

165. In deze paragraaf komt een aantal verschillende onderwerpen aan de orde, die kunnen spelen wanneer de retentor of een andere schuldeiser zich buiten faillissement verhaalt op de teruggehouden zaak. Het gaat onder meer om de vraag wat de consequenties zijn van de kwalificatie van een retentierecht als bijzondere last in de zin van 7:15 BW, of het retentierecht vervalt door zuivering, of er lossing kan plaatsvinden van het beslag van de retentor en de achtergrond van het toekennen van voorrang aan de retentor. De paragraaf is zoveel mogelijk chronologisch van opzet. De onderwerpen komen aan bod in de volgorde waarin ze zouden kunnen spelen, wanneer de teruggehouden zaak wordt uitgewonnen.

Zoals in de inleiding al naar voren kwam, ligt het waarborgen van de verhandelbaarheid van zaken als normatieve keuze ten grondslag aan de wettelijke regels over executie. In faillissement zorgt art. 60 lid 2 Fw voor een opheffing van de impasse die het retentierecht kan veroorzaken. De curator kan de zaak tijdens faillissment opeisen bij de retentor. Buiten faillissement kan art. 60 lid 2 Fw niet worden toegepast, maar het belang van doorbreking is bij executie buiten faillissement niet minder groot. Het dwarsliggen van de retentor is in een uitwinningssituatie naar mijn mening niet langer gerechtvaardigd. Het rechtsverkeer eist dat de impasse die het

retentierecht opwerpt wordt doorbroken. De verschillende oplossingen die hieronder worden voorgesteld zijn te herleiden tot dit motief van bescherming van het handelsverkeer. In sommige gevallen biedt het geldende recht ruimte voor doorbreking; in andere gevallen niet en is een wetswijziging nodig.

5.2.2 Inroepen retentierecht tegen de executant en andere beslagleggers

166. Een van de eerste vragen die op kan komen wanneer een schuldeiser de teruggehouden zaak wil uitwinnen, is of het retentierecht kan worden ingeroepen tegen de executant.[1] Daarvoor is het recht dat de executant ten opzichte van de retentor geldend kan maken beslissend. Wanneer uit toepassing van art. 3:291 BW blijkt, dat het retentierecht niet tegen de executant kan worden ingeroepen, is hij niet gebonden aan het retentierecht. Het retentierecht is dan uitsluitend een persoonlijk werkend opschortingsrecht in de verhouding retentor-schuldenaar. Doorgaans zal art. 3:291 BW zo uitwerken, dat het retentierecht inderdaad kan worden ingeroepen tegen de andere schuldeiser, maar het is niet per definitie gegeven. Bijvoorbeeld wanneer de ouder gerechtigde een pandrecht heeft op een auto en hij de pandgever verboden heeft om een bepaalde reparatie te (laten) verrichten aan de auto, én de reparateur ook op de hoogte was van dit verbod (art. 3:291 lid 2 BW), kan het retentierecht niet tegen deze pandhouder worden ingeroepen. De pandhouder tegen wie het retentierecht niet werkt, zou ongehinderd zijn stille pandrecht kunnen omzetten in een vuistpand. De retentor kan jegens de ouder gerechtigde tegen wie het retentierecht niet kan worden ingeroepen, de afgifte niet opschorten. De executant tegen wie het retentierecht niet kan worden ingeroepen, kan het object vrij van retentierecht executeren. Het kan vervolgens ook niet (alsnog)

1 Wie als executant heeft te gelden, als er meerdere beslagleggers op de zaak zijn, is bepaald in art. 513 lid 2 Rv: dat is de degene die als eerste overeenkomstig art. 505 lid 1 Rv het proces-verbaal van beslag heeft doen inschrijven in de openbare registers. Voor roerende zaken is de executant ingevolge art. 458 lid 1 Rv degene met het oudste executoriale beslag. Zie paragraaf 4.4.4.7 voor het ontstaansmoment van (conservatoir en) executoriaal beslag.

tegen de koper worden ingeroepen.[2] Bij het kettingbeding geldt iets vergelijkbaars: de schuldenaar zelf is daaraan gebonden, maar de executant niet, omdat het niet rust op het goed.[3] De executant kan het goed verkopen zoals hij zich ertoe verhoudt.[4]

167. Als er meer beslagleggende of zekerheidsgerechtigde schuldeisers zijn en het retentierecht kan tegen de ene wel, maar tegen de andere niet worden ingeroepen, geldt het volgende. Vanwege het feit dat er *een* schuldeiser is, tegen wie het retentierecht niet kan worden ingeroepen, kan de zaak mijns inziens zonder retentierecht worden uitgewonnen. Het retentierecht is jegens de derde tegen wie het niet kan worden ingeroepen een persoonlijk werkend opschortingsrecht. De zaak wordt verkocht zonder retentierecht. De koper heeft dus niets te maken met het retentierecht, ook al was er een andere derde tegen wie het wél kon worden ingeroepen. Wanneer bijvoorbeeld een beslaglegger zich wil verhalen op de verpande auto uit de vorige alinea en het retentierecht van de reparateur kan op basis van art. 3:291 BW wél tegen die beslaglegger worden ingeroepen (maar als gezegd niet tegen de pandhouder), is er een retentierecht dat tegen de ene (de beslaglegger) wel, maar tegen de ander (de pandhouder) niet kan worden ingeroepen. Verkoop zonder retentierecht strookt met het door mij in de inleiding geformuleerde uitgangspunt van het waarborgen van het handelsverkeer.

De beslaglegger of zekerheidsgerechtigde tegen wie het recht niet kan worden ingeroepen, is niet noodzakelijkerwijs zelf de executant. Toch vervalt het retentierecht, wanneer er *een* betrokken schuldeiser is tegen wie het retentierecht niet werkt, mits deze schuldeiser daar ook aanspraak op maakt. Ter vergelijking wijs ik op art. 3:282 BW. Uit dat artikel volgt dat een beperkt recht vervalt als het tegen *een* beslaglegger of pand- of hypotheekhouder niet kan worden ingeroepen.[5] Op dit punt zijn de beperkte rechten van art. 3:282 BW vergelijkbaar met het retentierecht, omdat beide

2 Visser 2013, p. 329-330.

3 Snijders & Rank-Berenschot 2017/654. Zie verder uitgebreid over executie door de hypotheekhouder en een kettingbeding: Visser 2013, p. 322-325.

4 Roes 1970, p. 61 en Mijnssen & Van Mierlo 2018/2.6. Vgl. met betrekking tot hypotheek HR 5 februari 1982, *NJ* 1982/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Ordelmans/Te Brake*).

5 Het gaat mij om de eerste bijzin van art. 3:282 BW: "Indien door een executie een ander beperkt recht dan pand of hypotheek vervalt, omdat het niet kan worden ingeroepen tegen *een* pand- of hypotheekhouder of een beslaglegger op het goed (…)" (mijn cursivering).

'relatieve derdenwerking' hebben: het recht werkt *wel* tegen de ene derde, maar *niet* tegen de ander. Het is voor het verval niet vereist dat degene tegen wie het niet kan worden ingeroepen, ook zelf executeert. Dit wordt bevestigd door twee bepalingen uit Rechtsvordering die de procedurele gang van zaken regelen in een art. 3:282 BW-geval van verval. In art. 458 lid 2 Rv is met betrekking tot roerende zaken bepaald dat de beslaglegger tegen wie het recht niet kan worden ingeroepen, per exploot aan de executant, de geëxecuteerde en de beperkt gerechtigde moet mededelen, dat hij verlangt dat de zaak vrij van het beperkte recht wordt verkocht. Met betrekking tot onroerende zaken is de procedure iets anders; art. 517 lid 2 Rv staat de beperkt gerechtigde toe te verlangen dat de veilingvoorwaarden bepalen dat het goed vrij van de rechten die niet tegen hem kunnen worden ingeroepen wordt verkocht. Als de zaak ten tijde van de executie nog in de macht van de retentor is, dan is analoge toepassing van deze procedurele voorschriften op zijn plaats. Mocht de relevante derde zich geheel niet melden bij de executie, dan kan de zaak niet – althans niet op deze basis – vrij van retentierecht worden verkocht.

Het retentierecht vervalt kortom wanneer het tegen een beslaglegger of pand- of hypotheekhouder niet kan worden ingeroepen. Wat gebeurt er met de vordering van de retentor die zijn recht hierdoor verliest? Ingevolge art. 3:282 BW verkrijgen de beperkt gerechtigden die hun recht niet kunnen inroepen een schadevergoeding conform hun rang uit de executieopbrengst, zonder dat zij beslag hoeven te leggen. Kan art. 3:282 BW ook *in die zin* analoog worden toegepast, dat de retentor die zijn recht verliest omdat het niet kan worden ingeroepen tegen een beslaglegger of pand- of hypotheekhouder, dat de retentor van rechtswege een uitkering uit de opbrengt verkrijgt? Ik ben van mening dat analoge toepassing van art. 3:282 in dit geval niet passend is. De uitkering die beperkt gerechtigden van rechtswege uit de executieopbrengst verkrijgen, is een gevolg van het feit dat hun rechten vervallen *door de executie*; zoals bepaald in art. 3:273 BW. Die uitkering is een compensatie voor het verval van de rechten door de executie. Verval door de executie en automatische uitkering zijn communicerende vaten: ofwel het recht vervalt en de voormalige gerechtigde heeft recht op uitkering van een schadevergoeding, ofwel het recht blijft bestaan en de gerechtigde krijgt dat niet. Als er geen executie zou zijn geweest, hadden de beperkte rechten in harmonie met de anderen kunnen blijven bestaan. Dit geldt zowel voor de genotsrechten als voor de zekerheidsrechten. Een goed kan meermaals worden verpand of verhypothekeerd; of

er kan een hypotheek en vervolgens een vruchtgebruik op worden gevestigd. Deze rechten blijven rustig naast elkaar bestaan, zolang ze niet strijdig zijn.[6]

Dit zit anders voor het retentierecht dat deels wel en deels geen derdenwerking heeft. Wanneer een retentierecht niet kan worden ingeroepen tegen een andere schuldeiser, betekent dat, dat die ander het retentierecht kan negeren. Het retentierecht wordt dan conform zijn 'ware aard' behandeld: als een persoonlijk werkend opschortingsrecht. Tegen een medeschuldeiser bestaat niet de bevoegdheid om het opschortingsrecht in te roepen, binnen noch buiten een uitwinningssituatie. Hiervoor noemde ik dit al 'relatieve derdenwerking'. Terwijl de beperkte rechten op grond van de prioriteitsregel en de botsing van beperkte rechten die dan optreedt kunnen vervallen, vervalt het retentierecht niet door botsing maar simpelweg omdat het non-existent is ten opzichte van de derde op basis van art. 3:291 BW zelf. De niet-inroepbaarheid van het retentierecht betekent dat jegens deze betreffende derde de afgifteverplichting niet kan worden opgeschort.

Dit verschil tussen beperkte rechten enerzijds en het retentierecht anderzijds kan worden verklaard doordat de beperkte rechten worden gevestigd, terwijl het retentierecht in de regel van rechtswege ontstaat. Het retentierecht is de opschorting van een bestaande verplichting tot afgifte en is daarmee van meet af aan een meer 'controversiële' figuur dan een beperkt recht dat – althans door de partijen bij de vestiging – gewild was. Omdat het retentierecht dus niet vervalt *door de executie*, maar relatief non-existent is door de werking van art. 3:291 BW, verkrijgt de retentor naar geldend recht ook geen compenserende automatische uitdeling uit de executieopbrengst naar analogie van art. 3:282 BW.

Een bezwaar tegen de conclusie dat de retentor zijn recht verliest, zonder te worden gecompenseerd, is dat derden tegen wie het retentierecht wel kan worden ingeroepen, ervan profiteren dat er een andere derde is, die geen rekening hoeft te houden met de terughouding. Maar dit bezwaar weegt mijns inziens niet op tegen het alternatief (namelijk: verval gecombineerd met een automatische uitkering uit de opbrengst à la art. 3:282 BW). Zo'n automatische uitkering is ten eerste nu eenmaal de compensatie voor verval *door de executie* zelf. Bovendien zou er wanneer de retentor een art. 3:282 BW-achtige compensatie zou krijgen een niet te rechtvaardigen onderscheid ontstaan tussen een uitwinningssituatie en de toestand daarbuiten. Er is naar mijn mening geen reden om de retentor

6 Vgl. Snijders & Rank-Berenschot 2017/461-465.

tijdens executie méér bescherming te geven dan daarbuiten. Iedere derde tegen wie het retentierecht niet kan worden ingeroepen, kan de terughouding negeren, ongeacht of dit in een uitwinningssituatie plaatsvindt. De beloning naar analogie van art. 3:282 BW is ten slotte evenmin vereist, om de door het retentierecht opgeworpen patstelling op een rechtvaardige manier te doorbreken. Doordat het retentierecht niet kan worden ingeroepen tegen *een* beslaglegger of pand- of hypotheekhouder, kan de zaak door zijn bemoeienis uit de macht van de retentor worden gebracht. Bij dit alles moet wel worden bedacht dat vanwege de sterke derdenwerking waarin art. 3:291 BW voorziet, een geval waarin het retentierecht tegen een schuldeiser *niet* ingeroepen kan worden de uitzondering zal zijn.[7]

Als de zaak (bijvoorbeeld door opeising door een leverancier met eigendomsvoorbehoud) uit de macht van de retentor is gebracht, brengt de feitelijke aard van het retentierecht natuurlijk wel mee, dat het geheel niet meer bestaat (en uiteraard ook tegen niemand derdenwerking heeft). Hoewel het dus juridisch goed voorstelbaar is dat het retentierecht op basis van art. 3:291 BW wel tegen de ene schuldeiser (A), maar niet tegen de andere schuldeiser (B) kan worden ingeroepen, is het feitelijk onmogelijk dat schuldeiser B bij de retentor heeft gerevindiceerd (bijvoorbeeld als B een leverancier met eigendomsvoorbehoud is), terwijl de retentor de macht jegens schuldeiser A behoudt. Relatieve derdenwerking van het retentierecht is dan ook alleen denkbaar, zolang de zaak nog onder de retentor is.

Hiervoor kwam de vraag aan de orde naar de uitkering *van rechtswege* voor de retentor. Naar mijn mening kan naar geldend recht zo'n uitkering niet worden aangenomen. Hoe zit het als de (voormalige) retentor cumulatief beslag legt ondanks dat hij zijn recht (relatief) niet kan inroepen? Hij heeft mijns inziens bij de verdeling van de executieopbrengst geen voorrang. Hij wordt bij de verdeling als schuldeiser zonder bijzonder verhaalsrecht aangemerkt. Dat is het gevolg van het verval van zijn recht door de relatieve derdenwerking ervan. Omdat hij het tegen een andere betrokken schuldeiser niet kan inroepen, wordt er verkocht zonder retentierecht en heeft de voormalige retentor bij executie geen preferente positie.

7 Wat geldt wanneer het retentierecht wél tegen alle bij de executie betrokken schuldeisers kan worden ingeroepen, wordt behandeld in par. 5.2.7.

5.2.3 *Afstand van het retentierecht met behoud van voorrang*

168. Een pand- of hypotheekhouder die de teruggehouden zaak wil executeren en een retentor kunnen in het kader van de executie onderling afspreken dat de retentor jegens eerstgenoemde afstand doet van zijn retentierecht, dat de pand- of hypotheekhouder executeert (vrij van retentierecht), terwijl de retentor wél zijn voorrang op de executieopbrengst behoudt.[8] [9] Op zichzelf is dit een geldige afspraak tussen de hypotheekhouder en de retentor. Het is mogelijk om alleen jegens een derde – los van de schuldenaar – afstand te doen van het retentierecht.[10] Deze afspraak vereist wel enige waakzaamheid bij de retentor. Als hij geen beslag heeft gelegd, heeft hij geen directe aanspraak op de executieopbrengst.[11] Het verhaalsrecht met voorrang materialiseert slechts bij executie en alleen wanneer de retentor beslag heeft gelegd. Door het maken van deze afspraak, zonder dat hij zelf beslag heeft gelegd, is de retentor afhankelijk van het handelen van de executerende hypotheekhouder. Volgens de afspraak moet de pand- of hypotheekhouder uit de netto-executieopbrengst eerst de vordering van de retentor voldoen. Dit is een contractuele afspraak tot 'doorbetaling'. Als de hypotheekhouder hieraan niet vrijwillig voldoet, zal de retentor tegen hem moeten procederen om alsnog het bedrag te krijgen waar hij op grond van de onderlinge afspraak recht op heeft. Mocht de executant failliet gaan, dan heeft de retentor alleen een vordering die hij in diens faillissement kan indienen. Om zeker te zijn van een rechtstreekse aanspraak op de executieopbrengst moet de retentor, naast het maken van de afspraak, ook beslag leggen. Conservatoir beslag volstaat.[12] De voorrang van de retentor vloeit voort uit de contractuele afspraak met de executerende hypotheekhouder. Ook al verliest de retentor het recht tot terughouding door afstand; dat betekent niet dat hij ook zijn verhaalsrecht met voorrang verliest (mits daarover een afspraak is gemaakt). Zulk verlies van een recht, terwijl het verhaalsrecht met voorrang behouden blijft, is geen onbekende figuur in het vermogensrecht. Iets vergelijkbaars

8 Vgl. Steneker 2012a/27 met betrekking tot een ouder beslag en een jonger pandrecht.
9 Voor de eenvoud spreek ik verder in deze paragraaf alleen nog over hypotheekexecutie, maar hetzelfde geldt voor pandrecht op roerende zaken.
10 Zie nader par. 5.4.4 over afstand *bij voorbaat* tussen schuldeisers onderling.
11 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883 en HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, *NJ* 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*).
12 Zie par. 5.2.7.3.

speelt bijvoorbeeld bij inning door de curator van een stil verpande vordering tijdens faillissement van de pandgever. Door de inning gaat de vordering en daarmee het pandrecht teniet, maar de pandhouder behoudt voorrang op het geïnde.[13] Ook de mogelijkheid van (eigenlijke) achterstelling op grond van art. 3:277 lid 2 BW illustreert dat de hier bedoelde afspraak geldig kan worden gemaakt. Een achterstelling op grond van art. 3:277 lid 2 BW houdt in dat de junior rang neemt na de senior bij uitdeling van de executieopbrengst. Retentor en hypotheekhouder zouden hun afspraak ook vorm kunnen geven door middel van een afstand van het 'gehele' retentierecht, gecombineerd met een achterstelling van de hypotheekhouder bij de retentor bij de verdeling van de executieopbrengst.[14] Dit heeft hetzelfde effect als de afstand van het retentierecht met behoud van voorrang waar het in deze paragraaf over gaat. Het is kortom mijns inziens mogelijk dat de retentor jegens de executant afstand doet van de terughouding, maar vervolgens wel met de voorrang die toekomt aan het retentierecht wordt voldaan uit de executieopbrengst.

Afstand van het retentierecht impliceert niet noodzakelijk dat de retentor de onroerende zaak moet ontruimen. Een aannemer zou ook de feitelijke macht kunnen uitoefenen zonder een retentierecht te hebben. Wel is het zo dat een aannemer die afstand heeft gedaan van het retentierecht, zonder te ontruimen, zich er daarna niet meer op kan beroepen. Afstand van wilsrechten is in beginsel onherroepelijk.[15] Als de retentor afstand doet jegens de executant, brengt dat mee dat de executant het goed zonder retentierecht executeert. Ook de koper heeft dan geen last van het retentierecht.

169. Wanneer schuldeisers zijn begonnen met het nemen van executiemaatregelen, ligt een faillissement van de schuldenaar wellicht op de loer. Als de retentor zelf zou executeren, zou faillissement van de beslagschuldenaar vóór de levering aan de executiekoper[16] meebrengen dat het beslag

13 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

14 Achterstelling is volgens art. 3:277 lid 2 BW mogelijk krachtens afspraak tussen schuldeiser en schuldenaar, maar dat sluit achterstelling overeengekomen tussen schuldeisers onderling niet uit.

15 Spierings 2016/390.

16 Uit HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8653, *JOR* 2008/84, m.nt. A. Steneker (*Ontvanger/Brink*) volgt dat de executie van een zaak van de beslagschuldenaar is voltooid op het moment dat de zaak is geleverd aan de executiekoper. Vanaf dat moment behoort de zaak niet meer tot het vermogen van de beslagschuldenaar.

zou vervallen (art. 33 Fw). De retentor is dan niet meer bevoegd om te beschikken. Hij kan de executie dan niet voltooien. Bijkomend voordeel van de bovengenoemde afspraak voor de retentor, is dus dat een tussentijds faillissement van de schuldenaar geen roet in het eten kan gooien. Pand- en hypotheekhouders zijn ingevolge art. 57 Fw daarentegen separatist: zij kunnen hun recht van parate executie uitoefenen alsof er geen faillissement is. Wanneer de schuldenaar failliet gaat nadat de executie door een pand- of hypotheekhouder is begonnen, staat dat dan ook niet aan de weg aan de voortzetting ervan.[17] De afspraak tussen retentor en executant wordt niet geraakt door het faillissement. Het is een afspraak tussen de schuldeisers onderling, waar de schuldenaar niet bij betrokken is – en diens curator evenmin.[18]

Mits het wordt gecombineerd met het leggen van beslag, biedt afstand van het retentierecht in het kader van de uitwinning de retentor een goede mogelijkheid om met weinig risico zijn vordering voldaan te krijgen. Dit kan een aansporing voor de retentor zijn om niet op zijn handen te blijven zitten en zodoende de patstelling op te heffen.

5.2.4 Het retentierecht als bijzondere last in de zin van art. 7:15 BW

170. Bij een executoriale verkoop geldt, net als bij iedere koopovereenkomst, dat het verkochte aan de overeenkomst moet beantwoorden.[19] Art. 7:15 lid 1 BW bepaalt in aansluiting op de algemene norm van art. 7:17 BW,[20] dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak over te

17 Een faillissement van de beslagene in het interval tussen levering en verdeling van de executieopbrengst brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat executieopbrengst in de faillissementsboedel valt. De op de kwaliteitsrekening van de deurwaarder of notaris gestorte koopsom behoort volgens de Hoge Raad in gemeenschap toe aan de gezamenlijke belanghebbenden bij die opbrengst, zie HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948, *JOR* 2011/208 m.nt. J.J. van Hees (*Ontvanger/Eijking*).

18 Ook in faillissement houdt deze afspraak stand in zoverre dat de pand- of hypotheekhouder de zaak met behulp van zo'n afspraak buiten de boedel kunnen houden, zie par. 8.3.5.

19 Art. 7:17 lid 1 BW.

20 Zie over de verhouding tussen 7:15 en 7:17 BW: Bartels & Heyman 2012/306. Volgens hen zijn alle rechtsgebreken in de zin van art. 7:15 BW te zien als eigenschappen van het verkochte in de zin van art. 7:17 BW. Het verschil zit er volgens Bartels en Heyman in, dat art. 7:15 BW een verscherpt regime voor aansprakelijkheid meebrengt, dat gunstig kan zijn voor de koper. In andere zin: Asser/Hijma 7-I* 2013/326, die meent dat het onderscheid tussen 7:15 en 7:17 BW is gelegen in rechtsgebreken tegenover feitelijke gebreken.

dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard. Juist bij executoriale verkoop roept art. 7:15 BW vragen op, omdat de executant het recht van een ander (de geëxecuteerde) verkoopt en levert. De executant treedt op als verkoper en is gebonden aan de verplichtingen die ingevolge Boek 7 BW op een verkoper rusten. Omdat hij niet zijn eigen recht verkoopt, is goed mogelijk dat hij minder kennis heeft van de precieze eigenschappen van het object. Het is dan de vraag of de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen voor zijn risico, of dat van de koper dienen te komen.

Het retentierecht geldt als een bijzondere last in de zin van art. 7:15 BW, want het heeft kwalitatieve werking[21] en geldt niet algemeen voor alle registergoederen.[22] Voor de executieverkoper is in art. 7:19 lid 1 BW een uitzondering op deze verplichting om vrij van bijzondere lasten en beperkingen te leveren opgenomen, tenzij de verkoper de last of beperking kende. Alleen wetenschap van de executant geldt; van hem wordt geen onderzoek gevergd.[23] Hetzelfde geldt ingevolge art. 7:19 lid 2 BW bij parate executie door pand- of hypotheekhouder, mits de koper wist of had moeten weten dat daar sprake van was. Het is uiterst onwaarschijnlijk dat de executant – ongeacht of dit een hypotheekhouder of een beslaglegger is – het retentierecht niet kende, want de zaak bevindt zich in de macht van de retentor.[24] De uitzondering van art. 7:19 BW zal dan ook vrijwel nooit opgaan voor de executant die een zaak belast met retentierecht executeert.

Daarvan uitgaande, komt men toe aan de vraag, of het retentierecht 'uitdrukkelijk door de koper is aanvaard' in de zin van art. 7:15 BW. Zo niet, dan schiet de verkoper tekort in de nakoming van de koopovereenkomst. Art. 7:20 BW bepaalt dat de koper kan eisen dat de last of beperking wordt opgeheven. Dit zal erop neerkomen dat de verkoper alsnog de vordering van de retentor moet voldoen. De verkoper is jegens de koper

21 Wanneer het retentierecht niet tegen de executiekoper kan worden ingeroepen, heeft het géén kwalitatieve werking, zie verderop in deze paragraaf.

22 Bartels & Heyman 2012/388 en 397, Biemans 2009b, p. 158.

23 Parl. Gesch. Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14 (Inv. 3, 5 en 6), p. 132.

24 Zie voor een voorbeeld waarin dit punt expliciet naar voren komt: Rb. Amsterdam 20 september 2007 en Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009/58 m.nt. J.W.A. Biemans, r.o. 5.1, hierna nog uitgebreider te bespreken.

aansprakelijk op grond van art. 6:74 BW en de koper kan hem tot nakoming aanspreken.[25] Ook ontbinding op grond van art. 6:265 BW behoort tot de mogelijkheden.[26]

171. Een vraag die voorafgaat aan de vraag onder welke omstandigheden het retentierecht 'uitdrukkelijk is aanvaard', is of het retentierecht überhaupt kan worden ingeroepen tegen de posterieure executiekoper. Was de feitelijke macht van de retentor niet kenbaar voor de posterieure derde, dan kan het retentierecht niet worden ingeroepen tegen deze derde.[27] Aan de aanvaardingstoets van art. 7:15 BW komt men dan niet meer toe omdat het geheel geen werking heeft jegens de executiekoper. Het retentierecht werkt dan niet kwalitatief. Was de feitelijke macht wél kenbaar, dan kan het retentierecht wél tegen de executiekoper worden ingeroepen. Dan moet vervolgens worden bezien of het retentierecht als bijzondere last door de executiekoper is aanvaard. Heeft de koper het aanvaard, dan helpt art. 7:15 BW hem niet verder. Heeft hij het niet aanvaard, dan draait de verkoper op voor het retentierecht. Dat betekent als gezegd dat hij bijvoorbeeld tot nakoming kan worden aangesproken en/of dat hij de schade die de verkoper lijdt door de uitoefening van het retentierecht moet vergoeden. Dit risico is een prikkel voor de executant om de koper adequaat te informeren over een retentierecht. Een manier om een verkoper te informeren, is door middel van de veilingvoorwaarden.

172. Bij een executoriale veiling wordt doorgaans gebruik gemaakt van algemene veilingvoorwaarden en (per object) van bijzondere veilingvoorwaarden.[28] Art. 517 Rv gebiedt de notaris om de veilingvoorwaarden uiterlijk 30 dagen voor de verkoop naar de executant en de verschillende andere belanghebbenden te sturen en op een of meer algemeen toegankelijke website te plaatsen. In de Algemene Veilingvoorwaarden voor Executieveilingen van 2017 (AVVE) is het retentierecht vermeld in art. 15 lid 1.[29] Daar

25 Art. 3:296 BW.
26 Zie Asser/Hijma 7-I* 2013/382 over de verhouding tussen art. 7:20 BW en het algemene verbintenissenrecht. In beginsel heeft de schuldeiser de keuze tussen de verschillende remedies, zie HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (*Multi Vastgoed/Nethou*).
27 Zie par. 4.2.
28 Zie art. 517 Rv.
29 De AVVE 2017 zijn te raadplegen via https://veilingnotaris.nl/kennisbank. Aangezien vastgoedveilingen in toenemende mate via internet plaatsvinden, zullen ook de Algemene Veilingvoorwaarden met Internetbieden 2015 (AVVI 2015) een

staat dat de verkoper niet instaat voor bijzondere lasten of beperkingen, waaronder het retentierecht. In de laatste zin van art. 15 lid 1 AVVE staat verder dat de koper de in de bijzondere veilingvoorwaarden vermelde bijzondere lasten en beperkingen aanvaardt. Doorgaans zal het retentierecht in de bijzondere veilingvoorwaarden zijn opgenomen. Is dit niet het geval, dan roept dat de vraag op, of alleen op basis van art 15 lid 1 AVVE het retentierecht al als bijzondere last is aanvaard door de koper. Ik meen dat dit in beginsel inderdaad het geval is. Volgens de heersende leer is een algemene aanvaarding van de bijzondere lasten voldoende.[30] Voor het retentierecht geldt niet iets anders dan voor andere lasten of beperkingen. Maar deze regel moet wel worden genuanceerd wanneer de verkoper de bijzondere last of beperking kende. Hiervoor schreef ik al dat het nauwelijks is voor te stellen dat de verkoper het retentierecht *niet* kende. Een algemene aanvaarding van de bijzondere lasten en beperkingen ontslaat de verkoper niet van zijn mededelingsplicht.[31] De lasten die hij kent, moet hij aan de koper mededelen. De mededelingsplicht van de verkoper prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.[32] De verkoper die het retentierecht niet heeft medegedeeld kan zich niet achter de algemene aanvaarding door de koper van de veilingvoorwaarden verschuilen.

173. De vraag is wel, welk aspect van het retentierecht nu precies moet worden medegedeeld (en aanvaard). Is het voldoende dat de verkoper het *bestaan van* het retentierecht heeft medegedeeld, of kan van de verkoper worden verwacht dat hij de koper ook inlicht omtrent *de gevolgen van* het tegen hem ingeroepen retentierecht?

In een zaak die speelde bij het Hof Amsterdam gaf dit punt van de *inhoud* van de aanvaarding uiteindelijk de doorslag om het retentierecht voor rekening van de verkoper te laten.[33] In deze zaak stond vast dat de koper het (bestaan van het) retentierecht kende. Het retentierecht was echter niet vermeld onder het kopje 'Bijzondere lasten en beperkingen' in art. 20 van de toepasselijke bijzondere veilingvoorwaarden en de koper mocht er

---

grotere rol gaan spelen. Art. 16 lid 1, tweede gedachtestreepje van de AVVI 2015 bepaalt: "een eventueel ten tijde van de Aflevering van het Registergoed ter zake het Registergoed uitgeoefend retentierecht, komt voor rekening van de Koper, tenzij de Bijzondere Veilingvoorwaarden anders bepalen."

30 Bartels & Heyman 2012/404, Asser/Hijma 7-I* 2013/277-279.

31 Bartels & Heyman 2012/405.

32 Bartels & Heyman 2012/326.

33 Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009/58 m.nt. J.W.A. Biemans, r.o. 4.4. Zie over deze uitspraak nader Biemans 2009b, p. 155-164.

volgens het hof (en de rechtbank) naar aanleiding van een mededeling ter veiling over de rangregeling van uitgaan dat de retentor als eerste zou worden voldaan uit de koopsom.[34]

Omdat de koper volgens rechtbank en hof wel het retentierecht, maar niet de gevolgen daarvan kende, was het retentierecht volgens het hof (en de rechtbank) niet uitdrukkelijk door de koper aanvaard in de zin van art. 7:15 BW. De kennis van de koper over (het bestaan van) het retentierecht deed volgens (de rechtbank en) het hof hier niet aan af. Datzelfde gold voor het feit dat het retentierecht in de bijzondere veilingvoorwaarden onder D. "Bevoegdheid tot executoriale verkoop" was vermeld. En ook het feit dat de koper een professionele partij was nam volgens het hof niet weg dat de koper *niet* het retentierecht had aanvaard in de zin van art. 7:15 BW.

Biemans is kritisch over het oordeel van het hof en de rechtbank. Volgens hem was het voldoende dat de koper wist van het retentierecht en was hij voldoende gewaarschuwd voor de gevolgen. Afgaand op de feiten zoals vermeld in de uitspraken, was het retentierecht volgens Biemans dan ook wél aanvaard door de koper.[35] Het is lastig om de uitkomst van deze zaak te beoordelen zonder kennis van het hele dossier. De uitspraken laten de mogelijkheid open dat er andere relevante feiten waren, die niet zijn vermeld, maar wel (mede) doorslaggevend waren.[36] De belangrijkste conclusie uit het vonnis en het arrest is mijns inziens dan ook dat de vraag of een retentierecht als bijzondere last door de koper is aanvaard, afhangt van alle omstandigheden van het geval. Dat is niet verrassend wanneer men aanneemt dat art. 7:15 BW geen van art. 7:17 BW (de algemene

34 In het vonnis van de rechtbank is het volgende citaat, afkomstig uit het procesverbaal van de veiling, opgenomen: "Op de registergoederen en de hiervoor bedoelde roerende zaken, bestaande uit de door WBC Aannemingsbedrijf B.V. aangebrachte materialen voor de bouw van de ter plaatse in aanbouw zijnde appartementen, rust een retentierecht als bedoeld in art. 3:290 BW. De vordering van WBC Aannemingsbedrijf B.V. op de gerechtigde terzake waarvan het retentierecht geldt bedraagt per drie april tweeduizend drie, vier honderd negen en negentig duizend vijf honderd twee euro en vijftig eurocent (€ 499.502,50). Na executoriale verkoop zal (eventueel) middels een rechterlijke rangregeling moeten worden vastgesteld of en zo ja op welke wijze de vordering van de retentor kan worden voldaan."

35 Biemans 2009b, p. 160-161.

36 Biemans 2009b, p. 161 wijst hier ook op.

conformiteitsbepaling bij koop) gescheiden leerstuk is.[37] Voor de beoordeling of de geleverde zaak aan de overeenkomst beantwoordt én de vraag welke bijzondere lasten zijn aanvaard, moeten alle omstandigheden van het geval worden meegenomen. Het hof en de rechtbank laten zien dat zij de verschillende omstandigheden tegen elkaar hebben afgewogen. Hoe die weging concreet is uitgevallen, kan zonder kennis van het hele dossier moeilijk worden beoordeeld.

De vraag die ik stelde, of het vereist is dat de koper niet alleen het retentierecht, maar ook *de gevolgen ervan* kent (en aanvaardt), beantwoord ik bevestigend. Er moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. Wanneer het retentierecht speelt in het kader van executie, zijn er nu eenmaal verschillende mogelijkheden. De retentor kan beslag leggen, of hij kan dat niet doen. De verkoper kan 'vooraf afrekenen' met de retentor, of de verkoper kan de zaak verkopen 'in teruggehouden' toestand. Binnen die laatste mogelijkheid bestaan ook weer verschillende varianten: de koper kan al in onderhandeling zijn getreden met de retentor over de afkoopsom die hij hem betaalt na de levering, of de verkoper heeft een afspraak over een voldoening van de retentor uit de executieopbrengst. Het is met het retentierecht naar mijn mening anders dan met een materieel gebrek zoals rotte fundering of huiszwam in de balken: ook als de koper weet dát er een retentierecht wordt uitgeoefend, is niet op voorhand zeker wat dat in het concrete geval voor hem betekent. Het is daarom in het kader van art. 7:15 en 7:17 BW raadzaam dat de verkoper niet alleen het retentierecht mededeelt, maar ook de gevolgen ervan. Uit de Amsterdamse uitspraken blijkt dat als dit niet is gebeurd, de verkoper de kans loopt dat 'het retentierecht' niet door de koper is aanvaard. De verkoper is dan gehouden om de bijzondere last op te heffen (art. 7:20 BW), hetgeen er in de praktijk op neer zal komen dat hij de vordering van de retentor zal moeten voldoen.

5.2.5 Lossing van de retentor is niet mogelijk

174. Wanneer de retentor executeert, komt de vraag op, of er nog een mogelijkheid bestaat dat de schuldenaar de executie afwendt. Bij pand en hypotheek bestaat de mogelijkheid dat de schuldenaar (of diens curator, zie art. 58 lid 2 Fw) het zekerheidsrecht lost,[38] door het voldoen van de

37 Hierover uitgebreid Bartels & Heyman 2012/306-311. Anders: Asser/Hijma 7-I* 2013/326.

38 Zie art. 3:249 lid 2 BW voor pandrecht en art. 3:269 BW voor hypotheek.

vordering van de zekerheidsgerechtigde, of de executiewaarde en de reeds gemaakte executiekosten, of (zelfs) hetgeen de pand- of hypotheekhouder zou hebben verkregen bij executie.[39] Door lossing gaat het pand- of hypotheekrecht teniet[40] en lossing is pas mogelijk vanaf het moment dat de executie is begonnen.[41] Los van lossing, kan de schuldenaar alsnog de achterstallige termijnen voldoen, maar dat zal niet leiden tot het tenietgaan van het beperkte recht als gevolg van lossing.[42]

Anders dan bij pand en hypotheek, is lossing bij beslagexecutie niet mogelijk, zo heeft de Hoge Raad onomwonden geoordeeld in het arrest Willems/Poort.[43] Het voldoen van de vordering van de beslaglegger, de executiewaarde, of het bedrag dat de executerende beslaglegger zou hebben verkregen bij executie, leidt er niet toe dat de beslagexecutie niet meer kan worden voortgezet. Specifiek bij beslag door de *retentor* is de uitkomst van het arrest Willems/Poort moeilijk te aanvaarden, omdat het oordeel van de Hoge Raad zwaar leunt op een verondersteld onderscheid tussen een beslaglegger en een hypotheekhouder op het punt van voorrang.[44] De Hoge Raad doet zijn oordeel allereerst steunen op een droog wetshistorisch argument, namelijk dat de wetgever bewust de lossingsbepaling bij hypotheek niet van overeenkomstige toepassing heeft verklaard bij beslag.[45] Deze veronderstelde keuze van de wetgever onderbouwt de Hoge Raad vervolgens met behulp van een inhoudelijk argument, dat op het volgende neerkomt. De beslaglegger handelt in de regel eveneens in het belang van de andere schuldeisers, terwijl de hypotheekhouder dat niet doet; in de regel heeft hij voorrang en hoeft hij de belangen van andere beslagleggers niet te respecteren. Bij dit verschil tussen de posities van hypotheekhouder en beslaglegger past volgens de Hoge Raad, dat lossing niet mogelijk is bij beslag. Bartels en Tweehuysen concluderen dat het motief van het bewaken van de gelijkheid tussen schuldeisers doorslaggevend is geweest voor het

39 Vgl. Steneker 2012a/30.
40 A. Steneker, nr. 5 van zijn annotatie in *JBPr* 2010/29 onder HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999 (*Willems/Poort*), Bartels & Tweehuysen 2010a, p. 832.
41 Heilbron 2017a, p. 235.
42 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6163, *NJ* 2011/423, m.nt. P.A. Stein, *JOR* 2011/310, m.nt. B.A. Schuijling (*ING/Kreuger*).
43 HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999, *NJ* 2012/126, m.nt. A.I.M van Mierlo, *JOR* 2010/116 m.nt. I. Spinath, *JBPr* 2010/29 m.nt. A. Steneker (*Willems/Poort*).
44 Zie HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999 (*Willems/Poort*), r.o. 3.6, Bartels & Tweehuysen 2010b, p. 200.
45 Zie HR Willems/Poort, r.o. 3.4 en 3.5.

oordeel van de Hoge Raad.[46] Juist met betrekking tot de beslaglegger die voorrang heeft boven de hypotheekhouder, is dit argument echter niet overtuigend. De Hoge Raad heeft dit ook gezien, want hij merkt in een bijzin op: "behoudens het in art. 3:279 BW bedoelde geval van hoogpreferente voorrechten",[47] maar dit weerhoudt hem er niet van om een stellige rechtsregel te formuleren.

Het retentierecht is nu juist een recht dat doorgaans voorrang boven pand of hypotheek meebrengt, terwijl de retentor een gewone beslaglegger is. Als art. 3:269 BW van overeenkomstige toepassing zou zijn bij beslag, zou dat kunnen leiden tot feitelijke preferentie voor de executerende beslaglegger. Hoewel de Hoge Raad zelf erkent dat er gevallen denkbaar zijn, waarin de beslaglegger preferent is boven een hypotheekhouder, biedt het arrest mijns inziens ook in díe gevallen geen ruimte voor een uitzondering. Ook wanneer de beslaglegger/executant een retentor is, met voorrang boven de hypotheekhouder of andere beslagleggers, blijft naar geldend recht de regel dat het beslag niet kan worden gelost. Het arrest laat onvoldoende ruimte voor een andere gevolgtrekking. Dat neemt niet weg dat een uitzondering op het arrest voor de hoogpreferente schuldeiser mijns inziens wel wenselijk zou zijn. Lossing bestaat bij pand en hypotheek in het belang van de schuldenaar.[48] De schuldenaar moet de mogelijkheid hebben om de executie van zijn goed af te wenden, terwijl de pand- of hypotheekhouder geen recht heeft op méér dan hem bij executie van het goed zou zijn toegekomen. Dit speelt net zo goed bij de beslaglegger: ook die is uit op verhaal voor zijn vordering. Bij beslag kan de schuldenaar net zo goed behoefte hebben aan het afwenden van de executie, om zijn goed te behouden. Ook de beslaglegger hoeft niet beter te worden van de executie dan van de voorkoming daarvan. Bovendien gaan de argumenten tegen een overeenkomstige toepassing van art. 3:269 BW op beslag, in het geval van een hoogpreferente schuldeiser, niet op. De hoog bevoorrechte beslaglegger was bij een voortzetting van de uitwinning toch al met voorrang uit de executieopbrengst voldaan. Er is dan geen reden om de schuldenaar de mogelijkheid tot lossing te ontzeggen.

46 Bartels & Tweehuysen 2010b, p. 200.
47 HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999 (*Willems/Poort*), r.o. 3.6.
48 Bartels & Tweehuysen 2010a, p. 830.

5.2.6 *Beslag onder zichzelf op roerende zaken tegenover 'gewoon' beslag op roerende zaken*

175. Op grond van art. 479h Rv kan de schuldeiser beslag leggen op vorderingen die de schuldenaar op hem heeft of uit een bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen en op "aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken die hij voor deze onder zich houdt en die geen registergoederen zijn". Het beslag dat de retentor legt op de zaak van zijn schuldenaar, kan – wanneer er voldaan is aan art. 479h Rv – worden gekwalificeerd als 'beslag onder zichzelf'. Dit type beslag wordt in de literatuur ook wel 'eigenbeslag' genoemd.[49] Beslag onder zichzelf op een (toekomstige) vordering van de schuldenaar op de beslaglegger is een vorm van derdenbeslag.[50] Beslag op roerende zaken van de schuldenaar die de schuldeiser voor de schuldenaar houdt kan mijns inziens niet als een vorm van derdenbeslag worden gezien. Het object van het beslag is niet een vordering, maar de zaak zelf (die zich onder de beslaglegger bevindt). Als er is voldaan aan de vereisten voor de kwalificatie van het beslag als een beslag onder zichzelf, is de betreffende regeling van toepassing (art. 479h-479k Rv). Daaruit volgen een aantal vormvoorschriften, onder andere met betrekking tot de inhoud van het deurwaardersexploot en de afgifte van de zaak aan de deurwaarder ter executie (zie art. 479i en 479j Rv). Deze vormvoorschriften verschillen enigszins van die voor beslag op roerende zaken (vergelijk bijvoorbeeld art. 479i met art. 440 Rv). De retentor kan ook de route van 'gewoon' beslag op roerende zaken kiezen (art. 439 e.v. Rv).[51] Beslag onder zichzelf is ingevolge art. 479h Rv alleen mogelijk op roerende zaken, zodat voor onroerende zaken alleen beslag op de onroerende zaak kan worden gelegd (zie art. 502 e.v. Rv).

---

49 Westenberg, *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 479h Rv (online, bijgewerkt t/m 16 juli 2017), Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 17.12 (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2017), De Knijff 2010, p. 91. 'Eigenbeslag' lijkt een ingeburgerde manier te zijn om beslag onder zichzelf aan te duiden (zie bijvoorbeeld ook Beslagsyllabus versie augustus 2018, p. 36-37), maar het is geen wettelijke term.

50 Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 479h Rv, aant. 1 (online, bijgewerkt t/m 1 maart 2000), Krzemiński 2016, p. 72. Beslag onder zichzelf op een vordering die de schuldenaar op de beslaglegger heeft doet zich vooral voor, wanneer verrekening niet mogelijk is, zie Krzemiński 2016, p. 72, Westenberg, *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, art. 479h Rv (online, bijgewerkt t/m 16 juli 2017).

51 Vgl. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/515.

5.2.7 Verval van het retentierecht door zuivering?

5.2.7.1 Ratio van zuivering

176. Door de levering ingevolge een executoriale verkoop en de betaling van de koopprijs gaan alle op het verkochte goed rustende hypotheken teniet en vervallen de beslagen en de beperkte rechten die niet tegen de verkoper kunnen worden ingeroepen, zo bepaalt art. 3:273 BW.[52] Dit verval van beslagen en beperkte rechten en tenietgaan van hypotheken wordt zuivering genoemd. Het doel van zuivering is het waarborgen van de verhandelbaarheid (en financierbaarheid) van goederen.[53] Immers, als na de levering en betaling van de koopsom (oudere) hypotheekrechten op het goed zouden blijven rusten, zou de hypotheekhouder het goed nog kunnen executeren en dat zou de vestiging van een hypotheekrecht door de verkrijger – en daarmee de verkrijging zelf – ernstig bemoeilijken. Als er niet gezuiverd zou worden, zou het goed mogelijkerwijs onverkoopbaar worden. Art. 3:273 BW laat goed zien dat de bescherming van het handelsverkeer als normatieve keuze aan de wettelijke regels over executie ten grondslag ligt.

Voor hypotheken en beslagen is deze ratio evident, voor beperkte rechten die op de zaak rusten minder. Het is immers voor te stellen dat de beperkte rechten nauwelijks belastend zijn voor de rechthebbende van het moederrecht, terwijl de beperkt gerechtigde wel een vergoeding betaalt voor het hebben van het beperkte recht (bijvoorbeeld in de vorm van een retributie voor een opstalrecht of een erfdienstbaarheid).[54]

177. Art. 3:273 BW heeft betrekking op de executie door de hypotheekhouder. In art. 526 Rv wordt art. 3:273 BW van overeenkomstige toepassing verklaard bij de executie van een onroerende zaak door een beslaglegger. Zuivering treedt daarnaast op na levering ingevolge verkoop door de curator en betaling van de koopprijs, zie art. 188 Fw. Voor de uitwinning (buiten faillissement) van roerende zaken door pandhouder, dan wel beslaglegger, bestaat geen zuiveringsbepaling. Op de implicaties van het gebrek daaraan voor het retentierecht kom ik in de volgende paragraaf terug.

---

52 Deze paragraaf is deels een bewerking van een eerder artikel; Heilbron 2017b.

53 Visser 2013, p. 430-431 brengt zuivering in verband met de efficiëntie en effectiviteit van de uitwinningsprocedure, die het belang van een zo hoog mogelijke netto-opbrengst dienen.

54 Het is mijns inziens dan ook mogelijk om contractueel af te wijken van zuivering, zie daarover Heilbron 2017b, p. 258-259.

5.2.7.2 Het retentierecht vervalt niet door zuivering, maar dat zou wel zo moeten zijn

178. Het retentierecht is niet opgenomen in art. 3:273 BW. Het vervalt niet automatisch door levering en betaling van de koopprijs. Van Hees heeft betoogd dat het retentierecht ten onrechte niet onder de zuiveringsbepaling valt en dat art. 3:273 BW in die zin zou moeten worden gewijzigd dat retentierechten als gevolg van de executie komen te vervallen. De retentor kan volgens Van Hees bij de verdeling van de opbrengst opkomen voor zijn vordering met inachtneming van de door de wet daaraan toegekende voorrang.[55] Dit pleidooi verdient bijval. Gelet op de ratio van art. 3:273 BW – kort gezegd het wegnemen van hinderpalen bij de executie van onroerende zaken – is het naar mijn mening wenselijk dat het retentierecht wel vervalt door zuivering. Het retentierecht kan ertoe leiden dat een zaak feitelijk niet te executeren is, omdat een koper niet zit te wachten op een discussie met de retentor; iemand die niet zijn eigen wederpartij is. De niet-zuivering is niet verenigbaar met het belang van het handelsverkeer, dat eist dat zaken in beweging kunnen blijven.

Bovendien is het systematisch moeilijk te rechtvaardigen dat het retentierecht, dat doorgaans voortvloeit uit een contractuele verhouding, wel blijft bestaan, terwijl zuiver goederenrechtelijke beperkte (genots) rechten tenietgaan door zuivering, als ze niet kunnen worden ingeroepen tegen de verkoper. Hier is natuurlijk tegenin te brengen, dat het retentierecht veelal juist wél in te roepen is tegen de executant, zodat het dan beter op één lijn te stellen is met beperkte rechten die wél tegen de executant kunnen worden ingeroepen (en die aldus blijven bestaan en niet worden gezuiverd), dan met beperkte rechten die níet tegen de executant kunnen worden ingeroepen. Maar daar staat tegenover dat het retentierecht ook een zekerheidsrecht is. Hypotheekrechten vervallen vanwege dit karakter ongeacht of ze tegen de executant kunnen worden ingeroepen. Hetzelfde geldt voor beslagen. Verkrijging van een goed dat is bezwaard met een beperkt genotsrecht is onder omstandigheden aanvaardbaar voor een koper. Het is daarentegen niet goed voorstelbaar dat iemand een verhypothekeerd of beslagen goed wil verkrijgen. Wat betreft de situatie met betrekking tot zuivering en het retentierecht naar geldend recht biedt het pandrecht een nog betere vergelijking dan beslag en hypotheek. Ook pandrechten vervallen niet door zuivering, maar alleen wanneer de prioriteitsregel dat meebrengt. Wanneer het pandrecht kan worden ingeroepen

55 Van Hees 2011, p. 329-330. In dezelfde zin: Habraken & Raven 2014, p. 97-98.

tegen de executant (dat is bijvoorbeeld zo, als de tweede pandhouder executeert), blijft het ingevolge art. 3:248 lid 3 BW in stand. Het vervalt niet door de executie. In veel gevallen zal het als gevolg daarvan echter alsnog vervallen, maar dan door derdenbescherming van de verkrijger op de voet van art. 3:86 lid 2 BW. Zeker als het eerste een stil pandrecht is, is het onaannemelijk dat de verkrijger het kende of behoorde te kennen. Voor het retentierecht is er ook zo'n derdenbeschermingsbepaling, namelijk art. 3:291 lid 1 BW.[56] Maar die houdt een andere toets in dan art. 3:86 lid 2 BW (namelijk niet of *het retentierecht* kenbaar was voor de verkrijger, maar of *de feitelijke macht* kenbaar voor hem was),[57] zodat de verkrijger van een teruggehouden zaak daar in de regel – anders dan de verkrijger van een verpande zaak – niet door beschermd wordt. Zolang het retentierecht niet van rechtswege vervalt door zuivering – en de retentor ook niet een daarmee corresponderende uitkering uit de executieopbrengst krijgt – zou ik van zulk verval door derdenbescherming overigens ook geen voorstander zijn, omdat het in de praktijk betekent dat het recht vervalt zonder dat de gerechtigde iets terugziet van de executieopbrengst, terwijl hij wel hoger gerangschikt was.

Aan het niet opnemen van het retentierecht in art. 3:273 BW lijkt bovendien geen fundamentele keuze van de wetgever ten grondslag te liggen; het lijkt mij eerder aannemelijk dat het retentierecht over het hoofd is gezien. Dat heeft ermee te maken dat het retentierecht op onroerende zaken pas na het arrest Agema/WUH[58] uit 1991 in zwang lijkt te zijn gekomen. In 1991 lagen de kaarten voor art. 3:273 BW al geschud, zodat er geen rekening meer mee kon worden gehouden.

In het begin van deze paragraaf schreef ik dat het retentierecht naar geldend recht niet vervalt door zuivering, omdat het niet is opgenomen in art. 3:273 BW. Dat standpunt gaat uit van een nogal strikte tekstuele interpretatie van het artikel. Aangenomen dat het wel zou moeten vervallen bij een executie, is het dan misschien mogelijk om, met een beroep op het arrest *Quint/Te Poel* toch naar geldend recht aan te nemen dat het retentierecht door de executie vervalt?[59] Anders gezegd: de wet bepaalt

56 Zie over het karakter van art. 3:291 lid 1 BW als goede trouw-beschermingsbepaling verder par. 4.2.
57 Zie daarover par 4.2.
58 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH*).
59 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/549 (*Quint/Te Poel*).

het weliswaar niet, maar is er ruimte voor een rechter die in een concreet geval met deze vraag wordt geconfronteerd, om aansluiting te vinden bij wél in de wet geregelde gevallen en tot het oordeel te komen dat het retentierecht wel vervalt door zuivering? Voor de hand liggende vergelijkbare gevallen zijn dan natuurlijk hypotheken en beslagen. Daarnaast kan worden gedacht aan het uitgangspunt dat overeenkomsten slechts tussen partijen werken, of aan de kwalitatieve verplichting die – indien posterieur aan het hypotheekrecht – evenmin werking heeft jegens de hypotheekhouder of diens verkrijger (art. 6:252 lid 3 sub a en c) BW.[60] Zeker voor zover het retentierecht is ontstaan ná het hypotheekrecht, zou het gevoelsmatig misschien passen in de goederenrechtelijke systematiek om het te laten vervallen. Desondanks zie ik hiervoor naar geldend recht te weinig ruimte. Het retentierecht is geen beperkt recht. Maar belangrijker is dat de afweging of een retentierecht tegen de executant én tegen de executiekoper kan worden ingeroepen, al plaatsvindt aan de hand de wet, namelijk aan de hand van art. 3:291 lid 1 en 2 BW. Die artikelleden bepalen of het retentierecht werkt jegens derden. Het specifieke geval van retentierecht en executiekoop is dus niet in de wet geregeld, maar de meer algemene vraag of het retentierecht werkt jegens derden wel. Er is naar mijn mening een specifieke wetsbepaling voor nodig om deze algemene regel van derdenwerking die in art. 3:291 (jo. 3:292) BW is vervat opzij te zetten.

179. Wanneer art. 3:273 BW in die zin gewijzigd zou worden dat retentierechten eronder vallen, zou dat betekenen dat de retentor van rechtswege uitdeling uit de executieopbrengst zou moeten krijgen. Het leggen van beslag is daarvoor niet vereist. Volgens Van Hees behoudt de retentor daarbij voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen.[61] Het pleidooi van Van Hees tot wijziging van art. 3:273 BW zou ik wel op één punt willen nuanceren. Dit automatische verval en de deelname van rechtswege bij de verdeling van de executieopbrengst zou alleen aan de orde moeten zijn, wanneer het retentierecht tegen de andere beslagleggers en zekerheidsgerechtigden kan worden *ingeroepen*. Wanneer het retentierecht tegen een andere gerechtigde niet kan worden ingeroepen, heeft het toch al geen derdenwerking. In paragraaf 5.2.2 heb ik beargumenteerd dat wanneer er *een* betrokken derde-gerechtigde is tegen wie

60 Hoewel ook vragen gesteld kunnen worden over het (definitieve) verval van kwalitatieve verplichtingen door executoriale verkoop, zie Van Oostrom-Streep 2006, p. 379-383.

61 Van Hees 2011, p. 329-330.

het retentierecht niet kan worden ingeroepen, er kan worden geëxecuteerd zonder retentierecht. Het retentierecht is in dat geval een uitsluitend persoonlijk werkend opschortingsrecht, waaraan een executant niet gebonden is. De retentor die in dat geval tóch van rechtswege een uitkering uit de opbrengst zou krijgen, zou meer krijgen dan hem op grond van zijn – persoonlijk werkende – retentierecht zou toekomen. Daardoor zou de retentor, wiens recht in het kader van een executie vervalt een voordeel hebben ten opzichte van een 'revindicatie'[62] door de derde buiten executie.[63] Doorgaans zal het retentierecht op grond van art. 3:291 BW echter wel derdenwerking hebben jegens de beslaglegger(s) en zekerheidsgerechtigden, zodat het hier bepleite automatische verval en deelname aan de rangregeling de regel zouden zijn.

Voor zo'n uitdeling van rechtswege, zonder beslag te hebben gelegd, kan aansluiting worden gezocht bij art. 3:282 BW, dat bepaalt dat gewezen gerechtigden ingevolge art. 3:282 BW van rechtswege een schadevergoeding uitgekeerd krijgen uit de executieopbrengst. De beperkt gerechtigde hoeft hiervoor geen beslag te leggen. De schadevergoeding moet volgens art. 3:282 BW worden gesteld op het bedrag van de waarde van het vervallen recht en wordt voldaan naar de rang die de beperkt gerechtigde ten opzichte van de andere beslagleggers inneemt. Hetzelfde geldt voor de huurder, wiens recht is vervallen door het inroepen van het huurbeding door de hypotheekhouder. De huurder krijgt op grond van art. 3:264 lid 7 BW een vergoeding uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij lijdt door de 'vernietiging'[64] van zijn huurovereenkomst. Ook hij hoeft daarvoor geen beslag te leggen. De retentor zou hier goed tussen passen. De retentor zou in plaats van schadevergoeding een bedrag ter grootte van zijn vordering moeten krijgen bij de verdeling van de executieopbrengst (uiteraard voor zover de opbrengst toereikend is). Aangezien het retentierecht hem niet méér recht dan de terughouding verschafte (anders dan een huurder, of bijvoorbeeld een opstaller of vruchtgebruiker, heeft de retentor geen gebruiksrecht), is een (additionele) schadevergoeding voor het verval van het retentierecht mijns inziens niet op zijn plaats.

---

62 De derde tegen wie het retentierecht niet kan worden ingeroepen, is niet noodzakelijkerwijs de eigenaar. In het geval van een pandrecht zou het bijvoorbeeld gaan om de omzetting in een vuistpandrecht.

63 Zie verder par. 5.2.2 over het 'inroepen' tegen andere schuldeisers.

64 Art. 3:264 BW gebruikt de term 'vernietiging' van de huurovereenkomst, maar deze is juridisch onzuiver. Het komt erop neer dat de 'zaaksgevolgregel' van art. 7:226 BW niet werkt. Bij het inroepen van het huurbeding zou men kunnen zeggen dat sprake is van 'relatieve vernietiging'. Zie over de werking van de 'vernietiging': Huijgen 2015/15.5.

Ook voor de procedurele kant van zaken bij automatisch verval van het retentierecht door de executie, kan er goed aansluiting worden gezocht bij het kader dat geldt voor verval van beperkte rechten die niet tegen de hypotheekhouder of beslaglegger kunnen worden ingeroepen of een vordering van de huurder ex art. 3:264 lid 7 BW. Wanneer de voormalig gerechtigde(n) en de executant het eens worden over de verdeling van de opbrengst, keert de notaris aan iedereen het hem toekomende deel uit (art. 3:270 lid 5 BW voor hypotheekexecutie; art. 551 lid 3 Rv voor beslagexecutie en art. 480 lid 1 Rv voor roerende zaken). Worden ze het niet eens, dan stort de notaris de netto-opbrengst bij een bank. Bij de executie van roerende zaken doet de deurwaarder hetzelfde. Ingevolge art. 3:271 lid 1 BW of art. 551a Rv kan de voormalig gerechtigde een rangregeling verzoeken.[65]

180. Het retentierecht op roerende zaken is tot nu toe nog niet expliciet aan bod gekomen. Art. 3:273 BW is geschreven voor executie van registergoederen door een hypotheekhouder en is in art. 526 Rv van overeenkomstige toepassing verklaard bij beslagexecutie van onroerende zaken. Hiervoor heb ik al wel de parallel gelegd tussen het voortbestaan van pandrechten van art. 3:248 lid 3 BW en het retentierecht in het kader van executie, maar nog niet specifiek iets gezegd over de situatie bij roerende zaken. Bij roerende zaken bestaat er geen algemene zuiveringsbepaling zoals art. 3:273 BW (jo. 526 Rv) bij hypotheek. En als gezegd worden pandrechten, anders dan hypotheekrechten, ook niet categorisch gezuiverd. Dat neemt niet weg dat het mijns inziens ook bij roerende zaken wenselijk zou zijn als het retentierecht zou vervallen, omdat het retentierecht ook dan stilstand kan veroorzaken. Maar het feit dat er geen zuiveringsbepaling bestaat bij roerende zaken,[66] zou kunnen betekenen dat zuivering bij roerende zaken niet nodig wordt geacht. Verval van retentierecht op roerende zaken door zuivering veronderstelt wel dat zuivering überhaupt wenselijk is bij roerende zaken. Dit is een horde die eerst genomen zou moeten worden. Als het zo ver is, zou het retentierecht er in ieder geval ook onder moeten vallen. Naar geldend recht is het ook bij roerende zaken in ieder geval zo dat het retentierecht niet van rechtswege door de executie vervalt.

65 Ik laat deze gang van zaken omtrent de rangregeling verder buiten beschouwing. Zie art. 551-553 Rv en voor roerende zaken art. 481-490d Rv.

66 Beperkte rechten op roerende zaken kunnen wel vervallen door de werking van de prioriteitsregel, zie art. 480 lid 1 Rv en voor pandexecutie art. 3:253 lid 1 jo. 490b Rv.

5.2.7.3 Wel zuivering bij beslag door de retentor

181. Hiervoor ging ik uit van de situatie dat de retentor zelf geen (cumulatief) beslag had gelegd. Hij blijft dan geheel buiten de executie, maar zijn retentierecht duurt in principe voort. De koper kan de retentor separaat afbetalen waardoor hij alsnog een zekere feitelijke voorrang heeft, maar dit staat los van de executie.[67] Op de rechtsregel dat het retentierecht niet vervalt door zuivering bij executiekoop, geldt mijns inziens echter een uitzondering wanneer de retentor (cumulatief) beslag heeft gelegd. Als de retentor zelf executeert als beslaglegger, vervalt uiteraard zijn beslag omdat het is 'verbruikt'. Als de retentor niet zelf executeert, maar wel meedeelt bij de uitdeling van de executieopbrengst, vervalt zijn beslag eveneens: dat gebeurt op grond van art. 3:273 BW. Dan wordt hij conform zijn rang voldaan uit de executieopbrengst.[68] Conservatoir beslag is hiervoor voldoende.[69]

De vraag is nu, wat de gevolgen zijn voor het retentierecht van het vervallen van zijn beslag door zuivering, wanneer de retentor na uitwinning nog een restantvordering heeft. Vervalt het beslag, maar blijft het retentierecht behouden (op de zaak van een derde – de executiekoper)? Strikt genomen is er dan nog altijd aan de vereisten voor het retentierecht voldaan: de retentor heeft nog altijd een vordering en de feitelijke macht en we nemen gemakshalve aan dat het retentierecht tegen de executiekoper kan worden ingeroepen. Toch moet worden aangenomen dat als de retentor beslag legt, het retentierecht vervalt, in het kielzog van het (vervallen) beslag. Voor dit verval van het retentierecht kan als eerste worden aangevoerd, dat de schuldeiser die beslag legt, daarmee aangeeft zich niet op een opschortingsrecht te zullen beroepen. Het leggen van (conservatoir) beslag dient ter verzekering van een bepaalde aanspraak. Als deze aanspraak is gerealiseerd, doordat het goed is uitgewonnen, is het recht van de schuldeiser uitgewerkt. Door beslag te leggen, nam de schuldeiser het risico dat hij niet volledig zou worden voldaan. Daarbij past het niet, de beslaglegger te beschermen nadat de zaak is geleverd aan de executiekoper.

---

67 De koper voldoet dan de schuld van een ander, zie art. 6:30 lid 1 BW.

68 Parl. Gesch. Boek 3, p. 883 en HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, *NJ* 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*)

69 Art. 480 en 551 Rv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 197, HR 29 april 2011, *JOR* 2011/208 m.nt. J.J. van Hees, *NJ* 2011/372 m.nt. Van Mierlo (*Ontvanger/Eijking*), annotatie van J.J. van Hees in *JOR* 1998/15 onder Rb. Utrecht 3 december 1997, Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 480 Rv, aant. 3 (online, bijgewerkt t/m 1 augustus 2002), Verburg 2009, p. 153. Anders: Biemans 2009b, p. 157.

Bovendien zou er sprake zijn van ongerechtvaardigde verrijking, wanneer het retentierecht zou blijven voortbestaan. Door middel van het beslag verhaalt de retentor zich op de teruggehouden zaak. Hij heeft het recht om mee te delen in de opbrengst van die zaak, maar niet méér dan dat. Als het retentierecht zou blijven voortbestaan, zou hij zich krachtens art. 3:291 jo. 3:292 BW opnieuw kunnen verhalen op de zaak, die nu in het vermogen van de executiekoper zit. Mocht hij hier weer niet uit worden voldaan, dan zou de retentor deze truc nogmaals kunnen uithalen. Deze consequentie is onaanvaardbaar. De beslaglegger (ook als dit een retentor is) heeft krachtens zijn beslag het recht om éénmaal mee te delen bij de verdeling van de executieopbrengst van het uitgewonnen goed. Als dit niet voldoende oplevert om zijn vordering te voldoen, komt dat voor zijn risico. Hij had ook een ander vermogensbestanddeel van zijn schuldenaar kunnen uitkiezen voor zijn verhaal. Eventueel kan de schuldeiser opnieuw beslag leggen op een ander vermogensbestanddeel van zijn debiteur, maar een beslag op hetzelfde goed – dat inmiddels van een derde is – voor dezelfde vordering is uitgesloten. Het is kortom van tweeën één: ofwel de retentor legt geen beslag en zijn retentierecht vervalt niet, maar hij profiteert niet van de voorrang bij de verdeling van de executieopbrengst, ofwel hij legt wel beslag en deelt naar rang mee bij de verdeling, maar daarna vervalt zijn retentierecht.

Het verval van het retentierecht wanneer de retentor (cumulatief) beslag legt, kán een reden zijn voor de retentor om stil te blijven zitten. Als hij beslag legt, loopt hij immers het risico dat hij zijn vordering niet geheel voldaan krijgt en wel zijn retentierecht verliest. Aan de andere kant ligt in art. 60 lid 2 Fw juist een prikkel besloten voor de retentor om wél beslag te leggen en mee te delen, aangezien het faillissement van de schuldenaar mee kan brengen dat de curator de zaak bij hem opeist. Als dat gebeurt, verliest de retentor zijn pressiemiddel. Hij behoudt wel voorrang op de opbrengst, maar het is nog maar de vraag hoeveel procent hij dan nog op zijn vordering ontvangt omdat de faillissementskosten over de opbrengst worden omgeslagen (art. 182 Fw).

5.2.8 De achtergrond van de voorrang van de retentor

5.2.8.1 Inleiding

182. Wanneer de teruggehouden zaak executoriaal is verkocht en geleverd en de koopsom is betaald, moet de netto-opbrengst onder de verschillende schuldeisers worden verdeeld. Art. 524 Rv bepaalt dat de koopsom bij de executie van onroerende zaken moet worden voldaan aan de notaris.

Bij de executie van roerende zaken moet de koopsom ingevolge art. 469 lid 1 Rv worden voldaan aan de deurwaarder. Op grond van art. 3:292 BW heeft de retentor bij de uitdeling van de opbrengst voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. Art. 3:292 BW legt de koppeling tussen de opschortingsbevoegdheid en de voorrang bij de verdeling van een executie-opbrengst. In de navolgende paragrafen ga ik in op de achtergrond van de voorrang van de retentor. De huidige verbinding tussen retentie en voorrang kan ten dele op historische gronden worden verklaard. De retentor werd en wordt beschermenswaardig geacht vanwege zijn veronderstelde sociaaleconomische positie. Daar komt bij, dat het toekennen van voorrang de retentor zou moeten stimuleren om zich op de zaak te gaan verhalen wanneer zijn vordering onbetaald blijft.

5.2.8.2 Voorrang heeft bij uitwinning dezelfde werking als een voorrecht

183. Hoewel de voorrang van de retentor niet voortvloeit uit een *voorrecht*, maar uit een *andere in de wet aangegeven grond* in de zin van art. 3:278 lid 1 BW,[70] heeft de voorrang van de retentor in het kader van uitwinning dezelfde werking als een (bijzonder) voorrecht. Een voorrecht geeft het recht om met voorrang uit de opbrengst van een executoriale verkoop van het voorwerp, waar het voorrecht betrekking op heeft, te worden voldaan.[71] De rang die is verbonden aan het voorrecht manifesteert zich pas op het moment dat er sprake is van verhaal op het vermogen van de schuldenaar en de opbrengst van dat verhaal onvoldoende is om de vorderingen van de verhaalzoekende schuldeisers te voldoen,[72] mits de bevoorrechte schuldeiser beslag heeft gelegd. Voor de voorrang van de retentor geldt hetzelfde: de retentor heeft het recht om bij voorrang te worden voldaan uit de opbrengst van de executoriale verkoop van de teruggehouden zaak. De werking van de bijzondere voorrechten en de voorrang van de retentor is niet geheel identiek. Fesevur identificeert een aantal verschillen: onder

70 Fesevur 1988, p. 189.

71 Fesevur 1992, p. 25, Suijling 1940, p. 425, annotatie E.M. Meijers onder HR 22 mei 1931, *NJ* 1931/1429, Meyjes 1931, p. 18. Niettemin wordt het voorrecht wel gezien als een 'ouder *recht op de zaak* (mijn cursivering) in de zin van art. 3:90 lid 2 en 3:291 BW. Zie voor dit laatste par. 4.4.4.7. Art. 3:284 lid 1 BW drukt het zo uit, dat de vordering bevoorrecht is 'op het goed'; art. 3:285 lid 1 BW stelt dat de vordering bevoorrecht is 'op de zaak'.

72 Erasmus 1976, p. 28-29, Kisch 1932, p. 199.

meer gaat het retentierecht niet noodzakelijkerwijs mee over wanneer de retentor zijn vordering cedeert, terwijl het voorrecht als nevenrecht wel mee overgaat.[73]

Het verhaalsrecht (in de zin van: het objectieve recht) gaat uit van het beginsel van paritas creditorum: in beginsel hebben de schuldeisers een gelijk recht op voldoening van hun vordering (art. 3:277 BW). Al lange tijd relativeren de vele uitzonderingen op de paritas creditorum dit uitgangspunt echter in vergaande mate.[74] Die relativering wordt onder meer veroorzaakt door figuren als pand, hypotheek, leasing en eigendomsvoorbehoud en – zij het in mindere mate – door voorrechten.[75] Wel vormen de voorrechten een van de weinige gronden voor voorrang die de schuldeiser rang *boven een pand- of hypotheekrecht* kunnen geven. Behalve sommige voorrechten, kan ook het retentierecht de schuldeiser voorrang geven boven een pand- of hypotheekrecht.[76]

5.2.8.3 Historische achtergrond van retentie en preferentie

184. De verbondenheid van retentierecht en preferentie gaat lang terug. Onder het oud-Franse en oud-Hollandse recht gaf het retentierecht ook preferentie.[77] Zo citeert Scholten art. 1835 van het WNvH: "Het gevolg van het regt van retentie is ook, dat de schuldeischer op het zuiver provenu van dat goed geprefereerd wordt".[78] Deze verbinding werd verbroken in het Oud BW, maar ze bleef toch op bepaalde plaatsen in stand doordat het wetboek bijvoorbeeld aan de bearbeider, de herbergier en de vervoerder een voorrecht én een retentierecht toekende: art. 1185 onder 5 respectievelijk onder 6 (oud) BW, bevatten een voorrecht voor respectievelijk de bearbeider en de herbergier. Art. 1185 onder 7 bevatte een voorrecht voor de

73 Fesevur 1988, p. 190, Fesevur 2017/20.
74 Zie over het beginsel van paritas creditorum onder meer: Snijders 2003, p. 269-287, Van den Heuvel 2004, p. 61-64, Verstijlen 2006a, p., 1160-1171 en Wessels 2010, p. 334-340.
75 Verstijlen 2006a, p. 1159.
76 Overigens betekent dit nog niet dat het retentierecht in staat is om het door verschillende auteurs gesignaleerde verloren evenwicht tussen schuldeisers te herstellen. Zie over het verloren evenwicht onder meer Kaptein 2016, p. 277-294, Kortmann 1991, p. 131 en Mennens 2013, p. 216-219. Voor herstel van het evenwicht tussen schuldeisers komt het retentierecht vermoedelijk te incidenteel voor in het rechtsverkeer.
77 Gratama 1888, p. 161-167, Asser/Scholten 1933, p. 527, Heyning-Plate 1969, p. 217, Fesevur 1988, p. 189, Asser/Mijnssen 3-III 1986/65.
78 Asser/Scholten 1945, p. 405.

vervoerder. Met deze voorrechten correspondeerden de toegekende retentierechten: art. 1652 (oud) BW gaf de bearbeider een retentierecht, art. 1746 (oud) BW de herbergier. Art. 94 WvK Oud kende de vervoerder een retentierecht toe. Daarnaast waren er in het Oud BW losse retentors, zonder preferentie, zoals de bewaarnemer.[79]

185. De literatuur over het onderwerp ten tijde van het Oud BW is niet eensgezind over de verhouding tussen retentie en preferentie. In deze discussie was Scholten zijn tijd vooruit; hij stelde dat het voorrecht een gevolg van de terughouding is.[80] Polak, Veegens en Pitlo maakten een onderscheid tussen de verschillende retentierechten; zij meenden dat het voorrecht van bearbeiding en dat van de herbergier niet verloren gaan, als de zaak uit de macht van de schuldeiser komt.[81] Suijling zag het retentierecht als een manier om een bijzonder voorrecht te behouden.[82] Suijlings standpunt is wellicht niet zozeer juridisch, maar puur feitelijk bedoeld. Zuiver juridisch is het immers niet juist. Enerzijds gaat het voorrecht niet verloren, wanneer de zaak uit de macht van de retentor/bevoorrechte schuldeiser raakt.[83] Verlies van de feitelijke macht, doet niets af aan de door de bearbeider verrichte werkzaamheden waarvoor hij het voorrecht verkreeg. Anderzijds kan retentie niet voorkomen dat de zaak wordt overgedragen en overdracht doet het voorrecht nu juist wel tenietgaan (maar het retentierecht uiteraard niet, ook niet onder oud recht).[84] Praktisch gesproken kan de terughouding er echter uiteraard wel toe leiden dat een overdracht van de zaak uitblijft omdat het niet opportuun is om een zaak te verkopen die bij iemand anders is, waardoor ook het voorrecht behouden blijft.

186. Meijers heeft zich er in zijn Ontwerp vooral om bekommerd of de schuldeiser die een voorrecht had, wel (ook) een retentierecht had. Net als onder het Oud BW, lag de focus van Meijers voor de ontwerpregeling niet

79 Art. 1766 (oud) BW.
80 Asser/Scholten 1933, p. 382.
81 Polak, Veegens & Pitlo 1941, p. 278-279.
82 Suijling 1940, p. 436.
83 Asser/Mijnssen 3-III 1986/65. In HR 3 april 1925, *NJ* 1925/612 oordeelt de Hoge Raad met betrekking tot het voorrecht van de bearbeider, dat voor de uitoefening van het voorrecht niet vereist is dat de zaak zich nog onder de schuldeiser bevindt. In dezelfde zin Diephuis 1886, p. 642 met betrekking tot het voorrecht en retentierecht van de herbergier. Anders: Heyning-Plate 1969, p. 219 die meent dat de vervoerder en de herbergier hun voorrecht op de opbrengst kwijt zijn na afgifte van de zaak.
84 Parl. Gesch. Boek 3, p. 862.

op de terughouding, maar op het voorrecht. Meijers zag, zoals Suijling, het retentierecht als een middel om het voorrecht voor de schuldeiser te behouden. Meijers' ontwerp is kenbaar uit ontwerpartikel 3.10.3.13. Uiteindelijk is het retentierecht niet als 'allenig' artikel in afdeling 3.10.3 over de voorrechten terecht gekomen, maar kreeg het een eigen afdeling 3.10.4. Toch is het voor de gedachtevorming over de verhouding tussen de terughoudingsbevoegdheid en de voorrang interessant om het ontwerp van Meijers te bekijken. Dat luidde als volgt:

> "1. Een bearbeider van roerende zaken, een herbergier en een vervoerder hebben een retentierecht op de zaken, waarop hun voorrecht rust.
> 2. Het voorrecht bestaat in ieder geval zolang het retentierecht bestaat.
> 3. Met het verlies van het retentierecht gaat het voorrecht van de herbergier en de vervoerder teniet."[85]

De nadruk op het voorrecht blijkt uit de Toelichting Meijers bij het artikel: "Dit retentierecht is daarom van belang, omdat dit de genoemde personen in staat stelt de zaken, waarop zij bevoorrecht zijn, onder zich te houden. Bij executie is daardoor gewaarborgd, dat zij ook inderdaad hun voorrecht kunnen uitoefenen."[86] Lid 3 van het ontwerpartikel is moeilijk dogmatisch te doorgronden. Hierop kan dezelfde kritiek worden geleverd als ik hierboven deed op het standpunt van Suijling. Het is moeilijk te begrijpen waarom het verlies van de feitelijke macht het voorrecht teniet zou moeten doen gaan, terwijl retentie een overdracht van de zaak niet kan voorkomen en overdracht nu juist wél leidt tot tenietgaan van het voorrecht.

Hoe het ook zij, art. 3.10.3.13 heeft de eindstreep niet gehaald. De uiteindelijke regeling van het retentierecht in afdeling 3.10.4 heeft een geheel andere focus dan het ontwerp. Niet de voorrang staat centraal, maar de terughouding. De voorrang voor de retentor is naar huidig recht een gevolg van zijn opschortingsbevoegdheid. De benadering van Scholten is dus in de wet terecht gekomen: de voorrang vloeit voort uit het retentierecht.

187. Deze keuze neemt niet weg dat er verwantschap is tussen de motieven voor voorrechten en voor voorrang voor de retentor. Veel voorrechten beogen (en beoogden) de verondersteld sociaaleconomisch zwakkere

85 Parl. Gesch. Boek 3, p. 874.
86 Parl. Gesch. Boek 3, p. 874.

schuldeiser te beschermen. Naar aanleiding van het rapport van de Commissie Houwing kwam een groot aantal voorrechten niet terug in het nieuw BW. Een pleister op de wonde van de afschaffing was volgens de Commissie dat de bevoorrechte schuldeiser zich in veel gevallen kon beschermen door middel van een retentierecht en dat daaraan ook voorrang was verbonden.[87] Een aantal afgeschafte voorrechten kwam zo via het retentierecht alsnog het nieuwe wetboek binnen.

Misschien wel belangrijker dan de voorrang boven concurrent schuldeisers, is de voorrang boven zekerheidsgerechtigden. Hoe was de verhouding tussen de zekerheidsgerechtigde en preferente schuldeiser geregeld onder het Oud BW? Zoals bekend bestond het stil pandrecht nog niet; in plaats daarvan maakte men – met name sinds de erkenning ervan door de Hoge Raad in het Bierbrouwerij-arrest van 1929 –[88] gebruik van de fiduciaire overdracht tot zekerheid van roerende zaken en vorderingen. In de loop van de twintigste eeuw heeft het karakter van deze zekerheidsoverdracht, die niet in de wet was geregeld, vorm gekregen in de jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft in de beeldbepalende arresten Van Wessem q.q./Traffic en Van Gend & Loos geoordeeld, dat de fiduciaire overdracht die gepaard ging met een levering c.p. moest wijken voor het bijzondere voorrecht.[89] Aldus had de crediteur met een bijzonder voorrecht op goederen bij uitwinning van die goederen voorrang boven de fiduciair eigenaar van die goederen. De Hoge Raad overweegt in het Van Wessem q.q./Traffic-arrest – geparafraseerd – dat er mede in verband met het gebrek aan kenbaarheid van de fiduciaire overdracht tot zekerheid, aanleiding kan bestaan een dergelijke overdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten van bepaalde derden. Vervolgens motiveert de Hoge Raad dat het redelijk is dat het belang van de zekerheidseigenaar wijkt voor dat van de verkoper, omdat zonder de levering van de zaken door de verkoper, de fiduciair eigenaar geen fiduciaire eigendom van de zaken zou hebben gehad. Een vergelijkbare overweging is te vinden in het Van Gend & Loos-arrest, waar de Hoge Raad oordeelt dat voor wat betreft de zaken die dankzij de handelingen

87 Rapport Commissie Houwing 1974, p. 20.

88 HR 25 januari 1929, *NJ* 1916/616 (*Bierbrouwerij*).

89 HR 6 maart 1970, *NJ* 1970/433 (*Van Wessem q.q./Traffic* (ook wel bekend onder de naam '*Pluvier*')), HR 7 maart 1975, *NJ* 1976/91 m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*). Het Van Wessem q.q./Traffic-arrest betrof een verkoperspivilege; Van Gend & Loos een douanevoorrecht. Zie over deze rechtspraak Van Mierlo 1988, p. 122-133.

van de douane-expediteur onder het fiduciaire verband zijn gevallen, er aanleiding bestaat de fiduciaire eigendom te laten wijken. Onder het oude recht werd aangenomen dat op basis van de argumentatie in deze arresten, hetzelfde gold voor de andere bijzondere voorrechten (van behoud, bearbeiding en vervoer).[90] Niet alleen de motieven voor de voorrechten, maar ook die die ten grondslag lagen aan het buiten beschouwing laten van de fiduciaire overdracht ten opzichte van de bevoorrechte schuldeiser, zijn te herkennen in de overwegingen in de parlementaire geschiedenis van het nieuw BW over de voorrang voor de retentor boven zekerheidsgerechtigden. In de volgende paragraaf ga ik daar verder op in.

5.2.8.4 De sociaaleconomische reden voor voorrang

188. In de parlementaire geschiedenis voert de minister ter onderbouwing van het toekennen van voorrang aan de retentor het volgende aan. Overeenkomsten met de retentor worden in de regel (mede) ten behoeve van de zaak gesloten. De aanname is dat hetgeen met de zaak geschiedt, nodig is om de waarde van de zaak te doen behouden, of dat het zelfs een zekere waardevermeerdering tot gevolg heeft.[91] Bovendien is de gedachte dat de vordering van de retentor vaak een fractie van de waarde van het goed zal zijn en dat hij weinig mogelijkheid zal hebben zich op andere goederen te verhalen.[92] Al met al geeft de minister een omschrijving van de typische retentor. In grove schetsen en met behulp van een aantal aannames wordt hij algemeen getypeerd als een 'zwakkere' schuldeiser die bescherming door de wet verdient. De voorrang die de retentor is toegekend, heeft vergelijkbare 'sociaaleconomische' motieven als sommige bijzondere voorrechten in titel 3.10 BW.[93] Net als de retentor, ontlenen de schuldeisers met een bijzonder voorrecht het recht om met voorrang uit de executieopbrengst te worden voldaan in het algemeen aan een rechtspolitieke belangenafweging

90 Fesevur 1990, p. 77, Asser/Mijnssen 3-III 1986/180.
91 Wel overweegt de minister in de nota van wijziging expliciet dat art. 3:291 lid 2 BW niet de eis stelt dat door de overeenkomst inderdaad waardevermeerdering is opgetreden. Het zou te ver gaan om de retentor met bewijs hiervan op te zadelen. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 886.
92 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884.
93 Zie par. 5.2.7.3.

die de wetgever in abstracto heeft gemaakt.[94] Het is opvallend dat de Commissie Houwing in haar rapport juist de redenen die ten grondslag liggen aan de bijzondere voorrechten relativeert.[95] Het algemene commentaar van de Commissie op de (vele) voorrechten uit het Oud BW komt er in het kort op neer dat noch het feit dat een schuldeiser waarde toevoegt of doet behouden, noch het feit dat een schuldeiser een bepaalde maatschappelijke positie heeft, noch het feit dat hij vooraf presteert, op zichzelf redengevend is voor het toekennen van een voorrecht.[96] In abstracto zijn er dus kanttekeningen te plaatsen bij de toekenning van voorrang aan bepaalde typen schuldeisers. In concreto speelt daarnaast dat de aannames over de zwakke positie van de retentor niet altijd terecht zijn. Het zal bijvoorbeeld vaak genoeg voorkomen dat de retentor wel degelijk een professionele partij is, en/of dat hij geen waarde toevoegt aan de zaak, en/of dat zijn vordering de waarde van de zaak (ver) overstijgt. De rechtspraak over het retentierecht toonde de afgelopen jaren overwegend geschillen over retentierechten op onroerende zaken.[97] Aannemers van werk zijn – zeker als het om grote werken gaat – vanwege het type werkzaamheid dat zij uitvoeren, doorgaans in zekere mate als professionele partijen te beschouwen. Toevoeging van waarde is bovendien volgens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk geen *criterium* voor de preferente positie van de retentor omdat het te ver zou gaan om bewijs daarvan in ieder afzonderlijk geval van de schuldeiser te verlangen.[98] Afgaand op kritische geluiden uit de literatuur, lijkt de voorrang van de retentor met name bij de samenloop met

94 Van den Heuvel 2004, p. 69, Erasmus 1976, p. 37-40. Vgl. Asser/Mijnssen 3-III 1986/16.

95 Rapport Commissie Houwing 1974, p. 19-20.

96 Rapport Commissie Houwing 1974, p. 19-20.

97 Een *quickscan* via rechtsorde.nl met gebruik van de zoektermen 'retentierecht' en 'retentierecht onroerende zaak' leverde op dat ongeveer 79% van de zaken in de jaren 2011-2017 waarin het woord retentierecht voorkwam, eveneens de woorden onroerende zaak bevatte. Dit resultaat is puur illustratief en moet met een korrel zout worden genomen onder meer omdat 1) niet over alle retentierechten wordt geprocedeerd, 2) (lang) niet alle jurisprudentie wordt gepubliceerd, 3) het mogelijk is dat een treffer waarin het woord onroerende zaak voorkomt, in feite helemaal niet gaat over een onroerende zaak en 4) uitspraken wel eens meerdere keren in rechtsorde.nl worden gepubliceerd. Met dit percentage beoog ik dus geen harde statistische uitspraak te doen, maar alleen een indicatie te geven van de relatieve omvang van retentierechten op onroerende zaken in de Nederlandse jurisprudentie.

98 Parl. Gesch. Boek 3, p. 886.

hypotheek omstreden.[99] Het valt bovendien op, dat ook in rechtsstelsels waar de voorrang van het retentierecht ten opzichte van een pandrecht wordt aanvaard, deze voorrang bij verhaal *niet* geldt ten opzichte van hypotheek.[100]

Er is, al met al, wel wat af te dingen op het motief van wettelijke bescherming van de retentor als zwakke schuldeiser. Maar dit alles neemt niet weg dat de keuze van de wetgever om de retentor een verhaalsrecht met voorrang toe te kennen naar mijn mening overtuigend en consequent is. Dat heeft ermee te maken dat er op goede grond voor is gekozen om de retentor niet alleen jegens zijn schuldenaar, maar ook jegens derden met zekerheidsrechten op de zaak een opschortingsbevoegdheid te geven.[101] Als men derdenwerking van de opschorting jegens andere schuldeisers aanvaardt, is het consequent om de retentor ook toe te staan om zich met voorrang boven die schuldeisers te verhalen. De retentor mag de zaak beschouwen als verhaalsobject; hij wordt daarin beschermd tegen andere op de zaak gerechtigden. Dit verhaalsobject heeft voor hem echter weinig waarde, wanneer de retentor alsnog met lege handen achterblijft bij uitwinning van de zaak door een andere schuldeiser. Afgewogen tegen het alternatief (namelijk wél derdenwerking van de opschorting jegens zekerheidsgerechtigden, maar géén voorrang boven hen bij verhaal) is de gemaakte keuze overtuigend. Men kan kritiek hebben op de veronderstelling dat de retentor een zwakke schuldeiser is. Maar ervan uitgaande dat bescherming van de retentor de doelstelling is, is het consequent om de retentor bij verhaal voorrang boven zekerheidsgerechtigden te geven.

---

99 Cahen 1968, p. 130-144, Fesevur 1994, p. 239-243, Tuil 2015, p. 298-305. Kleijn spreekt in zijn annotatie, punt 2, onder HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/733 (*Derksen/Rabobank*) van een "bedenkelijke uitholling" van het hypotheekrecht door het retentierecht. Nieuw is de controverse niet: Wildervanck 1890, p. 25 merkte al op dat de meningen verdeeld zijn over de verhouding tussen de retentor en de hypothecaire schuldeiser.

100 Zie voor België bijvoorbeeld Dirix & De Corte 2006/551. Het retentierecht wordt in België wel mogelijk geacht op onroerende zaken, maar niet met werking jegens derden. In Duitsland en in Zwitserland is de samenloop tussen retentie en hypotheek niet mogelijk, omdat het retentierecht alleen op roerende zaken kan worden uitgeoefend. Zie ook art. 7A:1628 van het BW van de Nederlandse Antillen, dat op dit punt afwijkt van het Nederlandse burgerlijk recht. Het retentierecht op een onroerende zaak kan in de Nederlandse Antillen alleen tegen een hypotheekhouder kan worden ingeroepen wanneer de prestatie van de retentor tot een hogere opbrengst van het goed ten bate van de hypotheekhouder heeft geleid. Zie hierover Tromp 2001, p. 398-403.

101 Zie over de achtergrond van de derdenwerking van de *opschortingsbevoegdheid* par. 4.2 en 4.3.

5.2.8.5 De pragmatische reden voor voorrang

189. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wat de wetgever bij art. 3:292 BW nog meer voor ogen heeft gestaan:

> "De bedoeling van dit laatste is de impasse te doorbreken die in het huidige recht kan ontstaan, doordat de retentor bij gebreke van een voorrang niet wil executeren en de andere schuldeisers dat evenmin willen, omdat zij de zaak niet in handen kunnen krijgen zonder eerst de wellicht aanzienlijke vordering van de retentor te voldoen."[102]

Het verlenen van voorrang aan de vordering van de retentor zou hem idealiter aanmoedigen zich sneller te verhalen op de zaak en zo de patstelling die hij zelf veroorzaakt weer op te heffen. Die gedachtegang is op zichzelf goed te volgen. Als de retentor geen voorrang zou hebben, zou hij geen enkele reden hebben om de zaak uit handen te geven door middel van verhaal op de zaak. Maar dat neemt niet weg dat de gedachtegang getuigt van wensdenken. In de praktijk is het immers voor de retentor – ook al heeft hij voorrang – veelal makkelijker om gewoonweg de feitelijke macht te blijven uitoefenen en te wachten tot iemand zijn vordering voldoet. Hij moet alleen blijven zorgen voor voldoende kenbaarheid van de feitelijke macht. Als de schuldenaar – of bijvoorbeeld een executerende hypotheekhouder – maar voldoende belang heeft bij het herkrijgen van de feitelijke macht, zal hij op een gegeven moment in onderhandeling met de retentor moeten treden en tegemoetkomen aan diens wensen. De retentor hoeft zich dan niet te bekommeren om het leggen van beslag, het verkrijgen van een executoriale titel en het (doen) organiseren van een openbare veiling. De retentor hoeft niet te vrezen voor verval van zijn recht door zuivering als gevolg van executie door een andere schuldeiser, want dat speelt niet bij retentierecht. Het pragmatische motief zou pas echt gediend zijn, wanneer het recht van de retentor dat tegen een andere beslaglegger kan worden ingeroepen (en aldus ingevolge art. 3:292 BW voorrang boven laatstgenoemde heeft), van rechtswege zou vervallen zoals ik in paragraaf 5.2.7.2 in navolging van Van Hees heb bepleit. Dan wordt het doel bereikt dat de wetgever kennelijk voor ogen heeft gestaan, namelijk verhaal door de retentor (weliswaar niet door middel van beslag, maar van rechtswege) en opheffing van de patstelling die door hem wordt veroorzaakt.

---

102 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 407. Een vergelijkbare overweging is te vinden in Parl. Gesch. Boek 3, p. 889.

5.3 Retentierecht en vuistpandrecht in één hand bij executie

5.3.1 Inleiding

190. Het retentierecht ontstaat meestal niet contractueel, maar min of meer per ongeluk: een partij die feitelijke macht heeft wordt niet betaald en weigert afgifte totdat de ander is nagekomen. Het is goed mogelijk dat een schuldeiser met feitelijke macht over zaken niet alleen een retentierecht, maar bovendien een vuistpandrecht verkrijgt.[103] Voorbeelden van een bedongen vuistpandrecht én retentierecht zijn te vinden in art. 17 lid 2 en 3 FENEX Voorwaarden (de algemene voorwaarden van de Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek) en art. 54 VOTOB condities (de algemene voorwaarden voor tankopslag in Nederland).[104] In deze paragraaf staat de positie van de schuldeiser die een retentierecht én een vuistpandrecht kan combineren centraal. We zouden zo'n partij een retinerende vuistpandhouder, of een vuistpandhoudende retentor kunnen noemen, maar deze termen zijn allebei lelijk. Ik duid hem hierna meestal aan als de 'pandhouder-retentor'.

Er spelen een aantal vragen met betrekking tot de executie van de verpande en teruggehouden zaken door deze schuldeiser. De volgende drie stel ik achtereenvolgens in 5.3.2, 5.3.3 en 5.3.4 aan de orde: 1) wat gebeurt er met het retentierecht wanneer de pandhouder-retentor executeert door middel van parate executie, 2) wat gebeurt er met het pandrecht en met het retentierecht wanneer de pandhouder-retentor executeert door middel van beslagexecutie en 3) (wanneer) treedt rangwisseling op bij verdeling van de executieopbrengst, wanneer de zaken al eerder stil verpand waren aan een eerste pandhouder? In paragraaf 5.3.4 behandel ik dit laatste omdat het goed mogelijk is dat een retentierecht/vuistpandrecht wordt uitgeoefend op een stil verpande roerende zaak. Bij bedrijfsfinanciering is het gebruikelijk dat een kredietgever (bij voorbaat) stil pandrecht verkrijgt op alle roerende zaken van de kredietnemer. In dat

103 Het vuistpandrecht kan in beginsel alleen ontstaan als daarvoor een geldige titel is, zie art. 3:98 jo. 3:84 BW en zal dus moeten worden bedongen. Het retentierecht kan zijn bedongen, maar ontstaat in de regel krachtens de wet.

104 De FENEX Voorwaarden (de algemene voorwaarden van de Nederlandse Organisatie voor Expeditie en Logistiek, versie van 1 mei 2018) zijn te raadplegen via http://www.fenex.nl/fenex-voorwaarden. De VOTOB-condities 2014 (algemene voorwaarden voor tankopslag in Nederland) zijn te raadplegen via www.votob.nl/downloads).

geval komt een (stil) pandrecht tot stand op het moment dat de zaken in het vermogen van de pandgever komen. De verpande zaken zullen in de regel pas *daarna* in de macht van de schuldeiser, die wellicht later een retentierecht gaat uitoefenen, worden gebracht. In deze paragraaf zal worden bezien welke bescherming het vuistpandrecht en het retentierecht de schuldeiser met feitelijke macht over een zaak bieden, ten opzichte van de eerdere stil pandhouder. Vervolgens behandel ik door middel van twee *intermezzi* twee losstaande onderwerpen die ook te maken hebben met pand en retentierecht: in paragraaf 5.3.5 de verhouding tussen stil pandrecht en retentierecht in de Belgische Pandwet die op 1 januari 2018 in werking is getreden en in paragraaf 5.3.6 de positie van de pandhouder die zich verhaalt op een vordering waarvoor een retentierecht wordt uitgeoefend.

5.3.2 Pandexecutie door de retentor met een vuistpandrecht

191. De retentor die niet ook pandhouder is, heeft niet het recht van parate executie. Hij moet beslag leggen en heeft een executoriale titel nodig om zich te verhalen op het vermogen van zijn schuldenaar. De pandhouder heeft daarentegen het recht van parate executie: hij heeft geen executoriale titel nodig om uit te winnen. Wanneer de pandgever in verzuim is met de voldoening van de gesecureerde vordering, is de pandhouder bevoegd om de verpande zaken te verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen (zie art. 3:248 lid 1 BW). In deze paragraaf behandel ik de gevolgen van parate executie krachtens het pandrecht voor de positie van de pandhouder-retentor.

192. Bij parate executie door een pandhouder, wordt het pandrecht door de executie uiteraard 'verbruikt'. De executie geschiedt krachtens dat pandrecht. Het pandrecht gaat teniet en de pandhouder verkrijgt een verhaalsrecht met voorrang bij de verdeling van de opbrengst.[105] Dit roept de vraag op, wat er gebeurt met het retentierecht, wanneer niet de gehele vordering van de pandhouder-retentor uit de executieopbrengst kan worden voldaan. Als de pandhouder-retentor dan nog een restantvordering heeft, is dan namelijk nog steeds aan de vereisten voor het retentierecht voldaan. En wanneer de pandhouder krachtens de executieverkoop levert aan de koper, kan het retentierecht op grond van art. 3:291 lid 1 BW nog

105 Spath 2010/155.

worden ingeroepen tegen de executiekoper. Op grond van art. 3:292 BW zou de retentor de bevoegdheid hebben om zich krachtens zijn retentierecht door middel van beslag opnieuw op dezelfde zaak te verhalen, die zich nu in het vermogen van de executiekoper bevindt. Desondanks moet worden aangenomen, dat ook zijn retentierecht vervalt, wanneer de pandhouder-retentor paraat executeert. Hoewel de schuldeiser twee hoedanigheden heeft, gaat het om de uitoefening van rechten door één-en-dezelfde partij. Hier speelt hetzelfde als bij beslagexecutie door de retentor waarbij de retentor een restantvordering overhoudt:[106] hoewel er nog aan de vereisten is voldaan, moet toch worden aangenomen dat zijn retentierecht door de (pand)executie tenietgaat. De pandhouder-retentor deelt als partij mee bij de verdeling van de executieopbrengst. Hij verkrijgt maximaal het bedrag dat wordt gegenereerd uit die executieopbrengst. Dat verandert niet, wanneer hij bij die executie twee hoedanigheden aan kan nemen; het blijft één (rechts)persoon.[107]

5.3.3 Beslagexecutie door de retentor met een vuistpandrecht

193. Dezelfde vraag als in de vorige paragraaf met betrekking tot het voortbestaan van het pandrecht (en het retentierecht), doet zich voor wanneer de retentor-pandhouder de teruggehouden zaak door middel van beslagexecutie uitwint. Zo'n casus is nogal uitzonderlijk, maar het arrest KBC/De Jong, dat ik hierna uitgebreider bespreek, laat zien dat dit in de praktijk kan voorkomen.[108] Doordat de retentor beslag heeft gelegd en hier bovendien voorrang aan ontleent, gaat het retentierecht teniet.[109] Wat gebeurt er met het pandrecht? Anders dan hypotheekrechten, worden pandrechten niet gezuiverd op grond van art. 3:273 BW. Bovendien volgt uit art. 3:248 lid 3 BW, dat een lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger het verpande goed slechts kan verkopen met handhaving van hoger gerangschikte pandrechten. De vraag is nu of art. 3:248 lid 3 BW ook van toepassing is op een pandhouder die zelf executeert in de hoedanigheid van beslaglegger. Vanwege het feit dat het hier niet gaat om de executie door een (andere) lager gerangschikte pandhouder of beslaglegger, maar

106 Zie par. 5.2.7.3.
107 Vgl. HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, *JOR* 2014/147 m.nt. V. Tweehuysen, *NJ* 2015/192 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*KBC/De Jong*), dat in de volgende paragraaf uitgebreider aan de orde komt.
108 HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, *JOR* 2014/147 m.nt. V. Tweehuysen, *NJ* 2015/192 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*KBC/De Jong*).
109 Zie par. 5.2.7.3.

om executie door één en dezelfde partij, is art. 3:248 lid 3 BW niet van toepassing. In het arrest KBC/De Jong oordeelt de Hoge Raad dat art. 3:248 lid 3 BW niet van toepassing is op een executie door een beslaglegger die zelf ook een pandrecht had.[110] Volgens de Hoge Raad heeft het hof kunnen oordelen dat KBC dient te worden aangemerkt als een gerechtigde wiens recht is vervallen door de executie in de zin van art. 480 Rv. Het wordt uit het arrest zelf niet duidelijk waar het verval van het pandrecht van KBC op gebaseerd moet worden. Het ligt niet voor de hand dat dit verval het gevolg is van derdenbescherming op de voet van art. 3:86 lid 2 BW. De zaak KBC/De Jong sluit deze mogelijkheid overigens niet uit vanwege de summiere motivering van de Hoge Raad, in combinatie met het feit dat het pandrecht van KBC niet in de veilingvoorwaarden was opgenomen. Maar in de literatuur wordt algemeen aangenomen dat verval door derdenbescherming niet een grond is voor de kwalificatie van de pandhouder als belanghebbende bij de executieopbrengst (in de zin van art. 480 Rv). Verval van het pandrecht is immers in dat geval niet een gevolg van de executie *zelf*, maar van het *vervolg* daarvan, namelijk de levering aan de koper en diens goede trouw.[111] De reden dat het hof, en in diens voetspoor de Hoge Raad, aanneemt dat het pandrecht is vervallen door executie moet er dan ook in gelegen zijn dat KBC de hoedanigheid van pandhouder en beslaglegger combineerde.[112] KBC verenigde twee hoedanigheden in één. Omdat het aldus ging om executie door één en dezelfde partij, moet het pandrecht worden aangemerkt als vervallen in de zin van art. 480 Rv. Daaruit volgt, dat KBC met inachtneming van haar rang als pandhouder meedeelde bij de verdeling van de executieopbrengst. Uit het arrest KBC/De Jong kan bovendien worden afgeleid, dat de als beslaglegger executerende pandhouder, naar rang van pandhouder (en niet gewoon beslaglegger) wordt voldaan uit de executieopbrengst (in dit geval: met voorrang boven De Jong als concurrent schuldeiser). Als de beslaglegger-pandhouder echter ook nog een hoge rang ontleent aan de andere schuldeiserspositie, kan uit het arrest KBC/De Jong mijns inziens

110 HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, *JOR* 2014/147 m.nt. V. Tweehuysen, *NJ* 2015/192 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*KBC/De Jong*).

111 Conclusie A-G Rank-Berenschot punt 4.12 voor HR 28 februari 2014 ECLI:NL:HR:2014:440 (*KBC/De Jong*). Annotator Van Mierlo sluit zich hierbij aan in nr. 6 van zijn noot onder het arrest in *NJ* 2015/192. Anders: Kinderman 2014, p. 232.

112 nr. 12 van de annotatie van V. Tweehuysen in *JOR* 2014/147 onder HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440 (*KBC/De Jong*).

worden afgeleid dat hij met díe rang kan worden voldaan uit de executieopbrengst. Het pandrecht van de pandhouder-retentor die als beslaglegger de zaak uitwint, komt door de executie te vervallen en hij wordt naar zijn rang als retentor óf pandhouder voldaan uit de executieopbrengst.

5.3.4 Rangwisseling bij samenloop met een anterieur stil pandrecht

194. Het is goed mogelijk dat de zaken die de pandhouder-retentor onder zich krijgt, al eerder stil waren verpand aan een eerste pandhouder. Wanneer een schuldeiser zowel een retentierecht, als een pandrecht heeft, kan men zich afvragen of het retentierecht of het vuistpandrecht (of beide) de mogelijkheid tot rangwisseling boven die eerste pandhouder biedt (bieden) bij uitdeling van de executieopbrengst. Vergelijking van de twee wettelijke regelingen voor voorrang boven de anterieure pandhouder, laat zien dat het niet veel uitmaakt of de retentor-pandhouder zich op zijn retentierecht of zijn pandrecht beroept. De mogelijkheid tot rangwisseling ten opzichte van een eerder gevestigd stil pandrecht die ik in deze paragraaf beschrijf, doet zich alleen voor wanneer de eerste stil pandhouder betrokken is de bij executie. Aangezien het pandrecht niet kenbaar is, kan geen mededeling van het beslag worden gedaan zoals art. 508 Rv wel voorschrijft bij hypotheken.[113] Om toch op de hoogte te komen, wordt doorgaans afgesproken dat de pandgever de pandhouder moet inlichten als er beslag wordt gelegd op de verpande goederen.[114] Als de pandhouder zich niet meldt bij de deurwaarder voordat de opbrengst is verdeeld omdat hij niet op de hoogte is van de executie (of daar bewust voor kiest), kan het zijn dat zijn pandrecht vervalt door de executie, maar hij – hoewel hij daar ingevolge art. 480 Rv wel recht op zou hebben – toch geen uitdeling uit de executieopbrengst krijgt.

195. Wanneer heeft de retentor voorrang boven een anterieure stil pandhouder? Dat is volgens art. 3:291 lid 2 BW zo, als de pandgever bevoegd was om de overeenkomst (tot bewaarneming, reparatie, etc.) aan te gaan, of – bij gebreke van die bevoegdheid – als de retentor niet hoefde te twijfelen aan het bestaan van de bevoegdheid. Hoewel het vrij uitzonderlijk zal zijn, is het denkbaar dat een pandhouder contractueel beperkingen

113 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 134-135.
114 Annotatie Van Mierlo, nr. 3, in *NJ* 2015/192 onder HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, (*KBC/De Jong*), Reehuis 1987, p. 118.

aan de pandgever oplegt om overeenkomsten met betrekking tot de zaak aan te gaan.[115] Het eerste criterium van art. 3:291 lid 2 is in dat geval niet vervuld. Maar gevallen waarin de retentor moest twijfelen aan de bevoegdheid van zijn wederpartij om de overeenkomst aan te gaan met betrekking tot een roerende zaak zijn zeer uitzonderlijk. Eenieder is in beginsel vrij om overeenkomsten aan te gaan. Bij het retentierecht op roerende zaken zal de retentor in de regel rang hebben boven een eerder gevestigd stil pandrecht. Wil een pandhouder hier onderuit komen, dan zal hij dit contractueel moeten vastleggen. Eén manier om dit te regelen is bijvoorbeeld om met de potentiële retentor af te spreken, dat de laatste optreedt als onmiddellijk houder voor de eerdere pandhouder.

196. Wanneer heeft de vuistpandhouder voorrang boven een anterieure stil pandhouder? Vanwege de prioriteitsregel gaat een eerder gevestigd pandrecht in principe boven een later pandrecht.[116] Dit is anders als de pandgever jegens de pandhouder bevoegd was om de zaken nogmaals te verpanden. Het ligt niet voor de hand dat de eerste pandhouder dit zal toestaan.[117] In dat geval kan toch rangwisseling optreden tussen de twee pandrechten als de tweede pandhouder zich kan beroepen op derdenbescherming. Art. 3:238 lid 2 BW bepaalt dat het posterieure vuistpandrecht in rang boven het anterieure stille pandrecht gaat, wanneer de vuistpandhouder het eerdere recht kende noch behoorde te kennen. Art. 3:238 lid 2 BW geeft door middel van een verwijzing naar lid 1 aan dat het moment waarop de zaak in de macht van de pandhouder of in die van een derde is gebracht het meetmoment voor de goede trouw is. Om te weten te komen of het posterieure vuistpandrecht rang neemt boven het eerder gevestigde stille pandrecht, moet dus worden beoordeeld of de posterieure vuistpandhouder op het moment dat hij – of een derde – de feitelijke macht verkreeg, het eerdere stille pandrecht kende of behoorde te kennen. Over de invulling van dit 'kennen noch behoren te kennen' uit art. 3:238 lid 2 BW is niet veel bekend.[118] De parlementaire geschiedenis geeft geen handvatten en er is weinig over geschreven. Voor zover ik het kan overzien, is Van Hoof de enige die een inhoudelijke analyse heeft gemaakt van de

115 Bijvoorbeeld bij lease (al of niet op basis van pandrecht) is goed denkbaar dat de leasemaatschappij de leasenemer verplicht om reparaties en onderhoud alleen bij gecontracteerde garages te doen plaatsvinden.
116 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/781.
117 Van Hoof 2013, p. 256.
118 Van Hoof 2013, p. 252-253.

invulling van de goede trouw die vereist is om rangwisseling te bewerkstelligen.[119] Hij vergelijkt de goede trouw van de vuistpandhouder ten opzichte van de stil pandhouder met de eisen die men stelt aan de bescherming van de vuistpandhouder ten opzichte van het recht van reclame en het eigendomsvoorbehoud. Terecht analyseert hij dat de goede trouw van de vuistpandhouder niet betrekking heeft op het *bestaan* van een eerder stil pandrecht. De algemene kennis van de gemiddelde marktpartij dat alle inventaris en voorraad verpand zullen zijn aan 'de huisbank' maakt dus niet dat een vuistpandhouder niet meer te goeder trouw is. De goede trouw moet daarentegen worden ingevuld met behulp van het arrest Hoogovens/Matex.[120] De relevante vraag die moet worden beantwoord, is of de vuistpandhouder er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat het stille pandrecht niet zou worden uitgeoefend. Van Hoof komt vervolgens tot de conclusie dat de situatie voor een vuistpandhouder die eveneens een retentierecht heeft op het punt van de rangwisseling aanzienlijk gunstiger is dan voor de vuistpandhouder zonder retentierecht, omdat een vuistpandhouder er volgens hem "niet snel van uit mag gaan dat het stille pandrecht niet zal worden uitgeoefend". "Normaliter", aldus Van Hoof, "zal de vuistpandhouder dus op grond van de prioriteitsregel plaats moeten nemen na de schuldeiser met het eerder gevestigde stille pandrecht."[121] Deze conclusie deel ik niet. Art. 3:238 lid 2 BW zegt expliciet dat het meetmoment voor de goede trouw het moment is, waarop de zaken in de macht van de pandhouder komen. Op het moment dat bijvoorbeeld een vervoerder of een bewaarnemer, die in de overeenkomst met zijn wederpartij een vuistpandrecht heeft bedongen, de zaken in zijn macht krijgt, is het uitgangspunt onder normale omstandigheden – dus terwijl er geen betalingsachterstanden waren, of andere factoren die een concursus creditorum teweeg zouden kunnen brengen – mijns inziens dat de vuistpandhouder wel rang neemt boven het eerder gevestigde stille pandrecht. Op dat moment hoefde hij er namelijk redelijkerwijs niet van uit te gaan dat het eerdere stil

119 Van Hoof 2013, p. 252-258.

120 HR 29 juni 1979, *NJ* 1980/133 m.nt. W.M. Kleijn (*Hoogovens/Matex*).

121 Van Hoof 2013, p. 257-258. De constatering van Van Hoof dat een tweede pandhouder, in tegenstelling tot een verkrijger van een verpande zaak, in beginsel niets terugbrengt in het vermogen van de pandgever is op zich terecht, maar dit gegeven beïnvloedt alleen de bevoegdheid van de pandgever. Deze zal in het algemeen wél bevoegd zijn om de verpande zaken vrij van pandrecht te vervreemden in de normale bedrijfsuitoefening. Hij zal daarentegen niet bevoegd zijn om de zaken nogmaals te verpanden. Deze onbevoegdheid kan worden geheeld door een beroep op art. 3:238 lid 2 BW.

pandrecht zou worden uitgeoefend. De kennis die de vuistpandhouder eventueel op een later moment verkrijgt, kan daar ook niet meer aan af doen.[122] In de 'standaardsituaties' wordt dus een vuistpandhouder net als een retentor beschermd en neemt zijn vordering bij concursus rang boven die van de eerdere pandhouder.

197. Voor de rangwisseling zal het dus niet veel uitmaken of de posterieure derde een vuistpandrecht of een retentierecht inroept. De vergelijking tussen retentor en vuistpandhouder brengt aan het licht, dat de structuur van art. 3:291 lid 2 BW lijkt op die van de bescherming van een posterieur beperkt gerechtigde tegen een onbekend eerder beperkt recht. De eerste toets is: was de pandgever bevoegd tot dubbele verpanding? In het geval van het retentierecht luidt die vraag: was de schuldenaar bevoegd tot het sluiten van de overeenkomst? Bij een posterieur pandrecht zal het op dit vereiste in de regel vastlopen.[123] Bij het retentierecht is eerder denkbaar dat de schuldenaar bevoegd is. Een overeenkomst met betrekking tot de zaak is in beginsel niet strijdig met het anterieure pandrecht en kan de zaak – en daarmee de pandhouder – zelfs ten goede komen. In het geval van het vuistpandrecht kan het vervolgens zijn dat toch rangwisseling optreedt, indien de vuistpandhouder er niet van uit hoefde te gaan dat het eerdere stille pandrecht zou worden *uitgeoefend*. In de normale gevallen zal de vuistpandhouder, die van meet af aan een vuistpandrecht verkreeg, er niet van uit hoeven gaan dat een eerder gevestigd stil pandrecht zal worden uitgeoefend. Dit is uiteraard anders als de tweede pandhouder, die aanvankelijk een stil pandrecht had, de zaken met het oog op rangwisseling in vuistpand neemt.[124] In die gevallen brengt art. 3:238 lid 2 BW mee, dat er geen rangwisseling plaatsvindt.

198. Tot besluit van de voorgaande drie paragrafen over de positie van de pandhouder-retentor, kunnen de volgende vaststellingen worden gedaan. Ten eerste: ongeacht of de pandhouder-retentor paraat executeert of door middel van beslagexecutie, vervallen het pandrecht én het retentierecht.

122 Vgl. 3:118 lid 2 BW.

123 Logmans 2011, p. 257-258 zet uiteen dat rangwisseling wel optreedt ingeval van een eerste stil pandrecht op de zaken en een later pandrecht op het cognossement.

124 De tweede stil pandhouder zou op de hoogte moeten zijn van een eerder stil pandrecht, omdat de pandgever ingevolge art. 3:237 lid 2 BW verplicht is in de akte te vermelden dat hij bevoegd is om te verpanden en welke beperkte rechten reeds op de zaak rusten.

De dubbele hoedanigheid van de partij betekent dus niet dat de andere hoedanigheid blijft voortbestaan, wanneer krachtens de ene wordt geëxecuteerd en de pandhouder-retentor nog een restantvordering heeft.

Voor de verhouding tot een eventueel anterieur stil pandrecht, maakt het niet veel uit of de pandhouder-retentor zich beroept op de voorrang die voortvloeit uit zijn pandrecht, of zijn retentierecht. Zowel het pandrecht, als het retentierecht geven de schuldeiser doorgaans voorrang ten opzichte van de anterieure stil pandhouder. De structuur van de bescherming van art. 3:238 lid 2 BW en art. 3:291 lid 2 BW is vergelijkbaar. De invulling van de criteria werkt weliswaar iets anders uit, maar het eindresultaat is in veel gevallen hetzelfde: voorrang voor de pandhouder-retentor boven een anterieur stil pandrecht.

5.3.5 Intermezzo I: De Belgische Pandwet

199. De stand van zaken in België met betrekking tot het retentierecht leek tot 2018 veel op het Nederlandse recht onder het Oud BW.[125] Er was geen algemene regeling van het retentierecht; het werd slechts in specifieke gevallen in de wet geregeld. De Belgische doctrine en de rechtspraak namen al wel aan, dat een retentierecht ook buiten deze gevallen kon bestaan.[126] Per 1 januari 2018 is de nieuwe 'Pandwet' in werking getreden, die voorziet in een nieuwe regeling van het vestigen en de tegenwerpelijkheid van pandrechten op roerende zaken en vorderingen.[127] De wet moderniseert op deze punten het Belgische zekerhedenrecht. Naast een nieuwe regeling van het pandrecht, voorziet de Pandwet in een regeling van het eigendomsvoorbehoud en het retentierecht op roerende zaken. De wet beoogt niet het verbintenissenrecht te wijzigen.[128] In deze paragraaf ga ik na in hoeverre de zeer jonge Belgische wet correspondeert met het Nederlandse recht. Het is interessant om dit te bekijken, omdat het een piepjonge regeling is in een land dichtbij Nederland.

125 Cauffman 2000, p. 144, Vanwynsberghe 2016b, p. 351.
126 Coppens 1969, p. 19, Cauffman 2000, p. 142.
127 Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013. De Pandwet vervangt de huidige Titel XVII van Boek III van het Burgerlijk Wetboek, "Inpandgeving", (art. 2071-2091), door een nieuwe Titel XVII, geheten "Zakelijke zekerheden op roerende goederen", omvattende de art. 1 tot 75, aldus art. 2 van het Wetsontwerp. Zie over de achtergrond en doelstellingen van de nieuwe wet: Dirix 2017, p. 1-28.
128 Verougstraete 2014, p. 167 en 169.

200. Net zomin als het Franse recht, of het Nederlandse recht onder het Oud BW, verschafte het Belgische retentierecht van vóór de Pandwet de schuldeiser voorrang bij uitwinning van de teruggehouden zaak.[129] Onder de Pandwet verandert dit. Art. 75 bepaalt dat het retentierecht aanleiding geeft tot een preferentieel recht van pandhouder als bedoeld in art. 1 Pandwet. Dit art. 1 Pandwet luidt: "Het pand verleent aan de pandhouder het recht om bij voorrang boven de andere schuldeisers te worden betaald uit de bezwaarde goederen." Hieruit moet niet worden afgeleid dat de retentor in alle opzichten gelijk wordt gesteld met een pandhouder. Hij verkrijgt door deze bepaling niet de executiebevoegdheden die een pandhouder toekomen.[130] Art. 75 Pandwet heeft alleen betrekking op de rang van de vordering van de retentor.[131] Aangezien art. 1 Pandwet van toepassing is, is het de vraag of de inroepbaarheid van het retentierecht en de rang van zijn vordering in beginsel moeten worden vastgesteld aan de hand van de prioriteitsregel (zie art. 57 lid 2 Pandwet).[132] Dit zou aansluiten bij de in het wetsvoorstel voorgestane 'functionele benadering' van zekerheidsrechten.[133] Een eerder pandrecht zou dan voor een later retentierecht gaan en vice versa. Art. 25 Pandwet bepaalt dat een verkrijging te goeder trouw ingevolge art. 2279 BBW (het Belgische equivalent van het Nederlandse art. 3:86 BW) uitgesloten is. Toch heeft ook in België te gelden, dat de retentor in zijn algemeenheid voorrang heeft boven de anterieure stil pandhouder. Ondanks het feit dat een geregistreerd pandrecht tegenwerpelijk is aan derden, kan een later retentierecht voorrang krijgen. Dat kan twee gronden hebben. Enerzijds is mogelijk dat de vordering van de retentor superprioriteit heeft, ingevolge art. 58 Pandwet. De retentor heeft superprioriteit, wanneer hij een vordering heeft wegens kosten tot

129 Dirix & De Corte 2006/543.

130 Zie over de uitwinningsbevoegdheden van de pandhouder Malekzadem 2017b, p. 157-177 en Fransis 2017b, p. 179-199.

131 Aan het nieuwe Belgische recht ligt op dit punt eenzelfde soort onderbouwing ten grondslag als aan het huidige Nederlandse recht (zie par. 5.2.3.2). Ook de Belgische wetgever gaat ervan uit dat de impasse die het retentierecht opwerpt, wordt doorbroken door het toekennen van voorrang aan de vordering van de retentor. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp van de Pandwet (p. 72-73): "Indien de schuldenaar failliet wordt verklaard of een andere schuldeiser op de goederen beslag legt, dan kan de retentor instemmen met de vrijgave van de goederen aangezien hij zich beschermd weet door een preferentieel recht op de verkoopopbrengst."

132 Dirix 2013, p. 47.

133 Dirix 2013, p. 9-11, Dirix 2017, p. 14-16.

behoud.[134] Wanneer de retentor geen superprioriteit heeft, heeft zijn vordering alsnog voorrang boven die van een anterieure pandhouder, op voorwaarde dat, in de woorden van art. 75 lid 2 Pandwet: "de schuldeiser bij de inontvangstneming van het goed mocht aannemen dat de schuldenaar bevoegd was om dit goed aan een retentierecht te onderwerpen." In hoofdstuk 4 heb ik over de invulling van dit criterium in vergelijking met het Nederlandse recht geschreven.[135] Hoewel de formulering van art. 75 Pandwet afwijkt van art. 3:291 lid 2 BW, moet daaronder hetzelfde worden verstaan. Het feit dat het pandrecht is geregistreerd, doet dus niets af aan de bescherming van de retentor te goeder trouw. Dit strookt met het gegeven dat een retentor niet een goederenrechtelijk recht verkrijgt op de zaak, maar een 'contractueel betrokken derde' is. België is met de regeling van de positie van de retentor in de Pandwet opgeschoven richting Nederland. De Belgische retentor op roerende zaken heeft onder de nieuwe Pandwet dus een positie die vrijwel gelijk is aan de Nederlandse.

Los van de voorziene samenloop met pandrecht, bevat de wet twee algemene bepalingen (art. 73 en 74) over de vereisten voor het retentierecht. Zo'n 'definitiebepaling' kende het Belgische recht nog niet, maar een wijziging van het verbintenissenrecht is hiermee niet beoogd.[136] Tegenwerpelijkheid van het retentierecht tegen andere derden, zoals leveranciers met een eigendomsvoorbehoud of hypotheekhouders is niet geregeld. Naar aanleiding van een arrest van het Hof van Cassatie leert men dat de afgifte ook kan worden opgeschort jegens anterieure eigenaars op

134 Volgens de Memorie van Toelichting, p. 27, correspondeert deze rang met het voorrecht van art. 20,4° Hyp.W., voor herstellers. In art. 20,4° Hyp.W. is overigens niet het voorrecht van de hersteller, maar van kosten tot behoud geregeld. Elders in de Memorie van Toelichting, p. 32-33 en 73 worden overigens ook de kosten tot herstel genoemd als grond voor superprioriteit. Anders dan in Nederland, lijkt de Belgische rechtspraak en doctrine – en ook de Memorie van Toelichting – het voorrecht wegens kosten tot behoud ruimhartiger toe te staan dan de Nederlandse en ook geen scherp onderscheid te maken tussen behoud en herstel. Zie Parijs/Delwiche, Commentaar bij artikel 20, 4° Hyp.W., p. 45 (online, laatst bijgewerkt op 24 januari 2012). In Nederland moet het voorrecht voor kosten tot behoud daarentegen restrictief worden geïnterpreteerd. Alleen een schuldeiser die het goed voor fysiek tenietgaan heeft behoed, heeft dit voorrecht, zie HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158 m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's kuikenbroederij*) en Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1388. Ik laat dit punt verder rusten.

135 Par. 4.3.4.4.

136 Verougstraete 2014, p. 170.

een vergelijkbare manier als in Nederland.[137] Maar een verhaalsrecht op diens zaken heeft de retentor niet.[138] Voor wat betreft het retentierecht op onroerende zaken, gaat de rechtsleer er wel van uit dat dit bestaanbaar is, maar als het op onroerende zaken aankomt is men in België afkerig van derdenwerking van het retentierecht.[139]

5.3.6 Intermezzo II: verhaal door een pandhouder op een vordering waarvoor retentierecht wordt uitgeoefend

201. In deze paragraaf komt een andere vorm van de combinatie van stil pandrecht en retentierecht aan bod dan hiervoor. Het gaat om de combinatie tussen retentierecht en stil pandrecht op vorderingen.

Het is gebruikelijk dat een debiteur tot zekerheid van terugbetaling van krediet dat hij van een financier heeft verkregen, zijn (handels) vorderingen (bij voorbaat) verpandt. Zodra de vordering ontstaat in het vermogen van de debiteur, valt deze automatisch onder het pandrecht van de financier, uiteraard mits de pandgever op dat moment nog beschikkingsbevoegd is.[140] Het is denkbaar dat een pandgever die een vordering heeft op zijn debiteur, daarvoor op een gegeven moment een retentierecht verkrijgt. Denk bijvoorbeeld aan de aannemer die al zijn vorderingen (bij voorbaat) heeft verpand. Als de aannemer een vordering verkrijgt op zijn opdrachtgever en voor die vordering een retentierecht uitoefent, heeft de pandhouder een pandrecht op een vordering waarvoor een retentierecht wordt uitgeoefend. De vraag is nu, of de pandhouder bij de uitwinning van zijn pandrecht gebruik kan maken van de voorrang die verbonden is aan het retentierecht. Het gebruik maken van deze voorrang is met name van belang, wanneer de pandhouder krachtens zijn pandrecht verhaal neemt op het vermogen van de debiteur van de verpande vordering, en nog andere schuldeisers zijn die een verhaalsrecht hebben op dit vermogen (sbestanddeel) van de debiteur. Zou dat zo zijn, dan verschaft het retentierecht immers mogelijk (namelijk: wanneer aan de vereisten voor art. 3:291 lid 1 en/of lid 2 BW is voldaan) voorrang boven andere schuldeisers die

137 Cass. 27 april 2006, *RW* 2007-08, 1541 m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*) en Cauffman 2005, p. 687.
138 Kritisch over de afwezigheid hiervan in het Belgische recht is Van Eessel 2018, p. 1162-1170.
139 Dirix 2004, p. 1208, Malekzadem 2017a, p. 251.
140 Zie art. 35 jo. 23 Fw.

verhaal zoeken op de debiteur. Een mooi praktijkvoorbeeld van zo'n geval wordt gegeven door Cools.[141] Zij introduceert de volgende casus: een aannemer wordt gefinancierd door Bank 1. Bank 1 heeft pandrecht op alle vorderingen van de aannemer. De aannemer verkrijgt een retentierecht op een perceel, doordat hij een vordering op een opdrachtgever heeft uit hoofde van een aannemingsovereenkomst en de feitelijke macht over dat perceel. Bank 2 heeft een hypotheekrecht op het perceel van de debiteur van de verpande vordering. Als Bank 1 gebruik kan maken van de voorrang van het retentierecht, heeft zij bij het uitwinnen van de verpande vordering voorrang boven de hypotheekhouder.[142] Cools gaat met name in op de vraag of de pandhouder gebruik kan maken van de voorrang die krachtens het retentierecht aan de vordering van de aannemer is verbonden. Aan deze vraag gaat mijns inziens nog een andere vooraf, die ik kort behandel.

Op basis waarvan is de pandhouder gerechtigd zich te verhalen op het vermogen van de debiteur van de pandgever? Art. 3:246 lid 1 BW bepaalt dat de openbaar pandhouder bevoegd is om in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. In het arrest Megalim/De Veenbloem overweegt de Hoge Raad dat de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde inningsbevoegdheid de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar omvat.[143] Ter verwezenlijking van dit verhaal staan de pandhouder de middelen ten dienste die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever toekwamen, waaronder de uitwinning van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten, aldus de Hoge Raad. Na mededeling van het pandrecht aan de debiteur is de pandhouder dus bevoegd om zijn vordering te verhalen op het vermogen van de debiteur van de pandgever; de pandgever is hiertoe – behoudens toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter –[144] niet langer bevoegd. Het verhaalsrecht van de vordering van de pandgever op het vermogen van de debiteur kan, als gevolg

141 Cools 2012, p. 175-191.

142 Ik ga in deze paragraaf overigens uit van een openbaar pandrecht. De pandhouder mag mededeling doen van zijn pandrecht wanneer de pandgever tekort schiet of goede grond geeft te vrezen dat hij tekort zal schieten. Pandgever en pandhouder mogen van dit tijdstip afwijken (zie art. 3:239 lid 3 BW).

143 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *JOR* 2017/25 m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*), r.o. 3.3.4.

144 Zie art. 3:246 lid 4 BW.

van het inningsbevoegd worden van de pandhouder ter zake van die vordering, niet langer geschieden door de pandgever.[145] Het ligt niet voor de hand dat het verhaalsrecht van de vordering dan 'in het niets' zou verdwijnen. Faber stelt in zijn annotatie onder het arrest Megalim/De Veenbloem dat "het geen twijfel [lijdt] dat tot het verhaal ook behoort het doen leggen van beslag op het vermogen van de debiteur en het verrichten van alle handelingen ter effectuering van het beslag en de daaropvolgende uitwinning."[146] Het verhaal van de inningsbevoegde pandhouder op het vermogen van de debiteur geschiedt door middel van beslag. Het is een verhaalsrecht op het goed van een derde en een wettelijke uitzondering op art. 3:276 BW.

202. Vervolgens moet worden bezien of de pandhouder bij het verhaal van zijn vordering op het vermogen van de debiteur ook gebruik kan maken van de voorrang die vanwege het retentierecht is verbonden aan de verpande vordering. Voor deze vraag zijn twee arresten van de Hoge Raad bepalend: Rabobank/Stormpolder en (met name) ABN Amro/Marell.[147] Uit het arrest Rabobank/Stormpolder volgt dat de beslaglegger gebruik kan maken van de aan de beslagen vordering verbonden hypothecaire voorrang. In de literatuur werd na het arrest Rabobank/Stormpolder de opvatting, dat hetzelfde geldt voor de pandhouder, al breed gedragen.[148] De Hoge Raad bevestigt deze opvatting in het arrest ABN Amro/Marell. In dat arrest was de pandgever zelf ook pandhouder. ABN Amro was – na mededeling van het pandrecht – bevoegd tot het innen van de vorderingen die krachtens dat pandrecht aan haar eigen pandgever waren verpand.

Stel nu dat de pandgever niet een pandrecht of hypotheekrecht, maar een retentierecht heeft voor de verpande vordering en de pandhouder wint de teruggehouden zaak, die eigendom is van de debiteur van de verpande vordering, uit. Kan de pandhouder dan gebruik maken van de

145 Het verhaalsrecht is een onderdeel van een vordering en geeft de schuldeiser het recht om zich te verhalen op goederen van zijn schuldenaar (of een derde). Zie over dit begrip verhaalsrecht verder par. 6.2.3.

146 Annotatie van N.E.D. Faber, nr. 3 onder HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *JOR* 2017/25 (*Megalim/De Veenbloem*). Zie ook Verdaas 2008, p. 294.

147 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619, *JOR* 2005/131 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *NJ* 2006/362 m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Stormpolder*), HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, *JOR* 2016/105 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*ABN Amro/Marell*).

148 Zie voor vindplaatsen in de literatuur Verdaas 2008, p. 279, voetnoot 65; zie ook Steneker 2012a/54.

voorrang die krachtens het retentierecht is verbonden aan de vordering van de pandgever? Dit is de centrale vraag van deze paragraaf. Ik ben van mening dat dat *niet* mogelijk is.[149] Bij verhaal op de teruggehouden zaak kan de pandhouder mijns inziens geen gebruik maken van de voorrang die vanwege het retentierecht is verbonden aan de vordering van de pandgever. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad in het arrest ABN Amro/Marell geoordeeld dat de pandhouder de aan de verpande vordering verbonden zekerheidsrechten kan uitoefenen. De Hoge Raad verwijst daarvoor naar het arrest Rabobank/Stormpolder, maar motiveert zijn oordeel verder niet.[150] De verwijzing door de Hoge Raad naar Rabobank/Stormpolder kan betekenen dat de argumentatie die voor dát oordeel werd gegeven, ook opgaat voor het geval dat niet de beslaglegger, maar de pandhouder gebruik maakt van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten. Die argumentatie uit het arrest Rabobank/Stormpolder bestaat uit twee onderdelen, die op het volgende neerkomen: ten eerste is het volgens de Hoge Raad in overeenstemming met het in art. 477 en 477a Rv neergelegde wettelijk systeem, waarin aan de beslaglegger de bevoegdheid toekomt zijn vordering op de beslagdebiteur te verhalen door inning van de vordering van de beslagdebiteur op de derde-beslagene, dat de beslaglegger profiteert van de hypothecaire voorrang bij inning van de vordering. Ten tweede zou volgens de Hoge Raad een andere opvatting ertoe leiden dat de schuldeisers van de derde-beslagene zouden worden bevoordeeld, terwijl de debiteur juist zou worden gedupeerd.

De argumenten uit het arrest Rabobank/Stormpolder lenen zich ook voor de casus met het retentierecht. Ten eerste het 'wetssystematische' argument. Volgens Kortmann is de bevoegdheid tot gebruikmaking van de voorrang verbonden aan de vordering niet af te leiden uit de art. 477 en 477a Rv of hun wetsgeschiedenis. Het argument van de Hoge Raad met betrekking tot 'het wettelijk systeem' kan echter ook op een andere manier worden geïnterpreteerd. Het 'wettelijk systeem' dat de Hoge Raad aanhaalt, kan namelijk ook meebrengen dat als de inningsbevoegdheid van de vordering ligt bij de beslaglegger (of de pandhouder), deze gebruik mag maken van alle met die inningsbevoegdheid samenhangende rechten en bevoegdheden. Het verhaalsrecht van die vordering ligt vanaf de mededeling van het pandrecht bij de pandhouder. In die interpretatie vormen in

149 Anders: Krzemiński 2018, p. 504-505.

150 Verdaas geeft in zijn proefschrift – dat dateert van vóór het arrest Megalim/De Veenbloem – een nadere onderbouwing van het kunnen uitoefening door de pandhouder van de zekerheidsrechten voor de verpande vordering, op basis van de bedoeling van de wetgever. Zie Verdaas 2008, p. 282-283.

ieder geval art. 3:227 BW en art. 3:246 lid 1 BW voor wat betreft het pandrecht 'het wettelijke systeem'. De elementen die verbonden zijn aan verhaal voor de vordering, moeten toekomen aan degene die bevoegd is zich te verhalen voor die vordering. Bij een openbaar pandrecht is de pandhouder hiertoe bevoegd.[151]

De vraag is derhalve, welke rol het retentierecht heeft in het kader van verhaalsrecht van de vordering van de pandgever, dat wordt uitgeoefend door de inningsbevoegde pandhouder. De terughoudingscomponent van het retentierecht speelt naar mijn mening geen rol bij het verhaalsrecht dat de pandhouder uitoefent. Het terughouden van de zaak kan niet onder het nemen van verhaal op de verpande vordering worden gebracht. Als de pandhouder inningsbevoegd wordt, wordt hij niet ook retentie-bevoegd. Dat heeft met de bestaande discussie over de al of niet afhankelijke aard van het retentierecht niets te maken.[152] Het uitoefenen van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten staat ook los van de afhankelijkheid van deze rechten.[153] Er is immers geen sprake van de overgang van rechten of bevoegdheden van de pandgever naar de pandhouder. Het is ook niet zo dat het gegeven dat de feitelijke macht bij de pandgever berust, in de weg staat aan de uitoefening van het retentierecht door de pandhouder; de feitelijke macht kan immers ook middellijk worden uitgeoefend. Maar een bezwaar dat niet eenvoudig kan worden omzeild, is dat het retentierecht volgens art. 3:290 BW de opschorting van de verplichting tot afgifte is. Die verplichting tot afgifte heeft de pandgever jegens de debiteur. Het is zijn schuld; zijn prestatie, waarvan hij de nakoming opschort. Zonder medewerking van de debiteur (dit is de crediteur van de vordering/verplichting tot afgifte; de schuldenaar) kan de verplichting tot afgifte niet overgaan op een ander.[154] Bovendien kan de pandhouder niet

151 Uit HR 9 december 2016, *JOR* 2017/25 m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*), r.o. 3.3.4 volgt bijvoorbeeld dat de aanvraag van het faillissement strekt tot verhaal op het vermogen van de debiteur. De openbaar pandhouder is daartoe bevoegd.

152 De meningen over de vraag of het retentierecht een afhankelijk recht zijn, zijn verdeeld, zie hierover onder meer: Schoordijk 1986, p. 245, Chao-Duivis 1989, p. 29-31, Raaijmakers 2001, p. 695-708, Mellenbergh & Boddenberg 2006, Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/8.

153 Vgl. noot S.C.J.J. Kortmann onder HR 11 maart 2005, *JOR* 2005/131 (*Rabobank/Stormpolder*), Steneker 2012a/54. Vgl. Verdaas 2008/398, die meent dat een voorrecht een eigenschap is van de vordering die de pandhouder int.

154 Vgl. art. 6:155 BW over schuldoverneming, waarvoor de toestemming van de schuldeiser is vereist.

bevoegd zijn tot opschorting van de verplichting tot afgifte van een ander (de pandgever).[155] De verplichting tot afgifte en de bevoegdheid tot opschorting van die verplichting zijn per definitie in één hand.

203. Vervolgens kan men zich nog afvragen of de pandhouder alleen van de voorrang van het retentierecht gebruik kan maken, los van de terughouding. Art. 3:292 BW staat wellicht niet aan de uitoefening van de voorrang van het retentierecht door de pandhouder in de weg. Het luidt: "de *schuldeiser* kan zijn vordering op de zaak verhalen met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. (mijn cursivering)" Het begrip *schuldeiser* is in de wet niet steeds beperkt tot de partij die krachtens verbintenis een vordering heeft op de schuldenaar, maar daaronder kan in sommige gevallen ook de partij met een verhaalsrecht worden begrepen.[156] Toch ben ik van mening dat de voorrang die het retentierecht biedt, niet kan worden gescheiden van de uitoefening van het opschortingsrecht. Biemans en Krzemiński denken hier anders over. Volgens hen kan het retentierecht worden onderscheiden in twee afzonderlijke rechten: terughouding en verhaal.[157] Biemans zet het retentierecht op dit punt af tegen het pand- en hypotheekrecht, die beide slechts één recht zouden zijn. Dit door Biemans gesignaleerde contrast tussen retentie en pand/hypotheek is mijns inziens niet overtuigend. Ook pand en hypotheek bieden de gerechtigde een bundel van rechten en bevoegdheden. De discussie over de precieze verdeling van de bevoegdheden over pandhouder en pandgever is nog niet uitgekristalliseerd.[158] Belangrijker is echter dat de wetgever de *retentor* het verhaalsrecht met voorrang heeft toegekend. Zoals ik in paragraaf 5.2.8.3 uiteenzette gaat de samenhang tussen retentie en preferentie lang terug. Naar geldend recht vloeit de voorrang voort uit de (derdenwerking van de) opschortingsbevoegdheid. De bijzondere verhaalsbevoegdheden van de retentor zijn dus niet zonder meer los te koppelen van de

155 Biemans 2011/274.

156 Vgl. par. 9.2 over het begrip *schuldeiser* in de zin van art. 1 Fw.

157 Biemans 2011/272-273, Krzemiński 2018, p. 504-505. Volgens Biemans gaat het 'opschortingsrecht' (in zijn terminologie: de terughouding) bij cessie niet mee over op de cessionaris, maar het bijzondere verhaalsrecht en de voorrang wél.

158 Getuige bijvoorbeeld in de laatste jaren alleen al de arresten HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82 m.nt. H.J. Snijders (*IAE/Neo-River*) over de vraag of de pandgever na mededeling van het pandrecht aan de debiteur bevoegd is om afstand te doen van de verpande vordering en HR 9 december 2016, *JOR* 2017/25 (*Megalim/De Veenbloem*) over de vraag of de pandhouder bevoegd is om het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen.

terughouding. Bovendien geven de twee motieven die ten grondslag liggen aan de voorrang van de retentor een aanwijzing dat de voorrang specifiek voor de retentor en niet voor een verhaalsgerechtigde derde is bedoeld: de pandhouder heeft de wettelijke bescherming die de retentor wordt gegeven niet nodig. Hij was professioneel genoeg om een pandrecht te hebben bedongen. En ook het motief van doorbreking van de patstelling is op de pandhouder niet van toepassing: zijn pandrecht zit derden beduidend minder in de weg dan een retentierecht en het vormt op zichzelf al een stimulans voor de schuldeiser om zich te verhalen.

204. Het tweede argument van de Hoge Raad in Rabobank/Stormpolder is van meer praktische aard. Als de beslaglegger/pandhouder de bevoegdheid niet zou hebben, zou de debiteur/pandgever worden benadeeld, terwijl de derde-beslagene/debiteur juist zou worden bevoordeeld. Hoe werkt dit uit bij het retentierecht? De voorrang van het retentierecht speelt alleen bij verhaal op de teruggehouden zaak en dat is nu juist waar het de pandhouder om gaat. Als de pandgever zich niet langer met voorrang kan verhalen voor de verpande vordering, blijft de voorrang dus in het geheel ongebruikt. Dit kan inderdaad tot een nadeel voor de pandgever leiden en een voordeel voor de debiteur, zodat dit argument wel opgaat. Maar dit weegt mijns inziens niet op tegen het eerste, systematische, argument. Ten eerste is het potentiële nadeel van de pandgever mijns inziens minder relevant, omdat hij zelf in de hand heeft of de pandhouder tot verhaal overgaat. Verder is het voordeel voor de debiteur als de pandhouder geen gebruik kan maken van het retentierecht onzeker en hangt af van de betrokkenheid van andere verhaalzoekende schuldeisers. Vanwege de meer praktische aard en de relatieve onzekerheid van het tweede argument, ben ik van mening dat het wetssystematische argument prevaleert.

De conclusie is dat de pandhouder bij verhaal krachtens zijn pandrecht op de teruggehouden zaak van de debiteur van de verpande vordering, geen gebruik kan maken van de voorrang die krachtens art. 3:292 BW is verbonden aan het retentierecht. Het retentierecht is de bevoegdheid tot opschorting van de verplichting tot afgifte. Alleen degene die verplicht is tot afgifte, is bevoegd om die afgifte op te schorten. Bovendien kunnen het opschortingsrecht en het verhaalsrecht met voorrang mijns inziens niet worden losgekoppeld. Het is niet mogelijk dat de pandgever terughoudt, terwijl het verhaalsrecht met voorrang wordt uitgeoefend door de pandhouder. Daarvoor is de voorrang van de retentor te zeer verbonden met juist *zijn* hoedanigheid.

Als in het door Cools gegeven voorbeeld Bank 1 zich wil verhalen op de onroerende zaak van de debiteur van de verpande vordering, heeft deze niet uit hoofde van het retentierecht van de pandgever voorrang boven Bank 2 met een hypotheekrecht.

5.4 Executie door een hypotheekhouder en het retentierecht

5.4.1 Inleiding

205. Samenloop tussen hypotheekrecht en retentierecht is denkbaar op schepen en vliegtuigen, maar doet zich getuige de jurisprudentie voornamelijk voor bij aannemingsovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken.[159] Ik beperk me in deze paragraaf tot het hypotheekrecht en retentierecht met betrekking tot (rechten op) onroerende zaken.[160] In deze paragraaf ga ik uit van een rechttoe rechtaan geval: een eigenaar heeft de verkrijging van een perceel gefinancierd met een lening van de bank. De bank heeft daarvoor een hypotheekrecht verkregen op de grond. De eigenaar sluit een aannemingsovereenkomst met een aannemer. Op een zeker moment is de eigenaar niet meer in staat om de aanneemsommen te voldoen. De aannemer verkrijgt een retentierecht. Verder ga ik uit van een anterieur hypotheekrecht. Ten overvloede merk ik nog op dat het moment van het ontstaan van het hypotheekrecht het moment van vestiging – door middel van inschrijving van de notariële akte in de openbare registers, zie art. 3:260 BW – is, en niet het moment dat de hypotheekhouder een vordering verkrijgt.[161]

159 De zoekterm 'retentierecht zeeschip' geeft op rechtsorde.nl in de jaren 2011-2017 gemiddeld 5,4 jurisprudentie-hits; de zoekterm 'retentierecht onroerende zaak' gaf er gemiddeld 106. Deze 'scores' zijn natuurlijk wederom puur indicatief. Hiervoor gelden dezelfde reserves als genoemd in voetnoot 97. We kunnen in ieder geval wel stellen dat het anders is gelopen dan P.A. Stein in zijn preadvies voor de NJV van 1986, p. 49 schreef, namelijk dat het retentierecht op onroerende zaken van weinig praktische relevantie zou blijken te zijn.

160 Ik laat retentierechten op zeeschepen buiten beschouwing. Art. 8:210a BW brengt mee dat voor zeeschepen een aantal uitzonderingen op de regeling van het retentierecht in Boek 3 BW en in de Faillissementswet gelden. Zie daarover Mak 2002, p. 596-603, Van der Velde 2006, m.n. p. 30-38, Louws 2015, p. 1-13 en Donners 2018, p. 734-739. Zie voor een geval waarin retentierecht op een vliegtuig en de bijbehorende logboeken werd uitgeoefend Rb. Limburg 23 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:579.

161 Zie HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, *NJ* 2000/733 (*Derksen/Rabobank*).

In deze paragraaf bespreek ik onderwerpen die te maken hebben met hypotheekexecutie en het retentierecht. Afgaande op de kritische literatuur, lijkt de *nuisance value* van het retentierecht sterker te worden gevoeld met betrekking tot de hypotheekhouder dan tot anderen. In paragraaf 5.4.2 licht ik de kritiek kort toe. Vervolgens, in paragraaf 5.4.3, ga ik in op de invloed van de wettelijke hypotheekbedingen op de verhouding tussen de retentor en de hypotheekhouder. De voorrang en de niet-zuivering van het retentierecht manifesteren zich beide alleen bij executie (binnen en buiten faillissement). Dat betekent niet dat het retentierecht pas op dat moment relevant wordt voor een hypotheekhouder. Voor zover mogelijk zal de hypotheekhouder al in een zo vroeg mogelijk stadium het retentierecht willen voorkomen, of bestrijden. Daartoe heeft hij verschillende mogelijkheden. De mogelijkheid tot afstand bij voorbaat van het retentierecht jegens de hypotheekhouder, wordt behandeld in paragraaf 5.4.4.

5.4.2 Werking van het retentierecht jegens de hypotheekhouder

206. Voor aannemers is het retentierecht in de dagelijkse bouwpraktijk een belangrijk machtsmiddel om pressie uit te oefenen om de aanneemsom voldaan te krijgen. Uit de literatuur blijkt dat de voorrang van een posterieur retentierecht boven het hypotheekrecht op weerstand stuit.[162] Waar komt deze weerstand vandaan? Bij de vestiging van een hypotheekrecht raadpleegt de notaris de openbare registers.[163] Als daarin geen melding wordt gemaakt van reeds bestaande beperkte rechten, zal de hypotheekhouder ervan uitgaan dat hij 'hoog en droog' zit: mocht een schuldeiser – of de hypotheekhouder zelf – zich in de toekomst verhalen op de teruggehouden zaak, dan gaat de hypotheekhouder ervan uit dat hij als eerste wordt voldaan uit de executieopbrengst. Aan de publiciteit van het hypotheekrecht en andere rechten op onroerende zaken wordt in het rechtsverkeer grote waarde gehecht. De hypotheekhouder vertrouwt op de prioriteitsregel die meebrengt dat later gevestigde rechten geen afbreuk kunnen doen aan

162 Zie bijvoorbeeld Cahen 1968, p. 130-144, Fesevur 1994, p. 239-243, Tromp 2001, p. 402, Tuil 2015, p. 298-305,. Kleijn spreekt in zijn annotatie, punt 2, onder HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/733 (*Derksen/Rabobank*) van een "bedenkelijke uitholling" van het hypotheekrecht door het retentierecht. Wildervanck 1890, p. 25 merkt overigens al op dat de meningen verdeeld zijn over de verhouding tussen de retentor en de hypothecaire schuldeiser.

163 Art. 11 Verordening beroeps- en gedragsregels voor het notariaat, te raadplegen via www.knb.nl.

zijn verworven zekerheidsrecht. Anders dan bij pandrecht, waar bijvoorbeeld het fiscale bodemvoorrecht en art. 3:238 lid 2 BW rangwisseling kunnen meebrengen, is rangwisseling bij hypotheekrecht – althans zonder toestemming van de hoger gerangschikte hypotheekhouder, zie art. 3:262 BW – doorgaans niet mogelijk. Posterieure beperkte rechten zullen door zuivering vervallen bij een eventuele executoriale verkoop en hun schadevergoedingsvordering wordt 'met voorrang onmiddellijk na de vorderingen van degenen tegen wie hij zijn recht niet kan inroepen' voldaan uit de nettoopbrengst van het goed (art. 3:282 BW). Niet veel rechten geven, hoewel zij posterieur zijn, voorrang boven hypotheek. Genoemd kunnen worden: het voorrecht wegens kosten tot behoud van art. 3:284 BW, het retentierecht, het voorrecht van de kosten tot onderhoud van de openbare weg ex art. 25 lid 3 Wegenwet, het voorrecht voor de waterschapsbelasting ex art. 138 lid 3 Waterschapswet en een aantal voorrechten uit Boek 8 met betrekking tot schepen.[164] [165] Dit zijn allemaal vrij uitzonderlijke gevallen. Kortom: maar weinig rechten van posterieure derden vormen een reëele bedreiging voor de hypotheekhouder. Zodra men echter aanneemt dat het retentierecht rechtsgeldig wordt uitgeoefend, is het goed mogelijk dat het ook kan worden ingeroepen jegens de hypotheekhouder. Voor een hypotheekhouder is het retentierecht met name problematisch op het moment dat hij zich wil verhalen op het onderpand.

5.4.3 Invloed van de hypotheekbedingen

5.4.3.1 Algemeen

207. De wet stelt tal van verplichtingen aan hypotheekakten. De verplichte inhoud volgt uit de Wet op het notarisambt, het BW en de Kadasterwet. Voorbeelden van deze verplichte inhoud van de akte zijn de personalia van de bij de vestiging betrokken partijen en de gegevens van

164 Zie bijvoorbeeld art. 8:211 BW voor hoog bevoorrechte vorderingen op zeeschepen en art. 8:821 BW op binnenschepen.

165 Het voorrecht van de 'kleine' aannemer van werk van art. 3:285 geeft geen voorrang boven hypotheek, zie art. 3:279 BW. Het gaat ingevolge art. 3:285 BW boven vuistpand. Vgl. Asser/Van den Berg 7-VI 2017/167, die schrijft dat het voorrecht van beperkte betekenis is en de aannemer meer gebaat is bij een retentierecht.

de bij de vestiging van de hypotheek betrokken notaris.[166] In hypotheekakten worden naast de wettelijk verplichte inhoud vrijwel altijd alle wettelijk toegestane hypotheekbedingen van art. 3:264 t/m 3:267 BW en art. 3:254 BW opgenomen. Voor het retentierecht zijn met name het beding van niet-verandering (art. 3:265 BW), het beheersbeding en het ontruimingsbeding (art. 3:267 lid 1 respectievelijk lid 2 BW) relevant. De laatste twee bedingen kunnen alleen worden ingeroepen indien de hypotheekgever in ernstige mate tekortschiet in zijn verplichtingen. Voor het inroepen van deze beide bevoegdheden is machtiging van de voorzieningenrechter vereist, zie art. 3:267 lid 1 en 2 BW. Bij het beheersbeding is bovendien vereist dat het inroepen met het oog op de executie vereist is, zie art. 3:267 lid 2 BW.

208. Als een wettelijk toegestaan beding is opgenomen in de hypotheekakte, maakt het onderdeel uit van het hypotheekrecht.[167] Bedingen kunnen ook niet in de hypotheekakte, maar in de algemene hypotheekvoorwaarden van de bank zijn opgenomen. Deze kunnen ingevolge art. 46 Kadasterwet eveneens worden ingeschreven. In de literatuur is verschil mening over de vraag of een (vorm van een) verwijzing in de akte naar algemene voorwaarden volstaat om de bedingen goederenrechtelijke werking te geven. Sommige schrijvers gaan uit van een strikte benadering en stellen dat een verwijzing naar algemene voorwaarden niet voldoende is, nu de wet bepaalt dat de bedingen "in de akte" (of soms zelfs "uitdrukkelijk in de akte") moeten zijn opgenomen.[168] Anderen hebben een ruimere opvatting en menen dat een verwijzing naar algemene voorwaarden inderdaad volstaat om de bedingen deel uit te laten maken van het goederenrechtelijke recht, mits de algemene voorwaarden eveneens zijn ingeschreven in de openbare registers.[169] Er is ook nog een tussencategorie; zo nuanceert onder meer Van Mierlo dat het zijns inziens *wel* voldoende is om in de hypotheekakte te vermelden dat de hypothecaire bedingen zijn overeengekomen en daarbij te verwijzen naar de relevante wetsartikelen, terwijl de uitwerking

166 Zie voor de overige verplichte gegevens, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/336 en Huijgen 2016/9.1.

167 Verdaas 2015, p. 53, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/342, Huijgen 2016/9.2.

168 Verdaas 2015, p. 73 (voetnoot 85), Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/256 en 342.

169 Loesberg & Van Ingen 2010, p. 173, Verdaas 2015, p. 73, Struycken & Wijnstekers 2016, p. 45-46. Vgl. met betrekking tot erfpacht: Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216, Van Velten 1995, p. 60-61 en HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 m.nt. H.B. Krans (*SEBA/Amsterdam*), r.o. 4.1.3.

staat in de (specifieke) algemene voorwaarden die van toepassing worden verklaard in de hypotheekakte, en die ook zijn ingeschreven in de openbare registers.[170]

5.4.3.2 Het beheersbeding en het ontruimingsbeding

209. In het vorige hoofdstuk[171] schreef ik dat voor het inroepen van het retentierecht niet is vereist dat ook jegens de ouder gerechtigde een concrete en opeisbare verplichting tot afgifte bestaat, die de retentor opschort. Met andere woorden: het retentierecht heeft niet pas werking jegens de hypotheekhouder, op het moment dat deze zijn beheersbeding of ontruimingsbeding (zie resp. art. 3:267 lid 1 en lid 2 BW) inroept, op basis waarvan de hypotheekhouder de zaak in zijn macht kan krijgen. Voor het inroepen van het retentierecht is dus niet relevant of er een verplichting tot afgifte aan de hypotheekhouder bestaat. Maar werken het ontruimings- en het beheersbeding ook tegen contractuele wederpartijen van de hypotheekgever of werkt het slechts obligatoir (tussen hypotheekhouder en hypotheekgever)?

Sinds 1 januari 2015 bepaalt art 3:267 lid 4 BW dat het ontruimingsbeding tegen 'eenieder' kan worden ingeroepen, met uitzondering van de huurder bedoeld in art. 3:264 lid 4 en 8 BW.[172] Uit de memorie van

170 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/256. Een vergelijkbare nuancering, maar dan vanuit een ruimhartig vertrekpunt, maken Loesberg & Van Ingen 2010, p. 173, en Huijgen 2016/13.

171 Par. 4.4.4.1.

172 *Kamerstukken II* 2012/13, 33484. De wet is in werking getreden op 1 januari 2015, zie Stb. 2014, 352. Voorafgaand aan de wetswijziging met betrekking tot de executoriale verkoop van onroerende zaken bestond hierover onduidelijkheid. In de rechtspraak werd uiteenlopend geoordeeld. Om een voorbeeld te noemen: Het Hof Den Bosch oordeelde dat het ontruimingsbeding in de hypotheekakte uitsluitend werking heeft tussen de bij de hypotheekakte betrokken partijen en niet tegen derden, zoals huurders (Hof Den Bosch, 11 december 2007, *JOR* 2008/81 m.nt. E. Loesberg). Loesberg bestrijdt dit oordeel echter in zijn noot onder het arrest en stelt dat het ontruimingsbeding deel uitmaakt van het hypotheekrecht. Voor de wetgever vormde de onzekerheid in de rechtspraktijk de aanleiding om art. 3:267 te verduidelijken, zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33484, nr. 3 (MvT), p. 17. Een nieuw art. 3:267 lid 2 BW bepaalt bovendien dat voor het inroepen van het ontruimingsbeding machtiging van de kantonrechter nodig is. Hiervóór was voor het in beheer nemen van de zaak wél, doch voor het ontruimen van de zaak geen machtiging van de kantonrechter nodig. De memorie van toelichting stelt dat beide bedingen in de praktijk tezamen kunnen worden ingeroepen, zodat het voor de hand ligt om voor beide dezelfde procedure te hanteren.

toelichting blijkt dat niet alleen is gedoeld op huisgenoten van de hypothecaire schuldenaar, maar ook op anderen die gebruik maken van de onroerende zaak.[173] Hoewel de retentor natuurlijk geen *gebruik maakt* van de onroerende zaak, is de opzet van art. 3:267 lid 4 BW zodanig breed ('eenieder'), dat de retentor mijns inziens hier ook onder valt. Daartegenover staat dat voor de derdenwerking van deze bedingen aan gebruiksgerechtigden is gedacht, die hun recht aan de hypotheekgever ontlenen. Het belang van de retentor loopt daarentegen niet parallel met dat van de hypotheekgever, maar is daar in zeker zin juist tegen gekeerd. Daarom kan worden betoogd dat de wetgever met 'eenieder' niet ook de retentor heeft bedoeld. Maar zelfs als de retentor ook onder 'eenieder' valt in de zin van art. 3:267 lid 4 BW, betekent dat mijns inziens niet dat deze bepaling de werking van art. 3:291 lid 2 BW opzijzet. Ook al heeft de hypotheekhouder de bevoegdheid om een beheersbeding of een ontruimingsbeding tegen eenieder in te roepen, dan nog zal aan de hand van art. 3:291 lid 2 BW moeten worden beoordeeld, of dit de retentor ook raakt. Bij toepasselijkheid van meerdere wetsbepalingen zijn ze in principe cumulatief toepasselijk. Als aan de vereisten van art. 3:291 BW is voldaan, is ondanks art. 3:267 lid 1 jo. lid 2 jo. lid 4 BW, de hypotheekhouder niet bevoegd de retentor de feitelijke macht te ontnemen.

210. In dit verband nog een woord over de positie van de huurder. Indien de derde een (posterieure) huurder is, kan hypotheekhouder ingevolge art. 3:264 BW het huurbeding tegen hem inroepen. De regel 'koop breekt geen huur' van art. 7:226 BW geldt dan niet en de hypotheekhouder kan de zaak vrij van huur executeren. Mijns inziens moet worden aangenomen dat een huurder die geen beroep toekomt op bescherming van zijn huurgenot omdat er een huurbeding in de hypotheekakte staat, niet alsnog via een beroep op het retentierecht – als hij dat zou hebben – de hypotheekhouder kan weren.[174] Op die manier zou de bescherming die het huurbeding de hypotheekhouder biedt kunnen worden omzeild door een beroep op het retentierecht. Voor dit standpunt kan aan de parlementaire geschiedenis een argument worden ontleend. In de memorie van toelichting bij

173 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33484, nr. 3 (MvT), p. 17. De MvT vermeldt: "De gewijzigde bepaling verduidelijkt dat de bank de bedongen bevoegdheden niet slechts tegen de hypotheekgever kan inroepen maar ook tegen zijn huisgenoten of anderen aanwezigen, indien zij gebruik maken van het te veilen pand en de machtiging van de voorzieningenrechter is verkregen."

174 Dat retentierecht zou hij overigens alleen hebben, als hij een vordering heeft.

de wet Executieveilingen gaat de minister in op de verhouding tussen het ontruimingsbeding en het huurbeding. Volgens de minister regelt art. 3:264 BW *bij uitsluiting* de situatie dat een huurovereenkomst in strijd met een huurbeding is gesloten.[175] In de verhouding tussen die twee artikelen prevaleert art. 3:264 BW. In lijn hiermee neem ik aan dat art. 3:264 BW ook met uitsluiting van art. 3:291 BW van toepassing is op de situatie dat een huurovereenkomst is aangegaan in strijd met het huurbeding. De huurder tegen wie het huurbeding kan worden ingeroepen, kan zich hiertegen niet verweren met een beroep op het retentierecht.

5.4.3.3 Het beding van niet-verandering

211. Anders dan het beheersbeding en het ontruimingsbeding, speelt een beding van niet-verandering niet alleen in het kader van een executoriale verkoop. Het doel van een beding van niet-verandering is het borgen van de waarde van het onderpand.[176] De hypotheekgever moet ervoor zorgen dat zijn gebruik niet leidt tot waardedaling van de zaak, waardoor het verhaalsrecht van de hypotheekhouder in gevaar komt.[177] Een dergelijke handeling leidt ertoe dat de vordering van de hypotheekhouder opeisbaar wordt, op grond van art. 6:40 sub c BW.[178]

Letterlijk gelezen heeft art. 3:265 BW een vrij beperkte reikwijdte. Het artikel bevat een uitzondering op een uitzondering op de hoofdregel. Dat zit als volgt. Het is een hoofdregel van goederenrecht dat een eigenaar vrijelijk van zijn zaak gebruik mag maken.[179] Een beding van niet-verandering in een hypotheekakte maakt een uitzondering op deze hoofdregel, want het perkt de vrijheid van de eigenaar/hypotheekgever in. Een beding van niet-verandering in de hypotheekakte – of in de algemene voorwaarden – beperkt de eigenaar om de inrichting of gedaante van het bezwaarde goed te veranderen. Art. 3:265 BW, waarin het beding van niet-verandering is neergelegd, brengt weer een uitzondering op deze uitzondering aan, wanneer een huurder of pachter daartoe machtiging van de kantonrechter of grondkamer heeft. In dat geval kan de hypotheekhouder geen beroep doen op het beding van niet-verandering jegens deze huurder.

175 *Kamerstukken II* 2012/13, 33484, nr. 3 (MvT), p. 18.
176 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/384, Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:265 BW, aant. 1.2.1 (online, bijgewerkt t/m 1 april 2018).
177 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/863
178 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/844 en 863, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/384.
179 Art. 5:1 lid 2 BW.

212. Los van het feit dat schending van het beding 1) opeisbaarheid van de hypothecaire vordering oplevert en 2) meebrengt dat de huurder of pachter die toestemming heeft niet dit beding tegengeworpen kan krijgen, is de vraag of opname van een beding van niet-verandering invloed heeft op de mogelijkheid om het retentierecht in te roepen tegen de hypotheekhouder. In de jurisprudentie is deze vraag al zijdelings aan bod gekomen.[180] Volgens Kleijn is een beding van niet-verandering een aantrekkelijke beperking van de "bedenkelijke uitholling van het hypotheekrecht" door het retentierecht.[181] Het hebben van een retentierecht veronderstelt het uitoefenen van feitelijke macht. Het type verandering waar art. 3:265 BW het oog op heeft, zal praktisch gesproken gepaard gaan met de uitoefening van feitelijke macht. Art. 3:265 BW veronderstelt immers dat de *inrichting* of *gedaante* van het bezwaarde goed niet – of niet zonder toestemming van de hypotheekhouder – mogen worden veranderd. Kortom: als sprake is van het type verandering dat binnen het bereik van art. 3:265 BW valt en daar is een aannemer bij betrokken die niet wordt betaald door de hypotheekgever, kan aangenomen worden dat er voldoende feitelijke macht is voor een retentierecht. Het beding van niet-verandering van art. 3:265 BW kan inwerken op de vereisten van art. 3:291 lid 2 BW. De vragen luiden hierbij meer concreet als volgt: betekent een beding van niet-verandering in de hypotheekakte dat de hypotheekgever 1) niet bevoegd was jegens de hypotheekhouder om de aannemingsovereenkomst aan te gaan, en dat 2) de aannemer moest twijfelen aan de bevoegdheid van de hypotheekgever om de overeenkomst aan te gaan, nu het beding in de hypotheekakte staat en deze is ingeschreven in de openbare registers?[182]

180 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:681 (*Hofima/Trebbe*), r.o. 4.10. Zie ook HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, *NJ* 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*), r.o. 3.2, waarin is te lezen dat Fortis zich op de onbevoegdheid van de schuldenaar had beroepen vanwege de algemene voorwaarden van de hypotheekakte die toestemming van Fortis vereisten.

181 Annotatie W.M. Kleijn, nr. 2, onder HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, *NJ* 2000/733 (*Derksen/Rabobank*).

182 In par. 4.3.4.4 ben ik al ingegaan op de rol van de informatie uit de openbare registers. Het in deze paragraaf behandelde onderwerp betreft een specifieke toepassing van het onderwerp dat daar in algemene zin is behandeld.

213. Bij de beantwoording van deze vragen kan één geval mijns inziens zonder meer meteen worden afgekaart: als de hypotheekhouder op de hoogte is[183] van het feit dat de hypotheekgever een aannemingsovereenkomst zal gaan sluiten, bijvoorbeeld omdat de lening wordt verstrekt ter financiering van de aankoop van bouwgrond door de hypotheekgever, kan een eventueel beding van niet-verandering in de hypotheekakte niet worden tegengeworpen aan de retentor.[184] Ook indien de hypotheekhouder op andere wijze betrokken is bij de bouw, zal buiten kijf staan dat deze impliciet zijn toestemming heeft gegeven om de aannemingsovereenkomst aan te gaan. In dat geval kan de aannemer op basis van het eerste criterium uit art. 3:291 lid 2 BW zijn retentierecht inroepen jegens de anterieure hypotheekhouder. Aan een toetsing van de vraag of de retentor niet hoefde te twijfelen aan de bevoegdheid komt men dan niet meer toe.[185] De vraag in hoeverre een beding van niet-verandering de bevoegdheid tot het sluiten van een aannemingsovereenkomst beïnvloedt en de eventuele goede trouw van de aannemer, doet zich dus voor in die gevallen, waarin de hypotheekhouder 'stilzit'; uit zijn handelen jegens de hypotheekgever is geen instemming met de aannemingsovereenkomst af te leiden, maar ook geen afwijzing ervan.

214. De vragen 1) en 2) die ik hiervoor stelde kunnen naar mijn mening het beste worden beantwoord aan de hand van een schema dat drie stappen inhoudt, aan te duiden als stap 1, 2a en 2b. Het hanteren van dit schema voorkomt een vertroebeling van de discussie.[186] Zoals duidelijk zal worden, volgen stap 1 en 2 de structuur van art. 3:291 lid 2 BW. Voordat ik er inhoudelijk op inga, zet ik in het kort uiteen tot welke gevolgtrekkingen de verschillende stappen kunnen leiden. Bij de eerste stap moet worden

183 Doorgaans zijn hypotheekhouders rechtspersonen; zie over de toerekening van kennis aan rechtspersonen: Katan 2017.

184 Fesevur 1994, p. 240 vermeldt dat dit in ieder geval zo zijn zal zijn als het gaat om een bouwhypotheek. Anders: Tuil 2015, p. 304, die meent dat zelfs als de schuldenaar de grond heeft gekocht met als doel daarop een bouwproject te realiseren, de hypotheekhouder (NB. Tuil bedoelt de hypotheekgever) niet bevoegd is om een aannemingsovereenkomst aan te gaan.

185 Vgl. par. 4.3.3.1.

186 Bijvoorbeeld Fesevur 1994, p. 240-241 zet de vraag of de aannemer het register moest raadplegen voorop. Deze vraag komt echter mijns inziens pas aan de orde, wanneer is vastgesteld dat het beding überhaupt de bevoegdheid beperkt in de zin van art. 3:291 lid 2 BW.

vastgesteld of het bestaan van een beding van niet-verandering de bevoegdheid van de hypotheekgever, om 'ingrijpende' overeenkomsten aan te gaan, beperkt. Zo nee, dan kan een beding van niet-verandering dus niet in de weg staan aan de bevoegdheid van de hypotheekgever om een overeenkomst met betrekking tot het onderpand aan te gaan. Zo ja, dan volgt de tweede stap. Die houdt in dat bezien moet worden of de aannemer met wie de hypotheekgever heeft gecontracteerd moest twijfelen aan de bevoegdheid van de hypotheekgever om met hem een overeenkomst aan te gaan. Deze tweede stap valt op zijn beurt uiteen in twee vragen. Ten eerste: heeft een beding van niet-verandering ook gevolgen voor een contractuele wederpartij van de hypotheekgever (stap 2a)? Zo nee, dan staat het beding van niet-verandering niet in de weg aan het inroepen van het retentierecht tegen de hypotheekhouder. Ontkennende beantwoording van deze vraag leidt dus tot dezelfde uitkomst als ontkennende beantwoording van de allereerste vraag. Luidt het antwoord op vraag 2a daarentegen bevestigend, dan moet ten slotte worden beoordeeld wat de rol is van de openbare registers, meer in het bijzonder van het beding van niet verandering, jegens de retentor (stap 2b). Wat dit laatste punt betreft, is het goed om op voorhand duidelijk te maken dat de retentor geen *verkrijger van een registergoed* is. Art. 3:23 BW is dus niet van toepassing. Art. 3:23 BW brengt dan ook in ieder geval niet mee, dat de retentor die de openbare registers niet heeft geraadpleegd, niet meer 'te goeder trouw' kan zijn in de zin van art. 3:291 lid 2 BW.[187] Hieronder zet ik het zojuist geïntroduceerde beslisschema inhoudelijk uiteen.

1. Beperkt een beding van niet-verandering de bevoegdheid van de hypotheekgever tot het aangaan van een aannemingsovereenkomst?

215. De te sluiten aannemingsovereenkomst moet veranderingen van inrichting of gedaante van het onderpand meebrengen, om onder art. 3:265 BW te vallen. Lang niet iedere aannemingsovereenkomst zal een dergelijk grote verandering tot gevolg hebben. Er is weinig geschreven over het beding van niet-verandering en er is bij mijn weten geen jurisprudentie over. In zijn algemeenheid neem ik aan, dat de drempel om als een verandering van aard of inrichting te kwalificeren, tamelijk hoog ligt. Ik bespreek een aantal denkbare situaties. Hiervoor kwam aan de orde, dat een verandering in de zin van art. 3:265 BW in de regel gepaard zal gaan

187 Zie ook par. 4.3.4.4.

met zodanige feitelijke macht dat een retentierecht zou kunnen ontstaan. De omgekeerde situatie is minder vanzelfsprekend. Een aannemingsovereenkomst die een retentierecht kan sorteren, brengt niet per definitie een verandering van gedaante of inrichting mee. Bijvoorbeeld een overeenkomst om een gebouw vrij van asbest te maken, kan onder omstandigheden zodanige feitelijke macht meebrengen, dat een onbetaalde aannemer een retentierecht verkrijgt. Een verandering van inrichting of gedaante in de zin van art. 3:265 BW zal het echter in beginsel niet zijn. Een overeenkomst die ertoe strekt om het gebouw te verduurzamen, kan waarschijnlijk slechts onder bijzondere omstandigheden als een verandering van inrichting en gedaante worden bestempeld. Maar als bijvoorbeeld het dak wordt vervangen, zonnepanelen worden geplaatst, alle kozijnen worden vervangen, de gevel wordt geheel gevoegd en er wordt door het hele gebouw heen vloerverwarming gelegd, dan lijkt mij dat men wel in de buurt van een verandering van gedaante komt. Een evident geval van verandering van gedaante of inrichting is uiteraard sloop en herbouw.

216. De vraag óf een beding van niet-verandering in een concreet geval de bevoegdheid heeft beperkt, is een kwestie van uitleg van het beding. Hypotheekaktes zijn notariële aktes en daarvoor heeft in het algemeen een objectieve uitlegmaatstaf te gelden.[188] Een beding van niet-verandering is een wettelijk beding en behoort tot de min of meer standaardinhoud van de akte, zodat men zou verwachten dat het beding zou moeten worden uitgelegd "aan de hand van de in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele akte".[189] Desondanks is mijns inziens een uitleg aan de hand van subjectieve maatstaven aangewezen om te beoordelen of een bepaalde verandering in een concreet geval is toegestaan. Uit een Hoge Raad-arrest uit 2016 kan worden afgeleid, dat voor verschillende onderdelen van de akte een verschillende uitlegmaatstaf kan gelden.[190] In het bedoelde arrest overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de uitleg van een contractuele renteclausule in een hypotheekakte dat deze alleen een

188 Tjittes 2009, p. 22-23, Biemans 2015, p. 8 met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak in voetnoot 19 en Valk 2016/2.4.3. In dezelfde zin, specifiek met betrekking tot de 'gebruikelijke bedingen' in de hypotheekakte: Bartels 2015, p. 49.

189 Zie bijvoorbeeld HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Eelder Woningbouw*), r.o. 3.3.

190 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511, r.o. 4.2.3 en nr. 1 van de annotatie van B.A. Schuijling in *JOR* 2016/292 onder het arrest.

rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen. De inhoud van het beding tussen partijen moet volgens de Hoge Raad worden bepaald aan de hand van de Haviltex-maatstaf.[191] De vraag of de hypotheekgever jegens de hypotheekhouder bevoegd was, moet eveneens naar subjectieve maatstaven worden beoordeeld, omdat het een vraag is die alleen speelt in deze interne verhouding.[192] Uitleg aan de hand van subjectieve maatstaven betekent dat bij de vraag of een bepaalde verandering was toegestaan, ook rekening mag worden gehouden met verklaringen en gedragingen van hypotheekhouder en hypotheekgever die niet objectief kenbaar zijn uit de akte.

217. Mijns inziens kan een beding inderdaad de bevoegdheid tot het sluiten van een aannemingsovereenkomst beïnvloeden.[193] Met het beding van niet-verandering beoogt de hypotheekhouder te voorkomen dat het onderpand in waarde daalt. Het gaat er voor de hypotheekhouder om, invloed te kunnen hebben op de staat van het onderpand. Het ligt niet voor de hand dat deze invloed zich alleen uitstrekt tot handelingen die de hypotheekgever zélf verricht. In de meeste gevallen zal de verandering van inrichting of gedaante immers geschieden door een ander dan de hypotheekgever zelf. Het zou vreemd zijn als art. 3:265 BW in die gevallen toepassing mist. Ik meen dan ook dat een beding dat inhoudt dat de hypotheekgever niet, of niet zonder toestemming, bevoegd is om de inrichting of gedaante van het bezwaarde goed te veranderen, niet alleen ziet op een verandering door de hypotheekgever zelf, maar ook door diens contractspartij. De conclusie met betrekking tot stap 1 is, dat een beding van niet-verandering inderdaad de bevoegdheid van de hypotheekgever kan beperken. Daarmee kom ik toe aan een beoordeling van vraag 2) of de aannemer, vanwege het beding van niet-verandering, reden moest hebben om aan de bevoegdheid van zijn wederpartij te twijfelen.

---

191 HR 8 juli 2016, *JOR* 2016/292 m.nt. B.A. Schuijling, r.o. 4.2.3.

192 Zie par. 4.3.3.1.

193 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:681 (*Hofima/Trebbe*), r.o. 4.10. Vgl. Tuil 2015, p. 304. In de zaak die voorafging aan HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096, *NJ* 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*), had Fortis zich erop beroepen dat zij de bevoegdheid van haar schuldenaar in deze zin had ingeperkt. Het komt in de feitelijke instanties niet vast te staan, of dit effectief is geschied.

2. Moest de aannemer twijfelen aan de bevoegdheid van zijn wederpartij om de overeenkomst met hem aan te gaan?

218. Zoals gezegd valt de toets van het tweede criterium van art. 3:291 lid 2 BW in tweeën uiteen. Als eerste moet worden vastgesteld of niet alleen goederenrechtelijk gerechtigden, maar ook contractspartijen van de hypotheekgever gebonden kunnen zijn aan het beding van niet-verandering (2a). Zo nee, dan zijn we op hetzelfde punt aanbeland als na een ontkennende beantwoording van de allereerste vraag. Het beding van niet-verandering staat dan niet in de weg aan het inroepen van het retentierecht tegen de hypotheekhouder. Zo ja, dan moet de vraag worden beantwoord wat de rol van het feit dat het beding kenbaar is uit de openbare registers is bij de beoordeling van het 'al of niet hoeven te twijfelen' van de retentor (2b).

2a. Heeft een beding van niet-verandering gevolgen voor contractuele wederpartijen van de hypotheekgever?

219. Op deze vraag kan ik kort zijn. Het beding heeft inderdaad gevolgen voor de contractuele wederpartij van de hypotheekgever. Dat volgt uit art. 3:291 lid 2 BW zelf, waar is bepaald dat ondanks een beperking in de goederenrechtelijke verhouding, het retentierecht toch jegens de hypotheekhouder werkt, wanneer de retentor te goeder trouw was. Een beding van niet-verandering is een van de manieren om een beperking aan te brengen in de vrijheid van de hypotheekgever om overeenkomsten te sluiten. Het feit dat de inhoud van het beding onderdeel uitmaakt van het goederenrechtelijke hypotheekrecht doet niet af aan de bevoegdheidsbeperkende werking ervan, die gevolgen heeft voor het retentierecht. Beperkingen kunnen zowel in de verbintenisrechtelijke, als in de goederenrechtelijke sfeer liggen.

2b. Welke rol heeft het beding van niet-verandering bij de beoordeling van de 'goede trouw' van de retentor in het kader van art. 3:291 lid 2 BW?

220. Ten slotte moet worden beoordeeld welke rol een beding van niet-verandering heeft bij de invulling van de goede trouw van art. 3:291 lid 2 BW. Fesevur concludeerde in 1994 na een uitgebreide analyse van de kwestie dat een beding in een hypotheekakte niet zonder meer mee kan brengen dat de aannemer tegenover de hypotheekhouder geen beroep kan doen op het retentierecht, maar dat dit anders wordt als een dergelijk

beding tot de min of meer standaardinhoud van de hypotheekakte gaat behoren.[194] Ervan uitgaande dat het beding van niet-verandering (inmiddels) inderdaad standaard onderdeel uitmaakt van een hypotheekakte,[195] zou dit betekenen dat een beding van niet-verandering meebrengt dat de aannemer zich niet jegens de hypotheekhouder kan beroepen op zijn retentierecht. In de redenering van Fesevur is hij dan immers nooit te goeder trouw. Een aannemer weet dat onroerend goed regelmatig gefinancierd is door een externe partij. Maar deze conclusie is mijns inziens te kort door de bocht.

Voor een antwoord op de vraag welke rol het beding van niet-verandering speelt in het kader van het 'al of niet moeten twijfelen' van de aannemer, is het arrest Quint/Te Poel relevant, en dan met name de twee annotaties die hierbij zijn verschenen. Quint had een aannemingsovereenkomst met Hubertus te Poel, die niet de eigenaar was van de grond waarop Quint had gebouwd; Quints vordering vloeit dus uit een aannemingsovereenkomst en is in zoverre vergelijkbaar met de casus die hier centraal staat. Het arrest ging om de vraag of Heinrich te Poel, die eigenaar maar niet-schuldenaar van Quint was, verplicht was om Quint schadeloos te stellen tot het bedrag zijn verrijking. Daartoe maakt de Hoge Raad een aantal vergelijkingen met wél in de wet geregelde gevallen, die ik hier op één na onbesproken laat. Op het einde merkt de Hoge Raad namelijk op dat art. 659 (oud) BW (het huidige art. 3:120 BW), dat de bezitter te goeder trouw een aanspraak tot vergoeding van de kosten, besteed aan de zaak geeft, geen grondslag is voor een rechtstreekse aanspraak van Quint jegens Heinrich Te Poel. Immers, aldus de Hoge Raad, Quint had de registers kunnen raadplegen en daar kunnen zien dat de grond niet aan haar opdrachtgever behoorde, maar het stond vast dat zij dit pas na afloop van de bouw had gedaan.

194 Fesevur 1994, p. 241. Habraken & Raven 2014, p. 92 schrijven dat de hypotheekhouder door middel van inschrijving in de openbare registers van de hypotheekakte, met daarin een beding van niet-verandering, beogen te voorkomen dat de retentor een beroep kan doen op art. 3:291 lid 2 BW.

195 Ik laat de vraag, of het beding zélf in de akte moet staan, of een verwijzing naar de algemene voorwaarden voldoende is, buiten beschouwing. Zie over deze discussie par. 5.4.3.1.

Veegens, die het arrest in de NJ geannoteerd heeft, vindt het geen onredelijke eis jegens een aannemer om te vergen dat hij de openbare registers raadpleegt.[196] Beekhuis, wiens annotatie onder het arrest is verschenen in Ars Aequi, heeft een meer genuanceerde – en mijns inziens juiste – opvatting, die hij uitvoerig uiteenzet.[197] Beekhuis kan zich niet vinden in de opvatting van de Hoge Raad dat Quint niet te goeder trouw kon worden geacht, omdat hij in de registers had kunnen zien dat niet Hubertus, maar Heinrich de eigenaar van de grond was. In de visie van Beekhuis moet men uiterst voorzichtig zijn met het aannemen van 'kwade trouw' bij het niet-raadplegen van de registers. Beekhuis verwijst naar de noot van Meijers onder een arrest van de Hoge Raad uit 1947, waarin Meijers schrijft dat een beroep op onbekendheid met bepaalde feiten ondanks het niet-raadplegen van de openbare registers moet worden toegelaten, indien het ongebruikelijk is om de registers te raadplegen.[198] Niet voor niets, aldus Beekhuis, geldt art. 3:23 BW (ontwerpartikel 3.1.2.6) alleen voor *verkrijgers* van registergoederen. Volgens Beekhuis kan de vraag of een aannemer, voordat hij het werk uitvoert, de openbare registers raadpleegt, niet in het algemeen worden beoordeeld. Enerzijds speelt een rol wat in de aannemerswereld gebruikelijk is, anderzijds moet worden gelet op de aard van het te verrichten werk. Fesevur sluit zich bij deze genuanceerde benadering van Beekhuis aan.[199]

Voor het antwoord op de vraag, gesteld bij stap 2b, of de aannemer al of niet moest twijfelen aan de bevoegdheid van de hypotheekgever vanwege het beding van niet-verandering, sluit ik me ook graag aan bij Beekhuis. Art. 3:11 BW is van toepassing. *Alle* omstandigheden van het geval zullen moeten worden meegewogen. De informatie kenbaar uit het register, daaronder begrepen de hypotheekbedingen, is één van de omstandigheden. Er past terughoudendheid bij het aannemen van een verplichting tot onderzoek in de openbare registers, zelfs als het beding van niet-verandering tot de standaardinhoud van de akte behoort. Wanneer sprake is van een aannemingsovereenkomst tot sloop en herbouw, kan een onderzoek in de openbare registers in het algemeen eerder worden verwacht, dan bij een gevelreiniging. Het geheel duurzaam maken van een gebouw, door middel van het vervangen van de dakpannen, gevelisolatie,

196 Annotatie D.J. Veegens in *NJ* 1959/548, onder HR 30 januari 1959 (*Quint/Te Poel*).
197 Annotatie J.H. Beekhuis in *AA* 1959, VIII p. 171-176, onder HR 30 januari 1959 (*Quint/Te Poel*).
198 Annotatie E.M. Meijers onder Hoge Raad 18 april 1947, *NJ* 1948/447.
199 Fesevur 1994, p. 241. In deze zin ook Habraken & Raven 2014, p. 94-95.

nieuwe ramen en vloerverwarming kan onder bijzondere omstandigheden een onderzoek in de openbare registers meebrengen. Ook in deze gevallen bestaat in beginsel echter geen verplichting om de openbare registers na te kijken op mogelijke beperkingen die uit de hypotheekakte kunnen blijken.[200] Dergelijke werkzaamheden zijn in het algemeen gunstig voor de waardeontwikkeling van een gebouw. Het is aannemelijk dat er eerst een positieve reden tot twijfel moet zijn aan de hoedanigheid en bevoegdheid van de wederpartij. Art. 3:23 BW is niet van toepassing. De parlementaire geschiedenis bij art. 3:291 lid 2 BW vermeldt dat als de overeenkomst in overeenstemming was met de normale exploitatie van de zaak, de schuldeiser niet hoefde te twijfelen aan de bevoegdheid van zijn wederpartij om met hem de overeenkomst te sluiten.[201] Dit geldt, ongeacht of de ouder gerechtigde eigenaar of hypotheekhouder is. Naarmate de overeenkomst minder gebruikelijk is, zal wel een onderzoeksplicht voor de aannemer aangenomen kunnen worden. Deze kan er onder meer in bestaan dat hij de openbare registers raadpleegt. Ook kan in deze benadering de aard van de zaak en de aard van de opgedragen werkzaamheden worden meegewogen, alsmede de mate van professionaliteit van de betrokken partijen, om enkele relevante omstandigheden te noemen.

5.4.4 Afstand bij voorbaat van het retentierecht jegens de hypotheekhouder

5.4.4.1 Inleiding

221. Het is voorstelbaar dat een hypotheekhouder al in een vroeg stadium probeert te voorkomen dat hij last krijgt van een eventueel retentierecht.[202] Een mogelijkheid is dat de hypotheekhouder en de aannemer afspreken, dat de aannemer bij voorbaat afstand doet van zijn retentie-

200 Tot dezelfde slotsom kwam ik al met betrekking tot het retentierecht en de openbare registers in zijn algemeenheid in par. 4.3.4.4.

201 Parl. Gesch. Boek 3, p. 887.

202 Illustratief zijn de Algemene Plusvoorwaarden voor particulieren van de Rabobank, versie 2018 en van Obvion, versie januari 2018. Deze zijn te vinden via https://www.rabobank.nl/images/19327_av_lening_van_uw_woning_29690965.pdf, resp. via www.obvion.nl > downloads > algemene voorwaarden > algemene voorwaarden hypotheek januari 2018. Art. 3 ('Verbodsbepalingen voor de hypotheekgever') sub k van de algemene voorwaarden voor hypotheken van beide instellingen bevat de volgende bepaling: "Zonder schriftelijke toestemming van de bank is het u niet toegestaan het onderpand in reparatie te geven of voor andere werkzaamheden af te staan als het onderpand als gevolg daarvan kan worden blootgesteld aan de uitoefening van een retentierecht." Zou hierin een verplichting van de hypotheekgever kunnen worden gelezen om bij zijn wederpartij te bedingen dat deze zich niet beroept op een retentierecht? Het lijkt mij dat dit enkele beding

recht. Onder afstand doen van het retentierecht bij voorbaat versta ik de contractuele afspraak dat de schuldeiser het recht in de toekomst niet zal uitoefenen, ook al zijn de wettelijke vereisten vervuld.[203] Ik zie hiervoor twee mogelijke wegen. Ten eerste kan de hypotheekgever op instigatie van de hypotheekhouder bij de aannemer bedingen dat deze afstand doet van zijn retentierecht jegens de hypotheekhouder. Ten tweede kan de hypotheekhouder zelf, al dan niet via een volmacht aan de hypotheekgever, met de aannemer overeenkomen dat hij afstand doet van het retentierecht, alleen jegens de hypotheekhouder. In deze paragraaf bespreek ik beide mogelijkheden. Het is denkbaar dat de afstand van het retentierecht op verzoek van de retentor gepaard gaat met de verschaffing van alternatieve zekerheid door de hypotheekhouder, zoals een bankgarantie of borgtocht.

5.4.4.2 Overeenkomst hypotheekgever–aannemer met derdenbeding ten behoeve van de hypotheekhouder

222. Het is een voorwaarde voor het hebben van een retentierecht tegen een derde, dat het recht ook bestaat jegens de schuldenaar zelf.[204] Het retentierecht ontstaat in de verhouding schuldeiser-schuldenaar. Uitgaande van het bestaan van het retentierecht tussen twee partijen, moet vervolgens worden bezien of aan dat retentierecht ook derdenwerking toekomt. De wet spreekt immers van het 'mede' inroepen tegen een jonger gerechtigde. Dus als de aannemer jegens zijn wederpartij/de hypotheekgever afstand doet van het retentierecht, kan hij zich niet jegens de hypotheekhouder wél op een retentierecht beroepen. Als een aannemer

daarvoor niet voldoende is. Het beding gaat uitsluitend over de verhouding hypotheekhouder-hypotheekgever en brengt niet een verplichting van de hypotheekgever om ook bij diens wederpartij, de aannemer, te bedingen dat deze zich op zijn beurt niet op een retentierecht beroept. Alleen deze bepaling in de algemene voorwaarden leidt niet noodzakelijkerwijs tot een overeenkomst hypotheekgever-aannemer, waaruit voor de hypotheekhouder als derde rechten voortvloeien. Het is wel voorstelbaar dat dit in het kader van hypothecaire financiering overeen wordt gekomen, maar daarvoor is deze bepaling in de algemene voorwaarden niet voldoende.

203 Men zou dit fenomeen ook 'contractuele uitsluiting van het retentierecht' kunnen noemen. Afstand doen bij voorbaat is mogelijk, zie in deze zin Tjittes 1992/19 met betrekking tot afstand van recht in algemene voorwaarden. Volgens Aaftink 1974, p. 69 kan men afstand doen van wilsrechten die onderdeel zijn van een relatief recht. De bevoegdheid gaat daardoor teniet.

204 In deze zin ook Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:478, *JOR* 2016/308, r.o. 16.

geen retentierecht heeft jegens zijn schuldenaar, heeft hij het in het geheel niet. Heeft hij het wel tegen de schuldenaar, dan zal vervolgens moeten worden bezien of hij het ook jegens de betreffende derde-rechthebbende kan uitoefenen.

223. Een retentor kan alleen afstand doen van zijn recht, als het *mogelijk* is om contractueel af te wijken van art. 3:291 lid 1 en 2 BW. Afstand van dwingend recht is in beginsel niet mogelijk.[205] Naar mijn mening is afdeling 3.10.4 BW van regelend recht.[206] In de eerste plaats pleit daarvoor dat het retentierecht een opschortingsrecht is en dat het in zijn algemeen mogelijk is om afstand te doen van opschortingsrechten.[207] Opschorting kan op één lijn worden gesteld met bijvoorbeeld verrekening, ontbinding en schadevergoeding. Van de regelingen van deze figuren in Boek 6 BW kan worden afgeweken.[208] Er is geen reden om over opschorting anders te oordelen dan over (bijvoorbeeld) ontbinding. Opschorten is naar zijn aard een tijdelijke maatregel, terwijl door ontbinding partijen worden bevrijd van hun verbintenissen. Het feit dat de regeling van het retentierecht in Boek 3 BW en niet in Boek 6 BW staat, verandert hier bovendien niets aan. De keuze van de wetgever om het retentierecht in Boek 3 BW te plaatsen hangt ermee samen dat het uitoefenen van een retentierecht ook buiten het verbintenissenrecht mogelijk is en dat de retentor een bijzonder verhaalsrecht heeft verkregen.[209] Met de plaatsing in het BW heeft de wetgever dus in ieder geval geen uitspraak gedaan over het dwingend of regelend karakter van het retentierecht. Het retentierecht bestaat volgens art. 3:290 BW 'in de bij de wet aangegeven gevallen' en art. 6:52 BW is één in de wet geregeld geval.[210] De algemene regeling van art. 3:290 BW kan niet zonder art. 6:52 BW worden gelezen.

---

205 Tjittes 2013/6, Spierings 2016/374.

206 Zie voor een voorbeeld in de rechtspraak waarin het retentierecht was uitgesloten in de algemene voorwaarden en daarom niet mocht worden ingeroepen: Rb. Limburg 24 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7091, r.o. 4.10.

207 Asser/Sieburgh 6-II 2017/314.

208 Asser/Sieburgh 6-II 2017/314. Sommige van deze figuren zijn in het kader van de bijzondere overeenkomsten in Boek 7 BW wel van dwingend recht verklaard in die zin, dat er niet ten nadele van een consument van kan worden afgeweken. Dat geldt bijvoorbeeld ingevolge art. 7:6 lid 1 BW voor de rechten van een consument bij een consumentenkoop: ten nadele van hem mag niet van Afdeling 1 t/m 7 van Titel 7.1 (Koop en ruil) worden afgeweken. Het recht van de consumentkoper op ontbinding of schadevergoeding mag bijvoorbeeld niet door de professionele verkoper worden uitgesloten.

209 Zie par. 2.3.1.

210 Par. 2.3.1.

224. Aangezien de afstand van het retentierecht zal worden gedaan in het belang van – en waarschijnlijk op initiatief van – de hypotheekhouder, kan het afstand doen van het retentierecht jegens de hypotheekhouder mijns inziens worden beschouwd als een derdenbeding. De hypotheekgever stipuleert jegens de aannemer dat hij *jegens de hypotheekhouder* – als derde – niet het retentierecht zal inroepen. De aannemer verbindt zich jegens de hypotheekgever niet (per se) tot afstand van het retentierecht bij voorbaat jegens laatstgenoemde, maar alleen jegens de hypotheekhouder als derde. De kwalificatie van de afstand jegens de hypotheekhouder als derdenbeding is relevant vanwege de rechtsgevolgen, die zijn neergelegd in art. 6:253 t/m 6:256 BW. De prestatie waar art. 6:253 lid 1 BW aan refereert, is het niet-uitoefenen van het retentierecht. Het feit dat het hier zou gaan om een niet-doen (het niet-uitoefenen van een retentierecht) is geen beletsel om de afstand aan te merken als een derdenbeding.[211] Een derdenbeding moet door de derde worden aanvaard, zo volgt eveneens uit art. 6:253 lid 1 BW. Om twee redenen kan de aanvaarding door de hypotheekhouder eenvoudig worden aangenomen. Ten eerste zal de hypotheekhouder het initiatief hebben genomen tot het doen van afstand. Daarin ligt zijn aanvaarding al besloten. Ten tweede zal in dit geval sprake zijn van een onherroepelijk beding, dat om niet is gemaakt. Daarom geldt art. 6:253 lid 4 BW, dat meebrengt dat het beding is aanvaard indien het ter kennis van de derde is gekomen en door hem niet onverwijld is afgewezen. Door de inherente of impliciete aanvaarding van het beding geldt de hypotheekhouder als partij bij de overeenkomst, zie art. 6:254 lid 1 BW.

225. Wat zijn de gevolgen van rechtsgeldige afstand van het retentierecht bij voorbaat? Het nakomen van de afspraak tot afstand van het retentierecht vergt geen nadere handeling van de aannemer. Een retentierecht dat in weerwil van de afspraak wordt ingeroepen, blijft mijns inziens eenvoudigweg zonder gevolg. De schuldeiser *kan* er niet in tekortschieten. Dit kan worden verklaard met behulp van een beginsel dat Fransis in zijn proefschrift noemt de 'verbindende kracht' van de overeenkomst, en dat hij afzet tegen de 'verbintenisscheppende inhoud' van de overeenkomst.[212] Fransis zet uiteen dat uit de overeenkomst méér voortvloeit dan alleen

211 Asser/Sieburgh 6-III 2018/564.

212 Fransis 2017a/249-259. Fransis ontleent dit onderscheid aan de Franse auteur Ancel, die het uiteenzet in een artikel getiteld "*Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*", RTDciv. 1999, 771-810.

verbintenissen die met behulp van de klassieke contractenrechtelijke remedies kunnen worden afgedwongen. Een overeenkomst bevat daarnaast in de regel bedingen die niet een bepaalde prestatie inhouden. Deze bedingen geven wel inhoud aan de rechtsverhouding tussen partijen, maar kunnen niet via de rechter worden afgedwongen. Als voorbeelden noemt Fransis een beding van rechtskeuze, een forumkeuzebeding en een exoneratiebeding.[213] Dit type bedingen kenmerkt zich erdoor, dat er geen nadere uitvoering voor nodig is. De sanctie van het 'miskennen' van een dergelijke contractinhoud is niet een traditionele verbintenisrechtelijke remedie (schadevergoeding wegens wanprestatie bijvoorbeeld), maar eenvoudigweg dat het geen rechtsgevolgen sorteert.[214]

Op dezelfde manier blijft het alsnog inroepen van een retentierecht mijns inziens zonder rechtsgevolg. Mocht men hier anders over denken, en de afspraak wel als een 'klassieke' verbintenis van de aannemer zien, dan geldt dat de hypotheekhouder de retentor tot nakoming van de afstand zal kunnen aanspreken, op grond van art. 3:296 BW.[215] Bovendien pleegt de aannemer die toch een retentierecht jegens de hypotheekhouder uitoefent wanprestatie jegens de hypotheekhouder.[216] Aan de wanprestatie zou contractueel een boete kunnen worden gekoppeld, om een extra prikkel tot nakoming te geven.

5.4.4.3 Overeenkomst hypotheekhouder–aannemer

226. Na het voorgaande kan ik hier kort zijn. Mijns inziens is een overeenkomst tussen de derde/hypotheekhouder en de aannemer, inhoudende dat de retentor jegens hem bij voorbaat afstand doet van het retentierecht zonder meer mogelijk. De afspraak kan ook tussen de schuldeisers onderling worden gemaakt, zonder de hypotheekgever/schuldenaar erbij te betrekken. Voor het inroepen van het retentierecht tegen de hypotheekhouder gelden andere (meer) vereisten dan voor het inroepen van het retentierecht

213 Fransis 2017a/252.

214 Fransis 2017a/253. Vgl HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *JOR* 2014/151 m.nt. B.A. Schuijling (*Coface/Intergamma*), waarin de Hoge Raad dit principe omarmt onder de benaming 'goederenrechtelijke werking', met betrekking tot de onoverdraagbaarheid van vorderingen.

215 Asser/Sieburgh 6-III 2018/573. Overigens bepaalt art. 6:256 BW dat ook de hypotheekgever nakoming van het beding door de promissor/aannemer kan vorderen. Deze heeft daar waarschijnlijk zelf geen belang bij.

216 Asser/Sieburgh 6-III 2018/573.

tegen de schuldenaar zelf. Los van het feit dat derdenwerking een retentierecht in de tweepartijenverhouding veronderstelt, vereist de derdenwerking een eigen beoordeling. De werking tegen de schuldenaar en de derde staan los van elkaar. De vereisten voor het retentierecht verschillen van die voor derdenwerking van het recht. Aangezien het mogelijk is om een retentierecht te hebben tegen de schuldenaar, maar zonder derdenwerking, is het ook mogelijk om alleen jegens de derde afstand te doen van het retentierecht (maar niet jegens de schuldenaar).

Als de afstand van het retentierecht jegens de hypotheekhouder rechtsgeldig is geschied, heeft dit dezelfde gevolgen als in de vorige paragraaf beschreven.

5.5 De blokkerende werking van beslag en het retentierecht

5.5.1 Blokkerende werking van het beslag

227. Een beslag heeft blokkerende werking. Door het leggen van beslag verkrijgt een schuldeiser een gewaarborgde positie om zich op het beslagen goed te kunnen verhalen. Tussen het leggen van het (conservatoire, dan wel executoriale) beslag en de daadwerkelijke executie verstrijkt in alle gevallen enige tijd.[217] De blokkerende werking dient ertoe deze positie te kunnen handhaven tussen de beslaglegging en de executie. Blokkerende werking beoogt te voorkomen dat het beslag door tussentijdse handelingen van de beslagene illusoir wordt. De rechten die derden door dergelijke (rechts)handelingen van de beslagene hebben verkregen, kunnen volgens de verschillende bepalingen in Rv waarin de blokkerende werking is neergelegd 'niet worden ingeroepen' tegen de beslaglegger. Voor roerende zaken is in art. 453a Rv bepaald dat een vervreemding, bezwaring, onderbewindstelling, of verhuring[218] die tot stand is gekomen nadat de zaak in beslag is genomen, niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Voor onroerende zaken moet op grond van art. 505 lid 2 Rv aan dit rijtje nog verpachting worden toegevoegd. Een retentierecht dat ontstaat nadat beslag is

217 De Greve 2009, p. 42.

218 Voor huur van woonruimte maakt art. 505 lid 2 Rv onder voorwaarden een uitzondering op de blokkerende werking van het beslag. Bij huur en pacht is niet het tijdstip van het aangaan van de huurovereenkomst beslissend, maar het ter beschikking stellen van het gehuurde ingevolge art. 7:203 of art. 7:336 BW, aldus Jongbloed & Van den Heuvel, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 505 Rv (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2018).

gelegd op de zaak, is ook in staat om de vervolging van het beslag aanzienlijk te compliceren. Bovendien betekent de mogelijkheid tot inroepen van het retentierecht tegen de beslaglegger, ingevolge art. 3:292 BW dat de (posterieure) retentor voorrang heeft bij verdeling van de executieopbrengst.[219] In deze paragraaf ga ik na in hoeverre de blokkerende werking van het beslag de beslaglegger beschermt tegen een posterieur retentierecht.

5.5.2 Beslag is een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 lid 2 BW

228. Beslag is een recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW. Hierover kan ik op deze plaats onder verwijzing naar paragraaf 4.4.4.7 kort zijn. Wanneer beslag wordt gelegd op een zaak en vervolgens ontstaat een retentierecht op die zaak, dan is de beslaglegger een 'ouder gerechtigde' in de zin van art. 3:291 lid 2 BW.[220]

Het gegeven dat beslag een recht op de zaak is in de zin van art. 3:291 BW, brengt mee dat aan de hand van de maatstaven van dat artikel moet worden getoetst of het retentierecht kan worden ingeroepen tegen de beslaglegger. Zo ja, dan moet de blokkerende werking van het beslag worden afgezet tegen de werking van het retentierecht jegens de anterieure beslaglegger. Zo nee, dan heeft het retentierecht geen werking jegens de beslaglegger en kan deze zijn beslag voortzetten ongehinderd door het retentierecht. Het retentierecht werkt dan slechts in verhouding tot de schuldenaar, zodat het – net zoals alle overige persoonlijke rechten zonder derdenwerking – de positie van de beslaglegger niet beïnvloedt.[221] De beslaglegger hoeft zich er niet op te beroepen; het (retentie)recht bestaat niet jegens hem.[222] In de volgende paragraaf zet ik uiteen dat beslag in beginsel niet de bevoegdheid van de beslagene beperkt om een overeenkomst aan te gaan, zodat het retentierecht tegenwerpelijk is aan de beslaglegger als ouder gerechtigde. Daarna, in paragraaf 5.5.4, ga ik in op de vraag of het beslag de bevoegdheid van de beslagene beperkt om de zaak uit zijn macht te brengen.

---

219 Met betrekking tot een bezwaring met een pand- of hypotheekrecht in weerwil van het beslag, geldt op grond van de jurisprudentie dat de blokkerende werking van het beslag meebrengt dat de beslaglegger met voorrang boven de posterieure zekerheidsgerechtigde uit de executieopbrengst wordt voldaan: HR 13 mei 1988, *NJ* 1988/748 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*), HR 25 oktober 1985, *NJ* 1987/18 m.nt. W.H. Heemskerk (*Ontvangers/Amro*).

220 Zie par. 4.4.4.5.

221 Damsteegt-Molier 2009, p. 185-186. Huur is eveneens een persoonlijk recht, maar heeft onder omstandigheden derdenwerking.

222 Vgl. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 120-121. Zie ook Damsteegt-Molier 2009, p. 163-165.

5.5.3 *Beperkt het beslag de bevoegdheid van de beslagene om een overeenkomst aan te gaan in de zin van art. 3:291 lid 2 BW?*

229. Het eerste criterium om te toetsen of het retentierecht kan worden ingeroepen jegens de anterieure beslaglegger, is of de beslagene jegens de beslaglegger bevoegd was om de overeenkomst met de retentor aan te gaan. De parlementaire geschiedenis gaat ervan uit, dat dit criterium niet is vervuld; de beslagene is *niet* bevoegd en de derdenwerking van het retentierecht hangt er doorgaans van af of de retentor te goeder trouw was:

> "Ook als de derde een beslaglegger is, zal de bepaling tot toepassing kunnen komen. De schuldenaar zal in het algemeen niet bevoegd zijn om de zaak zonder diens toestemming met het oog op daaraan te verrichten werkzaamheden in de macht van een ander te brengen. Denkbaar is echter dat deze ander hetzij noch wist noch behoefde te veronderstellen dat er beslag op de zaak was gelegd, hetzij in de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat de beslaglegger met de afgifte en het verrichten van de betreffende werkzaamheden had ingestemd."[223]

De opvatting die in de parlementaire geschiedenis wordt verkondigd is onhoudbaar. Anders dan in dit citaat staat, brengt beslag op de zaak geen onbevoegdheid van de beslagene om overeenkomsten aan te gaan mee. Dat heeft in de eerste plaats te maken met de aard van beslag. Beslag is een wettelijke bevoegdheid uit het Wetboek van Rechtsvordering, die niets zegt over de onderlinge materieelrechtelijke verhouding tussen de beslaglegger en de beslagene.[224] Beslag heeft geen invloed op de (materieelrechtelijke) vraag, of de beslagene jegens de beslaglegger bevoegd was om overeenkomsten te sluiten. Bovendien kan de beslagene niet alleen verkopen, maar zelfs leveren in weerwil van het beslag. Door de overdracht wordt de verkrijger volledig eigenaar, ten opzichte van iedereen. Het beslag heeft immers 'zaaksgevolg'.[225] Alleen kan die overdracht niet worden ingeroepen tegen de beslaglegger, hetgeen in geval van *vervreemding* in weerwil

223 Parl. Gesch. Boek 3, p. 885.
224 Vgl. De Greve 2009, p. 44.
225 HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351, *NJ* 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*), HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*). Klaassen, Meijer & Snijders 2017/408 met literatuurverwijzingen. Over deze kwestie is uitvoerig gedebatteerd in de literatuur op basis van de wetsgeschiedenis en onder meer deze jurisprudentie van de Hoge Raad, zie hierover o.m. Damsteegt-Molier 2009, par. 4.3.

van het beslag inhoudt dat de beslaglegger zich nog steeds op het beslagobject kan verhalen. Nu de beslagene het meerdere mag (overdragen) moet worden aangenomen dat hij ook het mindere mag (overeenkomsten aangaan). Ten slotte wordt in de rechtsleer aangenomen dat de blokkerende werking van het beslag niet in de weg staat aan geldig kunnen sluiten van overeenkomsten door de beslagene.[226] Beslag strekt ertoe om de zaak veilig te stellen, zodat de beslaglegger zich erop kan verhalen. Het enkele sluiten van een overeenkomst met betrekking tot de beslagen zaak, frustreert het recht van de beslaglegger niet, omdat de beslaglegger geen partij is bij de overeenkomst. De mogelijkheid dat op een later moment een retentierecht uit de overeenkomst zou kunnen voortvloeien, maakt niet dat de beslagene alleen uit hoofde van het beslag geen overeenkomsten meer mag aangaan met betrekking tot de zaak.

Nu de beslagene nog steeds bevoegd is om overeenkomsten aan te gaan met betrekking tot de zaak, doet de eventuele kennis van de retentor over het beslag niet ter zake. De bevoegdheid van de schuldenaar is iets dat alleen speelt tussen de anterieure derde en de schuldenaar.[227]

Wat wél kan, is dat uit de *materieelrechtelijke* verhouding tussen de beslaglegger en beslagene een beperking om overeenkomsten met betrekking tot de zaak aan te gaan voortvloeit. Als de beslaglegger bijvoorbeeld een verkoper met een eigendomsvoorbehoud is die beslag heeft gelegd tot afgifte, moet ook de rechtsverhouding tussen hem en de koper/schuldenaar worden meegenomen om te bepalen of het retentierecht tegen de verkoper kan worden ingeroepen. Als de beslaglegger echter een 'gewone' schuldeiser is, zonder bijzondere rechten op goederen van de schuldenaar, ligt het niet voor de hand dat uit hun rechtsverhouding een beperking van de bevoegdheid om overeenkomsten aan te gaan, voortvloeit. Dat zou betekenen dat een andere schuldeiser dan de retentor een belang heeft om mogelijke overeenkomsten met betrekking tot de zaak te beletten, zonder dat hij dat belang zeker heeft gesteld door middel van vestiging van een zekerheidsrecht.

Concluderend: alléén beslag maakt de beslagene niet onbevoegd om overeenkomsten aan te gaan met betrekking tot de zaak. Onbevoegdheid kan wel voortvloeien uit de materiële rechtsverhouding tussen de beslaglegger en de beslagene. De (on)bevoegdheid is een kwestie is die alleen

226 Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 453a Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 1 maart 2000), Jongbloed & Van den Heuvel, *T&C Burgerlijke rechtsvordering*, art. 505 Rv (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2018).

227 Zie par. 4.3.3.1.

speelt tussen de anterieure derde en de schuldenaar, zodat eventuele kennis van de retentor over het beslag irrelevant is. Nu het retentierecht doorgaans zal kunnen worden ingeroepen tegen de beslaglegger, moet worden vastgesteld wiens recht prevaleert: dat van de anterieure beslaglegger, of van de posterieure retentor? Zie daarvoor paragraaf 5.5.5. In paragraaf 5.5.4 komt eerst nog aan bod of het beslag de beslagene beperkt om de zaak in de macht van een derde te brengen. Die vraag is van belang omdat het retentierecht machtsuitoefening veronderstelt.

5.5.4 Beperkt het beslag de bevoegdheid van de beslagene om de zaak in de macht van een ander te brengen?

230. De casus waarin na het leggen van het beslag een retentierecht ontstaat, impliceert dat de zaak uit de macht van de beslagene is gekomen. In dit verband kunnen twee vragen worden gesteld. Ten eerste: brengt de blokkerende werking van het beslag mee dat de beslagene niet bevoegd is om de zaak uit zijn macht te brengen? En ten tweede: is de beslagene, met het oog op de derdenwerking van het retentierecht, jegens de beslaglegger bevoegd om de zaken uit zijn macht te brengen?

1) Brengt de blokkerende werking van het beslag mee dat de beslagene niet bevoegd is om de zaak uit zijn macht te brengen?

231. De verschillende blokkeringsbepalingen in Rechtsvordering bepalen niet dat de beslaglegger 'niet bevoegd is' om de genoemde handelingen te verrichten, en uit de jurisprudentie van de Hoge Raad weten we dat bij vervreemding in weerwil van het beslag de verkrijger volledig eigenaar wordt, maar het verhaalsrecht van de beslaglegger behouden blijft (het beslag heeft 'zaaksgevolg'). Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gaat ervan uit dat het goed *kan* worden vervreemd (of bezwaard, etc.) en regelt daarna de gevolgen voor het beslag. De beslagene is ondanks het beslag nog steeds bevoegd om te leveren.[228] Een onroerende zaak wordt geleverd door inschrijving van de notariële akte in de openbare registers. Machtsverschaffing is niet noodzakelijk voor eigendomsoverdracht. Bij roerende zaken kan de levering c.p. geschieden. Ook bij roerende zaken is

228 Vgl. Mijnssen & Van Mierlo 2018/4.7.

dus voor overdracht niet per definitie vereist dat de zaak uit de macht van de beslagene wordt gebracht. Toch zal levering, zowel bij onroerende als bij roerende zaken, in de regel (ook) inhouden dat de verkrijger de macht over de zaak verkrijgt. In ieder geval staat de beslaglegging niet in de weg aan de mogelijkheid om de verkrijger geldig de macht te verschaffen in het kader van levering.

Los van de mogelijkheid tot overdracht (of: levering) in weerwil van het beslag, is de beslagene in beginsel bevoegd om de zaak uit hoofde van een andere overeenkomst, zoals bruikleen, reparatie, bewaarneming, etcetera in de macht van een ander te brengen. De blokkerende werking beoogt te voorkomen dat het verhaalsrecht van de beslaglegger illusoir wordt. Het in de macht van een reparateur of bewaarnemer brengen, frustreert niet *op zichzelf* het verhaalsrecht van de beslaglegger. Dit is slechts anders, wanneer de zaak door dit uit de macht brengen verdwijnt, tenietgaat of in waarde daalt.[229] Bij een onroerende zaak is kwijtraken of tenietgaan niet goed voor te stellen, zodat mijns inziens in ieder geval moet worden aangenomen dat de blokkerende werking van het beslag niet meebrengt dat een onroerende zaak *niet* in de macht van een ander mag worden gebracht.[230] Bij roerende zaken ligt dit iets lastiger, omdat die in zijn algemeenheid makkelijker kwijtraken of tenietgaan.[231] Ook roerende zaken mogen naar mijn mening in beginsel ter uitvoering van een overeenkomst uit de macht van de beslagene worden gebracht. Dit is anders als door dit feitelijk uit de macht brengen het verhaalsrecht van de beslaglegger illusoir wordt, bijvoorbeeld doordat de zaak tenietgaat of kwijtraakt. Als de beslaglegger zeker wil zijn dat de zaak fysiek behouden blijft, kan hij de deurwaarder de zaak ingevolge art. 446 Rv in gerechtelijke bewaring laten geven.[232]

229 Vgl. Bartels, Heyman & Tweehuysen 2016, p. 2369 die menen dat in deze omstandigheden een handeling wel als onttrekking aan het beslag in de zin van art. 198 Sr zou kunnen worden gekwalificeerd.

230 Vgl. Bartels, Heyman & Tweehuysen 2016, p. 2370 met betrekking tot onttrekking aan het beslag van onroerende zaken.

231 Zie in dit verband art. 564 lid 3 Rv voor schepen.

232 Zie over gerechtelijke bewaring Mijnssen & Van Mierlo 2018/4.7.

2) Is de beslagene, met het oog op de derdenwerking van het retentierecht, jegens de beslaglegger bevoegd om de zaken uit zijn macht te brengen?

232. Ik herhaal hier nog eens wat de parlementaire geschiedenis zegt over beslag en een posterieur retentierecht:

> "Ook als de derde een beslaglegger is, zal de bepaling tot toepassing kunnen komen. De schuldenaar zal in het algemeen niet bevoegd zijn om de zaak zonder diens toestemming met het oog op daaraan te verrichten werkzaamheden in de macht van een ander te brengen."[233]

In deze passage wordt een ander criterium voor derdenwerking van het retentierecht geponeerd dan in art. 3:291 lid 2 BW zelf staat. De wetgever stelt hier dat bezien moet worden of de schuldenaar bevoegdheid was om de zaak *in de macht van een ander te brengen*, terwijl de relevante toets voor art. 3:291 lid 2 BW is of de schuldenaar bevoegd was *de overeenkomst met de retentor sluiten*. De zaak wordt in de regel ter uitvoering van die (al of niet bevoegd gesloten) overeenkomst in de macht van een ander gebracht, maar dan nog is die uitvoeringshandeling geen zelfstandige toets voor de derdenwerking van het retentierecht. Het sluiten van een bepaalde overeenkomst en het in de macht brengen zijn niet vanzelfsprekend allebei wel of allebei niet toegestaan, omdat er veel verschillende soorten overeenkomsten kunnen worden gesloten en het sluiten van de ene mogelijk *wel* maar de ander *niet* is toegestaan. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat A jegens X wél bevoegd was de auto in de macht van B te brengen, om hem aan B uit te lenen, maar níet om B de auto te laten repareren. De machtsverschaffing en het sluiten van de overeenkomst gaan soms wel, maar soms niet samen.[234] De toets of de machtsverschaffing bevoegd was, zoals de parlementaire geschiedenis hem voorstelt, is dus niet altijd de juiste. Dat betekent dat ook in dit opzicht deze passage uit de parlementaire geschiedenis met een korrel zout moet worden genomen.

233 Parl. Gesch. Boek 3, p. 885.

234 Alleen bij een reële overeenkomst vallen het sluiten van de overeenkomst en de machtsverschaffing geheel samen. Bewaarneming is dat bijvoorbeeld ingevolge art. 7:600 BW niet (meer), maar bruikleen (nog) wel. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/1 en 174. Aangezien bij bruikleen de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de zaak in de macht van de bruiklener wordt gebracht, kan aangenomen worden dat het sluiten van de overeenkomst en de machtsverschaffing samenvallen, zodat ook de bevoegdheid tot machtsverschaffing relevant is in het kader van art. 3:291 lid 2 BW.

5.5.5 Kan de blokkerende werking van het beslag de derdenwerking van het retentierecht tegenhouden?

233. De blokkerende werking dient er als gezegd toe, om het verhaalsrecht van de beslaglegger veilig te stellen in de periode tussen de beslaglegging en de executie. In art. 453a, art. 505 lid 2 Rv en de andere vergelijkbare bepalingen worden een aantal goederenrechtelijke handelingen en verbintenisrechtelijke handelingen met derdenwerking onschadelijk gemaakt. Het retentierecht vloeit (meestal) voort uit een verbintenisrechtelijke handeling die op zichzelf geen derdenwerking heeft, maar dat door het retentierecht wel verkrijgt. Het retentierecht is niet opgenomen in art. 453a Rv en consorten.

Een retentierecht kan echter net zo goed als bijvoorbeeld een overdracht, of huur in weerwil van het beslag, de executie (ernstig) compliceren. De feitelijke machtsuitoefening van de retentor maakt de executie praktisch moeilijk uitvoerbaar en de vordering van de retentor zou ingevolge art. 3:292 BW voorrang hebben boven die van de beslaglegger. Een retentierecht kan voortvloeien uit allerlei soorten (rechts)handelingen. De retentor kan bijvoorbeeld een bruiklener, bewaarnemer, huurder, pachter, aannemer of verkrijger zijn (na vernietiging of ontbinding van de koopovereenkomst). Voor sommige van deze figuren is bepaald dat ze niet kunnen worden 'ingeroepen' tegen de beslaglegger. Als vervolgens een retentierecht er wél voor zou zorgen dat het recht van de beslaglegger praktisch illusoir zou worden, zou dit de blokkerende werking van het beslag ondergraven. Ik ben van mening dat het retentierecht deze ondergravende werking niet heeft, wanneer de blokkerende werking – dus los van het retentierecht – bescherming zou bieden aan de beslaglegger. Een posterieur retentierecht kan niet afdoen aan de blokkerende werking. Bij de totstandkoming van de blokkeringsbepalingen lijkt niet te zijn stilgestaan bij de mogelijkheid van een retentierecht dat ontstaat na het beslag, terwijl bedoeld is paal en perk te stellen aan zowel verbintenisrechtelijke figuren met goederenrechtelijke werking als goederenrechtelijke figuren die de executie kunnen belemmeren. Ook het retentierecht is een verbintenisrechtelijke figuur met goederenrechtelijke werking. Om discussie hierover weg te nemen, zou het goed zijn om het retentierecht uitdrukkelijk op te nemen in art. 453a Rv voor roerende zaken, resp. 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken.

Een andere hybride figuur die ook derdenwerking heeft, maar niet genoemd is in de blokkeringsbepalingen in Rv zelf, is de kwalitatieve verplichting. In art. 6:252 lid 3 sub b BW is evenwel bepaald dat zij ook na inschrijving in de openbare registers geen werking heeft tegen een

eerdere beslaglegger. Uit systematisch oogpunt is niet in te zien waarom een andere hybride figuur als de kwalitatieve verplichting niet kan worden ingeroepen tegen een anterieure beslaglegger, maar een retentierecht wel. Uit de wetssystematiek volgt dat het retentierecht geen afbreuk kan doen aan de blokkerende werking van het beslag.

Een voorbeeld. Indien de beslagene een onroerende zaak verhuurt in weerwil van het beslag,[235] kan de huur niet worden ingeroepen tegen de beslagene. De beslagene kan de zaak executeren in onverhuurde toestand. Mocht de huurder een retentierecht hebben verkregen, bijvoorbeeld omdat hij een reparatie heeft gedaan en uit hoofde daarvan een vordering heeft verkregen op de verhuurder/beslagene, dan kan dat retentierecht naar mijn mening niet meebrengen dat de zaak tóch in verhuurde toestand moet worden geëxecuteerd. Het retentierecht *dat voortvloeit uit* een handeling die vanwege de blokkerende werking van het beslag niet kan worden ingeroepen tegen de beslaglegger, kan eveneens niet worden ingeroepen tegen deze beslaglegger. Het bestaat alleen als persoonlijk opschortingsrecht jegens de schuldenaar.

Vervolgens speelt nog de vraag of het retentierecht wél mee kan brengen dat figuren, waar de beslaglegger normaal gesproken géén last van heeft omdat hij er vanwege hun persoonlijke aard niet aan gebonden zou zijn bij de executie, ineens wel dwars kunnen liggen doordat zij transformeren in een retentierecht. Wanneer de beslagene de zaak bijvoorbeeld in bruikleen geeft, zou de beslaglegger daaraan bij executie niet gebonden zijn, omdat het een persoonlijk recht is. Zou de bruiklener inmiddels retentor geworden zijn, omdat hij een vordering op de beslagene/bruikleengever heeft verkregen, dan is dat in principe in te roepen tegen de beslaglegger op grond van art. 3:291 lid 2 BW. Brengt dit nu mee dat de beslaglegger toch via het retentierecht de bruikleen moet respecteren? Naar mijn mening is in dit geval het retentierecht wél in te roepen tegen de beslaglegger. De beslaglegger heeft in dit geval geen recht op méér bescherming tegen het retentierecht dan een andere anterieur gerechtigde zou hebben. Consequentie van derdenwerking van het retentierecht is nu eenmaal dat het de schuldeiser bevoegdheden geeft met een goederenrechtelijk karakter.

235 Voor het gemak ga ik ervan uit dat dit geval geen huur van woonruimte in de zin van art. 7:271 t/m 277 BW betreft, die in art. 505 Rv van blokkerende werking is uitgezonderd.

5.5.6 Is art. 453a lid 2 Rv ook van toepassing op het retentierecht?

234. In art. 453a lid 2 Rv staat een uitzondering op de blokkerende werking van het beslag. De rechten van derden die in weerwil van het beslag anders dan om niet een recht hebben verkregen op een roerende zaak worden geëerbiedigd. Uit de parlementaire geschiedenis bij dit artikel blijkt dat niet alleen goederenrechtelijk, maar ook persoonlijk gerechtigden onder dit artikellid vallen.[236] Nu de omschrijving zodanig breed is en de retentor ook de macht krijgt over de zaak, lijkt mij dat ook de retentor bescherming kan ontlenen aan art. 453a lid 2 Rv. Uiteraard is daarvoor wel vereist dat hij te goeder trouw is en om baat heeft verkregen. De bruiklener-retentor kan bijvoorbeeld geen bescherming ontlenen aan art. 453a lid 2 Rv, want het gebruiksrecht heeft hij om niet verkregen.

5.6 Conclusies

235. Buiten faillissement van de schuldenaar, heeft de retentor een ijzersterke positie. Hij kan zijn recht doorgaans inroepen tegen de executant, de schuldenaar en de executiekoper. Als hij geen (cumulatief) beslag legt, blijft het retentierecht na een executoriale verkoop en levering in principe voortbestaan. De drempel die het retentierecht opwerpt voor executie is dan ook zeer hoog. Het retentierecht als verbintenisrechtelijk opschortingsrecht is bij uitwinning sterker dan sommige goederenrechtelijke rechten. Vanwege zijn feitelijke machtspositie zijn andere verhaalzoekende schuldeisers gedwongen rekening met de retentor te houden. De feitelijke machtspositie kan bij uitwinning van de zaak zorgen voor een patstelling. In dit hoofdstuk heb ik onderzocht welke oplossingen bestaan, of zouden moeten bestaan, om uit de patstelling te komen. Het handelsverkeer vereist dat zaken op een gegeven moment weer in beweging komen.

Wanneer een schuldeiser de zaak executeert, is de eerste relevante vraag, of het retentierecht tegen hem – en tegen andere beslagleggers – kan worden ingeroepen. Als het retentierecht tegen een van de beslagleggers niet kan worden ingeroepen, kan de zaak in 'niet-teruggehouden' staat verkocht worden en kan het retentierecht ook niet tegen een koper worden ingeroepen.

236 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 118.

Het retentierecht is niet opgenomen in art. 3:273 BW en vervalt niet door zuivering. Dat is mijns inziens anders, wanneer de retentor (cumulatief) beslag legt en meedeelt in de uitdeling van de executieopbrengst. Het retentierecht vervalt dan door zuivering, in het kielzog van zijn beslag. Het is naar mijn mening wenselijk dat het retentierecht wél automatisch zou vervallen bij executie, wanneer het tegen de andere schuldeiser(s) kan worden ingeroepen. Er zou een voorziening kunnen worden ingevoerd zoals als art. 3:282 BW, dat meebrengt dat de beperkte rechten die vervallen door de executie automatisch – zonder zelf beslag te hoeven leggen – meedoen bij de verdeling van de executieopbrengst. De retentor zou bij de verdeling zijn voorrang behouden boven allen tegen wie het retentierecht kon worden ingeroepen.

Het retentierecht is een bijzondere last. De verkoper, ook de executieverkoper, is ingevolge art. 7:15 BW verplicht om te verkopen vrij van bijzondere lasten en beperkingen, behalve wanneer de koper ze uitdrukkelijk heeft aanvaard. Het retentierecht is vermeld in de belangrijke sets Algemene Veilingvoorwaarden. De aanvaarding van zulke algemene voorwaarden, ontneemt aan de verkoper die het retentierecht kende niet de verplichting om het aan de koper mede te delen. Mijns inziens moet niet alleen het retentierecht, maar moeten in beginsel ook de gevolgen ervan aan de koper worden medegedeeld.

Lossing (zie voor pand art. 3:249 lid 2 BW) van de retentor-beslaglegger is niet mogelijk ingevolge het arrest Willems/Poort. Als de beslagene bijvoorbeeld de executiewaarde betaalt om executie te voorkomen, brengt dat niet mee dat de beslaglegger zijn beslag niet meer kan voortzetten. Het oordeel van de Hoge Raad lijkt te zijn toegesneden op de concurrent-crediteur die beslag legt. Wanneer de retentor optreedt als executerende beslaglegger, zou het mijns inziens wenselijk zijn als lossing wel mogelijk zou zijn, maar uitgaande van het arrest Willems/Poort zie ik daarvoor geen ruimte.

Het is denkbaar dat een schuldeiser zowel een (wettelijk) retentierecht heeft, als een (conventioneel) pandrecht. Ongeacht of hij dan executeert uit hoofde van zijn pandrecht, of uit hoofde van zijn retentierecht, moet worden aangenomen dat beide door de executie vervallen. Het maakt voor de rang die de schuldeiser heeft ten opzichte van een anterieur stil pandrecht heeft niet uit, of de schuldeiser zich op zijn retentierecht of pandrecht beroept.

Bij hypotheekexecutie heeft de hypotheekhouder aantal bijzondere bevoegdheden. Onder meer staan in de regel een ontruimings- en een beheersbeding in de hypotheekakte. Hoewel deze bedingen ingevolge

art. 3:267 lid 4 BW jegens 'eenieder die zich in de zaak bevindt' kunnen worden ingeroepen, moet voor de verhouding tussen de hypotheekhouder en de retentor mijns inziens alsnog worden getoetst aan de maatstaven van art. 3:291 BW. Een ander gebruikelijk beding in de hypotheekakte, is het beding van niet-verandering. Het beperkt de hypotheekgever om het onderpand ingrijpend te veranderen. Dit beding kan gevolgen hebben voor de bevoegdheid om een aannemingsovereenkomst te sluiten. Dit is een kwestie van uitleg van de rechtsverhouding tussen de hypotheekhouder en de hypotheekgever. Of een aannemer vooraf de openbare registers moet raadplegen, is afhankelijk van vele factoren. Onder meer de aard van de zaak, van de opdracht en de mate van professionaliteit van de aannemer zullen daarbij een rol spelen. Het is in ieder geval niet zo zwart-wit, dat de aannemer niet meer te goeder trouw is, omdat hij de openbare registers niet heeft geraadpleegd en daarin de beperking had kunnen zien. Art. 3:23 BW is alleen van toepassing op verkrijgers van registergoederen en leent zich niet voor analoge toepassing.

Afstand van het retentierecht bij voorbaat jegens (alleen) de hypotheekhouder is mogelijk. Deze afstand is mijns inziens niet te kwalificeren als een verbintenis, waarop (bijvoorbeeld) wanprestatie mogelijk is. De afstand van het retentierecht maakt deel uit van de verbindende kracht van de overeenkomst en een retentierecht dat wordt ingeroepen in weerwil van de gemaakte afspraak blijft eenvoudigweg zonder gevolg.

Beslag beperkt op zichzelf niet de bevoegdheid van de beslagene om een overeenkomst aan te gaan in de zin van art. 3:291 lid 2 BW en staat niet in de weg aan het inroepen van het retentierecht jegens de beslaglegger. Maar het retentierecht kan niet de blokkerende werking van het beslag ondergraven, door de executie van de zaak waarop de beslaglegger zich mag verhalen alsnog feitelijk onmogelijk te maken.

HOOFDSTUK 6

HET VERHAALSRECHT OP ZAKEN VAN DERDEN

6.1 Inleiding

6.1.1 Onderwerp en opzet

236. Op 15 februari 2016 kopte het Financieele Dagblad: "Defecte horloges troef in strijd met V&D".[1] Klanten van V&D hadden hun horloge ter reparatie aan V&D afgegeven. V&D besteedde de reparaties uit aan reparateur HSC. Zoals bekend ging V&D failliet. De eigenaren van de horloges hadden een aanbetaling gedaan voor de reparaties en wilden graag hun uurwerken terug. HSC beriep zich echter op een retentierecht. Nu V&D failliet was, viel niet te verwachten dat de curator de vorderingen van HSC op haar zou gaan voldoen. Aangezien de horloges van de klanten van V&D waren (en niet van V&D zelf), zou de boedel daar niet bij gebaat zijn geweest. HSC had dus een retentierecht op het goed van een derde (er was immers geen rechtstreekse contractuele band tussen HSC en de klanten van V&D), voor een vordering op het failliete V&D. HSC zou zich op grond van art. 3:292 jo. 3:291 lid 2 BW op de horloges van de klanten kunnen verhalen, voor een onbetaalde vordering op het failliete V&D. Dat zou in ieder geval schot in de zaak hebben kunnen brengen.

In dit hoofdstuk staat het recht van de retentor om zich te verhalen op zaken van derden centraal. Het uitgangspunt van het Nederlandse verhaalsrecht staat in art. 3:276 BW, dat bepaalt dat een *schuldeiser* zijn vordering op alle goederen *van zijn schuldenaar* kan verhalen, tenzij de *wet* of een *overeenkomst* anders bepaalt. De retentor kan zich ingevolge art. 3:291 jo. 3:292 BW niet alleen op de goederen van zijn schuldenaar verhalen, maar ook op de teruggehouden zaken van derden. Dit is een wettelijke uitzondering op de hoofdregel van art. 3:276 BW. Omdat het verhaalsrecht en het schuldenaarschap uiteenlopen, roept dit derdenverhaalsrecht specifieke vragen op. In dit hoofdstuk ga ik hoofdzakelijk in op drie vragen. Ten eerste: heeft de retentor de vrije keuze welk vermogen hij uitwint (dat van

1 https://fd.nl/ondernemen/1139646/defecte-horloges-troef-in-failissement-v-d, d.d. 15 februari 2016 (laatst geraadpleegd november 2018).

zijn schuldenaar of de teruggehouden zaak van de derde)? Deze komt aan bod in paragraaf 6.2.6. In paragraaf 6.2 komen daarnaast ter inleiding de hoofdlijnen van het verhaalsrecht op goederen van derden door de retentor aan bod. De tweede vraag is welk procesrechtelijk spoorboekje de retentor moet volgen voor beslag op de zaak van een derde. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is hoofdzakelijk geschreven voor verhaal door een schuldeiser op zijn eigen schuldenaar. Over deze vraag gaat paragraaf 6.3, waarin ik inga op conservatoir en executoriaal verhaalsbeslag. De derde vraag in dit hoofdstuk is of verhaal op het goed van de derde-eigenaar nog mogelijk is, wanneer de schuldenaar failliet is (en er geen verificatievergadering plaatsvindt, zodat het niet mogelijk is om daaruit een executoriale titel tegen de schuldenaar te verkrijgen). Deze vraag komt aan bod in paragraaf 6.4. Hoewel dit een faillissementsrechtelijke vraag lijkt, behandel ik haar in dit hoofdstuk – en niet in deel III – omdat de teruggehouden zaak niet in de boedel valt. Art. 60 Fw is dus niet van toepassing.[2]

6.1.2 Afbakening ten opzichte van derdenbeslag

237. De onderwerpen die in dit hoofdstuk worden behandeld, staan los van derdenbeslag.[3] Men zou deze twee vormen van beslag met elkaar in verband kunnen brengen, omdat dit hoofdstuk ook gaat over het betrekken van een derde in de verhouding schuldeiser (of beslaglegger) en schuldenaar (of beslagdebiteur). Derdenbeslag moet echter worden onderscheiden van beslag op goederen van derden. Bij derdenbeslag gaat het om het beslag dat de beslaglegger legt onder een derde-beslagene op hetgeen die derde aan de beslagene verschuldigd is. Derdenbeslag betekent beslag op een goed van de schuldenaar *zelf*, op grond van de hoofdregel van art. 3:276 BW. Beslag op het goed van een derde vormt juist een uitzondering op die hoofdregel.[4] Ingevolge art. 475 Rv kan derdenbeslag worden gelegd op (al of niet toekomstige) vorderingen die de schuldenaar op derden heeft of zal verkrijgen en op de aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken (niet-registergoederen) die zich bij derden bevinden. Beslag op de vordering tot afgifte die de schuldenaar op de retentor heeft – en ter zake waarvan de retentor opschort – is niet mogelijk, omdat een vordering tot

2 Zie par. 6.4.2.
3 Oudelaar 1995, p. 81-82. Zie over derdenbeslag uitgebreid Broekveldt 2003.
4 Oudelaar 1995, p. 81.

afgifte van een zaak een rechtsvordering is. Daarop kan vanwege art. 3:304 BW geen beslag worden gelegd. De combinatie derdenbeslag en retentierecht doet zich dus alleen voor, als een andere schuldeiser dan de retentor beslag legt op de roerende zaken die de retentor op het moment van beslaglegging onder zich heeft.[5] De retentor is de derde-beslagene en zijn wederpartij is de beslagdebiteur. Als een andere schuldeiser executoriaal beslag legt op de zaak die zich onder de retentor bevindt, is de retentor op grond van art. 476a verplicht om binnen vier weken na het leggen van het beslag verklaring te doen van de zaak of zaken die door het beslag zijn getroffen. Hij mag de zaken niet afgeven aan de schuldenaar en is verplicht deze ter beschikking van de deurwaarder te stellen (art. 476b Rv). Wanneer de beslagene zelf toegang tot de zaak heeft – bijvoorbeeld wanneer het gaat om inboedel die is opgeslagen bij Shurgard – is geen sprake van derdenbeslag. Dit is gewoon beslag op roerende zaken onder de schuldenaar zelf.[6]

Naast derdenbeslag (*onder* de retentor), kan de mede-schuldeiser ook beslag leggen *bij* de retentor op grond van art. 461d Rv.[7] Deze tweede variant geldt als beslag op de roerende zaak zelf en heeft het voordeel dat de retentor geen verklaring derdenbeslag hoeft af te leggen (art. 475 lid 2 jo. 476b Rv). Deze variant is echter alleen beschikbaar wanneer de retentor geen bezwaar zou maken tegen het beslag.[8]

238. In paragraaf 5.2.6 is behandeld dat beslag door de retentor op zaken van de schuldenaar ook kan plaatsvinden door middel van beslag onder zichzelf in de zin van art. 479h e.v. Rv. Verhaal op de zaak *van een derde* kan daarentegen *niet* worden gekwalificeerd als eigenbeslag. Volgens

5 Broekveldt 2003/322.

6 Zie verder art. 444a en 444b Rv.

7 Zie over het executoriaal beslag *onder* en *bij* een derde en de bezwaren tegen eerstgenoemde variant: Van Marsbergen & Blox 2018, p. 519-524.

8 In het Wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht wordt een wijziging van art. 461d Rv voorgesteld. De wijziging brengt mee dat het moment waarop de termijn voor het betekenen van het formulier voor de derdenverklaring pas gaat lopen op het moment dat de derde zich erop heeft beroepen dat hij het beslag niet hoeft te dulden (en niet – zoals in het huidige recht – reeds op het moment van de beslaglegging overeenkomstig art. 440 Rv). Op het moment van de beslaglegging is immers nog mogelijk dat de derde zich niet verzet en dan zou verval van het beslag vanwege ongebruikt verloop van de drie dagen-termijn geheel niet nodig zijn. Zie de memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel, onderdeel H, p. 35-36. Het wetsvoorstel is in internetconsultatie gegeven, welke op 20 juli 2018 is gesloten, zie https://www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht.

art. 479h Rv kan de schuldeiser beslag leggen op vorderingen die de schuldenaar op hem heeft (of uit een bestaande rechtsverhouding rechtstreeks zal verkrijgen) en op "aan de schuldenaar toebehorende roerende zaken die hij voor deze onder zich houdt en die geen registergoederen zijn". De retentor houdt geen zaken 'die aan zijn schuldenaar toebehoren'; de zaken behoren immers toe aan de derde. Deze conclusie brengt mee dat de voorschriften uit Rv en uit de Beslagsyllabus, die zien op 'eigenbeslag' niet relevant zijn voor verhaal op zaken van derden door de retentor.

6.2 Hoofdlijnen van het derdenverhaalsrecht van de retentor

6.2.1 Inleiding

239. In deze paragraaf komen een aantal algemene thema's aan bod met betrekking tot het verhaal door de retentor op goederen van derden. In paragraaf 6.2.3 en 6.2.4 komen respectievelijk de systematiek van het verhaalsrecht van de retentor op zaken van een derde en de rationes ervan aan de orde. In paragraaf 6.2.5 stip ik de mogelijkheid aan, dat de retentor niet alleen een verhaalsrecht jegens de derde, maar eveneens een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking heeft op de derde. In paragraaf 6.2.6 komt de vraag aan bod of het verhaalsrecht van de retentor jegens de derde een subsidiair karakter heeft. Paragraaf 6.2.7 gaat over de positie van de betrokkenen nadat de derde is gesubrogeerd in de vordering van de retentor. In paragraaf 6.2.8 ten slotte ga ik in op de positie van vierde-rechthebbenden jegens de retentor, want het kan natuurlijk zijn dat zich nog een partij 'achter' de derde-eigenaar (die centraal staat in dit hoofdstuk) bevindt met een recht op de zaak.

6.2.2 Uitleg van 'voorrang' in art. 3:292 BW

240. De retentor heeft het verhaalsrecht op zaken van derden als gevolg van een gecombineerde lezing van art. 3:291 lid 1 of 2 en art. 3:292 BW. Art. 3:292 BW bepaalt dat de schuldeiser zijn vordering kan verhalen met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen en art. 3:291 BW bakent af wie die 'allen' zijn, tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. Het woord 'voorrang' in art. 3:292 BW moet dus in die zin worden begrepen, dat daaronder ook valt het derdenverhaalsrecht. Omdat het strikt genomen niet gaat om *voorrang boven derden* (tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen), maar verhaal op zaken *van*

die derden, moet de wettekst dus niet letterlijk worden genomen. De parlementaire geschiedenis vermeldt expliciet dat een derdenverhaalsrecht voor de retentor is gecreëerd.[9]

6.2.3 *Verhaalsrecht zonder vordering en verhaalsaansprakelijkheid zonder schuld*

241. De retentor die zijn vordering kan verhalen op de zaak van een derde, heeft in beginsel geen vordering op deze derde en de derde heeft in beginsel geen schuld aan de retentor. Tussen hen bestaat geen verbintenis. De retentor kan de derde niet aanspreken tot nakoming.[10] De derde is niet hoofdelijk verbonden. Als voldaan is aan de vereisten van art. 3:291 lid 1 of lid 2 BW, kan de retentor zich wel verhalen op de zaak van de derde. De retentor heeft een verhaalsrecht jegens de derde. Krachtens zijn verhaalsrecht kan hij beslag leggen op de zaak en haar executeren. Hij kan vervolgens zijn vordering verhalen op de executieopbrengst. De derde is geen schuldenaar en dus niet (schuld)aansprakelijk, maar hij is wel 'verhaalsaansprakelijk'.

242. De regel dat een schuldeiser verhaal heeft op het vermogen *van zijn schuldenaar* volgt uit art. 3:276 BW en wordt niet ervaren als iets bijzonders.[11] Het feit dat een derde zich vrijwillig verbindt om aansprakelijk te zijn voor de schuld van een ander, zoals een borg, evenmin. Maar de derde-eigenaar van de geretineerde zaak is niet schuldenaar en heeft niet ingestemd met de mogelijkheid tot verhaal op zijn goed. Hoe kan de uitzondering op art. 3:276 BW worden verklaard en ingepast in het systeem, dat uitgaat van verbintenissen waar (alleen) een schuldeiser en een schuldenaar bij betrokken zijn? Ik sta in deze paragraaf stil bij de begrippen verhaalsrecht en verhaalsaansprakelijkheid. Dat doe ik in de eerste plaats omdat de begrippen naar mijn mening inzichten bieden voor de bestaande procesrechtelijke onduidelijkheid, die wordt veroorzaakt door het feit dat

9 Parl. Gesch. Boek 3, p. 889 en Parl. Gesch. Boek 3, p. 865.

10 Althans, niet uit dezelfde grond waarop hij de schuldenaar zelf kan aanspreken. Zie HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2115, *NJ* 1997/494 m.nt. W.M. Kleijn (*Moksel/KVV*). Zie echter hieronder par. 6.2.5 over ongerechtvaardigde verrijking.

11 Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/33-34 voor de historische achtergrond van het verhaalsrecht op het vermogen van de schuldenaar.

de derde niet de schuldenaar is.[12] De procedurele voorschriften uit Rechtsvordering zien doorgaans op de uitwinning in de verhouding schuldeiser-schuldenaar (en in verreweg de meeste gevallen zal dat normale geval aan de orde zijn). Een andere reden om hier aandacht te besteden aan het verhaalsrecht zonder vordering, is dat dit type verhaalsrecht (en -aansprakelijkheid) in de handboeken doorgaans zijdelings aan bod komt,[13] terwijl de relevantie van het onderscheid tussen vordering en verhaalsrecht groter is dan alleen het derdenretentierecht.[14]

243. Op hoofdlijnen – en vooralsnog met weglating van complicaties door de betrokkenheid van een derde – komt het verhaalsrecht voor een vordering en de daarmee corresponderende verhaalsaansprakelijkheid voor een schuld op het volgende neer. Verhaal op goederen vloeit voort uit het bestaan van een schuld. Een schuld is hetgeen waartoe de verbintenis een partij verplicht. Het beginpunt van de verklaring voor verhaalsaansprakelijkheid is dan ook de verbintenis en haar elementen. Sieburgh geeft de volgende omschrijving van de verbintenis: "een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is."[15] De verbintenis kan worden beschouwd vanuit de passieve en vanuit de actieve zijde. Aan de actieve zijde staat de schuldeiser, die gerechtigd is tot een prestatie. De actieve zijde van de verbintenis duidt men ook wel aan als de vordering.[16] De passieve zijde omvat datgene waartoe de schuldenaar verplicht is en duidt men ook wel aan als schuld.

12 Zie hierover verder par. 6.3 en 6.4 en in het bijzonder 6.3.2.2.

13 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/736, Asser/Sieburgh 6-I 2016/35-40, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/480, Snijders & Rank-Berenschot 2017/706.

14 Deze term ontleen ik aan Biemans 2009a. Met de term wordt bedoeld dat het retentierecht betrekking heeft op de zaak van een derde, die niet de schuldenaar van de retentor is.

15 Asser/Sieburgh 6-I 2016/6. Het woord verbintenis wordt in de wet en in de rechtsleer overigens ook wel gebruikt om de passieve zijde van de verbintenis (de schuld) aan te duiden. Dit doet de wet onder meer in art. 6:52, 6:262 en 6:263 BW over opschorting en ook in art. 6:74 BW over niet-nakoming. Op goede gronden stellen Krans 2014/5-6 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/12 de betekenis van het begrip verbintenis als vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen personen echter voorop. Vanwege het 'onjuiste' gebruik van de term verbintenis in art. 6:52 BW, ontkom ik er echter niet aan om de term verbintenis elders in mijn proefschrift ook in de zin van schuld te gebruiken.

16 Asser/Sieburgh 6-I 2016/33.

Aan de actieve zijde onderscheidt men traditioneel drie elementen van de vordering (in ruime zin): het materiële recht (meestal simpelweg aangeduid als 'vordering'), de bevoegdheid om dat recht geldend te maken (het *ius agendi*) en het processuele middel (de rechtsvordering).[17] Deze driedeling maakt duidelijk dat de schuldeiser niet alleen een bepaalde materiële aanspraak heeft, maar ook de middelen om de prestatie van de wederpartij af te dwingen. Zo nodig kan hij daarvoor de hulp van de overheid inroepen, want de verbintenis is een door het recht erkende betrekking.[18] Binnen deze driedeling kan het verhaalsrecht worden ondergebracht bij de bevoegdheid om de prestatie af te dwingen, het *ius agendi*.[19] Uitwinning van het vermogen van de schuldenaar is een manier voor de schuldeiser om zijn recht geldend te maken met hulp van de overheid. Alleen geldvorderingen kunnen worden verhaald via het systeem van art. 3:276 BW. Voldoening van een geldvordering kan worden verwezenlijkt door beslagexecutie.[20]

Aan de passieve zijde is het hele vermogen van de schuldenaar verbonden voor een schuld.[21] Schuld heeft betrekking op de specifieke prestatie waartoe de schuldenaar zich verbonden heeft; het duidt de passieve zijde van de verbintenis aan. Het feit dat het vermogen van een (rechts) persoon bloot staat aan verhaal van een vordering wordt wel aangeduid met de term verhaalsaansprakelijkheid.[22] In de (Nederlandse) literatuur

17 Asser/Sieburgh 6-I 2016/32. Zie ook al Asser/Rutten I 1981, p. 20-21. Zie voor een andere driedeling van schuldvorderingen Storme 2000, p. 329-342. Storme onderscheidt de goederenrechtelijke gerechtigheid tot de vordering, het recht op de specifieke prestatie en het verhaalsrecht dat de vordering biedt wanneer de prestatie niet wordt volbracht.

18 Asser/Sieburgh 6-I 2016/14.

19 In deze zin ook Verstijlen 1998, p. 15.

20 Voor andere vorderingen dan die in geld, kan reële executie een mogelijkheid zijn. Zie Jongbloed 1987, p. 4-5 en Huydecoper 2011/1. Reehuis 2015, p. 175 noemt daarentegen beslagexecutie tot verhaal voor een vordering in geld wel 'reële executie'.

21 Dit is niet altijd zo geweest. In vroeger tijden moest de schuldenaar wel nakomen, maar was daaraan niet automatisch een verhaalsrecht verbonden. Het verhaalsrecht moest worden 'gevestigd', door hetzij een persoon, hetzij een zaak voor het verhaal in te zetten, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/34. Zij beschrijft dat wij ons denken over dit leerstuk ontlenen aan de Duitse rechtswetenschap. Zie ook Studer 2000, p. 3-4. Verstijlen 1998, p. 14 schrijft dat dit instaan een 'diep verankerd beginsel van ons vermogensrecht' is.

22 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 53, Asser/Rutten I 1981, p. 20, Asser/Sieburgh 6-I 2016/33. De term 'aansprakelijkheid' kan hiervoor niet worden gebruikt, omdat die ook wordt gebruikt om 'schuld' uit te drukken, aldus Asser/Sieburgh 6-I 2016/33.

wordt in plaats van verhaalsaansprakelijkheid ook wel de Duitse term *Haftung* gebruikt.[23] De term 'verhaalsaansprakelijk' wordt meestal gebruikt om de persoon van de schuldenaar aan te duiden,[24] soms om zijn vermogen aan te duiden.[25]

Hoewel ik geen moeite heb met de hierboven beschreven algemeen aanvaarde omschrijving van de termen verhaalsrecht en verhaalsaansprakelijkheid, maakt het het vinden van een aparte term voor de verhaalsaansprakelijkheid van de derde-eigenaar, niet-zijnde de schuldenaar wel lastig. Typisch voor de problematiek in dit hoofdstuk is juist dat het verhaalsrecht van de retentor gericht is op een derde die niet zijn schuldenaar is. Hieronder gebruik ik voor dit geval de term 'blote verhaalsaansprakelijkheid'. Ik besef dat het woord verhaalsaansprakelijkheid al een manco heeft omdat het begrip 'aansprakelijk' of 'aansprakelijkheid' al diverse juridische ladingen heeft, maar ik denk dat het niet helpt om hiervoor een helemaal nieuw woord te verzinnen.[26] Wel is het voor het onderscheid dat ik in deze paragraaf maak mijns inziens nuttig om dit begrip te introduceren, dat aangeeft dat de derde-eigenaar niet ook schuldenaar is. De verhaalsaansprakelijkheid van (het vermogen van) de schuldenaar op basis van art. 3:276 BW is vanzelfsprekend in principe ook aanwezig, maar ik focus in dit hoofdstuk juist op de verhaalsaansprakelijkheid zonder schuldenaarschap en het verhaalsrecht zonder vordering (op de derde, althans).

---

23 Zie onder meer Boehmer 1970, p. 362-363, Asser/Sieburgh 6-I 2016/33, Wessels 1988, p. 75, Hofmann/Van Opstall 1976, p. 52. Ook in het huwelijksvermogensrecht is deze terminologie bijvoorbeeld gebruikelijk. Art. 1:94 lid 5 BW bepaalt dat de huwelijksgemeenschap alle schulden omvat. Dit 'omvatten' moet zo worden begrepen dat de echtgenoot die partij is bij de verbintenis de schuldenaar is, maar dat de gemeenschapsgoederen voor die schuld kunnen worden uitgewonnen. Met andere woorden: de gemeenschap '*haftet*'. Dat betekent dus niet dat de andere echtgenoot ook aansprakelijk is voor de schuld. Zie daarover De Bruijn/Huijgen en Reinhartz 2012, p. 153-154.

24 Zie bijv. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/736 die erop wijst dat de figuur van de 'Reallast' – waarbij niet een persoon schuldenaar is, maar een zaak, achterhaald is door het systeem van het BW. Zie ook Biemans 2009a, p. 79 en Asser/Sieburgh 6-I 2016/38.

25 Zie bijv. Boehmer 1970, p. 365: "*Die Schuld ist somit Gebundenheit der Schuldnerperson zu normgemäßem Verhalten; die Haftung ist regelmäßig Unterworfenheit des Schuldnervermögens unter das Zwangsbefriedigungsrecht des Gläubigers*."

26 Zoals Hofmann/Van Opstall in 1976, p. 53, al concludeerde met betrekking tot het woord 'verhaalsaansprakelijkheid', realiseer ik me dat ook deze term 'lang en lelijk' is.

244. Nu is nog de vraag hoe vanuit de verbintenis met haar tweezijdige karakter (vordering tegenover schuld) de blote verhaalsaansprakelijkheid van de derde kan worden verklaard. Een verbintenis behelst *voor partijen* rechten en plichten. Het verhaal van een vordering op iemands vermogen is een gevolg van de rechten en plichten die het voorwerp van de verbintenis zijn. Maar de derde-eigenaar is nu juist geen schuldenaar van de verbintenis, terwijl hij wel (bloot-)verhaalsaansprakelijk is.

Zoals vordering en schuld tegenover elkaar staan bij de verbintenis, verhouden zich ook verhaalsrecht en verhaalsaansprakelijkheid: de schuldeiser is bevoegd om zijn vordering te verhalen; dat kan hij ingevolge art. 3:276 BW doen op het vermogen van de schuldenaar. Toch gaan vordering en verhaalsrecht enerzijds en schuld en verhaalsaansprakelijkheid anderzijds niet altijd samen. Aan de schuldeiserskant zijn niet altijd alle elementen van de hierboven besproken klassieke driedeling aanwezig. Het klassieke voorbeeld is de natuurlijke verbintenis. Dat is een verbintenis die niet in rechte afdwingbaar is, aldus art. 6:3 lid 1 BW. De schuldeiser behoudt zijn vordering, maar de prestatie kan niet (meer) worden afgedwongen. Uit art. 3:306 BW volgt dat niet het vorderingsrecht zelf, maar (alleen) de rechtsvordering verjaart.[27] En art. 7A:1825 BW bepaalt dat de wet geen 'regtsvordering' toestaat van een schuld uit een overeenkomst van spel of weddenschap.[28] De vordering die een actie ontbeert, ontbreekt het – in de regel –[29] ook aan een verhaalsrecht. Aan de schuldenaarskant geldt dat bij een natuurlijke verbintenis er wel een schuld is, maar de schuldenaar niet (meer) verhaalsaansprakelijk is.[30]

Het voorbeeld van de natuurlijke verbintenis laat zien dat vordering en verhaalsrecht (en rechtsvordering) enerzijds en schuld en verhaalsaansprakelijkheid anderzijds niet noodzakelijkerwijs gekoppeld zijn. 'Blote verhaalsaansprakelijkheid' is een andere manier van ontkoppeling van vordering en verhaalsrecht (aan de kant van de schuldeiser) en van schuld en verhaalsaansprakelijkheid (aan de kant van de schuldenaar). Anders dan bij een natuurlijke verbintenis, valt de verhaalsaansprakelijkheid bij het retentierecht op de zaak van een derde niet weg, maar er komt een verhaalsrecht jegens een derde bij. Voor blote verhaalsaansprakelijkheid van

27 Asser/Sieburgh 6-II 2017/387-390.

28 Zie hierover nader Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/288-289. Zie voor andere voorbeelden van natuurlijke verbintenissen Sikkema, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:3 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt t/m 10 oktober 2017).

29 Asser/Sieburgh 6-I 2016/40 nuanceert aan de hand van voorbeelden dat er ook gevallen zijn waarin de rechtsvordering niet bestaat, maar het verhaalsrecht wel.

30 Hofmann/Van Opstall 1976, p. 53, Asser/Sieburgh 6-I 2016/37.

de derde is wel vereist dat er *een* schuld is, maar niet dat de derde daarvan zelf de schuldenaar is. Dit verplaatsen van het verhaalsrecht en de verhaalsaansprakelijkheid naar de derde is mogelijk, omdat er een los verband bestaat tussen de vordering en het verhaalsrecht, respectievelijk de schuld en de verhaalsaansprakelijkheid. Vordering en schuld zijn aan elkaar gekoppeld; het zijn de twee zijden van een verbintenis. Verhaalsrecht en verhaalsaansprakelijkheid zijn daarentegen niet noodzakelijkerwijs aan vordering respectievelijk schuld verbonden.[31] Het feit dat een schuldeiser een verhaalsrecht heeft, brengt niet per definitie mee, dat hij dit *alleen jegens zijn schuldenaar* heeft. Het verhaalsrecht van de schuldeiser impliceert alleen de bevoegdheid om in rechte zijn vordering te mogen verhalen, zo nodig met behulp van de overheid (het *ius agendi*). Daarmee is niet gezegd dat dit verhaal per definitie op het vermogen van de schuldenaar moet plaatsvinden.

245. Om verder te onderbouwen dat het wettelijk systeem voorziet in deze verplaatsing van het verhaalsrecht naar een derde haal ik het huwelijksvermogensrecht aan. Dat geeft eveneens een variant van een wettelijk verhaalsrecht op goederen van derden. Ik gebruik het omdat het uitgaat van dezelfde techniek als het derdenverhaalsrecht van de retentor: bij beide lopen schuld en verhaalsaansprakelijkheid op wettelijke grondslag uiteen. Het verhaalsrecht uit het huwelijksvermogensrecht komt later in dit hoofdstuk nog terug als inspiratie voor het derdenverhaalsrecht van de retentor.[32] Wel moet worden opgemerkt dat de inhoudelijke onderbouwing van de beide derdenverhaalsrechten verschilt.

Voor schulden die in de gemeenschap vallen, kunnen op grond van art. 1:96 lid 1 BW zowel goederen van de gemeenschap, als van een echtgenoot worden uitgewonnen. Als een schuld van de gemeenschap wordt verhaald op het privévermogen van een echtgenoot, lopen de schuld (die ligt bij de gemeenschap) en de verhaalsaansprakelijkheid (ligt bij de echtgenoot) uiteen. Ditzelfde geldt, wanneer een privéschuldeiser verhaal zoekt op de goederen van de gemeenschap. Een schuld valt *niet* in de gemeenschap op grond van een van de drie categorieën van art. 1:94 lid 7 BW, of doordat de bijzondere verknochtheid zich daartegen verzet (art. 1:94 lid 5 BW).[33] Op dit punt is er sinds 1 januari 2018 een en ander veranderd.

31 In deze zin ook Willems 2011/507.
32 Zie par. 6.2.6 over subsidiariteit en par. 6.4.3 over verificatie.
33 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/271 en 305, Nuytinck 2018/115.

Per 1 januari 2018 is de Wet Beperking wettelijke gemeenschap van goederen in werking getreden.[34] De belangrijkste wijziging die de wet brengt, is dat – bij gebreke van huwelijkse voorwaarden – alleen de goederen die tijdens het huwelijk verworven worden, standaard in de gemeenschap vallen. Het voorhuwelijkse vermogen (en schulden), giften en erfenissen blijven op grond van de wet erbuiten. Er heeft een wijziging plaatsgevonden van het verhaalsrecht van privéschuldeisers op het huwelijksvermogen. Krachtens het nieuwe art. 1:96 lid 3 BW is verhaal door de privéschuldeiser op huwelijksgoederen beperkt tot de helft van de opbrengst van het uitgewonnen goed.[35] De andere helft van de executieopbrengst valt na uitwinning in het vermogen van de andere echtgenoot. Verder is in lid 3 van art. 1:96 BW bepaald dat de andere echtgenoot bevoegd is het goed waarop de privéschuldeiser verhaal zoekt over te nemen voor de helft van de waarde van dat goed. De andere echtgenoot heeft dus een soort lossingsrecht.[36] Al met al wordt door de wijziging van art. 1:96 lid 3 BW de mogelijkheid tot verhaal door privéschuldeisers op gemeenschapsgoederen beperkt. Maar het systeem van het uiteenlopen van schuld en verhaalsaansprakelijkheid in het huwelijksvermogensrecht blijft intact. De huwelijksvermogensrechtelijke verhaalsaansprakelijkheid is algemeen van aard; ze heeft (in beginsel) betrekking op het gehele vermogen. Dat is anders bij het retentierecht, waarbij de blote verhaalsaansprakelijkheid alleen betrekking heeft op de teruggehouden zaak als onderdeel van het vermogen van de derde.

6.2.4 Rationes van het derdenverhaalsrecht van de retentor

246. In de vorige paragraaf is verklaard dat het systeem voorziet in verhaal op een derde en dat die derde bloot-verhaalsaansprakelijk kan zijn voor een schuld van een ander. In deze paragraaf ga ik in op de inhoudelijke onderbouwing van het verhaalsrecht van de retentor jegens de derde-eigenaar. Het verhaalsrecht jegens derden heeft dezelfde tweeledige achtergrond

34 Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, Stb. 2017, 177.

35 Ik laat de inhoudelijke afwegingen voor de beperking van het verhaalsrecht in art. 1:96 lid 3 BW buiten beschouwing. Zie over de wijzigingen onder meer Van Mourik 2003, p. 642-643, Vegter 2003, p. 645-649 en, in reactie op het (kritische) artikel van Vegter, Verstappen 2004, p. 176-178 en in naschrift Vegter 2004, p. 184-185 en verder Hoens & Schols 2017, p. 75-76 en Nuytinck 2018/116.

36 Zie over het nieuwe art. 1:96 lid 3 BW Van Mourik & Schols 2017/2.10.1.

als de voorrang van de retentor bij verdeling van de executieopbrengst, behandeld in het vorige hoofdstuk: ten eerste heeft het derdenverhaalsrecht een sociaaleconomische ratio. De retentor verdient bescherming. Ten tweede speelt bij dit derdenverhaalsrecht, net als bij het toekennen van voorrang aan de retentor, pragmatisme een rol. De patstelling moet worden doorbroken.

247. Du Perron is kritisch over het verhaalsrecht van de retentor jegens een derde. Hij zet uiteen dat men slechts in een concreet geval kan bekijken of er gronden zijn die derdenwerking van een overeenkomst kunnen dragen. Over het onderscheid in derdenwerking tussen opschorting en verhaal in het kader van het retentierecht zegt hij vervolgens het volgende:

> "Het feit dat P zijn auto aan T heeft uitgeleend, rechtvaardigt, indien T deze auto door W laat repareren, in beginsel wel dat P het uit de reparatieovereenkomst voortvloeiende retentierecht tegengeworpen krijgt (art. 3:291 lid 2), maar niet dat W zich terzake van zijn vordering tot betaling, afgezien van het retentierecht, op P kan verhalen."[37]

Het is niet zeker of het standpunt van Du Perron betrekking heeft op geldend of wenselijk recht. Ik ga uit van dat laatste, nu de mogelijkheid tot derdenwerking van het verhaalsrecht van de retentor sinds het nieuw BW gegeven is. Als dat klopt, is Du Perron van mening dat er onvoldoende rechtvaardiging is voor het derdenverhaalsrecht van de retentor. Hij zet verder niet uiteen waarom het verhaalsrecht op goederen van derden in dit specifieke geval naar zijn mening niet gerechtvaardigd zou zijn. Naar geldend recht staat vast dat derdenverhaal door de retentor mogelijk is als de voorwaarden voor derdenwerking zijn vervuld. Het is toch de moeite waard om de ratio van het verhaal op goederen van derden te beschrijven, omdat dit verhaalsrecht kennelijk gepercipieerd wordt als een vergaande inbreuk door de retentor op het eigendomsrecht van een derde.[38]

---

37 Du Perron 1999, p. 90.

38 De vraag zou kunnen opkomen, of het verhaal op het goed van derde door de retentor een inbreuk op de bescherming van het eigendomsrecht in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM zou kunnen zijn. In EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995/262 m.nt. Feteris (*Gasus/Ontvanger*) heeft het Straatsburgse Hof geoordeeld dat het bodemrecht van de fiscus weliswaar een inbreuk op het eigendomsrecht van een leverancier met een eigendomsvoorbehoud is op grond van art. 1 EP EVRM, maar dat deze gerechtvaardigd is vanwege lid 2 van art. 1 EP en ook proportioneel is. De bepalingen van het EVRM hebben geen directe horizontale werking, zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/220-221 en het is onwaarschijnlijk dat de derdenwerking van

248. Wat is uit de parlementaire geschiedenis af te leiden over dit verhaalsrecht van de retentor? In de schaarse gevallen waarin de parlementaire geschiedenis refereert aan het verhaalsrecht op zaken van derden, worden de bevoegdheid tot opschorting en de verhaalsbevoegdheid over één kam geschoren. Zo lezen we in de memorie van antwoord bij art. 3:291 lid 2 BW:

> "Anderzijds zal de schuldeiser die de zaak uit hoofde van de overeenkomst onder zich krijgt, vaak in een positie zijn dat hij op het (overige) vermogen van de schuldenaar niet of niet makkelijk verhaal kan nemen. Hem zal in de praktijk ook vaak de gelegenheid ontbreken zich te verdiepen in de vraag of zijn wederpartij wel eigenaar van de zaak is of jegens de eigenaar tot het sluiten van de overeenkomst bevoegd was."[39]

Verderop in de memorie van antwoord wordt aansluiting gezocht bij het voorrecht voor kosten tot behoud (art. 3:284 BW). Er wordt opgemerkt dat degene met een voorrecht tot behoud verhaal kan nemen op de zaak, "onverschillig wie daarvan eigenaar was of een beperkt recht op de zaak had".[40] Er wordt gesteld dat als een retentor tevens een voorrecht voor kosten tot behoud heeft dat voortvloeit uit een overeenkomst tot bearbeiding, bewaarneming of vervoer,[41] hij de keuze heeft op welke van de twee 'voorrechten' hij zich kan beroepen. Kortom: zowel de schuldeiser met een voorrecht voor kosten tot behoud als de retentor moet volgens de wetgever de mogelijkheid hebben om het goed dat hij onder zich heeft gekregen als verhaalsobject te beschouwen.

249. Zoals gezegd sluiten de redenen voor toekenning van het verhaalsrecht jegens derden, aan bij die voor toekenning van voorrang boven andere schuldeisers. De voorrang én het derdenverhaalsrecht van de retentor hebben beide een sociaaleconomische en een pragmatische reden.

Bij de *voorrang* jegens mede-schuldeisers heeft de wetgever gedacht aan het beschermen van de zwakkere schuldeiser tegenover pand- of hypotheekhouders. De retentor mag de zaak als verhaalsobject beschouwen als zijn wederpartij niet (meer) nakomt. De belangen van derden(-financiers)

---

het verhaalsrecht van de retentor via een indirecte wijze van horizontale werking van art. 1 EP met succes kan worden aangevochten. Zie over de verschillende manieren waarop bepalingen van het EVRM kunnen doorwerking in verhoudingen tussen particulieren Asser/Hartkamp 3-I 2015/221-225.

39 Parl. Gesch. Boek 3, p. 884.

40 Parl. Gesch. Boek 3, p. 885.

41 Het benoemen van deze specifieke typen overeenkomsten heeft overigens te maken met de oorspronkelijke redactie van art. 3:291 lid 2 BW en is later komen te vervallen. Zie het citaat in par. 4.3.2.

zijn daaraan ondergeschikt. Ook bij het *derdenverhaalsrecht* gaat het erom dat de retentor die zich niet hoefde te verdiepen in de hoedanigheid van zijn wederpartij, niet zijn verhaalsrecht moet kunnen worden ontnomen. De keuze voor voorrang én een derdenverhaalsrecht (welke twee bevoegdheden samen het bijzondere verhaalsrecht van de retentor uitmaken) is consequent. Het maakt vanuit het perspectief van de retentor niet uit of een financier gebruik maakt van (bijvoorbeeld) pandrecht, hypotheek, eigendomsvoorbehoud of lease. In alle gevallen wordt de retentor in bescherming genomen. De feitelijke macht van de retentor heeft bij hem bepaalde schijn gewekt waar hij op mocht vertrouwen. Dit gold ook voor de verhuurder onder het oude recht, krachtens het verhuurdersprivilege (art. 1186 lid 1 (oud) BW).[42] Het verhuurdersprivilege is afgeschaft bij de invoering van het nieuw BW, maar het biedt voor het derdenretentierecht aardig vergelijkingsmateriaal omdat de bescherming van de crediteur net als bij het retentierecht is gekoppeld aan uiterlijk waarneembare schijn: de verhuurder hoefde zich onder het oude recht niet te bekommeren om de vraag welke zaken in het gehuurde aan de huurder toebehoorden;[43] de retentor hoeft zich er (in de regel) niet om te bekommeren aan wie de zaken die hij onder zich krijgt toebehoren. Ongeacht hoe de precieze juridische verhoudingen tot de zaak liggen, weet de retentor (en onder oud recht de verhuurder) zich beschermd wanneer zijn schuldenaar niet nakomt.

Naast dit (sociaaleconomische) oogmerk van bescherming, heeft de retentor het verhaalsrecht jegens een derde vanwege de mogelijkheid van het doorbreken van de patstelling; het pragmatische motief. Als de retentor de zaak van een derde die hij onder zich heeft alleen zou mogen terughouden, maar niet beslaan en executeren, zou de patstelling compleet zijn. De schuldenaar heeft geen reden om de retentor te betalen, want het is toch niet zijn zaak die wordt geretineerd. En de derde-eigenaar heeft vermoedelijk geen zin om de vordering van een ander te voldoen. Zeker niet wanneer het risico bestaat dat de schuldenaar failliet gaat en hij zijn vordering alleen nog ter verificatie kan indienen. De retentor wacht ondertussen af totdat hij

42 Lid 1 van art. 1186 (oud) BW luidt in een door mij ingekorte formulering: "De verhuurder of de verpachter kan zijn voorregt doen gelden op *bodemzaken,* onverschillig of zij al dan niet aan den huurder of den pachter toebehoren."

43 Naar aanleiding van HR 7 april 1938, *NJ* 1938/503 rees indertijd de vraag of het daarbij uitmaakte of de verhuurder wist of behoorde te weten dat deze goederen niet aan de huurder toebehoorde. De Hoge Raad oordeelde dat het privilege aan de verhuurder toekwam, ongeacht zijn wetenschap over de eigendomsvraag, zie M.A. Suijling 1955, p. 264.

wordt betaald. Wanneer de retentor zich daarentegen mag verhalen op de zaak, heeft hij de mogelijkheid om de door hem veroorzaakte patstelling te doorbreken. Door executie zal het retentierecht vervallen, ongeacht of de vordering van de retentor geheel is voldaan.[44]

6.2.5 Vordering op de derde uit ongerechtvaardigde verrijking

250. Tot nu toe maakte ik een vrij strikte scheiding tussen de (verhaals) aansprakelijkheid van de schuldenaar en de blote verhaalsaansprakelijkheid van de derde-eigenaar.[45] Toch is de bedoelde derde lang niet in alle gevallen uitsluitend een bloot-verhaalsaansprakelijke figuur. Het is namelijk voorstelbaar, dat de retentor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking krijgt op hem.

In de arresten Quint/Te Poel en Vermobo/Van Rijswijk ging het beide om een schuldenaar die een overeenkomst sloot met betrekking tot een zaak van een derde. In het arrest Quint/Te Poel aanvaardde de Hoge Raad het bestaan van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet.[46] In het arrest Vermobo/Van Rijswijk liet de Hoge Raad daarentegen het oordeel van het hof, dat Van Rijswijk ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt als hij eigendom zou hebben verkregen van de op zijn grond gebouwde stal zonder enige tegenprestatie, in stand.[47] Uiteraard moet aan de vereisten van art. 6:212 BW zijn voldaan, voor een geslaagde actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Er moet sprake zijn van een verrijking aan de ene kant, een verarming aan de andere kant, de verrijking moet ongerechtvaardigd zijn en er is alleen ruimte voor schadevergoeding voor zover dit redelijk is. Hartkamp en Sieburgh noemen de gevallen van natrekking, vermenging en zaaksvorming en het geval waarin een verhuurder is verrijkt door verbeteringen die de huurder heeft aangebracht uitdrukkelijk als voorbeelden waarin een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in beginsel mogelijk is.[48] In deze beide gevallen is een retentierecht goed voorstelbaar. Wanneer de leasenemer de auto van de leasegever ter reparatie afgeeft, of een koper onder eigendomsvoorbehoud een aannemingsovereenkomst sluit, is goed voor te stellen dat de retentor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking

44 Zie par. 5.2.7.3.
45 Zie par. 6.2.3.
46 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 m.nt. D.J. Veegens (*Quint/Te Poel*).
47 HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Vermobo/Van Rijswijk*), r.o. 3.5.
48 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/470 en 472. Zie ook Schrage 2017/112.

heeft jegens de derde-eigenaar. Weliswaar is het bij de gerepareerde lease-auto, anders dan in het door Hartkamp en Sieburgh genoemde geval, niet de huurder zelf maar diens contractspartij die de verbeteringen aanbrengt aan het gehuurde. Dat doet aan de mogelijkheid tot een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet af. De verrijking heeft direct ten laste van de verarmde plaatsgevonden.

Lang niet iedere prestatie die een retentor levert, zal leiden tot een verrijking van de derde-eigenaar. Bijvoorbeeld wanneer de retentor optreedt als vervoerder, kan het goed zijn dat hij wel een retentierecht heeft op het goed van een derde, maar geen vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Bij bewaarneming is moeilijk a priori te zeggen, of dit een verrijking oplevert. Maar in de 'standaardgevallen' van reparatie en andere vormen van aanneming van werk, is het aannemelijk dat de retentor niet alleen een vordering uit overeenkomst heeft jegens zijn schuldenaar, maar daarnaast een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking jegens de derde-eigenaar. Als deze vordering inderdaad wordt aangenomen, is de 'derde' in werkelijkheid niet alleen derde, maar eveneens schuldenaar van de retentor uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking. Als hij zich in dat geval wil verhalen op de zaak van de leasegever, is die zowel bloot-verhaalsaansprakelijk als schuldaansprakelijk. In veel 'klassieke reparatiegevallen' is de derde kortom niet alleen een derde-verhaalsaansprakelijke, maar ook zelf schuldenaar uit ongerechtvaardigde verrijking. De aanzienlijke mogelijkheid in het 'klassieke reparatiegeval' van het bestaan van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking op de derde ontwricht het traditionele beeld van het retentierecht als voorbeeld van het uiteenlopen van schuld en verhaalsaansprakelijkheid.

Deze constatering heeft een aantal consequenties. Het meest in het oog springende gevolg is de cumulatie van drie verhaalsrechten die optreedt. De retentor kan op grond van art. 3:276 BW het vermogen van de schuldenaar uitwinnen voor diens schuld. Daarnaast bestaat vanwege art. 3:292 BW blote-verhaalsaansprakelijkheid van de derde met betrekking tot de teruggehouden zaak. Ten derde kan in beginsel op grond van art. 3:276 BW het gehele vermogen van de derde-eigenaar worden uitgewonnen voor diens schuld aan de retentor uit ongerechtvaardigde verrijking. Dit laatste verhaalsrecht ontstaat uit de wet (art 6:212 BW) en heeft niets te maken met het retentierecht. De vordering van de retentor op de derde uit ongerechtvaardigde verrijking staat geheel los van het retentierecht. Wel vergemakkelijkt de terughouding door de retentor in praktische zin het verhaal op de zaak van de derde uit hoofde van de vordering uit

ongerechtvaardigde verrijking. Ik benoem hierna een aantal vraagpunten met betrekking tot deze combinatie van (verhaals)aansprakelijkheden, maar ik streef geen uitputtende uiteenzetting na van de samenloop tussen de vordering van de retentor op zijn schuldenaar en op de derde uit ongerechtvaardigde verrijking.

251. De verbintenis uit overeenkomst en die uit ongerechtvaardigde verrijking bestaan naast elkaar. De vordering op de ongerechtvaardigd verrijkte derde heeft geen subsidiair karakter.[49] Het is wel denkbaar dat het instellen van een vordering tegen de schuldenaar meer oplevert, omdat aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking door art. 6:212 BW beperkingen worden gesteld. De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zal in het algemeen lager zijn dan de vordering uit overeenkomst jegens de schuldenaar, want voor laatstgenoemde geldt niet het plafond van de verrijking en evenmin een redelijkheidstoets.[50] Anderzijds is denkbaar dat de schuldenaar failliet is en de retentor de onzekerheden die daarmee gepaard gaan (en die aan bod komen in paragraaf 6.4) wil omzeilen. Het aanspreken van de derde uit ongerechtvaardigde verrijking kan dan een aantrekkelijk alternatief zijn.

De retentor die op grond van ongerechtvaardigde verrijking de derde uitwint kan geen gebruik maken van de voorrang die verbonden is aan het retentierecht (jegens een andere schuldeiser van de derde-verrijkte). De voorrang is – ook jegens schuldeisers van de derde –[51] alleen verbonden aan de vordering van de retentor op de schuldenaar. De vordering van de retentor op zijn schuldenaar staat geheel los van zijn vordering uit ongerechtvaardigde verrijking op de derde; het zijn twee op zichzelf staande rechtsverhoudingen. De twee komen uit onderscheidenlijke bron voort. In geval van de vordering op de derde vloeit de verbintenis voort uit de wet; in het geval van de vordering op de schuldenaar in principe uit overeenkomst, waarbij de wet (art. 3:292 jo. 3:291 BW) verhaalaansprakelijkheid jegens een derde vestigt.

Verder is denkbaar dat ongerechtvaardigde verrijking door de derde wordt ingezet als verweer tegen een vordering door de retentor, nadat deze al met succes de schuldenaar heeft aangesproken. De retentor heeft dan geen

49 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/475.
50 Zie Schrage 2017/106 e.v.
51 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*).

schade meer, zodat geen ruimte is voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.[52] Hartkamp en Sieburgh wijzen erop dat in het omgekeerde geval – de retentor spreekt eerst met succes de derde aan en daarna de schuldenaar tot nakoming van de overeenkomst – ongerechtvaardigde verrijking niet afstuit op het vereiste van schade en de vordering niet teniet is gegaan, omdat geen sprake is van hoofdelijkheid.[53] In dat geval kan de gedaagde schuldenaar zich naar hun mening beroepen op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, die van toepassing is omdat toewijzing tot ongerechtvaardigde verrijking zou leiden.[54] De retentor heeft geen recht op de voldoening van méér dan zijn vordering op de schuldenaar. Dat zou op zijn beurt weer ongerechtvaardigde verrijking opleveren.[55]

Als de retentor (niet achtereenvolgens, zoals in de vorige alinea, maar tegelijkertijd) zowel de schuldenaar (uit contract) als de derde (uit ongerechtvaardigde verrijking) aanspreekt, of goederen van de schuldenaar en van de derde uitwint,[56] heeft de partij die meer heeft betaald dan waartoe hij gehouden is mijns inziens verhaal op de schuldeiser. Omdat de schuldenaar en de derde niet hoofdelijk verbonden zijn, ontstaan er niet (ingevolge art. 6:10 lid 2 BW) regresvorderingen tussen de schuldenaar en de derde onderling. De derde kan wel op grond van ongerechtvaardigde verrijking betaling van het meerdere van de schuldenaar vorderen. Bovendien heeft de derde een vordering op de retentor voor zover hij meer heeft betaald dan waartoe hij jegens laatstgenoemde is gehouden. De grondslag voor deze terugvordering is onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW), want voor betaling van het meerdere dan zijn verrijking ontbreekt de grondslag.[57]

52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/483 schrijven dat dit met name in driepartijensituaties denkbaar is.

53 De derde en de schuldenaar zijn niet hoofdelijk verbonden, want de prestatie is niet ondeelbaar, noch zijn ze zijn ieder aansprakelijk voor het geheel (art. 6:6 lid 2 en 3 BW).

54 Hartkamp 2001, p. 328, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/484.

55 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/483-484.

56 Voor beide heeft de retentor een executoriale titel nodig, waarvoor hij in principe naar de rechter moet (art. 430 Rv). Het is voorstelbaar dat de schuldenaar of de derde ingevolge art. 220 Rv vordert dat de zaak moet worden verwezen naar de rechter waar de zaak tegen de ander al aanhangig is. Zie verder over de procedure voor verwijzing (en voeging) van zaken Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/55.

57 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/424.

6.2.6 Subsidiariteit van het derdenverhaalsrecht?

6.2.6.1 Inleiding

252. De wet voorziet voor de retentor die bevoegd de zaak van een derde terughoudt in twee verhaalsrechten: ten eerste op het gehele vermogen van zijn schuldenaar en ten tweede op de zaak van de derde die door de retentor wordt teruggehouden. Men kan zich afvragen of de retentor vrije keuze heeft welk vermogen hij aanspreekt. Daarbij veronderstel ik overigens dat als er al grond is om een beperking op de vrije keuze van de retentor aan te brengen, in ieder geval de volgorde zodanig is, dat eerst het vermogen van de schuldenaar zelf moet worden uitgewonnen. Is de retentor gehouden om eerst het vermogen van zijn eigen schuldenaar uit te winnen?

6.2.6.2 Uitgangspunt: de retentor heeft de vrije keuze

253. Aan de hand van de maatstaven van art. 3:291 lid 1 en 2 BW moet worden bepaald of de retentor zijn recht tegen de derde-eigenaar kan inroepen en zich ingevolge art. 3:292 BW op diens zaak mag verhalen. Als hij dit recht heeft, is er op het eerste gezicht geen reden om dit verhaalsrecht op de zaak van een derde op enige manier achter te stellen bij het verhaalsrecht dat de retentor uit hoofde van art. 3:276 BW heeft jegens zijn eigen schuldenaar. De twee 'typen' verhaalsbevoegdheden bestaan naast elkaar en in de wet is geen aanknopingspunt te vinden voor subsidiariteit. In paragraaf 6.2.4 bleek al dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever de retentor de mogelijkheid tot verhaal biedt, als deze zich niet in de eigendomsvraag heeft verdiept en zich daar niet in hoefde te verdiepen. Deze visie van de wetgever werkt door bij de beantwoording van de vraag of het verhaalsrecht jegens de derde subsidiair is ten opzichte van dat recht jegens de schuldeiser. De wetgever beoogt de retentor te beschermen. Daarbij past niet goed, dat hem zijn verhaalsrecht kan worden afgenomen, doordat de derde zich erop kan beroepen dat eerst de schuldenaar moet worden aangesproken. Zwitser verwoordt het uitgangspunt als volgt: "Hoofdregel bij executierecht is vrijheid blijheid."[58]

58 Zwitser 1994, p. 209.

Art. 435 lid 1 Rv en zijn parlementaire geschiedenis bevestigen dit uitgangspunt van keuzevrijheid. Het artikellid luidt als volgt: "het staat aan de executant vrij *te gelijker tijd* beslag te leggen op alle voor beslag vatbare goederen, waartoe hij bevoegd is zijn vordering te verhalen." (mijn cursivering.) De Kamercommissie die betrokken was bij het vaststellen van de eerste titel van Boek 2 van Rv heeft zich uitdrukkelijk afgevraagd of de schuldeiser met een verhaalsrecht op goederen van derden,[59] de keuze heeft tussen een executie *ten laste van degene aan wie het goed toebehoort* en een executie *ten laste van de schuldenaar*. De minister antwoordt uitermate beknopt: het is juist dat de schuldeiser de keuze heeft.[60] Meer in het algemeen geldt bovendien dat een schuldeiser ingevolge art. 3:276 zijn vordering kan verhalen op *alle* goederen van zijn schuldenaar.[61] Een schuldeiser heeft in principe de keuze of hij voor zijn vordering beslag legt op bijvoorbeeld het huis van de schuldenaar, of diens auto. De grenzen van deze vrijheid moeten worden gevonden in misbruik van recht (art. 3:13 BW). Bijvoorbeeld wanneer de waarde van het beslagen goed in geen enkele verhouding staat tot de (beperkte) hoogte van de vordering, kan het zijn dat de schuldenaar met succes opheffing van het beslag kan vorderen. Een dergelijk beslag is vexatoir en de beslaglegger is aansprakelijk voor de door het beslag veroorzaakte schade.[62] Deze vrijheid geldt wanneer de schuldeiser niet (alleen) verschillende goederen van één schuldenaar, doch (ook) van verschillende partijen voor verhaal beschikbaar heeft.

254. Wanneer de retentor niet alleen een vordering (uit overeenkomst) heeft op zijn schuldenaar, maar ook een vordering op de derde uit ongerechtvaardigde verrijking,[63] speelt de vraag naar subsidiariteit mijns inziens

59 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92. De Kamercommissie noemt hier uitdrukkelijk drie gevallen van schuldeisers met verhaalsrechten op goederen van derden: de schuldeiser met een voorrecht van kosten tot behoud met betrekking tot het goed van een derde (het huidige art. 3:284 lid 2 BW), de schuldeiser met een schadevergoedingsvordering die een voorrecht heeft op de vordering van de aansprakelijke op diens verzekeraar (het huidige art. 3:287 lid 2 BW) en de retentor (art. 3:291 jo. 3:292 BW).

60 Zie ook Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 435 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2004).

61 Vgl. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 219: de schuldeiser moeten niet te veel drempels kunnen worden opgeworpen doordat hij wordt verwezen naar goederen die moeilijk te executeren zijn, bijvoorbeeld doordat ze in het buitenland zijn gelegen.

62 Zwitser 1994, p. 209 noemt het voorbeeld van een beslaglegger die voor een vordering van fl. 2000 een bedrijf stillegt, door beslag te leggen op de inventaris en voorraad.

63 Zie par. 6.2.5.

geheel niet. De retentor heeft dan twee afzonderlijke grondslagen voor verhaal en de derde is in feite niet een derde, maar gewoon een schuldenaar van de retentor. Het afwijzen van subsidiariteit in dit (specifieke) geval sluit aan bij de ontkenning in het Nederlandse recht van het subsidiaire karakter van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking bestaat *naast* een eventuele andere vordering. Dit is zowel het geval wanneer de verarmde nog op andere grond (bijvoorbeeld onrechtmatige daad) een vordering op de verrijkte heeft, als wanneer de vordering tegen de verrijkte samenloopt met een vordering op een ander.[64] De afwijzing van subsidiariteit bij de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is op zijn beurt terug te voeren op de algemene vuistregels voor samenloop van wetsbepalingen: in de eerste plaats is cumulatie aangewezen; daarna alternativiteit, en daarna pas exclusiviteit.[65] De vraag of het verhaalsrecht jegens de derde subsidiair is ten opzichte van dat jegens de schuldenaar zelf speelt kortom alleen, wanneer de derde alleen bloot-verhaalsaansprakelijk[66] is en niet ook schuldenaar is van de retentor.

Zoals gezegd is het uitgangspunt dat de retentor de keuze heeft om zich op (het vermogen van) de schuldenaar of de derde te verhalen. Toch is het mijns inziens wat kort door de bocht om te volstaan met de constatering dat de wet geen beperkingen aan de verhaalsmogelijkheden van de retentor oplegt. Er zijn namelijk verschillende gevallen die met het retentierecht op zaken van een derde vergelijkbaar zijn, maar waar wel sprake is van (een zekere mate van) subsidiariteit. Het is de vraag of er niet omstandigheden zijn, waarin de derde met succes het verweer kan voeren dat de retentor zich eerst moet verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Daarop ga ik in de volgende paragraaf in.

6.2.6.3 Uitzondering: subsidiariteit van het derdenverhaalsrecht

255. Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, is keuzevrijheid het uitgangspunt voor de retentor met een derdenverhaalsrecht. Maar er kunnen redenen zijn, om een uitzondering op de keuzevrijheid aan te nemen. Een grondslag voor beperking van de keuzevrijheid van de retentor is het algemene beginsel van subsidiariteit bij verhaal op goederen van derden.

64 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/475 en literatuurverwijzingen aldaar, Parl. Gesch. Boek 6, p. 830.

65 Snijders 1973, p. 454, Brunner 1984, p. 10-14, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/475.

66 Zie voor de introductie van deze term par. 6.2.3.

De tweede grondslag zou een analoge toepassing van art. 3:234 lid 1 en 3 BW kunnen zijn; het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek. Mijns inziens biedt alleen de eerste route, het aannemen van een beginsel van subsidiariteit, een valide grondslag. Analoge toepassing van art. 3:234 BW op het retentierecht op goederen van derden acht ik niet mogelijk.[67] Hieronder beargumenteer ik eerst dát een algemeen beginsel bestaat van subsidiariteit bij verhaalsrechten op goederen van derden. Vervolgens ga ik na hoe de verhouding is tussen de keuzevrijheid van de schuldeiser en dit beginsel van subsidiariteit bij het derdenretentierecht.

Subsidiariteit bij verhaal op goederen van derden

256. Tegenover de keuzevrijheid van de retentor staat het 'beginsel van subsidiariteit' van het derdenverhaalsrecht. In het BW en daarbuiten bestaan een aantal bepalingen die meebrengen dat de schuldeiser die zowel zijn eigen schuldenaar, als een derde kan aanspreken, eerst het vermogen van zijn schuldenaar moet uitwinnen. Deze bepalingen geven naar mijn mening uitdrukking aan een 'beginsel van subsidiariteit' bij verhaal op goederen van derden. Als dit juist is, ligt het voor de hand om het beginsel van subsidiariteit ook toe te passen op andere verhaalsaansprakelijke derden, waaronder de derde-eigenaar van de teruggehouden zaak.

In deze paragraaf spreek ik van een '*beginsel* van subsidiariteit'. Ik besef dat het gebruik van het begrip 'beginsel' verwarrend kan zijn, omdat het hier geformuleerde 'beginsel' niet het uitgangspunt, maar juist de uitzondering vormt. Zoals in paragraaf 6.2.6.2 betoogd, is keuzevrijheid voor de schuldeiser het uitgangspunt en subsidiariteit is daarop de uitzondering. Het 'beginsel van subsidiariteit' moet worden gezien als een toepassing van het leerstuk misbruik van recht, dat op zijn beurt kan worden gezien als een species van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.[68] Wanneer men voor ogen houdt dat het 'beginsel van subsidiariteit' een toepassing is van misbruik van recht,[69] is het naar mijn mening niet problematisch om hiervoor het woord beginsel te gebruiken.

67 Dit wordt uitgewerkt in par. 6.2.6.4.
68 Schrage 2012/2.14, Schelhaas 2017/49.1.
69 Volgens Koops 2010, p. 324-325 maakt het niet veel uit of men via misbruik van recht of via subsidiariteit redeneert. Inderdaad leidt de benadering via misbruik van recht in een concreet geval waarschijnlijk tot hetzelfde resultaat. Ik heb voorkeur voor de benadering van subsidiariteit, omdat het leerstuk van misbruik van recht (nog) minder aanknopingspunten voor een beoordeling geeft.

Het feit dat het beginsel niet het uitgangspunt vormt, maar de uitzondering, neemt naar mijn mening niet weg dat het een beginsel genoemd kan worden. Het beginsel geeft uitdrukking aan een afweging van waardeoordelen die niet als zodanig in een wetsbepaling staat, maar wel ten grondslag ligt aan wettelijke bepalingen.[70]

257. De bedoelde bepalingen waarin subsidiariteit van verhaalsrechten wordt aangenomen zijn art. 3:234 BW voor pand en hypotheek, art. 1:96 BW voor verhaal op de huwelijksgemeenschap, art. 7:855 BW voor borgtocht[71] en art. 14.1.4 van de Leidraad Invordering voor het fiscale bodem (voor)recht.[72] Om deze bepalingen zou nog een tweede cirkel kunnen worden getrokken van andere bepalingen die de executiebevoegdheid van zekerheidsgerechtigden beperken. Onder meer art. 497 lid 3, art. 736 lid 3, art. 521 en art. 522 Rv bevatten normen die excessen met betrekking tot de executiebevoegdheid beogen tegen te gaan.[73]

Een reden om aan te nemen dat er een beginsel is dat meebrengt dat een bloot-verhaalsaansprakelijke derde het voorrecht van uitwinning kan inroepen, is dat de wet in onderling zeer verschillende gevallen subsidiariteit toekent.[74] Art. 3:234 lid 1 BW strekt ertoe om de pandgever-niet-schuldenaar te beschermen tegen verhaal op zijn goederen, terwijl de

---

70 Eggens 1962, p. 2, Langemeijer 1962, p. 15-18, Struycken 2007, p. 786-787.

71 Bij borgtocht is de subsidiariteit uiterst minimaal. Zie daarover Koops 2010, p. 356 en Bergervoet 2014/154-160. Art. 7:855 BW bepaalt slechts dat de borg niet gehouden is tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten. Ten nadele van een particuliere borg kan niet van art. 7:855 lid 1 BW worden afgeweken. Ten nadele van een professionele borg kan wel worden afgeweken. Bergervoet 2014/105-106 zet uiteen dat afwijken van art. 7:855, 7:852 en 6:139 BW zelfs tot gevolg kan hebben dat de borg zich verbindt als primair aansprakelijke partij. Meer in het algemeen hebben de inzichten bij borgtocht beperkte relevantie voor het retentierecht. De borg bindt zichzelf. Zijn wil is erop gericht om aansprakelijk te zijn voor de verbintenis van de hoofdschuldenaar.

72 De wetgever gaat ervan uit dat ook art. 497 lid 3 Rv en art. 736 lid 3 Rv vergelijkbare bepalingen zijn, zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 218-219, maar Koops 2010, p. 309 bestrijdt dat. De memorie van toelichting wijst daarnaast op het vergelijkbare ontwerpartikel 3.6.1.5b. Dit artikel was voorzien in titel 3.6 over bewind, die nooit het levenslicht heeft gezien. Het eerste lid van dit ontwerpartikel luidde: "De rechthebbende is aansprakelijk voor alle schulden die voortspruiten uit daden die door de bewindvoerder ter vervulling van zijn taak zijn verricht. Wanneer hij onder bewind staande goederen aanwijst die voor de schuld voldoende verhaal bieden, is hij niet verplicht de schuld ten laste van zijn overige vermogen te voldoen.", zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 516.

73 Zwitser 1994, p. 209. Ook onder meer in het erfrecht en bij meerderjarigenbewind zijn aanwijsrechten te vinden, zie daarover Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/315.

74 Koops 2010, p. 308.

pandhouder evengoed de pandrechten op de goederen van de schuldenaar zelf kon uitwinnen.[75] Art. 1:96 BW gaat over verhaal op de huwelijksgemeenschap voor een vordering op een individuele echtgenoot. In lid 2 van art. 1:96 BW is bepaald dat de gemeenschapsgoederen niet kunnen worden uitgewonnen als de andere echtgenoot eigen goederen van de echtgenoot-schuldenaar kan aanwijzen die de schuldeiser voldoende verhaal voor zijn vordering bieden.[76] De achtergrond van dit aanwijzingsrecht is bescherming van de echtgenoot-niet schuldenaar tegen privéschuldeisers van de andere echtgenoot.[77] De subsidiariteit in art. 14.1.4 Leidraad Invordering mitigeert het verstrekkende[78] bodem(voor)recht van de fiscus dat goederen treft waar derden rechten op hebben. Overigens worden zaken waar een derde reëel eigenaar van is, door de ontvanger ingevolge art. 22.8.10 Leidraad Invordering ontzien.[79] De wetsbepalingen waarin subsidiariteit wordt aangenomen hebben met elkaar gemeen dat ze allemaal gaan over het geval waarin een schuldeiser van een ander een verhaalsrecht heeft jegens een derde. De wetgever probeert in alle genoemde gevallen een zeker evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de schuldeiser en de belangen van de derde-niet-schuldenaar. Toch hebben de bepalingen een onderling sterk verschillend karakter. Het bestaan van deze verschillende bepalingen, met dezelfde strekking, levert een argument voor het bestaan van een algemeen beginsel van subsidiariteit, dat ten grondslag ligt aan deze bepalingen, maar zich ook daarbuiten uitstrekt.

75 Koops 2010, p. 298-299.

76 Art. 1:96 BW spreekt in tegenstelling tot art. 3:234 BW expliciet van een 'aanwijzen van goederen die voldoende verhaal bieden', maar Koops 2010, p. 310-311, p. 331 leest dit 'aanwijzen' ook in in art. 3:234 BW.

77 Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/315.

78 Zie over de (zich voortslepende) discussie over het voortbestaan van het bodem (voor)recht Vetter & Tekstra 2016/908 en 1405 met nadere literatuurverwijzingen.

79 De Leidraad bepaalt in art. 22.8.10 lid 2 dat een zaak reële eigendom van een derde is wanneer de zaak juridisch eigendom is van de derde én in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoort. De derde kan zich door middel van een beroepsschrift met succes verzetten tegen de inbeslagneming. Het bodemrecht van de fiscus is dus minder verstrekkend dan het retentierecht, want reëel eigendom van de derde is *geen* beletsel voor verhaal door de retentor op die zaak.

258. Een andere belangrijke aanwijzing voor het bestaan van een algemeen beginsel van verhaalsvolgorde, zijn de – mede op de Leidraad Invordering gebaseerde – overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Aerts q.q./ABN Amro.[80] Het arrest betreft een geschil tussen Aerts – in zijn hoedanigheid van curator van Machinefabriek C. Rijkaart BV – en ABN Amro over de vraag welke rechten de fiscus (en in zijn kielzog de boedel en dus ook Aerts q.q.) en welke rechten pandhouder ABN Amro geldend kunnen maken op de opbrengst van de verkochte bodemzaken van Rijkaart. De curator had de bodemzaken in overleg met de pandhouder verkocht en geleverd. Het stond vast dat dat had te gelden als een executie in de zin van art. 57 lid 1 Fw. Dat zou betekenen dat de opbrengst toe zou komen aan de pandhouder. Ingevolge art. 57 lid 3 Fw is de curator gehouden om de belangen van schuldeisers met voorrechten te behartigen. Crediteuren met een voorrecht kunnen namelijk vanwege het faillissement geen individuele executiemaatregelen meer nemen, terwijl het mogelijk is dat zij in rang boven de pand- of hypotheekhouder gaan. Het bodemvoorrecht van de fiscus gaat ingevolge art. 22 lid 1 Iw boven het stil pandrecht met betrekking tot (de opbrengst van de verkoop van) bodemzaken. In het onderhavige geval stond vast dat voldoende 'vrij actief' – dat wil zeggen actief dat níet afkomstig was van de verkoop van de verpande bodemzaken – in de boedel was om de bevoorrechte vordering van de fiscus uit te voldoen. Het was dus niet noodzakelijk om daarvoor de opbrengst van de bodemzaken aan te wenden.

De beoordeling door de Hoge Raad begint in r.o. 4.1.2 met een citaat van art. 22 paragraaf 1 van de Leidraad Invordering 1990. Art. 22 paragraaf 1 correspondeert met het huidige art. 14.1.4 van de Leidraad Invordering 2008.[81] In het artikel in de Leidraad is aangegeven dat de ontvanger eerst goederen van de schuldenaar uitwint, daarna goederen waar derden een beperkt recht op hebben en vervolgens goederen waar derden eigenaar van zijn. Na dit citaat gaat de Hoge Raad als volgt verder:

> "De in deze bepalingen opgenomen regel strookt met de aan de art. 1:96 lid 1 en 3:234 lid 1 BW en de aan de art. 497 lid 3 en 736 lid 3 Rv. ten grondslag liggende gedachte dat, indien een schuldeiser zich wenst te verhalen op een goed dat aan een derde toebehoort of op een goed dat aan de schuldenaar toebehoort maar waarvan de uitwinning rechten van een derde zou aantasten,

80 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/745 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN AMRO*).

81 Art. 14.1.4 draagt als kopje "Volgorde van uitwinning bij beslag", maar geldt op grond van art. 22.4 ook in faillissement.

> de derde kan verlangen dat de goederen van de schuldenaar, onderscheidenlijk de goederen van de schuldenaar die niet met het recht van de derde zijn belast, het eerst in de executie worden betrokken."[82]

De formulering door de Hoge Raad van de gemeenschappelijke gedachte die ten grondslag ligt aan de wetsbepalingen is heel algemeen geformuleerd. Daarna betrekt de Hoge Raad het oordeel specifiek op de hem voorgelegde casus en komt tot het oordeel dat de fiscus niet tot uitwinning van de verpande zaken mag overgaan, zolang hij op de overige goederen van de schuldenaar verhaal kan nemen. De pandhouder kan daartoe volgens de Hoge Raad zo nodig in aanmerking komende overige goederen van de schuldenaar aanwijzen.

Met de uitspraak dat aan de bedoelde wetsbepalingen een gemeenschappelijke gedachte ten grondslag ligt, zegt de Hoge Raad natuurlijk niet met zoveel worden dat die gedachte zich ook – als beginsel – buiten de genoemde artikelen uitstrekt, maar omdat de bedoelde artikelen onderling een volstrekt ander geval betreffen, durf ik de stelling wel aan dat deze gedachte ook kan worden toegepast op het derdenretentierecht.

259. Ook Van Mierlo en Van Velten nemen dat aan art. 3:234 BW een algemeen beginsel ten grondslag ligt. Volgens hen is het redelijk en billijk dat geen verhaal kan worden genomen op mede-verbonden goederen van derden als de verbonden goederen van de schuldenaar voldoende opbrengen om de schuldenaar te voldoen. De schuldeiser lijdt dan geen nadeel, terwijl tegemoet wordt gekomen aan de belangen van de derde-zekerheidsgever.[83]

260. Wanneer men met mij het bestaan van een algemeen beginsel van subsidiariteit aanneemt in gevallen waarin een schuldeiser zowel een verhaalsrecht jegens zijn eigen schuldenaar, als jegens een bloot-verhaalsaansprakelijke derde heeft, is dit beginsel ook van toepassing op verhaal door de retentor op goederen van derden. Vervolgens moet nog wel worden bepaald hoe zich nu het uitgangspunt van keuzevrijheid voor de schuldeiser verhoudt tot de uitzondering van het beginsel van subsidiariteit dat ik uit de verschillende bepalingen heb afgeleid. Onder welke omstandigheden kan de derde met succes verhaal op zijn goederen voorkomen?

---

82 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/745 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN AMRO*), r.o. 4.1.2.

83 Zie reeds Asser/Van Velten 3-III 1986/349, herhaald in Asser/Van Velten 3-III 1994/335 en Asser/Van Velten 3-III 2003/334 en wederom in Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/434.

Relevante factoren voor subsidiariteit bij het derdenretentierecht

261. In de vorige paragraaf constateerde ik, dat een beginsel van subsidiariteit aan de verschillende gevallen waarin een schuldeiser zich kan verhalen op goederen van een derde ten grondslag ligt. Maar het uitgangspunt blijft dat de schuldeiser twee verhaalsmogelijkheden heeft. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal het beroep van de derde op subsidiariteit van zijn verhaalsrecht succes hebben. Een schuldeiser heeft in principe de vrijheid om te kiezen op welke van de voor hem beschikbare vermogensbestanddelen hij beslag legt.[84] Maar onder omstandigheden levert verhaal op het goed van een derde misbruik van recht op.[85] Het komt aan op een afweging van het belang van de retentor tegen dat van de derde. Hieronder som ik een aantal factoren op, die naar mijn mening meewegen bij de beoordeling of het beginsel van subsidiariteit prevaleert boven keuzevrijheid voor de retentor. Het zijn geen harde criteria, maar aanwijzingen, die in onderlinge verhouding tegen elkaar moeten worden afgewogen.

262. Een eerste factor, waar mijns inziens groot gewicht aan toekomt, is het feit dat de retentor de feitelijke macht heeft over de zaak van de derde. Deze eigenschap onderscheidt hem van de andere schuldeisers met een verhaalsrecht op goederen van derden. De retentor heeft een verhaalsrecht verkregen, omdat hij de zaak mocht beschouwen als verhaalsobject.[86] De retentor wordt beschermd tegen verval van zijn verhaalsrecht als hij niet bedacht hoefde te zijn op rechten van derden. Deze beschermingsgedachte werkt door in de afweging of de retentor eerst de schuldenaar moet aanspreken. Wanneer hij in het scenario terecht komt dat de schuldenaar niet meer nakomt, is zijn feitelijke macht over het verhaalsobject een belangrijk voordeel.

De feitelijke macht over de zaak kan bovendien betekenen dat de retentor zich in de gebruikelijke markt voor het soort zaak dat hij terughoudt begeeft. Het vinden van een koper voor de teruggehouden zaak kan voor hem daardoor aanzienlijk makkelijker zijn dan voor – nog onbekende – vermogensbestanddelen van zijn schuldenaar. De vraag of de uitwinning op eenvoudige wijze te realiseren is, is een van de gezichtspunten die in de

84 Zie hiervoor, par. 6.2.6.2.
85 Zwitser 1994, p. 209.
86 Zie par. 6.2.4.

parlementaire geschiedenis bij art. 497 Rv worden genoemd.[87] Het realiseren van verhaal op de teruggehouden zaak is aanzienlijk eenvoudiger dan op vermogensbestanddelen van de schuldenaar die de retentor niet kent.

Een andere factor die op dezelfde plaats in de parlementaire geschiedenis wordt genoemd is de te verwachten opbrengst.[88] Deze komt ook terug in art. 1:96 lid 2 BW; de schuldeiser kan zich niet verhalen op de gemeenschapsgoederen, wanneer de echtgenoot van de schuldenaar privégoederen van de schuldenaar aanwijst, *die voldoende verhaal bieden*. Bij de verwachte opbrengst speelt ook mee, of nog andere schuldeisers beslag op de zaak hebben gelegd en wat voor (zekerheids)rechten zij kunnen doen gelden.[89] De te verwachten opbrengst kan op meerdere manieren meespelen. Enerzijds kan zijn dat de te verwachten opbrengst van de teruggehouden zaak zodanig laag is, dat alleen een klein deel van de vordering van de retentor daaruit zal kunnen worden voldaan. Anderzijds kan ook zijn dat de zaak juist onevenredig meer zal opbrengen dan de vordering van de retentor groot is. In beide gevallen is subsidiariteit eerder aan de orde.

Verder kan meewegen dat een retentierecht anders dan een pand- of hypotheekrecht in de regel niet conventioneel, maar van rechtswege tot stand komt. In vergelijking met een derdenpandgever of derdenhypotheekgever is er naar mijn mening meer reden om de derde tegen verhaal op zijn goed te beschermen, omdat hij niet van tevoren heeft ingestemd met de mogelijkheid dat dit zou gebeuren. Ook zal hierbij meespelen of de zaak vrijwillig of onvrijwillig uit de macht van de ouder gerechtigde is gebracht.

Van Mierlo noemt voorts nog de volgende algemene factoren: de hoogte van de te verhalen vordering, de gegoedheid van de schuldenaar en de trainerende houding van de schuldenaar bij voldoening van zijn schulden.[90] Naarmate de vordering van de retentor kleiner is, zal verhaal op de derde minder snel gerechtvaardigd zijn. Naarmate al is gebleken dat de schuldenaar geen verhaal zal bieden of verhaal op diens goederen bemoeilijkt wordt, zal verhaal op goederen van de derde eerder gerechtvaardigd zijn.

---

87 Zoals al aangegeven zien de wetgever (zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6). p. 218-219), en de Hoge Raad in het arrest Aerts q.q./ABN Amro, art. 497 lid 3 Rv ook als een subsidiariteitsbepaling. Koops 2010, p. 309 heeft daar bedenkingen bij.

88 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 218. Zie voor andere omstandigheden in het kader van art. 3:234 lid 3 BW: Koops, p. 332-338.

89 Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 435 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2004)

90 Van Mierlo, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 435 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt t/m 1 januari 2004).

263. Hoe zou zo'n weging van deze gezichtspunten in een concreet geval moeten uitwerken? Ik geef twee voorbeelden.

Voorbeeld 1. Een huurder van een auto brengt de auto naar de garage, de huurder betaalt de garage niet en de garage wil zich verhalen op de auto van de verhuurder-eigenaar. Ervan uitgaande dat het retentierecht derdenwerking heeft ingevolge art. 3:291 lid 2 BW, mocht de garage de auto beschouwen als verhaalsobject. De garage heeft vermoedelijk voldoende verkoopkanalen voor executie van de auto en tweedehands auto's brengen doorgaans voldoende op om de kosten van de reparatie te dekken. De garage heeft door de terughouding met betrekking tot de auto een aantrekkelijkere verhaalspositie dan met betrekking tot de goederen van de huurder zelf. De schuldenaar is bovendien al tekortgeschoten in de betaling van de reparatie. Hieraan doet mijns inziens niet af dat het retentierecht van rechtswege ontstaat en de verhuurder niet van tevoren heeft ingestemd met het verhaal op zijn goed voor een schuld van een ander. Dit is in dit geval niet voldoende reden om hem te beschermen, omdat de verhuurder met het beroepsmatig vrijwillig uit de macht brengen van de zaak aan huurders een dergelijk risico aanvaardt. Beroep door de derde op het beginsel van subsidiariteit zal in dit geval vermoedelijk geen succes hebben.

Voorbeeld 2. Een erfpachter sluit een aannemingsovereenkomst met betrekking tot de onroerende zaak waar een retentierecht uit voortvloeit. Het retentierecht heeft geen betrekking op het erfpachtrecht, maar op de (fysieke) zaak van de bloot-eigenaar. Aangenomen dat het retentierecht op grond van art. 3:291 lid 2 BW kan worden ingeroepen tegen de grondeigenaar, zal de retentor zich krachtens art. 3:292 BW op de blote eigendom kunnen verhalen. Hij kan zich daarnaast ingevolge art. 3:276 BW op het erfpachtrecht van zijn schuldenaar verhalen. Nu het erfpachtrecht in principe beschikbaar is als object van verhaal voor de retentor, zal het beginsel van subsidiariteit meebrengen dat hij in principe eerst de schuldenaar moet aanspreken. Dit klemt temeer, nu het retentierecht betrekking heeft op de onroerende zaak zelf, waar ook het erfpachtrecht op rust. Voor de retentor is verhaal op het erfpachtrecht zelfs makkelijker, omdat hij daarmee wegblijft van de procesrechtelijke perikelen van het verhaal op het goed van een derde. Bovendien is de vraag hoe aantrekkelijk (en reëel) de executie van (uitsluitend) blote eigendom, bezwaard met erfpachtrecht, is. In dit geval zal een beroep op het beginsel van subsidiariteit vermoedelijk kansrijk zijn.

264. De derde kan zich uiteraard buiten rechte erop beroepen dat de retentor eerst het vermogen van de schuldenaar moet aanspreken. Het 'subsidiariteitsverweer' kan bovendien terugkomen bij het leggen van conservatoir- of executoriaal beslag op de zaak van de derde. In paragraaf 6.3 behandel ik hoe het verweer in deze procedures aan de orde kan komen.

6.2.6.4 Geen analoge toepassing van art. 3:234 lid 1 BW op de retentor

265. Wanneer men het bestaan van een algemeen beginsel van subsidiariteit bij verhaalsrechten op goederen van derden afwijst, dan zou een alternatieve route om alsnog tot subsidiariteit van het derdenverhaalsrecht van de retentor te komen, de analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek van art. 3:234 BW kunnen zijn. In deze paragraaf betoog ik echter dat art. 3:234 BW zich niet leent voor analoge toepassing op het derdenretentierecht.

Art. 3:234 lid 1 BW gaat over het geval waarin een zekerheidsnemer (pand- of hypotheekhouder)[91] zowel een zekerheidsrecht op goederen van derden als op goederen van de schuldenaar heeft. In dat geval kan de derde-zekerheidsgever verlangen dat de executerende zekerheidsgerechtigde de verpande goederen van de schuldenaar zelf mede in de verkoop betrekt en deze het eerste verkoopt. De functie van art. 3:234 lid 1 BW is om de wél verhaalsaansprakelijke, maar niet draagplichtige, derde te beschermen tegen verhaal op zijn goederen door de zekerheidsgerechtigde, terwijl deze laatste voldoende mogelijkheden had om zich door middel van zijn zekerheidsrechten op zijn eigen schuldenaar te verhalen.[92]

Op het eerste gezicht ligt het van alle hiervoor genoemde bepalingen over de subsidiariteit bij derdenverhaalsrechten het meest voor de hand om voor de retentor aansluiting te zoeken bij het voorrecht van uitwinning bij pand en hypotheek in art. 3:234 lid 1 BW. Het retentierecht is net als pand en hypotheek een zekerheidsrecht op specifieke roerende, of onroerende zaken. Bovendien ontstaat het retentierecht in de regel

91 In het vervolg zal ik in het kader van art. 3:234 BW voor het gemak van de lezer uitsluitend schrijven over het pandrecht, de pandgever en de pandhouder. Men kan echter steeds in de plaats van deze woorden ook hypotheekrecht, respectievelijk hypotheekgever en hypotheekhouder lezen.

92 Koops 2010, p. 298-299, Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:234 BW, aant. 2.1.4 (online, bijgewerkt t/m 31 mei 2018).

ingevolge de wet en niet ingevolge een rechtshandeling, en volgt uit de historische analyse van Koops dat het voorrecht van uitwinning van art. 3:234 BW historisch gezien juist bedoeld was voor wettelijk tot stand gekomen zekerheidsrechten.[93]

Maar er zijn ook belangrijke verschillen tussen art. 3:234 BW en het verhaalsrecht van de retentor. Ten eerste betreft art. 3:234 lid 1 BW de situatie waarin *zowel* goederen van de schuldenaar zelf, als van een derde, zijn verpand. Het is natuurlijk mogelijk dat een schuldeiser *zowel* retentierecht heeft op goederen van de schuldenaar, als van een derde, maar dat is wel een erg specifieke casus. Doorgaans verschilt zijn verhaalsmogelijkheid van die van de pandhouder omdat hij alleen retentierecht heeft op zaken van de derde. Daar zou tegen in kunnen worden gebracht dat de retentor in tegenstelling tot de pandhouder niet het recht van parate executie heeft en – zowel met betrekking tot goederen van zijn schuldenaar, als met betrekking tot goederen van de derde – beslag moet leggen en een executoriale titel verkrijgen voordat hij zich kan verhalen.[94] Zijn verhaalspositie is dus op grote lijnen dezelfde ten aanzien van zijn eigen schuldenaar, als de derde.[95] Maar een belangrijk verschil tussen de art. 3:234 BW-pandhouder en de retentor is toch, dat de retentor de zaak van de derde onder zich heeft. Hij mocht de zaak beschouwen als verhaalsobject ('onderpand') voor het geval hij niet betaald zou worden. En hij hoeft – anders dan met betrekking tot goederen van de schuldenaar – niet te vrezen voor verduistering of zoekraken van de zaak. Dit verschil tussen de verschillende posities van de pandhouder en de retentor is een van de redenen voor Stein om analoge toepassing af te wijzen.[96] Mijns inziens is dit het enige valide argument en is het voldoende om op basis van de verschillen tussen de klassieke zekerheidsrechten en het retentierecht analoge toepassing af te wijzen.

---

93 Koops 2010, p. 324. Koops zet zich op deze plaats af tegen Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:234 BW, aant. 2.1.4 (online, bijgewerkt t/m 31 mei 2018), die schrijft dat het voorrecht van uitwinning nauw verbonden is met de 'bedongen' zekerheidsrechten. Het is echter de vraag of Koops hiermee niet woorden in de mond van Stein legt.

94 Koops 2010, p. 324 lijkt van mening dat een derdenretentierecht wél meebrengt dat de retentor meer moeite moet doen om zich op zijn schuldenaar te verhalen dan op de teruggehouden zaak (van de derde): "Dit impliceert dat de retentor even gemakkelijk verhaal moet kunnen nemen op de aangewezen goederen, derhalve krachtens een tweede retentierecht."

95 Zie daarover hierna par. 6.3.

96 Stein, *GS Vermogensrecht*, art. 3:234 BW, aant. 2.1.4 (online, bijgewerkt t/m 31 mei 2018).

Voor de volledigheid behandel ik ook nog de twee andere argumenten die Stein en Koops tegen analoge toepassing van art. 3:234 BW op het retentierecht aanvoeren. Die zijn wat mij betreft minder overtuigend, maar doen niet af aan het eerste argument. Het tweede argument van Stein tegen analoge toepassing van art. 3:234 BW is het feit dat het voorrecht van uitwinning bij borg niet meer bestaat. Dit is volgens Stein een aanwijzing dat art. 3:234 BW niet buiten pand- en hypotheek om zou kunnen worden toegepast. Koops reageert op dit argument met de vaststelling dat het voorrecht van uitwinning bij borg niet in het BW terecht is gekomen, omdat er in de praktijk steeds afstand van werd gedaan.[97] Koops meent – in tegenstelling tot het voorrecht van uitwinning bij borg – dat afstand van art. 3:234 BW uit de aard der zaak niet of nauwelijks voorkomt. Steneker schrijft op dit punt daarentegen dat de bevoegdheid van de derdenpandgever om een beroep op te doen op art. 3:234 lid 1 BW, meestal wordt 'weggeschreven'.[98] Van Mierlo wijst er bovendien op, dat ditzelfde veelal geschiedt in de algemene voorwaarden van hypotheekverlening, wanneer een derde hypotheek verleent op zijn goed voor de schuld van een ander.[99] Hoe het ook zij bij pand en hypotheek, als een schuldeiser een retentierecht op een zaak van een derde verkrijgt, zal art. 3:234 BW niet zijn weggeschreven, allereerst omdat het niet direct van toepassing is en daarnaast omdat vooraf geen gelegenheid is geweest voor het 'wegcontracteren'. Daarom levert het feit dat het voorrecht bij borg nauwelijks meer bestaat, noch het al of niet 'wegcontracteren' van het voorrecht van art. 3:234 BW mijns inziens een valide argument tegen analoge toepassing op.

Als laatste argument tegen analoge toepassing noemt Stein het feit dat de wetgever het voorrecht heeft willen uitbreiden van alleen hypotheekrechten (zoals in art. 1244 (oud) BW was bepaald) tot pandrechten en bewust niet verder is gegaan dan dat; Koops sluit zich hierbij aan. De vermeende bedoeling van de wetgever die Stein (en Koops) aanhalen,

97 Koops 2010, p. 324.

98 Steneker 2012a/29. Zie ook Steneker 2012a/17: "Omdat het beginsel van ondeelbaarheid en dus ook deze *daaruit voortvloeiende* regel van regelend recht zijn, wordt van dit 'voorrecht van uitwinning' vaak afstand gedaan" (mijn cursivering). Ook Verstijlen 2013/14, Tweehuysen 2016/140 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/56 menen dat het beginsel van ondeelbaarheid van pand en hypotheek van regelend recht is.

99 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/434. Voor een voorbeeld: zie art. 8 sub c van de Algemene Voorwaarden Obvion Basis Hypotheek (versie januari 2018), te raadplegen via https://www.obvion.nl/Over-Obvion/Algemene-voorwaarden.htm.

kan ik niet afleiden uit de parlementaire geschiedenis bij art. 3:234 BW. Bovendien, al zou de wetgever niet verder willen hebben gaan dan pandrecht, dan nog sluit dat de mogelijkheid tot analoge toepassing niet uit. Bij analoge toepassing gaat het juist om de mogelijkheid tot toepassing van de norm buiten het specifieke toepassingsgebied van die norm.

266. Van de argumenten van Stein en Koops tegen analoge toepassing van art. 3:234 lid 1 BW op de retentor is mijns inziens alleen het eerstgenoemde overtuigend. De retentor met een verhaalsrecht op een zaak van een derde verschilt te veel van de pandhouder die zowel pandrecht heeft op goederen van zijn schuldenaar, als op goederen van derden. Door zijn feitelijke macht over de zaak van een derde, neemt hij bij uitwinning een andere positie in dan ten opzichte van de goederen van zijn schuldenaar zelf. De pandhouder die zowel pandrecht heeft op goederen van de schuldenaar, als goederen van een derde heeft daarentegen ten aanzien van beiden dezelfde bevoegdheden. Een ander evident verschil tussen de pandhouder en de retentor, is dat de retentor niet het recht van parate executie heeft en beslag moet leggen en een executoriale titel moet verkrijgen. Analoge toepassing van het voorrecht van uitwinning van art. 3:234 lid 1 BW op de retentor is daarom niet aan de orde.[100]

6.2.7 Voldoening door de derde, subrogatie en de gevolgen voor het retentierecht

267. De derde-rechthebbende kan de vordering van de retentor voldoen om uitwinning te voorkomen. Een verbintenis kan door een ander worden nagekomen. In de regel gaat een verbintenis door nakoming teniet. Maar in een aantal gevallen gaat de verbintenis door betaling niet teniet, maar gaat deze door subrogatie over op een derde. Betaling heeft in die gevallen alleen als gevolg dat de prestatie jegens de schuldeiser is verricht, maar niet dat de verbintenis teniet is gegaan.[101] Door de betaling aan de retentor wordt de derde in de vordering van de retentor op de schuldenaar gesubrogeerd. Subrogatie vindt dan plaats krachtens art. 6:150 sub a en/of b BW, want zijn goed wordt uitgewonnen voor de vordering die de retentor heeft

100 Vgl. Zwitser 1994, p. 211.
101 Asser/Sieburgh 6-II 2017/271.

op de schuldenaar en/of de zaak van de derde is voor de vordering van de retentor verbonden.[102] Subrogatie betekent dat de schuldeiser in de verbintenis wordt vervangen ten gevolge van betaling.[103] Door subrogatie ontstaat geen nieuwe vordering in het vermogen van de derde; de oude vordering gaat op hem over.[104] Wat is het gevolg van betaling door de derde-eigenaar van de vordering van de retentor? Meer concreet komen twee vragen op. Ten eerste: gaat het retentierecht door de betaling van de vordering van de retentor teniet? En ten tweede: wie (de schuldenaar of de derde) mag de zaak bij de gewezen retentor opeisen en op welke grond?

De eerste vraag is snel beantwoord. Door de betaling van de vordering van de retentor, vervalt diens bevoegdheid tot opschorting. Zijn retentierecht bestaat niet langer. De vervolgvraag is, of nu de schuldenaar *of* de eigenaar (of beiden) de zaak kunnen opeisen bij de voormalige retentor. De schuldenaar heeft recht op afgifte jegens de retentor vanwege het feit dat opschorting van de verplichting niet langer is toegestaan. De derde-eigenaar kan revindiceren bij de voormalige retentor, die de zaak nu zonder recht houdt (in de zin van art. 5:2 BW). De retentor staat alleen in een rechtsverhouding tot de *schuldenaar*. Hij is alleen uit hoofde van die rechtsverhouding verplicht tot afgifte aan de schuldenaar. Jegens de derde is hij niet verplicht tot afgifte; de derde heeft alleen een goederenrechtelijk recht op afgifte. Dit verschil betekent niet dat de verbintenisrechtelijke aanspraak

102 Asser/Sieburgh 6-II 2017/278. Het lijkt me daarnaast mogelijk om subrogatie op grond van art. 6:150 sub d BW af te spreken. Een factormaatschappij kan bijvoorbeeld de vordering van de retentor voldoen. Ook voor een dergelijke partij zal de vraag wat het lot is van het retentierecht relevant zijn. De vraag in hoeverre contractuele afwijking van subrogatie mogelijk is, blijft in dit proefschrift onbesproken.

103 Asser/Sieburgh 6-II 2017/269.

104 Dit overnemen van de vordering is geen 'overneming' in de zin van art. 54 Fw, omdat de grondslag een wettelijke is, zie Verdaas, *GS Faillissementswet*, art. 54 Fw, aant. 12 (online, bijgewerkt t/m 22 oktober 2018). De overneming geschiedt niet met het doel zichzelf een verrekeningsmogelijkheid te verschaffen. Mocht de derde dus nog een vordering hebben op de schuldenaar, dan staat art. 54 Fw niet aan verrekening van die vorderingen in de weg. Zie HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, *JOR* 2004/57 m.nt. N.E.D. Faber (*Bouma/Van der Heijden*) en zie voor een voorbeeld: nr. 6 van mijn annotatie onder Rb. Utrecht 26 januari 2011, *JOR* 2012/192. Overigens neem ik in deze paragraaf aan dat de vordering van de retentor door subrogatie daadwerkelijk overgaat op de derde. Voor zover het al mogelijk is om af te wijken van subrogatie, ligt het bij het retentierecht op zaken van derden niet voor de hand dat partijen dat vooraf hebben gedaan. Ik neem tot uitgangspunt dat niet is afgeweken van art. 6:150 BW.

van de schuldenaar op afgifte sterker zou zijn dan de goederenrechtelijke aanspraak van de eigenaar. Het voormalige retentierecht werkte zowel als verweer tegen de verbintenisrechtelijke, als de goederenrechtelijke aanspraak tot afgifte.[105] Aangezien beide een recht op afgifte hebben, kan de retentor de zaak aan beide afgeven. Twijfelt de retentor aan wie hij moet afgeven, dan kan hij eventueel de afgifte opschorten met een beroep op (analoge toepassing van) art. 6:37 BW.[106] Uiteindelijk hangt de vraag wie een beter recht heeft op de feitelijke macht over de zaak af, van de (status van de) rechtsverhouding tussen de derde-eigenaar en de schuldenaar. Is deze rechtsverhouding nog geheel in stand, dan kan daaruit voortvloeien dat de schuldenaar gerechtigd is tot de feitelijke macht. Heeft echter de derde-eigenaar bijvoorbeeld de overeenkomst ontbonden vanwege een tekortkoming – hetgeen niet ondenkbaar is, aangezien hij zojuist de vordering van een andere schuldeiser (de retentor) heeft voldaan – of de overeenkomst opgezegd, dan is er geen ruimte meer voor houderschap van de schuldenaar. Dit is een kwestie die zich afspeelt tussen de derde-eigenaar en de schuldenaar onderling. De retentor staat buiten deze kwestie. Beide hebben jegens hem recht op afgifte van de zaak.

6.2.8 De positie van 'vierde'-rechthebbenden

268. Ook in het vermogen van de derde kan het retentierecht samenlopen met verhaalsrechten van andere schuldeisers van de derde-eigenaar.

> *Voorbeeld.* A heeft een pandrecht op de auto's van leasemaatschappij B. B leaset een auto aan C. C brengt deze auto ter reparatie naar garage D. C betaalt niet voor de reparatie. D oefent een retentierecht uit op de (aan A verpande) auto van leasemaatschappij B. Stel dat pandhouder A de auto executeert krachtens zijn pandrecht. Retentor D heeft beslag gelegd op de auto en deelt met voorrang mee in de executieopbrengst van de auto. Welke rang heeft het retentierecht van D ten opzichte van het pandrecht van A met betrekking tot de executieopbrengst?

Ten opzichte van retentor D is pandhouder A niet een derde, maar een 'vierde'. De vordering van de retentor wordt in het vermogen van de derde ofwel behandeld als een concurrente vordering, ofwel de voorrang die is

105 Zie hierover par. 2.2.5.

106 Dit artikel is strikt genomen alleen van toepassing op de nakoming van verbintenissen, maar ik zie geen reden waarom het in dit geval niet van toepassing zou zijn op de twijfel op redelijke gronden van de retentor tussen het voldoen aan een goederenrechtelijke verplichting en een verbintenis.

verbonden aan het verhaalsrecht blijft behouden. Gelet op het arrest Ontvanger/De Jong is het aannemelijk dat de voorrang die is verbonden aan de vordering, ook blijft bestaan bij samenloop van verhaalsrechten in het vermogen van de derde.[107] In dat geval zal ook met betrekking tot het vermogen van de derde moeten worden beslist hoe het verhaalsrecht met voorrang van de retentor zich verhoudt tot dat van andere verhaalzoekende schuldeisers op de geretineerde zaak. De rang die verbonden is aan het verhaalsrecht van de retentor zal mijns inziens wederom moeten worden bepaald aan de hand van art. 3:291 BW. In het voorbeeld dat ik hierboven gaf betekent dat, dat moet worden beoordeeld of C *in zijn verhouding tot A* bevoegd was om de reparatieovereenkomst met D te sluiten. De woorden *in verhouding tot* staan cursief, omdat het punt is dat er juist géén rechtsverhouding is tussen A en C. Vanwege het ontbreken van een rechtsverhouding A-C, kan men niet spreken van een 'bevoegd' gesloten overeenkomst met D. Maar C heeft de overeenkomst ook niet 'onbevoegd' gesloten. Er is geen *aan*- en ook geen *af*wezigheid van bevoegdheid van C jegens A. Uitgaande van een ouder recht, heeft het retentierecht van D via het eerste criterium van art. 3:291 lid 2 BW dan ook geen werking jegens pandhouder A. Het tweede criterium, dat van de 'goede trouw' zal in dit geval de doorslag moeten geven voor de 'vierdenwerking' van het retentierecht. Een andere benadering zou zijn, om de bevoegdheid van C als het ware in twee stappen te beoordelen. In haar annotatie onder Derksen/Rabobank staat Harmsen deze benadering voor in de door mij hier behandelde – van het arrest geabstraheerde – casuspositie.[108] Naar haar mening kan het retentierecht van D tegen A worden ingeroepen, wanneer C *jegens B* bevoegd was om de overeenkomst aan te gaan én B jegens A bevoegd zou zijn geweest om deze zelfde overeenkomst aan te gaan. Naar mijn mening volgt uit het arrest Derksen/Rabobank echter nu juist dat het niet de bedoeling is om de bevoegdheid van de schuldenaar vast te stellen aan de hand van een dergelijke 'tweetrapsraket'. De Hoge Raad oordeelde dat niet moet worden

107 HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376 (*Ontvanger/De Jong*). Zie r.o. 3.3: "De beslaglegger kan, ook al is de gefailleerde niet zijn schuldenaar, in het faillissement opkomen voor zijn vordering uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak." Weliswaar was hier de derde-verkrijger van de beslagen zaak ook failliet, maar dat maakt geen verschil voor de vraag welke rang aan het verhaalsrecht gekoppeld is. Vgl. Van den Heuvel 2009, p. 669. Zie ook Kingma Boltjes 1961, p. 7.

108 Annotatie C.M. Harmsen onder HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231, *TvI* 2001, p. 32 (*Derksen/Rabobank*).

gekeken naar de bevoegdheid van Arentsen jegens Sparenreijk (de 'derde'), maar jegens de Rabobank als hypotheekhouder (de 'vierde'). Het enkele feit dat Sparenreijk toestemming had gegeven tot de aanvullende overeenkomst tussen Arentsen en Derksen, brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat Arentsen ook jegens de bank bevoegd was en evenmin dat Derksen niet hoefde te twijfelen aan de bevoegdheid van Arentsen. Uit deze overweging van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de bevoegdheid van de schuldenaar om de overeenkomst te sluiten apart moet worden beoordeeld voor de schuldenaar jegens iedere ouder gerechtigde en dat de benadering aan de hand van een meertrapsraket niet de juiste is. Wanneer géén rechtsverhouding bestaat tussen de schuldenaar en de betreffende ouder gerechtigde, betekent dat als gezegd wel dat alleen via het tweede criterium van art. 3:291 lid 2 BW beoordeeld kan worden of het retentierecht tegen deze ouder gerechtigde kan worden ingeroepen. Het eerste criterium – was de schuldenaar bevoegd om de overeenkomst aan te gaan? – is simpelweg irrelevant voor een ouder gerechtigde die niet in een rechtsverhouding tot de schuldenaar staat. Er is sprake van bevoegdheid, noch onbevoegdheid van de schuldenaar.

269. Het komt er al met al op aan of D moest twijfelen aan de bevoegdheid van C om de overeenkomst met hem te sluiten. Voor de beoordeling van het vertrouwen van de retentor geldt – in ieder geval in abstracto – geen andere norm naarmate de ouder gerechtigde verder verwijderd is van de schuldenaar. Goede trouw van D is ook aanwezig wanneer hij niet van het *bestaan* van A op de hoogte was of hoefde te zijn.[109] Wanneer hij wel van het bestaan van A op de hoogte was of behoorde te zijn, kan hij nog steeds te goeder trouw zijn, wanneer hij ervan uit mocht gaan dat A zich niet zou verzetten tegen het sluiten van deze overeenkomst met D.[110]

D zal alleen conform zijn rang uit de executieopbrengst worden voldaan voor zover het de executieopbrengst van de zaak betreft. Stel dat behalve de auto ook nog andere vermogensbestanddelen van B worden uitgewonnen door pandhouder A, dan heeft D uiteraard geen aanspraak op de executieopbrengst van dat vermogen. Zijn verhaalsrecht strekt zich alleen uit tot een voldoening 'conform zijn rang' met betrekking tot de zaak die hij terughoudt.

109 Zie par. 4.3.4.4.
110 Zie par. 4.3.4.4.

6.3 Beslag op zaken van derden

6.3.1 Inleiding

270. De retentor heeft niet het recht van parate executie. Om zich te verhalen op de teruggehouden zaak, dient hij – zoals iedere schuldeiser die parate executie-bevoegdheid ontbeert – te beschikken over een executoriale titel. Zolang de schuldenaar ook degene is op wiens vermogen verhaal wordt gezocht, zijn er geen bijzonderheden. Maar juist het geval waarin de verhaalsaansprakelijke niet ook de schuldenaar is, roept procesrechtelijke vragen op. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt geen eenvoudig spoorboekje voor de retentor die zich wenst te verhalen op goederen van derden. In de (procesrechtelijke) literatuur wordt in het algemeen weinig aandacht besteed aan de bijzonderheden van deze beslagvariant. En voor zover er wel aandacht voor is, blijkt meningsverschil te bestaan over de door de schuldeiser te nemen route. In deze paragraaf ga ik na welke verschillen er zijn tussen verhaal op het goed van de schuldenaar en verhaal op het goed van een derde, door de retentor. In paragraaf 6.3.2 bespreek ik een aantal uitgangspunten bij verhaal op het goed van de derde door de retentor. In paragraaf 6.3.3 beschrijf ik vervolgens de stappen voor executoriaal beslag op de zaak. In paragraaf 6.3.4 doe ik hetzelfde voor conservatoir beslag. Aangezien dit proefschrift gaat over uitwinning van de teruggehouden zaak, blijven andersoortige beslagen dan verhaalsbeslag buiten beschouwing.[111]

In dit hoofdstuk kwam al een aantal keer de variant terug, waarin de retentor niet alleen een verhaalsrecht jegens de derde heeft, maar de derde ook zijn schuldenaar is uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.[112] Over zo'n geval waarin de derde zich ook kan verhalen op grond van een vordering op de derde gaat het in paragraaf 6.3 en 6.4 niet, want het gaat mij juist om verhaal op een bloot-verhaalsaansprakelijke, die niet *ook* schuldenaar is.

111 Bijvoorbeeld een beslag tot afgifte door de retentor jegens de derde-eigenaar zou ook denkbaar zijn, maar blijft hier buiten beschouwing.

112 Zie par. 6.2.5.

6.3.2 Uitgangspunten

6.3.2.1 Doorwerking onderscheid vordering en verhaalsrecht in het beslagrecht

271. In paragraaf 6.2.3 heb ik het uiteenlopen van vordering en verhaalsrecht, respectievelijk schuld en verhaalsaansprakelijkheid uiteengezet. Doorgaans is de schuldenaar dezelfde persoon als de beslagene (of, in executie, de geëxecuteerde). Maar bij verhaal op goederen van een derde lopen de schuld en de verhaalsaansprakelijkheid, of – aan de actieve zijde – de vordering en het verhaalsrecht uiteen. Uit paragraaf 6.2.3 bleek dat het wettelijk systeem de ruimte biedt om het verhaalsrecht van een vordering (in ruime zin) bij een ander dan de schuldenaar zelf neer te leggen. Vordering en verhaalsrecht zijn niet onlosmakelijk verbonden. Wel roept deze verplaatsing van het verhaalsrecht naar de derde de vraag op, hoe het procesrecht moet omgaan met dit afwijkende geval. Het procesrecht is erop gericht om de aanspraken die uit het materiële recht voortvloeien te verwezenlijken. De voorschriften in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering beogen een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de schuldeiser die recht heeft op voldoening van zijn vordering en die van de schuldenaar, die moet worden beschermd tegen (ongefundeerde) beperkingen in de beschikking over zijn vermogen bij conservatoir beslag[113] en bij executoriaal beslag het risico op algeheel verlies van het goed. Bij verhaal op het goed van een derde is de derde, en niet de schuldenaar, het doelwit van de schuldeiser. Omdat niet de schuldenaar wordt uitgewonnen, maar een derde, is het de positie van die derde die procesrechtelijk relevant is. De relevante persoon voor het beslag- en executierecht is met andere woorden niet *per se* de schuldenaar, maar degene wiens goed wordt uitgewonnen. Omdat dat in de meeste gevallen de schuldenaar zelf is, maakt Rv geen duidelijk onderscheid tussen de schuldenaar die verhaalsaansprakelijk is en de bloot-verhaalsaansprakelijke. Maar als niet de schuldenaar op basis van art. 3:276 BW wordt uitgewonnen, maar een derde die op grond van een uitzondering op de hoofdregel bloot-verhaalsaansprakelijk is, dan moet die derde voor zover mogelijk worden behandeld als schuldenaar. De procedurevoorschriften die betrekking hebben op de schuldenaar, moeten waar mogelijk op de derde worden toegepast. Dit blijkt voor conservatoir beslag

113 Zie over de vraag of dit evenwicht wordt gevonden bij conservatoir beslag uitgebreid het rapport van Jongbloed & Meijsen 2010 en Meijsen 2013.

expliciet uit art. 708 Rv, dat ik in paragraaf 6.3.4 nader bespreek. Als een derde bloot-verhaalsaansprakelijk is, is de schuldenaar alleen in zoverre relevant, dat – in de regel – alleen hij zich inhoudelijk kan verweren tegen de vordering van de schuldeiser.

Overigens moet wel worden bedacht dat uitwinning van de zaak door de retentor kan betekenen dat de retentor met zijn beslag door de rechtsverhouding tussen de derde en de schuldenaar heen fietst. Onder meer kan de vraag opkomen of de retentor wanprestatie pleegt door de zaak te executeren terwijl de schuldenaar nog gerechtigd was tot houderschap vanwege diens bestaande rechtverhouding met de anterieure eigenaar. Dit soort vragen, dat voornamelijk ligt op het terrein van overeenkomsten en derden, blijven buiten beschouwing.

6.3.2.2 Terminologie

272. Het feit dat de retentor niet de schuldenaar maar de derde uitwint, roept de vraag op, of de gebruikelijke terminologie van Rv ter aanduiding van de bij de executie betrokken partijen zich ook leent voor gebruik in het geval dat de retentor zich verhaalt op een derde.

De gebruikelijke terminologie bij beslag en executie duidt de *schuldeiser* aan als beslaglegger,[114] of executant.[115] Bij verhaal op goederen van derden verandert dit aspect niet. De retentor kan dus, ook als verhaal plaatsvindt op goederen van derden, nog met deze termen worden aangeduid.

De *beslagene*, of beslagdebiteur, is normaal gesproken de schuldenaar van de beslaglegger. Ingeval van executoriaal beslag wordt deze persoon aangeduid als *geëxecuteerde*.[116] Waar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spreekt van beslagene, beslagdebiteur of geëxecuteerde, wordt naar mijn mening niet per definitie de schuldenaar bedoeld, maar in de regel degene die verhaalsaansprakelijk is. Dat kán de schuldenaar zelf zijn – en die zal het in de meeste gevallen ook zijn – maar het kan ook een derde zijn. Ten eerste volgt dit expliciet uit de memorie van toelichting.[117]

114 Zie bijvoorbeeld art. 475h Rv.
115 Zie bijvoorbeeld art. 430 Rv.
116 Krzemiński 2016, p. 3. Zie onder (veel) meer art. 440 Rv.
117 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 80-81: "De geëxecuteerde behoeft niet steeds ook de schuldenaar te zijn. Zoals blijkt uit art. 435 lid 2 kan het zijn dat hij degene is op wiens goed verhaal wordt genomen voor de schuld van een ander."

Uit art. 708 lid 1 Rv volgt bovendien dat de bepalingen voor conservatoir beslag van overeenkomstige toepassing zijn wanneer de schuldeiser zich kan verhalen op een goed van een derde. Ten derde strookt dit met een arrest van de Hoge Raad dat ging over verhaal door een privéschuldeiser (dat was in dat geval de Ontvanger) op de huwelijksgoederengemeenschap; meer specifiek op de bankrekening die op naam van de vrouw-niet-schuldenaar stond.[118] De vraag was ten laste van welke echtgenoot de ontvanger derdenbeslag moest leggen. De Hoge Raad oordeelde dat de ontvanger beslag ten laste van de echtgenoot-niet-schuldenaar moest leggen, "omdat de vrouw de geëxecuteerde of beslagene is."[119] Volgens de Hoge Raad is dit onder meer op zijn plaats omdat het haar in de gelegenheid stelt voor haar belangen op te komen, bijvoorbeeld wanneer het beslag is gelegd op haar privégoederen. Bovendien speelt mee dat de vrouw in een contractuele verhouding tot de bank (als derde-beslagene) staat en de bank zo nodig inlichtingen kan verschaffen.

En ten slotte is de benadering waarin degene die verhaalsaansprakelijk is, de beslagene of geëxecuteerde is, de juiste benadering in het licht van het doel en de functie van het verhaalsrecht. Het beslagrecht stelt de schuldeiser in staat tot verhaal voor zijn vordering. Het verhaalsrecht van de retentor heeft geen betrekking op de schuldenaar, maar op de derde. Zoals ik in de vorige paragraaf beschreef, is niet de schuldenaar maar de derde de relevante partij voor het beslagrecht. Vrijwel overal waar in de bepalingen van Rv de 'beslagene' of 'geëxecuteerde' staat, heeft de wet het oog op degene wiens vermogen kan worden uitgewonnen, ongeacht wie dit is. Het gaat immers in Boek 2 en 3 van Rechtsvordering om procesrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen om *verhaal te verwezenlijken*. Wanneer het goed van een derde wordt uitgewonnen, is de derde – ook letterlijk – de beslagene of geëxecuteerde.

Ik geef een aantal voorbeelden, waaruit blijkt dat het beslagrecht het oog heeft op degene op wie de schuldeiser verhaal zoekt. Art. 430 lid 3 Rv formuleert het neutraal: executoriale titels kunnen pas ten uitvoer worden gelegd, wanneer zij zijn betekend aan de *partij tegen wie de executie zich zal richten*. Dit kan de schuldenaar zijn, maar ook een derde, wanneer de executie zich tegen die derde richt. In art. 440 lid 1 sub a Rv wordt

118 HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2749, *NJ* 1999/130, r.o. 3.4. Zie kritisch over dit arrest: Tuil 2010, p. 737, die van mening is dat de echtgenoot-schuldenaar als de geëxecuteerde moet worden aangemerkt.

119 HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2749, *NJ* 1999/130, r.o. 3.4.

vermeld dat het exploot onder meer de woonplaats van de geëxecuteerde vermeldt. Dat is dan de woonplaats van de derde. De geëxecuteerde ontleent bescherming aan art. 447 en 448 Rv, welke artikelen bepalen dat op bepaalde persoonlijke spullen geen beslag kan worden gelegd. In geval van verhaal op goederen van de derde, ligt het voor de hand dat juist hij wordt beschermd. In art. 702 lid 2 Rv staat dat het verlof tot conservatoir beslag met het verzoekschrift en het beslagexploot aan de beslagene worden betekend. Dat is degene op wiens goed de schuldeiser zich verhaalt, ook als dit een derde-niet-schuldenaar is.

Een bepaling in Rechtsvordering waarmee deze benadering van de verhaalsaansprakelijke daarentegen moeilijk te verenigen lijkt, is art. 438 lid 5 Rv. Art. 438 Rv gaat over executiegeschillen. In lid 5 is bepaald dat verzet tegen de executie door een derde geschiedt door dagvaarding van zowel de executant als de geëxecuteerde.[120] Art. 438 lid 5 Rv bouwt voort op art. 456 (voor executoriaal beslag op roerende zaken) en art. 538 (voor executoriaal beslag op onroerende zaken), welke beide artikelen gaan over de mogelijkheid van verzet tegen het beslag door derden die eigenaar, of beperkt of persoonlijk gerechtigd tot de zaak zijn. Toch zou ik denken dat deze beperkte incongruentie niet afdoet aan het hierboven uiteengezette standpunt. Zij kan makkelijk worden opgelost: de derde die zich verzet tegen de executie van zijn goed, richt zijn dagvaarding alleen tegen de executant.

De derde-eigenaar moet worden onderscheiden van de derde-beslagene. Deze laatste is de schuldenaar van de beslagdebiteur. Bij derdenbeslag wordt beslag gelegd onder de derde, op hetgeen de debiteur nog van deze derde te vorderen heeft (zie art. 475 Rv).[121] In de parlementaire geschiedenis en ook in de literatuur worden deze twee soorten beide wel onder de noemer derdenbeslag gebracht.[122] Dat is naar mijn mening verwarrend, omdat het – ook al is bij beide vormen een derde betrokken – om twee geheel verschillende vormen van beslag gaat.

120 Zie over art. 438 lid 5 Rv Oudelaar 1992, p. 203-206.
121 Zie over dit onderscheid ook par. 6.1.2.
122 Zie bijv. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 83 en Stein 1981, p. 106.

6.3.2.3 Beslagobject: de zaak of het recht?

273. Wanneer in het BW het woord 'zaak' wordt gebruikt, moet men daar soms 'eigendom' voor lezen, soms 'de zaak zelf' en soms beide.[123] Dit wordt de vereenzelviging van zaak en eigendom genoemd.[124] Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dient ertoe om de aanspraken die uit het materiële recht voortvloeien te verwezenlijken. Anders dan het materiële recht, kent het procesrecht niet de nuance tussen het recht en het object van dat recht. Het procesrecht gaat uit van de zaak zelf als object, niet van het recht dat betrekking heeft op de zaak. Beslag wordt niet gelegd op eigendomsrechten, maar op de zaken zelf (waar die eigendomsrechten betrekking op hebben).[125] Dit wordt geïllustreerd door de verschillende categorieën beslagobjecten voor verhaalsbeslag in Rv: dat zijn roerende zaken, effecten, aandelen, onroerende zaken, schepen, luchtvaartuigen, derdenbeslag, alimentatiebeslag en eigenbeslag. Het zijn steeds de objecten van vermogensrechten, niet de vermogensrechten zelf die vatbaar zijn voor beslag. Het valt ook op dat in deze opsomming van de verschillende mogelijke objecten de beperkte rechten niet voorkomen; via de schakelbepaling van art. 437 Rv is hetgeen is bepaald omtrent de executie van goederen ook van toepassing op de executie van beperkte rechten op deze goederen. Het leggen van beslag is een feitelijk gebeuren. De deurwaarder die toegang heeft tot het huis of het bedrijf van een beslagene, mag vooralsnog beslag leggen op alle roerende zaken die hij daar aantreft.[126] Het feit dat *de zaak zelf* het beslagobject is, speelt mijns inziens mee om de procedure van beslaglegging te bepalen. De retentor neemt de zaak als verhaalsobject zoals hij deze onder zich heeft gekregen. De wetgever gaat ervan uit dat de retentor de zaak beschouwde en mocht beschouwen als verhaalsobject; het feit dat een ander dan de schuldenaar eigenaar van de zaak is, is daaraan in beginsel ondergeschikt.[127] Het beslag richt zich op het door de retentor gekozen object. De goederenrechtelijke verhoudingen die bestaan met betrekking tot dat beslagobject en de bezwaren van de gerechtigden komen pas in een later stadium aan de orde. Een derde die het niet eens is met beslag op zijn

123 Snijders 2006, p. 831.
124 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/5a.
125 Vgl. voor het fiscale bodembeslag: Geurts & Tweehuysen 2017/38, p. 227.
126 Jongbloed in Stein/Rueb 2018/17.3.5 brengt dat in verband met de bewijsregels van art. 3:109 en 3:119 BW.
127 Vgl. de rationes van het derdenverhaalsrecht, beschreven in par. 6.2.4.

goed of het goed waar hij een recht op heeft, kan zich daar door middel van een executiegeschil tegen verzetten, zie art. 438 lid 5 Rv, dat volgt op art. 456 Rv voor roerende zaken en art. 538 voor onroerende zaken.

6.3.3 Executoriaal beslag

6.3.3.1 Inleiding

274. Voor executoriaal beslag is een executoriale titel vereist. De executoriale titel is het centrale begrip in het executierecht. De titel legitimeert de executie van het vermogen van de beslagene. De executoriale titel stelt de verhaalsbevoegdheid van de beslaglegger vast. In het 'normale geval' bevat de executoriale titel een veroordeling van de schuldenaar om een prestatie jegens de schuldeiser te leveren. Bij verhaal op het goed van een derde door de retentor liggen de kaarten anders. Een veroordeling van de schuldenaar leidt niet logischerwijs tot een bevoegdheid tot verhaal op het goed van de derde. Het materiële recht (in dit geval art. 3:292 BW) geeft de schuldeiser de bevoegdheid tot verhaal op zaken van derden. Aangezien de executoriale titel fungeert als legitimatie van de verhaalsbevoegdheid, is dan ook de vraag of het verhaalsrecht niet ook daaruit zou moeten blijken. Zoals gezegd biedt het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet een duidelijk stappenplan van de vereisten voor verhaal op goederen van derden. In deze paragraaf beschrijf ik de stappen die de retentor moet zetten om het verhaalsrecht jegens de derde te effectueren. Ik beschrijf de procedure van executoriaal beslag tot en met de beslaglegging zelf. Vanaf dat moment verschilt de situatie niet meer aanmerkelijk van het 'normale' executoriaal beslag, door de schuldeiser op goederen van zijn schuldenaar. Het overschot van de executieopbrengst wordt ingevolge art. 3:270 lid 1 BW uitgekeerd aan hem wiens goed is verkocht; voor roerende zaken bepaalt art. 480 lid 1 Rv dat een overschot aan de geëxecuteerde moet worden afgedragen. Als de zaak van de derde wordt geëxecuteerd, is de derde de geëxecuteerde.[128]

6.3.3.2 De betekenis van art. 435 Rv

275. Art. 435 lid 2 en 3 Rv geven een regeling voor het verhaal van vorderingen op goederen die aan een ander dan de schuldenaar toebehoren. Het artikel is de pendant van art. 708 Rv, voor executoriaal beslag.[129] Het

128 Zie hiervoor par. 6.3.2.2.
129 Zie over art. 708 Rv hierna par. 6.3.4.2.

lezen van art. 435 Rv levert heel wat hoofdbrekens op. De schuldeiser (of diens advocaat) die art. 435 Rv raadpleegt om te zien welke route hij moet bewandelen om het verhaalsrecht jegens de derde/niet-schuldenaar te effectueren, kan wel eens bedrogen uitkomen. Het artikel geeft géén gedetailleerde beschrijving van de te volgen procedure voor het verhaal op het goed van een derde. Wat kan men wél uit het artikel afleiden?

276. Het onderscheid tussen lid 2 en lid 3 van art. 435 Rv zit in het antwoord op de vraag *ten laste van wie* het beslag wordt gelegd. Wordt het beslag ten laste van de schuldenaar gelegd, dan is het voorschrift van lid 3 van toepassing, wordt het beslag ten laste van de derde gelegd, dan is lid 2 van toepassing. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat men bij verhaal op goederen van derden aanvankelijk alleen aan het bepaalde in lid 2 heeft gedacht. Het beslag wordt dan gelegd ten laste van de derde en moet worden betekend aan de schuldenaar. De schuldenaar kan dan maatregelen nemen ter voorkoming van verdere executie. Hoewel het beslag in een lid 2-geval wordt gelegd ten laste van en op het goed van een derde, is het goed denkbaar dat de schuldenaar er in een later stadium toch hinder van ondervindt. Immers, op grond van art. 6:150 sub a BW wordt de derde gesubrogeerd in de vordering en zal deze vervolgens op de schuldenaar willen verhalen.

277. Pas in een later stadium van het wetgevingstraject dat leidde tot de aanpassing van Rv aan het nieuw BW werd lid 3 aan art. 435 Rv toegevoegd. Dat is geschied omdat de verschillende artikelen in Boek 3 BW die een verhaalsrecht op een goed van een derde mogelijk maken, kunnen meebrengen dat de schuldeiser niet weet dat het verhaalsobject *niet* van zijn schuldenaar is. Als hij dan beslag legt ten laste van zijn schuldenaar, moet de derde de gelegenheid hebben om zich tegen de beslaglegging te verweren.[130] De regeling van lid 3 houdt in dat als het beslag ten laste van de schuldenaar wordt gelegd, het binnen acht dagen aan de derde wiens goederen worden beslagen moet worden betekend, of (als hij het recht van de derde niet kent) onverwijld nadat hij van het recht kennis heeft gekregen. Hij zal vermoedelijk van het recht van de derde op de hoogte komen doordat de schuldenaar hem daar op wijst. Indien de derde zich binnen acht dagen na de betekening schriftelijk bij de deurwaarder verzet tegen het verhaal op zijn

130 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.

goed, geldt het beslag jegens hem slechts als conservatoir en kan de executie jegens hem slechts plaatsvinden uit hoofde van een executoriale titel om de executie te dulden. Volgens de minister moet de derde namelijk de gelegenheid hebben de vordering waarvoor dat beslag werd gelegd dan wel de verhaalbaarheid ervan op het goed te betwisten.[131] Verzet de derde – eenmaal door de betekening op de hoogte gesteld – zich niet tegen de voorgenomen executie, dan kan mijns inziens uit art. 435 lid 3 Rv worden afgeleid dat het beslag kan worden gelegd; dat geschiedt dan op de basis van de aanvankelijk alleen tegen de schuldenaar verkregen executoriale titel.

278. Al met al houdt art. 435 lid 2 en 3 Rv een zeer summiere regeling in. Het waarborgt dat de degene ten laste van wie het beslag op de zaak van een derde *niet* wordt gelegd, daar toch van op de hoogte kan komen door overbetekening van het beslag. Lid 3 van art. 435 Rv geeft daarnaast de derde, wier recht de beslaglegger aanvankelijk niet kende, een laagdrempelige manier om zich tegen het beslag te verzetten, door dit bij de deurwaarder te doen. Verzet de derde zich, dan heeft de schuldeiser een executoriale titel jegens de derde nodig waarin de derde wordt veroordeeld de executie te dulden.

6.3.3.3 De executoriale titel

279. De executoriale titel bepaalt en begrenst het recht van de schuldeiser en diens bevoegdheden om zijn recht met behulp van executoriaal beslag te verwerkelijken. Bij beslag op goederen van de schuldenaar zelf, spreekt het voor zich dat de schuldeiser een titel tegen zijn schuldenaar moet verkrijgen. Bij beslag op het goed van een derde, is dit minder evident. De beoogd beslagene is nu juist niet de schuldenaar, maar de verhaalsaansprakelijke derde. Dit uiteenlopen van schuld en verhaalsaansprakelijkheid roept de vraag op, wat de inhoud van de executoriale titel moet zijn om te kunnen dienen als basis voor verhaal op het goed van de derde.

Ratio

280. Een executoriale titel dient ter effectuering van een recht van een schuldeiser, zonder medewerking van de schuldenaar. Het woord 'titel' duidt in dit verband op een schriftelijk stuk dat dient tot bewijs van het in de titel neergelegde. De wetgever heeft volgens Oudelaar alleen die

131 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.

schriftelijke stukken als executoriale titel willen bestempelen, die voldoende zekerheid geven dat het daarin vervatte recht daadwerkelijk bestaat.[132] Het gaat bij de executie tegen de wil van de geëxecuteerde om bevoegdheden van de deurwaarder met een "verstrekkend en ingrijpend karakter", zoals de Hoge Raad het in het arrest Rabobank/Donselaar verwoordt.[133] Bij de tenuitvoerlegging van de executoriale titel kan de schuldeiser zo nodig de dwangmiddelen gebruiken die de overheid ter beschikking heeft.

Bij iedere executoriale titel is een bepaalde instantie betrokken die uit kracht van de wet bevoegd is de authenticiteit van de inhoud van de akte vast te stellen. De betrokkenheid van deze bij de wet aangewezen derde geeft de zekerheid van het bestaan van het recht en legitimeert het dwingende karakter van de executoriale titel.[134] Zonder betrokkenheid van de bevoegde derde, kunnen twee partijen niet afspreken dat een tussen hen geldende afspraak, neergelegd in een onderhandse akte, een executoriale titel vormt.[135] De totstandkoming van een executoriale titel vereist bovendien steeds (een zekere vorm van) betrokkenheid van beide (voor de executie relevante) partijen.

Soorten executoriale titels

281. In art. 430 Rv is neergelegd welke akten als executoriale titel ten uitvoer kunnen worden gelegd. Volgens art. 430 Rv kunnen de grossen van vonnissen, van beschikkingen van de Nederlandse rechter, van authentieke akten en van andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken, als executoriale titel gelden. Een paar voorbeelden van 'andere bij de wet als executoriale titel aangewezen stukken' die dit kunnen illustreren zijn: een proces-verbaal van een verificatievergadering (art. 196 Fw), een dwangbevel van de fiscus (art. 12 jo. art. 14 Iw), een proces-verbaal van een schikking (art. 30m Rv, art. 87 lid 3 Rv) en een arbitraal vonnis waarvoor verlof tot tenuitvoerlegging is verleend (art. 1062 Rv).[136]

---

132 Oudelaar 2003, p. 6.

133 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *JOR* 2013/126 m.nt. A. Steneker, *NJ* 2013/123 (*Rabobank/Donselaar*), r.o. 3.7.

134 In deze zin over de executoriale kracht van de notariële akte: Nauta 1937, p. 277-278 en Jongbloed 2017, p. 7. In andere zin: De Bruijn/Kraan 2012, p. 33.

135 Voor de totstandkoming van pand en hypotheek is wilsovereenstemming vereist. De wet kent vervolgens de bevoegdheid tot parate executie toe. Vgl. hierover Van der Kwaak 1990, p. 40-44.

136 Zie voor een uitgebreidere lijst van executoriale titels Jongbloed 2016, p. 3 en Stein & Westenberg 2016.

282. De voor het onderwerp van executoriaal verhaalsbeslag meest voorkomende categorie executoriale titels zijn de grossen van vonnissen.[137] In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat alleen veroordelende (ook wel: condemnatoire) vonnissen kunnen dienen als een executoriale titel.[138] De reden die wordt gegeven is dat in declaratoire of constitutieve uitspraken geen sprake is van een veroordeling tot het verrichten van een prestatie, zodat zo een uitspraak zich niet leent voor tenuitvoerlegging. In mijn ogen is bijstelling van deze zienswijze verdedigbaar. Niet alleen veroordelende, maar ook declaratoire vonnissen kunnen – onder omstandigheden – vatbaar zijn voor executie. Het gaat erom dat uit het vonnis voldoende duidelijk een aanspraak van de schuldeiser blijkt.[139] Ten eerste oordeelde de Hoge Raad expliciet dat een verklaring voor recht ook een executoriale titel kan opleveren.[140] Bovendien is bij verschillende andere soorten executoriale titels ook geen sprake van een veroordeling van een partij, maar alleen van een gezaghebbende vaststelling. Het niet-condemnatoire karakter staat bijvoorbeeld bij een hypotheekakte die wordt gebruikt voor beslagexecutie door de (voormalig) hypotheekhouder niet aan de kwalificatie als executoriale titel in de weg.[141] Hetzelfde geldt voor een notariële akte van schulderkenning; ook deze kan dienen als executoriale titel.[142] Hetzelfde geldt voor een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de homologatie van een surseanceakkoord: dit levert ingevolge art. 274 Fw – samen met een uittreksel van het proces-verbaal van de verificatievergadering – een voor tenuitvoerlegging vatbare executoriale titel op jegens de schuldenaar en de tot het akkoord als borgen toegetreden personen.[143] Ook het gehomologeerde

137 Steneker 2013, p. 444.
138 Jongbloed 2009, p. 611, Groeneveld-Tijssens 2015b, p. 214, Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/64, Krzemiński 2016, p. 5, Jongbloed 2017, p. 1-2, annotatie Jongbloed onder HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1061, *AA* 2017, p. 825, Klaassen, Meijer & Snijders 2017/41, Jongbloed 2018, p. 305 en 323, Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018/242.
139 In deze zin ook: Molengraaff 1905, p. 225-226 en Molengraaff 1914, p. 208 voetnoot 1.
140 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 m.nt. Th.M. de Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Promneftstroy/Yukos*), r.o. 3.5.6 en 3.5.7 (laatste regel).
141 Vgl. HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0646, *NJ* 1993/449 m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Visser*) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *NJ* 2013/123 m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2013/126 m.nt. A. Stekener (*Rabobank/Donselaar*).
142 Vgl. Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062.
143 Van der Feltz II, p. 187-188.

surseanceakkoord heeft geen veroordelend karakter.[144] Gelet op het gebrek aan veroordelend karakter van veel andere gebruikelijke executoriale titels, zie ik niet in waarom het (zuiver) declaratoire karakter er bij een vonnis (of beschikking) *wel* aan in de weg zou moeten staan aan dat de uitspraak een executoriale titel oplevert. Het ligt evenmin voor de hand om vonnissen anders te behandelen dan andersoortige schriftelijke stukken die de wet aanmerkt als executoriale titel. Uit art. 430 Rv is bovendien niet af te leiden dat alleen *veroordelende* vonnissen een executoriale titel kunnen opleveren. Deze ruime benadering van executoriale titels biedt mogelijkheden om bijvoorbeeld een notariële akte van schulderkenning of een vonnis waarin het retentierecht (en de derdenwerking) wordt vastgesteld (ook zonder een veroordeling van de schuldenaar tot betaling in te houden) te gebruiken als executoriale titel voor verhaal op de goederen van de derde.

Maar ook als men – met de heersende leer – het declaratoire vonnis per definitie ongeschikt acht voor tenuitvoerlegging, kan er met het oog op het verhaal op goederen van derden een mouw aan de in te stellen vordering worden gepast. Bij verhaal op het goed van een derde, gaat het erom dat de derde moet dulden dat zijn goed wordt uitgewonnen voor de schuld van een ander. Wil een partij de onzekerheid die kleeft aan een verklaring voor recht omzeilen,[145] dan kan zij haar vordering zo inkleden, dat de derde wordt *veroordeeld* om verhaal op zijn zaak door de retentor te dulden.[146] Het gegeven dat in zijn algemeenheid alleen veroordelende vonnissen geschikt worden geacht voor tenuitvoerlegging, is de reden dat Van Mierlo in zijn noot onder het Yukos-arrest uit 2015[147] schrijft dat het petitum zo moet worden ingericht dat niet alleen een verklaring voor recht wordt gevorderd, maar ook een veroordeling van de gedaagde om de executie te dulden.[148] Het enkele hierop aanpassen van het petitum is misschien niet 'teveel gevraagd' voor de retentor.

---

144 Het gehomologeerde akkoord levert wel een executoriale titel op, maar doet de vorderingen niet bindend jegens de schuldenaar vaststaan, zie HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4483, *NJ* 2005/362 m.nt. P. van Schilfgaarde (*UPC/Movieco*), r.o. 3.5.

145 Zie over die onzekerheid Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/64.

146 Zie over de veroordeling om te dulden (op basis van art. 3:296 lid 1) in plaats van de vordering tot een negatieve verklaring voor recht (op basis van art. 3:302 BW): Groeneveld-Tijssens 2015a/60. Groeneveld-Tijssens brengt de veroordeling om te dulden in verband met art. 3:296 lid 1 BW, waarin is bepaald dat men kan worden veroordeeld om *na te laten*. Daarmee lijkt zij aan te nemen dat 'dulden' hetzelfde is als 'nalaten'.

147 Zie over dit arrest par. 6.4.4.

148 Annotatie van A.I.M. van Mierlo, nr. 7 in *NJ* 2016/425 onder HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299.

In paragraaf 6.3.3.4 ga ik uitsluitend in op het *vonnis* als executoriale titel. Ik neem aan dat executie in de meeste gevallen met behulp van een (veroordelend) vonnis zal geschieden.[149] Hetgeen ik in het vervolg schrijf over het vonnis geldt mijns inziens ook voor andere titels. Anders dan bij een vonnis dat men via de rechter verkrijgt, is de eventuele betrokkenheid van de derde bij de verschillende andere soorten titels wel minder vastomlijnd. Waar Rechtsvordering verschillende mogelijkheden kent om een derde in het proces te betrekken, zijn er (uiteraard) geen duidelijke regels voor het betrekken van een derde bij een notariële schulderkenning. Indien nodig, kan hiervoor mijns inziens wel aansluiting worden gevonden bij de verschillende voorzieningen in Rechtsvordering.

Eisen aan de executoriale titel

283. In algemene zin geldt dat een executoriale titel 'voldoende bepaald' moet zijn, om voor tenuitvoerlegging geschikt te zijn. In het arrest Rabobank/Donselaar oordeelt de Hoge Raad dat de vordering van de beslaglegger met voldoende bepaaldheid in de titel moet zijn omschreven. Ik zou denken dat deze eis van voldoende bepaaldheid niet alleen geldt voor de *vordering* van de beslaglegger, maar ook voor de overige onderdelen van de executoriale titel.[150] De eis van voldoende bepaaldheid is in de eerste plaats een waarborg voor de beslagene. De ingrijpende gevolgen van een executoriaal beslag zijn alleen gerechtvaardigd, wanneer deze daadwerkelijk zijn vastgesteld door een derde die daartoe aan de wet de bevoegdheid ontleent en ze voldoende duidelijk uit de titel blijken. In de tweede plaats zorgt het feit dat een executoriale titel 'voldoende bepaald' moet zijn ervoor dat een deurwaarder, die het beslag feitelijk legt, voldoende geïnstrueerd is.[151] Voor het beslag dat een retentor legt op

149 In het preadvies voor de Broederschap der Notarissen uit 1937 merkt Grosheide naar aanleiding van een enquête, die hij hield onder notarissen, op p. 231-232 op, dat: "blijkbaar executie van grossen van notarieele acten in de practijk slechts betrekkelijk weinig voorkomt." Zie Grosheide 1937, p. 231-232. Ik beschik niet over data om deze uitspraak in de huidige tijd te kunnen toetsen.

150 Vgl. Oudelaar 2003, p. 10 en Stein & Westenberg 2016 met verwijzingen naar rechtspraak.

151 Vgl. art. 434 Rv, dat bepaalt dat de overhandiging van de executoriale titel aan de deurwaarder hem machtigt de gehele executie uit te voeren.

de zaak van een derde brengt de eis van voldoende bepaaldheid naar mijn mening het volgende mee. Om geschikt te zijn als executoriale titel voor beslag op het goed van een derde is vereist dat twee elementen uit de titel blijken:[152]

a) De vordering van de retentor; en
b) het verhaalsrecht van de retentor.

284. Ad a) Het is vanzelfsprekend dat de vordering van de beslaglegger uit de executoriale titel moet blijken.[153] De vordering moet op het moment van beslaglegging opeisbaar zijn en niet gebonden aan een opschortende voorwaarde.[154] [155]

285. Ad b) In het geval van beslag door de retentor op de zaak van een derde, heeft het verhaalsrecht niet betrekking op de schuldenaar, maar op de derde.[156] De derdenwerking van het retentierecht biedt de schuldeiser de materieelrechtelijke basis voor verhaal op het goed van de derde. Het retentierecht en de derdenwerking ervan zijn in mijn ogen beide een onmisbaar onderdeel van de executiebevoegdheid jegens de derde en moeten daarom als zodanig uit de executoriale titel blijken. Dat is ook waar art. 435 lid 3 Rv van uit gaat, wanneer de retentor (aanvankelijk) niet wist dat de teruggehouden zaak van een ander was: hij heeft dan in eerste instantie een 'gewone' titel tegen zijn schuldenaar verkregen. Wanneer de derde zich bij de deurwaarder verzet is ook een executoriale titel tegen de derde vereist.[157] In het normale geval van beslag op de zaak van de schuldenaar zelf, blijkt uit de wet (art. 3:276 BW) al dat de schuldeiser zich op *alle* goederen van zijn schuldenaar mag verhalen. Vanwege deze ruimst mogelijke omschrijving van het verhaalsobject in art. 3:276 BW, is een nadere bepaling van de verhaalbaarheid op de goederen van de schuldenaar niet vereist. Iets vergelijkbaars is te zien bij het bodembeslag van de

152 Dat de vaststelling van deze twee elementen van belang is bij verhaal op het goed van een derde, is af te leiden uit de parlementaire geschiedenis bij art. 435 Rv, zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.
153 Vgl. Jongbloed 2009, p. 615.
154 Mijnssen & Van Mierlo 2018/1.10.
155 Het hebben van een retentierecht veronderstelt overigens, dat de schuldeiser een vordering op zijn schuldenaar heeft; zie par. 3.3.4, maar de uitsplitsing maakt inzichtelijk dat in ieder geval de vordering waarvoor de retentor beslag legt ook uit de executoriale titel moet blijken.
156 Zie verder par. 6.2.3.
157 Zie verder par. 6.3.3.2 over art. 435 lid 2 en 3 Rv.

fiscus op grond van art. 22 lid 3 Iw: daarvoor volstaat een dwangbevel (= executoriale titel) tegen de schuldenaar. Dat komt doordat de wet zélf de fiscus het recht toekent om zich te verhalen op *alle* bodemzaken die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden, ongeacht van wie deze zijn. Ook het huwelijksvermogensrecht bevat als gezegd een derdenverhaalsrecht. Wanneer vaststaat dat een schuldenaar in gemeenschap van goederen getrouwd is, kan de privéschuldeiser zich krachtens art. 1:96 BW ook verhalen op de huwelijksgemeenschap. Het verhaalsrecht op goederen van derden is in deze gevallen al wettelijk vastgelegd. Omdat (de omvang van) het verhaalsrecht volgt uit de wet, hoeft dit niet expliciet uit de titel te blijken.[158] Het verhaalsrecht op goederen van derden van de retentor bestaat daarentegen alleen, wanneer het retentierecht ten eerste *bestaat*, en ten tweede *derdenwerking* heeft. Daarom is het nodig dat uit de executoriale titel dit bijzondere verhaalsrecht blijkt dat bestaat uit deze twee samenstellende onderdelen. Een vergelijkbare omschrijving van de specifieke bepaaldheid van de verhaalsbevoegdheid van de beslaglegger zien we bij executoriaal beslag tot afgifte of levering: de titel moet dan ingevolge art. 491 lid 2 Rv bepalen aan wie de afgifte moet plaatsvinden. De deurwaarder neemt de bedoelde zaak in beslag en geeft deze aan de bedoelde persoon af. Uit de titel zelf blijkt het recht en de beoogde ontvanger. Bij het beslag op het goed van een derde, zal ook het specifieke recht dat de verhaalsbevoegdheid toestaat, moeten blijken.

6.3.3.4 Drie modaliteiten van de executoriale titel

Inleiding

286. In de literatuur bestaat onenigheid over de vraag over welke executoriale titel(s) de schuldeiser moet beschikken om het goed van een derde executoriaal te kunnen (doen) verkopen. De meeste schrijvers menen dat de schuldeiser zowel de schuldenaar als de derde moet dagvaarden.[159] Anderen zijn van mening dat het (onder omstandigheden) voldoende is als alleen de schuldenaar of de derde wordt gedagvaard.[160] Het is goed voor te stellen

158 Zie bijvoorbeeld HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2749, *NJ* 1999/130, r.o. 3.2. Het dwangbevel van de fiscus tegen de man, kon worden gebruikt als executoriale titel voor verhaal op de huwelijksgoederengemeenschap.

159 Fikkers 2000, p. 13, Van den Heuvel 2009, p. 670, Tuil 2009, p. 53-54, Mijnssen & Van Mierlo 2018/1.14.

160 Oudelaar 1995, p. 81 en Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/471.

dat de schuldeiser die goederen van de bloot-verhaalsaansprakelijke derde wil uitwinnen, liever volstaat met het dagvaarden van één partij. Hierna bespreek ik in hoeverre de drie verschillende modaliteiten van executoriale titels (tegen de schuldenaar, tegen de derde tot het dulden van de executie, dan wel combinatie van de twee voorgaande) noodzakelijk en voldoende zijn voor het beoogde doel.

Bij het verhaal op het goed van een derde door de retentor is naar mijn mening geen sprake van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, zodat niet *om die reden* geldt dat zowel de schuldenaar als de derde bij de procedure moeten worden betrokken.[161] Het is niet noodzakelijk dat de beslissing ten aanzien van alle betrokkenen in dezelfde zin luidt. Het gaat erom dat de beslissing zo luidt, dat de retentor een vordering op de schuldenaar heeft, die verhaalbaar is op een bepaald vermogensbestanddeel van de derde.

Een executoriale titel tegen de schuldenaar

287. De eerste denkbare modaliteit van een executoriale titel bij verhaal op goederen van derden is het 'standaardgeval'; een titel verkregen tegen de schuldenaar. Normaal gesproken is een executoriale titel een akte waarin een *schuldenaar* wordt veroordeeld tot een bepaalde prestatie jegens een schuldeiser. Een dergelijke titel is naar mijn mening niet voldoende voor verhaal op het goed van een derde. Een titel waarin alleen de schuldenaar wordt veroordeeld tot betaling, maar het verhaalsrecht van de schuldeiser met betrekking tot de derde niet wordt vastgesteld, voldoet niet aan het in paragraaf 6.3.4.3 geformuleerde vereiste van voldoende bepaaldheid. Zo'n titel legitimeert alleen het verhaal op de voet van art. 3:276 BW, op alle goederen van de schuldenaar. Maar hij schiet te kort als legitimatie voor verhaal op goederen van derden, wanneer het verhaalsrecht jegens een derde niet uit die titel (of uit de wet) blijkt. Dit volgt niet alleen uit het vereiste van voldoende bepaaldheid, maar ook uit het arrest Schuring/Sweelinck Conservatorium dat gaat over de tenuitvoerlegging tegen derden van executoriale titels, verkregen tegen de eigen wederpartij.[162] In het arrest

161 Zie over de processueel ondeelbare rechtsverhouding Lock 2017, p. 127-138 met verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

162 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/267, m.nt. W.H. Heemskerk (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*), r.o. 3.2.

oordeelde de Hoge Raad dat een executoriale titel ook jegens derden die daarbij geen partij waren geldt, binnen de grenzen van de formulering van de veroordeling en de wettelijke regels. Wanneer in een executoriale titel alleen de schuldenaar wordt veroordeeld tot een bepaalde prestatie (het 'standaardgeval'), blijkt uit die formulering niet dat deze titel ook tegen een derde ten uitvoer kan worden gelegd. Evenmin volgt dat noodzakelijkerwijs uit de wettelijke regels. Art. 3:292 BW bepaalt wel dat de retentor zich ook mag verhalen op goederen van derden, maar daarmee is niet gegeven dat het retentierecht daadwerkelijk *bestaat* en ook *derdenwerking* heeft. Executoriale verkoop en verhaal tegen de wil van de schuldenaar en/of derde is een dermate ingrijpend middel, dat de bij de wet bevoegd aangewezen (overheids)instantie die de executoriale titel opmaakt, betrokken moet zijn geweest bij het vaststellen van het verhaalsrecht jegens de derde.

Wat vertelt Rv ons over de vereisten die gelden voor verhaal op goederen van derden? Uit art. 435 lid 3 Rv is af te leiden dat de beslaglegger onder omstandigheden niet voldoende heeft aan een titel tegen de schuldenaar, maar ook een executoriale titel tegen de derde tot het dulden van de executie nodig heeft. In lid 3 is bepaald dat een executoriaal beslag op goederen van derden dat *ten laste van de schuldenaar* wordt gelegd, binnen acht dagen na de beslaglegging ten laste van de schuldenaar moet worden betekend aan de derde, of als de beslaglegger het recht van de derde niet kent, binnen acht dagen nadat hij ermee bekend is geworden. De derde heeft dan op zijn beurt acht dagen om zich schriftelijk bij de deurwaarder tegen het beslag op zijn goed te verzetten. Doet hij dit tijdig, dan geldt het beslag jegens hem slechts als conservatoir. De executie kan dan slechts plaatsvinden uit hoofde van een executoriale titel tegen de derde om de executie te dulden.

Art. 435 lid 3 Rv gaat uit van de situatie dat de beslaglegger (aanvankelijk) niet weet dat het verhaalsobject niet aan zijn schuldenaar toebehoort.[163] De executoriale titel is om deze reden noodzakelijkerwijs alleen gericht tot de schuldenaar zelf en bevat geen vaststelling van het verhaalsrecht van de derde. In dat geval kán de executie van de goederen van de derde niet plaatsvinden, voordat het beslag aan hem is betekend. De mogelijkheid van verzet bij de deurwaarder biedt de derde vervolgens een

163 Bij het retentierecht op goederen van derden is de mogelijkheid dat de retentor geen kennis van de eigendomsverhoudingen heeft reëel; zie par. 4.3.4.4.

laagdrempelige manier om voorlopig de executie van zijn zaak af te wenden.[164] De beslaglegger moet na dat verzet actie ondernemen om een executoriale titel te verkrijgen die de derde veroordeelt om de executie te dulden. In de procedure ter verkrijging van deze titel zal het verhaalsrecht op de zaak van de derde moeten worden vastgesteld. De titel tot het dulden, in combinatie met de executoriale titel die al was verkregen tegen de schuldenaar, verschaft in dat geval de legitimatie voor het verhaal op het goed van de derde. Als de derde na betekening stil blijft zitten, kan de executie op basis van alleen een titel tegen de schuldenaar op het goed van de derde worden voortgezet, maar wederom alleen wanneer zowel de vordering als het verhaalsrecht van de retentor daaruit blijken. Art. 456 Rv (voor roerende zaken) en art. 538 (voor onroerende zaken) bieden nog wel een vangnet voor de derde die na de betekening de kans heeft laten schieten om zich bij de deurwaarder te verzetten tegen de executie. Deze artikelen bepalen dat de derde wiens recht geëerbiedigd moet worden zich tot aan de verkoop ertegen kan verzetten. Hij kan een executiegeschil starten. In art. 438 lid 5 Rv staat dat de derde de executant én de geëxecuteerde moet dagvaarden.[165] Zoals ik in paragraaf 6.3.2.1 uiteenzette, is de derde *zelf* te beschouwen als de geëxecuteerde, zodat het dagvaarden van de executant mijns inziens volstaat. Vanaf het moment van de executoriale verkoop is er geen mogelijkheid meer tot verzet; dan prevaleert het belang van de executiekoper op nakoming van de verbintenissen uit de koopovereenkomst.[166]

Wanneer de retentor wél weet dat de zaak van een derde is, kan het alsnog voldoende zijn om alleen een titel tegen de schuldenaar te verkrijgen (en niet ook een titel om de executie te dulden tegen de derde). Het feit dat ook het verhaalsrecht jegens de derde uit de titel moet blijken, betekent niet dat het derdenverhaalsrecht van de retentor *niet* in een procedure tegen de schuldenaar zelf kan worden vastgesteld. Het retentierecht en de derdenwerking ervan kunnen ook in die procedure aan de orde komen.

164 Nu het verzet van de derde bij de deurwaarder moet geschieden, heeft de deurwaarder naar mijn mening overigens de taak om de derde adequaat over deze mogelijkheid te informeren.

165 Art. 438 lid 5 staat in de titel met algemene bepalingen en geldt zodoende voor roerende en onroerende zaken; zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 94.

166 Ik laat de discussie over de gevolgen voor executoriale verkoop van vernietiging in hoger beroep van een vonnis dat nog niet in kracht van gewijsde is gegaan buiten beschouwing. Zie daarover o.m. Steneker 2017, p. 441-443 en Biemans 2018, p. 102-108.

De retentor moet in een procedure tegen de schuldenaar stellen en zo nodig bewijzen dat hij een retentierecht heeft en dat dit derdenwerking heeft. Het door de retentor beoogde rechtsgevolg is uitwinning van het goed van de derde, zodat hij voor *dat* rechtsgevolg voldoende moet stellen.[167] Betrokkenheid van de derde is voor beide onderdelen niet per definitie noodzakelijk. Het retentierecht is ontstaan in de verhouding tot de schuldenaar zelf. De retentor heeft een vordering op hem; de schuldenaar kan daar desgewenst verweer tegen voeren. En *diens* bevoegdheid jegens de derde, of het gerechtvaardigd vertrouwen van de retentor daarop, maken op grond van art. 3:291 lid 2 BW dat het retentierecht derdenwerking heeft. De noodzakelijke elementen om het verhaalsrecht jegens de derde vast te stellen kunnen dus ook zonder de betrokkenheid van de derde aan de orde komen.

Wanneer de betrokkenheid van de derde in de procedure toch wenselijk is, biedt Rv daarvoor verschillende ingangen. Uit eigen beweging kan hij zich voegen aan de zijde van de schuldenaar of hij kan tussenkomen op grond van art. 217 Rv.[168] Aangezien een consequentie van toewijzing van de vordering zal zijn dat verhaal op zijn goed kan worden genomen, heeft hij hier voldoende belang bij in de zin van art. 217 Rv.[169] De derde kan zich er door middel van voeging of tussenkomst op beroepen

167 Zie art. 30a lid 3 sub d Rv dat voorschrijft dat de procesinleiding de vordering en de gronden bevat en ook art. 21 Rv dat partijen verplicht de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. De eiser moet ingevolge art. 30a lid 3 sub f Rv eveneens de door de verweerder aan te voeren verweren en de gronden daarvoor aanvoeren. Hierin moet de retentor mijns inziens ook anticiperen op verweren die de derde tegen de derdenwerking van het retentierecht zou kunnen aanvoeren. Zie art. 111 Rv-oud voor dezelfde eisen aan de dagvaarding. Vanwege de gefaseerde inwerkingtreding van de KEI-wetgeving (Stb. 2016, 288) zijn gedurende enige tijd twee versies van Rv van toepassing, naar gelang de procedure al dan niet digitaal wordt gevoerd, zie https://wetten.overheid.nl/BWBR0039872/2017-03-01/1/informatie. Op het moment van het afronden van mijn onderzoek (november 2018) was de verdere voortgang van de KEI-wetgeving – waaronder de digitalisering van de rechtspraak – onzeker. Op 15 november 2018 heeft de Minister voor Rechtsbescherming een brief aan de Tweede Kamer gestuurd waarin hij aangeeft dat hij onderzoekt hoe de KEI-wetgeving in werking kan treden zonder de verplichte digitalisering. Hij verwacht hierover begin 2019 duidelijkheid te geven, zie brief van de Minister voor Rechtsbescherming van 15 november 2018, kenmerk 2413789, p. 4. Als ik verwijs naar artikelen in de versie van Rv die geldt in geval van niet-digitaal procederen, terwijl van datzelfde wetsartikel ook een versie bestaat die geldt ingeval van digitaal procederen, noem ik de eerste variant 'Rv-oud'.

168 Zie nader over voeging en tussenkomst Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018/127 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/46 en 47.

169 Vgl. HR 3 mei 1957, *NJ* 1957/62 m.nt. D.J. Veegens.

dat de schuldenaar jegens hem niet bevoegd was om de overeenkomst met de retentor aan te gaan. De derde zou zich eveneens kunnen beroepen op het beginsel van subsidiariteit met als doel het voorkomen van uitwinning van zijn zaak.[170] Daarnaast is denkbaar dat de schuldenaar of de retentor de derde op de voet van 30g Rv (of art. 118 Rv-oud) in het geding roept, of dat de derde als (partij-)getuige wordt opgeroepen.[171]

Art. 435 lid 3 Rv gaat als gezegd ervan uit dat de retentor niet weet dat het beslagobject niet van zijn schuldenaar is. Logischerwijs bevat de titel, die de retentor aanvankelijk tegen de schuldenaar heeft verkregen, dan geen vaststelling van het verhaalsrecht jegens de derde. Maar uit lid 3 van art. 435 Rv kan mijns inziens niet worden afgeleid, dat altijd een executoriale titel tot het dulden van de executie tegen de derde moet worden verkregen. Evenmin kan uit het artikellid worden afgeleid dat *geen* bijzondere eisen worden gesteld aan de executoriale titel tegen de schuldenaar – die vervolgens aan de derde moet worden betekend. Voor deze beide conclusies is het door art. 435 lid 3 Rv bestreken geval te specifiek (namelijk: de schuldeiser wist niet van de eigendom van de derde, heeft beslag gelegd ten laste van de schuldenaar en betekent dit over aan de derde waarna de derde zich ertegen verzet).

Een executoriale titel tegen de derde om de executie te dulden

288. De tweede modaliteit van een executoriale titel die de retentor zou kunnen verkrijgen is een titel tegen de derde om de executie van diens goed te dulden. In het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering is in twee gevallen bepaald, dat het verhaal op goederen van de derde alleen kan plaatsvinden krachtens zo'n executoriale titel jegens de derde om de executie te dulden. In de eerste plaats is dat in een art. 435 lid 3 Rv-geval, zoals hierboven beschreven. Het tweede geval is art. 708 lid 2 Rv. Het artikel schrijft een 'duldingstitel' voor, wanneer de schuldeiser aanvankelijk conservatoir beslag heeft gelegd jegens de schuldenaar (omdat hij niet wist dat de teruggehouden zaak niet aan de schuldenaar toebehoorde) en dit beslag vervolgens wordt betekend aan de derde en de derde zich tijdig bij de deurwaarder ertegen verzet. In dát geval is – voor executoriaal beslag – een executoriale titel tegen de derde om de executie te dulden verplicht.

---

170 Zie par. 6.2.6.

171 Per 1 maart 2017 is door de inwerkingtreding van de KEI-wetgeving art. 118 Rv-oud vernummerd naar art. 30g Rv in geval van digitaal procederen. Inhoudelijk is de bepaling gelijk gebleven, zie Parl. Gesch. Rv (KEI) 2016/I.25.3. Zie over de KEI-wetgeving ook voetnoot 167.

In de parlementaire geschiedenis staat dat de schuldeiser die zich kan verhalen op goederen van derden, beslag kan leggen uit hoofde van een executoriale titel waarbij de derde wordt veroordeeld om de executie "te gehengen en te gedogen".[172] In de tekst van art. 435 lid 3 Rv is dit 'gehengen en gedogen' vervangen door 'dulden', waar volgens de parlementaire geschiedenis hetzelfde mee wordt bedoeld.[173] Een derde moet de executie van zijn goed dulden, wanneer het verhaalsrecht van de schuldeiser jegens hem vaststaat. Ook voor deze executoriale titel geldt dat hij voldoende bepaald moet zijn, om het verhaal op het goed van een derde te legitimeren. Het verhaalsrecht van de retentor jegens de derde bestaat als gezegd eruit dat de vordering van de retentor, het retentierecht en de derdenwerking daarvan vast komen te staan.[174] Deze elementen zijn alle constitutief voor de legitimerende kracht van de executoriale titel tot het dulden van een executie van een goed van een derde. Oudelaar komt voorzichtig tot het standpunt dat het 'wellicht' voldoende is als alleen de derde wordt gedagvaard om de executie te dulden, mits in die procedure zowel de vordering als de verhaalbaarheid van de vordering op het goed van de derde wordt vastgesteld.[175] Van Mierlo neemt eveneens aarzelend dit standpunt in.[176] Ik deel de terughoudendheid van Oudelaar en Van Mierlo niet. Een executoriale titel dient ter legitimatie van het afdwingen van een aanspraak buiten de wil en medewerking van de geëxecuteerde om. Wie de adressaat is van de rechtsvordering van de schuldeiser, is mijns inziens van ondergeschikt belang. Het gaat erom dat de vordering en het verhaalsrecht vast komen te staan. En zelfs al zou men het wel belangrijk vinden dat de juiste persoon in de executieprocedure wordt betrokken, dan nog meen ik dat de derde de relevante procespartij is. Het vermogen van de derde is immers het doelwit van de executie. Ook uit het besproken geval van art. 708 lid 2 Rv (dat gaat over conservatoir beslag dat aanvankelijk ten laste van de schuldenaar wordt gelegd en daarna betekend aan de derde)

172 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92.
173 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 92. 'Gehengen en gedogen' was onder het recht van voor 1992, noch onder het huidige recht een wettelijke term, maar lijkt in de praktijk te zijn ontstaan. De terminologie 'gehengen en gedogen' wordt getuige een korte zoekactie op rechtsorde.nl nog altijd gebruikt in de rechtspraktijk.
174 Oudelaar 2001, p. 38.
175 Oudelaar 2001, p. 38.
176 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/471 drukt zich voorzichtig uit: "de schuldeiser [moet] buiten het faillissement een executoriale titel (…) zien te verkrijgen tegen de derde op wiens goed hij verhaal kan nemen."

blijkt mijns inziens niet dat in dat geval noodzakelijkerwijs *eveneens* een executoriale titel jegens de schuldenaar is vereist. Mocht de betrokkenheid van de schuldenaar gewenst zijn, dan biedt Rv daartoe verschillende incidenten zoals oproeping, vrijwaring, voeging en tussenkomst.

Het feit dat niet de schuldenaar maar de derde wordt gedagvaard, sluit de mogelijkheid van vaststelling van het bestaan en de omvang van de vordering op de schuldenaar niet uit. Om dit te bereiken kan de schuldenaar in het geding worden geroepen op grond van art. 30g Rv (art. 118 Rv-oud),[177] of in vrijwaring worden opgeroepen (art. 210 e.v. Rv).[178] Ook kan de schuldenaar uit eigen beweging vorderen om zich in het geding te voegen (art. 217 Rv).[179] Een andere mogelijkheid is om de schuldenaar als getuige op te roepen. Hij heeft daar belang bij, omdat de derde die is uitgewonnen wordt gesubrogeerd in de vordering van de schuldeiser en zal proberen om die vordering alsnog te verhalen op de schuldenaar. De schuldenaar kan zich bijvoorbeeld verweren tegen de (hoogte van de) vordering van de retentor of tegen het retentierecht. Het procesrecht biedt naar mijn mening voldoende mogelijkheden voor de derde om de schuldenaar in de procedure tussen hem en de retentor te betrekken, en ook voldoende mogelijkheden voor de schuldenaar om zich desgewenst met de procedure te bemoeien. Zonder betrokkenheid van de schuldenaar kan het praktisch lastig zijn voor de bevoegde instantie om de vordering, het retentierecht en de derdenwerking vast te stellen. Maar deze hobbel van praktische aard neemt mijns inziens het principiële punt niet weg; namelijk dat een executoriale titel tegen de derde om de executie te dulden volstaat, (wederom) mits de titel voldoende bepaald is.

Het Yukos-arrest van de Hoge Raad uit 2015 biedt verder een beetje steun aan het standpunt dat een executoriale titel tegen de derde voldoende is voor verhaal op diens goed.[180] De Hoge Raad oordeelde kort samengevat dat de schuldeiser wiens schuldenaar heeft opgehouden te bestaan, de derde-verhaalsaansprakelijke kan dagvaarden. De Hoge Raad

177 Zie over gedwongen tussenkomst De Folter 2015 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/48-54.

178 Zie over vrijwaring Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018/122-126 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/37-44.

179 Zie over voeging Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/45-46.

180 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 m.nt Th. De Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Promneftstroy/Yukos*).

overweegt dat deze voorziening er is, aangezien de derde de enig overgebleven belanghebbende is met betrekking tot de goederen.[181] Vanwege de specifieke casus van het niet-meer-bestaan van de schuldenaar, biedt het Yukos-arrest buiten deze gevallen niet een dragend argument voor het standpunt dat het dagvaarden van de derde volstaat voor verhaal op diens goed.[182] Wel kan uit die zaak worden afgeleid wat geldt, wanneer het aanspreken van de schuldenaar niet meer mogelijk is. In paragraaf 6.4 ga ik daar uitgebreider op in voor het retentierecht op zaken van derden. Ook bij de retentor kan het zich immers voordoen dat de schuldenaar (al of niet lopende de procedure tegen hem) ophoudt te bestaan of in andere zin niet meer beschikbaar is voor verhaal.

Combinatie van een titel tegen de schuldenaar en tegen de derde

289. In het voorgaande besprak ik de geschiktheid van twee modaliteiten van executoriale titels voor verhaal op het goed van een derde: uitsluitend een titel tegen de schuldenaar zelf, en uitsluitend een titel tegen de derde om de executie te dulden. De meeste auteurs gaan ervan uit dat deze twee op zichzelf onvoldoende zijn voor verhaal op het goed van een derde. Zij gaan ervan uit dat *zowel* een titel tegen de schuldenaar, als tegen de derde om de executie te dulden, is vereist. In deze paragraaf bespreek ik deze – derde – modaliteit. Volgens Fikkers lijkt de parlementaire geschiedenis ervan uit te gaan dat – naast een titel tot het dulden tegen de derde – al een executoriale titel jegens de schuldenaar is verkregen.[183] Van den Heuvel en Mijnssen & Van Mierlo menen dat de schuldeiser de schuldenaar én de derde moet dagvaarden. De derde moet volgens hen worden mee-gedagvaard om executie van een hem toebehorend goed te gehengen en gedogen.[184] Bovengenoemde auteurs beargumenteren hun standpunt nauwelijks. Ook Tuil heeft zich op het standpunt gesteld dat een

181 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299 (*Promneftstroy/Yukos*), r.o. 3.5.6.

182 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/471 maakt het niet expliciet, maar lijkt de mogelijkheid van het alleen aanspreken van de derde inderdaad te beperken tot het geval dat de schuldenaar failliet is of heeft opgehouden te bestaan.

183 Fikkers 2000, p. 13. Zie ook Wiggers 2015, p. 49.

184 Oudelaar 1995, p. 81-82, Fikkers 2000, p. 13, Van den Heuvel 2009, p. 670, Tuil 2010, p. 736, Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/472, Mijnssen & Van Mierlo 2018/1.14. Overigens schrijft Van Mierlo dat executie van de zaak van de derde krachtens uitsluitend een executoriale titel tegen de derde wél mogelijk is als de schuldenaar failliet is, zie Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/471 en hierna, par. 6.4.

executoriale titel die de derde veroordeelt het verhaal op zijn goed te dulden, onvoldoende is.[185] Tuil draagt hiervoor drie heldere – maar niet overtuigende – argumenten aan. Ten eerste stelt hij dat een derde niet verplicht kan worden de executie te dulden, voordat de schuldenaar tot betaling verplicht is. Dat laatste is volgens Tuil pas het geval als de schuldenaar daartoe wordt veroordeeld. Ten tweede speelt volgens Tuil het probleem dat de derde zich niet adequaat kan verweren tegen de vordering van de schuldeiser. Ten derde is volgens Tuil sprake van misbruik van procesrecht, wanneer de schuldeiser niet ook de schuldenaar dagvaardt. De argumenten van Tuil overtuigen mij niet. Ten eerste is de schuldenaar niet pas tot betaling verplicht indien hij daartoe door de rechter wordt veroordeeld. Met het verkrijgen van executoriale titel is de verplichting alleen door het bevoegde (overheids)gezag formeel vastgesteld en kan de vordering op diens vermogen worden verhaald zonder medewerking van de schuldenaar. Bovendien betekent een procedure tegen de derde niet dat de vordering op de schuldenaar niet in rechte zou kunnen worden vastgesteld. Tegen het tweede argument van Tuil kan worden aangevoerd dat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voorzieningen zijn om de schuldenaar in de procedure tegen de derde te betrekken. In de vorige paragrafen zijn verschillende mogelijke incidenten aan bod gekomen. De schuldenaar kan bijvoorbeeld in vrijwaring worden opgeroepen, hij kan zich voegen, of hij kan ingevolge art. 30g Rv (art. 118 Rv-oud) in het geding worden geroepen. Bovendien is het niet juist dat alleen de draagplichtige schuldenaar belang heeft bij een accurate vaststelling van de vordering van de retentor. Ten derde is niet in te zien hoe het gebruik maken van een wettelijke bevoegdheid zonder meer, in abstracto, misbruik van recht zou kunnen opleveren. Voor misbruik van recht moet ingevolge art. 3:13 BW méér aan de hand zijn: het recht moet bijvoorbeeld worden gebruikt met geen ander doel dan een ander te schaden, of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend, of de rechthebbende kon, gelet op de onevenredige schade aan een ander belang, in redelijkheid niet tot de uitoefening komen. Ik zie niet in hoe een schuldeiser die zijn verhaalsrecht jegens een derde uitoefent door de derde te dagvaarden terwijl de wet hem een verhaalsrecht jegens een derde geeft, alléén *daardoor* zijn (verhaals)recht zou misbruiken.

185 Tuil 2009, p. 53-54.

De combinatie van een titel waarin de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar wordt vastgesteld én een titel tot het dulden van verhaal biedt uiteraard de zekerheid dat alle elementen van het verhaalsrecht van de retentor zijn vastgesteld: de vordering en de verhaalbaarheid daarvan op het vermogen van de derde krachtens het retentierecht met derdenwerking. Maar mijns inziens is niet steeds noodzakelijk dat de schuldeiser beide titels heeft verkregen. Voor zover daarvoor in de literatuur argumenten worden aangedragen, zijn deze naar mijn mening niet overtuigend.

Conclusie

290. De vraag, of een executoriale titel tegen de schuldenaar, tegen de derde, of een combinatie van de twee voldoende en noodzakelijk is, moet als volgt worden beantwoord. Bij deze vraag gaat het erom, wat er door het bij de titel betrokken bevoegde gezag is vastgesteld en – mitsdien – welke aanspraak de titel legitimeert. Een titel tegen de schuldenaar is alleen voldoende, wanneer uit de titel het verhaalsrecht op zaken van derden van de retentor voldoende duidelijk blijkt. De *inhoud* van de titel – en de toepasselijke wettelijke regeling – bepaalt de reikwijdte ervan. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor een executoriale titel om de executie te dulden, tegen de derde. Ook daarvoor is vereist dat zowel de vordering tegen de schuldenaar, als het verhaalsrecht van die vordering jegens de derde komen vast te staan. Voor zowel de executoriale titel tegen de schuldenaar, als tegen de derde geldt dus dat ze niet beide noodzakelijk zijn (één van de twee is voldoende), en dat ze voldoende zijn mits de titel voldoende bepaalbaar is in die zin, dat zowel de vordering op de schuldenaar als het verhaalsrecht van de retentor jegens de derde eruit blijkt. De combinatie van titel tegen de derde om de executie te dulden én tegen de schuldenaar waarin de vordering wordt vastgesteld is niet noodzakelijk (één van de twee is voldoende), maar wel voldoende, maar wederom alleen wanneer uit de combinatie van deze twee zowel de vordering van de retentor als diens verhaalsrecht op goederen van de derde blijkt. Al met al prevaleert de inhoud van de executoriale titel naar mijn mening boven de vorm.

6.3.3.5 De beslaglegging

Betekening van de executoriale titel

291. Voordat het executoriale beslag kan worden gelegd, moet de executoriale titel door de deurwaarder worden betekend aan de partij "tegen wie de executie zich zal richten" (art. 430 lid 3 Rv). Ook geeft de deurwaarder hem het bevel binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen (art. 439 lid 1 Rv). Het beslag kan volgens art. 439 lid 1 Rv, tweede volzin, pas worden gelegd na ongebruikt verloop van de tweedagentermijn. Bij beslag op het goed van de derde is de derde te beschouwen als "de partij tegen wie de executie zich richt" in de zin van art. 430 lid 3 Rv. Mijns inziens moet een executoriale titel dan ook, ongeacht of het een titel tegen de schuldenaar of tegen de derde is, worden betekend aan de derde. In de wet is verder niets te vinden over overbetekening van de executoriale titel aan de ander.[186] Aangezien de derde niet de schuldenaar is, is het wettelijk voorgeschreven bevel om binnen de twee dagen alsnog aan de titel tot het dulden van de executie te voldoen aan 'dovemansoren' gericht. Het ligt mijns inziens voor de hand om art. 435 Rv wel analoog toe te passen zodat de deurwaarder de titel ook aan de schuldenaar betekent. De schuldenaar heeft dan de mogelijkheid om alsnog binnen twee dagen aan de titel te voldoen. Overigens houdt art. 432 Rv een wachttermijn in van acht dagen voor tenuitvoerlegging tegen een derde van een uitspraak die niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.

Beslaglegging op teruggehouden roerende zaken

292. Op grond van art. 440 lid 1 Rv geschiedt de beslaglegging op roerende zaken bij deurwaardersexploot dat voldoet aan de daar gestelde eisen. In art. 440 Rv wordt niet aangeduid bij wie de beslaglegging plaatsvindt; art. 443 Rv gaat ervan uit dat de deurwaarder in een proces-verbaal de goederen beschrijft waar het beslag op gelegd wordt. Nu de beslagen zaak zich niet bij de derde, maar bij de retentor zelf bevindt, zal de beschrijving door de deurwaarder ook daar gebeuren. De deurwaarder legt het beslag

186 Art. 435 Rv gaat niet over de (over)betekening van de executoriale titel en het exploot houdende bevel om binnen twee dagen aan de titel te voldoen, maar gaat over de (over)betekening van het beslag zelf.

door het uitbrengen van het exploot dat voldoet aan de eisen van art. 440 Rv aan *de derde*, want dat is de geëxecuteerde. De zaak of zaken moeten nauwkeurig worden beschreven met opgave van hun getal, gewicht en maat (zie art. 443 Rv). Binnen drie dagen nadat de goederen zijn aangeduid, wordt dit proces-verbaal betekend aan de geëxecuteerde – dus aan de derde (art. 443 Rv). Tegelijkertijd, of uiterlijk drie dagen na deze laatste betekening geeft de executant aan de derde dag en uur van de executieverkoop op (art. 449 Rv). De verkoop moet minstens vier weken na de betekening plaatsvinden (art. 462 Rv).

Beslaglegging op teruggehouden onroerende zaken

293. Ook voor beslag op onroerende zaken (door de retentor) geldt dat de titel eerst moet worden betekend aan de derde (art. 430 lid 3 Rv) en dat aan de schuldenaar het bevel moet worden gedaan binnen twee dagen aan de executoriale titel te voldoen (art. 502 Rv). Het beslag wordt na afloop van de twee dagen gelegd door middel van het opstellen van een proces-verbaal door de deurwaarder dat moet voldoen aan de vereisten die art. 504 Rv stelt. De beslaglegging is een feit door de inschrijving van dit proces-verbaal in de openbare registers (art. 505 Rv). Anders dan bij roerende zaken is niet vereist dat de deurwaarder zich begeeft naar de onroerende zaak of het adres van de geëxecuteerde. Een afschrift van het proces-verbaal moet aan de derde – als geëxecuteerde in de zin van art. 505 lid 1 Rv – worden betekend. Als bij de raadpleging van de openbare registers blijkt dat een hypotheek rust op de onroerende zaak, dan moet de beslaglegger het beslag aan de hypotheekhouder overbetekenen (art. 508 Rv). De hypotheekhouder kan de executie dan overnemen (art. 509 Rv).[187] De verkoop geschiedt onder begeleiding en toezicht van een notaris (art. 514 Rv). Binnen veertien dagen na zijn aanstelling stelt hij dag, uur en plaats van de verkoop vast en deelt dit mee aan de derde (art. 515 Rv). De verkoop kan niet eerder plaatsvinden dan dertig dagen nadat deze is bekend gemaakt via een of meerdere algemeen toegankelijke websites (art. 516 Rv).

187 De executie vindt dan plaats met inachtneming van art. 544-549 Rv. Ik laat de overneming door de hypotheekhouder hier verder buiten beschouwing.

6.3.4 Conservatoir beslag

6.3.4.1 Inleiding

294. Op zaken van een derde kan de retentor niet alleen executoriaal, maar ook conservatoir beslag leggen. Ook voor conservatoir beslag op goederen van derden bevat Rechtsvordering geen duidelijk spoorboekje. In deze paragraaf zet ik uiteen in hoeverre de procedure voor conservatoir beslag door de retentor op zaken van derden afwijkt van de 'normale procedure'. Ik ga er in deze paragraaf van uit dat de retentor alleen beslag legt op de teruggehouden zaak. De voornaamste functie van conservatoir beslag is het zekerstellen van het vermogensobject voor verhaal door de beslaglegger. Conservatoir beslag heeft tot gevolg dat de beslagene niet langer met werking jegens de beslaglegger over het object kan beschikken. Vanwege de feitelijke machtsuitoefening door de retentor is de kans dat de beslagene over de zaak beschikt aanzienlijk kleiner (maar niet denkbeeldig). Een andere aanleiding voor conservatoir beslag kan zijn, dat de conservatoir beslaglegger eveneens meedeelt bij uitdeling van de executieopbrengst, wanneer een andere schuldeiser de zaak uitwint.[188]

In de praktijk wordt conservatoir beslag niet alleen ingezet om verhaalsmogelijkheid te verzekeren, maar ook wel als pressiemiddel.[189] Het legt druk op de wederpartij/beslagene. Deze 'oneigenlijke functie' van conservatoir beslag creëert bij beslag op de zaken van een derde de verkeerde prikkel, omdat niet de schuldenaar – die gehouden is tot betaling – maar de derde-verhaalsaansprakelijke de druk van het beslag ondervindt.[190] In de conservatoire fase heeft het beslag (nog) geen gevolgen voor de schuldenaar zelf. In de executoriale fase is dit anders, omdat de derde na uitwinning wordt gesubrogeerd in de vordering op de schuldenaar.

6.3.4.2 De mogelijkheid tot conservatoir beslag op goederen van derden

295. Uit art. 708 Rv volgt dat conservatoir beslag op goederen van derden mogelijk is, indien de schuldeiser een verhaalsrecht heeft met betrekking tot die goederen van derden. De parlementaire geschiedenis bij dit artikel vermeldt dat de toelaatbaarheid van conservatoir beslag op goederen van derden lang omstreden was, maar dat een arrest van de Hoge Raad uit

188 Stein 2010, p. 4. Zie art. 480 lid 1 Rv en art. 550 lid 1 Rv. Zie ook par. 5.2.7.3.
189 Tjittes 2002, p. 65, Meijsen 2013, p. 7 en p. 149.
190 Overigens is niet uitgesloten dat een derde die wordt lastiggevallen met conservatoir beslag op zijn goederen, praktisch gesproken wel op zijn beurt druk zal uitoefenen op de schuldenaar.

1979 aan die onzekerheid een einde heeft gemaakt.[191] Het bedoelde arrest heeft betrekking op het inmiddels vervallen art. 318r Wetboek van Koophandel, dat vrijwel gelijk is aan het huidige art. 8:216 BW. Art. 8:216 BW geeft de schuldeiser de bevoegdheid om zijn vordering op het schip te verhalen voor een vordering op de bevrachter of een ander die het schip exploiteert. De Hoge Raad overwoog dat het recht van een schuldeiser om zich te verhalen op het goed van een derde (in casu een schip, waarop door een schuldeiser verhaal werd gezocht voor een vordering op de bevrachter/niet-eigenaar) ernstig zou worden geschaad als conservatoir beslag op het schip niet mogelijk zou zijn. Hoewel men zich kan voorstellen dat het typisch is voor schepen dat het gevaar bestaat dat ze wegvaren, hetgeen met geretineerde zaken naar zijn aard vrijwel onmogelijk is, schrijft Wachter in zijn noot onder het arrest dat het een bredere strekking heeft dan zeerechtelijke casus. Een geval waarin een schuldeiser behalve verhaal op een zaak, ook een verhaalsrecht heeft jegens een derde, kan zich volgens hem ook goed buiten het zeerecht voordoen en daarop is het oordeel van de Hoge Raad dat conservatoir beslag mogelijk is, volgens hem eveneens van toepassing.

6.3.4.3 Het beslagrekest

296. In art. 708 lid 1 Rv staat dat hetgeen is bepaald omtrent conservatoir beslag op goederen van de schuldenaar, van overeenkomstige toepassing is op conservatoir beslag op goederen van een derde waar de schuldeiser zich op kan verhalen. Deze overeenkomstige toepassing is in lijn met het uitgangspunt dat ik formuleerde in paragraaf 6.3.2, dat inhoudt dat de partij op wiens vermogen verhaal wordt gezocht de relevante partij is voor het procesrecht.

297. De voorschriften voor het leggen van conservatoir beslag zijn neergelegd in Rv en in de Beslagsyllabus.[192] Het leggen van conservatoir beslag begint met een verzoek aan de voorzieningenrechter, het beslagrekest.[193] In het beslagrekest moeten ingevolge art. 278 Rv de gegevens van

191 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 316; HR 29 juni 1979, *NJ* 1980/346, m.nt. B. Wachter.

192 Zie in algemene zin over de Beslagsyllabus: Meijsen 2013, p. 43-101 en in algemene zin over rechtersregelingen (zoals de Beslagsyllabus): Teuben 2004.

193 Onder KEI moet dit worden gedaan in de vorm van een procesinleiding; zie art. 30a Rv. Dit onderdeel van de KEI-wetgeving is in werking getreden op 1 september 2017 (Zie Stb. 2017, 174), maar geldt momenteel (november 2018) slechts ingeval van digitaal procederen. Zie over de stand van zaken omtrent de KEI-wetgeving ook voetnoot 167.

de verzoeker, een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waar het op berust worden vermeld. Art. 278 Rv, noch de Beslagsyllabus vermeldt dat de gegevens van de schuldenaar of de derde ook in het beslagrekest moeten staan. Art. 30a lid 3, sub b Rv, nieuw sinds KEI, vermeldt wél dat de procesinleiding de naam en de woonplaats van de "verweerder van de vordering, dan wel de bij de verzoeker bekende namen en woonplaats van de belanghebbenden". Aangezien de schuldenaar niet de aangesproken persoon is, volstaat het naar mijn mening om de naam en woonplaats van de derde-eigenaar te vermelden in de procesinleiding. De verhaalsaansprakelijke derde-eigenaar is belanghebbende in de zin van art. 30a Rv.

Onder de 'gronden waar het verzoek op berust' in de zin van art. 278 Rv, moet in ieder geval de rechtsverhouding waaruit de vordering van de retentor voortvloeit worden vermeld (bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad, of uit overeenkomst).[194] Het lijkt mij dat het retentierecht ook valt onder de noemer 'grond waar het verzoek op berust',[195] aangezien het de materieelrechtelijke legitimatie verschaft tot verhaal op de derde. Zonder het retentierecht, zou de retentor alleen verhaal hebben op zijn eigen schuldenaar. Dit vereiste kan eveneens worden gebaseerd op het algemene art. 21 Rv, dat partijen verplicht de rechter volledig en naar waarheid te informeren.

Bij beslag op zaken van de schuldenaar zelf volgt uit de Beslagsyllabus dat het beslagobject in het beslagrekest moet zijn vermeld.[196] Aangezien de bepalingen voor beslag op zaken van de schuldenaar ingevolge art. 708 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing zijn op beslag op goederen van derden waarop de schuldeiser zich kan verhalen,[197] geldt dit vereiste van vermelding van het beslagobject in het beslagrekest ook voor de

194 Zie ook Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 10. Bij een vordering uit overeenkomst dienen op grond van de Beslagsyllabus facturen, data en bedragen en eventuele aanmaningen te worden opgenomen in het beslagrekest.

195 Vgl. Meijsen 2013, p. 105 die het als volgt formuleert: "het door de verzoeker ingeroepen recht".

196 Zie Beslagsyllabus (versie augustus 2018), onder G voor voorschriften voor de verschillende soorten beslagen (roerende zaken, onroerende zaken, derdenbeslag, etc.).

197 Strikt genomen verwijst art. 708 lid 1 Rv niet naar rechtersregelingen zoals de Beslagsyllabus en is de Beslagsyllabus geen recht in de zin van art. 79 lid 1 onder b Wet RO. Zie hierover en over de gebondenheid aan de Beslagsyllabus Meijsen 2013, p. 63-97. In enkele wetsbepalingen is te vinden dat het beslagobject moet worden vermeld in het deurwaardersexploot; zie bijvoorbeeld art. 479i sub b Rv over beslag onder zichzelf en art. 565 sub e Rv over beslag op schepen.

retentor. Het beslagobject is de teruggehouden zaak. Als de teruggehouden zaak onroerend is, zullen ook de kadastrale aanduiding en de grootte moeten worden aangegeven.[198] Verder moeten de aard van het beslag (verhaalsbeslag, beslag tot levering, etc.) en de vordering waarvoor beslag wordt gelegd worden vermeld.

Bij conservatoir beslag op zaken moet de schuldeiser aantonen dat gegronde vrees voor verduistering bestaat.[199] Uit art. 711 lid 1 Rv volgt dat het bij beslag op goederen van derden gaat om vrees voor verduistering door die derde. Toetsing van het rekest aan dit criterium beoogt onnodige beslagen te voorkomen.[200] Het feit dat de zaak in de macht van de retentor is, neemt het risico voor verduistering mijns inziens niet weg. De derde-eigenaar is ook bij gebreke van feitelijke macht over de zaak in staat om deze te verkopen en leveren. Ook verkoop en levering (en niet alleen 'feitelijk' wegmaken) van de zaak is te kwalificeren als verduistering.[201] Het doel van het conservatoir beslag is het behouden van het goed als verhaalsobject en ook een overdracht (voorafgaand aan het beslag) zorgt ervoor dat het beoogde beslagobject aan verhaal door de schuldeiser wordt onttrokken.[202] Zelfs als de zaak bij de retentor verblijft, is het denkbaar dat de verkrijger hiervan wist, noch behoorde te weten (de schuldenaar kan het hem bijvoorbeeld anders hebben voorgespiegeld en daar mocht de verkrijger op afgaan). Het retentierecht kan dan niet aan de verkrijger worden tegengeworpen.[203] De levering van de zaak zou c.p. (zonder mededeling aan de retentor) of longa manu (met mededeling aan de retentor) kunnen geschieden. Het aantonen van de gegronde vrees voor verduistering heeft niet veel om het lijf. Voor het verlenen van het verlof is voldoende dat de schuldeiser *stelt* dat er vrees voor verduistering is.[204]

198 Art. 504 lid 1 sub c Rv analoog toegepast.
199 Art. 711 jo. 725 Rv.
200 Meijsen 2013, p. 125.
201 Stein 2010, p. 8 stelt dat onder verduistering kunnen worden verstaan: 'handelingen' met betrekking tot mogelijke verhaalsobjecten, waardoor verhaal op die object in gevaar kan komen. Ook de Hoge Raad hanteert een ruime benadering van de vrees voor verduistering: volgens HR 2 april 1936, *NJ* 1936/758 heeft de wet zodanige handelingen op het oog, waardoor bij eventuele toewijzing van de vordering, de executie op het vermogen in gevaar zal komen.
202 Van Rossem/Cleveringa 1972, p. 1479 omschrijft verduistering als volgt: "feiten, die het vermoeden wettigen, dat de schuldenaar de goederen zal wegmaken tot schade van zijn crediteuren".
203 Zie hierover par. 4.2.
204 Huydecoper 2006, p. 19 (voetnoot 17).

In de Beslagsyllabus is opgenomen dat ook de verweren van de schuldenaar en de gronden daarvoor in het beslagrekest moeten worden vermeld.[205] Aangezien de derde niet de schuldenaar is, is het naar mijn mening raadzaam dat de beslaglegger niet alleen de verweren van de schuldenaar vermeldt, maar ook de mogelijke verweren van de derde tegen de *derdenwerking van* het retentierecht.

298. Hiervoor ging ik ervan uit dat de retentor *weet* dat zijn beoogde verhaalsobject niet van zijn schuldenaar, maar van een derde is. Wanneer de retentor dit niet weet, zal hij beslag ten laste van zijn schuldenaar leggen, alsof het object van hem is. Zodra hij vervolgens op de hoogte is gekomen van de werkelijke eigendomsverhouding – doorgaans zal dit zo zijn vanwege een mededeling van de schuldenaar – dient hij het beslag te betekenen aan de derde. Zie art. 708 lid 2 Rv.

6.3.4.4 De beoordeling van het rekest

299. De voorzieningenrechter beslist op het verlof na summier onderzoek (art. 700 lid 2 Rv). De beoordeling van het beslagrekest bestaat uit drie onderdelen: formele vereisten (rechtmatigheidstoets), de gegrondheid van de vordering en een summiere afweging van belangen van de verzoeker en de schuldenaar.[206] De toets van de gegrondheid van de vordering houdt in dat de voorzieningenrechter, uitgaande van de juistheid van de stellingen van de verzoeker, nagaat of deze in een bodemprocedure tot een toewijzing zouden leiden.[207]

In verband met de belangenafweging komt de vraag op, of ook het retentierecht en (met name) zijn derdenwerking bij de summiere beoordeling betrokken moeten worden. Het retentierecht legitimeert verhaal door de schuldeiser op het goed van de derde, zodat de rechter zich ook een beeld zal moeten vormen van de belangen die betrokken zijn bij de uitoefening van het retentierecht en de derdenwerking daarvan. Mijns inziens dient daarom bij de belangenafweging, ook het belang van de derde-eigenaar meegenomen te worden.

In een arrest dat ging over een (al of niet) vexatoir – en daarmee onrechtmatig – beslag, overwoog de Hoge Raad dat de relevante omstandigheden onder meer zijn: de hoogte van de vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de

205 Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 9.
206 Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 15.
207 Meijsen 2013, p. 113-114.

schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen.[208] Deze 'criteria' hebben volgens de Beslagsyllabus, in navolging van een noot van Loesberg, een zekere reflexwerking in het kader van de belangenafweging bij het beoordelen van het beslagrekest.[209]

Het is ongebruikelijk dat de schuldenaar wordt gehoord alvorens het verlof wordt verleend.[210] Voor de vraag wanneer de derde wél gehoord kan of moet worden voorafgaand aan de verlofverlening, kan aansluiting worden gezocht bij de daarover bestaande wet,[211] rechtspraak en doctrine.[212] De Beslagsyllabus zegt in het kader van de belangenafweging onder meer het volgende over het horen van de schuldenaar:

> "Kan voorzien worden dat beslag op een bepaald object de schuldenaar in zijn belangen zeer zal treffen en is er anderszins voldoende vermogen aanwezig waarop de schuldeiser zich zal kunnen verhalen, dan kan op grond daarvan de voorzieningenrechter óf eerst beide partijen horen óf na het alleen (telefonisch) (doen) horen van de verzoeker het verlof weigeren."[213]

Brengt nu het feit dat de retentor beslag legt op een goed van een derde hierin verandering in die zin dat het horen eerder aan de orde is (of zou moeten zijn) dan bij een 'normaal' beslag ten laste van de schuldenaar zelf?

Het horen van de schuldenaar is de uitzondering; behoudens bijzondere omstandigheden wordt het verlof ex-parte verleend.[214] Hetzelfde heeft mijns inziens voor de bloot-verhaalsaansprakelijke derde te gelden. Het enkele feit dat beslag wordt gelegd op het goed van een derde is niet een zodanig bijzondere omstandigheid, dat het op zichzelf meebrengt dat de derde moet worden gehoord. De bijzonderheid dat de verzoeker in casu beslag legt op goederen van de derde, *kan* aanleiding geven voor nader onderzoek door middel van het horen van de verzoeker en/of de schuldenaar en derde. Juist in dit geval bestaat de kans dat de schuldenaar zelf voldoende verhaal biedt en dat het niet nodig is om beslag te leggen op het

208 HR 24 november 1995, *NJ* 1996/161.
209 Aldus de Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 15, in navolging van nr. 5 van de noot van Loesberg onder Hof Den Bosch 11 november 2003, *JOR* 2004/115.
210 Meijsen 2013, p. 107-108.
211 Zie bijvoorbeeld art. 720 jo. 475c Rv.
212 Zie Meijsen 2013, p. 107-108 met verwijzingen naar relevante rechtspraak en Krzemiński 2016, p. 82.
213 Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 15-16.
214 Huydecoper 2006, p. 16, Klaassen 2009, p. 314-315, Meijsen 2013, p. 123-124.

goed van de derde en deze lastig te vallen met een schuld die niet de zijne is. Maar in paragraaf 6.2.6 is beschreven dat bij meerdere verhaalsmogelijkheden vrije keuze voor de schuldeiser het uitgangspunt is en subsidiariteit de uitzondering. Bovendien past een uitgebreide (discursieve) beoordeling niet bij de procedure tot verkrijgen van verlof voor conservatoir beslag. Het is naar zijn aard een eenzijdige procedure.[215] Het gegeven dat een goed van een derde blootstaat aan verhaal maakt dit niet fundamenteel anders. Wanneer de voorzieningenrechter besluit om toch te horen, zal de rechter in mijn optiek in ieder geval óók de derde moeten. Dit heeft ermee te maken dat het conservatoir beslag op het goed van een derde niet de schuldenaar raakt, maar de derde-eigenaar.

Het verlof wordt verleend op voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn (van minimaal acht dagen na het beslag) een eis in de hoofdzaak wordt ingesteld.[216] Volgens de Beslagsyllabus is een termijn van 14 dagen gebruikelijk.[217] Aangezien het horen van de beslagene eerder uitzondering dan regel is, is een opheffingskortgeding doorgaans de eerste mogelijkheid voor de derde (en de schuldenaar) om zich tegen het beslag te verweren. In paragraaf 6.3.4.6 komt dit aan de orde.

6.3.4.5 De beslaglegging

300. Nadat de retentor verlof heeft verkregen voor het leggen van het beslag, moet het beslag door de deurwaarder worden gelegd. Het leggen van het beslag geschiedt door betekening van het beslagexploot, het verlof en het verzoekschrift door de deurwaarder aan de beslagene (art. 702 lid 2 Rv). Conform de door mij in paragraaf 6.3.2.2 verdedigde terminologie, is de derde (en niet de schuldenaar) in dit geval de beslagene. De derde is degene tegen wie de executie zich zal richten in de zin van art. 430 lid 3 Rv. Deze bepaling is ingevolge art. 702 lid 1 Rv van toepassing bij conservatoir beslag. Het beslagexploot, het verlof en het verzoekschrift moeten dus (primair) aan de derde worden betekend. Zodra de betekening heeft plaatsgevonden, is het beslag gelegd. Daarnaast moet 'het

215 Kritisch over het gemak waarmee conservatoir beslag in Nederland kan worden gelegd zijn o.m. Huydecoper 2006, p. 15-28 en Klaassen 2009, p. 347-349. Deze normatieve benadering van het conservatoir beslag laat ik in mijn proefschrift buiten beschouwing.

216 Art. 700 lid 3 Rv.

217 Beslagsyllabus (versie augustus 2018), p. 12.

beslag' ingevolge art. 708 lid 1 Rv worden betekend aan de schuldenaar. Het is niet direct duidelijk wat in art. 708 lid 1 Rv wordt bedoeld met 'het beslag', maar het ligt voor de hand dat de beslaglegger wederom het deurwaardersexploot, het verlof en het verzoekschrift aan de schuldenaar moet doen betekenen. De deurwaarder moet van de beslaglegging een proces-verbaal opmaken waarin de inbeslaggenomen zaken zijn omschreven. Binnen drie dagen na de beslaglegging moet dit worden betekend aan de beslagene (en aan de schuldenaar).[218] Als het conservatoir beslag wordt gelegd op een onroerende zaak moet het proces-verbaal bovendien ingevolge art. 726 jo. 505 lid 1 Rv in de openbare registers worden ingeschreven.

6.3.4.6 Het opheffingskortgeding

301. Tegen de verlofverlening staat ingevolge art. 700 lid 2 laatste zin Rv geen hoger beroep open. De schuldenaar kan tegen een conservatoir beslag opkomen door middel van een opheffingskortgeding. Bij conservatoir beslag op de zaak van een derde, zal met name die derde er belang bij hebben dat het wordt opgeheven; conservatoir beslag beïnvloedt de positie van de schuldenaar immers (nog) niet. Art. 705 lid 1 Rv bepaalt dat de voorzieningenrechter die het verlof heeft verleend, in kort geding op vordering van *iedere belanghebbende* kan opheffen. Uit deze ruime formulering volgt naar mijn mening dat zowel de schuldenaar als de derde bij kort geding opheffing van het beslag kan vorderen. Ervan uitgaande dat het beslagrekest geen aanleiding heeft gegeven tot het horen van de schuldenaar of de derde, is het opheffingskortgeding het eerste moment dat de derde zich materieel tegen de vordering van de beslaglegger en diens verhaalsrecht kan verweren. Art. 705 lid 2 Rv bevat een aantal indicatieve[219] opheffingsgronden: verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag, en voldoende zekerheidstelling. De categorie 'summierlijk blijken van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht' biedt ruimte voor een inhoudelijk verweer van de derde tegen het retentierecht zelf, de derdenwerking ervan of een verweer tegen de hoogte van

218 Zie art. 712 jo. 443 Rv voor roerende zaken en art. 726 lid 1 jo. 505 lid 1 Rv voor onroerende zaken.

219 De gronden zijn niet limitatief en volgens de analyse die Meijsen 2013, p. 168 maakt van de rechtspraak van de Hoge Raad 'niet-rigide imperatief'. Huydecoper 2006, p. 16 bestempelt de opheffingsgronden als "enigszins 'impressionistisch'".

de vordering van de retentor. De categorie 'blijken van het onnodige van het beslag' biedt daarnaast mijns inziens de basis voor een 'subsidiariteitsverweer':[220] de derde kan zich in het opheffingskortgeding erop beroepen dat de retentor éérst zijn schuldenaar moet aanspreken, bijvoorbeeld omdat deze voldoende vermogen heeft of de derde door beslag op zijn zaak voor de schuld van een ander onevenredig in zijn belang wordt getroffen.[221]

De partij die opheffing vordert, moet de ondeugdelijkheid van de vordering van de beslaglegger 'aannemelijk' maken.[222] De vordering tot opheffing van het beslag geschiedt in een kortgedingprocedure, waarin de rechter een voorlopig oordeel geeft. De rechter is vanwege het kort gedingkarakter niet gebonden aan de gewone regels over stelplicht en bewijslast.[223] Volgens vaste rechtspraak maakt een belangenafweging bovendien standaard deel uit van de beoordeling van het opheffingskortgeding.[224] Deze belangenafweging kan meebrengen dat het beslag in stand blijft, ook al is een opheffingsgrond aanwezig. Bij beslag op de zaak van een derde is dit niet anders dan bij beslag op goederen van de schuldenaar zelf. Wel zou voor een belangenafweging naar mijn mening beperkt plaats moeten zijn wanneer de derde 'aannemelijk maakt' dat de schuldeiser geen retentierecht heeft, of dat dit retentierecht geen derdenwerking heeft. In dat geval is geen materiële grond voor conservatoir beslag *op de zaak van de derde*, ook al heeft de beslaglegger wel een vordering op de schuldenaar. Het ligt voor de hand dat het beslag in zo'n geval wordt opgeheven.

---

220 Zie par. 6.2.6.

221 Vgl. Meijsen 2013, p. 175-177. Van der Kwaak 1996, p. 1894 legt een verband tussen 'het onnodige van het beslag' en misbruik van recht (waarmee het terrein van de subsidiariteit wordt betreden, zie par. 6.2.6.3).

222 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481 m.nt. H.J. Snijders (*MBO/De Ruiterij*), HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5529, *NJ* 2005/77 (*Daan/Bremen*), HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*), HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, *NJ* 2007/483 (*Bijl/Van Baalen c.s.*). Zie eveneens Klaassen 2009, p. 318-324.

223 Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 15 (online, bijgewerkt tot 21 mei 2018), Asser Procesrecht/Asser 3 2017/26, Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/224.

224 HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997/481 m.nt. H.J. Snijders (*MBO/De Ruiterij*); HR 25 november 2005, *NJ* 2006/148 (*Rohde Nielsen/De Donge*), HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, *NJ* 2007/483 m.nt. H.J. Snijders (*Bijl/Van Baalen*), HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, *JOR* 2015/220 m.nt. A. Steneker, *NJ* 2017/155 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Hwang/Nidera*).

302. Voor het bestrijden van het retentierecht of de hoogte van de vordering, heeft de derde mogelijk de schuldenaar nodig. Dit is de wederpartij van de retentor en degene die in gebreke is met de betaling. De schuldenaar zal zo nodig in het geding moeten worden opgeroepen. De wettelijke basis daarvoor is art. 30g Rv.[225] Een andere mogelijkheid is dat de schuldenaar zich uit eigen beweging in het geding voegt op basis van art. 217 Rv. Daarbij teken ik aan dat ik bij conservatoir beslag niet direct aanleiding zie voor de schuldenaar om zich te voegen. De betrokkenheid van de schuldenaar is mijns inziens niet steeds noodzakelijk. Het is voor te stellen dat de derde zich ook zonder de oproeping van de schuldenaar kan verweren tegen het retentierecht of de derdenwerking ervan. Omdat de gronden voor derdenwerking van het retentierecht van art. 3:291 BW zich in zijn risicosfeer kunnen bevinden (was de schuldenaar bevoegd jegens de derde-eigenaar?), is het voorstelbaar dat hij het opheffingskortgeding kan voeren zonder betrokkenheid van de schuldenaar.

6.4 Verhaal op de derde tijdens faillissement van de schuldenaar

6.4.1 Inleiding

303. In paragraaf 6.3 besprak ik de procesrechtelijke vereisten voor verhaal door de retentor op de zaak van de derde. Het uitgangspunt was dat de retentor de schuldenaar en de derde *kon* dagvaarden. Dit verandert wanneer de schuldenaar van de retentor failleert. Het faillissement van de schuldenaar is een collectief beslag op zijn vermogen. Tijdens faillissement van de schuldenaar zijn individuele executiemaatregelen uitgesloten en gelegde beslagen vervallen (art. 33 Fw). Een vordering die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel heeft, kan ingevolge art. 26 Fw tijdens het faillissement alleen worden ingesteld door indiening ter verificatie op de voet van art. 110 Fw. Het proces-verbaal van de verificatievergadering levert een executoriale titel op, zie art. 196 Fw. In een groot aantal faillissementen komt men echter vanwege een gebrek aan baten niet toe aan de verificatievergadering. Als een faillissement wordt opgeheven wegens een

225 Zie over de vereisten voor de 'gedwongen tussenkomst' van art. 118 Rv-oud (in de KEI-wetgeving verplaatst naar art. 30g Rv): Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/48 en Klaassen, Meijer & Snijders 2017/182.

gebrek aan baten (art. 16 Fw)[226] of vereenvoudigd wordt afgewikkeld (art. 137a Fw), vindt geen verificatievergadering plaats. Een rechtspersoon wordt ontbonden nadat het faillissement is geëindigd door opheffing of door insolventie, zie art. 2:19 lid 1 sub c BW. De vennootschap houdt ingevolge art. 2:19 lid 4 BW op te bestaan wanneer hij op het moment van de ontbinding geen baten meer heeft. De kans bestaat dat er na het eindigen van het faillissement geen mogelijkheid meer voor de schuldeiser is om alsnog de benodigde executoriale titel tegen de schuldenaar te verkrijgen. Bij een natuurlijke persoon is dit uiteraard anders. De mogelijkheid tot het nemen van individueel verhaal herleeft na het eindigen van het faillissement.

Wanneer de schuldenaar een rechtspersoon is, bestaat al met al een reële kans dat een schuldeiser die een vordering heeft op een failliete schuldenaar, en een verhaalsrecht jegens een derde, geen executoriale titel tegen zijn eigen schuldenaar zal kunnen verkrijgen. De vraag dringt zich dan op of de schuldeiser die ook een verhaalsrecht jegens een derde heeft, gegeven het faillissement van zijn schuldenaar, een mogelijkheid heeft om dat derdenverhaalsrecht te effectueren.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. In paragraaf 6.4.2 kijk ik allereerst naar de rol van art. 60 Fw. Paragraaf 6.4.3 gaat vervolgens over de vraag of de schuldeiser zijn gehele vordering kan indienen ter verificatie in het faillissement van zijn schuldenaar, of dat rekening moet worden gehouden met hetgeen hij mogelijk nog van de derde ontvangt uit de uitwinning van de teruggehouden zaak. In paragraaf 6.3 kwam naar voren dat de literatuur overwegend van mening is dat voor verhaal door de schuldeiser op de zaak van een derde, zowel een executoriale titel tegen de schuldenaar, als tegen de derde vereist is. Hoewel ik die zienswijze daar heb bestreden, is het mogelijk dat men daar nog steeds anders over denkt. Buiten faillissement van de schuldenaar is dat een minder groot probleem dan tijdens zijn faillissement. Tijdens faillissement zijn immers individuele executiemaatregelen uitgesloten en het is mogelijk dat als de schuldenaar

226 Ingevolge art. 16 Fw kan de rechtbank indien niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden een opheffing van het faillissement bevelen. De curator kan dit niet zelf verzoeken, alleen de rechter-commissaris is daartoe bevoegd. De curator is wel belanghebbende in de zin van art. 10 Fw en kan zodoende in verzet komen tegen de faillietverklaring, zie HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2016/145 m.nt. J.B.A. Jansen (*Hoeksma/R.M. Trade*) en HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, *NJ* 2018/154 m.nt. Verstijlen, *JOR* 2018/84 m.nt. J.B.A. Jansen (*Boersen q.q./Pensioenfonds*).

een rechtspersoon is, deze na de opheffing van het faillissement ophoudt te bestaan. In paragrafen 6.4.4 en 6.4.5 bespreek ik twee mogelijke oplossingen voor de retentor om zich ondanks het (eindigen van de rechtspersoon na) faillissement te verhalen op de teruggehouden zaak van de derde.

6.4.2 Art. 60 Fw is niet van toepassing

304. Art. 60 Fw bepaalt dat de schuldeiser die retentierecht heeft op een *aan de schuldenaar toebehorende zaak*, dit recht niet verliest door de faillietverklaring. Art. 60 Fw is dus niet van toepassing op het geval waarin de schuldeiser een retentierecht heeft op een zaak die *niet* aan de schuldenaar – maar aan een derde – toebehoort. De teruggehouden zaak valt niet in de boedel, want behoort tot het vermogen van de derde-eigenaar. De curator is dus niet bevoegd om de zaak op te eisen en deze te verkopen.[227] De curator is niet beschikkingsbevoegd omdat de zaak niet onder het faillissementsbeslag valt. Ik zie geen ruimte voor een analoge toepassing van art. 60 Fw op het derden-retentierecht tijdens faillissement van de schuldenaar. Een analoge toepassing zou namelijk betekenen dat de curator bevoegdheden krijgt over vermogensbestanddelen die niet vallen onder het faillissementsbeslag. De curator ontleent zijn bevoegdheid aan art. 68 Fw, waarin is bepaald dat hij is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Ingevolge art. 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. In het systeem van de Faillissementswet is dus geen enkele basis om de curator bevoegdheden toe te kennen met betrekking tot goederen die niet tot de boedel behoren.

De consequenties van de vaststelling dat art. 60 Fw niet van toepassing is, zijn wel onwenselijk. Juist tijdens faillissement van de eigenaar/schuldenaar *zelf*, kan het retentierecht op de voet van art. 60 lid 2 Fw worden doorbroken. Door de mogelijkheid die in het burgerlijk recht is geschapen dat het retentierecht betrekking kan hebben op zaken van derden, kan tijdens faillissement van de schuldenaar een patstelling ontstaan. Wrang genoeg is een van de rationes voor het verhaalsrecht van de

227 In de V&D-horloge-casus die ik aanhaalde in de inleiding van dit hoofdstuk, kon de curator dus ook niet het retentierecht van HSC doorbreken met een beroep op art. 60 lid 2 Fw, want de horloges vielen niet in de boedel. Los hiervan zou dit opeisen werk (en dus kosten) voor de curator betekenen, terwijl de boedel er niet bij gebaat zou zijn. Zie https://fd.nl/ondernemen/1139646/defecte-horloges-troef-in-failissement-v-d, d.d. 15 februari 2016, laatst geraadpleegd november 2018.

retentor, ook met betrekking tot zaken van derden, juist het doorbreken van de patstelling.[228] Art. 60 Fw biedt in ieder geval geen uitweg uit deze patstelling. Wat betreft het retentierecht dat wordt uitgeoefend op zaken van derden tijdens faillissement van de schuldenaar, moeten we dus in beginsel terugvallen op het 'oude' systeem: in principe gaat het retentierecht pas teniet als de vordering van de retentor (geheel) wordt voldaan. De mogelijkheid van verhaal op het goed van de derde, is – behalve voldoening van de vordering van de retentor, uiteraard – de enige uitweg uit deze patstelling.

Wanneer niet (alleen) de derde, maar (ook) de derde-eigenaar failliet is, is doorbreking daarentegen mijns inziens wel mogelijk, omdat art. 60 Fw naar mijn mening wel analoog kan worden toegepast in het faillissement van de derde. Daarover gaat hoofdstuk 9.

6.4.3 Verificatie

305. De retentor heeft een vordering op zijn schuldenaar. Als de schuldenaar failleert, betekent dat dat de retentor zijn vordering ter verificatie zal kunnen indienen in het faillissement van de schuldenaar (zie art. 26 jo. 110 Fw),[229] ook als hij zijn vordering tevens kan verhalen op de zaak van de derde. Nu hij een tweede verhaalsmogelijkheid heeft, kan men zich afvragen of hij zijn gehele vordering kan indienen ter verificatie in het faillissement van de schuldenaar. Een direct antwoord biedt de Faillissementswet niet. In deze paragraaf bepleit ik dat art. 136 Fw, dat een regeling geeft ingeval (een of meerdere) hoofdelijk verbonden schuldenaren failliet gaan, analoog kan worden toegepast. Zoals eerder in dit hoofdstuk al opgemerkt, zijn de derde-eigenaar en de schuldenaar niet hoofdelijk aansprakelijk, zodat de bepaling niet *direct* van toepassing is.

In een vergelijkbaar geval, namelijk het huwelijksvermogensrecht, wordt ook door sommigen wel aangenomen dat art. 136 Fw kan worden toegepast. In het huwelijksvermogensrecht bestaat (al geruime tijd) discussie over de vraag of een volgorde moet worden aangebracht in het verhaal door schuldeisers, wanneer een van de echtgenoten in een gemeenschap van goederen failleert. Art. 63 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van een in

228 Zie par. 6.2.4.

229 De retentor kan er ook voor kiezen om zijn vordering niet in te dienen in het faillissement, zie HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, *NJ* 2015/123 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2015/58 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Gispen q.q./ Boele*).

gemeenschap van goederen getrouwde echtgenoot alle goederen die in de gemeenschap vallen omvat en dat het strekt ten behoeve van alle schuldeisers die verhaal hebben op de goederen. Sommigen menen dat eerst het gemeenschappelijk vermogen moet worden verdeeld en daarna het privévermogen van de gefailleerde echtgenoot.[230] Hun argument is dat de wet te weinig aanknopingspunten biedt voor een verwijzing van alle schuldeisers naar het privévermogen van de gefailleerde echtgenoot. Anderen zijn van mening dat het privévermogen van de gefailleerde echtgenoot eerst moet worden verdeeld en daarna het gemeenschappelijk vermogen.[231] Het voornaamste argument voor deze opvatting is dat de niet-failliete echtgenoot op deze manier zo weinig mogelijk te lijden heeft van het faillissement van de andere echtgenoot. Weer anderen zijn van mening dat er geen volgorde is en dat art. 136 Fw analoog moet worden toegepast.[232]

Het geval waarin een schuldeiser zich mag verhalen op de gemeenschap voor een privéschuld van de gefailleerde echtgenoot, levert in die zin een goede vergelijking op met het derdenretentierecht, dat ook daar de situatie zich voordoet dat de schuldeiser twee verhaalsmogelijkheden heeft en géén sprake is van hoofdelijkheid. Maar er moet wel bij worden opgemerkt dat de waarde van de vergelijking in zekere zin beperkt is, omdat specifieke huwelijksvermogensrechtelijke overwegingen bepalend zijn voor de regeling van art. 63 Fw. Dat is ook op te maken uit de eerste twee benaderingen van verdeling die hierboven zijn besproken. Bovendien behandel ik in dit hoofdstuk níet het geval waarin ook de derde-verhaalsaansprakelijke failliet is. Nu art. 63 Fw bepaalt dat het faillissement van de ene echtgenoot een faillissement van de gemeenschap meebrengt, verkeren in het huwelijksvermogensrecht nu juist beide vermogens waarop de schuldeiser verhaal kan nemen in staat van faillissement.

De derde hierboven besproken benadering – analoge toepassing van art. 136 Fw – wordt door vrijwel iedere auteur, op Petit en Schoordijk na, afgewezen. Scholten bedt zijn afwijzing van analoge toepassing van art. 136 Fw in in een algemene kritiek op de regeling van art. 136 Fw.[233] Naar zijn mening

230 Van Vrijberghe de Coningh 1960, p. 96-97, in navolging van De Bruijn 1959, p. 684-685, Asser/De Boer 1* 2010/552, De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012, p. 361.
231 Klaassen & Eggens/Luijten & Meijers 2005, p. 398-399.
232 Petit 1931, p. 326, Schoordijk 1966, p. 95-96.
233 Scholten 1970, p. 302-304. Ook nu nog bestaat die kritiek op art. 136 Fw; hierna kom ik daarop terug.

bevoordeelt art. 136 Fw de schuldeiser opzettelijk, zonder dat dit gerechtvaardigd is door 'het handelscrediet'.[234] Van Vrijberghe de Coningh meent dat de ratio van art. 136 Fw beperkt is tot hoofdelijkheid en dat het onwenselijk is dat de schuldeiser meer dan 100% zou kunnen ontvangen. De critici richten hun pijlen al met al met name op art. 136 Fw zélf en gaan voorbij aan de kern van de vraag: of art. 136 Fw – hoewel niet direct toepasselijk omdat de failliete echtgenoot en de gemeenschap (inderdaad) niet hoofdelijk zijn verbonden – toch analoog kan worden toegepast. De afwijzing door sommige auteurs van toepassing van art. 136 Fw in het huwelijksvermogensfaillissementsrecht biedt daarom mijns inziens onvoldoende argumenten voor afwijzing van toepassing op het derdenverhaalsrecht van de retentor.

306. Welke argumenten zijn te geven vóór toepassing van art. 136 Fw? Art. 136 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldeiser wiens hoofdelijk schuldenaar of -schuldenaren failliet zijn gegaan, in het faillissement van die schuldenaren kan opkomen voor het hele bedrag dat hij ten tijde van de faillietverklaring nog te vorderen had. Tussentijdse betalingen van de vorderingen (bijvoorbeeld door de hoofdschuldenaar) doen hier niet aan af. Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 136 Fw blijkt dat ook een aantal andere stelsels zijn overwogen. Zo is onder meer nagedacht over het stelsel waarin de schuldeiser slechts in het faillissement van één van de schuldenaren kon opkomen en dat waarin de schuldeiser achtereenvolgens in de faillissementen van zijn hoofdelijk schuldenaren kan opkomen.[235] Onder verwijzing naar een groot aantal andere Europese codificaties op dat moment, heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor het stelsel dat uiteindelijk in art. 136 Fw terecht is gekomen. De regeling van art. 136 Fw oogst nog altijd kritiek. Volgens Van Boom resulteert de regeling in een voorrangspositie voor de hoofdelijk schuldeiser die op gespannen voet staat met de paritas creditorum.[236] Bergervoet is daarentegen van mening dat de bevoordeling van de hoofdelijk schuldeiser zijn oorsprong al vindt vóór het faillissement.[237] Hoe het ook zij, de keuze van de wetgever voor het stelsel van art. 136 Fw laat aan duidelijkheid niets te wensen over.

234 Scholten 1970, p. 304.
235 Van der Feltz II, p. 139-140.
236 Van Boom 2016, p. 97. Zie ook Jonkers 2018, p. 164-171 voor kritiek op art. 136 Fw in het kader van concernfinanciering.
237 Bergervoet 2014/189.

Het idee achter art. 136 Fw is dat de schuldeiser het recht heeft om volledige betaling te ontvangen. Deze gedachte is naar mijn mening niet uniek voor het hoofdelijk schuldenaarschap. Ook in een geval waarin een ander vermogen dan dat van de schuldenaar verhaalsaansprakelijk is, zoals bij het derdenretentierecht, geldt het uitgangspunt dat de schuldeiser recht heeft op voldoening van 100% van zijn vordering. Het extra verhaalsvermogen is er nu juist vanwege de meerdere zekerheid dat de schuldeiser wordt voldaan. Hij mag ingevolge art. 435 Rv kiezen op welke goederen hij zich verhaalt. De verhaalaansprakelijkheid zonder schuld die het derdenretentierecht vestigt, verschilt op dit punt niet van hoofdelijk schuldenaarschap. Bij beide heeft de schuldeiser naast zijn eigen schuldenaar nog een ander om uit te winnen. Natuurlijk is er verschil tussen hoofdelijkheid en verhaalsaansprakelijkheid. Een van de kenmerken van hoofdelijkheid is dat hoofdelijk schuldenaren jegens de schuldeiser *gehouden zijn* tot de gehele prestatie (art. 6:7 lid 1 BW).[238] De derde-eigenaar is daarentegen juist niet krachtens dezelfde verbintenis gebonden jegens de schuldeiser. Alleen de schuldenaar is gehouden tot nakoming jegens de retentor. Maar dit verschil valt mijns inziens weg tegen de achtergrond van het faillissement als collectieve verhaalsprocedure. In het faillissement gaat het om de collectieve verwezenlijking van de verhaalsrechten van schuldeisers. Juist het feit dat vorderingen op de schuldenaar zich tijdens faillissement zullen moeten vertalen in vorderingen die kunnen worden geverifieerd, is reden om op het gebied van de verificatie van vorderingen geen reden om verschil te maken tussen hoofdelijkheid en verhaalsaansprakelijkheid. Art. 136 Fw kan mijns inziens analoog worden toegepast op het geval waarin de schuldenaar failliet is en eveneens een verhaalsrecht jegens een derde heeft. De retentor kan zijn gehele vordering ter verificatie indienen in het faillissement van de schuldenaar.

Ondertussen kan de retentor die de zaak van een derde onder zich heeft, eveneens op zoek naar een mogelijkheid om zich hierop te verhalen. In de volgende twee paragrafen ga ik na, welke mogelijkheden hiervoor bestaan, uitgaande van de in paragraaf 6.4.1 gesignaleerde onmogelijkheid om een executoriale titel te verkrijgen tegen de schuldenaar.

238 Van Boom 2016, p. 31, p. 37.

6.4.4 Oplossing 1: Procederen tegen de derde ter verkrijging van een titel tegen hem

307. Ook al kan de retentor zijn hele vordering ter verificatie indienen, dan nog is het denkbaar dat hij liever (ook) het goed van een solvente derde uitwint. De eerste oplossing voor de retentor om zich ondanks de onmogelijkheid om een executoriale titel te verkrijgen tegen zijn schuldenaar, toch te verhalen op goederen van derden, is door het verkrijgen van een titel tegen alleen de derde-verhaalsaansprakelijke. Deze oplossing is niet van gisteren. Molengraaff heeft haar al beschreven in zijn handboek over de Faillissementswet.[239] In paragraaf 6.3.3.4 heb ik al betoogd dat een executoriale titel, verkregen tegen de derde, voldoende *kan* zijn voor verhaal op diens goed; het gaat mijns inziens om de *inhoud* van die titel. Buiten faillissement van de schuldenaar kan de retentor goede redenen (bijvoorbeeld proceseconomische) hebben om alleen tegen de derde te procederen. Uitgaand van een faillissement van de schuldenaar waarin geen verificatievergadering plaatsvindt, is een mogelijkheid om de derde aan te kunnen spreken echter onmisbaar. De mogelijkheid om uitsluitend te procederen tegen de derde heeft een nieuwe impuls gekregen door het Yukos-arrest van 13 november 2015.[240] De Hoge Raad heeft in dat arrest een voorziening geschapen voor het geval dat de schuldenaar niet meer bestaat, terwijl de schuldeiser nog een verhaalsrecht jegens een derde heeft. In deze paragraaf bespreek ik dit arrest en de betekenis voor het verhaalsrecht van de retentor op zaken van derden.

308. Allereerst een korte inleiding op de achtergrond van de Yukos-zaak. Het faillissement van het Russische Yukos Oil heeft in Nederland al een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie opgeleverd. Een belangrijk deel van de uitspraken in deze zaak heeft betrekking op de gevolgen van een in Rusland uitgesproken faillissement voor de vermogensbestanddelen van Yukos Oil die zijn gelegen in Nederland.[241] De Russische gefailleerde vennootschap Yukos Oil had een Nederlandse dochtervennootschap, Yukos

239 Molengraaff 1914, p. 207-208 en de derde druk, bewerkt door Star Busmann: Molengraaff/Star Busmann 1951, p. 186-187.

240 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 m.nt. Th.M. de Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Promneftstroy/Yukos*).

241 Zie o.m. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG3573, *NJ* 2009/456 m.nt. Th.M. de Boer (*Yukos Finance/Rebgun*), HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *NJ* 2014/454 m.nt. Th.M. de Boer (*Promnefstroy/Godfrey en Misamore*).

Finance BV, waarvan zij de enig aandeelhouder was. De aandelen in Yukos Finance zijn in Nederland gelegen vermogensbestanddelen van Yukos Oil. De vragen van IPR-faillissementsrecht laat ik echter hier verder buiten beschouwing, omdat zij buiten het bestek van het proefschrift vallen en niet relevant zijn voor het onderhavige onderwerp van derdenverhaalsrecht.

309. Ik schets kort de feiten en de procedure die vooraf ging aan het arrest van de Hoge Raad van 13 november 2015. Na de faillietverklaring van Yukos Oil hebben Yukos Capital BV en Glendale conservatoir beslag gelegd op de aandelen die Yukos Oil houdt in Yukos Finance. Daartoe hebben zij van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam verlof gekregen. Vervolgens heeft Rebgun, de Russische curator in het faillissement van Yukos Oil, de aandelen verkocht en geleverd aan Promneftstroy.[242] Niet lang daarna heeft de rechtbank in Moskou geoordeeld dat het faillissement van Yukos Oil is geëindigd. Dit vonnis is ingeschreven in het Russische register en daarmee hield Yukos Oil op te bestaan.

Beide beslagleggers, Yukos Capital en Glendale, hebben Yukos Oil gedagvaard en betaling gevorderd. In beide procedures heeft Promneftstroy in een incident verzocht als tussenkomende partij te worden toegelaten. De rechtbank honoreerde dit verzoek tot tussenkomst. Promneftstroy voert aan dat in Nederland niet tegen een niet-bestaande rechtspersoon kan worden geprocedeerd, noch een executoriale titel kan worden verkregen. Het territorialiteitsbeginsel kan daar volgens Promneftstroy niet aan afdoen. Volgens hem zijn dan ook de door Yukos Capital en Glendale gelegde beslagen vervallen. Rechtbank en hof wijzen de vorderingen van Promneftstroy af.

310. Het hof beschouwt het niet-(meer-)bestaan van Yukos Oil als een gevolg van het in Rusland uitgesproken faillissement. Volgens het hof staat het territorialiteitsbeginsel wel in de weg aan de werking van dat niet-bestaan in Nederland. Immers, daarvoor geldt 'regel (b)' uit het arrest van

242 In het Yukos-arrest van 13 september 2013, *NJ* 2012/424 oordeelde de Hoge Raad dat de Nederlandse aandelen niet onder het Russische faillissementsbeslag vielen (en dus dat beslag door individuele schuldeisers op de aandelen nog mogelijk was), maar dat de curator wel bevoegd was om te beschikken over die vermogensbestanddelen, mits hij daartoe volgens de lex concursus bevoegd zou zijn. Wel moeten de tot aan de levering gelegde beslagen op die vermogensbestanddelen worden gerespecteerd. Zie r.o. 3.2.2 van het arrest van 13 september 2013.

de Hoge Raad van 13 september 2013, dat een in het buitenland uitgesproken faillissement in die zin territoriale werking heeft, dat de rechtsgevolgen van dat faillissement in Nederland niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de gefailleerde.[243] Het hof lijkt het territorialiteitsbeginsel als beginsel van internationaal faillissementsrecht te gebruiken om te borgen dat Yukos Oil nog bestaat met het oog op het verhaal door Glendale en Yukos Capital. Het tegen dit oordeel van het hof gerichte middel van Promneftstroy slaagt, maar leidt niet tot cassatie. Volgens de Hoge Raad wordt het al of niet bestaan van een corporatie op grond van art. 10:118 in verbinding met art. 10:119, aanhef en onder f[244] BW beheerst door het recht van de staat op het grondgebied waarvan die corporatie ingevolge de akte van oprichting haar zetel heeft en naar welks recht zij is opgericht. Het is volgens de Hoge Raad een kwestie van internationaal rechtspersonenrecht, niet van internationaal faillissementsrecht. Voor die verwijzingscategorie geldt niet het territorialiteitsbeginsel en dus heeft Yukos Oil ook ten opzichte van de beslagleggers opgehouden te bestaan. Betekent dat nu dat de beslagleggers hun verhaal niet meer kunnen vervolgen onder verkrijger Promneftstroy, omdat hun schuldenaar heeft opgehouden te bestaan? Voordat de Hoge Raad deze vraag beantwoordt, stelt hij vast dat een geval als dit zich ook kan voordoen ten aanzien van een rechtspersoon naar Nederlands recht.[245] De daarop volgende overwegingen van de Hoge Raad hebben vervolgens betrekking op een puur Nederlands geval.

Tot de essentie teruggebracht gaat deze zaak dan over een overdracht (door de Russische curator) van de aandelen aan Promneftstroy in weerwil van de beslagen van Yukos Capital en Glendale. In art. 474e Rv is bepaald dat aandelen niet ten nadele van de beslaglegger kunnen worden vervreemd, bezwaard of onder bewind gesteld.[246] Zoals de Hoge Raad al

243 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *NJ* 2014/454 m.nt. Th.M. de Boer (*Promnefstroy/Godfrey en Misamore*), r.o. 3.2.2. Zie voor de toepassing door het hof van regel (b) in deze zaak: HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, r.o. 3.8.

244 De Hoge Raad verwijst abusievelijk naar art. 10:119 sub e BW, aldus Steneker in nr. 3 van zijn noot in *JOR* 2016/24, onder HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299.

245 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, r.o. 3.5.2.

246 Art. 474e Rv is het equivalent van de blokkerende werking van het beslag, dat in art. 453a is neergelegd voor roerende zaken, in 475h voor vorderingen en in 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken.

oordeelde in de arresten Coöp. Landbouwersbank/Ringel, Forward/Huber en Ontvanger/De Jong,[247] betekent de blokkerende werking van het beslag dat de overdracht in de verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger geldig is, maar dat de beslaglegger – behoudens derdenbescherming, zie art. 453a lid 2 Rv – nog steeds verhaal kan nemen op de goederen waarop het beslag rust (het beslag heeft 'zaaksgevolg'). Voor het vervolgen van een conservatoir beslag is vereist dat binnen bepaalde termijn een eis in de hoofdzaak wordt ingesteld. Door het verdwijnen van Yukos Oil hebben de beslagleggers geen wederpartij meer tegen wie zij deze eis kunnen richten.[248]

311. Volgens de Hoge Raad kunnen de beslagleggers hun verhaalsrecht nog altijd uitoefenen, ondanks het niet-bestaan van hun schuldenaar, Yukos Oil. Het is namelijk volgens de Hoge Raad: "(…) niet aanvaardbaar als de beslaglegger in dit geval, waarin uitgangspunt is dat hij nog onvoldane vorderingen heeft en dat hij deze kan verhalen op de beslagen goederen, niet de mogelijkheid heeft om zijn recht te vervolgen, enkel als gevolg van het feit dat de rechtspersoon heeft opgehouden te bestaan."[249]

Wat moet de beslaglegger dan doen? Volgens de Hoge Raad kan de beslaglegger de eis in de hoofdzaak (zie art. 700 lid 3 Rv) instellen of vervolgen tegen de verkrijger in een aangepaste vorm, inhoudende dat de beslaglegger vordert dat voor recht wordt verklaard (ten eerste) dat de vorderingen toewijsbaar zijn en (ten tweede) dat hij daarvoor verhaal kan nemen op de goederen waarop het beslag rust.[250] Toewijzing van deze vordering levert een executoriale titel op voor het verhaal op de beslagen goederen.[251]

Het is de moeite waard om als zijstap kort stil te staan bij dit laatste element. De Hoge Raad oordeelt dat een verklaring voor recht kan worden gevorderd, die bij toewijzing een executoriale titel oplevert. In paragraaf 6.3.3.3 beschreef ik dat de heersende leer ervan uitgaat dat alleen een

247 HR 21 juli 1944, *NJ* 1945/576 (*Coöp. Landbouwersbank/Ringel*), HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351, *NJ* 2009/154 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*), HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*).

248 De Hoge Raad overweegt expliciet dat de rechtspersoon niet enkel met dit doel herleeft nu er geen bate is (zie art. 2:23 c BW) r.o. 3.5.4.

249 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, r.o. 3.5.5.

250 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, r.o. 3.5.6.

251 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, r.o. 3.5.8.

veroordelend vonnis kan dienen als executoriale titel.[252] Om deze reden voegt Van Mierlo toe dat de schuldeiser in de procedure jegens de derde ter verkrijging van een verklaring voor recht niet alleen bovenvermelde twee vorderingen in het petitum moet opnemen, maar ook een veroordeling van de derde om de executie te dulden.[253] Zoals in paragraaf 6.3.3.3 al aangehaald, is het verdedigbaar dat ook een declaratoir vonnis zich (onder omstandigheden) leent voor tenuitvoerlegging. Onder meer het Yukos-arrest biedt daarvoor een argument.

Terug naar het verhaal op het goed van een derde bij ontstentenis van een schuldenaar waartegen kan worden geprocedeerd. Het oordeel van de Hoge Raad kan goed worden getransponeerd naar de problematiek die ik in dit hoofdstuk behandel.[254] Immers, net als bij vervreemding in weerwil van het beslag terwijl de debiteur heeft opgehouden te bestaan, speelt bij het retentierecht op de zaak van een derde terwijl de schuldenaar failliet is (en wellicht als gevolg daarvan ophoudt te bestaan, zie art. 2:19 lid 1 sub c BW) de problematiek dat wel een verhaalsrecht bestaat, maar geen schuldenaar jegens wie effectief in rechte een vordering kan worden ingesteld. Gelet op het doel van de retentor (uitwinning van de zaak van de derde), is de schuldenaar niet nodig. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 13 november 2015 een procesrechtelijke voorziening geschapen voor het effectueren van de materiële verhaalsaanspraken van een schuldeiser jegens een derde. Het arrest laat zien dat het procesrecht een dienende functie heeft ten opzichte van het materiële recht.[255] Het procesrecht moet faciliterend zijn voor de materieelrechtelijke aanspraken. Het dient ertoe

252 In deze zin onder meer Klaassen, Meijer & Snijders 2017/412 en Jongbloed 2017, p. 1-2.

253 Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/471. Zie ook nr. 7 van de noot van Van Mierlo in NJ 2016/425 onder HR 13 november 2015. Anders: Fikkers 2000, p. 13-14 die zonder schuldaansprakelijkheid van de derde geen mogelijkheid ziet om buiten het faillissement van de schuldenaar om een executoriale titel jegens de derde-eigenaar te verkrijgen.

254 Steneker en Van Mierlo leggen ditzelfde verband in hun beider annotaties onder het arrest, zie de annotatie van A. Steneker in *JOR* 2016/24 en van A.I.M. van Mierlo in *NJ* 2016/425.

255 Ik sluit niet uit dat het procesrecht nog andere doelen en functies heeft dan het verschaffen van executoriale titels. Zie over de verhouding tussen procesrecht en materieel recht o.a. Van Schaick 2009a, Lewin 2013 en het rapport van Asser, Groen & Vranken 2006, p. 27-30. Asser, Groen en Vranken constateren dat de opvatting dat het civiele proces ertoe dient aan de rechtzoekenden een executoriale titel te verschaffen, breed gedragen is. Een ander doel van het civiele proces is volgens hen het leveren van een bijdrage aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.

om een recht dat iemand toekomt geldend te kunnen maken.[256] Het is volgens de Hoge Raad onaanvaardbaar dat een schuldeiser zijn bestaande aanspraak jegens een derde niet kan verwezenlijken, alleen vanwege ontstentenis van de schuldenaar en het tekortschieten van het procesrecht om hierin te voorzien. Feit is immers dat het verhaalsrecht van een schuldeiser jegens een derde pas echt relevant wordt, als zijn eigen schuldenaar failliet gaat.[257] Het kan simpelweg niet zo zijn dat juist op het moment dat de schuldeiser zijn derdenverhaalsrecht het meest nodig heeft, hij ervan verstoken zou blijven. In paragraaf 6.3.4 kwam ik al tot de slotsom, dat een executoriale titel tegen de derde volstaat, mits in die titel de vordering van de retentor en zijn verhaalsrecht vast komt te staan. Voor zover iemand meent dat dit *in zijn algemeenheid* een brug te ver is, moet op basis van het Yukos-arrest van 13 november 2013 in ieder geval worden aangenomen dat het wel een gepaste oplossing is, in het geval het niet mogelijk is om een executoriale titel tegen de schuldenaar te verkrijgen.

312. Het principiële punt dat de schuldeiser júist tijdens faillissement behoefte heeft aan een derde-verhaalsmogelijkheid (en de oplossing ervan door een rechtstreekse procedure tegen de beschikbare verhaalsaansprakelijke) wordt onderstreept door de inhoud van de standaardformulieren voor bankgaranties; het Rotterdams garantieformulier 2008 en de Beslaggarantie van de NVB 1999.[258] Dergelijke bankgaranties worden in de praktijk gebruikt voor opheffing van een conservatoir beslag, waarvoor ingevolge art. 705 Rv geldt dat ze wordt uitgesproken indien voldoende zekerheid wordt gesteld. Beide modelformulieren bevatten een clausule die voorziet in dichting van het faillissementsgat, de zogenaamde 'faillissementsclausule'.[259] Deze voorziet erin, dat ook wanneer de schuldenaar failliet is, de crediteur

256 Lewin 2013, p. 3.

257 Kingma Boltjes 1961, p. 7, vgl. Rb. Zwolle 16 mei 2011, *JOR* 2012/263 m.nt. M.A. Heilbron, nr. 8.

258 De beslaggarantie van de NVB is te vinden via: https://www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/1946/model-bankgarantie.html; het Rotterdams garantieformulier is te vinden via: https://www.vervoerrecht.nl/sites/default/files/publicaties/rotterdam-garantie-formulier-2008-nl.pdf (laatst geraadpleegd augustus 2018).

259 Het invoeren van de faillissementsclausule geschoeid op de leest van het Rotterdamse formulier – dat al zo'n clausule bevatte – in een uniform model is bepleit door Kortmann 1996, p. 921-922. Huizingh 2009, p. 377-390 is kritisch over de faillissementsclausule. Zij is van mening dat de bankgarantie zou moeten vervallen wanneer de schuldenaar failliet wordt verklaard. Zie verder over de beslaggaranties en het faillissementsgat Wessels II 2016/2337.

aanspraak kan maken op de garantie. Normaal gesproken gaat de garant tot uitbetaling over, wanneer ingevolge een vonnis met kracht van gewijsde is vastgesteld dat de schuldenaar aan de gewaarborgde een bepaald bedrag verschuldigd is. Uiteraard geldt ook in dit geval, dat de schuldeiser in faillissement in principe geen procedure meer tegen de schuldenaar kan voeren ter verkrijging van de vereiste titel. Om dit te ondervangen is in het Rotterdams garantieformulier opgenomen dat de schuldeiser in geval van faillissement van de schuldenaar gerechtigd is in een procedure tegen de garant de betalingsverplichting van de schuldenaar te laten vaststellen. Wanneer de uitspraak hiervan kracht van gewijsde heeft verkregen, zal de garant tot uitbetaling overgaan. In het NVB-formulier is de procedure net iets anders: de bank moet na faillissement van de schuldenaar tot betaling van de volledige vordering van de schuldeiser overgaan, tenzij de bank of de curator een procedure tegen de schuldeiser begint over het bestaan en de omvang van de vordering. De bank hoeft dan slechts het bedrag te voldoen dat in een vonnis in die procedure wordt vastgesteld en dat in kracht van gewijsde is gegaan. Beide gebruikelijke formulieren voor bankgaranties laten zien dat de praktijk naar manieren zoekt om bij ontstentenis van de schuldenaar om een executoriale titel tegen hem te verkrijgen, toch 'het hunne' te verkrijgen. Juist tijdens faillissement van de schuldenaar is zo'n voorziening wenselijk. De garanties voorzien in een directe actie van de schuldeiser jegens de garant (of omgekeerd bij het NVB-model). In zo'n procedure kan de schuldenaar of diens curator desgewenst als derde worden betrokken.

6.4.5 Oplossing 2: Procederen tegen de curator ter verkrijging van een titel

313. In de vorige paragraaf is beschreven dat de retentor de (solvente) derde verhaalsaansprakelijke kan dagvaarden om een titel tegen hem te halen. Een andere in de literatuur gesuggereerde oplossing voor het gesignaleerde probleem dat de schuldeiser vanwege het faillissement geen executoriale titel tegen zijn eigen schuldenaar kan verkrijgen, maar wel een verhaalsrecht jegens een derde heeft, is het in rechte betrekken van de curator van de schuldenaar. Van Hees heeft deze benadering bepleit voor een schuldeiser die niet uit de boedel voldaan wenst te worden, maar de zaak van een derde

wil uitwinnen.[260] Ook Fikkers, Van den Heuvel en Loesberg opperen met dit doel een ruime uitleg van art. 25 Fw, gecombineerd met een beperkte uitleg van art. 26 Fw.[261] De benadering houdt in dat de schuldeiser die niet op zoek is naar voldoening van zijn vordering uit de boedel, maar die verhaal wil nemen op een derde, door de curator niet – ingevolge art. 26 Fw – naar de verificatievergadering kan worden verwezen, maar – ingevolge art. 25 Fw – de curator kan dagvaarden en tegen hem een executoriale titel kan verkrijgen. Molengraaff is van mening dat dit niet de juiste weg is, onder verwijzing naar rechtspraak van begin 20e eeuw waarin een dergelijke vordering werd afgewezen.[262] Ik ben het met de benadering van de eerstgenoemde auteurs eens, maar teken aan dat het mijns inziens kantje boord is. Het is geen uitgemaakte zaak, dat deze schuldeiser de curator kan dagvaarden en door hem niet zal worden verwezen naar de verificatievergadering.

Om na te gaan of de retentor, die met behulp van zijn verhaalsrecht zaken van een derde wil uitwinnen, valt onder art. 26 Fw of art. 25 Fw, moet het toepassingsgebied van beide artikelen worden bepaald. De afbakening tussen art. 25 en 26 Fw is niet klip en klaar. Dat maakt het lastig om de retentor met zekerheid bij één van beide onder te brengen en daarmee te zeggen of procederen tegen de curator mogelijk is.

Art. 26 Fw bepaalt dat rechtsvorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben, tijdens het faillissement ook tegen de gefailleerde alleen worden ingesteld door indiening ter verificatie op de voet van art. 110 Fw. Art. 26 Fw gaat over rechtsvorderingen die een op geld waardeerbare prestatie uit de boedel beogen.[263] 'Verbintenis uit

260 Annotatie J.J. van Hees, nr. 8 in *JOR* 1998/113 onder Hof Den Haag 24 maart 1998, ECLI:NL:GHSGR:1998:AL7303.

261 Fikkers 2000, p. 16, Van den Heuvel 2009, p. 671. Zie ook E. Loesberg, noot onder Hof Den Haag 25 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6112, *JOR* 2009/89. Fikkers meent dat zelfs rechtstreeks tegen de curator kan worden geprocedeerd op de voet van art. 435 lid 3 Rv (executie ten laste van de schuldenaar). Vanwege het stelsel van art. 25-31 Fw denk ik echter dat deze route moet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring.

262 Molengraaff 1914, p. 207-208; gehandhaafd in de derde druk, zie: Molengraaf/Star Busmann 1951, p. 186-187.

263 Van der Feltz I, p. 365.

de boedel' moet ruim worden uitgelegd; het gaat om vorderingen tot nakoming in de zin van art. 6:27 e.v. BW.[264] Art. 25 Fw bepaalt dat rechtsvorderingen die rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende tot onderwerp hebben, zowel tegen als door de curator worden ingesteld. Deze vorderingen kunnen niet ter verificatie worden ingediend. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeelden van rechtsvorderingen die vallen onder art. 25 Fw bijvoorbeeld revindicatie, ontbinding, het aanleggen van een voetpad of het dempen van een sloot.[265]

De onderscheiding tussen art. 25 en 26 Fw is volgens de minister in reactie op vragen uit de Tweede Kamer een "natuurlijke, die zich niet laat wegreedeneren".[266] Wessels bestempelt het toepassingsgebied van art. 25 Fw op grond van de parlementaire geschiedenis en rechtspraak van de Hoge Raad als 'ruim'.[267] De indruk die de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie (en de literatuur) over de reikwijdte van art. 25 Fw bij mij maken, is dat het toepassingsgebied vooral versnipperd is.[268]

De retentor die wel een vordering heeft op de gefailleerde, maar (tevens) een verhaalsrecht jegens de derde, bevindt zich in het schemergebied tussen art. 25 en 26 Fw. De schuld van de failliet vloeit ontegenzeggelijk voort uit een verbintenis tussen hem en de retentor; de vordering van de retentor op de gefailleerde zelf heeft zonder twijfel voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel. Daarmee wordt het toepassingsgebied van art. 26 Fw betreden. In een arrest van de Hoge Raad uit 1904 wordt het cassatieberoep tegen een niet-ontvankelijkverklaring door het hof van een bevoorrecht schuldeiser die zijn vordering wenste te verhalen op het schip (en niet op zijn failliete schuldenaar) verworpen.[269] De Hoge Raad overweegt dat de vordering zijn karakter van verbintenis die voldoening

264 Wessels II 2016/2370, Polak/Pannevis 2017/4.5.1.4.

265 Van der Feltz I, p. 369-370. Zie voor voorbeelden van vorderingen die kunnen worden ingesteld tegen de curator op grond van art. 25 Fw: Wessels II 2016/2352 en Van Eeden-van Harskamp, *GS Faillissementswet*, art. 25 Fw, aant. 3 (online, bijgewerkt tot 14 maart 2018). Uit de opsommingen blijkt de grote diversiteit aan vorderingen die onder art. 25 Fw kunnen worden gebracht.

266 Van der Feltz I, p. 369-370. Zie over het onderscheid Smelt 2006, p. 105-110.

267 Wessels II 2016/2350-2351.

268 Wessels II 2016/2351 geeft ook aan dat "soms over bepaalde gevallen anders [kan] worden gedacht.". Vgl. de annotatie van P.R.W. Schaink in *JOR* 2013/324 onder Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6650, die spreekt over art. 25 Fw als "een vergaarbak".

269 HR 12 februari 1904, *W* 8032. Zie voor andere (lagere) jurisprudentie van begin 20e eeuw met dezelfde strekking: Van den Heuvel 2009, p. 671.

uit de boedel beoogt niet verliest doordat het verhaal verzekerd wordt door een voorrecht. Anderzijds is het niet de voldoening van déze verbintenis, waar de rechtsvordering van de retentor op gericht is, wanneer hij zich wil verhalen op het goed van de derde. Het is zelfs juist *niet* de voldoening van die verbintenis waar de retentor naar op zoek is.[270] Hij wil slechts het verhaalsrecht – dat onderdeel is van de vordering (in de 'ruime' zin van de actieve zijde van de verbintenis tussen de retentor en de failliete schuldenaar), maar in dit geval betrekking heeft op een ander dan de schuldenaar –[271] gebruiken. Het is kortom zeker niet evident dat art. 26 Fw dit geval bestrijkt. Maar ook het onderbrengen in art. 25 Fw van het verhaalsrecht gaat naar mijn mening niet geheel probleemloos. Het is nog niet eenvoudig om het verhaalsrecht van de retentor jegens een derde te zien als een rechtsvordering die "rechten of verplichtingen die tot de boedel behoren ten onderwerp heeft". Wel lijkt het arrest Coöp. Landbouwersbank/Ringel een kleine aanwijzing te geven dat een procedure tegen de curator kan worden gevoerd;[272] de Hoge Raad overweegt op het einde van dat arrest namelijk dat de vanwaardeverklaring van een conservatoir beslag gelegd op een goed, dat niet tot de boedel van den gefailleerde schuldenaar, maar aan een derde behoort, "in ieder geval mede tegen den curator in dit faillissement moet worden vervolgd, waar ook de boedel bij den uitslag van het geding belang kan hebben". De vanwaardeverklaring was een procedure die tot 1992 verplicht was om het conservatoir beslag formele geldigheid te geven. De vanwaardeverklaring kon pas worden uitgesproken als het materiële recht van de beslaglegger was vast komen te staan en vanwaardeverklaring was een voorwaarde om te mogen executeren.[273] Het is mogelijk dat het oordeel van de Hoge Raad over de vervolging van de vanwaardeverklaringsprocedure tegen de curator specifiek op die procedure betrekking heeft, nu daarin de formele vereisten en termijnen van het beslag worden getoetst.[274] Ook het aangehaalde arrest uit 1904 biedt één opening voor de verhaalsgerechtigde. De Hoge Raad overweegt dat het feit dat de eiser in de loop van het geding zijn vordering in die zin heeft gewijzigd dat hij erkenning van het voorrecht jegens de derde-(scheeps)eigenaar zocht, niet kan afdoen aan de beslissing van het hof om de eiser niet ontvankelijk te

270 Van den Heuvel 2009, p. 672.
271 Zie over het verhaalsrecht als onderdeel van de vordering in ruime zin par. 6.2.3.
272 HR 21 juli 1944, *NJ* 1945/576 (*Coöp. Landbouwersbank/Ringel*). Wessels II 2016/2351 haalt het arrest aan ter onderbouwing dat aan art. 25 Fw een ruime uitleg toekomt.
273 Meijsen 2013, p. 32.
274 Meijsen 2013, p. 32, voetnoot 85.

verklaren. Misschien kan hieruit worden afgeleid dat een eiser die zijn vordering tegen de curator van meet af aan insteekt met het doel van verhaal op het goed van een derde, geen bot vangt. Maar ook in dat geval is niet zeker dat de eiser ontvankelijk zal worden verklaard en niet verwezen wordt naar de verificatievergadering, vanwege de ruime strekking van art. 26 Fw.

314. Met Van Hees, Fikkers en Van den Heuvel ben ik van mening dat er goede grond bestaat voor het oordeel dat de retentor die de zaak van een derde wil uitwinnen, niet valt onder art. 26 Fw, omdat hij – wanneer hij de zaak van de derde wil uitwinnen – geen voldoening van een verbintenis van de boedel wil. Het is nog niet zo eenvoudig om deze retentor onder te brengen bij art. 25 Fw, maar het arrest Coöp. Landbouwersbank/Ringel biedt hiervoor wel een aanknopingspunt. Ook de slotoverweging van de Hoge Raad uit het arrest uit 1904 pleit er voorzichtig voor, om aan te nemen dat de retentor de curator kan dagvaarden. In de procedure tegen de curator kunnen de vordering en het verhaalsrecht van de retentor worden vastgesteld. Van Hees en Van den Heuvel wijzen er terecht op dat de crediteur de kans op een niet-ontvankelijkverklaring vermindert door het petitum zo in te richten dat duidelijk wordt dat de schuldeiser geen voldoening uit de boedel wenst.[275] De curator kan er zelf belang bij hebben om mee te werken aan een veroordeling van de schuldenaar tot betaling en de vaststelling van het verhaalsrecht van de retentor, want het passief vermindert als de retentor wordt voldaan door uitwinning van het goed van een derde.

6.5 Conclusies

315. In dit hoofdstuk is het verhaalsrecht op zaken van derden door de retentor buiten faillissement van deze derde onderzocht. Het uitgangspunt in het BW is een systeem waarin de schuldenaar van een verbintenis met zijn vermogen instaat voor de nakoming. Komt hij niet na, dan verschaft art. 3:276 BW de schuldeiser het recht om zich op het vermogen van de schuldenaar te verhalen. Bij het retentierecht op goederen van derden doet zich een wettelijke uitzondering op art. 3:276 BW voor. Art. 3:291 jo. 3:292 BW geven de retentor de bevoegdheid om zich te verhalen op de teruggehouden zaak, ook als deze niet behoort tot het vermogen van de

275 Annotatie J.J. van Hees, nr. 8 in *JOR* 1998/113 onder Hof Den Haag 24 maart 1998, ECLI:NL:GHSGR:1998:AL7303, Van den Heuvel 2009, p. 672.

schuldenaar. Ondanks het ontbreken van een verbintenis op grond waarvan de derde gehouden is tot een bepaalde prestatie jegens de retentor, mag deze zich op diens zaak verhalen. Dat kan in het systeem worden ingepast, omdat de vordering (de prestatie waar de retentor recht op heeft) en zijn verhaalsrecht (het geldend maken van dit recht door middel van uitwinning) niet noodzakelijkerwijs gekoppeld moeten zijn. Een ander voorbeeld van zo'n loskoppeling zijn natuurlijke verbintenissen. De schuldeiser van een natuurlijke verbintenis heeft geen rechtsvordering meer.

De rationes voor het verhaalsrecht jegens derden van de retentor zijn dezelfde als die voor het verhaalsrecht met voorrang: de bescherming van de 'kleine' crediteur en pragmatisme, gericht op het doorbreken van de patstelling. Als de retentor dit verhaalsrecht jegens een derde niet zou hebben en zijn schuldenaar zou niet meer nakomen, dan zou de patstelling compleet zijn wanneer de derde niet de vordering van een ander wil voldoen.

De retentor met een 3:276 BW-verhaalsrecht jegens zijn schuldenaar én een retentierecht op de zaak van een derde, heeft in principe de vrije keuze, wiens vermogen hij uitwint. Alleen in bijzondere gevallen kan op basis van het 'beginsel van subsidiariteit', dat boven de verschillende subsidiariteitsbepalingen in het BW hangt, subsidiariteit van het verhaalsrecht jegens de derde worden aangenomen. De maatstaf is vergelijkbaar met die van misbruik van recht.

Wanneer de derde de vordering van de retentor voldoet om uitwinning van zijn goed te voorkomen, wordt hij gesubrogeerd in de vordering op de schuldenaar. De opschortingsbevoegdheid van de retentor komt ten einde. De retentor kan revindiceren en de schuldenaar kan in principe (verbintenisrechtelijk) afgifte vorderen. Beide hebben in principe een even sterk recht op afgifte *jegens de retentor*. Wie van beide recht heeft op de feitelijke macht over de zaak, moet worden vastgesteld op basis van hun interne rechtsverhouding.

Het is mogelijk dat 'achter' de derde-eigenaar nog een vierde zit, bijvoorbeeld een financier van de derde. De positie van de retentor jegens deze 'vierde' kan niet op basis van het eerste criterium van art. 3:291 lid 2 BW worden vastgesteld en loopt dus altijd via de goede trouw.

316. De retentor kan executoriaal en conservatoir beslag leggen op de zaak van de derde. Nu de derde het doelwit van het beslag is, moet hij procesrechtelijk zoveel mogelijk als 'schuldenaar' worden behandeld.

Voor executoriaal beslag op de zaak van de derde, is een executoriale titel vereist. Het belang van een executoriale titel ligt in het feit dat door het bevoegde gezag, met kracht van authenticiteit, een omlijnde verplichting is vastgesteld. Uit de titel moeten twee elementen blijken: de hoogte van de vordering en 'het verhaalsrecht', waaruit blijkt op welke grondslag het vermogen van de derde kan worden uitgewonnen. Beide vaststellingen kunnen zowel worden gedaan in een titel die is verkregen jegens de derde, als tegen de schuldenaar. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat de retentor zowel een titel die de schuldenaar veroordeelt nodig heeft, als een titel die strekt tot het dulden van verhaal tegen de derde. Mijns inziens is dit niet strikt noodzakelijk, maar is de inhoud van de titel leidend voor de bevoegdheid van de retentor.

De retentor kan ook conservatoir beslag leggen op de teruggehouden zaak. Bij conservatoir beslag is ongebruikelijk dat de schuldenaar (of de derde) wordt gehoord. Ik meen dat dit niet anders wordt, alleen vanwege het feit dat de retentor beslag legt op de zaak van een derde.

De derde kan een opheffingskortgeding starten. Hij kan daarin de vordering van de retentor en/of de verhaalbaarheid van de vordering op zijn goed betwisten, bijvoorbeeld door middel van een 'subsidiariteitsverweer'.

317. Het voorgaande wordt pas nijpend op het moment dat de schuldenaar van de retentor failliet is. Is verhaal op de teruggehouden zaken nog mogelijk tijdens faillissement van de schuldenaar? Op dat moment is het niet meer mogelijk om tegen de schuldenaar te procederen. De curator van de schuldenaar kan niet het retentierecht doorbreken op grond van art. 60 Fw, omdat de zaak niet in de boedel valt. Het Yukos-arrest van de Hoge Raad van 13 november 2015 brengt mee dat de schuldeiser die een verhaalsrecht heeft jegens een derde, terwijl zijn wederpartij niet meer in rechte kan worden betrokken, zijn vordering rechtstreeks tegen de derde kan richten. De Hoge Raad blijkt bereid om de aanspraken op grond van het materiële recht (bijvoorbeeld op grond van art. 3:291 jo. 3:292 BW) ook een processuele ingang te verschaffen.

Een alternatief is het voeren van een procedure tegen de curator, om zo een executoriale titel te verkrijgen. Dit lijkt mogelijk op grond van een enge uitleg van art. 26 Fw en een ruime uitleg van art. 25 Fw. Het is van belang dat de retentor zijn vordering zó insteekt, dat hij geen voldoening van zijn vordering uit de boedel wenst, om niet-ontvankelijkverklaring (en verwijzing naar de verificatievergadering) te voorkomen.

DEEL III

RETENTIERECHT EN UITWINNING TIJDENS FAILLISSEMENT

HOOFDSTUK 7

DE TOEPASSELIJKHEID VAN ART. 60 FW

7.1 Inleiding

318. In dit hoofdstuk behandel ik de vraag of de partij met feitelijke macht over zaken tijdens faillissement van de schuldenaar een retentierecht heeft, waar art. 60 Fw op ingrijpt. Voordat ik in hoofdstuk 8 toekom aan de behandeling van de inhoud en gevolgen van toepassing van art. 60 Fw, is het van belang om te weten óf art. 60 Fw tot toepassing kan komen.

Een antwoord op deze vraag vereist een beoordeling van de posities van de retentor en curator, in samenhang met de rest van de overeenkomst tussen de retentor en zijn schuldenaar. Een retentierecht kan voortvloeien uit allerlei soorten overeenkomsten, zoals huur, lease, (ver)bruikleen, aanneming, bewaarneming of vervoer. Het gaat in dit hoofdstuk uitsluitend over retentierechten die voortvloeien uit contractuele verhoudingen.

Ik geef een voorbeeld. Een verhuurder van woonruimte gaat failliet. Ter afwering van een vordering tot ontruiming door de curator, beroept de huurder zich op de overeenkomst (die niet kan worden opgezegd) én bovendien op een retentierecht (omdat hij nog een vordering op de verhuurder heeft wegens schadevergoeding vanwege reparaties aan het gehuurde). Art. 60 lid 2 Fw zou de curator de bevoegdheid geven om de zaak bij de huurder op te eisen. In dit hoofdstuk bepleit ik daarentegen, dat art. 60 Fw alleen tot toepassing kan komen, als de zaak al zou moeten worden afgegeven maar *alleen* het retentierecht nog aan de nakoming daarvan in de weg staat.

Dit betoog over de (niet-)toepasselijkheid van art. 60 Fw staat in paragraaf 7.2. Uitgaand van de juistheid van dit betoog, zijn er twee voorwaarden voor de daadwerkelijke toepassing van art. 60 Fw. Ten eerste: de contractuele verhouding moet tot een einde kunnen komen tijdens faillissement. In de overeenkomst zelf kan besloten liggen dat de afgifteverplichting tussentijds opeisbaar wordt (bijvoorbeeld bij een langlopend onderhoudscontract waar zaken steeds in en weer uit de macht van de reparateur komen). Maar in de regel zal de gerechtigdheid tot macht over

zaak eindigen door het einde van de overeenkomst. Het opzeggen van overeenkomsten tijdens faillissement is echter niet vanzelfsprekend. In paragraaf 7.3 ga ik aan de hand van verschillende benoemde overeenkomsten na, wanneer een overeenkomst tijdens faillissement kan worden beëindigd. Ten tweede moet voor toepassing van art. 60 Fw uiteraard aan de vereisten voor het retentierecht zijn voldaan. Dit lijkt vanzelfsprekend, maar gelet op de literatuur is het toch nodig hier kort bij stil te staan. Dat doe ik in paragraaf 7.4.

7.2 Het principe dat het faillissement verbintenissen niet beïnvloedt prevaleert boven art. 60 Fw

319. Art. 60 Fw bevat de regeling voor het retentierecht in faillissement. Art. 60 Fw gaat uit van een 'geïsoleerde' behandeling van het retentierecht; het artikel geeft geen rekenschap van de mogelijkheid dat het retentierecht zich voordoet binnen een contractuele verhouding. Toepassing van art. 60 Fw zodra een retentierecht wordt uitgeoefend tijdens faillissement van de wederpartij, zonder rekening te houden met de gevolgen van het faillissement voor de specifieke contractuele verhouding, gaat echter te kort door de bocht.

In deze paragraaf betoog ik dat bij strijd tussen het principe dat het faillissement *eo ipso* geen invloed heeft op verbintenissen en art. 60 Fw, eerstgenoemde prevaleert. In andere woorden: art. 60 Fw kan alleen ingrijpen, als de afgifteverplichting opeisbaar is en alleen het retentierecht nog in de weg staat aan het (met succes) vorderen van afgifte door de curator. Zoals ik in de inleiding al opmerkte, is het eindigen van de contractuele verhouding een belangrijk geval van het opeisbaar worden van de verplichting tot afgifte, maar niet het enige. Dit geval staat centraal in dit hoofdstuk, maar ik merk op dat het ook mogelijk is dat (een deel van de) zaken van de gefailleerde tussentijds moeten worden afgegeven.

320. Vooraf moeten nog twee opmerkingen over het gebruik van begrippen worden gemaakt. Ten eerste: voor de eenvoud spreek ik in deze paragraaf over de toepassing van 'art. 60 Fw'. Daar bedoel ik mee: de inhoud van art. 60 Fw, voor zover deze afwijkt van het BW of het overige faillissementsrecht. Het BW kent aan de vordering van de retentor voorrang toe boven allen tegen wie het recht kan worden ingeroepen. Art. 60 Fw voegt hieraan toe, dat de voorrang van de retentor behouden blijft, ook al eist de curator de zaak bij de retentor op. Als art. 60 Fw niet kan worden toegepast

omdat de contractuele verhouding niet afloopt tijdens faillissement (zoals ik in deze paragraaf zal betogen), doet dat niets af aan de rechtsgevolgen die het BW of het algemene faillissementsrecht aan het retentierecht toekent. Uiteraard heeft de retentor wiens recht niet kan worden doorbroken omdat art. 60 Fw niet toepasselijk is, nog altijd voorrang bij uitwinning van de zaak door de curator. Deze voorrang heeft hij op grond van het BW (art. 3:291 jo. 3:292 BW) en behoudt hij tijdens faillissement. Ook heeft de curator uiteraard de bevoegdheid om de zaak te executeren (art. 68 jo. art. 20 Fw). De opeising, de bevoegdheid om een termijn aan de curator te stellen, het verkrijgen van het recht van parate executie zijn daarentegen specifieke bevoegdheden die alleen voortvloeien uit art. 60 Fw. Op deze bevoegdheden doel ik, wanneer ik in dit hoofdstuk spreek over het ingrijpen van 'art. 60 Fw'.

Ten tweede gebruik ik hier bewust zoveel mogelijk de neutrale begrippen 'eindigen' of 'beëindigen', en niet ontbinden of opzeggen omdat de specifieke kenmerken van de manier van beëindiging van de overeenkomst van ondergeschikt belang zijn voor het betoog van deze paragraaf.

321. De reden dat juist de mogelijkheid tot beëindiging de relevante vraag is, is dat het faillissement in principe geen invloed heeft op bestaande verbintenissen. De opeising door de curator waar art. 60 lid 2 Fw in voorziet, beïnvloedt de bestaande verbintenissen daarentegen wel. De opschorting wordt erdoor doorbroken. Juist de opeising van art. 60 Fw wijzigt de contractuele verhouding. Voor wijziging van de contractuele verhouding moet wel een basis in de overeenkomst of in de wet zijn. Is die er niet, dan bestaat ook geen ruimte voor art. 60 Fw. Alleen als de contractuele verhouding door en tijdens faillissement wijzigt, in die zin dat een van beide partijen bevoegd is om de overeenkomst op te zeggen of te ontbinden, speelt art. 60 Fw een rol. Dit standpunt werk ik nader uit. Ik haal eerst nogmaals het voorbeeld uit de inleiding van dit hoofdstuk aan: een verhuurder van woonruimte gaat failliet. Ter afwering van een vordering tot ontruiming door de curator, beroept de huurder zich op de overeenkomst (die niet kan worden opgezegd) én bovendien op een retentierecht (omdat hij nog een vordering op de verhuurder heeft wegens schadevergoeding vanwege reparaties aan het gehuurde). De curator kan dan het gehuurde niet met een beroep op art. 60 lid 2 Fw met succes bij de huurder opeisen. Een opeising door de curator ex art. 60 lid 2 Fw kan niet de continuïteit van de huurovereenkomst, die geldt omdat het faillissement principieel geen

veranderingen brengt in bestaande verbintenissen, ondergraven. De retentor kan de curator geen termijn stellen. Hij kan ook niet het recht van parate executie krijgen na afloop van de termijn, want er is niet (rechtsgeldig) een termijn gesteld.

322. In de eerste plaats heeft de opeising door de curator van art. 60 Fw vooral een pragmatische achtergrond. De wetgever heeft in de mogelijkheid van opeising voorzien om de patstelling die het retentierecht kan veroorzaken tijdens faillissement te kunnen doorbreken. De pragmatische aard van art. 60 Fw wordt duidelijk, wanneer men de behandeling van het retentierecht in faillissement vergelijkt met andere vormen van opschorting en met verrekening. In principe is opschorting tijdens faillissement onbeperkt toegestaan.[1] Als niet de afgifte van een zaak, maar bijvoorbeeld de betaling van een geldsom wordt opgeschort, is de opschorting in principe niet door de curator te doorbreken.[2] Daarnaast heb ik al eerder de parallel tussen opschorting en verrekening getrokken.[3] Ingevolge art. 53 Fw is verrekening toegestaan van vorderingen die voor faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit een rechtsverhouding van voor faillissement.[4] De schuldeiser met een verrekeningspositie mag zijn schuld aan de gefailleerde inzetten als onderpand voor zijn eigen vordering. De schuldeiser die kan verrekenen heeft daardoor feitelijke voorrang boven de andere schuldeisers van de failliet. Zowel opschorting van een andere prestatie dan afgifte van

1 Zie HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, *JOR* 2015/30 m.nt. K.P. Hoogenboezem (*Eurostrip/Velenturf q.q.*). Zie ook reeds HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741, *NJ* 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*). Beide laatstgenoemde arresten hebben betrekking op energieleveranties aan een failliet. De bevoegdheid tot opschorting van verbintenissen tot levering van gas, water, elektriciteit en verwarming is inmiddels bij wet aan de leverancier ontnomen in art. 37b Fw (zie Stb. 2004, 615). Overigens werd rond dezelfde tijd de energiemarkt in Nederland geliberaliseerd, waardoor het mogelijk werd om een contract met een andere leverancier af te sluiten. Dit heeft grotendeels de noodzaak voor art. 37b Fw weggenomen. Zie kritisch over de in beginsel onbeperkte opschorting door een wederpartij van de failliet: nr. 6 en 7 van de noot van J.J. van Hees in *JOR* 2017/275 onder HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1105.

2 De Hoge Raad laat in het arrest *Van der Hel q.q./Edon* de mogelijkheid open dat opschorting strijd oplevert met de redelijkheid en billijkheid die schuldeisers jegens elkaar in acht moeten nemen. Daarvoor zullen echter wel bijzondere omstandigheden moeten worden aangevoerd.

3 Zie par. 2.2.4.

4 Art. 53 Fw bevat een verruimde mogelijkheid tot verrekening tijdens faillissement ten opzichte van de regeling in Boek 6 BW, Zie Faber 2005/390.

een zaak, als verrekening, kunnen in beginsel in faillissement worden voortgezet c.q. uitgeoefend. Het retentierecht daarentegen kan ingevolge art. 60 lid 2 Fw juist worden beëindigd. De vergelijking met andere vormen van opschorting en met verrekening laat zien dat het retentierecht tijdens faillissement een buitenbeentje is.

323. Het uitgangspunt dat verbintenissen niet *uitsluitend door het faillissement* wijzigen, is daarentegen een fundamenteel uitgangspunt van ons faillissementsrecht. Dit principiële punt komt tot uitdrukking in de bekende overweging in de parlementaire geschiedenis bij art. 37 Fw:

> "Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd."[5]

Ook de Hoge Raad neemt dit principe tot uitgangspunt.[6] In een recent arrest benoemt de Hoge Raad het voorbeeld van opeising van een verhuurde zaak door de curator. De faillissementstoestand zelf geeft niet een opeisingsbevoegdheid, omdat dat met het voormelde uitgangspunt in strijd zou komen:

> "De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie ('actief') ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor in 3.5.1 vermelde uitgangspunt (vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (Berzona), rov. 3.6.4)."[7]

Het principiële uitgangspunt dat door de wetgever is geformuleerd en wordt gedragen door de Hoge Raad, dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande verbintenissen, prevaleert mijns inziens boven het pragmatische en incidentele karakter van art. 60 Fw.

---

5 Van der Feltz I, p. 409. Vgl. Snijders 1994, p. 357.

6 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:168, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*) en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.1.

7 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, r.o. 3.5.3.

Bovendien is art. 60 Fw in mijn ogen niet bedoeld om door het algemene faillissementsrechtelijke contractenrecht heen te marcheren. Het artikel lijkt geschreven voor de situatie, dat al een einde was gekomen aan de rechtsverhouding en het houderschap van de retentor alleen nog was gebaseerd op het retentierecht. Dit is bijvoorbeeld het geval, wanneer een (duur)overeenkomst is ontbonden. Wanneer bijvoorbeeld een leaseovereenkomst wordt ontbonden (bijvoorbeeld omdat een *ipso facto*-clausule in de overeenkomst staat), moet ter uitvoering van de ongedaanmakingsverbintenissen die door de ontbinding ontstaan de zaak worden terug gegeven aan de lessor. De lessee die nog recht heeft op enige vergoeding, heeft een retentierecht op de zaak (art. 7:109 BW). De lessee heeft door de ontbinding van de leaseovereenkomst geen recht meer om de zaak onder zich te houden. Hij heeft dat recht alleen nog uit hoofde van het retentierecht. In deze situatie is het houderschap van de retentor niet (meer) gebaseerd op de overeenkomst, maar uitsluitend nog op het retentierecht. In zo'n geval is begrijpelijk dat de terughouding mag worden doorbroken door de curator. Art. 60 Fw is mijns inziens bedoeld voor dit type gevallen. Het is niet bedoeld om de curator de bevoegdheid tot opeising te geven, terwijl de overeenkomst (en het recht dat die overeenkomst beheerst) er zelf juist in voorziet dat de rechtsverhouding – waarop het houderschap was gebaseerd – voortduurt.

Hiermee bedoel ik niet te zeggen, dat het *retentierecht* alleen maar aan de orde is in het geval dat het houderschap uit anderen hoofde is geëindigd. De vereisten voor het retentierecht volgen uit het BW; deze zijn behandeld in hoofdstuk 3. Het retentierecht zelf is *niet* pas aan de orde, wanneer de rechtsverhouding waaruit het is ontstaan, is geëindigd. Al voor die tijd kan aan de vereisten voor het retentierecht zijn voldaan en een faillissement van de schuldenaar verandert dat niet. De retentor kan meerdere petten tegelijk op hebben, bijvoorbeeld die van bewaarnemer of aannemer, én van retentor. Voor de hier behandelde spanning tussen art. 60 Fw en het algemene faillissementsrecht zou de benadering waarin pas van een retentierecht sprake is wanneer de rechtsverhouding is geëindigd wellicht een oplossing bieden, maar zij strookt niet met de vaststelling die in hoofdstuk 3 is gedaan omtrent de het ontstaansmoment van het retentierecht.[8]

8 Zie met name par. 3.2.

Concluderend kan worden vastgesteld dat als uit de overeenkomst, noch de wet volgt dat contractuele verhoudingen kunnen worden gewijzigd, art. 60 Fw hier geen roet in het eten kan gooien. De schuldeiser in het faillissement heeft dan misschien wel een retentierecht jegens de schuldenaar omdat aan de vereisten die het burgerlijk recht daaraan stelt is voldaan, maar art. 60 Fw is daarop niet van toepassing. De curator kan de zaak niet opeisen bij de retentor. De retentor kan de curator geen termijn stellen. De toepasselijkheid van art. 60 Fw veronderstelt met andere woorden dat 1) de zaak zonder het retentierecht al zou moeten worden teruggegeven (en dit is onder meer zo wanneer de overeenkomst eindigt) en 2) de schuldeiser een retentierecht heeft. Over deze twee elementen gaan respectievelijk paragraaf 7.3 en 7.4.

7.3 Beëindiging van de contractuele verhouding tijdens faillissement

7.3.1 Inleiding

324. In de vorige paragraaf is vastgesteld dát art. 60 Fw niet de principiële continuïteit van verbintenissen tijdens faillissement kan ondergraven. Om te weten wanneer art. 60 Fw wél van toepassing is – namelijk wanneer de rechtsverhouding tussen de retentor en zijn schuldenaar tijdens faillissement eindigt – is van belang om vast te stellen in welke omstandigheden het faillissementsrecht de curator of een wederpartij de bevoegdheid geeft om een rechtsverhouding te beëindigen. In de Faillissementswet zelf is daarover weinig te vinden. Het Berzona-arrest leert dat het faillissement zelf de curator niet de bevoegdheid geeft om overeenkomsten te beëindigen, als de overeenkomst of de wet daar niet in voorziet. Het arrest brengt een breuk ten opzichte van het Nebula-arrest. In paragraaf 7.3.2 bespreek ik de hoofdlijnen van beide, met het oog op de vraag of de curator bevoegd is om overeenkomsten op te zeggen. Andere manieren van beëindiging zoals ontbinding door de wederpartij van de failliet of door de werking van een *ipso facto*-clausule zijn natuurlijk ook denkbaar, maar komen in deze paragraaf niet aan de orde. In paragraaf 7.3.3 komen vervolgens (de wettelijke regelingen van) een aantal benoemde overeenkomsten waaruit retentierechten kunnen voortvloeien aan de orde, om te bezien of deze kunnen worden beëindigd (en derhalve of art. 60 Fw van toepassing zou zijn).

7.3.2 Nebula en Berzona op hoofdlijnen

325. In de Faillissementswet zelf is weinig bepaald over de invloed van het faillissement op bestaande overeenkomsten. We moeten het hoofdzakelijk doen met art. 37 Fw, dat veel onderwerpen buiten beschouwing laat.[9] In de arresten Nebula en Berzona heeft de Hoge Raad zich in principiële zin over de invloed van het faillissement op overeenkomsten uitgesproken.[10] Het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. bevestigt de Berzona-leer.[11] In deze paragraaf ga ik eerst kort na wanneer het faillissement mee kan brengen dat een rechtsverhouding wordt beëindigd. Vervolgens koppel ik de rechtsregels uit de arresten aan het retentierecht en art. 60 Fw.

Er bestaat een zekere spanning tussen het uitgangspunt dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande verbintenissen enerzijds, en de gelijkheid van schuldeisers die is neergelegd in art. 3:277 lid 1 BW anderzijds. Als (sommige) schuldeisers hun rechten jegens de gefailleerde kunnen blijven uitoefenen, kan de gelijkheid van schuldeisers in het gedrang komen. In het Nebula-arrest leek de Hoge Raad daar met een principieel oordeel paal en perk aan te stellen. Hij overwoog dat een voortgezette uitoefening van rechten tijdens faillissement een onaanvaardbare inbreuk op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers oplevert. De wederpartij zou dan bevoegd zijn het faillissement te negeren en daarvoor was volgens de Hoge Raad slechts plaats in "uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen".[12] In een deel van de literatuur werd na het Nebula-arrest wel aangenomen, dat de curator in zijn algemeenheid het 'recht' zou hebben om te wanpresteren.[13]

9 Ik laat art. 37 Fw in deze paragraaf buiten beschouwing, omdat het niet relevant is voor het onderwerp van beëindiging van overeenkomsten door de curator. Zie over de regeling van art. 37 Fw o.m. Van Zanten 2012 en Van Hees 2012, p. 3-20.

10 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:168, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*).

11 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

12 HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*), r.o. 3.5.

13 Verstijlen 2006b, p. 113-122, Slaski 2009, p. 129-130, Van Zanten 2012, p. 229-289.

Het Berzona-arrest heeft deze aanname op losse schroeven gezet. In het arrest formuleert de Hoge Raad in algemene bewoordingen de bevoegdheden van de curator met betrekking tot wederkerige overeenkomsten. Ik geef een wat langer citaat uit het arrest, omdat de overwegingen in het vervolg nog een aantal keer terugkomen:

> "De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen ('passief') niet na te komen, betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. De op deze prestaties gerichte vorderingen dienen – indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen – in het faillissement geldend te worden gemaakt door indiening ter verificatie.
>
> 3.6.4 Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook ('actief') een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390)."[14]

De overwegingen over de zogenoemde actieve wanprestatie zijn moeilijk te rijmen met het Nebula-arrest. In dat arrest werd nog geoordeeld dat de curator de bevoegdheid heeft om verbintenissen die strekken tot een dulden ten laste van de boedel te beëindigen, omdat een voortzetting in strijd zou komen met de paritas creditorum.[15] Volgens Verstijlen is de Hoge Raad dan ook omgegaan,[16] maar de Hoge Raad merkt zelf op dat in het Nebula-arrest geen ander oordeel besloten ligt.[17] Hoe het ook zij, de in het Berzona-arrest geformuleerde regels zijn het uitgangspunt voor

14 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*), r.o. 3.6.3 en 3.6.4.

15 Zie over het Nebula-arrest o.m. Van Zanten 2007, p. 40-51.

16 Verstijlen 2015, p.176-178 noemt dit type omgaan van de Hoge Raad 'verholen'.

17 Zie HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.5. In de literatuur zijn verschillende verklaringen gezocht voor het verschil tussen de arresten, zie o.m. Six-Hummel 2015, p. 100.

de bevoegdheden van de curator tijdens faillissement. Door de herhaling in vrijwel gelijke bewoordingen in Credit Suisse /Jongepier q.q. heeft de Hoge Raad de Berzona-leer bestendigd.[18]

326. De Berzona-leer komt op het volgende neer. De mogelijkheid voor de curator om niet na te komen is (feitelijk) beperkt tot verbintenissen van de boedel die betrekking hebben op een actieve prestatie. Deze prestaties *kan* de curator niet-nakomen door stil te blijven zitten. Dit levert een passieve wanprestatie op. Het verbintenissenrecht geldt hiervoor onverkort: de tekortkoming in de nakoming levert een vordering tot schadevergoeding op. De op deze prestatie gerichte vordering kan de schuldeiser indienen ter verificatie. Daartegenover heeft de curator in beginsel niet (namelijk niet, tenzij de wet of de overeenkomst die bevoegdheid aan de curator geeft) de bevoegdheid om actief te handelen ten aanzien van verbintenissen die verplichten tot een dulden of niet-doen ten laste van de boedel. Hij mag op deze verbintenissen niet 'actief wanpresteren' door bijvoorbeeld de overeenkomst op te zeggen wanneer de overeenkomst hier zelf niet in voorziet, of de huurder de toegang tot het gehuurde te ontzeggen.

7.3.3 Beëindiging van overeenkomsten tijdens faillissement: alle omstandigheden van het geval

7.3.3.1 Inleiding

327. Uit de arresten Berzona en Credit Suisse/Jongepier q.q. volgt dat aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden bepaald of de curator bevoegd is om een overeenkomst op te zeggen (en vervolgens een zaak bij de wederpartij op te eisen). Om te bepalen of de curator daartoe bevoegd is, zijn uiteraard de overeenkomst zelf en de wet van belang. Aangezien het verbintenissenrecht is, kan in de regel van de wettelijke regeling zijn afgeweken. De bevoegdheid tot opzegging kan zijn ingeperkt of uitgebreid.

Een overeenkomst kan uiteraard niet alleen eindigen door bevoegde opzegging door de curator. Een andere manier waarop een overeenkomst tot een einde kan komen is door opname van een *ipso facto*-clausule, die

18 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.3 en 3.7.2.

bepaalt dat de overeenkomst eindigt zodra een partij failliet wordt verklaard.[19] Uiteraard kan daarnaast zijn dat de wederpartij de overeenkomst ontbindt. Een retentierecht is mogelijk ter opschorting van de nakoming van de ongedaanmakingsverbintenissen die door ontbinding ontstaan.[20] Als de schuldeiser opschort, is de curator overigens niet bevoegd de overeenkomst te ontbinden, want hij is in schuldeisersverzuim op grond van art. 6:59 BW.[21] Hier beperk ik me echter tot de beëindigingsmogelijkheden voor de curator zelf.

Om te laten zien dat een geval tot geval-benadering is aangewezen, bespreek ik vier typen benoemde overeenkomsten waaruit een retentierecht zou kunnen voortvloeien: aanneming van werk, bewaarneming, huur en bruikleen. In deze paragraaf gelden de volgende uitgangspunten: de eigenaar van de zaak is failliet. Deze partij duid ik ongeacht het type overeenkomst aan als 'A'. De retentor duid ik aan als 'B'. B heeft een retentierecht op zaken van A.

7.3.3.2 Aanneming van werk

328. Opdrachtgever A sluit met aannemer B een overeenkomst van aanneming van werk. B zal voor A een marmeren beeld maken. A zal B daarvoor in vier termijnen betalen. A stelt het marmer ter beschikking aan B. A heeft overwegend de zeggenschap over het proces en de uiteindelijke vormgeving. A moet dus worden beschouwd als de 'doen vormer' in de zin van art. 5:16 lid 2 BW en hij wordt onmiddellijk eigenaar van het werk.[22] B gaat aan de slag.

---

19 Zie hierover Van Zanten 2012, p. 44. Ik wijs ook op de Legislative Guide on Insolvency Law, die in 2005 door UNCITRAL is gepubliceerd, te vinden via https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf. De *Guide* beoogt wetgevende instanties een kader te geven voor het maken van nieuwe faillissementswetgeving, of het aanpassen van hun bestaande regels. UNCITRAL is kritisch over wetgeving die *ipso facto*-clausules zonder meer toestaat (hetgeen overigens in de regel het geval is, en ook in Nederland). Aanbeveling 70 van de *Guide* houdt in dat een automatische beëindigingsclausule 'niet kan worden ingeroepen' (in het Engels 'unenforcable') tegen de curator en de boedel.

20 Vgl. 7:109 BW voor huurkoop. Zie over het onderscheid tussen opzegging en ontbinding Bakels 2011/14.

21 Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/305.

22 HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992/226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*), analoog toegepast op non-industriële fabricage. Zie over dit arrest Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/77.

Op het moment dat A failleert, had hij al een betalingsachterstand aan B van een maand. B meldt zich bij A om de achterstallige termijnen te incasseren, maar vindt daar de curator van A. Art. 37 Fw zal B niet veel verder helpen. B kan zijn vordering tot betaling van de aanneemsom indienen ter verificatie. Voor eventuele schadevergoeding geldt ingevolge art. 37a Fw hetzelfde. Als de curator de overeenkomst niet gestand doet, is B aangewezen op de remedies uit het verbintenissenrecht. Hij is bevoegd om de werkzaamheden op te schorten en hij zou ook de overeenkomst kunnen ontbinden. Bovendien heeft hij een retentierecht. Gesteld dat B (nog) niet ontbindt, maar de curator wel de zaak terug wil, zijn twee mogelijkheden denkbaar. Ofwel de curator van A is bevoegd om de aannemingsovereenkomst op te zeggen, of dat is hij niet. In art. 7:764 lid 1 BW is neergelegd dat de opdrachtgever te allen tijde bevoegd is, de overeenkomst op te zeggen. Opzegging is mogelijk omdat de opdrachtgever een groter belang heeft bij beëindiging, dan de aannemer bij voortzetting van de overeenkomst, zolang de aannemer er maar niet financieel op achteruit gaat.[23] Art. 7:764 BW is niet van dwingend recht.[24]

Stel dat *niet* van art. 7:764 lid 1 BW is afgeweken. Nu buiten faillissement de opdrachtgever de bevoegdheid tot opzegging van de overeenkomst heeft ex art. 7:764 lid 1 BW, heeft de curator deze bevoegdheid ook in faillissement van de opdrachtgever. B kan zich beroepen op een retentierecht. De curator van A kan dat doorbreken met behulp van art. 60 lid 2 Fw.[25] Door de opzegging ontleent B aan de overeenkomst in ieder geval niet meer het recht om de feitelijke macht over de zaak te hebben.

Stel dat *wel* contractueel is afgeweken van art. 7:764 lid 1 BW, zodat de curator van A niet bevoegd is om de overeenkomst op te zeggen. Kan de curator nu met een beroep op art. 60 lid 2 Fw de zaak bij B opeisen en deze executeren? Of betekent die opeising een 'actieve wanprestatie' waartoe de curator ingevolge het Berzona-arrest niet bevoegd is?

329. Het voorgaande stelt de algemene vraag orde of de aannemer aan de overeenkomst een recht ontleent om de zaak onder zich te hebben. Schept de overeenkomst een (neven)verbintenis tot machtsverschaffing aan de aannemer? In zijn algemeenheid is de opdrachtgever niet gehouden om

23 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 38. Zie over de opzegging van aannemingsovereenkomsten verder C.E.C. Jansen 2013/59-61.

24 Strang, *GS Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:764 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 15 oktober 2015), Asser/Van den Berg 7-VI 2017/171.

25 Zie daarover verder hoofdstuk 8.

mee te werken aan een correcte uitvoering van het werk door de aannemer. Een niet-medewerking kan wel nadeel opleveren voor de aannemer, maar het impliceert niet een wanprestatie van de opdrachtgever.[26] Bovendien wordt als gezegd in de memorie van toelichting overwogen dat het belang dat de opdrachtgever bij beëindiging heeft, groter is dan dat van de aannemer bij continuering.[27] Mijns inziens kan dan ook niet gezegd worden dat een 'verbintenis tot machtsverschaffing' op A rust. Weliswaar berust de feitelijke macht van B zolang de overeenkomst in stand is, op de overeenkomst én op het retentierecht. Maar het is niet zo dat B recht heeft om de macht over de zaak te hebben ten laste van de boedel, waarvan de curator de voortzetting moet dulden vanwege het Berzona-arrest. De aannemingsovereenkomst voorziet niet in een dergelijke prestatie. B zal zich mijns inziens niet kunnen beroepen op de regel dat het faillissement bestaande overeenkomsten onverlet laat, zelfs als de curator contractueel niet tot opzegging bevoegd is. De curator kan mijns inziens de zaak bij B opeisen en deze verkopen omdat B geen recht aan de overeenkomst ontleent dat ten laste van de boedel moet worden geduld. Art. 60 Fw is toepasselijk en de curator kan het retentierecht van A met behulp van art. 60 lid 2 Fw doorbreken.

7.3.3.3 Bewaarneming

330. A geeft ruwe olie voor onbepaalde tijd in bewaring aan B. De bewaargever is op grond van art. 7:605 lid 1 BW gerechtigd tot het vorderen van onverwijlde afgifte en de bewaarnemer kan eveneens onverwijlde terugneming vorderen. De curator van A is in diens faillissement dan ook eveneens gerechtigd om onverwijlde teruggave te vorderen, ook al voorziet de overeenkomst er niet in.

Het Berzona-arrest staat daar niet aan in de weg, want dat voorziet juist in de mogelijkheid dat de wet of een overeenkomst bepaalt dat afgifte van de zaak wel zal moeten geschieden. Art. 60 Fw is van toepassing en het retentierecht dat B inroept, kan door de curator worden doorbroken op de voet van art. 60 lid 2 Fw.

Bewaarneming schept in beginsel geen gebruiksrecht dat de boedel zou moeten dulden. Maar het is denkbaar dat de bewaarnemer niet alleen bewaarneemt, maar ook een gebruiksrecht verkrijgt (zie art. 7:603 lid 1 BW). De precieze kwalificatie van de overeenkomst zal door middel van

26 Asser/Van den Berg 7-VI 2017/75.
27 Kamerstukken II 1992/93, 23095, nr. 3, p. 38.

uitleg moeten worden vastgesteld.[28] Als vast komt te staan dat de bewaarnemer ook een gebruiksrecht heeft verkregen, zal dit *niet* kunnen worden beëindigd tijdens faillissement van de bewaargever. Dit geval zal echter eerder regel dan uitzondering zijn. De curator van de bewaargever die ingevolge art. 7:605 BW afgifte vordert en desondanks van de bewaarnemer een retentierecht tegengeworpen krijgt voor het bewaarneemloon, kan dit doorgaans passeren met een beroep op art. 60 lid 2 Fw.

7.3.3.4 Huur van een onroerende zaak

331. A heeft zijn huis voor onbepaalde tijd verhuurd aan B. B verricht zelf enkele reparaties aan het huis, die op grond van het contract voor rekening van A komen. In de huurovereenkomst is verrekening uitgesloten. A gaat failliet. In de overeenkomst staat niets over opzegging door de verhuurder. Ik veronderstel dat de curator van A geen voortzetting van de bestaande huurovereenkomst wenst.[29]

De Faillissementswet kent in art. 39 Fw een regeling in geval van faillissement van de *huurder*.[30] Een regeling voor het faillissement van de *verhuurder* ontbreekt. Art. 37 Fw brengt partijen niet veel verder. B kan de curator van A een termijn stellen om de overeenkomst gestand te doen. Een niet-gestanddoening door de curator brengt echter niet mee dat de overeenkomst *dus* is opgezegd.

Is de curator van A bevoegd om op te zeggen? In art. 7:228 lid 2 BW – dat in de algemene bepalingen (afdeling 4) van de titel over huur (titel 4) staat – is bepaald dat huur voor onbepaalde tijd kan worden opgezegd. Hiervan is afgeweken in de afdeling over huur van woonruimte verderop in Boek 7. Ingevolge art. 7:271 jo. 7:274 BW kan opzegging alleen op grond

28 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/175. Vgl. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, *NJ* 2015/321, r.o. 3.3.2. Volgens de Hoge Raad sluit het enkele feit dat de overeenkomst ook in het belang van de bewaarnemer is, niet uit dat er sprake is van bewaarneming.

29 Uiteraard is het in de praktijk denkbaar dat de curator juist wél voortzetting van de huurovereenkomst wil, bijvoorbeeld in een (bedrijfs)vastgoedmarkt waarin een verhuurd pand meer waard is dan een leegstaand pand. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland zp Arnhem 24 januari 2014, *JOR* 2015/112. De premisse van het retentierecht is echter juist de *opschorting* van de verplichting tot afgifte. Om deze reden ga ik er hier van uit dat de rechthebbende de verhuurde zaak weer in zijn macht wil krijgen (terwijl de huurder de macht niet wil afstaan).

30 Deze regeling geldt zowel voor de huur van roerende als van onroerende zaken, zie HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, *JOR* 2015/122 m.nt. T.T. van Zanten.

van de in art. 7:274 BW limitatief aangegeven gronden.[31] Financiële belangen zijn slechts in zeer uitzonderlijke gevallen voldoende voor het oordeel dat de woonruimte dringend nodig is voor eigen gebruik.[32] De kans is klein dat een vordering tot opzegging van de huur op de (enkele) grond dat de verhuurder failliet is, slaagt. De huurovereenkomst verschaft B het recht tot gebruik van een goed dat in de boedel valt. Nu het hier gaat om een verplichting tot dulden ten laste van de boedel, is de curator ingevolge het Berzona-arrest niet bevoegd om hierop 'actief' te wanpresteren door op te zeggen terwijl de overeenkomst noch de wet daarin voorziet. B heeft een retentierecht, maar art. 60 Fw is niet van toepassing, omdat het principe dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande verbintenissen prevaleert. Art. 60 lid 2 Fw kan niet worden gebruikt als achterdeur om de dichte voordeur van Berzona te omzeilen. De curator kan de zaak dus niet succesvol opeisen van de huurder, aangezien de overeenkomst met deze huurder niet kan worden beëindigd; de retentor kan niet de curator een termijn stellen om op te eisen of zijn vordering te voldoen (art. 60 lid 3 Fw).

7.3.3.5 Bruikleen

332. A leent zijn auto uit aan B. B verricht een noodzakelijke reparatie en maakt hiervoor kosten. Ingevolge art. 7A:1789 BW is de uitlener verplicht om deze kosten te vergoeden aan de bruiklener. Vervolgens gaat A failliet. Kan de curator de zaak bij B opeisen en wat is daarin de rol van het retentierecht van B?

Er zijn verschillende mogelijkheden voor de curator om de zaak bij de bruiklener op te eisen. In art. 7A:1787 BW is bepaald dat de uitlener de zaak pas kan terugvorderen nadat de overeengekomen bepaalde tijd is verstreken, of de zaak tot het gebruik waartoe zij was uitgeleend heeft gediend of kunnen dienen. De curator van A kan zich bijvoorbeeld op het verstrijken van de bepaalde termijn beroepen, of dat de zaak B al tot het door partijen bedoelde gebruik heeft gediend. Verder is nog mogelijk dat de uitlener bij een contract voor bepaalde tijd de zaak kan opvorderen vóórdat de zaak geheel 'gediend heeft tot het gebruik waartoe zij was uitgeleend', wanneer de uitlener de zaak om dringende redenen zelf nodig heeft. Art 7A:1788 BW bepaalt dat de uitlener de bruiklener in dat geval daartoe *door de rechter* kan laten veroordelen.

31 De regeling is van dwingend recht, zie Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/428.
32 Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/486.

Bij een bruikleen voor onbepaalde tijd is de uitlener in zijn algemeenheid tot opzegging bevoegd.[33] In het arrest Sanders/Sanders oordeelde de Hoge Raad dat de uitlener de overeenkomst in het algemeen kan opzeggen wanneer hem dit goeddunkt, met inachtneming van een redelijke termijn.[34] Maar in datzelfde arrest overwoog de Hoge Raad eveneens dat dit anders kan zijn wanneer de bruiklener aanzienlijke kosten heeft gemaakt ten behoeve van de zaak. Onder die omstandigheden is voor opzegging een dringende reden nodig. Hoewel het om een uitzonderingsgeval gaat, is het juist bij het retentierecht niet ondenkbaar dat de bruiklener zelf kosten voor de zaak heeft gemaakt. Of afwijking van de hoofdregel van opzegging gerechtvaardigd is, kan alleen per geval worden beoordeeld.

Kortom: er bestaan verschillende mogelijkheden om de bruikleen te beëindigen. Is beëindiging door A mogelijk op grond van de overeenkomst of de wet, dan is diens curator daar ook toe bevoegd. Als B dan alsnog afgifte weigert met een beroep op het retentierecht, kan de curator van A dit doorbreken op grond van art. 60 lid 2 Fw. Is beëindiging door de curator van A daarentegen niet mogelijk, dan kan de curator evenmin de zaak opeisen met behulp van art. 60 lid 2 Fw. Zoals in paragraaf 7.2 betoogd, kan art. 60 Fw niet afdoen aan het principe dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande verbintenissen.

7.4 De vereisten voor het retentierecht (tijdens faillissement)

333. Voor toepasselijkheid van art. 60 Fw is niet alleen vereist dat de overeenkomst tijdens faillissement eindigt, maar uiteraard ook dat (ook) tijdens faillissement de vereisten voor het retentierecht zijn vervuld. Het enkele feit dat een wederpartij de feitelijke macht heeft, betekent niet automatisch dat deze zich jegens de curator kan beroepen op een retentierecht. Dit lijkt een open deur, maar naar aanleiding van het Nebula-arrest is destijds door

33 Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/206.

34 HR 15 april 1966, *NJ* 1966/302 (*Sanders/Sanders*), waarover Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/206. Dit is in overeenstemming met hetgeen in het algemeen wordt geleerd over opzegging van duurovereenkomsten, zie HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*) en HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/341 (*Auping/Beverslaap*), HR 14 april 2016, *NJ* 2016/236 (*Gooise Gemeenten/Gemeente Amsterdam*) en HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ*). Zie verder Asser/Sieburgh 6-III 2018/408-409 en verdere verwijzingen aldaar.

verschillende auteurs geopperd dat de huurders (Mulders en Welleman),[35] dan wel de economisch eigenaar (Walton),[36] de mogelijkheid zouden hebben gehad om het retentierecht in te roepen als verweer tegen de ontruimingsvordering van de curator. In die casus lijkt echter voor de economisch eigenaar, noch voor de huurders voldaan aan de vereisten voor het retentierecht, zodat het geen rol had kunnen spelen. Het retentierecht kan alleen erbij worden betrokken door enigszins van de Nebula-casus te abstraheren.

Ik roep kort de casus uit Nebula in herinnering om de in de literatuur verdedigde opvattingen dat in Nebula een retentierecht had kunnen spelen, te kunnen beoordelen. Nebula was juridisch eigenaar van een pand. Het economische eigendom had zij overgedragen aan Donkelaar, die dat vervolgens met instemming van Nebula had verkocht en geleverd aan Walton. Nebula failleerde. Walton, economisch eigenaar, verhuurde meer dan een jaar na het faillissement van Nebula een bovenwoning die onderdeel was van het pand aan Mulders en Welleman. Het stond vast dat Walton jegens Nebula bevoegd was om de huurovereenkomst met Mulders en Welleman te sluiten.[37] De curator vorderde ontruiming van de woonruimte die was gehuurd door Mulders en Welleman.

In de gevallen dat de curator bevoegd is tot beëindiging van de contractuele verhouding en het vorderen van afgifte of ontruiming, kan de vraag opkomen of een huurder, bruiklener, bewaarnemer, aannemer etc., zich met behulp van een retentierecht tegen deze afgiftevordering kan verweren.

334. Het antwoord is niet al te ingewikkeld: voor het inroepen van een retentierecht tegen de curator moet aan de vereisten uit het BW zijn voldaan. Men zou kunnen zeggen dat de schuldeiser hier misschien weinig aan heeft vanwege de opeisingsbevoegdheid van art. 60 lid 2 Fw die de curator kan uitoefenen, maar een retentierecht is zeker niet nutteloos in het faillissement van zijn schuldenaar: de retentor kan bijvoorbeeld de curator een termijn stellen om tot opeising over te gaan en verkrijgt na ongebruikt verstrijken van de termijn het recht van parate executie met betrekking tot de zaak.

35 A-G Huydecoper in nr. 26-28 van zijn conclusie voor HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (*Nebula*), Van Galen 2007, p. 293-294, noot Van Andel onder Voorzieningenrechter Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008/133, Van Zanten 2012, p. 257-258.

36 Verstijlen 2006b, p. 120.

37 Dat is af te leiden uit r.o. 4.3.2 van het bestreden arrest (Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005/161 m.nt. W.J.M. van Andel).

De auteurs die zich in het kader van Nebula op het standpunt hebben gesteld dat de economisch eigenaar, of de huurder, een retentierecht geldend had kunnen maken, onderkennen niet steeds, dat voor een retentierecht is vereist dat de schuldeiser een opeisbare vordering en de feitelijke macht heeft. In Nebula was geen sprake van een opeisbare vordering van Walton (de economisch eigenaar) op Nebula (eigenaar), of van Mulders en Welleman (huurders) op Walton (economisch eigenaar), waarvoor een retentierecht ingeroepen had kunnen worden. Mijns inziens bestond in de Nebulazaak dan ook niet de mogelijkheid van een retentierecht; voor de economisch eigenaar, noch voor de huurder.

335. De vordering tot verschaffing van gebruiksgenot kan alleen een vordering zijn waarvoor kan worden opgeschort, wanneer deze niet wordt nagekomen. Het *karakter* van de vordering tot verschaffing van gebruiksgenot staat op zich niet in de weg aan de mogelijkheid om voor die vordering op te schorten. Een retentierecht kan ook voor andere dan geldvorderingen worden ingeroepen. In de eerste plaats spreekt de tekst van art. 3:290 BW van *de vordering* in het algemeen. In contrast daarmee staat in art. 3:227 BW expliciet dat pand en hypotheek, rechten zijn die strekken om een *vordering tot betaling van een geldsom* op de daaraan verbonden goederen te verhalen. Bovendien volgt dit uit de parlementaire geschiedenis. In de memorie van antwoord bij het (uiteindelijk niet-ingevoerde) ontwerpartikel 3.10.4A.6 zegt de minister: "De ondergetekende meent dat op deze vraag slechts een algemeen antwoord te geven valt voor het geval de vordering ter zake waarvan het retentierecht wordt uitgeoefend, strekt tot betaling van een geldsom."[38] Het past bovendien goed bij art. 6:52 BW, het algemene opschortingsrecht. Het retentierecht vormt in zoverre een bijzonder geval dat de opgeschorte verplichting een verplichting tot afgifte is. De maatstaf voor de vraag of het retentierecht kan worden uitgeoefend voor een bepaalde vordering is niet de aard van de vordering, maar de vraag of voldoende samenhang bestaat. Zolang er voldoende samenhang is tussen de vordering van de retentor en de teruggehouden zaak, bestaat de bevoegdheid tot terughouding. Dit kan mede worden bepaald aan de hand van de open norm van art. 6:52 lid 2 BW.

38 Parl. Gesch. Boek 3, p. 891.

Maar zolang de retentor de feiteljke macht heeft over de zaak, is de vordering tot verschaffing van feitelijke macht over de zaak geen vordering waarvoor het retentierecht zou kunnen worden ingeroepen. De Hoge Raad overweegt in het Berzona-arrest – met betrekking tot huur:

> "Uit het vorenstaande volgt dat, ingeval de huurder ten tijde van de faillissementsaanvraag in het genot is van het gehuurde, de curator niet bevoegd is dat genot te beëindigen als de huurovereenkomst nog loopt. De vordering tot het verschaffen van huurgenot levert in dat geval geen vordering op die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend."[39]

Uit het arrest kan mijns inziens worden afgeleid dat het feit dat de huurder in het genot is van het gehuurde, niet alleen meebrengt dat hij geen vordering heeft die in het faillissement ter verificatie kan worden ingediend, maar ook dat hij geen (opeisbare) vordering heeft waarvoor een retentierecht zou kunnen worden ingeroepen. Deze zienswijze wordt bevestigd door een arrest van de Hoge Raad van 23 februari 2018.[40] In dat arrest draait het om de vraag of een onderhuurder (van auto's) gehouden was tot betaling van de huurtermijnen, verschenen na het eindigen van de *hoofd*huurovereenkomst, terwijl het gebruik van de auto's door de onderhuurder nog voortduurde. De Hoge Raad overweegt:

> "Zolang de hoofdverhuurder daartoe (tot opeising van de auto's bij de onderhuurder, MAH) niet overgaat, behoudt de onderhuurder het feitelijke gebruik van de zaak ingevolge de onderhuurovereenkomst; van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis door de onderverhuurder is in zo'n geval dan ook nog geen sprake."[41]

Zolang geen feitelijke stoornis van het gebruik door de huurder optreedt, is geen sprake van tekortkoming. Wat betreft de vordering ter verschaffing van gebruiksgenot en het retentierecht is al met al sprake van een catch-22: of de partij heeft de feitelijke macht (en dan is de vordering tot verschaffing daarvan niet een vordering waarvoor retentierecht kan worden uitgeoefend), of de partij heeft de feitelijke macht niet (en dan kan geen retentierecht worden uitgeoefend).

39 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*), r.o. 3.6.6.
40 Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284, *JOR* 2018/169, m.nt. J.J. van Hees.
41 Hoge Raad 23 februari 2018, *JOR* 2018/169, m.nt. J.J. van Hees, r.o. 3.3.3.

336. A-G Huydecoper wierp in zijn conclusie voor het Nebula-arrest als eerste het balletje van het retentierecht voor de *huurders* op. Hij benoemt het retentierecht slechts als zijstap en werkt nauwelijks uit hoe hij zich een beroep van de huurder in Nebula op het retentierecht voorstelt. Van Galen, Van Andel en Van Zanten nemen allen aan dat de huurders in Nebula een beroep had kunnen doen op een retentierecht ter afwering van de ontruimingsvordering van de curator van de failliete juridisch eigenaar.[42] Van Zanten betoogt dat een beroep op het retentierecht in strijd is met het Nebula-arrest.[43] Dit standpunt laat ik verder onbesproken, omdat sinds het Berzona-arrest duidelijk is geworden dat de curator niet het 'recht op wanprestatie' heeft.[44] Van Galen neemt aan dat het retentierecht zou kunnen worden uitgeoefend voor de vordering ter waarde van het huurrecht en eventuele verhuiskosten indien het huur van een onroerende zaak betreft. Van Andel sluit zich hierbij aan. De vordering van de retentor, aldus Van Galen, beloopt dan ten minste het verschil tussen de vrije verkoopwaarde en de waarde in verhuurde staat. Hij redeneert dat in dat geval de curator mogelijkerwijs slechts met het oog op omslag van de algemene faillissementskosten opeist, omdat dan een hogere dekking van de algemene faillissementskosten zou kunnen worden verkregen. Van Galen werpt de vraag op of dergelijk handelen door de curator niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

De benadering van Van Galen en Van Andel gaat voorbij aan het vereiste van een opeisbare vordering. Zolang de huurder in het genot is van het gehuurde, heeft hij naar mijn mening geen opeisbare vordering 'ter waarde van het huurrecht'. In het vorige nummer zette ik al uiteen dat geen sprake is van een vordering tot verschaffing van het huurgenot, zolang de huurder in genot van het gehuurde is. Voor wat betreft de mogelijkheid van een retentierecht voor de vordering van de huurder vanwege verhuiskosten, miskent de benadering van Van Galen en Van Andel het karakter van het retentierecht als *opschortingsrecht*. Opschorting is reactief: een schuldeiser is ertoe bevoegd als de wederpartij zijn verplichting niet nakomt.[45] Een uitzondering hierop vormt de mogelijkheid tot geanticipeerde opschorting uit art. 6:80 BW.[46] Geanticipeerde opschorting is onder

42 Van Galen 2007, p. 293-294, noot Van Andel onder Voorzieningenrechter Rechtbank Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008/133, Van Zanten 2012, p. 239 en p. 257-258.
43 Van Zanten 2012, p. 239.
44 Naar aanleiding van het Nebula-arrest werd dit aangenomen, zie o.m. Boekraad 2007, Van Zanten 2007 en Van Zanten 2014. Zie verder par. 7.3.2.
45 Zie par. 2.2.3 en 3.3.4.
46 Zie par. 3.3.4.3.

meer mogelijk wanneer de huurder gegronde vrees heeft dat de curator tekort zal schieten en hij hem een termijn stelt om te verklaren bereid te zijn tot nakoming (art. 6:80 lid 1 sub c BW). Toepassing van art. 6:80 BW, of art. 6:263 BW ingeval van een wederkerige overeenkomst, veronderstelt wel dat er grond is om te vrezen dat de wederpartij niet zal nakomen. Nu uit het Berzona-arrest duidelijk is geworden dat de curator de bevoegdheid tot opeising van het gehuurde niet heeft, wanneer niet de wet of de overeenkomst daarin voorziet, is het ontstaan van een schadevergoedingsvordering in de vorm van een vergoeding van de (toekomstige) verhuiskosten echter uiterst onzeker. Een retentierecht voor een volstrekt toekomstige vordering is niet bestaanbaar vanwege het reactieve karakter van opschorting. Een retentierecht voor de huurders in het Nebula-arrest is kortom allerminst vanzelfsprekend.

Een nadere complicatie in het kader van het Nebula-arrest is dat het (in theorie) door de huurders in Nebula in te roepen retentierecht, een retentierecht op de zaak van *een derde* zou betreffen. Het betreft immers de terughouding door de huurders, van de zaak van Nebula, voor een (mogelijke) vordering van de huurders op de economisch eigenaar. Nebula was de juridisch eigenaar van het gehuurde. Voor het inroepen van het retentierecht door de huurders tegen de derde-eigenaar Nebula, is vereist, dat de economisch eigenaar jegens Nebula bevoegd was om de huurovereenkomst aan te gaan, dan wel dat de huurder daaraan niet hoefde te twijfelen.[47] In het Nebula-arrest staat vast dat de bevoegdheid bestond om de huurovereenkomst aan te gaan. Het retentierecht is – als het bestaat – dus zonder meer in te roepen tegen eigenaar Nebula. Van Galen noch Van Andel geeft zich rekenschap van de vraag of toepassing van art. 60 Fw op een retentierecht in faillissement van de derde-eigenaar überhaupt mogelijk is. Aan deze vraag besteed ik aandacht in paragraaf 9.2. Op deze plaats constateer ik alvast dat het in ieder geval niet vanzelfsprekend is.

337. Terwijl voornoemde schrijvers uitgaan van een retentierecht voor de *huurders* uit Nebula, heeft Verstijlen de mogelijkheid van een retentierecht van de *economisch eigenaar* opgeworpen. Hij stelt dat de weigering door de curator om de zaak juridisch te leveren en de opeising van de zaak wanprestatie van de curator impliceert. De wederpartij kan dan ontbinden en/of schadevergoeding vorderen. Omdat hij het pand houdt komt

47 Art. 3:291 lid 2 BW.

de economisch eigenaar een retentierecht toe, ter afwering van de opeising door de curator.[48] Overigens schrijft Verstijlen naar aanleiding van het hofarrest van Nebula over het retentierecht, terwijl het hof in Nebula nu juist had geoordeeld dat de overeenkomst van economische eigendom niet kon worden beëindigd.[49] In dit specifieke geval is het dus moeilijk om vol te houden dat de economisch eigenaar een retentierecht zou hebben voor 'de weigering om de zaak juridisch te leveren en de opeising'.[50] Geabstraheerd van Nebula is echter wel denkbaar dat een economisch eigenaar een retentierecht heeft voor de (opeisbare) vordering tot levering, wanneer de curator die niet nakomt. Die vordering vereist dan natuurlijk wel een niet-nakoming van overeenkomst van economische eigendom. Een retentierecht is bovendien denkbaar in het kader van de ongedaanmakingsverbintenissen die ontstaan bij ontbinding van de economische eigendom wegens tekortkoming door de juridisch eigenaar (of diens curator) om te leveren.

Volgens Verstijlen gaat de opbrengst van de zaak vanwege de voorrang van de retentor geheel naar de voormalige economisch eigenaar, minus de bijdrage in de faillissementskosten. Hij concludeert daaruit dat het opeisen van de zaak geen nut heeft, wanneer het de curator erom gaat om de rangorde tussen schuldeisers te bewaken. Ik kan die redenering niet goed volgen. Wanneer de economisch eigenaar inderdaad vanwege het retentierecht voorrang heeft bij de uitdeling van de executieopbrengst van de in economisch eigendom overgedragen zaak, dan is het naar mijn mening juist *die* rangorde die de curator moet bewaken. Uit praktisch oogpunt merk ik verder nog op dat de kwetsbare positie van de koper van economisch eigendom doorgaans wordt gezekerd door middel van een hypotheekrecht voor de vordering tot terugbetaling van de koopprijs en schadevergoeding als de juridisch eigenaar zijn verplichting tot levering niet nakomt.[51] Als de koper een hypotheekrecht heeft, heeft het retentierecht hem vermoedelijk niet veel extra's te bieden.

338. De conclusie van deze paragraaf is dat een retentierecht niet voetstoots moet worden aangenomen voor een partij die de feitelijke macht heeft over zaken van de failliet. Daarvoor moet aan de vereisten die het BW stelt aan het retentierecht zijn voldaan. Zolang de schuldeiser de feitelijke macht

48 Verstijlen 2006b, p. 120.
49 Zie r.o. 4.3.3 van het arrest – Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005/161.
50 Verstijlen 2006b, p. 120.
51 Van Velten 1982, p. 89, Bartels & Heyman 2012/449.

heeft, is de vordering tot verschaffing van die macht in ieder geval niet een vordering waarvoor het retentierecht kan worden ingeroepen. In principe is voor het retentierecht vereist dat de schuldeiser een opeisbare vordering op de wederpartij heeft. In de drie gevallen van art. 6:80 BW is de opschortingsbevoegdheid uitgebreid naar niet-opeisbare vorderingen. Maar een retentierecht voor een toekomstige vordering is naar mijn mening niet mogelijk (anders dan een pand- of hypotheekrecht; zie art. 3:231 BW). Bovendien vereist het retentierecht dat de schuldeiser feitelijke macht over de zaak heeft. Ook dat ligt nogal voor de hand, maar de suggestie in de literatuur dat de economisch eigenaar in Nebula die de zaak had verhuurd een retentierecht toekwam, gaat aan dit vereiste voorbij.

7.5 Conclusies

339. Art. 60 Fw is alleen van toepassing wanneer de rechtsverhouding tussen retentor en failliet tijdens het faillissement eindigt. Dat eindigen kan bijvoorbeeld zijn door opzegging door de curator, of ontbinding door de wederpartij. Of een overeenkomst kan worden beëindigd hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overeenkomst en de wettelijke bepalingen. Aangezien een retentierecht kan voortvloeien uit allerlei typen overeenkomsten (huur, bewaarneming, bruikleen, etcetera), is een gevalsbenadering noodzakelijk. Art. 60 Fw veronderstelt bovendien (uiteraard) dat de vereisten uit het BW voor een retentierecht zijn vervuld.

Art. 60 Fw ondergraaft niet het principiële uitgangspunt dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande verbintenissen. Dat ondergraven zou wel aan de orde zijn als de curator de zaak zou mogen opeisen op de voet van art. 60 lid 2 Fw, terwijl (bijvoorbeeld) een huurovereenkomst niet beëindigd zou kunnen worden. De opeising door de curator en de termijnstelling door de retentor (met als mogelijk gevolg het recht van parate executie), wijzigen de verbintenissen, en dit is alleen mogelijk voor zover de zaak al zou moeten worden teruggegeven. Eén reden voor die teruggave is het eindigen van de overeenkomst tijdens faillissement.

Voor de toepassing van art. 60 Fw, kan het dus relevant zijn om te bezien *wanneer* de overeenkomst eindigt. Uit de arresten Berzona en Credit Suisse/Jongepier q.q. volgt dat de curator *niet* het recht heeft om de overeenkomst op te zeggen als de wet of de overeenkomst daar niet in voorziet. De curator kan wel 'passief' wanpresteren, namelijk op 'actieve verplichtingen', zoals het betalen van een vordering of afgifte van een zaak. Maar

hij heeft niet het recht om 'actief' te wanpresteren op 'passieve verplichtingen', die strekken tot een dulden of een niet-doen ten laste van de boedel. Tenzij de wet of de overeenkomst daar zelf in voorziet, kan de curator dergelijke overeenkomsten niet beëindigen.

Ook tijdens faillissement moet aan de vereisten voor het retentierecht worden voldaan. Naar aanleiding van het Nebula-arrest is in de literatuur geopperd, dat de huurders of de economisch eigenaar zich op een retentierecht hadden kunnen beroepen. Maar het enkele feit dat een huurder of economisch eigenaar de feitelijke macht heeft, brengt niet mee dat hij een vordering tot verschaffing van de feitelijke macht heeft. In het Berzona-arrest lag de vraag voor of de huurder die zich in het gehuurde bevond een (steun)vordering had op de verhuurder, waardoor diens faillissement zou kunnen worden aangevraagd. De Hoge Raad overwoog dat een vordering tot verschaffing van gebruiksgenot op zichzelf kán dienen als steunvordering, maar dat de huurder geen vordering heeft zolang het gebruiksgenot aan de huurder wordt verschaft. De vordering tot verschaffing van gebruiksgenot is eveneens een vordering waarvoor kan worden opgeschort – de vordering van de retentor hoeft mijns inziens niet een geldvordering te zijn – maar zolang de retentor de feitelijke macht heeft, heeft hij niet een vordering tot verschaffing van gebruiksgenot.

HOOFDSTUK 8

RETENTIERECHT IN FAILLISSEMENT VAN DE SCHULDENAAR

8.1 Inleiding

8.1.1 Inleiding op art. 60 Fw

340. De Faillissementswet bevat in art. 60 een regeling voor het retentierecht. De regeling beoogt een zo evenwichtig mogelijke afweging te maken tussen de belangen van de boedel en die van de retentor. In dit hoofdstuk breng ik art. 60 Fw in kaart. Op het eerste gezicht is de regeling helder: de curator mag de terughouding doorbreken en de zaak verkopen, terwijl de retentor zijn voorrang op de opbrengst behoudt. Om de curator een beetje aan te sporen, kan de retentor hem een termijn stellen om op te eisen en te verkopen. Handelt de curator niet tijdig, dan kan de retentor paraat executeren. De mogelijkheid van doorbreking van het retentierecht door de curator geldt sinds de wijziging van de Faillissementswet in 1992. Hierdoor is een groot deel van de patstelling die bij executie buiten faillissement tot problemen leidt,[1] niet aan de orde tijdens faillissement.

Art. 60 *lid 1* Fw is inhoudelijk gelijk gebleven aan het oorspronkelijke art. 60 Fw uit de Faillissementswet van 1893; leden 2, 3 en 4 van art. 60 Fw zijn bij gelegenheid van invoering van het nieuw BW in 1992 ingevoerd. Maar de regelingen van het retentierecht uit het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet zijn niet op alle punten congruent. Anders dan in het BW, is in de Faillissementswet de tweepartijenverhouding juist het uitgangspunt. In de Faillissementswet is nauwelijks rekening gehouden met het feit dat het retentierecht derdenwerking kan hebben. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een pand- of hypotheekhouder de teruggehouden zaken als separatist wil executeren. Een vraag die dan kan opkomen is welke afspraken de separatist en de retentor onderling kunnen maken.

1 Zie hierover hoofdstuk 5.

Ook met weglating van derden roept art. 60 Fw vragen op. Zo is niet direct duidelijk of 'opeisen' in de zin van art. 60 lid 2 Fw betekent dat de zaak uit de macht van de retentor moet zijn gehaald. Verder is de vraag wat de ratio is van de termijnstelling door de retentor en wat de curator precies binnen de door de retentor gestelde termijn moet hebben gedaan.

8.1.2 Opbouw

341. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In paragraaf 8.2 worden de hoofdlijnen van art. 60 Fw behandeld. In paragraaf 8.3 komt de samenloop van pand- of hypotheekrecht en retentierecht in faillissement van de schuldenaar aan bod. In paragraaf 8.4 ga ik in op de vraag of art. 60 Fw onverminderd toepasselijk is als een van de vereisten voor de uitoefening van retentierecht pas tijdens faillissement vervuld wordt.

In dit hoofdstuk veronderstel ik dat aan de vereisten voor uitoefening van het retentierecht (en voor derdenwerking) is voldaan. Bovendien veronderstel ik dat de zaak al moet worden afgegeven uit hoofde van de overeenkomst, maar alleen het retentierecht daar nog aan in de weg staat. Als dat (nog) niet zo is, dan is art. 60 Fw niet van toepassing. Daarover gaat hoofdstuk 7.

Dit hoofdstuk gaat uitsluitend over het geval waarin de schuldenaar van de retentor eigenaar is van de zaak en deze eigenaar failliet is. De vraag wat de positie van de retentor is als hij retentierecht uitoefent op een zaak van een derde en die derde is failliet, komt aan bod in hoofdstuk 9.

8.1.3 Afbakening

342. Ik heb niet gepoogd om een uitputtende beschrijving te geven van alle mogelijke scenario's van retentierechten in alle insolventieprocedures. In dit hoofdstuk beperk ik me tot twee hoofdzaken: ten eerste analyseer ik art. 60 Fw en ten tweede ga ik in op het samenspel tussen art. 57 en art. 60 Fw.

De volgende onderwerpen blijven buiten beschouwing, ondanks dat ze gaan over de combinatie retentie en insolventie. Ik laat het retentierecht in de WSNP buiten beschouwing, zie art. 299b Fw en voor de vereffening art. 349 Fw.[2] De regeling lijkt qua opzet op die van art. 60 Fw, maar wijkt

2 Zie over de positie van de retentor in de schuldsaneringsregeling Lammers 2000, p. 1-10 en Wessels IX 2017/9133-9136.

daar op belangrijke punten juist van af vanwege het eigen karakter van de schuldsaneringsregeling. De positie van een retentierecht tijdens surséance en bij het aanbieden van een surséanceakkoord blijft eveneens buiten beschouwing. De surséance werkt ingevolge art. 232 Fw niet ten aanzien van vorderingen waaraan voorrang is verbonden, behoudens voor zover zij niet verhaald kunnen worden op het goed waar de voorrang betrekking op heeft. De retentor mag zich dus tijdens de surséance nog steeds verhalen op de teruggehouden zaak (in afwijking van de hoofdregel van art. 230 Fw, dat bepaalt dat de schuldenaar niet tot betaling kan worden gedwongen en verhaal op zijn goederen is geschorst), maar met betrekking tot het gedeelte van zijn vordering dat niet op de teruggehouden zaak kan worden verhaald, werkt de surseance wél. Verder laat ik de rol van de retentor bij een eventuele schuldeiserscommissie, zie art. 74 e.v. Fw buiten beschouwing. Ten slotte ga ik niet in op art. 173b Fw, dat gaat over een stemming op een voorstel tot voortzetting van de onderneming. In art. 173b lid 1 Fw is bepaald dat een voorstel tot voortzetting van de onderneming is aangenomen indien de schuldeisers, wiens vordering niet is gedekt door pand-, hypotheek of retentierecht, met meer dan de helft van de erkende en voorwaardelijk toegelaten vorderingen vóór stemmen. Art. 173b Fw is intrigerend, omdat de bevoorrechte schuldeisers kennelijk wel meetellen, maar de retentor niet. Ook deze bepaling laat ik echter verder rusten.[3]

8.2 Hoofdlijnen van art. 60 Fw

8.2.1 Inleiding

343. De inhoud van art. 60 Fw is op het eerste gezicht vrij eenvoudig. De retentor verliest zijn recht niet door de faillietverklaring. De curator kan de zaak bij de retentor opeisen of zijn vordering voldoen. De retentor mag de curator een termijn stellen om deze bevoegdheden uit te oefenen. Na ongebruikt verstrijken van die termijn verkrijgt de retentor het recht van parate executie. Toch roept het artikel vragen op. Onder meer de volgende vragen komen in deze paragraaf aan de orde. Wat is de functie van de termijnstelling door de retentor? Wat moet de curator binnen de door de retentor gestelde termijn hebben gedaan? Betekent 'opeising' dat de zaak

3 Deze stemming komt overigens in de praktijk zelden voor, zie: Polak/Pannevis 2017/11.3.

uit de macht van de retentor moet zijn gebracht? En is opeising van de zaak ook toegestaan wanneer de curator de zaak niet wil of kan verkopen? Ik bespreek de verschillende onderwerpen zoveel mogelijk in de volgorde waarin ze in art. 60 Fw te vinden zijn. Ik ga in paragraaf 8.2 nog uit van een tweepartijenverhouding; ik bespreek alleen de posities van de retentor en de curator. De positie van een zekerheidsgerechtigde met betrekking tot de zaak komt erbij in paragraaf 8.3.

8.2.2 De twee functies van art. 60 lid 1 Fw

8.2.2.1 Inleiding

344. Art. 60 lid 1 Fw heeft twee functies. Ten eerste stelt het zeker dat het retentierecht niet van rechtswege vervalt door de faillietverklaring. Ten tweede dient het ertoe, om het toepassingsbereik van art. 60 Fw af te bakenen. Deze twee functies van lid 1 van art. 60 Fw komen aan de orde in paragraaf 8.2.2.2 en paragraaf 8.2.2.3.

8.2.2.2 Het retentierecht vervalt niet van rechtswege door faillietverklaring

345. Art. 60 lid 1 Fw is inhoudelijk ongewijzigd ten opzichte van het artikel in de oorspronkelijke Faillissementswet.[4] Art. 60 (oud) Fw luidde:

> "De schuldeischer, die gerechtigd is goederen, aan den schuldenaar toebehoorende, terug te houden, totdat zijne schuldvordering is gekweten, verliest door de faillietverklaring van de schuldenaar dit recht van terughouding niet."

Het artikel werd destijds noodzakelijk geacht om het misverstand weg te nemen dat het retentierecht door de faillietverklaring automatisch zou vervallen.[5] Faillietverklaring zelf tast dus het retentierecht niet aan. De wetgever achtte dit rechtvaardig, om de volgende reden:

---

4 Wet op het faillissement en de surséance van betaling, inwerkingtreding 1 januari 1896. Zie ook Parl. Gesch. Inv Boeken 3, 5 en 6 en Rv, Wet RO en Fw, p. 407.

5 Van der Feltz I, p. 479. Uit de literatuur, aangehaald in de parlementaire geschiedenis (t.a.p., voetnoot 1), blijkt van discussie over het al of niet voortbestaan van het retentierecht na faillietverklaring. Er wordt een vergelijking gemaakt met het vervallen van beslag ingevolge art. 33 lid 2 Fw. Bijvoorbeeld Browne 1882, p. 62-63 en Wildervanck 1890, p. 44-45 zijn nog van mening dat het goed zou zijn om in de wet een bepaling op te nemen die expliciet bepaalt dat het retentierecht niet vervalt door de faillietverklaring. Zij menen dat de retentor de zaak niet hoeft

> "Het faillissement mag niet strekken om een schuldeiser ten bate van zijn medeschuldeischers van zijn rechten te berooven. De zoogenaamde paritas creditorum vordert dit allerminst; immers dat wil alleen zeggen dat schuldeischers, die gelijke rechten hebben, gelijk behandeld moeten worden, niet ook zij die verschillende rechten kunnen doen gelden."[6]

Bij de wijziging van de Faillissementswet door de invoering van het BW, is besloten de bepaling (in gewijzigde redactie) te behouden. In de memorie van toelichting van de wijziging van de Faillissementswet is te lezen dat het eerste lid van art. 60 Fw strikt genomen overbodig is,[7] maar niettemin gehandhaafd wordt om twee redenen: ten eerste omdat art. 20 Fw tot een misverstand zou kunnen leiden omdat de zaak, die weliswaar niet *in de macht van* de schuldenaar is, wél behoort tot zijn vermogen en ten tweede als inleiding op de leden 2 t/m 4 van art. 60 Fw. Het resultaat is een ietwat dubbelzinnig artikel, waarin in het eerste lid wordt bepaald dat het retentierecht niet verloren gaat door faillietverklaring waarna in lid 2 blijkt dat de curator de zaak van de gefailleerde kan opeisen. Het beste is dus om art. 60 lid 1 Fw zo te verstaan, dat het retentierecht niet *van rechtswege* door de faillietverklaring verloren gaat.

8.2.2.3 Afbakening van het toepassingsbereik van art. 60 Fw

346. In de memorie van toelichting staat als gezegd dat art. 60 lid 1 dient "ter inleiding van de volgende leden". Daaruit kan mijns inziens worden afgeleid dat lid 1 van art. 60 Fw ook de functie heeft om het toepassingsbereik van art. 60 Fw af te bakenen. Lid 1 bepaalt immers, dat het retentierecht *van de schuldeiser* op een zaak *van de schuldenaar* niet verloren gaat door de faillietverklaring. Door deze bepaling vallen een aantal gevalstypen van retentierecht buiten het bereik van art. 60 Fw. Art. 60 lid 1 Fw kan gezien worden als een toegangspoortje naar leden 2, 3 en 4 van art. 60 Fw.

---

af te geven totdat zijn volledige vordering is voldaan. Gerritsen 1894, p. 93-94 sluit zich hier bij aan. In 1894 is de 'nieuwe' Faillissementswet reeds in het Staatsblad gepubliceerd. De voormelde opvattingen over het retentierecht in faillissement zijn in art. 60 van de destijds geldende Faillissementswet bevestigd.

6 Van der Feltz I, p. 479.

7 *Kamerstukken II* 1980/81, 16593, 3, p. 149. De wetgever had in het kader van art. 6:53 BW in het bijzonder onder meer de curator en de beslaglegger van de wederpartij voor ogen, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 211.

Door de werking van art. 3:291 jo. 3:292 BW, kan het retentierecht ook betrekking hebben op zaken van derden. Bij de herziening van de Faillissementswet in 1992 die gepaard ging met de invoering van het nieuw BW, lijkt daarmee echter geen rekening te zijn gehouden. Er zijn twee gevallen van retentierechten op zaken van derden denkbaar die faillissementsrechtelijke vragen oproepen, maar gelet op art. 60 lid 1 Fw strikt genomen niet onder de reikwijdte van het artikel vallen. Ten eerste het geval dat het retentierecht rust op de zaak van een derde, terwijl (alleen) de schuldenaar van de retentor failliet is. De zaak valt dan niet in de boedel, maar het retentierecht biedt de retentor wel een verhaalsrecht jegens de derde. Dit gevalstype is behandeld in hoofdstuk 6. Met betrekking tot het faillissement van de schuldenaar is in dat hoofdstuk name de vraag, hoe de retentor zijn verhaalsrecht jegens de derde moet effectueren aan de orde gekomen. Ten tweede het geval dat het retentierecht rust op de zaak van een derde en deze derde failliet is. De retentor is dan geen schuldeiser in het faillissement van de derde. De zaak waar het retentierecht betrekking op heeft valt wel in de boedel, maar het is niet de faillissementsboedel van de schuldenaar van de retentor. Over dit tweede gevalstype gaat hoofdstuk 9.

Behalve op zaken van derden, kan een retentierecht ook betrekking hebben op eigen zaken van de schuldenaar. Voor de duidelijkheid: het begrip 'schuldenaar' gebruik ik hier in de zin van de Faillissementswet. Een retentierecht kan dus ook betrekking hebben op eigen zaken van de failliet. Het BW sluit niet uit dat een retentierecht op eigen zaken wordt uitgeoefend.[8] Ook dan is art. 60 Fw niet van toepassing, omdat het dan niet gaat om een retentierecht van de schuldeiser, op een zaak van de schuldenaar (wederom: in de zin van de Faillissementswet), maar om een retentierecht *van de schuldenaar* op zijn eigen zaken. Lid 1 van art. 60 Fw bakent het toepassingsbereik als gezegd af, tot retentierechten van schuldeisers op zaken van hun (failliete) schuldenaren. De afbakening die lid 1 van art. 60 Fw maakt met betrekking tot eigen zaken van de gefailleerde is logisch, omdat het artikel juist beoogt om de zaak in de macht van de curator te brengen met het oog op executie. In het geval van de schuldenaar (in de zin van: de gefailleerde) met een retentierecht op eigen zaken, is de doorbrekingsmogelijkheid van het retentierecht van art. 60 lid 2 Fw niet nodig; de curator van de schuldenaar die retentierecht heeft op zijn eigen zaken kan deze zonder meer executeren.

8 In deze zin ook Aarts 1990, p. 163-164. Anders: Fesevur 2017/15 en Fesevur 1988, p. 98-99.

8.2.3 De curator kan de vordering van de retentor voldoen

347. Een curator die wordt geconfronteerd met een retentierecht op zaken die in de boedel vallen heeft volgens art. 60 lid 2 Fw twee mogelijkheden. Ten eerste kan hij de zaak bij de retentor opeisen en verkopen en ten tweede kan hij, voor zover dit in het belang van de boedel is, de vordering van de retentor voldoen. De curator behoeft voor de beslissing om de zaak op te eisen, of de vordering van de retentor te voldoen machtiging van de rechter-commissaris, aldus art. 68 lid 2 Fw. In feite heeft hij nog een derde mogelijkheid: hij kan stil blijven zitten. Dan loopt hij echter wel het risico dat de retentor de zaak paraat kan gaan executeren, volgens art. 60 lid 3 Fw.[9] In deze paragraaf bespreek ik de achtergrond van de mogelijkheid om de vordering van de retentor te voldoen.

348. De curator kan de vordering van de retentor voldoen, voor zover dit in het belang van de boedel is. De oorsprong van deze bevoegdheid ligt in art. 175 lid 2 (oud) Fw, waarin in iets andere woorden hetzelfde was bepaald.[10] Sinds 1992 heeft de curator de bevoegdheid verkregen om de zaak op te eisen. Het is moeilijk om alsnog een goede reden te bedenken voor de curator om de vordering van de retentor direct te voldoen. Verschoof stelt dat de curator alleen voor lossing zal kiezen, indien hij belang heeft bij een snelle afwikkeling.[11] Het is inderdaad voorstelbaar dat het in het belang van de boedel is de retentor af te betalen en zo de curator weer de macht over de zaken te geven, als hij de bedrijfsvoering wil voortzetten en de retentor daar – zonder eerst geld te zien – geen vlotte medewerking aan wenst te verlenen.

Als de curator de vordering van de retentor voldoet, wordt de zaak zoals de wet het formuleert 'teruggebracht in de boedel'.[12] Dit woordgebruik is wat misleidend, want het eigendomsrecht op de zaak behoort reeds tot de boedel (art. 20 Fw). Als de zaak niet tot de boedel zou behoren, zou

---

9 Zie verder par. 8.2.6.

10 Van der Feltz II, p. 232. Art. 175 lid 2 (oud) Fw is hernummerd tot art. 176 lid 3 (oud) Fw bij de wijziging van de Faillissementswet om de voortzetting van het bedrijf door de curator mogelijk te maken, zie kamerstuk II nr. 334 (MvT) 1923-24. Dat is de reden dat in de memorie van toelichting van de wijziging van de Faillissementswet bij de invoering van het BW (*Kamerstukken II* 1980/81, 16593, nr. 3) wordt gesproken van art. 176 lid 3 (oud) Fw (in plaats van het oorspronkelijk art. 175 lid 2 (oud) Fw). Het artikellid is inhoudelijk gelijk gebleven.

11 Verschoof 1992, p. 23.

12 Ook de frase 'terugbrengen in de boedel' komt uit art. 175 lid 2 (oud) Fw.

art. 60 Fw überhaupt niet van toepassing zijn. De juridische eigendom blijft bij de gefailleerde, ook al bevindt de zaak zich door het retentierecht feitelijk in de macht van een ander. Bedoeld is dus dat de zaak door de voldoening van de vordering van de retentor feitelijk weer in de macht van de gefailleerde, of diens curator, komt. Art. 3:290 BW omschrijft het retentierecht als de bevoegdheid om de afgifte op te schorten *totdat* de vordering wordt voldaan. Als de vordering van de retentor voldaan wordt, eindigt de opschortingsbevoegdheid.

349. Het voldoen van de vordering van de retentor door de curator in het kader van art. 60 lid 2 Fw is in de literatuur wel aangemerkt als lossing.[13] Lossing houdt in dat de schuldenaar ter voorkoming van uitoefening van het recht van parate executie de vordering van de pand- of hypotheekhouder voldoet.[14] Bartels en Tweehuysen stellen dat kenmerkend is voor lossing dat in ruil voor betaling executie wordt voorkomen en de zaak door de eigenaar blijft behouden. Het blijkt al direct dat het voldoen van de vordering van de retentor door de curator juist geen lossing is.[15] Immers, executie van de zaak door de retentor wordt reeds voorkomen doordat de retentor in beginsel een gewone faillissementsschuldeiser is, die zich slechts kan verhalen door zijn vordering ter verificatie in te dienen. Wanneer men onder lossing verstaat wat in 3:249 lid 2 BW voor pand, in art. 3:269 BW voor hypotheek en in art. 58 lid 2 Fw voor lossing bij pand en hypotheek tijdens faillissement is bepaald, is het onjuist om het direct betalen van de retentor door de curator als lossing te bestempelen. De kwalificatie van het voldoen van de retentor als lossing kan leiden tot onjuiste gevolgtrekkingen. Lossing is bijvoorbeeld ook mogelijk tegen de executiewaarde.[16] Dit geldt niet voor het voldoen van de vordering van de retentor; betaling van alleen de executiewaarde aan de retentor doet het retentierecht niet tenietgaan, wanneer dat

13 Zie: Bartels & Tweehuysen 2010a, p. 829-839, Hof Amsterdam en A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1334, *NJ* 1995/640 (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*), M.N. de Groot in haar noot in *JOR* 2017/307 onder Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049 (*IJzerhandel X/Unicum*) en Goethals & Hekman 2018, p. 219. In zijn uitspraak noemt ook de Hoge Raad het betalen van de vordering van de retentor in het kader van art. 60 Fw lossing, doch zet deze term tussen aanhalingstekens. Verschoof 1992, p. 23 en Wessels III 2013/3493 spreken van 'inlossing'.

14 HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109, *NJ* 2012/74 (*ING/Hielkema*).

15 Zie hierover ook Heilbron 2017a, p. 245-246.

16 Parl. Gesch. Boek 3, p. 828, Kortmann & Faber 2001, p. 152, Bartels & Tweehuysen 2010b, p. 198, Steneker 2012a/30, Heilbron 2017a, p. 243.

bedrag lager is dan de openstaande vordering van de retentor.[17] Verder is in de verschillende lossingsbepalingen opgenomen dat lossing kan plaatsvinden tot aan de verkoop.[18] Vanaf dat moment prevaleert het belang van de koper en moet de levering niet meer kunnen worden gedwarsboomd doordat de schuldenaar of diens curator alsnog lost. Ook dit uiterste tijdstip speelt geen rol bij het retentierecht tijdens faillissement: de curator zou ook nog nadat hij de zaak heeft verkocht de vordering van de retentor kunnen voldoen. Dit dwarsboomt de levering van de zaak niet; het is zelfs in het voordeel van de executiekoper die nu niet langer opgescheept zit met de vordering van de retentor (die niet zijn eigen schuldeiser is).

350. Er zijn een aantal redenen waarom het voldoen van de vordering van de retentor door de curator geen lossing is. Zoals hiervoor al kort aangehaald, gaat het om een volstrekt andere figuur. Weliswaar wordt de zaak in ruil voor betaling 'verlost' van het retentierecht,[19] maar het voldoen van de vordering van de retentor in faillissement is bepaald iets anders dan het lossen van de zaak die belast is met een pand- of hypotheekrecht in de zin van art. 3:249, 3:269 BW of 58 lid 2 Fw om ervoor te zorgen dat de executie voorkomen wordt. Bartels en Tweehuysen analyseren dat aan alle lossingsbepalingen eenzelfde gedachte ten grondslag ligt, namelijk het voorkomen van executie ter bescherming van de schuldenaar.[20] Deze gedachte ligt echter niet ten grondslag aan het recht van de curator om de retentor te voldoen in het kader van art. 60 lid 2 Fw. Het faillissement van de debiteur van de retentor is immers een feit, en daarmee in beginsel ook de executie van zijn goederen. Bovendien is een individuele executie door de retentor in beginsel uitgesloten. Juist op dit punt toont zich een belangrijk verschil tussen pand en hypotheek enerzijds en retentierecht anderzijds. De retentor kan immers – in tegenstelling tot de pand- of hypotheekhouder – tijdens faillissement niet meer zelfstandig executeren. Bovendien voorkomt niet alleen 'lossing', maar ook de opeising van de zaak de executie ervan door de retentor, dus het is niet zonder meer typerend voor het 'direct' voldoen van de vordering van de retentor dat de executie – althans door de schuldeiser – voorkomen wordt. Door de (gedwongen) afgifte van de zaak

17 Heilbron 2017a, p. 246.
18 Zie 3:249 lid 2 BW voor pand, art. 3:269 BW voor hypotheek en art. 58 lid 2 Fw voor lossing bij pand en hypotheek tijdens faillissement.
19 Bartels en Tweehuysen 2010, p. 832.
20 Bartels en Tweehuysen 2010, p. 831, met een beroep op de parlementaire geschiedenis van art. 3:269 BW.

aan de curator is het retentierecht eveneens verdwenen en daarmee ook de specifieke verhaalsmogelijkheid die het de schuldeiser bood. De wetshistorie biedt eveneens steun aan de opvatting dat het voldoen van de retentor duidelijk te onderscheiden is van de figuur van lossing. Onder het oude recht had de curator niet het recht om de zaak op te eisen. Het enige dat hij kon doen om 'verlost' te worden van het retentierecht en de zaak weer in zijn macht te krijgen, was de vordering van de retentor voldoen. Dit volgde uit art. 175 lid 2 (oud) Fw, dat luidde:

> "Voor zooveel dit in het belang is van den boedel, brengt de curator de goederen, waarop schuldeischers recht van terughouding uitoefenen, door voldoening der vorderingen, waaraan dit recht is verbonden, in den boedel terug."[21]

De parlementaire geschiedenis van de oorspronkelijke Faillissementswet en de toenmalige doctrine zijn doordrenkt van het idee dat de retentor de zaak niet behoeft af te geven dan na integrale voldoening van zijn vordering.[22] Onder het vóór 1992 geldende recht had de curator de keuze om de retentor volledig te betalen, of de zaak bij de retentor te laten.[23]

351. Overigens is dit natuurlijk anders als een executie van de zaak door de retentor ingevolge art. 60 lid 3 Fw dreigt. Als de curator op dat moment de vordering van de retentor voldoet, berust dat mijns inziens niet op art. 60 lid 2 Fw, maar op overeenkomstige toepassing van art. 58 lid 2 Fw. Op grond van art. 58 lid 2 Fw kan de curator een met pand of hypotheek bezwaard goed tot op het tijdstip van de verkoop lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt. Nu de executie van de teruggehouden zaak door de retentor met inachtneming van de bepalingen voor pand- of hypotheekrecht moet gebeuren, kan worden aangenomen dat art. 58 lid 2 Fw ook geldt voor de lossing door de curator bij dreigende executie door de retentor. Voldoet de curator de vordering van de retentor die ingevolge art. 60 lid 3 Fw paraat kan executeren, dan kan dus wel gesproken worden van lossing.

---

21 Art. 175 lid 2 (oud) Fw is hernummerd tot art. 176 lid 3 (oud) Fw bij de wijziging van de Faillissementswet om de voortzetting van het bedrijf door de curator mogelijk te maken, zie Kamerstuk II nr. 334 (MvT) 1923-24.

22 Van der Feltz I, p. 479, 480, 481, 482, 483, Polak/Polak 1972, p. 192-193.

23 Bij het faillissement van een natuurlijke persoon is wel voorstelbaar dat eventueel na het eindigen van het faillissement de retentor alsnog betaald wordt, ofwel op individuele basis executeert. Het wordt echter uit de parlementaire geschiedenis bij de oude Faillissementswet niet duidelijk wat er, buiten het geval van het eindigen in een akkoord, met de zaak gebeurt indien de retentor zijn recht behoudt en de rechtspersoon na het eindigen van het faillissement wordt ontbonden.

8.2.4 De curator kan de zaak opeisen en verkopen

8.2.4.1 Inleiding

352. De curator kan er volgens art. 60 lid 2 Fw ook voor kiezen om niet de vordering van de retentor te voldoen, maar de zaak op te eisen bij de retentor en te verkopen met toepassing van art. 101 of 176 Fw.[24] In deze paragraaf zal ik ingaan op verschillende aspecten van deze bevoegdheden van de curator. In paragraaf 8.2.4.2 ga ik na of 'opeising' in de zin van art. 60 Fw vereist dat de zaak uit de macht van de retentor is gebracht. In paragraaf 8.2.4.3 bespreek ik of de retentor bevoegd is de zaak als (middellijk) vertegenwoordiger te verkopen en leveren. In paragraaf 8.2.4.4 komen verschillende scenario's van beëindiging van het faillissement aan bod en de implicaties daarvan voor uitkering aan de retentor. Hoewel art. 60 Fw lijkt uit te gaan van een stuksgewijze verkoop van de zaak, kan het zijn dat de zaak going concern wordt verkocht. In paragraaf 8.2.4.5 bespreek ik hoe dan moet worden omgegaan met de voorrang van de retentor op de opbrengst van de opgeëiste zaak. In paragraaf 8.2.4.6 wordt de vraag behandeld of de weigering tot afgifte aan een koper (wederpartij van de curator) onrechtmatig kan zijn. En in paragraaf 8.2.4.7 maak ik ten slotte een korte vergelijking met de Duitse retentierechten tijdens faillissement.

8.2.4.2 Wat is 'opeising'?

353. Uit art. 60 lid 2 Fw zelf wordt niet duidelijk wat de opeising door de curator inhoudt. Is de opeising pas geschied als de zaken uit de macht van de retentor zijn gebracht of is deze vormvrij? Deze vraag is bijvoorbeeld relevant in het kader van de termijnstelling door de retentor van art. 60 lid 3

24 Per 1 januari 2019 (besluit van 28 september 2018, Stb. 2018, 348) treedt de Wet modernisering faillissementsprocedure (Stb. 2018, 299) in werking. Art. 101 Fw bepaalt voortaan kortweg dat de curator bevoegd is om goederen te vervreemden. Art. 101 Fw wordt hiermee in lijn gebracht met de bestaande praktijk die niet tot de verificatievergadering pleegt te wachten met vervreemding van goederen. De Hoge Raad liet dit ruime gebruik van art. 101 Fw al geruime tijd toe, zie bijvoorbeeld reeds HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9 (*Nieuw Plancius*), zodat het volgens de memorie van toelichting gaat het om een codificatie, zie *Kamerstukken II* 34740, nr. 3 (MvT), p. 28. Zie over deze gegroeide praktijk ook Van Galen 2014, p. 400. En zie nader over de Wet modernisering faillissementsprocedure Hummelen 2016, p. 18-19.

Fw. In verband daarmee kan de vraag opkomen of alles (opeisen én verkopen) wel op tijd is gebeurd. Ook in het kader van verkoop en (fysieke) levering van de teruggehouden zaken kan discussie ontstaan of de zaken – wanneer deze nog bij de retentor zijn – wel als opgeëist (en het retentierecht als geëindigd) kunnen worden beschouwd.

354. Voor opeising is mijns inziens niet noodzakelijk dat de zaken uit de macht van de retentor zijn gebracht. De opeising is vormvrij.[25] Een curator die kiest om op te eisen zal doorgaans eerst mededeling doen aan de retentor van de opeising voordat hij met een aanhangwagen op de stoep staat. Uitsluitend met de ontvangst van de mededeling van de curator is de daadwerkelijke afgifte aan de curator natuurlijk nog niet geschied. Het is niet vanzelfsprekend dat voor opeising in de zin van art. 60 lid 2 Fw *niet* is vereist dat de zaken uit de macht van de retentor zijn gehaald. Ter onderbouwing van mijn standpunt bespreek ik eerst de tegenargumenten, die ik daarna weerleg. Een eerste argument *tegen* de vormvrijheid is dat het retentierecht wordt uitgeoefend door middel van het hebben van de feitelijke macht. Het komt tot een einde, als de zaken weer uit de macht van de retentor komen.[26] Maar het uit de macht komen is niet de enige manier waarop een retentierecht kan eindigen. Het retentierecht kan bijvoorbeeld ook eindigen door zekerheidsstelling.[27] Door zekerheidsstelling vervalt de bevoegdheid tot opschorting. Uiteraard betekent verval van de opschortingsbevoegdheid niet dat de feitelijke macht van de retentor direct eindigt. Het betekent alleen dat de afgifte, als deze wordt gevorderd, niet langer kan worden opgeschort met een beroep op het retentierecht. Er zijn dus ook manieren waarop het retentierecht kan eindigen, zonder dat de zaak uit de macht van de retentor komt. In lijn hiermee kan het retentierecht van de schuldeiser tijdens faillissement worden beëindigd door de curator door opeising, zonder dat de zaak uit de macht van de retentor wordt gebracht. Het tweede tegenargument is gebaseerd op de vermoedelijke herkomst van

25 Vgl. art. 3:37 lid 1 BW. In deze zin ook Groenewegen & De Groot 2015, p. 253. Zie ook Rb. Noord-Nederland 31 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6678, welk vonnis ik later in deze paragraaf inhoudelijk behandel.

26 Art. 3:294 BW.

27 Art. 6:55 BW. Oorspronkelijk was er in art. 3.10.4A.6 een apart artikel voorzien voor de zekerheidsstelling bij het retentierecht. Bij nota van wijziging wordt de schrapping van het artikel aldus toegelicht dat de verfijningen die het ontwerpartikel ten opzichte van art. 6:55 BW bood, niet noodzakelijk waren, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 892.

de bewoordingen van art. 60 Fw. De tekst van art. 60 Fw – en dus ook het gebruik van het woord 'opeisen' in art. 60 Fw – is sterk geïnspireerd op (het oude) art. 58 Fw. Het huidige art. 58 Fw bepaalt dat de curator de goederen na afloop van de door hem gestelde termijn kan "opeisen en met toepassing van de artikelen 101 of 176 verkopen". Vóór 1992 bepaalde art. 58 Fw dat de curator de *verpande* voorwerpen na verloop van een maand nadat de insolventie is begonnen kon opeisen en verkopen (mijn cursivering).[28] De verklaring voor opname van het woord opeising in art. 58 Fw onder oud recht, lijkt te zijn dat toen alleen het vuistpandrecht bestond en de zaken dus niet in de macht van de schuldenaar waren. Dit leid ik af uit het feit dat opeising in art. 58 (oud) Fw expliciet alleen wordt gebruikt voor verpande, niet voor verhypothekeerde goederen. Sinds de invoering van het stille pandrecht in het BW in 1992, is er geen reden meer voor de 'opeising' door de curator in het kader van art. 58 Fw; de zaken bevinden zich immers doorgaans al in de macht van de curator. Maar ook dit argument met betrekking tot art. 58 (oud) Fw kan worden ontkracht. Immers: ook het feit dat de curator de verpande zaken onder het oude art. 58 Fw kon 'opeisen' bij de pandhouder, betekent niet dat deze zaken ook uit de macht van de pandhouder moesten worden gebracht. Voor executie door een stil pandhouder is bijvoorbeeld ook niet vereist dat deze de zaken eerst in vuistpand neemt, toch zou men kunnen spreken van 'opeising' door de pandhouder. In de handboeken is – op één kleine uitzondering na – geen verhandeling te vinden over de vraag wat opeising (in de zin van art. 58 of art. 60 Fw) betekent.[29] Ook voor een vuistpandrecht geldt dat het niet alleen eindigt als de zaak uit de macht van de pandhouder komt,[30] bijvoorbeeld ook bij overeenkomst kan afstand worden gedaan van een pandrecht.[31] Het afstand

28 Zie Van der Feltz I, p. 475. De separatist had dus onder het oude recht één maand om de verpande of verhypothekeerde goederen te verkopen nadat de staat van insolventie was ingetreden; dat is wanneer op de verificatievergadering geen akkoord is aangenomen (zie art. 173 Fw). Dit is gewijzigd, omdat was gebleken dat de curator onvoldoende mogelijkheden heeft om de pand- of hypotheekhouder in beweging te brengen, zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 405. Vaak kwam het immers niet tot een verificatievergadering, waardoor de pand- of hypotheekhouder vrijwel ongelimiteerd de tijd had om te executeren.

29 Völlmar 1953, p. 139 schrijft: "Loopt de wettelijke c.q. verlengde termijn af zonder dat het recht is uitgeoefend dan zal de curator zelf de verbonden goederen doen verkopen, waartoe hij, wat verpande voorwerpen betreft, deze eerst zal moeten opeisen."

30 Art. 3:258 lid 1 BW.

31 Art. 3:258 lid 2 BW. Dit geldt ook voor een vuistpandrecht, zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 792.

doen van het vuistpandrecht bij overeenkomst, betekent (uiteraard) niet dat de zaak niet langer in de macht van de pandhouder is. De argumenten voor de stelling dat voor 'opeising' noodzakelijk is dat de zaak uit de macht van de retentor moet zijn gebracht, zijn niet overtuigend. Hiermee is echter nog niet gezegd dat de opeising vormvrij kan geschieden. Het voorgaande betekent alleen dat voor het eindigen van het retentierecht niet is vereist dat de zaken uit de macht van de retentor komen.

355. Daartegenover staan de argumenten vóór de opvatting dat opeisen in de zin van art. 60 lid 2 Fw vormvrij is. Het belangrijkste argument is naar mijn mening van doelmatige aard. Als opeising zou betekenen dat de zaken buiten de macht van de retentor moeten worden gebracht binnen de door de curator gestelde termijn, brengt dat potentieel hoge kosten voor de boedel met zich. Doorgaans zal het makkelijker zijn om de zaken onder de retentor te laten gedurende de tijd dat de curator bezig is met vinden van een koper. Daarnaast zijn enkele meer technische argumenten te geven voor de opvatting, dat opeising in het kader van art. 60 lid 2 Fw vormvrij is. Ten eerste is er art. 63c lid 2 Fw waarin het enkele 'aanspraak maken' al rechtsgevolg heeft en niet is vereist dat daadwerkelijk afgifte plaatsvindt. In art. 63c lid 2 Fw is geregeld dat het bodembeslag, door de ontvanger tijdens de afkoelingsperiode gelegd, geen werking heeft tegen een eigenaar of pandhouder van de zaak die voordat het beslag werd gelegd bij deurwaardersexploot *aanspraak heeft gemaakt op* afgifte van de zaak. Het is niet vereist dat de eigenaar, of pandhouder van de zaak, de zaak feitelijk al in zijn macht heeft gebracht. Dat is ook niet mogelijk, gelet op art. 63a lid 1 Fw. Het deurwaardersexploot zal dit voldoende duidelijk moeten maken. Hetzelfde geldt voor art. 3:295 BW. In dat artikel is bepaald dat de schuldeiser de zaak kan opeisen onder dezelfde voorwaarden als een eigenaar, als de zaak uit de macht van de schuldeiser raakt. In de parlementaire geschiedenis bij art. 3:295 BW spreekt de wetgever van "opvorderen" van de zaak, of het "instellen van een vordering tegen een derde".[32] Uiteraard betekent het opvorderen van de zaak of het instellen van een vordering niet direct dat de zaak in de macht van de retentor is gekomen. Ook art. 3:236 lid 1 BW geeft een indicatie. Een vuistpandrecht wordt gevestigd door de zaak in de macht van de pandhouder of een derde te brengen. Als de opeising van art. 60 lid 2 Fw impliceert dat de zaak bij de retentor wordt opgehaald, had in de wet 'uit de macht van de retentor' (of soortgelijk) gestaan.

32 Parl. Gesch. Boek 3, p. 891.

Ter illustratie haal ik een vonnis aan waarin de rechtbank oordeelde dat het retentierecht teniet is gegaan door opeising, zonder dat de zaak uit de macht van de retentor was gebracht.[33] Postma BV oefende een retentierecht uit op een bouwterrein. De curator van de failliete eigenaar/opdrachtgever eiste de onroerende zaak op met een beroep op art. 60 lid 2 Fw. Die opeising is schriftelijk erkend door de (advocaat van) retentor Postma (zie r.o. 2.12). In de procedure stelt Postma zich echter op het standpunt dat het retentierecht niet zou zijn geëindigd, omdat zij feitelijk nog steeds de macht over het bouwterrein had. Haar hekken stonden er nog en zij had nog altijd als enige de sleutel tot het gebouw. De rechtbank gaat daar niet in mee (r.o. 4.7):

> "Als gevolg van deze opeising door de curator en de (instemmende) reactie daarop van de zijde van Postma, heeft Postma naar het oordeel haar feitelijke macht over de zaak verloren en is haar retentierecht daarmee teniet gegaan. De rechtbank verwerpt dan ook de stelling van Postma dat dit pas (…) zou zijn gebeurd door afgifte van de sleutels."

Dit oordeel van de rechtbank is in zoverre onjuist dat door de opeising natuurlijk niet de feitelijke macht van de schuldeiser eindigt. Die eindigt uiteraard pas indien de zaak is afgegeven. Postma had dus, ook na opeising, nog de feitelijke macht over het bouwterrein. Maar de rechtbank ziet het goed wat betreft het tenietgaan van de opschortingsbevoegdheid. Het retentierecht was mijns inziens wel geëindigd als gevolg van de afspraak met de curator.

356. Opeising is eenzijdig van aard; instemming van de retentor is niet vereist. Wel is met het oog op het bewijs raadzaam dat tussen partijen vast komt te staan dat zij de zaak als opgeëist beschouwen en het opschortingsrecht als vervallen. Een arrest van het Hof Den Haag biedt een voorbeeld van een geval waarin onduidelijkheid over de vraag of was opgeëist leidde tot problemen bij de vrijgave van de zaken aan de koper.[34] In die zaak had de curator kraanonderdelen al opgeëist en verkocht, maar de (voormalige) retentor had ze nog niet afgegeven. Daarna is er overleg tussen de retentor en de koper over 'de afwikkeling' geweest, op basis waarvan het hof concludeert dat de curator "de opeising – in elk geval voorlopig – liet rusten".[35]

33 Rb. Noord-Nederland 31 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6678.
34 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049 (*IJzerhandel X/Unicum*).
35 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049 (*IJzerhandel X/Unicum*), r.o. 5.

Het hof ziet de opeising door de retentor dus kennelijk als herroepelijk. Op dit arrest van het Hof Den Haag kom ik verderop nog terug, omdat er ook nog een andere – gerelateerde – vraag in speelde.[36]

357. Hoe moet de positie van de voormalige retentor, na opeising, maar vóór afgifte worden beschouwd? Als de zaak (nog) niet daadwerkelijk in de macht van de curator is, maar beide partijen de zaak wel als opgeëist beschouwen, moet dat worden begrepen als het tenietgaan van (de terughoudingscomponent van) het retentierecht.[37] In de tussenliggende periode dat de zaak al wel is opgeëist door, maar nog niet is afgegeven aan de curator, houdt de voormalig retentor de zaak niet meer in de hoedanigheid van retentor. De opschortingsbevoegdheid is er niet langer. Opeising door de curator betekent niet dat de retentor de reeds opgeëiste (maar nog niet opgehaalde) zaken aan de straatkant mag zetten. Opeising door de curator zonder dat deze direct de zaken ophaalt, terwijl het retentierecht is geëindigd, brengt geen abrupt einde van de zorgplicht die op de ex-retentor rust. Zoals partijen reeds voor het sluiten van een overeenkomst in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan, staan zij dat ook nog de nodige tijd na het eindigen van de rechtsverhouding.[38] Het is goed mogelijk dat de retentor kosten maakt voor bewaring, opslag en/of zorg voor de zaak na de opeising, maar voordat de zaak door de curator is opgehaald. Deze kosten vloeien voort uit een handeling van de curator in zijn hoedanigheid en zijn concurrente boedelschulden.[39]

De retentor moet de zaken ter beschikking stellen van de curator, zodat hij ze kan meenemen. Daarvan draagt de retentor de kosten, bijvoorbeeld wanneer de zaken uit elkaar moeten worden gehaald of moeilijk toegankelijk zijn. Aangezien het gaat om een revindicatie door de curator, draagt de curator zelf de kosten van het ophalen en wegvoeren van de zaken.[40] De vorderingen die voortvloeien uit eventuele contracten die hij hiervoor sluit, bijvoorbeeld met vervoerders, zijn (concurrente) boedelschulden.

---

36 Zie hieronder par. 8.2.4.6.

37 Zie ook art. 3:258 lid 2 BW, dat bepaalt dat de afstand van een pandrecht kan geschieden bij enkele overeenkomst (mits van de toestemming van de pandhouder uit een schriftelijke of elektronische verklaring blijkt). Wel past hier de nuancering dat bij afstand van het pandrecht, het in zijn geheel verloren gaat, dus de pandhouder ook zijn voorrang kwijt is. Art. 60 lid 2 Fw bepaalt daarentegen dat opeising niet af doet aan de voorrang van de retentor op grond van art. 3:292 BW.

38 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*). Vgl. bovendien art. 6:27 BW.

39 Vgl. Rb. Noord-Nederland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1599, *JOR* 2018/228 m.nt. M.N. de Groot, r.o. 4.5.

40 Vgl. Verheul 2016b, 137-138.

8.2.4.3 Verkoop door de retentor als (middellijk) vertegenwoordiger

358. Art. 60 lid 2 Fw gaat uit van (opeising en) verkoop door de *curator.* Het is echter goed mogelijk dat de retentor in een geschiktere positie is dan de curator om de zaak te verkopen. Mogelijk is de retentor een partij die kennis heeft van de markt en eenvoudiger potentiële kopers kan benaderen. De zaak bevindt zich bovendien bij hem. Verkoop door de retentor kan gunstig zijn indien met de verkoop van de zaak een hogere opbrengst gegenereerd kan worden. De retentor is behoudens art. 60 lid 3 Fw uiteraard niet bevoegd om de zaak te executeren door middel van parate executie. De genoemde praktische voordelen roepen de vraag op, of het mogelijk is dat de retentor bij de verkoop en levering van de zaak optreedt als (al of niet middellijk) vertegenwoordiger van de curator.

Vertegenwoordiging van de curator door de retentor bij de executie van de teruggehouden zaak is in mijn ogen inderdaad mogelijk. De vertegenwoordiging kan onmiddellijk (in naam van de curator) of middellijk (in eigen naam) zijn.[41] Het verschil tussen beide is dat bij middellijke vertegenwoordiging de retentor zichzelf bindt, terwijl bij onmiddellijke (of: directe) vertegenwoordiging de curator aan de koopovereenkomst is gebonden en de retentor 'ertussenuit valt'.[42] Omdat bij onmiddellijke vertegenwoordiging de curator zelf juridisch gebonden raakt, is er weinig bezwaar tegen de mogelijkheid dat een ander namens hem boedelbestanddelen verkoopt en levert. Bij middellijke vertegenwoordiging ligt dit anders, omdat het voor de levering door de middellijk vertegenwoordiger vereist is dat de principaal (in dit geval de curator) de beschikkingsbevoegdheid verleent aan de tussenpersoon (in dit geval de retentor). De beschikkingsbevoegdheid van de curator vloeit echter niet voort uit de eigendom waarover een eigenaar volgens art. 5:1 BW vrijelijk mag beschikken, maar uit de wet (art. 68 jo. art. 101 Fw). Bij middellijke vertegenwoordiging van de *vervreemder* bewerkstelligt de vertegenwoordiger een *eigendomsovergang* tussen de principaal en de wederpartij. Dit zou een (dogmatisch) probleem kunnen opleveren, omdat de curator geen eigenaar is, maar alleen wettelijk

41 Voor de vraag of de retentor in eigen naam of namens de curator is opgetreden is beslissend "hetgeen hij (d.w.z. de tussenpersoon, in dit geval de retentor, MAH) en die ander (d.w.z. de wederpartij, d.w.z. de koper, MAH) daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden".

42 Zie over beide vormen van vertegenwoordiging Asser/Kortmann 3-III 2017/102.

beschikkingsbevoegd over de goederen van een ander. Anders dan bij 'normale' middellijke vertegenwoordiging, zit er nog een extra schakel tussen. Toch vind ik het verdedigbaar dat ook deze *wettelijke* beschikkingsbevoegdheid aan een ander kan worden verleend met een directe eigendomsovergang van de boedel aan de koper tot gevolg. Art. 3:84 lid 1 BW formuleert het neutraal: overdracht van goederen vereist levering "door hem die bevoegd is over het goed te beschikken". Tijdens faillissement is de eigenaar dat op grond van art. 23 Fw niet meer. Uitsluitend de curator is tot vervreemding bevoegd (behoudens pand- of hypotheekhouders, maar die laat ik voor de eenvoud erbuiten). De wet bepaalt dat de eigenaar door de faillietverklaring de beschikkingsbevoegdheid verliest en dat de curator deze verkrijgt.[43] Daarin ligt geen beperking met betrekking tot de toedeling van die beschikkingsbevoegdheid aan een ander besloten. De eigenaar kan een ander beschikkingsbevoegdheid verlenen met betrekking tot zijn zaken, bijvoorbeeld op grond van een lastgevingsovereenkomst.[44] Het feit dat de curator geen eigenaar is, maar wettelijk beschikkingsbevoegd, staat mijns inziens niet aan de mogelijkheid tot bevoegdheidsverlening in de weg. De beschikkingsbevoegdheid van de curator is doelgebonden: hij moet de boedel beheren en vereffenen. Zolang de verlening van bevoegdheid daarmee strookt, zie ik geen bezwaar in de toedeling aan een ander. Bovendien zijn middellijke en directe vertegenwoordiging verwante figuren,[45] zodat het niet nodig is om een principieel verschil te maken tussen middellijke en directe vertegenwoordiging. Hierbij moet wel worden bedacht dat de verkoop door de curator onder toezicht van de rechter-commissaris geschiedt (art. 176 Fw).[46] Dit toezichtsregime geldt ook bij middellijke vertegenwoordiging van de curator door de retentor. Het lijkt raadzaam dat de curator ook voor de voorgenomen middellijke vertegenwoordiging door de retentor toestemming vraagt aan de rechter-commissaris.

43 Zie Wessels II 2016/2236.

44 HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521, *NJ* 2012/88 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Mesdag II*).

45 Asser/Kortmann 3-III 2017/102.

46 Per 1 januari 2019 treedt de Wet modernisering faillissementsprocedure (Stb. 2018, 299) in werking. Aan art. 176 lid 1 Fw wordt toegevoegd dat geen toestemming van de rechter-commissaris is vereist voor zover de waarde van te verkopen goederen gezamenlijk niet meer bedraagt dan € 2.000, zie *Kamerstukken II* 34740, nr. 3 (MvT), p. 37-38.

Bij middellijke vertegenwoordiging levert de retentor ter uitvoering van de door hem in eigen naam gesloten koopovereenkomst. Als houder (in enge zin) is hij niet in staat om bezit over te dragen, maar wel om bezit te verschaffen (art. 3:90 BW).[47]

359. Als de retentor als middellijk vertegenwoordiger optreedt bij de executie, terwijl hij eveneens de curator een termijn heeft gesteld in de zin van art. 60 lid 3 Fw, zou op een zeker moment discussie kunnen ontstaan in welke hoedanigheid de retentor bij de verkoop en levering optreedt: als middellijk vertegenwoordiger van de curator of met gebruikmaking van zijn (inmiddels verkregen) bevoegdheid tot parate executie ingevolge art. 60 lid 3 Fw. Het verschil tussen beide is groot op het punt van de executieopbrengst. Indien de retentor vervreemdt als middellijk vertegenwoordiger, moet de opbrengst aan de curator worden afgedragen en worden ingevolge art. 182 lid 1 Fw de algemene faillissementskosten daarover omgeslagen. Bij middellijke vertegenwoordiging bindt de vertegenwoordiger zichzelf, maar hij handelt *voor rekening van* de achterman.[48] Het ligt wel in de rede dat de retentor voor zijn inspanningen een bijdrage verkrijgt die direct aan hem wordt uitgekeerd. Als de betaling op zijn rekening plaatsvindt kan hij het bedrag doorbetalen aan de curator onder inhouding van een (afgesproken) bijdrage. Hetzelfde wordt doorgaans afgesproken bij oneigenlijke lossing door de curator van een verpande of verhypothekeerde zaak. Oneigenlijke lossing houdt in dat de curator krachtens afspraak met de pand- of hypotheekhouder de zaak executeert. De opbrengst gaat naar de pand- of hypotheekhouder, onder inhouding van een bijdrage voor de inspanningen van de curator. Verkoopt daarentegen de retentor niet als middellijk vertegenwoordiger van de curator, maar op grond van art. 60 lid 3 Fw, dan is in het geheel geen afdracht aan de boedel verschuldigd en komt de gehele opbrengst toe aan de retentor en is de retentor bevoegd om dat bedrag te 'verrekenen' met zijn vordering op de gefailleerde. Als er een overschot is na executie door de retentor, komt dit toe aan de boedel.

47 Bartels 2004, p. 59, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/300. Er is discussie over de vraag of de titel van deze overdracht een samengestelde titel (lastgeving + koopovereenkomst) is of niet (alleen de koopovereenkomst), maar deze laat ik verder rusten. Zie Bartels 2004, p. 117-120, die betoogt dat een samengestelde titel niet is vereist, omdat de overdracht zich afspeelt tussen B (in casu: de retentor) en C (verkrijger).

48 Asser/Kortmann 3-III 2017/102-103 en vgl. 7:414 lid 1 BW met betrekking tot lastgeving.

Zo'n discussie over de afspraak tussen curator en retentor liep slecht af voor de curator in een arrest van het Hof Den Haag.[49] In het arrest was de vraag aan de orde of de retentor namens de curator had verkocht of door middel van parate executie op de voet van art. 60 lid 3 Fw. Heusden Shipyards BV heeft Mercon opdracht gegeven tot fabricage van een dekopbouw voor een door haar in opdracht van Veka Shipbuilding BV te bouwen containerfeeder (een schip). Heusden Shipyards failleert. Mercon is nog niet betaald en beroept zich primair op een eigendomsrecht (op grond van zaaksvorming, maar dit punt komt in het arrest niet inhoudelijk aan de orde) en subsidiair op een retentierecht op de dekopbouw. Mercon verkoopt het dekhuis rechtstreeks aan Veka. In hoger beroep staat tussen partijen vast dat Mercon geen eigenaar is van het dekhuis en spitst het geschil zich toe op de vraag of Mercon, de retentor, heeft verkocht namens de curator als ware de zaak opgeëist (standpunt curator) óf als retentor op grond van art. 60 lid 3 Fw, dus overeenkomstig parate executie door een pandhouder (standpunt retentor).[50] De curator had de retentor toestemming gegeven om te verkopen. Volgens het hof mocht de retentor deze toestemming opvatten als een 'toestemming ex art. 60 Fw'[51] om de zaak te verkopen en de koopprijs te verrekenen met haar vordering op Heusden Shipyards. Volgens het hof ligt het op de weg van de curator om duidelijkheid te scheppen over zijn bedoeling ten aanzien van verkoop van de zaak. De onduidelijkheid over de vraag of de retentor namens de curator heeft verkocht of door middel van parate executie komt volgens het hof voor risico van de curator.

8.2.4.4 De retentor behoudt voorrang op de verkoopopbrengst van de zaak

360. Art. 60 lid 2 Fw spreekt van opeising en verkoop door de curator, *onverminderd* de voorrang die (door het BW) aan de retentor is toegekend. Het artikel gaat ervan uit dat door opeising (de terughoudingscomponent van) het retentierecht weliswaar eindigt, maar het recht op voorrang op de opbrengst van de zaak blijft bestaan.

---

49 Hof Den Haag 2 augustus 2011, *JOR* 2012/199 (*Heusden Shipyards/Mercon Steel Structures*).

50 In het arrest gaat het alleen over een verkoop 'namens' de curator, hetgeen directe vertegenwoordiging impliceert.

51 Uit de verwijzing in het arrest naar art. 3:251 lid 2 BW (zie r.o. 16) maak ik op dat de 'toestemming' van de curator aan de retentor om te verkopen door de retentor mocht worden opgevat als de bevoegdheid om paraat te executeren als ware hij pandhouder op grond van art. 60 lid 3 Fw. Het hof zet deze tussenstap niet expliciet.

Of de retentor ondanks zijn voorrang ook daadwerkelijk een uitkering op zijn vordering ontvangt, hangt uiteraard af van de opbrengst van de tegeldemaking van de activa. Afhankelijk van de beschikbare baten, kan een faillissement eindigen door middel van opheffing, vereenvoudigde afwikkeling of door verificatie en vereffening.[52] Hierna ga ik voor deze drie scenario's na, hoe moet worden omgegaan met de voorrang die de retentor heeft op de verkoopopbrengst van de teruggehouden zaak. Ik ga uit van de retentor als preferente faillissementsschuldeiser.[53]

361. Het grootste deel van de faillissementen eindigt door middel van een opheffing bij gebrek aan baten.[54] Een opheffing is aan de orde wanneer niet voldoende baten beschikbaar zijn om alle faillissementskosten te voldoen (art. 16 Fw). Bij executie door de curator na opeising van de zaak deelt de retentor op grond van art. 182 Fw mee in de faillissementskosten, die worden omgeslagen over de baten.[55] Indien de boedel onvoldoende bevat om tot enige uitkering aan de faillissementsschuldeisers te komen ziet de retentor (ondanks zijn voorrang) niets terug van zijn vordering. De omslag is dan 100%.[56] Ook als de curator al voorziet dat geen uitkering zal kunnen plaatsvinden aan de faillissementsschuldeisers, mag hij de zaak opeisen bij de retentor en deze verkopen. Aangezien de curator belast is met het beheer

52 Dit is niet limitatief bedoeld; een faillissement kan ook eindigen door homologatie van een akkoord, zie daarover in verband met het retentierecht par. 8.2.5.3, of door de vernietiging van het vonnis van de faillietverklaring (art. 13 Fw) of door de omzetting in een schuldsanering (art. 15b Fw), maar deze drie laat ik hier buiten beschouwing.

53 Een retentierecht kan mijns inziens behalve voor een faillissementsvordering ook voor een boedelvordering worden uitgeoefend, zie par. 8.4.3. Deze mogelijkheid laat ik hier buiten beschouwing.

54 In de jaren 2009-2011 eindigde gemiddeld ongeveer 62% van de faillissementen door middel van een opheffing, zie CBS.nl, tabel 'Faillissementen; stroomcijfers, 1981-2011', 7 maart 2012. Zie verder de analyse van Van Hees 2017, p. 187-188 naar aanleiding van het CBS-rapport 'Faillissementen, oorzaken en schulden' uit 2016.

55 Alle boedelschulden zijn te beschouwen als faillissementskosten, zie HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink*). De precieze scheidslijn tussen algemene en bijzondere faillissementskosten heeft geen wettelijke grondslag, is omstreden en laat ik verder buiten beschouwing. Zie daarover o.m. Polak/Polak 1972, p. 340-345, Boekraad 1996, p. 101-122, Boekraad 1997, p. 84-104 en Insolad Rapport Afwikkeling Faillissementen 2011, p. 20-22.

56 Zie Van der Feltz I, p. 384-385. Hetzelfde geldt overigens wanneer de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw een bedrag opeist bij executie van de teruggehouden zaak door een pand- of hypotheekhouder.

en de vereffening van de boedel, is ook het verkrijgen van dekking van de faillissementskosten een legitieme reden om de zaak op te eisen en te executeren. Aansprakelijkheid van de curator op deze grond is niet aan de orde.[57]

Behalve door opheffing, kan het faillissement ook eindigen door middel van een vereenvoudigde afwikkeling (art. 137a Fw). Deze route kan worden gevolgd wanneer aannemelijk is dat er wel voldoende baten zijn om de faillissementskosten te voldoen, maar niet voldoende om tot een uitkering aan concurrente schuldeisers te komen. Bij vereenvoudigde afwikkeling vindt geen verificatievergadering plaats. De curator gaat na welke vorderingen bevoorrecht zijn of door pand, hypotheek of retentierecht zijn gedekt.[58] Wanneer men toekomt aan een (gedeeltelijke) uitkering aan de preferente schuldeisers, zullen praktisch gesproken het voorrecht van de fiscus van art. 21 Iw en dat van het UWV ingevolge art. 3:288 sub e BW[59] de belangrijkste preferente schuldeisers zijn. In dit verband verdient het opmerking dat ingevolge art. 3:280 BW bijzondere voorrechten hoger gerangschikt zijn dan algemene voorrechten, tenzij de wet anders bepaalt. De retentor heeft weliswaar geen *voorrecht*, maar *voorrang* op wettelijke grondslag. Toch meen ik dat de retentor in dit verband ook kan worden beschouwd als een schuldeiser met een bijzonder voorrecht. Wat betreft de voorrang is de positie van de retentor daarmee immers zeer vergelijkbaar.[60] In art. 21 Iw bepaalt de wet dat het voorrecht van de fiscus boven *alle* andere voorrechten gaat (mijn cursivering); dit is een wettelijke afwijking van art. 3:280 BW.[61] Ook in dit verband moet de retentor worden gezien als een schuldeiser met een (bijzonder) voorrecht.

57 In deze zin: Hof Den Bosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5460 met betrekking tot de uitoefening van het bodemvoorrecht op grond van art. 57 lid 3 Fw.

58 Art. 137a lid 1 Fw, resp. art. 137b lid 1 Fw.

59 In de regel zal het UWV ingevolge de Loongarantieregeling (zie art. 61-68 WW) het salaris van werknemers overnemen. Na betaling wordt het UWV gesubrogeerd in de rechten van de werknemers (art. 66 WW), zodat het op grond van art. 3:288 sub e BW een preferente faillissementsvordering heeft, voor zover het gaat om betalingen van salaris van voor faillissement. Voor zover de betaling door het UWV salaris vanaf datum faillietverklaring betreft, is dit een boedelschuld, zie art. 40 Fw. Zie over de Loongarantieregeling Wessels II 2016/2562-2569.

60 Vgl. par. 5.2.8.2. Zie ook art. 57 lid 3 Fw, dat bepaalt dat de curator de rechten van boven de separatisten 'bevoorrechte' schuldeisers behartigt; ook de retentor is zo'n schuldeiser, zie par. 8.3.4.2.

61 Vetter & Tekstra 2016/902.

De afwijking van art. 21 Iw geldt ook voor de voorrang van de retentor, zodat het algemene fiscale voorrecht ook voorrang geeft boven de 'bijzondere preferentie' van de retentor. In de memorie van toelichting bij de Invorderingswet wordt ook wel gerefereerd aan een recht van 'voorrang' boven alle andere schuldeisers, zodat de term 'voorrechten' in art. 21 Iw vermoedelijk ook betrekking heeft op andere vormen van voorrang dan voorrechten.[62] Op basis van art. 3:292 jo. 3:291 BW zou men weliswaar kunnen betogen dat de retentor voorrang heeft boven de fiscus, maar deze voorrang wijkt mijns inziens voor art. 21 Iw.[63] In de eerste plaats zijn de uitzonderingen op het fiscale voorrecht in art. 21 Iw zelf geformuleerd en art. 3:291 BW staat daar niet bij.[64] Voor de voorrechten uit Boek 8, die ook boven het fiscale voorrecht gaan (maar niet genoemd zijn in art. 21 Iw), geldt dat de betreffende artikelen zelf bepalen dat de vorderingen "boven alle andere vorderingen waaraan bij deze of enige andere wet een voorrecht is toegekend".[65] Art. 3:291 BW doet dat niet. Bovendien is art. 21 Iw te zien als een bijzondere bepaling, die de algemene bepaling van art. 3:291 BW opzijzet. Hieruit volgt dat de retentor geen voorrang heeft boven het algemene voorrecht van de fiscus van art. 21 Iw. De retentor heeft ingevolge art. 3:291 BW naar mijn mening ingevolge art. 3:280 BW wel voorrang boven het algemene voorrecht van art. 3:288 sub e BW,[66] maar dit – zo benadruk ik nogmaals – uiteraard alleen met betrekking tot het goed waarop zijn voorrang ziet: de netto-opbrengst van de teruggehouden zaak.

Het derde scenario is een einde van het faillissement door middel van verificatie en vereffening. Verificatie en vereffening zijn aan de orde wanneer ook een (gedeeltelijke) uitkering aan concurrente schuldeisers kan plaatsvinden.[67] In het uitzonderlijke geval dat er voldoende baten zijn voor een uitkering aan de concurrente schuldeisers, betekent dit dat er in ieder geval voldoende is om een uitkering te doen aan de preferente schuldeisers. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat de vordering van de retentor geheel

62 *Kamerstukken II* 1987/88, 20588, nr. 3.
63 Anders: Vetter & Tekstra 2016/902, die menen dat "de fiscus eerst de reparatienota [zal] moeten betalen" en Fesevur 2017/20.
64 Zie voor de motivering van de uitzonderingen op art. 21 Iw Vetter & Tekstra 2016/902.
65 Zie o.m. art. 8:211, 217, 222, 821, 827 en 832 BW.
66 Zie in algemene zin over de verhouding tussen voorrechten en het retentierecht: par. 4.4.4.7.
67 Polak/Pannevis 2017/9.2.1.

wordt voldaan. Het is mogelijk dat zijn vordering groter is dan de nettoopbrengst van de teruggehouden zaak. Voor het gedeelte waarvoor hij niet batig 'op de zaak' kan worden gerangschikt, is hij concurrent schuldeiser. Voor dit gedeelte ontvangt hij gelijke percenten als de overige concurrent schuldeisers,[68] die naar evenredigheid worden voldaan (art. 3:277 lid 2 BW).

8.2.4.5 Opeising en verkoop in het kader van een activatransactie

362. In de memorie van toelichting wordt het faillissement omschreven als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.[69] Het doel van het faillissement volgens de Faillissementswet is het tegelde maken van de vermogensbestanddelen van de gefailleerde en de uitdeling van de opbrengst aan de schuldeisers.[70] Ook art. 60 Fw laat goed zien dat de gedachte van de wetgever is dat het faillissementsrecht ertoe dient om de activa van de schuldenaar te gelde te maken. Zoals de wetgever art. 60 Fw heeft bedoeld, vindt de opeising van de zaken onder de retentor plaats in het kader van de verkoop.[71]

Art. 60 Fw lijkt uit te gaan van een verkoop van de teruggehouden zaak als afzonderlijk activum. Een stuksgewijze verkoop past bij het gebrek in de huidige Faillissementswet aan aandacht voor een 'doorstart'; een voortzetting van de (delen) van de onderneming door een verkoop *going concern* of door middel van een herstructurering van de schuldenlast.[72] Met

68 Art. 180 lid 2 Fw.

69 Van der Feltz I, p. 7.

70 Zie recent over het doel van het faillissement, met inachtneming van de statistieken afkomstig van het CBS, Van Hees 2017, p. 192-193.

71 Zie par. 8.2.5 voor varianten van opeising zonder verkoop van de zaak.

72 Momenteel (november 2018) worden er op verschillende wetgevende niveaus initiatieven ontplooid voor regelgeving die is gericht op het reorganiserend vermogen van ondernemingen, in plaats van liquidatie en ontmanteling. In Nederland is een wetsvoorstel aanhangig bij de Eerste Kamer met betrekking tot een vóór het faillissement voorbereide doorstart, de 'pre-pack' (Wet Continuïteit Ondernemingen I). Een wetsvoorstel voor een regeling omtrent het dwangakkoord buiten insolventie (De Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA, voorheen WCO II)) ligt bij de Afdeling advisering van de Raad van State. De Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement bereikten op 19 december 2018 een compromis over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU' (COM (2016) 723), zie https://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/pdf. Deze wetgevingsinitiatieven en hun implicaties voor een retentierecht blijven in dit proefschrift verder buiten beschouwing.

name met het oog op voortzetting van de onderneming is een activatransactie waarbij de goederen niet stuksgewijs maar integraal worden verkocht, aangewezen. In het algemeen zal verkoop van de onderneming de voorkeur hebben omdat het meer oplevert dan een stuksgewijze verkoop van de activa, omdat ook rekening kan worden gehouden met vermogensobjecten als goodwill, intellectuele eigendomsrechten en het klantenbestand. Ook een dergelijke verkoop levert opbrengst op, die is bedoeld voor verdeling onder de schuldeisers. Ook als de opgeëiste zaak wordt verkocht als onderdeel van een activatransactie, heeft de retentor voorrang op de verkoopopbrengst. De vraag is hoe dan moet worden omgegaan met schuldeisers die preferentie hebben op specifieke vermogensbestanddelen, zoals de retentor.

363. Bij beëindiging van het faillissement door middel van vereenvoudigde afwikkeling, maakt de curator de boedel tegelde en hij maakt vervolgens een uitdelingslijst op (art. 137c lid 1 en 2 Fw). Art. 137c lid 2 Fw bepaalt dat de curator bij het opmaken van de lijst rekening houdt met de preferenties of door pand, hypotheek of retentierecht gedekte vorderingen. De curator is aldus verplicht om de voorrang van de retentor op de opgeëiste zaak te specificeren. Bij de afwikkeling van een faillissement via verificatie en vereffening geldt hetzelfde. Bij het indienen van zijn vordering moet de retentor aanspraak maken op het retentierecht (art. 110 Fw). Art. 180 lid 2 Fw verplicht de curator om op de uitdelingslijst het bedrag te specificeren waarvoor de preferente schuldeisers batig kunnen worden gerangschikt. Heeft de curator bijvoorbeeld een wagenpark verkocht, waarvan één auto is opgeëist bij een reparateur die retentierecht uitoefende, dan moet de curator een uitsplitsing maken van de waarde van deze auto als onderdeel van het hele wagenpark. Er is geen reden om de retentor te laten meeprofiteren van de meerwaarde die is behaald in de verkoop going concern, tegenover een stuksgewijze verkoop. De meerwaarde is niet aan de retentor te danken, maar aan het feit dat het geheel meer waard is dan de som der delen. De retentor is slechts gerechtigd tot voorrang op de verkoopopbrengst van de (executiewaarde) van de zaak.

De curator kan (ook na opeising) de vordering of het retentierecht betwisten. Uitgangspunt is dat de curator en de schuldeiser er onderling uitkomen (art. 137b lid 2 Fw). Als dat niet lukt, legt de curator het geschil aan de r-c voor. Deze beproeft eerst een schikking en wanneer dit niet slaagt, verwijst hij partijen naar de renvooiprocedure.[73] De retentor die het

73 Zie art. 122 (jo. 137b lid 3) Fw.

niet eens is met de uitkering die hij zal ontvangen op zijn vordering, kan in verzet komen tegen de uitdelingslijst, zie art. 137e Fw.[74] Dit doet hij door een met redenen omkleed bezwaarschrift in te leveren bij de griffie (137e, resp. 185 Fw). De retentor zou bijvoorbeeld een taxatierapport kunnen overleggen om de hoogte van de voorgenomen uitkering op zijn vordering te bestrijden.

8.2.4.6 Is de weigering tot afgifte aan een koper na opeising onrechtmatig?

364. Wanneer de curator de zaken wel heeft opgeëist en verkocht, maar niet uit de macht van de retentor heeft gehaald, is de (voormalige) retentor in de feitelijke positie om alsnog de afgifte jegens de koper te weigeren. Nu het retentierecht door de opeising is geëindigd, kan het ook geen derdenwerking meer hebben jegens een koper. De voormalige retentor is dan niet bevoegd tot terughouding, maar de koper mag uiteraard ook niet door middel van eigenrichting de voorheen teruggehouden zaken komen inladen.

In een al aangehaald arrest van het Hof Den Haag speelde de vraag, of de weigering van afgifte van zaken door de retentor aan een koper uit het faillissement een onrechtmatige daad opleverde jegens die koper. [75,76] De feiten waren als volgt. Een koper (IJzerhandel X) had een partij zaken (kraanonderdelen) gekocht uit de boedel van het failliete Kraanservice BV. De koper vorderde afgifte van deze zaken bij de retentor Unicum. Unicum weigerde afgifte aan de koper, ondanks de opeising door de curator op art. 60 lid 2 Fw en sommatie tot afgifte. Uiteindelijk stelt IJzerhandel X een bankgarantie, waarna Unicum de zaken aan haar afgeeft. IJzerhandel X vorderde een verklaring voor recht dat Unicum jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door de zaken niet af te geven. De rechtbank had in eerste aanleg geoordeeld dat nu de curator de retentor na opeising van de zaken niet nader had *ingelicht over de gevolgen van afgifte*, de weigering tot afgifte aan de executiekoper niet onrechtmatig was.[77] Het Hof Den Haag bekrachtigt het vonnis. Het hof komt op deels andere gronden tot dezelfde

74 Bij verificatie geldt hetzelfde, zie art. 184 Fw.
75 Zie par. 8.2.4.2.
76 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049, *JOR* 2017/307 m.nt. M.N. de Groot (*IJzerhandel X/Unicum*).
77 Rb. Rotterdam 14 mei 2014, *RI* 2014/79.

slotsom als de rechtbank. Het hof stelt voorop dat de in art. 60 Fw neergelegde bevoegdheid van de curator om het retentierecht te doorbreken, strekt ter behartiging van de belangen van de boedel, niet van de individuele kopers. Volgens het hof betekent het niet voldoen aan de opeising ex art. 60 lid 1 (het hof bedoelt natuurlijk lid 2) Fw daarom niet (zonder meer) dat de weigering van de retentor tot afgifte onrechtmatig is jegens de koper.[78] Vervolgens overweegt het hof dat de curator zich ook jegens IJzerhandel X verplichtte tot uitoefening van zijn opeisingsrecht en dat hij had aangekondigd een kort geding tot afgifte aanhangig te maken als Unicum niet binnen drie dagen na een sommatie daartoe de zaken zou afgeven, maar hij heeft dit nagelaten. IJzerhandel X heeft haar aanspraken jegens de curator niet verder uitgeoefend, "althans niet van de curator geëist dat hij afgifte afdwong toen Unicum afgifte weigerde".[79] Bovendien was kennelijk sprake van overleg tussen Unicum en IJzerhandel X.

Het is enigszins onverkwikkelijk dat de retentor ook na opeising door de curator (maar zonder dat was afgegeven) afgifte aan een koper kan weigeren. Door de opeising eindigt het retentierecht jegens de schuldenaar – en dus ook jegens derden. Het alsnog weigeren van afgifte zou dan niet mogelijk moeten zijn. Maar zonder inzicht in de processtukken is het oordeel van de rechtbank en het hof dat de weigering tot afgifte niet onrechtmatig was moeilijk te beoordelen. Het hof maakt niet expliciet, hoe het de verschillende omstandigheden heeft gewogen. Het leerstuk dat betrekking heeft op de vraag wanneer een wanprestatie een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde, kan mijns inziens aanknopingspunten bieden voor de beoordeling van dit geval.[80] Strikt genomen betreft de weigering tot afgifte na opeising niet een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, maar er bestond wel een contractuele relatie tussen de gefailleerde (Kraanservice) en de retentor Unicum. Uit die contractuele relatie vloeide het retentierecht voort. In het arrest Vleesmeesters/Alog geeft de Hoge Raad – in de woorden van NJ-annotator Du Perron – een 'omstandighedencatalogus' voor de beoordeling van een dergelijk geval.[81] Onder

78 Het hof nuanceert dit oordeel zelf overigens weer in een bijzin, waar het overweegt (r.o. 5 van het arrest): "Het niet voldoen door Unicum aan de opeising als bedoeld in art. 60 lid 1 Fw betekent derhalve niet, *althans niet zonder meer*, dat onrechtmatig is gehandeld jegens IJzerhandel [naam] (mijn cursivering)."

79 Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049 (*IJzerhandel X/Unicum*), r.o. 5.

80 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters Versman/Alog*).

81 HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

meer de volgende omstandigheden die de Hoge Raad noemt, hadden houvast kunnen bieden voor het onderhavige geval: in hoeverre de derde (in casu IJzerhandel X) erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant (in casu Unicum) bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden en de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt. Deze factoren wijzen niet direct in één richting, maar ze zouden in ieder geval het beoordelingskader dat het hof aanlegt hebben kunnen verduidelijken. Wellicht mocht IJzerhandel X er niet op vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, omdat kennelijk overleg was geweest met de retentor en hij niet langer van de curator eiste dat deze de opeising doorzette. Anderzijds was het voor Unicum niet bezwaarlijk om rekening te houden met de belangen van de koper. Art. 60 lid 2 Fw brengt nu eenmaal een doorbreking van de terughouding mee. Wat betreft de aard en omvang van het nadeel voor IJzerhandel X blijkt uit het arrest dat IJzerhandel X heeft gewezen op het nadeel dat zij leidde door de vertraging van een project die het retentierecht van Unicum haar opleverde.

Los van het geschil tussen Unicum en IJzerhandel X komt de vraag op of IJzerhandel X niet de curator in zijn hoedanigheid aansprakelijk had kunnen stellen voor de tekortkoming in de nakoming van de koopovereenkomst. Enerzijds moet de curator de nodige beleidsvrijheid hebben bij het aangaan van overeenkomsten die de boedel binden. En het uitgangspunt is – zoals het hof ook overweegt – dat een (potentiële) wederpartij van een curator in beginsel over zijn eigen belangen dient te waken.[82] Anderzijds is uit het arrest op te maken dat de curator had aangekondigd een kort geding aanhangig te maken om Unicum te sommeren tot afgifte. De curator heeft dit nagelaten, zodat dat wellicht een grond voor aansprakelijkheid zou kunnen zijn. Maar daar staat tegenover dat IJzerhandel X kennelijk niet van de curator heeft geëist dat deze afgifte afdwong en dat in het faillissementsverslag stond dat overleg was tussen de retentor en de koper. Volgens het hof (en de rechtbank) wezen deze omstandigheden erop dat de curator de opeising "voorlopig liet rusten". Ook op dit punt geldt dat het alleen op basis van (het vonnis en) het arrest moeilijk te beoordelen is of voldoende grond voor aansprakelijkheid van de curator zou zijn geweest.

82 Verstijlen 1998, p. 292-294.

8.2.4.7 Vergelijking met Duitse retentierechten in faillissement op het punt van (opeising en) verkoop

365. Het Nederlandse systeem waarin de curator primair bevoegd blijft tot executie, ook al bevindt de zaak zich onder de retentor, lijkt logisch. En dat de curator met het oog op verkoop bevoegd is om de zaak op te eisen klinkt ook alleszins redelijk. Toch is het interessant om een korte vergelijking te maken met het Duitse HGB-*Zurückbehaltungsrecht* en *gesetzliche Pfandrecht* tijdens faillissement.[83] De Duitse *Insolvenzordnung* is op dit punt een stuk jonger dan de Faillissementswet en kan inspiratie bieden voor de vraag of de executie van de teruggehouden zaak nu bij de retentor of bij de curator zou moeten liggen.[84] In deze paragraaf beschrijf ik kort waar het Duitse systeem van retentierechten tijdens faillissement op neer komt en maak ik een vergelijking met het Nederlandse.

366. Heeft de schuldeiser vóór de faillietverklaring een HGB-*Zurückbehaltungsrecht* of *gesetzliches Pfandrecht* verkregen, dan is hij op grond van (§ 51 Abs. 3 jo.) § 50 Abs. 1 InsO bevoegd tot *Abgesonderte Befriedigung*. Een *Absonderungsrecht* houdt in dat de schuldeiser met voorrang boven alle anderen (en zonder omslag van de faillissementskosten) uit de opbrengst van het verbonden goed wordt voldaan.[85] Het belangrijkste voorbeeld van een schuldeiser met een *Absonderungsrecht*, is de schuldeiser aan wie zaken of vorderingen fiduciair zijn overgedragen (door middel van een *Sicherungsübereignung*, respectievelijk een *Sicherungszession*).[86] Het hebben van een *Absonderungsrecht* betekent niet per definitie, dat de betreffende schuldeiser ook bevoegd is tot executie van het verbonden goed. § 166 InsO bepaalt dat de curator bevoegd is zaken ten aanzien waarvan een *Absonderungsrecht* bestaat (onderhands) te executeren, wanneer ze in zijn

---

83 In par. 2.2.6 heb ik beschreven dat een situatie die in Nederland aanleiding kan geven tot een retentierecht, in Duitsland onder omstandigheden aanleiding kan geven tot een *Zurückbehaltungsrecht* of een wettelijk pandrecht. In deze paragraaf beperk ik me tot het HGB- *Zurückbehaltungsrecht* en het wettelijke pandrecht in faillissement, omdat deze twee figuren het meeste lijken op het Nederlandse retentierecht. In par. 2.2.6 is beschreven dat het BGB-retentierecht geen werking heeft tijdens faillissement. De curator kan van de opschortende partij nakoming vorderen.

84 De Insolvenzordnung is in werking getreden op 1 januari 1999.

85 Schmidt/Sinz 2016 § 173 nr. 12. Wanneer de curator executeert, worden wel uit de opbrengst eerst de kosten van de vaststelling en de executie van de zaak voldaan, zie § 170 InsO en Bork 2017/293.

86 Bork 2017/296.

Besitz zijn. Wanneer de curator niet bevoegd is om te executeren op basis van § 166 InsO, is de schuldeiser daartoe bevoegd, zo bepaalt § 173 Abs. 1 InsO. Voor wat betreft de bevoegdheid tot executie, is dus beslissend of de teruggehouden zaken in het *Besitz* van de curator zijn.

Het Duitse begrip *Besitz* is ruimer dan het Nederlandse begrip bezit. Het omvat zowel het houden van een goed voor zichzelf als voor een ander, en kan zowel middellijk als onmiddellijk houderschap betekenen. Het feit dat de zaak in de macht van de retentor is, betekent met andere woorden niet dat de curator per definitie *niet* het Besitz heeft – en hij dus *niet* bevoegd zou zijn om de zaak te executeren uit hoofde van § 166 Abs. 1 InsO. Ook al is de zaak niet meer in zijn feitelijke macht, het middellijke bezit berust nog altijd bij de gefailleerde.

Wanneer de onmiddellijk houder zijn houderschap afleidt van de gefailleerde, neemt men algemeen aan dat de curator bevoegd is om de zaken te executeren. In de literatuur worden als voorbeelden genoemd: kortlopende verhuur van een zaak, afgifte aan een reparateur of opslag van bulkgoederen. Meer in het algemeen neemt men aan dat een executiebevoegdheid van de curator ondanks zijn middellijke bezit bestaat: "*immer dann, wenn der Gegenstand dem Unternehmen als schutzwürdige wirtschaftliche Einheit, als technisch-organisatorischer Verbund, zugehörig ist*."[87] Zo een verband is onder meer aanwezig "*wenn der Gegenstand für die Unternehmensfortführung oder eine geordnete Abwicklung benötigt wird*."[88] Het lijkt erop dat het bestaan van de executiebevoegdheid van de curator, een verplichting tot afgifte van de zaak aan hem impliceert.[89]

Desondanks geldt dat middellijk bezit bij de gefailleerde of curator *niet* voldoende is, wanneer de schuldeiser die tot *Absonderung* gerechtigd is, zelf onmiddellijk *Besitz* heeft.[90] De schuldeiser met *Absonderungsrecht* die onmiddellijk houder is heeft dan het 'betere bezitsrecht'.[91] Kortom: de schuldeiser met een HGB-*Zurückbehaltungsrecht* of een wettelijk pandrecht

87 MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 166 InsO nr. 18, Uhlenbruck/Brinkmann 2015 § 166 InsO nr. 14, Schmidt/Sinz 2016 § 166 InsO nr. 9.
88 MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 166 nr. 19, Schmidt/Sinz 2016 § 166 InsO nr. 9.
89 Uhlenbruck/Brinkmann 2015 § 166 InsO nr. 14 spreekt van de '*Aufgabe des unmittelbaren Besitzes*'.
90 BGH 5 mei 2011, *NJW* 2011, 2960, nr. 31, MünchKommInsO/Tetzlaff 2013 § 166 nr. 15, Uhlenbruck/Brinkmann 2015 § 166 n. 15, Nerlich/Römermann/Becker 2017 § 166 InsO nr. 17.
91 MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 166 InsO nr. 15.

is bevoegd tot executie tijdens faillissement van de schuldenaar. De gedachte hierachter is dat zaken die niet meer in de macht van de gefailleerde zijn, niet van betekenis zijn voor de voortzetting van de onderneming.[92]

367. Het Regeringsontwerp voor de *Insolvenzordnung* bevatte in § 199 de bevoegdheid voor het *Insolvenzgericht*, om op verzoek van de curator en na het horen van de schuldeisers, de schuldeiser met een *Absonderungsrecht* die onmiddellijk *Besitz* van de zaak had tot afgifte te veroordelen, als dat noodzakelijk is voor de *Geschäftsführung* door de curator.[93] In het tweede lid van ontwerp-§ 199 werd voorzien in een bevoegdheid voor de curator om de zaak vervolgens te executeren. § 199 van het Regeringsontwerp heeft het niet gehaald tot de uiteindelijke *Insolvenzordnung*, omdat men vreesde voor overbelasting van het *Insolvenzgericht*.[94] Dat had een regeling kunnen opleveren die vergelijkbaar is met art. 60 Fw. Maar naar geldend recht is het zo dat als de curator oordeelt dat de betreffende zaken onmisbaar zijn, hij de mogelijkheid heeft om de vordering van de schuldeiser te voldoen en vervolgens afgifte van de zaken te verlangen. Met het niet-invoeren van ontwerp-§ 199 bestaat er geen specifiek faillissementsrechtelijke grondslag voor opeising van zaken die niet in de feitelijke macht zijn, en ten aanzien waarvan een schuldeiser een *Absonderungsrecht* heeft.[95]

368. Overigens was de bevoegdheid tot executie een belangrijk element van de herziening van het faillissementsrecht die heeft geresulteerd in de *Insolvenzordnung*, die in 1999 in werking is getreden.[96] Onder de *Konkursordnung*, vóór de herziening van het Duitse faillissementsrecht, had de schuldeiser met een zekerheidsrecht, met name de financier die zich de goederen tot zekerheid had laten overdragen met behulp van een

92 Bork 2017/302, voetnoot 33, Balz & Landfermann 1995, p. 275.

93 Het regeringsontwerp voor de Insolvenzordnung is te raadplegen via het informatiesysteem van de *Bundestag* en *Bundesrat*, het *Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge* (DIP), http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/12/024/1202443.pdf.

94 MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 172 nr. 5.

95 Bij wijze van uitzondering lijken Balz en Landfermann 1995, p. 275 er echter van uit te gaan dat de opeisingsbevoegdheid van § 199 van het ontwerp ook bij gebreke van een expliciete wettelijke basis – wel bestaat, maar zij motiveren dit niet. Ik zie daarom niet in op welke grond de curator een opeisingsbevoegdheid zou hebben.

96 Zie over de grootscheepse *Insolvenzrechtsreform* die in Duitsland heeft plaatsgevonden door de invoering van de Insolvenzordnung o.m. Balz & Landfermann 1995 en, specifiek met betrekking tot deze wijziging, MünchKommInsO/Tetzlaff 2013 Vor § 166-173, nr. 12-21.

Sicherungsübereignung, een sterke positie. Hij kon de goederen executeren alsof hij een pandrecht had. Dit werd gezien als een belangrijke oorzaak voor de lege boedel problematiek. Executie van de (afzonderlijke) activa door een zekerheidsgerechtigde kan immers de pogingen tot voortzetting van de onderneming frustreren.[97] Wanneer de executiebevoegdheid (ook ten aanzien van zaken waar een schuldeiser een *Absonderungsrecht* heeft) in de handen wordt gelegd van de curator, verwachtte men ten eerste een grotere kans op voortzetting van de onderneming en ten tweede een hogere opbrengst, omdat goederen dan in samenhang zouden kunnen worden verkocht.[98] Het valt op, dat bij de herziening van het faillissementsrecht de positie van 'stille' zekerheidsgerechtigden (zoals een fiduciaire eigenaar) ingrijpend is aangepast, terwijl daarentegen de executiebevoegdheid van 'openbare' zekerheidsnemers, zoals de wettelijk pandhouder en HGB-retentor, ongemoeid is gelaten.

369. De formele vereisten voor executie verschillen, naar gelang de schuldeiser een HGB-*Zurückbehaltungsrecht* heeft, of een *gesetzliches Pfandrecht*. In het eerste geval heeft de schuldeiser een executoriale titel nodig. Als hij deze nog niet heeft verkregen vóór het faillissement, moet hij tegen de curator procederen.[99] Een schuldeiser met een *gesetzliches Pfandrecht* kan executeren volgens de normale regels van het verhaalsrecht door de pandhouder op grond van het BGB.[100]

370. In het Duitse recht is de situatie dus precies omgekeerd ten opzichte van de Nederlandse: de curator kan de zaak niet opeisen bij de schuldeiser en de pandhouder of HGB-retentor is zelf bevoegd tot executie van de zaak die hij onder zich heeft.[101] De HGB-retentor en de wettelijk pandhouder hebben beide een *Absonderungsrecht*. In paragraaf 2.2.6 constateerde ik, dat het Nederlandse retentierecht een aanzienlijk breder toepassingsbereik heeft dan de Duitse HGB-*Zurückbehaltungsrechte* en wettelijke pandrechten. Een wettelijk pandrecht wordt alleen verkregen in een aantal

97 Zie de toelichting bij het Regeringsontwerp van de Insolvenzordnung van 15 april 1992, Drucksache 12/2443, p. 178, MünchKommInsO/Tetzlaff 2013 § 166, nr. 2.
98 Toelichting bij het Regeringsontwerp van de Insolvenzordnung van 15 april 1992, *Drucksache* 12/2443, p. 178.
99 Jaeger/Henckel & Gerhardt 2004 Vor §§ 49-52, nr. 40.
100 MünchKommInsO/Tetzlaff 2013 § 173 nr. 8.
101 Tekstra 2001, p. 162 verdedigt een dergelijke positie voor de Nederlandse retentor, omdat de inbreuk die art. 60 lid 2 Fw op de positie van de retentor maakt naar zijn mening niet gerechtvaardigd is.

specifiek in de wet benoemde gevallen (zoals een reparateur; zie art. 647 BGB); een HGB-retentierecht kan alleen bestaan met betrekking tot waardepapieren en roerende zaken en vereist dat beide partijen koopman zijn in de zin van het HGB. Ten opzichte van wettelijke pandrechten heeft het Nederlandse retentierecht buiten faillissement aanzienlijk minder verstrekkende gevolgen bij executie dan de Duitse wettelijke pandrechten. Daarmee correspondeert dat deze Duitse equivalenten de schuldeiser bevoegd maken om te executeren tijdens faillissement, terwijl dat recht in Nederland primair bij de curator ligt. Men zou kunnen zeggen dat het HGB-*Zurückbehaltungsrecht* in dit opzicht '*the odd one out*' is: qua derdenwerking jegens anterieure derden en qua executiebevoegdheid buiten faillissement gaat het niet verder dan het Nederlandse retentierecht, maar tijdens faillissement heeft de Duitse HGB-retentor wel de bevoegdheid tot executie van de zaken die hij onder zich heeft en heeft hij recht op *abgesonderte Befriedigung*. Maar daarvoor heeft hij wel een executoriale titel nodig, die hij zo nodig kan verkrijgen door een procedure tegen de curator.

8.2.5 Varianten van opeising zonder verkoop van de zaak

8.2.5.1 Inleiding

371. De wet gaat uit van de combinatie opeising én verkoop, maar er zijn een aantal gevallen denkbaar waarin de verkoop van de zaak niet mogelijk of niet wenselijk is. Die gevallen bespreek ik in deze paragraaf. Als eerste kan het gebeuren dat de curator de zaak heeft opgeëist, maar de verkoop van de zaak mislukt. Er is dan geen opbrengst waaruit de retentor met voorrang zou kunnen worden voldaan. In paragraaf 8.2.5.2 behandel ik of de curator hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld door de retentor. Ten tweede kan het voorkomen dat de curator de zaak opeist en de schuldenaar daarna een akkoord aanbiedt aan zijn schuldeisers. Door homologatie van het akkoord eindigt het faillissement, zodat verkoop van de zaak niet meer aan de orde is. De positie van de retentor bij een akkoord komt aan bod in paragraaf 8.2.5.3. In paragraaf 8.2.5.4 ga ik vervolgens in op het nieuwe art. 105b Fw. Art. 105b Fw is ingevoerd in het kader van de derde pijler – de fraudebestrijding – van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht. In het artikel is de bevoegdheid neergelegd voor de curator om de administratie van de gefailleerde op te eisen bij derden. Ik analyseer hoe deze opeisingsbevoegdheid zich verhoudt tot die van art. 60 lid 2 Fw.

8.2.5.2 Opeising en gestrande verkoop

372. Art. 60 Fw gaat uit van opeising én verkoop. De opeising dient het vergemakkelijken van de verkoop van de zaak.[102] Opeising is geen separate bevoegdheid van de curator. Dit kan worden afgeleid uit het arrest Middendorf/Kouwenberg, dat ging over retentierecht op advocatendossiers in faillissement van de cliënt. Dergelijke dossiers lenen zich uiteraard niet voor verkoop, zodat de vraag opkomt, of opeising op de voet van art. 60 lid 2 Fw dan wel aan de orde kan zijn. De Hoge Raad overweegt dat dit niet zo is: art. 60 lid 2 is in zo'n geval niet van toepassing.[103] Hij creëert alsnog een einde aan de terughouding door te oordelen dat een voortzetting van het retentierecht in deze omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn.[104] Uit het feit dat de Hoge Raad hier de route kiest van de (beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid en niet die van art. 60 lid 2 Fw (maar dan zonder verkoop), kan naar mijn mening worden afgeleid dat de opeising van art. 60 lid 2 Fw geen op zichzelf staande bevoegdheid van de curator is. Bovendien geldt dat wanneer de opeisingsbevoegdheid van de curator een separate bevoegdheid zou zijn, het in art. 60 lid 2 Fw voorziene behoud van de voorrang van de retentor nutteloos zou zijn.

Uitgangspunt is dus dat de curator de zaak *verkoopt* nadat (of voordat; de volgorde is mijns inziens niet relevant) hij deze heeft opgeëist. Uiteraard is het mogelijk dat de curator die zaken bij de retentor opeist, probeert om ze te verkopen, maar daar niet in slaagt. Het is dan denkbaar dat de opgeëiste zaken *zelf* geen opbrengst genereren, maar bijvoorbeeld worden geschonken als onderdeel van een grotere transactie met een koper (2 + 1 gratis). Of dat de curator ze bij het grofvuil zet, als blijkt dat niemand de opgeëiste zaken wil hebben.

Dit roept de vraag op, of een gestrande verkoop kan leiden tot aansprakelijkheid van de curator jegens de retentor. Mijns inziens zal het uitblijven van de verkoop niet snel tot aansprakelijkheid van de curator kunnen leiden. Voor aansprakelijkheid van de curator is vereist dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld.[105] Het is de taak van de curator om het

102 Vgl. Van Zanten 2012, p. 257.
103 HR 15 april 1994, *NJ* 1995/640 (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*), r.o. 3.4.
104 HR 15 april 1994, *NJ* 1995/640 (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*), r.o. 3.5.
105 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou*), r.o. 3.6: "een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht."

belang van de collectiviteit van schuldeisers te behartigen; niet het belang van één individuele schuldeiser. Het veronachtzamen van het belang van de retentor zal, wanneer dit ten goede komt aan de boedel als geheel, mijns inziens niet snel onzorgvuldig zijn. Zeker als de curator aanwijsbaar pogingen heeft ondernomen om de zaak te verkopen, maar dit onverhoopt niet is gelukt, is aansprakelijkheid mijns inziens niet aan de orde. De curator heeft de nodige beleidsruimte.[106]

8.2.5.3 Opeising gevolgd door een akkoord

373. Een van de manieren waarop een faillissement kan eindigen is door de homologatie van een faillissementsakkoord (art. 161 Fw). Het doel van het akkoord is de sanering van de schulden van de gefailleerde en het behoud en de voortzetting van de activiteiten binnen dezelfde rechtspersoon.[107] Ook de totstandkoming van een akkoord kan een reden zijn dat geen verkoop van de zaak plaatsvindt. In de praktijk blijkt dat maar een klein percentage van de faillissementen eindigt in een akkoord.[108] Twee van de in de literatuur genoemde redenen zijn dat het akkoord alleen bindend is voor concurrente schuldeisers en niet voor zekerheidsgerechtigden en dat het akkoord alleen kan worden aangeboden binnen een formele faillissementsprocedure, die altijd gepaard gaat met publiciteit. Vanwege de tijd die gemoeid is met het aanbieden, aannemen en homologeren van een akkoord verdampt in de tussentijd essentiële waarde.[109] In die gevallen waarin wél een akkoord wordt aangenomen, is het niettemin interessant om te bezien welke positie de retentor heeft bij wie de zaak reeds is opgeëist. Als gezegd heeft het akkoord als doel het behoud en sanering. Verkoop van de boedelbestanddelen is niet (meer) aan de orde. Art. 60 lid 2 Fw gaat daarentegen uit van opeising en verkoop. De vraag is kortom hoe de positie van de retentor – als bevoorrechte schuldeiser – eruitziet, wanneer na de opeising een akkoord wordt aangenomen.

106 Zie Verstijlen 1998, p. 215-229.
107 Soedira 2011, p. 16-17.
108 In de jaren 2009-2011 eindigde rond de 2% van het totale aantal in die jaren beëindigde faillissementen in een akkoord volgens de cijfers van CBS.nl, tabel 'Faillissementen; stroomcijfers, 1981-2011', 7 maart 2012. Van Hees 2017, p. 188 merkt naar aanleiding van het CBS-rapport Faillissementen: oorzaken en schulden 2015 op dat het cijfer tussen de 1,7 en 3,0% schommelt.
109 Zie o.m. Tollenaer 2011, p. 131.

374. Een akkoord is ingevolge art. 157 Fw alleen bindend voor concurrente schuldeisers. Op grond van art. 163 Fw moet het bedrag waarop geverifieerde bevoorrechte schuldeisers aanspraak kunnen maken, alsmede de kosten van het faillissement, in handen van de curator worden gestort, of door de schuldenaar moet daarvoor zekerheid worden gesteld. Art. 163 Fw spreekt van een schuldeiser met een 'voorrecht'; ik neem aan dat hiermee ook de schuldeisers met voorrang uit anderen hoofde dan een voorrecht bedoeld zijn.[110] De retentor is een preferente schuldeiser. Zijn vordering wordt dus in principe niet getroffen indien een akkoord wordt aangenomen.[111] Hij mag dan ook niet meestemmen over een akkoord. Als de zaak door de curator is opgeëist en vervolgens wordt een akkoord aangeboden, dan zou de voldoening van de vordering van de retentor dus moeten zijn zeker gesteld op grond van art. 163 Fw. De retentor heeft voorrang bij uitdeling van de executieopbrengst bij *verkoop* van de zaak. Doel van het akkoord is echter juist niet executie van de goederen van de gefailleerde, maar behoud ervan. Het ligt dus niet voor de hand dat na opeising opbrengst wordt gegenereerd waarop de voormalige retentor batig gerangschikt kan worden. Moet de retentor dan worden gezien als een preferente schuldeiser in de zin van 163 Fw, of heeft hij de macht over de zaak niet langer en moet hij dan worden aangemerkt als een concurrente schuldeiser, die wel geraakt wordt door het akkoord?

Ik meen dat de voormalige retentor alsnog behandeld moet worden als een preferente schuldeiser in de zin van 163 Fw.[112] De omstandigheid dat er een bevoorrechte schuldeiser is, wiens voorrang juist niet geëffectueerd kan worden door het tot stand komen van een akkoord is onder ogen gezien bij de totstandkoming van de Faillissementswet. De parlementaire geschiedenis bij art. 163 Fw zegt daarover dat de fictie moet worden aangelegd, alsof wel opbrengst werd gerealiseerd.[113] Het uitgangspunt van

110 Zo lees ik ook Soedira 2011, p. 21.

111 Kritisch hierover is Soedira 2011, p. 20-22. Naar geldend recht is de retentor in de regel niet aan een akkoord gebonden. Dat is alleen anders in de volgende gevallen. Een schuldeiser die een recht van voorrang heeft, maar kan aantonen dat een deel van zijn vordering niet batig zal kunnen worden gerangschikt op de opbrengst van het verbonden goed, kan verlangen dat voor dat deel aan hem de rechten van concurrent schuldeiser worden toegekend (art. 132 Fw). Voor het gedeelte van zijn vordering dat niet voldaan wordt, is de retentor wel gebonden aan het gehomologeerde akkoord. Ook als een preferent wel zijn vordering indient ter verificatie, maar hij nalaat om zijn voorrang daarbij te vermelden, wordt hij als concurrent aangemerkt en is hij gebonden aan het akkoord, zie Soedira 2011, p. 173.

112 Schoordijk 1981, p. 327.

113 Zie Van der Feltz II, p. 195.

een akkoord is dat de concurrente schuldeisers (slechts) een percentage op hun vordering krijgen uitgekeerd. De positie van preferenten zou echter niet moeten verslechteren door het akkoord. Dat komt tot uitdrukking in art. 163 Fw. Art. 163 lid 3 Fw bevat nog wel de mogelijkheid dat de rechter-commissaris begroot voor welk bedrag de preferente crediteur kan worden voldaan. Desgevraagd moet de rechter-commissaris dus een begroting maken van de opbrengst van de zaak bij verkoop. Dit vergt een waardering van de (executie)waarde van de zaak.

Op dit punt is er een groot verschil met de positie van de retentor onder het recht van vóór 1992. Onder het oude recht was de retentor een concurrente schuldeiser. Hij nam wel een dwangpositie in, omdat geen mogelijkheid bestond tot opeising van de teruggehouden zaak voordat de vordering van de retentor geheel voldaan was. Die dwangpositie was echter puur feitelijk; aan de vordering was geen voorrang verbonden. Onder oud recht was de retentor dan ook wél gebonden aan een gehomologeerd akkoord. Indien bij het akkoord alleen een percentage van zijn vordering voldaan werd, mocht hij de zaak niet onder zich houden.[114]

8.2.5.4 Opeising van de administratie van de gefailleerde bij derden op basis van art. 105b Fw

375. Per 1 juli 2017 is de Wet versterking positie curator in werking getreden.[115] Voor het retentierecht is het nieuwe art. 105b Fw relevant. Het artikel verplicht derden desgevraagd de administratie van de gefailleerde volledig, ongeschonden en leesbaar aan de curator ter beschikking te stellen. Deze verplichting ziet ook op digitale administratie.[116] Het tweede lid van art. 105b maakt art. 60 lid 1 Fw onklaar. Het bepaalt dat derden geen beroep kunnen doen op een retentierecht. Uit art. 105b lid 3 Fw volgt dat het gaat om dwingend recht. Aangezien bedrijven hun administratie in toenemende mate digitaal organiseren en zij dat in veel gevallen doen met gebruikmaking van clouddiensten, is art. 105b Fw een belangrijk artikel voor de informatiepositie van de curator. Art. 105b Fw vult art. 105a Fw aan, waarin deze verplichting is opgenomen voor de gefailleerde zelf.

---

114 Van der Feltz II, p. 177 en p. 179-180. Zie daarover kritisch: Schoordijk 1979, p. 327.

115 Stb. 2017, 124. De Wet versterking positie curator is onderdeel van het wetgevingsprogramma Herijking faillissemensrecht, die het kabinet bij brief van 26 november 2012 heeft aangekondigd (*Kamerstukken II* 2012/13, 29911, nr. 74.). De wet valt onder de derde pijler van het herijkingsprogramma: de bestrijding van faillissementsfraude. Zie in het algemeen over het programma: Wessels I 2018/1067-1068y.

116 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 20.

Naar aanleiding van art. 105b Fw komt een aantal vragen op, waarvan ik er drie in deze paragraaf behandel. In de eerste plaats ga ik na wat de reikwijdte is van het begrip 'administratie' in art. 105b Fw. Er zijn ook (digitale) documenten waarvan het twijfelachtig is of deze hebben te gelden als 'administratie van de gefailleerde', zoals (ontwerp)tekeningen van een architect of aannemer. Ten tweede komt de vraag aan bod, of voor de 'opeising' van administratie van art. 105b Fw het oogmerk van fraudebestrijding noodzakelijk is, nu dit het overkoepelende doel van de nieuwe wetgeving is. Ten derde is de vraag hoe zich de bevoegdheid van de curator om de administratie onder zich te krijgen verhoudt tot de opeisingsbevoegdheid waar art. 60 lid 2 Fw al in voorziet. De memorie van toelichting zwijgt hierover.

376. Wat is de reikwijdte van het begrip 'administratie' in art. 105b Fw? Zijn er stukken die buiten deze omschrijving vallen? Volgens de minister is het niet mogelijk om 'administratie' uitputtend te definiëren, omdat het begrip sterk afhangt van de structuur en de bedrijfsvoering van de gefailleerde. Ter illustratie noemt hij wel de volgende stukken: "boekhouding, de financiële en fiscale administratie, een eventuele goederenadministratie, zakelijke correspondentie, accountantsverklaringen en jaarstukken, betaalde en gefactureerde nota's alsmede in- en uitgaande zakelijke emailcorrespondentie, ook als die zich op een aan een derde toebehorende server bevindt."[117] De toelichting noemt clouddiensten expliciet als voorbeeld van houders van administratie van de gefailleerde. Deze diensten moeten volgens art. 105b Fw desgevraagd ook de middelen (waaronder wachtwoorden)[118] ter beschikking stellen om de informatie binnen redelijke tijd leesbaar te maken.

De omschrijving die de minister geeft van het begrip 'administratie' is ruim. Toch zijn er bepaalde stukken waarvan niet zeker is of deze onder het bereik van art. 105b Fw vallen. Is bijvoorbeeld een ontwerptekening die een architect of aannemer voor de (latere) failliet heeft gemaakt, of een dagvaarding die een advocaat heeft opgesteld per definitie administratie *van de gefailleerde*?[119] Het kan worden betoogd dat deze documenten – zeker zolang ze nog onder de 'maker' verblijven – geen administratie

117 *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 6, p. 16.
118 Aldus de minister in *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 13, p. 9.
119 Ook De Kloe & Ortiz Aldana 2018 scharen op p. 56, voetnoot 55 advocatendossiers onder administratie, maar later hier verderop (op p. 57) weer twijfel over ontstaan: "Naar onze mening vallen bijvoorbeeld ook advocatendossiers *onder omstandigheden* onder het begrip administratie." (mijn cursivering).

van de gefailleerde zijn, bijvoorbeeld omdat de gefailleerde nauwelijks betrokken was bij de totstandkoming van de stukken. Ik bedoel deze vraag vooral praktisch; het is niet mijn bedoeling om een discussie aan te zwengelen of 'eigendom' van administratie wel mogelijk is, en wie dan eigenaar is (al of niet analoog aan art. 5:16 BW bijvoorbeeld). Maar als de (latere) gefailleerde een ander de opdracht heeft gegeven om zijn jaarrekening op te stellen, een interieurontwerp te maken, of een dagvaarding op te stellen, dan is mijns inziens niet vanzelfsprekend dat een dergelijk stuk vanaf de eerste schets kan worden gekwalificeerd als 'administratie van de gefailleerde'. Een indicatie dat de wet wel bedoelt om ook dit type documenten onder art. 105b Fw te laten vallen, is het feit dat naar aanleiding van een amendement "accountantsorganisaties en een externe accountant" expliciet als derden die administratie ter beschikking moeten stellen in art. 105b lid 1 Fw zijn opgenomen.[120] Net als architecten, of advocaten, verrichten accountants professionele diensten ten behoeve van de bedrijfsvoering van de (latere) gefailleerde. Op basis daarvan ben ik van mening dat ook als het gaat om stukken die door een dienstverlener van de gefailleerde zijn opgesteld, nog in diens beheer zijn – en waarvoor nog niet is betaald – deze stukken kwalificeren als 'administratie' in de zin van art. 105b Fw en door de curator kunnen worden opgevraagd.

Maar zelfs als zulke stukken niet gelden als administratie van de gefailleerde is er nog geen man overboord. Dan komt het arrest Middendorf/Kouwenberg om de hoek kijken.[121] Daarin overwoog de Hoge Raad dat voortzetting van een retentierecht door een advocaat op het dossier tijdens faillissement van de cliënt in strijd zou komen met de redelijkheid en billijkheid. Het arrest zou dus als een vangnet kunnen fungeren. Maar art. 105b Fw biedt het evidente voordeel voor de curator dat het discussie over de interpretatie en reikwijdte van het (al wat oudere) arrest voorkomt.

377. In verband met accountants en advocaten kan vervolgens nog wel de vraag opkomen, hoe zich deze plicht tot informatieverschaffing verhoudt tot hun geheimhoudingsplicht. Uit het genoemde amendement met betrekking tot de accountants blijkt dat de geheimhoudingsplicht die is opgenomen in de Wet toezicht accountantsorganisaties wijkt voor art. 105b Fw. Ik meen dat hetzelfde geldt voor de geheimhoudingsplicht

120 Amendement van de Kamerleden Van Wijngaarden en Recourt, Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 34 253, nr. 10.

121 HR 15 april 1994, *NJ* 1995/640 (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*).

van advocaten uit de Advocatenwet; ook deze wordt opzij gesteld door de verplichte terbeschikkingstelling van art. 105b lid 1 Fw.

378. De tweede vraag die ik in verband met art. 105b Fw aan de orde stel, is of voor het opvragen van de administratie door de curator noodzakelijk is, dat de curator het oogmerk heeft om fraude te bestrijden. Het wetsvoorstel versterking positie curator is immers onderdeel van de fraudebestrijdingspijler van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht. Uit de parlementaire geschiedenis komt een nogal wisselend beeld naar voren. Aan de ene kant lijkt de informatievergaringsbevoegdheid van de curator te zijn geschapen met het doel van fraudebestrijding. Ik citeer uit de memorie van toelichting:

> "Dit derde wetsvoorstel heeft eveneens tot doel een bijdrage te leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude. In dit wetsvoorstel wordt *daartoe* de positie van de curator versterkt. Ten eerste door de informatiepositie van de curator te versterken door de inlichtingen-, medewerkingsplichten en de plicht tot het overleggen van de administratie in faillissement te verduidelijken en te versterken."[122] (mijn cursivering).

> "*In het kader van de fraudebestrijding*, is het van belang dat de curator informatie krijgt van de failliet, bestuurders, commissarissen, derden en van de eventuele echtgenoot of geregistreerde partner van de failliet, voor zover het faillissement de gemeenschap van goederen treft." (mijn cursivering).[123]

Anderzijds is het achterliggende doel van fraudebestrijding *ook* het vergroten van het boedelactief, zodat men ook zou kunnen zeggen dat informatiegaring uiteindelijk dat doel dient. Maar uit de parlementaire geschiedenis lijkt eveneens te volgen dat de informatiegaring *direct* als doel heeft het vergroten van het actief. Aangezien de curator ingevolge art. 68 Fw belast is met het beheer en de vereffening van de boedel, lijkt een specifiek fraudebestrijdingsoogmerk niet noodzakelijk. De curator handelt in het belang van de schuldeisers. Ook die gedachte is af te leiden (onder meer) uit de memorie van toelichting:

> "De versterking van de informatiepositie en van de fraudesignalerende rol van de curator zijn bedoeld om bij te dragen aan het vergroten van het boedelactief. Daarmee draagt het wetsvoorstel ook bij aan de beperking van de maatschappelijke schade van faillissementen."[124]

122 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1.
123 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.
124 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 1.

> "In dit wetsvoorstel worden de inlichtingen- en medewerkingsverplich-tingen aangepast. Enerzijds om de informatiepositie van de curator te verduidelijken en te versterken ten behoeve van de fraudebestrijding en het beperken van de maatschappelijke gevolgen van faillissementsfraude."[125]

> "Zou men dit toestaan, dan kan iemand met kwade bedoelingen de administratie wel heel eenvoudig buiten bereik van de curator brengen. Dat gaat ten koste van zowel een soepele afwikkeling van het faillissement als, meer in het algemeen, van een adequate faillissementsfraudebestrijding."[126]

379. Ik meen dat een specifiek fraudebestrijdingsoogmerk niet noodzakelijk is voor het opvragen van informatie door de curator (bij de gefailleerde ex art. 105a Fw, of derden ex art. 105b Fw). In de eerste plaats is art. 105b Fw algemeen geformuleerd. Uit het artikel blijkt niet dat een oogmerk van het opsporen van onregelmatigheden is vereist. Bovendien blijkt uit de parlementaire geschiedenis overwegend dat het doel van de Wet versterking positie curator niet alleen fraudebestrijding is, maar ook een versterkte positie van de curator met het oog op het vergroten van het boedelactief. De informatie die de curator vergaart, kan leiden tot inzicht in eventuele onregelmatigheden, maar kan ook op zichzelf beschouwd leiden tot een adequater boedelbeheer en een betere behartiging van schuldeisersbelangen.

Moet de curator worden beteugeld in de informatiegaringsdrift die hij op basis van art. 105a en 105b Fw krijgt toebedeeld? Tijdens de parlementaire voorbereiding is aan de minister gevraagd of niet een redelijkheidstoets zou moeten worden opgenomen in art. 105b Fw, zodat de curator pas derden 'lastig valt' met een verzoek om informatie als eerst de gefailleerde zelf en andere bronnen zijn uitgeput. De minister meent in de nota van wijziging dat het feit dat de curator ingevolge art. 64 Fw onder toezicht van de rechter-commissaris staat, voldoende waarborg biedt tegen te enthousiaste informatiegaring.[127] Ik zou menen het gevaar van overvraging door de curator niet zo groot is. Ook de bevoegdheid van art. 105b Fw moet de curator inzetten ten behoeve van de schuldeisers. Een schuldeiser die van mening is dat de curator excessief gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot informatiegaring, kan via verzoekschrift op de voet van art. 69 Fw een bevel van de rechter-commissaris uitlokken dat de handeling verbiedt.[128]

---

125 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3
126 *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 6, p. 15.
127 *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 6, p. 16 (Nota n.a.v het verslag). Zie hierover ook Renssen 2018, p. 46.
128 *Kamerstukken II* 2015/16, 34253, nr. 6, p. 20.

380. De derde vraag die in verband met art. 105b Fw kan worden gesteld, heeft betrekking op het intrigerende tweede lid van art. 105b Fw. Daarin staat dat de derde in afwijking van art. 60 Fw geen beroep kan doen op een retentierecht ten aanzien van de administratie die door de curator ingevolge lid 1 is opgevraagd. In de memorie van toelichting is het volgende te lezen over het tweede lid:

> "Hiermee wordt afgeweken van het huidige artikel 60 Fw waarin is bepaald dat de schuldeiser die een retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak dit recht niet verliest door de faillietverklaring."[129]

De gegeven omschrijving van het bepaalde in art. 60 Fw is wel wat kort door de bocht. Het is jammer dat in de toelichting niet wordt verwezen naar art. 60 lid 2 Fw, omdat nu niet zeker is hoe art. 105b lid 2 Fw zich verhoudt tot de opeisingsbevoegdheid van de curator ex art. 60 lid 2 Fw. Voor art. 105b Fw kunnen in ieder geval vier verschillende verklaringen worden gegeven.

In de eerste plaats kan het zijn dat de minister zich geen rekenschap heeft gegeven van het bestaan van art. 60 lid 2 Fw. Ten tweede kan de buitenwerkingstelling van art. 60 lid 2 Fw zijn ingegeven door de wens om iedere discussie over het bestaan van het retentierecht van de houder van administratie van de gefailleerde te elimineren.[130] Het arrest Middendorf/Kouwenberg, dat hiervoor al kort aan de orde kwam, laat immers nog wel wat bewegingsruimte, omdat het retentierecht op dossiers van de gefailleerde in dat arrest werd doorbroken met behulp van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Een derde verklaring is dat art. 105b Fw om een meer fundamentele 'dogmatische' reden is ingevoerd, namelijk omdat de opeisingsbevoegdheid in art. 60 lid 2 Fw is voorbehouden aan die gevallen, waarin de opeising wordt gevolgd door verkoop van de zaak. De administratie van de gefailleerde leent zich uiteraard niet voor verkoop. De vierde reden voor een expliciete buitenwerkingstelling van art. 60 Fw zou kunnen zijn dat complicaties met betrekking tot de afbakening van het begrip 'zaak' in art. 60 Fw (en art. 3:290 e.v. BW) worden vermeden. Zaken zijn ingevolge art. 3:2 BW de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Er bestaat discussie of digitale gegevens (onder omstandigheden) kunnen worden gekwalificeerd als zaak in de zin van art. 3:2 BW.[131] Deze complicaties zijn weggenomen door art. 105b Fw.

---

129 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 21.
130 Vgl. Vermaire & Luijkx 2018, p. 19.
131 Zie hierover onder meer Van der Steur 2003, Van Erp & Loof 2016, p. 23-63 en Verheul 2018a.

Naar mijn mening zijn al deze vier verklaringen, evenals een combinatie ervan, valide voor het invoeren van art. 105b lid 2 Fw. Maar op basis van de uiterst summiere parlementaire geschiedenis op dit punt, is niet met zekerheid te zeggen wat de verklaring voor art. 105b lid 2 Fw is en giswerk heeft naar mijn mening geen toegevoegde waarde.

381. Wat zijn de gevolgen van het opvragen van de curator van de administratie bij een derde die een retentierecht? De derde onder wie de curator de administratie opvraagt, verliest het retentierecht naar mijn mening geheel. Anders dan bij de opeising van art. 60 lid 2 Fw, heeft hij ook geen voorrang voor zijn prefaillissementsvordering. De voorrang is gekoppeld aan de verkoop van de zaak, terwijl de administratie van de gefailleerde juist niet is bedoeld (en niet geschikt is) voor verkoop. De prefaillissementsvordering van de derde is een concurrente vordering die hij kan indienen ter verificatie. Iets anders zijn de kosten die de derde maakt voor het ter beschikking stellen van de administratie aan de gefailleerde. In de memorie van toelichting is hierover opgenomen dat de derde voor het ter beschikking stellen van de administratie daarvoor een vergoeding kan vragen. De minister merkt op dat het in de regel om eenvoudig beschikbare gegevens gaat, zodat de kosten 'verwaarloosbaar' zullen zijn.[132] Deze kosten zijn een (concurrente) boedelschuld,[133] want ze zijn door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan.

8.2.6 De termijnstelling door de retentor

8.2.6.1 Inleiding

382. Art. 60 lid 3 Fw bepaalt dat de retentor de curator een redelijke termijn kan stellen om tot toepassing van lid 2 over te gaan. Heeft de curator niet binnen de termijn verkocht, dan verkrijgt de retentor het recht van parate executie. De rechter-commissaris kan de termijn verlengen op verzoek van de curator. Art. 60 lid 3 Fw is een stok achter de deur voor de curator om met enige voortvarendheid te werk te gaan met betrekking tot de teruggehouden zaak. Het artikel lijkt qua inhoud en redactie in veel opzichten op art. 58 Fw. Bij beide spelen vergelijkbare vragen. Wat moet binnen de gestelde termijn gebeuren? Welke termijn is redelijk? En welke

132 *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 11.
133 Vermaire & Luijkx 2018, p. 19 en De Kloe & Ortiz Aldana 2018, p. 58.

remedies zijn er voor het geval degene aan wie de termijn is gesteld niet tijdig kan handelen? Aangezien al meermaals tot aan de Hoge Raad is geprocedeerd over de termijnstelling van art. 58 Fw en mede naar aanleiding daarvan in de literatuur al veel discussies zijn gevoerd, zoek ik herhaaldelijk steun bij deze bepaling. Dat doe ik met name voor inspiratie voor vragen die zich bij art. 58 Fw al hebben voorgedaan en zouden kunnen spelen in het kader van art. 60 Fw.

In paragraaf 8.2.6.2 behandel ik de ratio van lid 3 en in paragraaf 8.2.6.3 ga ik na wat de curator binnen de termijn moet hebben gedaan. In paragraaf 8.2.6.4 onderzoek ik welke termijn 'redelijk' is. Vervolgens, in paragraaf 8.2.6.5, ga ik in op de toepassing van het leerstuk van misbruik van recht op de termijnstelling door de retentor. Tot slot, in paragraaf 8.2.6.6, maak ik een korte vergelijking met het Duitse recht op het punt van de termijnstelling.

8.2.6.2 Ratio van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw

383. Art. 60 lid 3 Fw geeft de retentor de mogelijkheid om de curator aan te sporen om van zijn bevoegdheden uit lid 2 gebruik te maken. De retentor kan de curator een termijn stellen. Het laten verstrijken van de termijn heeft ingrijpende gevolgen. Na ongebruikt verstrijken van de termijn kan de retentor de zaak verkopen overeenkomstig de bepalingen van parate executie door een hypotheekhouder (in geval van registergoederen) of pandhouder (in overige gevallen, dan zal het dus gaan om roerende zaken-niet registergoederen).

384. Wat is de ratio van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw? Uit de (summiere) parlementaire geschiedenis van de wijziging van de Faillissementswet door de inwerkingtreding van het BW is weinig op te maken over de achtergrond van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw. Daar blijkt slechts dat de termijnstelling door de retentor aan de curator tot gevolg heeft dat de impasse die het retentierecht kan veroorzaken, wordt doorbroken, doordat de retentor de mogelijkheid krijgt om de zaak na afloop paraat te executeren.[134] Hier wordt alleen iets gezegd over het *gevolg van* de termijnstelling, maar niets over de *ratio van* de termijnstelling. De termijnstelling door de retentor vormt een prikkel voor de curator. Deze mogelijkheid tot het verkrijgen van het recht van parate executie door

134 Parl. Gesch. Inv Boek 3, 5 en 6, p. 408.

de retentor is – samen met de mogelijkheid tot opeising van de zaak door de curator – de grootste verandering met betrekking tot het retentierecht ten opzichte van de oude Faillissementswet. Voorheen bestond die mogelijkheid niet en ook buiten faillissement ontbeert de retentor het recht van parate executie. Aangezien het gevolg van het ongebruikt verstrijken van de termijn verkrijging van het recht tot parate executie door de retentor is, is de voornaamste functie van de termijnstelling mijns inziens het waarborgen van een voortvarende handelswijze door de curator ten aanzien van de teruggehouden zaak. De voortvarendheid van de curator van art. 60 lid 3 Fw is er in het belang van de gezamenlijke crediteuren. De mogelijkheid tot verkrijging van het recht van parate executie van de retentor fungeert als een zwaard van Damocles: indien de curator de zaak niet binnen de door de retentor gestelde termijn heeft verkocht, loopt hij het risico in het geheel niets terug te zien van de opbrengst van de zaak doordat de zaak geheel buiten de boedel om verkocht mag worden door de retentor. Van de mogelijkheid van parate executie door de retentor gaat een zekere dreiging uit voor de curator.

De termijnstelling door de retentor aan de curator lijkt op de termijnstelling door de curator aan de pand- of hypotheekhouder, zoals neergelegd in art. 58 Fw. Deze indruk wordt versterkt doordat art. 58 lid 1 en art. 60 lid 3 Fw nagenoeg gelijk luiden. Wat leert een vergelijking met art. 58 lid 1 Fw? Volgens de memorie van toelichting is art. 58 Fw er om een spoedige liquidatie te bevorderen.[135] In de memorie van toelichting bij het huidige art. 58 Fw wordt daarnaast gesteld dat de termijnstelling als functie heeft de bescherming van de boedel bij dalende prijzen.[136] Volgens de Hoge Raad dient de termijnstelling van art. 58 Fw een voortvarende afwikkeling van het faillissement.[137] De rationes van de termijnstelling van art. 58 en die van art. 60 Fw komen dus overeen; beide beogen een voortvarende afwikkeling van het faillissement.

135 Van der Feltz I, p. 476. Kaptein & Van Zanten 2013, p. 52 wijzen er naar aanleiding van Parl. Gesch. Inv 3, 5 en 6, p. 405-505 op dat het niet zozeer gaat om de verkorting van de looptijd van het faillissement als wel het verkrijgen van inzicht in de opbrengst.

136 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 405. Vgl. Molengraaff/Star Busmann 1951, p. 266.

137 HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4846, *JOR* 2008/180 m.nt. N.E.D. Faber (*Cantor/Arts q.q.*), r.o. 3.6 en HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, *NJ* 2014/151 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Zalco I*), r.o. 4.6.2.

De overeenkomstige ratio neemt niet weg dat er natuurlijk ook belangrijke verschillen zijn tussen de posities van de betrokkenen in art. 58 en art. 60 Fw. Bij de termijnstelling van art. 58 Fw gaat het om een termijn die gesteld wordt aan de partij die vanwege art. 57 Fw primair bevoegd is om te executeren om daartoe daadwerkelijk over te gaan. Beperkingen aan de executie door de pand- of hypotheekhouder zijn de termijnstelling van art. 58 en een mogelijk afgekondigde afkoelingsperiode ex art. 63a Fw. Dit is anders bij art. 60 Fw: de retentor, die zelf vanwege art. 26 Fw in beginsel niet executiebevoegd is, stelt aan de partij die daartoe wél primair bevoegd is een termijn om tot rechtsuitoefening over te gaan. Hoewel de achterliggende gedachte van de beide artikelen dus dezelfde is, zijn de gevolgen dat niet: door afloop van de termijn van art. 58 Fw wordt de curator, die reeds executiebevoegd was op grond van 101 Fw, niet meer 'gehinderd' door de separatist. Door afloop van de termijn van art. 60 Fw wordt de retentor daarentegen van een schuldeiser die zich alleen maar via een indiening ter verificatie kan verhalen op de goederen van de gefailleerde (art. 26 Fw) bevoegd tot parate executie van de zaak buiten de boedel om. De reden voor het toekennen van de bevoegdheid tot opeising (en verkoop) door de curator en de eventuele parate executie door de retentor is het doorbreken van de patstelling die het retentierecht onder het vóór 1992 geldende recht tijdens faillissement kon veroorzaken. De curator kon het retentierecht destijds niet doorbreken, terwijl de retentor de zaak niet mocht executeren. Het huidige art. 60 Fw doorbreekt deze impasse: de curator mag de zaak nu opeisen en verkopen en de retentor is bevoegd tot parate executie na verloop van de door hem gestelde termijn. Art. 60 Fw maakt het dus mogelijk dat een 'bevoorrecht schuldeiser', die normaal gesproken zijn vordering ter verificatie moet indienen, door het aflopen van de termijn het recht van parate executie verkrijgt. De posities van separatist en curator enerzijds en retentor en curator anderzijds verschillen kortom aanmerkelijk.[138]

Afgezien van deze verschillen die vanzelfsprekend volgen uit het feit dat pand- en hypotheekhouders het faillissement kunnen negeren en de retentor niet, komt de achtergrond van het stellen van de termijn waar art. 58 en art. 60 Fw beide in voorzien overeen. Ingezoomd op de termijnstelling zelf, dient zij in beide gevallen een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Beide termijnstellingen moeten voorkomen dat de afwikkeling van het faillissement onnodig wordt opgehouden door degene die

138 Zie in vergelijkbare zin mijn annotatie onder Rb. Breda 10 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:726, *JOR* 2017/141.

primair bevoegd is tot executie. Degene aan wie de termijn wordt gesteld zal enige voortvarendheid moeten betrachten bij het verkopen van de goederen. Doet hij dat niet, dan treden de consequenties van het laten verstrijken in, die uiteraard verschillen naar gelang het een art. 58 of een art. 60 Fw-geval betreft.

8.2.6.3 Wat moet de curator binnen de termijn hebben gedaan?

385. Bij het bepalen van de verplichtingen van de curator binnen de door de retentor gestelde termijn, valt op dat in de eerste twee volzinnen van art. 60 lid 3 Fw een tegenstrijdigheid zit: volgens de eerste volzin kan de retentor de curator een termijn stellen om *tot toepassing van lid 2* over te gaan. Volgens de tweede volzin geldt dat als de curator niet heeft *verkocht*, de retentor paraat mag executeren. In de eerste zin lijkt het erop dat de curator binnen de termijn moet hebben *opgeëist en verkocht* (of de vordering van de retentor moet hebben voldaan); in de tweede zin lijkt het erop dat hij binnen de termijn alleen moet hebben *verkocht*. Een redelijke wetsuitleg brengt mee dat de curator binnen de termijn moet hebben *opgeëist en verkocht*, dan wel de *vordering van de retentor moet hebben voldaan.* De tweede volzin van art. 60 lid 3 Fw moet worden gezien als een korte (en incomplete) samenvatting van de 'toepassing van lid 2', zoals bedoeld in de eerste volzin. Als de curator er immers voor kiest om de vordering van de retentor te voldoen, kiest hij kennelijk niet voor opeising en verkoop. Het spreekt voor zich dat de retentor in dat geval niet het recht van parate executie kan verkrijgen, omdat de curator de zaak niet binnen de termijn heeft verkocht. Bovendien is het onlogisch als de verkoop wél binnen de termijn zou moeten zijn geschied, maar de opeising niet. De drempel om op te eisen is overigens zodanig laag omdat de opeising vormvrij is, dat al snel sprake zal zijn van opeising door de curator.[139]

386. Om te bepalen op welk moment de retentor het recht van parate executie heeft verkregen, moet worden bepaald of de curator zijn bevoegdheden uit art. 60 lid 2 Fw reeds heeft aangewend. Wanneer de curator niet de vordering van de retentor voldoet, moet hij aldus hebben opgeëist en verkocht voordat de termijn is verstreken. In paragraaf 8.2.4.2 is behandeld, wat moet worden verstaan onder 'opeisen' in de zin van art. 60 lid 2 Fw. De vraag die resteert, is wat moet worden verstaan onder het begrip 'verkopen'

139 Zie par. 8.2.4.2.

van dat artikellid. Vanwege de dreiging van de bevoegdheid tot parate executie door de retentor is het van belang om te bepalen wat binnen de termijn moet zijn gebeurd. Er zijn in hoofdzaak drie mogelijkheden: 1) de curator moet zijn *begonnen met het verkoopproces*, 2) de zaak moet zijn *verkocht*, of 3) de zaak moet zijn *verkocht en geleverd* aan de koper binnen de termijn van art. 60 Fw.

387. In de vorige paragraaf is de parallel al gelegd tussen art. 58 en art. 60 Fw. Ook in het kader van art. 58 Fw is discussie over de vraag wat de pand- of hypotheekhouder binnen de gestelde termijn moet doen. Kaptein en Van Zanten menen op goede gronden dat onder het begrip 'verkopen' in art. 58 Fw moet worden verstaan: het sluiten van een koopovereenkomst.[140] Ik meen dat, in aansluiting bij de wettekst zelf en bij art. 58 Fw, de curator in art. 60 Fw de zaak moet hebben (opgeëist en) verkocht binnen de termijn.[141] Dat wil zeggen dat binnen de termijn een koopovereenkomst met betrekking tot de zaak moet zijn gesloten. De gelijkaardige ratio van art. 58 en art. 60 Fw is de voortvarende afwikkeling van het faillissement in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, die door de termijnstelling wordt bewaakt. Afgezien van het feit dat deze interpretatie in overeenstemming met de tekst en ratio van de wet is, biedt het de betrokken partijen bovendien de meeste rechtszekerheid. Op het moment dat de zaak is verkocht is immers duidelijk wat zij zal opbrengen en kan de retentor een inschatting maken van zijn positie. Levering is daarvoor niet vereist. Het 'beginnen met de verkoop' biedt de retentor – en ook de overige schuldeisers, die bij overwaarde mogelijk ook aanspraak zullen willen maken op een deel van de opbrengst van de zaak – echter nog te weinig zekerheid. Indien de curator de zaak op het moment van het aflopen van de termijn al wel heeft opgeëist, maar nog niet verkocht, betekent in beginsel dat de retentor de zaak kan verkopen met overeenkomstige toepassing van de bepalingen inzake parate executie.

De in paragraaf 8.2.6.2 aangestipte verschillen tussen art. 58 en art. 60 Fw doen naar mijn mening niet af aan de hier bepleite invulling van het begrip 'verkopen' in art. 60 Fw. Er zijn argumenten te geven voor de stelling dat de curator in het kader van art. 60 Fw meer ruimte moet hebben

140 Kaptein & Van Zanten 2013, p. 55.

141 Zie ook mijn annotatie onder Rb. Zeeland-West-Brabant 10 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:726, *JOR* 2017/141. In deze zin ook Rb. Den Bosch 23 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK2287, *JOR* 2010/315.

dan de separatist in het kader van art. 58 Fw (zodat bijvoorbeeld niet 'verkoop' is vereist, maar bijvoorbeeld alleen 'een begin maken met de verkoop'):[142] in de verhouding tussen de curator en de retentor is alleen eerstgenoemde bevoegd de goederen van de gefailleerde te executeren. Hij handelt daarbij in het belang van alle schuldeisers. In de verhouding tussen de separatist en de curator daarentegen zijn beide pandhouders bevoegd tot executie, maar ligt het primaat bij de separatist en deze handelt uitsluitend in eigen belang. Deze onderscheidenlijke belangen moeten tot uiting komen in het kader van de termijnstelling van art. 60 Fw, wanneer deze wordt afgezet tegen die van art. 58 Fw. Maar de manier om dit te bereiken is niet door een andere uitleg van het begrip 'verkopen' in art. 60 Fw. Er zijn naar mijn mening andere, meer passende, mechanismen om tot een rechtvaardige bevoegdheidsverdeling te komen binnen art. 60 lid 2 en 3 Fw. Een manier om rekening te houden met de betrokken belangen, is door tijdig bij de rechter-commissaris een verzoek in te dienen om de termijn te verlengen (zie art. 60 lid 3 Fw). Hierdoor heeft de curator de gelegenheid over de belangen van de boedel te waken. Bij het verzoek tot verlenging van de termijn moet de rechter-commissaris mijns inziens rekening houden met het feit dat het hier gaat om het belang van alle schuldeisers bij executie (anders dan bij de termijnverlenging van art. 58 Fw, waar het gaat om het belang van de executerende pand- of hypotheekhouder). Ten tweede moet bij de uitleg van wat 'redelijk' is, rekening worden houden met de besproken posities. In paragraaf 8.2.6.4 kom ik hierop terug. De derde manier is om bij de beoordeling of het verder uitvoering geven aan de termijnstelling door de retentor misbruik van recht meebrengt, rekening te houden met de specifieke positie van de retentor. Hierop kom ik terug in paragraaf 8.2.6.5. Op deze plaats merk ik als afsluiting op, dat bij de interpretatie van het begrip 'verkopen' in art. 60 Fw, de rechtszekerheid prevaleert boven de wens om de curator te beschermen tegen al te 'inhalige' termijnstellingen. Dit is niet problematisch omdat er andere manieren zijn om de curator en daarmee de gezamenlijke schuldeisers tegen de al te vlotte retentor te beschermen.

142 Vgl. hetgeen ik schreef in Heilbron 2013, p. 156.

8.2.6.4 Een redelijke termijn

388. De retentor kan de curator een termijn stellen om op te eisen en te verkopen ofwel zijn vordering te voldoen. Een termijn is redelijk wanneer de curator in staat is om de zaak binnen de gestelde termijn op te eisen en te verkopen. De vraag wat 'redelijk' is, is natuurlijk moeilijk in zijn algemeenheid te beantwoorden. Met name het soort zaak en de gekozen wijze van verkoop zijn belangrijke factoren bij het bepalen van de redelijkheid van de termijn. Dat laatste volgt uit de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van art. 58 Fw, waarin wordt overwogen dat het voorschrift van een 'redelijke' termijn passend is, gelet op het feit dat hypotheekexecutie ook onderhands kan en de onderhandse verkoop soms ruime voorbereidingstijd nodig heeft.[143] Bovendien lijkt mij dat er rekening mee moet worden gehouden dat een curator niet alleen is belast met de executie van de teruggehouden zaak, maar ook met de vereffening en het beheer van de failliete boedel. De separatist die een termijn gesteld krijgt in het kader van art. 58 Fw, heeft maar één belang dat hij behartigt: het genereren van een hoge executieopbrengst, met het oog op voldoening van zijn eigen vordering. De curator daarentegen behartigt de belangen van 'de gezamenlijke schuldeisers'. Deze groep is veel groter en diffuser. Met dit gegeven moet eveneens rekening worden gehouden bij de bepaling van de redelijke termijn in de concrete omstandigheden.

Ter illustratie haal ik een uitspraak aan van de Rechtbank Den Bosch.[144] Het betreft een zaak over een verzoek om de termijn van art. 60 Fw te verlengen. De rechtbank is gesteld voor de vraag wat een redelijke termijn in de zin van art. 60 Fw is. De rechtbank overweegt in r.o. 2.4:

> "Bij beoordeling van de vraag of de door Wyckerveste gestelde termijn redelijk is, moet worden gelet op alle omstandigheden van het geval. De gestelde termijn zal redelijk zijn indien een redelijk voortvarend handelende curator in staat moet worden geacht binnen de gestelde termijn duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de bedoelde padstelling zich voordoet en naar aanleiding daarvan al dan niet tot verkoop te besluiten en die verkoop vervolgens daadwerkelijk te realiseren. Daarbij is van belang dat de curator niet in alle gevallen een bevoegdheid heeft om zelfstandig tot een verkoop te komen. Een curator zal bij een verkoop niet alleen met de belangen van de retentor rekening moeten houden, maar ook met de belangen van andere schuldeisers en eventuele separatisten. Bij de beoordeling

143 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 405.
144 Rb. Den Bosch 23 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK2287, *JOR* 2010/315.

> gaat het derhalve niet uitsluitend om omstandigheden die invloed hebben op de termijn waarbinnen een verkoop redelijkerwijze mogelijk moet worden geacht. Van belang is evenzeer na te gaan of andere omstandigheden binnen het faillissement invloed hebben op de wijze waarop de curatoren de verkoop ter hand hebben genomen."

389. In het kader van de redelijke termijn van art. 58 Fw is in de jurisprudentie (onder meer) de vraag opgekomen, of sprake kan zijn van een redelijke termijn als de pand- of hypotheekhouder zijn rechten binnen de gestelde termijn niet *kan* uitoefenen. Ook in het kader van art. 60 Fw kan de vraag opkomen of de door de retentor gestelde termijn wel redelijk is, wanneer de curator zijn recht tot opeising en executie van de teruggehouden zaak niet *kan* uitoefenen.

In de arresten Tripels q.q./Ploem en Nederlandse Antillen/Komdeur q.q. overweegt de Hoge Raad dat art. 58 Fw niet kan worden toegepast, als het voor de pand- of hypotheekhouder niet mogelijk is om te executeren.[145] In Tripels/Ploem q.q. was de uitoefening van het hypotheekrecht niet mogelijk binnen de termijn, omdat het hypotheekrecht tijdelijk teniet was gegaan door een vonnis en weer was herleefd door de vernietiging van dat vonnis in cassatie. In Nederlandse Antillen/Komdeur q.q. was de hypotheekhouder nog niet bevoegd tot executie, omdat hij een vordering onder opschortende voorwaarde had. In het Zalco I-arrest lijkt de Hoge Raad daarentegen aanmerkelijk strenger voor de separatist. De Hoge Raad overweegt:

> "In een geval waarin de uitoefening van een pand- of hypotheekrecht binnen de door de curator gestelde termijn (in redelijkheid) niet mogelijk blijkt, of waarin een pand- of hypotheekhouder van het niet tijdig uitoefenen van zijn recht anderszins geen verwijt kan worden gemaakt, is de curator [bedoeld is rechter-commissaris, zoals Verstijlen terecht opmerkt in *NJ* 2014/151, nr. 4] bevoegd de termijn voor het uitoefenen van het pand- of hypotheekrecht te verlengen, maar is hij daartoe niet verplicht."[146]

Het Zalco I-arrest betreft een cassatieprocedure van een beschikking van de rechter-commissaris op een verzoek tot verlenging van de termijn van art. 58 Fw. Het feit dat het hier ging om een verlenging en niet om een initiële termijn kan de verklaring van het verschil in benadering ten opzichte van de eerdere arresten niet zijn, want in beide gevallen geldt dezelfde 'maatstaf':

145 HR 25 juli 1911, *W* 9255 (*Tripels q.q./Ploem*), HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1386, *NJ* 1995/340 (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*).

146 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, *NJ* 2014/151 (*Zalco I*), r.o. 4.6.2.

de termijn(verlenging) is redelijk, wanneer de pand- of hypotheekhouder zijn recht binnen de termijn kan uitoefenen.[147] In zijn NJ-noot onder het Zalco I-arrest geeft Verstijlen als verklaring voor het andersluidende oordeel van de Hoge Raad, dat de hypotheekhouder in de eerdere arresten nog niet bevoegd was tot executie.[148] In Zalco I daarentegen was de pandhouder al wel bevoegd tot executie van het aluminium in de smeltovens van Zalco, doch stond onder meer aan executie in de weg dat de pandhouder (Glencore) in een complexe discussie verwikkeld was met de partijen die bij de verkoop van bedrijfsonderdelen betrokken waren en dat het verpande aluminium moeilijk uit de ovens te verwijderen was.[149] In de arresten Tripels/Ploem q.q. en Nederlandse Antillen/Komdeur q.q. ging het derhalve over een wettelijke onbevoegdheid om te executeren, terwijl het in Zalco ging over een uiterst gecompliceerde verkoop. De pand- of hypotheekhouder die nog niet bevoegd is tot executie *mag* niet executeren omdat de wet hem dat verbiedt. De pandhouder uit het Zalco I-arrest was wettelijk gezien wel bevoegd tot executie, maar er waren andere omstandigheden die veroorzaakten dat hij niet kon executeren. Deze omstandigheden kunnen voor rekening van de pandhouder komen, zonder dat hem een verwijt van de onmogelijkheid van executie kon worden gemaakt. De benadering van de Hoge Raad waarin de termijn van art. 58 Fw ook kan verstrijken, wanneer de pand- of hypotheekhouder geen verwijt kan worden gemaakt van niet-verkoop, sluit aan bij de benadering van de toerekening van een tekortkoming in de nakoming die verplicht tot schadevergoeding (art. 6:75 BW) of de toerekening van een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 3 BW).[150] Ook een tekortkoming die niet terug te voeren is op schuld (culpa) van de schuldenaar, kan voor zijn rekening komen op grond van wet, rechtshandeling of verkeersopvatting. Er zijn omstandigheden die, hoewel niet verwijtbaar aan de pandhouder, toch voor zijn risico komen.[151] Dit brengt mee dat de gestelde termijn ook redelijk (en mitsdien geldig) kan zijn wanneer de pand- of hypotheekhouder niet kan executeren binnen de termijn.

147 Verstijlen 2016, p. 185.
148 Noot F.M.J. Verstijlen, nr. 3 in *NJ* 2014/151 onder HR 20 december 2013 (*Zalco I*).
149 Zie hierover McKenzie-Vass & Verheul 2015.
150 Zie het vorige citaat uit r.o. 4.6.2 van het Zalco-arrest.
151 Faber is daarentegen van mening dat art. 58 Fw alleen een sanctie stelt op *nodeloos* stilzitten van de pand- of hypotheekhouder en dat voor verlies van de separatistpositie de pand- of hypotheekhouder een *verwijt* moet kunnen worden gemaakt van de non-executie; zie Faber 2005/428 en zie noot Faber, nr. 2b onder HR 16 januari 2015, *JOR* 2015/308 (*A./Van der Molen q.q.*).

390. Wat betekent dit nu voor de termijnstelling van art. 60 Fw? De Hoge Raad overweegt in het Zalco-arrest in het kader van art. 58 Fw dat de rechter-commissaris het belang van de pand- of hypotheekhouder bij verlenging van die termijn moet afwegen tegen het belang van een voortvarende afwikkeling van de boedel. Ook wanneer het voor de separatist niet mogelijk is om te executeren, moet deze belangenafweging plaatsvinden. Bij een beoordeling van de redelijkheid van de termijn of de verlenging van die termijn in het kader van art. 60 Fw moet de rechter-commissaris eveneens een belangenafweging maken. In het kader van art. 60 Fw moet het belang van de curator om de teruggehouden zaak te executeren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden afgewogen tegen het belang van het doorbreken van de impasse door de retentor (en daarmee de voortvarende afwikkeling van het faillissement). Bij deze belangenafweging zit aanzienlijke asymmetrie tussen de belangen. Bij art. 60 Fw moet het belang van executie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden afgewogen tegen dat van één faillissementsschuldeiser die (afgezien van voorrang) geen bijzondere executiepositie heeft. In de belangenafweging moet naar mijn mening worden meegenomen, dat de retentor die de termijn stelt niet bevoegd is tot parate executie en separatisme. De curator die de termijn stelt in het kader van art. 58 Fw is daarentegen wel bevoegd tot executie, alleen moet hij eerst de gelegenheid daartoe geven aan een ander. Executie door de curator in plaats van door de retentor in het kader van art. 60 Fw moet mijns inziens dan ook zwaarder wegen dan executie door de separatist in plaats van door de curator, omdat de gevolgen van het aflopen van de termijn van art. 60 Fw in het voordeel zijn van één enkele schuldeiser. Bovendien is de executie door de retentor door de wetgever bedacht als ultimum remedium. In lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Zalco I, lijkt mij dat *ook* bij een verzoek tot termijnverlenging ex art. 60 Fw een belangenafweging niet is uitgesloten, als de curator niet kon verkopen of hem geen verwijt kon worden gemaakt. De rechter-commissaris is naar analogie van Zalco I niet verplicht om de door de retentor gestelde termijn te verlengen. Maar in die belangenafweging moet mijns inziens zwaar wegen dat de curator de belangen van alle schuldeisers behartigt en het aflopen van de termijn van art. 60 Fw een ultimum remedium is, dat in het voordeel is van één enkele, 'gewone', schuldeiser.

Om het iets concreter te maken, kunnen in het kader van art. 60 Fw de volgende gevallen worden onderscheiden. In de eerste plaats gevallen waarin de curator niet *mag* verkopen vanwege een wettelijke beperking. Dan is een gestelde termijn in beginsel niet redelijk (of moet een verlengingsverzoek worden gehonoreerd). De curator mag bijvoorbeeld niet verkopen wanneer publiekrechtelijke regels de verkoop verhinderen, zoals milieuvoorschriften of bestemmingsplannen. In de tweede plaats kunnen gevallen worden genoemd waarin de curator wel kan verkopen, maar daarin niet slaagt, zonder dat hij schuld heeft aan de mislukte verkoop. De executie stokt bijvoorbeeld omdat beoogde koper zich op het laatste moment terugtrekt, of omdat er een discussie met derden loopt over de vraag of de zaken zijn verpand of geleverd onder eigendomsvoorbehoud (denk aan de situatie in het hiervoor behandelde Zalco-arrest). In zo'n geval is het niet uitgesloten dat de gestelde termijn van art. 60 Fw toch redelijk zou zijn, of dat een verlengingsverzoek wordt afgewezen. In lijn met Zalco I is het verlengen van de termijn in zo'n geval – ook bij art. 60 Fw – niet verplicht en is er ruimte voor een belangenafweging. Maar daarbij moet wel worden aangetekend dat de curator de belangen van alle schuldeisers behartigt. Zoals al aangetekend zijn de af te wegen belangen bij art. 60 Fw meer asymmetrisch dan bij art. 58 Fw. Het zwaartepunt ligt bij de executie door de curator, in het belang van alle schuldeisers. Ook bij art. 60 Fw kunnen er omstandigheden zijn die in de risicosfeer van de curator liggen (zonder dat hem een verwijt kan worden gemaakt) die meebrengen dat een verzoek tot verlenging van de termijn moet worden afgewezen, maar daarvan is naar mijn mening niet snel sprake. Ten derde zijn gevallen te onderscheiden waarin de curator een verwijt kan worden gemaakt van het niet-verkopen. Hij heeft bijvoorbeeld niet tijdig huurovereenkomsten opgezegd, terwijl was afgesproken dat vrij van huur zou worden verkocht. In die gevallen spreekt het voor zich dat de termijn redelijk was, of dat een verzoek tot verlenging moet worden afgewezen. In de literatuur is erop gewezen dat de termijnstelling door de curator van art. 58 Fw een (omstreden) wapen in de handen van de curator aan het worden is.[152] Zulk 'oneigenlijk' gebruik van de termijnstelling door de retentor is vanwege de betrokken belangen bij art. 60 Fw nog minder op zijn plaats.

152 Verstijlen 2016, p. 182-183.

391. Ten slotte ga ik nog in op één aspect van de discussie over de belangenafweging van art. 58 Fw. Dat is de vraag, of verkrijging van dekking van de faillissementskosten een beschermenswaardig belang is in het kader van de termijnstelling (of -verlenging) van art. 58 Fw. Immers, als de pand- of hypotheekhouder niet tijdig heeft verkocht, kan de curator opeisen en verkopen. De pand- of hypotheekhouder behoudt dan zijn voorrang, maar over de opbrengst worden de faillissementskosten omgeslagen.

In de genoemde discussie heeft Van Hees het standpunt ingenomen dat het 'boedelbelang', dat erin kan bestaan dat een dekking wordt verkregen van de faillissementskosten een legitiem belang is dat gediend wordt door hantering van art. 58 Fw.[153] Verstijlen is daarentegen van mening dat art. 58 Fw niet kan dienen om dekking van de faillissementskosten te verkrijgen als de separatist niet op tijd executeert. Zijns inziens wordt art. 58 Fw dan ingezet voor een ander doel dan waarvoor het is verleend en levert dit misbruik van recht op.[154] Het innemen van een standpunt over déze discussie (met betrekking tot art. 58 Fw) valt buiten het bestek van mijn proefschrift, maar een vergelijkbare discussie zou ook kunnen worden gevoerd in het kader van art. 60 Fw. Het paraat kunnen executeren en daarmee verkrijgen van een zo groot mogelijke opbrengst is mijns inziens niet een legitiem belang voor het stellen van een termijn door de retentor. De parate executie door de retentor moet een *last resort* blijven. Deze mogelijkheid is opgenomen als laatste kans om de terughouding te doorbreken, wanneer de curator meent dat de opeising niet opportuun is in verband met de te verwachten opbrengst.[155] Het stellen van een termijn door de retentor met als oogmerk het zelf mogen executeren strookt niet met het uitgangspunt dat de curator bevoegd is om de zaak te executeren, behorend tot het vermogen van de gefailleerde.

8.2.6.5 Misbruik van recht door de retentor

392. Het leerstuk misbruik van recht is ten tonele verschenen als middel om de gevolgen van een onredelijke termijnstelling te verzachten, die in de vorige paragraaf zijn beschreven. Meer in het algemeen kan het leerstuk van misbruik van recht zich op toenemende aandacht in de rechtsleer en

153 Annotatie J.J. van Hees, nr. 6 in *JOR* 2012/304, onder Rb. Maastricht 23 mei 2012, Wessels III 2013/3474, Verstijlen 2016, 184.
154 Verstijlen 2016, p. 184 en de aldaar in voetnoot 23 genoemde literatuur.
155 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 408.

rechtspraktijk verheugen.[156] Begin 2015 heeft de Hoge Raad kort achter elkaar twee arresten gewezen, in twee volstrekt verschillende zaken, waarin misbruik van recht figureerde in het kader van de termijnstelling van art. 58 Fw.[157] Uit die arresten blijkt dat er diverse omstandigheden zijn, waaronder het verder uitvoering geven aan een eenmaal afgelopen termijn, misbruik van recht oplevert in de zin van art. 3:13 BW. De curator heeft op grond van de wet door het aflopen van de termijn ingevolge art. 58 Fw de bevoegdheid om de zaak op te eisen en te verkopen, maar onder omstandigheden kan het gebruik maken van deze bevoegdheid misbruik van recht opleveren, zie art. 3:13 lid 1 BW. In art. 3:13 lid 2 BW worden enkele voorbeelden gegeven van situaties die misbruik van recht kunnen opleveren.

393. Hoe kan het leerstuk van misbruik van recht, dat zich heeft ontwikkeld in het kader van art. 58 Fw, worden toegepast bij art. 60 Fw? Daarvoor laat ik het A./Van der Molen q.q.-arrest verder buiten beschouwing, omdat de casus heel specifiek was: het ging om een termijnstelling door de curator aan de hypotheekhouder SNS Bank. SNS Bank had aan de curator laten weten geen aanleiding tot executie te zien, omdat de maandelijkse verplichtingen werden voldaan (door een derde), er geen achterstand was en sprake was van onderwaarde. De casus van het Welage q.q./Rabobank-arrest is aanzienlijk relevanter voor het leerstuk misbruik van recht en de termijnstelling van art. 60 Fw.[158] Om de relevantie te tonen, bespreek ik kort de feiten. De curator had de pandhouder (Rabobank) een termijn gesteld om tot uitoefening van zijn pandrecht op tuinmeubelen over te gaan. De curator en Rabobank hadden (regelmatig) overleg met betrekking tot de executoriale verkoop van de tuinmeubelen. Op een gegeven moment heeft de curator eraan meegewerkt dat Rabobank de meubelen in

156 Ter illustratie: op rechtsorde.nl is voor de zoekterm 'misbruik van recht' een toename te zien van 5550 *hits* in 2007, tot 9563 in 2016; een toename van 72,3%. Ter vergelijking: de zoekterm 'redelijkheid en billijkheid' – een vergelijkbare open norm – laat een toename zien van 5059 *hits* in 2007 tot 7095 *hits* in 2016; een toename van 39,5 %. Uiteraard moeten deze getallen met reserve worden benaderd (om er een aantal te noemen: deze getallen hebben betrekking op alle rechtsgebieden, er zitten er dubbele bronnen tussen, niet alle rechtspraak wordt gepubliceerd en niet alle tijdschriften en andere doctrine zijn ontsloten via rechtsorde.nl), maar de getallen geven wel een indicatie voor de toegenomen belangstelling voor en gebruik van het leerstuk misbruik van recht.

157 HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87, *NJ* 2015/58, (*A./Van der Molen*) en HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228, *NJ* 2015/294, *JOR* 2015/309 (*Welage q.q./ Rabobank*).

158 Zie voor een uitgebreide weergave van de feiten r.o. 3.1 van het Welage-arrest.

vuistpand nam, om deze een aantal dagen later via Troostwijk openbaar te kunnen verkopen. Diezelfde dag heeft Rabobank aan de curator medegedeeld dat het gangbare verkooptraject vier tot zes weken zou bedragen. Voordat die verkoop was afgerond, was de (reeds eenmaal verlengde) termijn verlopen. De curator heeft de tuinmeubelen kort daarna opgeëist met een beroep op art. 58 Fw en de rechter-commissaris geadviseerd om de termijn niet te verlengen. De Rabobank heeft geweigerd hieraan mee te werken. Het hof had geoordeeld dat de curator in de omstandigheden, gegeven de onevenredigheid tussen het belang van de curator bij opeising en verkoop en het belang van de Rabobank dat zou worden geschaad, in redelijkheid niet tot de uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen.[159] Onder meer weegt het hof mee dat de Rabobank aanzienlijke moeite had gedaan om de zaken in vuistpand te nemen, dat de curator hieraan had meegewerkt, dat de internetveiling al was opgestart, terwijl het hof niet inzag welk belang zou zijn gediend met het afbreken van deze hele procedure. De Hoge Raad oordeelt dat het hof gegeven de omstandigheden geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 3:13 BW en dat het niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd is.[160]

394. Vergelijkbare omstandigheden als in het Welage q.q./Rabobank-arrest kunnen spelen bij art. 60 Fw. Net als de curator aan de pandhouder in het kader van art. 58 Fw, kan de retentor de curator op grond van art. 60 lid 3 Fw een termijn stellen om op te eisen en te verkopen. Omdat de retentor nu eenmaal naar zijn aard de feitelijke macht heeft en met de enkele opeising de zaken niet uit zijn macht zijn gebracht, is overleg tussen retentor en curator noodzakelijk. In beginsel heeft de retentor de bevoegdheid om de zaak paraat te executeren nadat de termijn ongebruikt is verstreken, maar in de concrete omstandigheden kan het uitoefenen van de bevoegdheid misbruik van recht opleveren. Enkele omstandigheden die mijns inziens zouden kunnen bijdragen aan het oordeel dat parate executie door de retentor misbruik van recht oplevert zijn: er was sprake van overleg tussen de retentor en de curator met betrekking tot de wijze van verkoop,[161] de retentor heeft zich onwelwillend opgesteld bij het uit de feitelijke macht brengen van de zaken, de retentor werkt mee met het uit zijn macht brengen van de

159 Zie r.o. 4.4.4 van het hofarrest; weergegeven als r.o. 3.3.8 in het arrest van de Hoge Raad.

160 R.o. 4.6.3 van het arrest.

161 Zie daarover ook mijn noot onder Rb. Zeeland-West-Brabant 10 februari 2017, *JOR* 2017/141.

zaken terwijl hij weet dat de termijn bijna is verstreken, maar meent daarna toch gerechtigd te zijn tot parate executie. Het is niet mogelijk om in abstracto de afweging te maken, maar mijns inziens zijn er diverse omstandigheden denkbaar, waarin parate executie door de retentor misbruik van recht kan opleveren, ook al is de termijn verstreken. Daarbij teken ik aan dat ik bij art. 60 Fw meer ruimte zie voor misbruik van recht dan bij art. 58 Fw. Dat heeft – op vergelijkbare wijze als ik in de vorige paragraaf beschreef met betrekking tot de vraag wat een 'redelijke' termijn is – te maken met de belangen die in beide artikelen tegenover elkaar staan. Het recht van parate executie van de retentor is een ultimum remedium,[162] en een aansporing voor de curator om de verkoop van de zaak vlot ter hand te nemen. De retentor is een van de schuldeisers in het faillissement, die vanwege de feitelijke macht een tamelijk toevallige bijzondere positie heeft. Terwijl executie door de curator in het kader van art. 58 Fw een doel op zich is, is parate executie door de retentor dat niet. Dat blijkt ook uit het feit dat de retentor buiten faillissement niet het recht van parate executie heeft, maar een executoriale titel nodig heeft om zich te verhalen. De retentor is in de eerste plaats gerechtigd tot opschorting en alleen in een uitzonderingsgeval tot executie. Parate executie door de retentor is dus mijns inziens alleen een aansporing (of: dreigement) voor de curator om voortvarend te werk te gaan. De beoordeling van de termijnstelling door de retentor, de verlenging daarvan en de gevolgen van het aflopen ervan moeten tegen deze achtergrond worden bezien.

8.2.6.6 Vergelijking met Duits recht op het punt van de termijnstelling

395. In paragraaf 8.2.4.7 beschreef ik dat de schuldeiser met een HGB-*Zurückbehaltungsrecht* of een wettelijk pandrecht bevoegd is om de zaken die hij onder zich heeft te executeren. Op verzoek van de curator kan het *Insolvenzgericht* de schuldeiser die tot *Absonderung* bevoegd is een termijn stellen om te executeren, zie § 173 (2) InsO. Heeft de schuldeiser de zaak niet binnen die termijn verkocht, dan is de curator bevoegd tot executie. De curator kan dan daartoe afgifte van de zaak afdwingen.[163] Deze gang van zaken is al met al spiegelbeeldig aan de Nederlandse regeling van art. 60 Fw.

162 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 408.
163 MünchKommInsO/Tetzlaff 2013 § 173 nr. 13.

Ook in het Duitse systeem is er een stok achter de deur ingebouwd voor het talmen met executie door de schuldeiser met een *Absonderungsrecht*. De termijnstelling dient ook in Duitsland een voortvarende afwikkeling van het faillissement, en ze dient er niet toe de bevoegdheid tot executie op de curator te doen overgaan.[164] Anders dan in Nederland, waar de termijn door de curator of schuldeiser wordt gezet (en vervolgens eventueel op diens verzoek verlengd door de rechter-commissaris), ligt de regie van de termijnstelling in Duitsland bij het *Insolvenzgericht*. Als uitgangspunt moet het *Insolvenzgericht* bij het bepalen van de termijn rekening houden met de situatie op de markt en de belangen van de *Absonderungsberechtigte* schuldeisers afwegen tegen die van de overige schuldeisers. Het valt op dat de termijnstelling in het kader van § 173 (2) InsO een vrij flexibel instrument is. Zo kan de termijn bijvoorbeeld niet alleen worden gesteld met het oog op het concrete resultaat van verkoop van de zaak, maar ook voor het beginnen van de verkoop, of voor een bepaalde tussenstap in het proces van verkoop van de zaak. Ook is de bedoeling dat de termijn zo bemeten is, dat een regeling in onderling overleg tussen de curator en de executerende schuldeiser over de executie of de afkoop van het *Absonderungsrecht* mogelijk is.[165] Deze mate van flexibiliteit heeft in Nederland de termijn van art. 58 Fw, noch die van art. 60 Fw.

8.2.7 Parate executie door de retentor

8.2.7.1 Executie overeenkomstig pand- of hypotheekrecht

396. Nadat de termijn voor opeising en verkoop door de retentor is verstreken, kan de retentor de zaken verkopen met overeenkomstige toepassing van de artikelen voor parate executie door de pand- dan wel hypotheekhouder. Dat betekent dat indien de teruggehouden zaak een registergoed is, de verkoop door de retentor uit hoofde van 60 lid 3 Fw overeenkomstig art. 3:268 en verder BW dient plaats te vinden, en als de zaak geen registergoed is overeenkomstig art. 3:248 en verder BW. Parate executie betekent bij pand en hypotheek dat voor executie geen executoriale titel nodig is. De waarborgen voor een ordentelijke verkoop waarbij een

164 MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 173 nr. 17.
165 Nerlich/Römermann/Becker InsO § 173 nr. 27, MünchKommInso/Tetzlaff 2013 § 173 nr. 19-20.

zo hoog mogelijke opbrengst wordt gerealiseerd, worden gevonden in de toepasselijkheid van de bepalingen van titel 3.9 van het BW (pand en hypotheek). Art. 182 lid 1 Fw bepaalt dat de faillissementskosten niet worden omgeslagen over hetgeen na executie overeenkomstig art. 60 lid 3 Fw aan de retentor toekomt.

Zowel bij executie door de pandhouder als door de hypotheekhouder is het uitgangspunt dat de executoriale verkoop openbaar moet geschieden. Doorgaans levert een onderhandse verkoop meer op. Bovendien brengt onderhandse verkoop een kostenbesparing omdat het organiseren van een veiling en de tussenkomst van de notaris (althans bij niet-registergoederen) achterwege kunnen blijven. In art. 3:251 lid 2 BW is neergelegd dat de executoriale verkoop ook onderhands kan geschieden, indien de pandhouder en de pandgever dat overeen komen. Aangezien de schuldenaar failliet is, is het niet moeilijk om verzuim aan te nemen. De curator en de retentor kunnen dan ook overeenkomen dat de verkoop door de retentor onderhands kan geschieden. Alternatief kan de retentor ook de voorzieningenrechter om toestemming vragen om onderhands te verkopen of laten bepalen dat de zaak aan de retentor zal verblijven, conform art. 3:251 lid 1 BW. Indien de teruggehouden zaak een registergoed is, zijn zoals gezegd de bepalingen voor parate executie van hypotheek van overeenkomstige toepassing. Volgens art. 3:268 lid 1 dient de verkoop door de retentor van een registergoed in het openbaar ten overstaan van een bevoegde notaris plaats te vinden. Een onderhandse verkoop is mogelijk indien de voorzieningenrechter daarvoor toestemming heeft verleend, volgens art. 3:268 lid 2 BW.[166]

Nu executie geschiedt met overeenkomstige toepassing van de voorschriften voor parate executie door pand- of hypotheekhouder, kunnen retentor en curator ook oneigenlijke lossing afspreken. Oneigenlijke lossing betekent dan dat de curator de zaak executeert (krachtens het zekerheidsrecht), waarbij de opbrengst – onder inhouding van een bijdrage voor de boedel – toekomt aan de retentor.[167]

166 Volgens art. 548 Rv is daarvoor vereist dat bij het verzoek aan de voorzieningenrechter een koopakte wordt overgelegd en een afschrift van de biedingen die bij de notaris zijn binnengekomen of een verklaring van de notaris dat geen biedingen zijn binnengekomen. Voorts moet een lijst worden overgelegd van belanghebbenden in de zin van art. 544 Rv.

167 Zie verder de Separatistenregeling. Zie over de consequenties van de kwalificatie van een executie als oneigenlijke lossing de noot van A. Steneker onder HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1032, *JOR* 2018/267, nr. 6.

Art. 60 lid 4 Fw bevat een vormvoorschrift en schrijft een sanctie voor indien dat voorschrift niet wordt gevolgd. Indien de retentor een *registergoed* paraat executeert op de voet van art. 60 lid 3 Fw, dient hij binnen veertien dagen na het verstrijken van de termijn die hij de curator had gesteld bij exploot de curator aan te zeggen dat hij tot executie overgaat en dit exploot in de openbare registers te doen inschrijven. Doet hij dit niet, dan vervalt zijn recht op parate executie.

8.2.7.2 Btw-afdrachtverplichtingen

397. In het kader van de verkoop door de retentor door middel van parate executie op grond van art. 60 lid 3 Fw, kan de vraag opkomen wie verplicht is om btw af te dragen. Bij de executie door pand- of hypotheekhouders wordt de btw normaal gesproken verlegd naar de koper. Is dat niet mogelijk, omdat de koper niet btw-plichtig is, dan is de pand- of hypotheekgever (of diens curator) verplicht tot btw-afdracht, terwijl de zekerheidsgerechtigde zich ingevolge het Rentekas-arrest op de btw-component van de koopprijs mag verhalen.[168] Hoe werkt dit wanneer de retentor executeert op grond van art. 60 lid 3 Fw?

Art. 24ba lid 1 aanhef en sub d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968 (Uob) bepaalt dat de btw-verplichting wordt verlegd naar de koper in de zin van art. 12 lid 5 Wet op de omzetbelasting 1968 wanneer: "een in zekerheid gegeven roerende of onroerende zaak dan wel een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen, wordt geleverd aan een ondernemer tot executie van die zekerheid."[169] In de nota van toelichting bij de wijziging van het Uitvoeringsbesluit worden pand en hypotheek tussen haakjes genoemd als gevallen van executie van een in zekerheid gegeven zaak.[170] Retentie staat daar niet bij. Toch moet ook parate executie door de retentor ex art. 60 lid 3 Fw worden begrepen als een geval waarin art. 24ba Uob van toepassing is en de omzetbelasting wordt verlegd van de gefailleerde naar de koper. Art. 60 lid 3 Fw bepaalt zelf dat de bepalingen voor parate executie door pand- of hypotheekhouder van overeenkomstige

168 HR 6 mei 1983, *NJ* 1984/228 (*Rentekas*).

169 De verleggingsregeling is gebaseerd op art. 199 lid 1 sub e van Richtlijn 2006/112/EG; zie de Nota van Toelichting bij het Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten, Stb. 2007, 573, p. 8-9.

170 Nota van Toelichting bij Besluit van 20 december 2007 tot wijziging van enige fiscale Uitvoeringsbesluiten, Stb. 2007, 573, p. 14-15.

toepassing zijn. Ook art. 24ba Uob valt daar naar mijn mening onder. Bovendien zijn pand en hypotheek in art. 24ba Uob zelf niet als zodanig genoemd en kan men ook zeggen dat de zaak aan de retentor 'in zekerheid' is gegeven.

398. De btw kan alleen worden verlegd naar de koper, wanneer dat een onderneming is.[171] Wanneer de retentor door middel van parate executie verkoopt aan een particulier, dan wordt de verplichting tot btw-afdracht niet verlegd naar die koper. Door de verkoop van goederen uit de boedel ontstaat een btw-schuld aan de fiscus. De boedel moet de btw over deze verkoop afdragen aan de fiscus. Doordat de fiscale schuld ontstaat tijdens faillissement, komt de vraag op of het een boedelschuld is. De Hoge Raad heeft een prejudiciële vraag hierover beantwoord. De vraag was of de omzetbelastingschuld die ontstaat door executie van verpande zaken door middel van een afwijkende wijze van verkoop in de zin van art. 3:251 lid 1 BW een boedelschuld is.[172] De Hoge Raad oordeelde dat de omzetbelastingschuld geen boedelschuld is. Ook bij parate executie door de retentor geldt mijns inziens dat de omzetbelastingschuld van de boedel die hierdoor ontstaat geen boedelschuld is.

Uit het Rentekas-arrest volgt dat de executant (pand- of hypotheekhouder) zijn vordering eveneens mag verhalen op de btw die de koper heeft betaald.[173] Ook op dit punt heeft mijns inziens hetzelfde te gelden als voor pand of hypotheek: ook de retentor mag zich verhalen op de omzetbelastingcomponent van de koopsom. Maar per 1 januari 2018 is als onderdeel van het Belastingplan 2018 een belangrijke wijziging doorgevoerd in de Invorderingswet 1990. Het gaat om art. 42d Iw, dat bepaalt dat de pandhouder, hypotheekhouder of executant die zich heeft verhaald op het door de koper betaalde bedrag, hoofdelijk aansprakelijk is voor de omzetbelasting die verschuldigd is.[174] De ex art. 60 lid 3 Fw executerende retentor is ook hoofdelijk aansprakelijk voor de omzetbelasting waar hij zich ingevolge het Rentekas-arrest op heeft mogen verhalen, omdat art. 42d Iw niet alleen

171 Zie voor de omschrijving van het (ruime) begrip 'ondernemer' art. 7 Wet op de omzetbelasting.

172 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149, *NJ* 2018/194 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/159 m.nt. N.E.D. Faber (*Roeffen q.q./Ontvanger*), r.o. 3.4.1-3.4.4.

173 HR 6 mei 1983, *NJ* 1984/228 (*Rentekas*). Overigens is de verkoop van onroerende zaken meestal vrijgesteld van btw.

174 Stb. 2017, 517.

pand- en hypotheekhouder maar ook het neutrale 'executant' noemt. De Hoge Raad anticipeerde in zijn arrest van december 2017 al op deze wetswijziging. Hij maakte uit dat de pand- of hypotheekhouder die hoofdelijk aansprakelijk is voor de afdracht van omzetbelasting geen regresvordering heeft die een boedelschuld oplevert.[175]

8.3 Executie van de teruggehouden zaak door pand- of hypotheekhouder

8.3.1 Inleiding

399. In het voorgaande ging het alleen over de verhouding tussen curator en retentor. Gemakshalve heb ik de positie van een eventuele pand- of hypotheekhouder op de zaak nog even achterwege gelaten. In de praktijk ligt het echter voor de hand, dat de teruggehouden zaak is verpand of verhypothekeerd. Wanneer de schuldenaar failliet gaat, zal de pand- of hypotheekhouder zich ook op de aan hem in zekerheid gegeven teruggehouden zaak willen verhalen. Hoewel hij ingevolge art. 57 Fw bevoegd is tot executie van de zaak, is de pand- of hypotheekhouder (anders dan de curator) niet bevoegd om de zaak bij de retentor op te eisen. Het feit dat de zaak zich onder een retentor bevindt kan een feitelijke drempel opwerpen voor de executie door de separatist. De retentor neemt vanwege zijn macht over de zaak jegens hem een dwangpositie in. Deze dwangpositie roept de vraag op, of de pand- of hypotheekhouder bevoegd is om buiten de curator om een afspraak te maken met de retentor, die inhoudt dat de retentor jegens de pand- of hypotheekhouder afstand doet van zijn retentierecht, onder voorbehoud van voorrang op de executieopbrengst. Omdat de zaak op die manier buiten de boedel wordt gehouden, is het voorstelbaar dat een curator hier een stokje voor zou willen steken. Deze vraag behandel ik aan het einde deze paragraaf, in paragraaf 8.3.5. In paragraaf 8.3.4 behandel ik wat geldt wanneer de retentor na het verstrijken van de termijn het recht van parate executie heeft verkregen, terwijl de pand- of hypotheekhouder eveneens bevoegd is om de zaak te executeren. In paragraaf 8.3.3 ga ik in op de situatie dat het retentierecht wel tegen de separatist kan worden ingeroepen, maar ik laat de bovengenoemde afspraak tussen separatist en retentor daar nog even buiten beschouwing.

175 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149, r.o. 3.5.

En in paragraaf 8.3.2 kaart ik om te beginnen de situatie af wat de positie van de separatist is, wanneer het retentierecht vanwege art. 3:291 BW *niet* tegen hem kan worden ingeroepen. Vanwege de ruime derdenwerking waar art. 3:291 BW in voorziet zal dit niet snel spelen, maar het is niet volstrekt ondenkbaar.

8.3.2 Als het retentierecht niet tegen de pand- of hypotheekhouder kan worden ingeroepen

400. In sommige gevallen kan het retentierecht niet tegen de pand- of hypotheekhouder worden ingeroepen. Er is niet voldaan aan de vereisten van art. 3:291 lid 1 of 2 BW, of de retentor heeft (bij voorbaat) jegens de zekerheidsgerechtigde afstand gedaan van het retentierecht. In dat geval heeft laatstgenoemde de bevoegdheid om de zaak te executeren, geheel ongehinderd door het retentierecht. Dat betekent dat hij ook moet kunnen opeisen, met het oog op de verkoop. Het retentierecht werkt nu immers alleen jegens de gefailleerde zelf, niet jegens de executerende zekerheidsgerechtigde.[176] Als het niet kan worden ingeroepen tegen de pand- of hypotheekhouder, is het retentierecht vanuit het perspectief van de pand- of hypotheekhouder een uitsluitend persoonlijk werkend opschortingsrecht. Op basis van 57 Fw kunnen de pand- en hypotheekhouder hun recht uitoefenen alsof er geen faillissement was. Art. 3:291 BW bewaakt de belangen van andere gerechtigden tot de zaak tegenover de retentor. Buiten faillissement zou de pand- of hypotheekhouder afgifte van de zaak kunnen verlangen. Daarom is er geen grond om aan te nemen dat een faillissement van de schuldenaar hierin verandering brengt, in die zin dat de curator in een betere positie zou moeten zijn dan de schuldenaar buiten faillissement zou zijn. Volgens art. 60 lid 2 Fw is de curator bevoegd om de zaak op te eisen en te verkopen. Maar in de verhouding tussen de curator en de pand- of hypotheekhouder is laatstgenoemde alsnog in de eerste plaats bevoegd tot executie (art. 57 jo. art. 58 Fw). Het retentierecht, waartegen de pand- of hypotheekhouder buiten faillissement is beschermd dankzij art. 3:291 BW, kan niet ín faillissement *wel* de positie van de pand- of hypotheekhouder doorkruisen.

176 Vgl. par. 5.2.2 met betrekking tot de executie buiten faillissement.

8.3.3 Art. 60 en art. 57 Fw gecombineerd: de curator kan de zaak opeisen en de separatist kan executeren

401. In de meeste gevallen zal het retentierecht ingevolge art. 3:291 BW kunnen worden ingeroepen tegen de pand- of hypotheekhouder. De pand- of hypotheekhouder kan op grond van 57 Fw zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement was, maar hij kan het retentierecht in dat geval niet negeren en heeft zelf geen opeisingsrecht. Bovendien heeft de retentor voorrang boven de pand- of hypotheekhouder bij verdeling van de executieopbrengst; dit geldt ook bij executie tijdens faillissement. Anders dan de pand- of hypotheekhouder, kan de curator van de schuldenaar de zaak wél opeisen. De wens van de separatist om te executeren uit hoofde van art. 57 Fw zonder retentierecht, brengt mee dat de curator van zijn bevoegdheid ex art. 60 Fw gebruik zal moeten maken en het retentierecht doorbreken. Na het opeisen van de zaak dient hij de pand- of hypotheekhouder ingevolge art. 58 Fw de gelegenheid te geven om te executeren.[177] De opeisingsbevoegdheid van art. 60 lid 2 Fw doorkruist niet de bevoegdheid van de separatist van art. 57 Fw. Het lijkt erop dat de wetgever niet aan een combinatie van art. 60 en art. 57 Fw heeft gedacht. Bij de gelijktijdige toepasselijkheid van meerdere wetsbepalingen geldt dat ze zoveel als mogelijk cumuleren; alleen bij onverdraagzaamheid is sprake van exclusiviteit.[178] Aangezien de cumulatieve toepassing van art. 60 en art. 57 Fw niet tot een logisch of praktisch onaanvaardbaar resultaat leidt, betekent dit dat art. 60 Fw niet prevaleert boven art. 57 Fw.[179] De pand- of hypotheekhouder is dus ook na opeising van de zaak nog gerechtigd om de zaak te executeren alsof er geen faillissement was. Ook na opeising kan de curator de pand- of hypotheekhouder ingevolge art. 58 Fw daartoe een redelijke termijn stellen, waarna hij zelf de bevoegdheid krijgt om de zaak te executeren. Wanneer de pand- of hypotheekhouder heeft geëxecuteerd, moet van de gerealiseerde opbrengst een bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor of (als die lager ligt) de gehele netto-opbrengt van de

177 Faber 1998, p. 76, A. Steneker, noot onder Rb. Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0999, *JOR* 2007/163, Steneker 2012/41, Wessels III 2013/3494.

178 Snijders 1973, p. 454; Brunner 1984, p. 10, Boukema 1992/5.

179 Anders: de annotatie van J.J. van Hees onder Rb. Arnhem 24 december 1997, *JOR* 1998/83, Loesberg & Knüppe 1999, p. 385 en Tekstra 2001, p. 162.

zaak aan de curator worden afgedragen, die op grond van art. 57 lid 3 Fw de belangen van de hoger bevoorrechte schuldeisers behartigt.[180] De belangenbehartiging door de curator is noodzakelijk, omdat de Faillissementswet zelf de retentor geen mogelijkheid geeft om jegens de executerende pand- of hypotheekhouder zijn voorrang geldend te maken.[181] Over het bedrag dat de pand- of hypotheekhouder afdraagt aan de curator ter hoogte van de vordering van de retentor worden de faillissementskosten omgeslagen.[182] Op de opbrengst die na die afdracht resteert, kan de pand- of hypotheekhouder zich op grond van art. 57 Fw verhalen.

Net zomin als de opeising door de curator de executie door de separatist ex art. 57 Fw doorkruist, verandert opeising iets aan de mogelijkheid voor de separatist en de curator om oneigenlijke lossing van de zaak overeen te komen. Oneigenlijke lossing is volgens de Hoge Raad een vorm van uitoefening van het pand- of hypotheekrecht in de zin van art. 57 Fw.[183] Bij oneigenlijke lossing onderneemt de curator feitelijk de verkoop- en leveringshandelingen. Oneigenlijke lossing kan zowel bij pand als bij hypotheek en bij beide is sprake van executie *krachtens* het pand- of hypotheekrecht.[184] Het gaat om een executie krachtens art. 57 Fw, zodat over de opbrengst niet de faillissementskosten worden omgeslagen. Wel is het gebruikelijk dat de curator voor zijn inspanningen een bijdrage conform de Separatistenregeling ontvangt.[185] Het overlaten van de executie aan de curator heeft voordelen voor de zekerheidsgerechtigde. De zekerheidsgerechtigde spaart kosten uit als de curator de verkoopinspanningen verricht. Bovendien kan de curator de verpande of verhypothekeerde zaak bijvoorbeeld als onderdeel van een onderneming verkopen en daardoor een hogere opbrengst genereren.[186] Ook kan meespelen dat de gefailleerde over het algemeen meer kennis van de markt heeft dan de zekerheidsgerechtigde en hij zal deze kennis eerder met de curator delen dan met zijn schuldeiser.

---

180 Zie reeds HR 7 maart 1975, *NJ* 1976/91 m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*). In HR 10 april 1941, *NJ* 1942/22 (*Wijnaccijns*) oordeelde de Hoge Raad nog dat de curator geen aanspraak kan maken op de opbrengst ter behartiging van het belang van de hoger bevoorrechte schuldeiser, doch dit arrest werd (terecht) sterk bekritiseerd in de literatuur; zie voor vindplaatsen de *NJ*-noot van Kleijn onder Van Gend & Loos. Volgens Kleijn (en anderen) is de Hoge Raad in het Van Gend & Loos-arrest (impliciet) teruggekomen van zijn arrest uit 1942.

181 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 404.

182 Art. 182 lid 1 Fw.

183 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149, r.o. 3.3.2.

184 Zie voor pandrecht HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109, *NJ* 2012/74, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Hielkema q.q.*), r.o. 3.4 en voor hypotheek HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4072, *JOR* 2014/270 (*Staatssecretaris van Financiën/ X*).

185 Te vinden via www.insolad.nl > regelgeving > separatistenregeling.

186 Zie nader over oneigenlijke lossing o.m. Steneker 2014.

8.3.4 Verhouding zekerheidsgerechtigde en retentor met recht van parate executie

402. Na het verstrijken van de termijn die de retentor aan de curator had gesteld, verkrijgt hij ingevolge art. 60 lid 3 Fw het recht van parate executie. Ook als de retentor door het stilzitten van de curator dit recht verkrijgt, kan het zijn dat de zekerheidsgerechtigde (pand- of hypotheekhouder) nog op grond van art. 57 bevoegd is om te executeren, omdat de termijn van art. 58 Fw nog niet is verstreken. Twee verschillende schuldeisers zijn beide bevoegd tot parate executie en separatisme. Ook aan deze variant van samenloop van verhaalsrechten lijkt niet te zijn gedacht bij de totstandkoming van het huidige art. 60 Fw. Hoe is in deze situatie de onderlinge verhouding tussen deze twee (potentiële) executanten? Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de regeling die betrekking heeft op meerdere pandrechten of hypotheekrechten op één zaak. Art. 60 lid 3 Fw bepaalt dat de bepalingen van parate executie door een pandhouder of hypotheekhouder van toepassing zijn. En het feit dat de retentor die het recht van parate executie heeft, op grond van art. 182 lid 1 Fw buiten de omslag van de faillissementskosten blijft, maakt dat de positie van de tot parate executie bevoegde retentor die van een pand- of hypotheekhouder tijdens faillissement zeer nadert.

Wanneer twee pandrechten rusten op een roerende zaak en de schuldenaar jegens beide in verzuim is, zijn beide bevoegd tot executie. In lijn hiermee moet ook worden aangenomen dat de pandhouder en de retentor beide bevoegd zijn tot executie tijdens faillissement van de schuldenaar. Art. 3:248 lid 3 BW bepaalt wel dat een lager gerangschikte pandhouder slechts kan verkopen met handhaving van de hoger gerangschikte pandrechten. De retentor gaat doorgaans in rang boven de pandhouder, zodat als de pandhouder executeert, het retentierecht conform analoge toepassing van art. 3:248 lid 3 BW in stand blijft. Executeert de retentor (die hoger gerangschikt is), dan vervalt het lager gerangschikte pandrecht door de executie. De pandhouder blijft eveneens buiten de omslag van de faillissementskosten (art. 182 Fw).

Met betrekking tot hypotheek geldt dat de art. 60 lid 3 Fw-retentor een onroerende zaak overeenkomstig de bepalingen voor parate executie door een hypotheekhouder mag verkopen. Dus als de retentie betrekking heeft op een onroerende zaak, moet de retentor moet worden behandeld als een (hoger gerangschikte) hypotheekhouder. Wanneer de schuldenaar

in verzuim is, is een hypotheekhouder bevoegd tot parate executie (art. 3:268 lid 1 BW). Anders dan bij pand, geldt bij hypotheek dat *alle* hypotheken door de executie vervallen (art. 3:273 BW). Ongeacht wie executeert, moet de retentor vóór de hypotheekhouder uit de opbrengst worden voldaan en blijven beide buiten de omslag van de faillissementskosten.

8.3.5 Onderlinge afspraak tussen separatist en retentor over vrijgave en executie

8.3.5.1 Inleiding

403. In de vorige paragraaf schreef ik dat de separatist geen zelfstandige bevoegdheid heeft om de zaak bij de retentor op te eisen. Hij kan haar natuurlijk wel executeren 'in teruggehouden staat', maar dat bemoeilijkt de verkoop aanzienlijk. Bovendien is het voor de zekerheidsgerechtigde onaantrekkelijk om voor de opeising afhankelijk te zijn van de curator. Natuurlijk kan de separatist de vordering van de retentor integraal voldoen, maar dan zou hij moeten voorfinancieren, terwijl nog onzeker is wat de zaak zal opbrengen. Bovendien vervalt door het voldoen van de vordering van de retentor de opschortingsbevoegdheid in zijn geheel (ook jegens de curator), terwijl denkbaar is dat de pand- of hypotheekhouder juist wil profiteren van de feitelijke macht die de retentor (vooralsnog) uitoefent.

Om aan deze nadelen te ontkomen, zou een alternatieve mogelijkheid tot executie van de zaak de volgende kunnen zijn. De pand- of hypotheekhouder en retentor sluiten een overeenkomst, waarin de retentor jegens de separatist afstand doet van zijn retentierecht.[187] De separatist kan de zaak dan vrij van retentierecht executeren op de voet van 57 Fw. De retentor zal de voorwaarde stellen dat hij in ruil voor afstand van het retentierecht voorrang krijgt op de verkoopopbrengst. Op die manier kunnen separatist en retentor voorkomen dat de verkoop via de boedel gaat en dat omslag van de faillissementskosten plaatsvindt.[188] Voor beide schuldeisers is dit doorgaans het meest aantrekkelijke alternatief: de retentor bespaart zich een bijdrage in de faillissementskosten, de separatist krijgt – mits een goede afspraak met de retentor gemaakt wordt – mogelijk meer van zijn vordering voldaan en hoeft niet te wachten op de opeising door de

187 Afstand van het retentierecht doet de retentor dus alleen jegens de zekerheidsgerechtigde, niet ook jegens de curator, vgl. par. 5.4.4.3.

188 De Rechtbank Den Haag suggereert in een beschikking in een overweging ten overvloede deze handelswijze voor de retentor, zie Rb. Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0999, *JOR* 2007/163 m.nt. A. Steneker. Zie ook Wessels III 2013/3494.

curator. Voor de boedel is het echter nadelig. Buiten de mogelijkheid tot parate executie op grond van art. 60 lid 3 Fw kan de schuldeiser met een retentierecht alleen via de verificatievergadering worden voldaan. Zonder de separatist zou de retentor voor het verhalen van zijn vordering afhankelijk zijn van de curator. Indien de curator opeist en verkoopt, maakt hij kosten om opbrengst voor de boedel te genereren. Deze opbrengst komt ten goede aan de boedel en daarin ligt dan ook de rechtvaardiging voor het omslaan van de faillissementskosten over deze baten. Een curator zal dus in de regel de verkoop via de boedel willen laten plaatsvinden.[189]

Uit het oogpunt van contractsvrijheid is de hier beschreven afspraak tussen de schuldeisers zonder meer rechtsgeldig. Buiten faillissement is afbetaling (vooraf, of uit de executieoprengst) van de retentor door de zekerheidsgerechtigde ook zonder meer geoorloofd. In deze paragraaf betoog ik dat de beschreven afspraak ook nog – met werking tegen de curator – kan worden gemaakt tijdens faillissement. Dat doe ik in paragraaf 8.3.5.2. Vervolgens, in paragraaf 8.3.5.3, ga ik na of het uitmaakt of de curator de zaak reeds bij de retentor heeft opgeëist. In paragraaf 8.3.5.4 komt aan bod, of de zekerheidsgerechtigde ook het bedrag dat hij aan de retentor heeft betaald als 'afkoop', kan verhalen op de executieopbrengst.

Omwille van de eenvoud spreek ik in deze paragraaf alleen over de pandhouder (of het neutrale 'separatist', of 'zekerheidsnemer' of 'zekerheidsgerechtigde'). Waar in deze paragraaf pandhouder staat, kan ook hypotheekhouder worden gelezen.

8.3.5.2 De afspraak kan nog tijdens faillissement worden gemaakt met werking tegen de boedel

404. Verschillende argumenten kunnen worden gegeven tegen en vóór de stelling, dat de in de vorige paragraaf beschreven afspraak tijdens faillissement zou kunnen worden gemaakt, met werking jegens de boedel. Met 'werking jegens de boedel' bedoel ik, dat de curator de afspraak niet kan negeren. Zou de afspraak geen 'werking jegens de boedel' hebben, dan zou de curator het bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor voor de boedel kunnen opeisen van de separatist, of van de retentor, zodat dat

189 Uiteraard tenzij de kosten niet opwegen tegen de (te verwachten) baten.

bedrag kan worden aangewend voor de omslag van de faillissementskosten. Hieronder bespreek ik steeds eerst een tegenargument, dat ik vervolgens weerleg. Ik verklap alvast dat de afspraak mijns inziens zonder meer geldig is.[190] Naar mijn mening zijn de argumenten die pleiten voor de geldigheid van de afspraak overtuigender dan de tegenargumenten.

405. In de eerste plaats kan als argument tegen de afspraak worden aangevoerd, dat het faillissement een collectief karakter heeft. Het is een beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers. Individueel verhaal door de schuldeisers is vanaf de faillietverklaring niet meer mogelijk. Dit uitgangspunt komt tot uiting in art. 25 lid 1 en 26 Fw en ook in art. 33 Fw: tijdens faillissement kunnen schuldeisers zich niet op een andere manier verhalen dan door aanmelding van hun vordering ter verificatie. In het faillissement van de schuldenaar zijn er voor wat betreft verhaal door de faillissementsschuldeisers twee smaken: óf de schuldeiser is pand- of hypotheekhouder en verhaal is mogelijk alsof er geen faillissement is (57 Fw) óf een schuldeiser is een gewone faillissementsschuldeiser; verhaal van zijn vordering gaat via de aanmelding ter verificatie. Door het faillissement verdwijnt de verhaalsbevoegdheid van de retentor ten gunste van verhaal ten behoeve van het schuldeiserscollectief. De voldoening bij voorrang van de vordering van de retentor impliceert daarentegen een voldoening van een faillissementsschuldeiser buiten de verificatie om, terwijl de schuldeiser zich normaal gesproken alleen kan verhalen door middel van aanmelding van zijn vordering bij de curator.

Ter weerlegging van dit argument kan worden aangevoerd dat schuldeisers tijdens faillissement onderling afspraken kunnen maken. De driehoek retentor-schuldenaar-pandhouder vertoont een zekere gelijkenis met de driehoek leverancier met eigendomsvoorbehoud-schuldenaar-pandhouder. In het arrest Rabobank/Reuser heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de eigendom onder opschortende voorwaarde door de koper rechtsgeldig kan worden verpand.[191] De pandhouder verkrijgt een pandrecht op de eigendom onder opschortende voorwaarde. Faillissement van de pandgever staat niet in de weg aan het tot stand komen van een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom; alle vereisten voor overdracht aan de koper/pandgever zijn immers al vervuld vóór faillissement. Als de pandhouder

190 In het verleden ben ik meer terughoudend geweest, zie Heilbron 2013, p. 157-158.
191 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

tijdens faillissement zijn pandrecht op de voorwaardelijke eigendom wil executeren, kan hij ervoor kiezen om eerst de leverancier af te betalen. Zijn pandrecht groeit dan uit tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom.[192] Deze weg is echter niet verkieslijk, omdat de pandhouder dan moet voorfinancieren. Maar zonder medewerking van de leverancier (eigenaar onder ontbindende voorwaarde), is de pandhouder alleen bevoegd om krachtens zijn pandrecht te beschikken over de eigendom onder opschortende voorwaarde. Het is voor de pandhouder dus nuttig om de leverancier bij de executie te betrekken. Een manier om dat te doen is volgens Schuijling dat de leverancier de pandhouder contractueel beschikkingsbevoegd maakt over zijn eigendom onder ontbindende voorwaarde.[193] Het resultaat van de daaropvolgende executoriale verkoop door de pandhouder is een executie-opbrengst. De leverancier mag volgens Schuijling aanspraak maken op de netto-opbrengst van de zaak voor zover hij vorderingen heeft die worden gedekt door het eigendomsvoorbehoud.[194] Deze afspraak en gang van zaken is vergelijkbaar met hetgeen speelt bij de onderlinge afspraak tussen de retentor en de pand- of hypotheekhouder. Uiteraard is geen sprake van een machtiging door de retentor aan de pandhouder, maar de retentor zal net als de leverancier, bij de pandhouder moeten bedingen dat hij als eerste wordt voldaan uit de netto-executieopbrengst. De leverancier, noch de retentor, is uit hoofde van zijn eigen recht immers gerechtigd tot die opbrengst. De aanvaarding door de Hoge Raad van de verpanding van voorwaardelijke eigendom, maakt het wenselijk dat de leverancier en de pandhouder tot overeenstemming komen over de executie van de (onvoorwaardelijke) eigendom tijdens faillissement. Geen rechtsregel verzet zich zich tegen dergelijke afspraken tussen schuldeisers onderling. Een andere illustratie van het gegeven dat schuldeisers tijdens faillissement vrij zijn om onderling afspraken te maken zonder de curator daarbij te betrekken is cessie van vorderingen tijdens faillissement: niets staat in de weg aan cessie door een schuldeiser tijdens faillissement van (een gedeelte van) zijn vordering op de gefailleerde.

192 Zie over dit 'uitgroeien' van het eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde Verheul 2018b/8.10.1 en 8.10.2.
193 Schuijling 2017, p. 24, verwijzend naar HR 14 januari 2011, *JOR* 2012/34 (*Mesdag II*).
194 Schuijling 2017, p. 24.

406. In de tweede plaats geldt dat de curator het belang behartigt van de retentor die voorrang heeft boven de separatist. Dit komt tot uitdrukking in art. 57 lid 3 Fw. Vanaf het moment van opeising worden de belangen van de gewezen retentor ingevolge art. 57 lid 3 Fw behartigd door de curator. Dit artikel spreekt van 'bevoorrecht'. De retentor kan eveneens een voorrecht hebben, bijvoorbeeld voortvloeiend uit kosten tot behoud of tot bearbeiding (artt. 3:284 en/of art. 3:285 BW), maar zijn voorrang vloeit in principe niet voort uit een voorrecht, maar uit de wet (art. 3:292 jo. 3:291 lid 1 BW). Toch moet hij worden begrepen onder de bevoorrechte schuldeisers in de zin van art. 57 lid 3 Fw.[195] Art. 57 lid 3 is geschreven met het oog op de belangen van bevoorrechte schuldeisers die in rang boven pand- of hypotheekhouder gaan, maar zelf geen executiebevoegdheid hebben. De curator is 'gehouden' hun belangen te behartigen. Het meest bekende voorbeeld is de fiscus. Maar de retentor is evengoed in deze positie en er is dus geen goede reden om hem niet ook hieronder te vatten. Ook uit art. 182 Fw kan worden afgeleid dat de voldoening van de vordering van de retentor via de boedel verloopt en hij een omslag moet dulden.

Daartegenover staat echter dat de belangenbehartiging van art. 57 lid 3 Fw geen *recht* van de curator is. De schuldeiser die niet wil dat zijn belang door de curator wordt behartigd, kan geen belangenbehartiging opgedrongen krijgen. Art. 57 lid 3 Fw is er niet in het belang van de curator; hij hoeft niet beter te worden van de belangenbehartiging van bevoorrechte schuldeiser. Dat kwam naar voren in het arrest Aerts q.q./ ABN Amro.[196] In die procedure had de curator verpande bodemzaken verkocht. Daarnaast stond vast dat er genoeg andere baten waren om de vordering van de fiscus volledig uit te voldoen. Vraag was of de curator gehouden was de netto-opbrengst van de verkoop van de verpande zaken aan de bank af te dragen of dat hij de opbrengst van de zaken in de eerste plaats kon aanwenden voor de voldoening van de door het bodemvoorrecht gedekte vordering van de fiscus. De Hoge Raad gaat uit van de eerste opvatting:

> "Art. 57 lid 3 F. heeft geen verdere strekking dan te voorkomen dat een schuldeiser die in rang boven een pand- of hypotheekhouder gaat, in geval van faillissement van de schuldenaar niettemin deze hoge rang niet zou kunnen geldend maken,

195 Faber 1998, p. 76, Wessels III 2013/3467.

196 HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, *NJ* 1998/745 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aerts q.q./ABN Amro*).

> omdat hij zijn rechten slechts kan doen gelden in het faillissement, terwijl de pand- of hypotheekhouder ingevolge art. 57 lid 1 F. zijn rechten juist uitoefent alsof er geen faillissement was en de aldus verkregen opbrengst derhalve ook buiten het faillissement blijft. De strekking van art. 57 lid 3, tweede zin, is dan ook niet om de curator die de rechten van deze schuldeiser overeenkomstig diens rang uitoefent, meer of andere bevoegdheden toe te kennen dan deze schuldeiser zelf zou hebben kunnen uitoefenen, ware de schuldenaar niet failliet geweest. Evenmin kan op deze bepaling de opvatting worden gegrond dat de curator de rechten van deze schuldeiser uitoefent ten behoeve van de boedel."[197]

Kortom: de curator is gehouden het belang van de boven de separatist gerangschikte schuldeiser te behartigen, maar hij kan dit de bevoorrechte schuldeiser niet opdringen. Art. 57 lid 3 Fw kán resulteren in grotere dekking van de faillissementskosten, maar de curator hoeft niet beter te worden van het feit dat er een schuldeiser is die in rang gaat boven die executerende zekerheidsgerechtigde.

407. In de derde plaats is in de literatuur betoogd dat het 'meeliften' van de retentor op de positie van de separatist strijdig is met het fixatiebeginsel, omdat deze handelswijze verandering brengt in de positie van de schuldeisers die onveranderlijk wordt op het moment van de faillietverklaring.[198]

Ook het argument van het fixatiebeginsel is naar mijn mening niet overtuigend om de gebondenheid van de boedel aan de bedoelde afspraak af te wijzen. Ten eerste kan men evengoed betogen dat in het feit dat een pandrecht rust op een geretineerde zaak, al besloten ligt, dat de retentor afstand mag doen van zijn retentierecht (uitsluitend) jegens de pandhouder. Ten tweede is het fixatiebeginsel alleen een richtsnoer.[199] Het is een middel om tot een afwikkeling van het faillissement te kunnen komen waarin zoveel mogelijk waarde behouden blijft en een zo rechtvaardig mogelijke verdeling aan ieder kan plaatsvinden. Net zoals de pandhouder en de leverancier afspraken kunnen maken over de executie van de zaak en de verdeling van de opbrengst, kunnen de pandhouder en de retentor dit onderling tijdens faillissement. Niemand zal twijfelen aan de geoorloofdheid van een afspraak *buiten faillissement* tussen retentor en pand- of hypotheekhouder waarin de retentor afstand doet van zijn retentierecht,

197 HR 26 juni 1998, *NJ* 1998/745 (*Aerts q.q./ABN Amro*), r.o. 4.1.4.
198 In deze zin: noot A. Steneker in *JOR* 2007/163 onder Rb. Den Haag 9 maart 2007.
199 Zie verder par. 8.4.2.

onverminderd zijn voorrang op de opbrengst en de pand- of hypotheekhouder paraat executeert en zij een onderlinge afspraak maken over de verdeling van de opbrengst (waarbij de retentor zal bedingen dat hij bij voorrang uit de opbrengst zal worden voldaan).[200] Het faillissement van de debiteur brengt geen verandering in deze schuldeisersbevoegdheid.

Bovendien staat het de retentor vrij om buiten het faillissement te blijven. Hij *kan* zijn vordering ter verificatie indienen, maar hij is hier niet toe verplicht. In een procedure die leidde tot een arrest van de Hoge Raad had de curator zelf, uit eigen beweging, vorderingen op de lijst met voorlopig erkende crediteuren gezet.[201] De Hoge Raad acht deze handelswijze ontoelaatbaar en stelt in r.o. 4.12.1 van het arrest met een beroep op de art. 110 lid 1, 108 lid 1 en 122 lid 3 Fw en de parlementaire geschiedenis dat het aan schuldeisers zelf is om hun rechten geldend te maken dan wel daarvan desgewenst af te zien. Sinds 1 januari 2019 bepaalt art. 110 Fw wel dat de curator zelf vorderingen kan indienen, maar in de memorie van toelichting staat dat de curator dit achterwege laat als een schuldeiser zijn vordering niet wil indienen.[202] Dat betekent dat de retentor zelf kan bepalen of hij afziet van het indienen van zijn vordering ter verificatie.

408. Steneker werkt het fixatiebeginsel-argument uit aan de hand van de arresten Dutch Air/De Bary en OAR/ABN.[203] In het arrest Dutch Air/De Bary speelde een vergelijkbare rechtsvraag als de onderhavige.[204] Voor het beoordelen van de toepasselijkheid van het arrest is het nuttig om de feiten kort weer te geven. Adventure Sports had ter voldoening van alle huidige en

200 Zie par. 5.2.3.

201 HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, *NJ* 2015/123 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2015/58 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt.

202 *Kamerstukken II* 34740, nr. 3 (MvT), p. 30 en 14.

203 Noot A. Steneker in *JOR* 2007/163. HR 5 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1127, *NJ* 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*) en HR 18 december 1987, *NJ* 1988/340 (*OAR/ABN*).

204 HR 5 november 1993, *NJ* 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*). Annotator Kleijn merkt aan het einde van zijn noot onder het arrest op, dat indien deze kwestie beheerst zou worden door het recht dat geldt na 1 januari 1992, het zou gaan om de verhouding tussen een stil pandhouder en een douane-expediteur en hij noemt ook expliciet de mogelijke confrontatie van een stil pandrecht en 'het voorrecht verbonden aan een retentierecht, dat veelal vóór een stil pandrecht zal gaan op grond van art. 3:291 jo. 3:292 BW'.

toekomstige vorderingen die De Bary op haar had en mogelijk nog zou verkrijgen haar bedrijfsvoorraden fiduciair overgedragen aan De Bary. Dutch Air was voor Adventure Sports opgetreden als douane-expediteur en had vorderingen op Adventure Sports, voortvloeiend uit door Dutch Air betaalde invoerrechten. Adventure Sports failleerde. De vorderingen van Dutch Air waren bevoorrecht op grond van art. 58 van de Algemene Wet inzake de Douane en de Accijnzen. Dutch Air als bevoorrechte crediteur (eveneens boven De Bary) maakt tegenover De Bary als executerende zekerheidsgerechtigde in rechte aanspraak op hetgeen zij van Adventure Sports te vorderen heeft. Zij betoogt dat zij zich voor van deze vordering rechtstreeks tot De Bary kan wenden, omdat de fiduciaire eigendomsoverdracht relatieve werking heeft jegens Dutch Air. Deze relatieve werking zou met zich brengen dat de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing dient te blijven voor zover dat nodig is voor de erkenning van het voorrecht van Dutch Air. Bovendien, aldus het betoog van Dutch Air, heeft de curator aangegeven dat hij zich niet wenste te bemoeien met het geschil over de opbrengst van de zaken tussen De Bary en Dutch Air. Het hof wijst de vordering van Dutch Air af. Het oordeelt dat Dutch Air niet buiten de boedel om voldoening kan verlangen van het bedrag, waarvoor zij boven De Bary is bevoorrecht.[205] Ter motivering van dit oordeel voert het hof aan dat de relativering van de zekerheidsoverdracht jegens een derde de strekking heeft om de positie van een bevoorrechte schuldeiser niet te laten verslechteren, omdat de zekerheidsoverdracht niet kenbaar is voor hem. Maar die strekking brengt volgens het hof niet mee dat de bevoorrechte schuldeiser er beter van wordt, doordat hij dan niet in de boedelomslag hoeft te delen en daardoor de positie van separatist verkrijgt.

Dutch Air gaat in cassatie en voert wederom aan dat zij zich rechtstreeks tot executerende zekerheidsgerechtigde kan wenden. Maar de Hoge Raad verwerpt, in navolging van de conclusie A-G Hartkamp, het beroep. Ter staving van dit oordeel formuleert de Hoge Raad in zijn arrest de volgende regel:[206]

> "Zij (de opvatting van Dutch Air dat zij zich rechtstreeks tot De Bary kan wenden voor haar vordering op Adventure Sports, MAH) valt immers bezwaarlijk te rijmen met het stelsel van de Faillissementswet, dat berust op het uitgangspunt dat alle schuldeisers – met uitzondering van hen die hun recht kunnen uitoefenen

205 HR 5 november 1993, *NJ* 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*), r.o. 5.7 van 's Hofs arrest.
206 HR 5 november 1993, *NJ* 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*), r.o. 3.3.

> alsof er geen faillissement was – op het vermogen van de schuldenaar slechts verhaal kunnen zoeken door hun vorderingen ter verificatie aan te melden bij de curator, met als gevolg dat zij moeten wachten tot de uitdelingslijst verbindend is geworden, en moeten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Dit uitgangspunt geldt ook voor schuldeisers aan wie, zoals aan Dutch Air, een voorrecht is toegekend."

Uit de bewoordingen lijkt een oordeel met algemene strekking te volgen. Dat is bijvoorbeeld af te leiden uit de overweging met betrekking tot 'het stelsel van de Faillissementswet' dat berust op het 'uitgangspunt dat *alle* (mijn cursivering) schuldeisers (…) slechts verhaal kunnen zoeken door hun vorderingen ter verificatie aan te melden bij de curator'. Verstijlen onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad met behulp van twee argumenten: ten eerste dient het faillissement ertoe dat iedere schuldeiser zich overeenkomstig zijn recht kan verhalen en beoogt het te voorkomen dat dit wordt gefrustreerd doordat sommige schuldeisers sneller tot executie komen dan andere.[207] Ten tweede meent hij dat een schuldeiser die hoger is gerangschikt dan de separatist tot gevolg kan hebben dat de vordering van de separatist niet voldaan wordt en daardoor een zwaardere (rest)aanspraak op de boedel brengt. Hoe kleiner de vordering van de preferente crediteur, hoe lager de eventuele restvordering. De overige schuldeisers hebben er dus volgens Verstijlen belang bij om zich op de verificatievergadering uit te spreken over de vordering van de bevoorrechte schuldeiser, en deze zonodig te betwisten.

De arresten Dutch Air/De Bary (en OAR/ABN) bieden op het eerste gezicht wellicht steun aan de opvatting dat een afspraak tussen de bevoorrechte schuldeiser en pandhouder niet is geoorloofd, maar als men goed naar beide arresten kijkt, volgt daaruit toch iets anders.[208] De argumentatie in Dutch Air/De Bary berust op het uitgangspunt zoals geformuleerd in art. 25 en 26 Fw, dat schuldeisers zich na faillietverklaring alleen door hun vordering in te dienen ter verificatie kunnen verhalen op de goederen van hun schuldenaar. Met uitzondering van de schuldeisers die hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was, kunnen schuldeisers die tijdens faillissement verhaal zoeken voor hun vordering, dat alleen doen door zich aan te melden bij de curator. Maar *als* de retentor de beschreven

207 Verstijlen 1994, p. 480, onder verwijzing naar onder meer Van der Feltz I, p. 27 en 49.
208 Het arrest OAR/ABN laat ik in dit verband verder buiten beschouwing. Zie daarover verder par. 8.4.2.

afspraak maakt met de pandhouder, verhaalt de retentor zich juist níet in het faillissement.[209] In het arrest Dutch Air/De Bary stonden de bevoorrechte schuldeiser en de separatist tegenover elkaar. Bij de hier behandelde afspraak is het uitgangspunt daarentegen juist dat de pand- of hypotheekhouder overeenstemming bereiken over de afstand van het retentierecht, de executie door de zekerheidsgerechtigde en de verdeling van de executieopbrengst. Het arrest Dutch Air/De Bary gaat dus over een ander geval dat de afspraak die ik in deze paragraaf behandel. De overwegingen van de Hoge Raad in dat arrest zijn niet goed te transponeren.

409. In de vierde plaats is duidelijk dat de curator de afspraak niet met behulp van de faillissementspauliana zal kunnen vernietigen. Het is geen rechtshandeling die *voor faillissement* met de *schuldenaar* is verricht.[210] Kenmerkend is nu juist dat de schuldenaar geen partij is bij deze overeenkomst tussen schuldeisers onderling. Zelfs al zou deze horde genomen zijn, dan is waarschijnlijk geen sprake van benadeling van schuldeisers.[211] Ook het instellen van een vordering tot schadevergoeding op basis van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers (een zgn. Peeters/Gatzen-vordering)[212] brengt de curator geen soelaas, omdat de afspraak niet benadelend is voor de gezamenlijke schuldeisers.[213]

410. Ten slotte acht Steneker de afspraak tussen de retentor en de separatist in strijd met de redelijkheid en billijkheid die de retentor en de separatist jegens de andere schuldeisers in acht dienen te nemen, zoals geformuleerd in de arresten *Loeffen q.q./Mees en Hope I* en *Loeffen q.q./Mees en Hope II*.[214] De handelswijze heeft immers tot gevolg dat een boedelbijdrage, die wél verplicht zou zijn ingeval de retentor zich bij de curator had aangemeld, nu niet verschuldigd is. In voorgaande heb ik betoogd dat de bedoelde afspraak mijns inziens geldig gemaakt kan worden. Schuldeisers mogen (ook tijdens faillissement) hun eigen belangen vooropstellen. Het beginsel van redelijkheid en billijkheid die schuldeisers jegens elkaar in acht moeten nemen biedt mijns inziens op zichzelf te weinig houvast om aan te nemen dat deze afspraak niet bindend zou zijn voor de boedel.

---

209 In deze zin ook Goethals & Hekman 2018, p. 221.
210 Spronken & Warren 2017, p. 47.
211 Spronken & Warren 2017, p. 48-49.
212 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 m.nt. B. Wachter (*Peeters/Gatzen*).
213 Zie daarover Spronken & Warren 2017, p. 49-50.
214 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees en Hope I)* en HR 22 maart 1991, *NJ* 1992/214 (*Loeffen q.q./Mees en Hope II).*

411. Alles tegen elkaar afgewogen, is een afspraak tussen retentor en pand- of hypotheekhouder, waarbij de retentor jegens de separatist afstand doet van zijn retentierecht, de separatist executeert op de voet van 57 Fw en de retentor in ruil voor de afstand van het retentierecht voorrang krijgt op de verkoopopbrengst toelaatbaar en werkt deze ook jegens de curator. Voor beide uitkomsten zijn goede argumenten te geven, maar de argumenten die pleiten voor de toelaatbaarheid geven naar mijn mening de doorslag. De curator heeft geen grond om het bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor (of, als die lager is, de executieopbrengst van de zaak) van de separatist op te eisen.

8.3.5.3 Nuancering bij voorafgaande opeising door de curator?

412. In het voorgaande ging ik ervan uit dat de curator geheel buiten de afspraak tussen de pand- of hypotheekhouder en de retentor bleef. Het is echter denkbaar dat de curator reeds de zaken onder de retentor heeft opgeëist. Als de curator al moeite heeft gedaan om het retentierecht te doorbreken, heeft hij goede grond om een vergoeding voor zijn werkzaamheden te vereisen, afhankelijk van de mate van inspanning die hij hiervoor heeft geleverd. Het doorbreken van het retentierecht is immers mede in het belang van de pand- of hypotheekhouder. Het enkele feit dat de curator heeft opgeëist, brengt daarentegen nog niet mee, dat de afspraak tussen de pandhouder en retentor niet meer rechtsgeldig kan worden gemaakt. Mijns inziens heeft de curator nu wel recht op een boedelbijdrage. Voor het bepalen van de hoogte van deze bijdrage kan aansluiting worden gezocht bij het onderscheid dat in de Separatistenregeling wordt gemaakt tussen materiële en formele verkoopinspanningen.[215] Hiervoor heb ik betoogd dat voor opeising mijns inziens niet is vereist dat de zaken uit de macht van de retentor zijn gebracht.[216] Het kan dus zijn dat de curator alleen door middel van één e-mail heeft opgeëist. In dat geval is een boedelbijdrage niet op zijn plaats. Heeft de curator er echter voor gezorgd dat de zaken al uit de macht van de retentor zijn gekomen, dan heeft de curator mijns inziens recht op een compensatie. Hij heeft deze kosten immers mede in het belang van de executiebevoegde zekerheidsgerechtigde gemaakt. Het feit dat de zekerheidsgerechtigde daarna zijn eigen weg gaat, moet niet voor rekening van de boedel komen.

215 Te vinden via www.insolad.nl > regelgeving > separatistenregeling.
216 Zie par. 8.2.4.1.

8.3.5.4 Verhaal van het aan de retentor betaalde bedrag onder de zekerheden

413. Wanneer de afspraak zoals in de vorige paragraaf beschreven wordt gemaakt, rijst de vraag of de pandhouder het aan de retentor betaalde bedrag kan verhalen op de executieopbrengst. Art. 54 Fw, dat gaat over verrekening van in het zicht van of tijdens faillissement overgenomen vorderingen op de gefailleerde, is op verhaal door de pand- of hypotheekhouder van vorderingen die zijn overgenomen van derden van overeenkomstige toepassing.[217] Art. 54 lid 2 Fw bepaalt dat na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. In het arrest Doyer & Kalff maakte de Hoge Raad uit, dat de bank als fiduciair eigenaar zich niet mocht verhalen onder de zekerheden voor vorderingen die in het zicht van faillissement van derden waren overgenomen.[218] In het arrest NCM/Knottenbelt werd dit bevestigd. NCM wilde zich verhalen op vorderingen die tot zekerheid aan haar waren overgedragen, voor na het uitspreken van de surséance van derden verkregen vorderingen op de gefailleerde. Volgens de Hoge Raad is dit niet toegestaan. In het arrest stelt hij verrekening op de voet van art. 54 Fw op één lijn met verhaal.[219] Dat is slechts toegestaan voor vorderingen die al bestonden op het moment van de faillietverklaring. Daarom moet worden aangenomen dat ook het bedrag dat de zekerheidsgerechtigde aan de retentor heeft betaald niet kan worden verhaald op de door de pand- of hypotheekhouder verkregen executieopbrengst.

8.4 De voorwaarden voor het retentierecht worden tijdens faillissement pas vervuld

8.4.1 Inleiding

414. De wetgever heeft bij het regelen van het retentierecht in faillissement in art. 60 Fw een beeld voor ogen gehad, dat er ongeveer als volgt uitziet. In de eerste plaats is de schuldenaar van de retentor de eigenaar van de

217 Zie over de toepassing van art. 54 Fw in dit type gevallen Faber 2015, p. 209-213.
218 HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578 (*Doyer & Kalff*).
219 HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, *NJ* 1995/627 m.nt. P. van Schilfgaarde (*NCM/Knottenbelt*).

zaak. Daarnaast heeft de retentor een op datum faillissement reeds bestaande en opeisbare vordering en had hij reeds de macht over de zaak. Het retentierecht wordt al uitgeoefend. Dit blijkt niet letterlijk uit de parlementaire geschiedenis, maar de tekst van art. 60 Fw laat geen andere mogelijkheid. In art. 60 lid 1 Fw staat: 'de schuldeiser die een retentierecht *heeft* op *een aan de schuldenaar toebehorende zaak*'. Het retentierecht kan zich echter ook buiten dit kader bewegen. In deze paragraaf bespreek ik verschillende gevallen waarin de vereisten voor het retentierecht tijdens faillissement worden vervuld. In verband hiermee dient zich in de eerste plaats de vraag aan in hoeverre het fixatiebeginsel zich verzet tegen een retentierecht dat tijdens faillissement ontstaat. Wanneer een retentierecht pas tijdens faillissement ontstaat, zou dat na de faillietverklaring de rangorde tussen schuldeisers kunnen beïnvloeden. Deze vraag komt aan bod in paragraaf 8.4.2. In de daaropvolgende paragrafen komen een aantal gevallen aan bod waarin het retentierecht pas tijdens faillissement ontstaat. In paragraaf 8.4.3 bespreek ik of het mogelijk is dat een vordering tijdens faillissement ontstaat, waarvoor vervolgens een retentierecht kan worden uitgeoefend. In paragraaf 8.4.4 bespreek ik vervolgens of de schuldenaar na zijn faillietverklaring de zaak nog effectief uit zijn macht kan brengen. In paragraaf 8.4.5 behandel ik een ander geval van een retentierecht dat tijdens faillissement zou kunnen ontstaan: een retentierecht dat wordt uitgeoefend voor een boedelvordering en bespreek ik de toepasselijkheid van art. 60 Fw hierop. In paragraaf 8.4.6 ten slotte, ga ik na of een retentierecht ook kan worden uitgeoefend in verband met een vernietiging uit hoofde van de faillissementspauliana en de teruggaveverplichtingen van art. 51 Fw.

8.4.2 Het fixatiebeginsel en het retentierecht

415. Het fixatiebeginsel is een van de leidende beginselen in het faillissementsrecht.[220] Met het oog op de afwikkeling van het faillissement is het van belang dat vast komt te staan welke activa tot de boedel behoren en welke schuldeisers zich voor welke vorderingen daarop kunnen verhalen. De dag van faillietverklaring is de peildatum.[221] Maar het fixatiebeginsel is niet absoluut. Ondanks fixatie per datum faillietverklaring zijn op

220 Zie o.m. Van Hees 2000, p. 129, Van Zanten 2012, p. 19-27 met vele verwijzingen naar rechtspraak, Vriesendorp 2013/8, Wessels II 2016/2003 en Polak/Pannevis 2017/1.5.

221 Art. 20 en 23 Fw.

verschillende gronden verschuivingen in het vermogen van de schuldenaar mogelijk. Om meer grip te krijgen op het fixatiebeginsel wordt wel onderscheiden tussen de fixatie van het actief en van het passief.[222] De vraag die ik in deze paragraaf beantwoord, is of het verenigbaar is met het fixatiebeginsel indien het retentierecht dat ontstaat tijdens faillissement de retentor een voorrangspositie oplevert. Het aannemen van een retentierecht dat ontstaat tijdens faillissement zou immers betekenen dat tijdens faillissement verandering komt in de rangorde van schuldeisers die geacht wordt vast te liggen op het moment van faillietverklaring. Een wijziging in de rangorde van de schuldeisers in faillissement door een retentierecht is alleen aan de orde, indien het retentierecht pas *ontstaat* tijdens faillissement. Het retentierecht schept immers voorrang jegens de schuldeisers tegen wie het kan worden ingeroepen (art. 3:292 BW jo. art. 60 lid 2 Fw). Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde is gekomen, vereist een retentierecht feitelijke macht, een vordering en voldoende samenhang. Om een retentierecht tijdens faillissement te kunnen doen ontstaan, is dus vereist dat pas tijdens faillissement alle vereisten worden vervuld.

416. Op basis van het arrest OAR/ABN zou men tot de conclusie kunnen komen dat het strijdig is met het fixatiebeginsel dat een schuldeiser tijdens faillissement voorrang zou krijgen.[223] De kernoverweging van de Hoge Raad uit het arrest luidt:

> "Met het beginsel dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt, strookt niet om aan te nemen dat een der schuldeisers door handelingen tijdens het bestaan van het faillissement verricht, zijn positie zou kunnen versterken ten nadele van die van een of meer andere schuldeisers, en dit wordt niet anders indien die handelingen zijn verricht in overleg en met goedvinden van de curator."

Het fixatiebeginsel houdt in de visie van de Hoge Raad dus niet slechts in dat met het intreden van het faillissement de schuldeisers en hun vorderingen komen vast te staan, maar ook dat de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers vastligt. De betekenis van deze regel, zoals door de Hoge Raad geformuleerd, moet echter niet worden overschat. Om te beginnen was in

222 Zie over de onderscheidingen binnen het fixatiebeginsel o.m. Van Galen 1996, p. 393, Boekraad 1997, p. 13-15, Van Hees 2000, Rijckenberg 2009, p. 133-134, Van Zanten 2012, p. 19-27.

223 HR 18 december 1987, *NJ* 1988/340 (*OAR/ABN*).

het arrest OAR/ABN de situatie aan de orde dat OAR, een Italiaanse vennootschap met een verkopersprivilege, in het faillissement van Optiek nadat fiduciair eigenaar ABN de goederen (het ging om een lading monturen) had verkocht én nadat het faillissement door de curator was opgeheven wegens de toestand van de boedel, zich tot ABN wendde om haar vordering, gezekerd door het verkopersprivilege op de gefailleerde te verhalen. Bovenstaande overweging moet dan ook worden gelezen in het licht van het feit dat het faillissement reeds was afgewikkeld en OAR daarná ABN dagvaardde. De overweging van de Hoge Raad geeft dus eerder uitdrukking aan de gedachte dat men moet kunnen vertrouwen op een voltooide afwikkeling van het faillissement ter bescherming van het rechtsverkeer, dan dat bedoeld is een harde regel over fixatie in steen te beitelen. Daarnaast maakt de Faillissementswet zélf uitzonderingen op het fixatiebeginsel. Een uitzondering is art. 37a Fw. Daarin is bepaald dat de wederpartij als concurrent schuldeiser kan opkomen voor vorderingen die zij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding wanprestatie van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering. Hoewel deze vorderingen, ter zake van ontbinding, vernietiging of schadevergoeding dus na (waarschijnlijk zelfs vanwege) faillissement ontstaan, zijn zij niettemin verifieerbaar. Het feit dat de wet spreekt van *concurrente* vorderingen, wil niet zeggen dat aan de vordering geen voorrang verbonden kan zijn. Het woord concurrent is alleen in het artikel opgenomen om duidelijk te maken dat het geen boedelvorderingen zijn.[224] Deze lezing van art. 37a Fw wordt bevestigd in de arresten Koot Beheer/Tideman q.q. en Credit Suisse/Jongepier q.q.[225] In Koot Beheer/Tideman q.q. heeft de Hoge Raad de categorieën van vorderingen tijdens faillissement 'herschikt', om de boedelschulden terug te dringen. De Hoge Raad bepaalt dat vorderingen die tijdens faillissement ontstaan, en voortvloeien uit reeds bestaande rechtsverhoudingen, verifieerbare vorderingen zijn.[226] In het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. preciseert de Hoge Raad nog wel dat verificatie alleen mogelijk is "indien en voor zover de vorderingen reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die

224 Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 390.
225 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).
226 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.),* r.o. 3.7.2.

bij het intreden van het faillissement bestond".[227] Dit betekent dat het passief tijdens faillissement toeneemt.[228] Uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. is af te leiden dat aan deze verifieerbare vorderingen ook voorrang kan zijn verbonden.[229] De conclusie is dat het fixatiebeginsel niet in de weg staat aan het ontstaan van een retentierecht tijdens faillissement. In de volgende paragrafen beschrijf ik verschillende mogelijkheden waarop tijdens faillissement een retentierecht kan ontstaan.

8.4.3 Vorderingen ontstaan tijdens faillissement, voortvloeiend uit een bestaande (goederenrechtelijke) rechtsverhouding

417. Het retentierecht zal in de regel voortvloeien uit een overeenkomst. Het kan goed zijn dat het faillissement intreedt op een moment dat de partij in de uitvoering van een overeenkomst feitelijke macht heeft over een zaak van de schuldenaar. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer olie is opgeslagen in een tank en de bewaargever gaat failliet. Ook als de bewaargever voor faillissement zelf netjes alle termijnen had betaald, kan het zijn dat de curator tijdens faillissement de vorderingen van de bewaarnemer onbetaald laat. Zoals in de vorige paragraaf beschreven volgt uit het arrest Koot Beheer/Tideman en Credit Suisse/Jongepier q.q. dat dergelijke vorderingen, die voortvloeien uit een voor faillissement reeds bestaande rechtsverhouding, behoren tot de categorie van de verifieerbare vorderingen.[230] Voor faillissement hield de partij de zaak op grond van de rechtsverhouding met de (latere) schuldenaar. Ook als de vordering van die partij pas ontstaat tijdens faillissement, maar wel voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding, is dat een verifieerbare vordering. Indien de schuldeiser op dat moment reeds de feitelijke macht had (zoals de bewaarnemer in het

227 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.4. De Hoge Raad voegt hier in dezelfde rechtsoverweging nog aan toe dat een vordering reeds besloten ligt in de rechtspositie van de schuldeiser tijdens het intreden van het faillissement "indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had".

228 Van Hees 2014, p. 64 wijst erop dat de beslissing van de Hoge Raad in Koot Beheer/Tideman q.q. aanleiding kan geven tot een grote hoeveelheid vorderingen uit duurovereenkomsten die tijdens faillissement blijven oplopen.

229 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q*), r.o. 3.6.1.

230 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q)*, r.o. 3.7.2, HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.4.

voorbeeld), betekent dat dat tijdens faillissement een retentierecht kan ontstaan. De bewaarnemer heeft dan een retentierecht en voor die vordering heeft hij ingevolge art. 3:291 jo. art. 3:292 BW voorrang op de opbrengst van de olie bij verkoop tijdens faillissement. Als de bewaarnemingsovereenkomst tijdens faillissement wordt beëindigd, maar de zaken nog wel onder de retentor zijn, heeft de retentor daarvoor nog een zorgplicht. Het retentierecht kan ingevolge art. 3:293 BW ook voor deze zorgkosten worden uitgeoefend. Deze vordering ligt mijns inziens 'besloten in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond',[231] zodat zij voor verificatie in aanmerking komt.

Niet alleen uit verbintenisrechtelijke, maar ook goederenrechtelijke rechtsverhoudingen kan nog tijdens faillissement een retentierecht ontstaan. Ook wanneer de goederenrechtelijke rechtsverhouding al bestond vóór faillissement, zijn de vorderingen die tijdens faillissement daaruit voortvloeien verifieerbare vorderingen. De Hoge Raad heeft in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. namelijk in zijn algemeenheid bepaald dat vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande *rechtsverhouding* verifieerbare vorderingen zijn. In Credit Suisse/Jongepier q.q. overweegt de Hoge Raad bovendien dat er geen grond is om zijn overwegingen over de mogelijkheid tot verificatie van vorderingen die tijdens faillissement ontstaan te beperken tot wederkerige overeenkomsten.[232] Vonck verdedigt dat bijvoorbeeld de verplichting tot betaling van canon die tijdens faillissement ontstaat een verifieerbare vordering is op de voet van art. 26 Fw.[233] Datzelfde kan volgens Vonck worden aangenomen voor andere vorderingen die voortvloeien uit de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en grondeigenaar.[234]

Ook in goederenrechtelijke rechtsverhoudingen kunnen retentierechten spelen. Stel dat een erfpachter (B) tijdens de loop van de erfpacht een schuurtje heeft aangebracht dat is nagetrokken door de grond (art. 5:20 lid 1 sub e BW). De grondeigenaar (A) failleert.[235] De curator van A zegt het

231 Zie HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.4.

232 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5. In deze zin ook reeds Van Andel & Van Zanten 2013, par. 5.

233 Vonck 2013, p. 150-151.

234 Vonck 2013, p. 151-152.

235 Vaak zal een gemeente de eigenaar van de in erfpacht uitgegeven grond zijn en het ligt niet voor de hand dat een gemeente failliet gaat. Maar er bestaat ook particuliere erfpacht.

erfpachtrecht op.[236] Aangenomen dat de voormalige erfpachter op grond van art. 5:99 lid 1 BW recht op vergoeding van de waarde van het aanwezige schuurtje heeft,[237] heeft hij ingevolge art. 5:100 BW een retentierecht op de in erfpacht uitgegeven zaak. De vordering waarvan de voormalig erfpachter B voldoening wenst, ontstaat tijdens het faillissement van A. De vergoedingsvordering levert een verifieerbare vordering op. Het retentierecht van art. 5:100 BW ontstaat tijdens het faillissement en kan dan worden ingeroepen. Art. 60 Fw is hierop zonder meer van toepassing; de curator van A kan de in erfpacht uitgegeven zaak bij B opeisen, B kan zijn vordering indienen ter verificatie. Hij heeft voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen.

8.4.4 De feitelijke macht wordt verkregen tijdens faillissement

418. Het ontstaan van een retentierecht tijdens faillissement veronderstelt als gezegd dat de vereisten voor het retentierecht pas tijdens faillissement worden vervuld. Naast het hebben van een opeisbare vordering is de feitelijke machtsuitoefening door de retentor een vereiste voor het retentierecht. Is de schuldenaar bevoegd om tijdens faillissement zaken uit zijn macht te brengen? Bij deze vraag veronderstel ik dat de overeenkomst op grond waarvan de gefailleerde de zaken uit zijn macht brengt, al voor het faillissement was gesloten, zodat art. 24 Fw (dat bepaalt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen die na de faillietverklaring zijn ontstaan, tenzij de boedel erdoor is gebaat) in ieder geval niet in de weg staat aan de binding van de boedel aan de door de rechtshandeling ontstane verbintenissen. Denk bijvoorbeeld aan een geval waarin een overeenkomst tot restauratie van een schilderij voor het faillissement al is gesloten, maar de eigenaar het schilderij pas na de faillietverklaring naar de restaurateur brengt.

Art. 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar vanaf de dag van de faillietverklaring het *beheer* en de *beschikking* over zijn vermogen verliest. Art. 23 Fw beoogt het vermogen van de gefailleerde zoals dat er ten tijde van de faillietverklaring uitzag, te behouden. Dit vloeit voort uit art. 20 Fw, op grond waarvan het faillissement het vermogen omvat ten tijde van de faillietverklaring, en hetgeen de schuldenaar tijdens het faillissement verwerft.

236 Zie art. 5:87 lid 3 BW.

237 Zie daarover Vonck 2014. Ik ga er voor het gemak van uit dat de uitzonderingen van art. 5:99 lid 2 BW zich niet voordoen.

Het is de bedoeling dat het vermogen van de gefailleerde zoveel mogelijk intact blijft (of wordt aangevuld), ten behoeve verdeling onder de schuldeisers. Men neemt algemeen aan dat 'beschikken' in de zin van art. 23 Fw ziet op het verrichten van rechtshandelingen met goederenrechtelijke gevolgen, zoals het leveren van goederen en vestigen van beperkte rechten.[238] De handelingen met goederenrechtelijk gevolg die de gefailleerde verricht vanaf 0.00 uur van de dag van de faillietverklaring hebben geen invloed op zijn vermogen, dat tot het faillissement behoort.

Valt het enkele buiten zijn macht brengen van zaken door de schuldenaar na zijn faillietverklaring onder 'beheren', zodat de boedel net zomin als aan beschikkingshandelingen daaraan gebonden is? Zou dit zo zijn, dan zou dat betekenen dat de curator de zaak zonder meer weer zou kunnen opeisen van de wederpartij van de schuldenaar; hij heeft art. 60 Fw daarvoor niet nodig. Zou het uit de macht brengen van zaken door de gefailleerde kunnen worden gekwalificeerd als 'beheer' in de zin van art. 23 Fw, dan is zo'n feitelijke handeling namelijk 'relatief nietig' en werkt ze niet jegens de curator.[239]

Het in de macht van een ander brengen van zaken door de schuldenaar kan naar mijn mening inderdaad worden gezien als een daad van 'beheer' in de zin van art. 23 Fw. In de literatuur wordt erop gewezen dat met 'beheer' in art. 23 Fw hetzelfde wordt bedoeld als de omschrijving die art. 296 lid 1 aanhef en onder b Fw geeft.[240] Art. 296 lid 1, aanhef en onder b Fw (Wet schuldsanering natuurlijke personen) bepaalt dat de schuldenaar door de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling van rechtswege "de bevoegdheid om ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten" verliest. De parallel tussen art. 296 en 23 Fw is inderdaad op zijn plaats omdat art. 296 lid 1 aanhef en sub a Fw bepaalt dat de schuldenaar de bevoegdheid tot *beschikken* over de tot de boedel behorende goederen verliest. Art. 296 Fw is de evenknie van art. 23 Fw voor de WSNP. In het derde lid van art. 296 Fw is bepaald dat de rechter-commissaris bepaalde goederen kan aanwijzen waarover de

238 Zie o.m Wessels II 2016/2236, Verdaas, *GS Faillissementswet*, art. 23 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 6 februari 2018). Vgl. de term 'beschikken' in art. 3:84 BW.

239 De MvT gebruikt de terminologie 'relatieve nietigheid', zie Van der Feltz I, p. 360. Volgens Molengraaff/Star Busmann 1951, p. 176 is "*iedere* handeling waardoor het beslag in zijne werking wordt belemmerd nietig in den zin dat zij niet tegen den boedel werkt." (mijn cursivering). Zie over het begrip 'relatieve nietigheid' en het gebruik in de rechtspraak Wessels II 2016/2245.

240 Wessels II 2016/2240, Verdaas, *GS Faillissementswet*, art. 23 Fw, aant. 1 (online, bijgewerkt tot 6 februari 2018).

schuldenaar wél het beheer heeft. In de memorie van antwoord leest men dat wanneer de schuldenaar via art. 296 lid 3 Fw bijvoorbeeld alsnog het beheer over een auto heeft gekregen, hij niet alleen hierin mag rijden, maar deze ook naar de garage mag brengen voor een onderhoudsbeurt. De term beheer in art. 296 Fw omvat volgens de memorie van antwoord meer dan alleen de bevoegdheid om feitelijke handelingen te (laten) verrichten.[241] Wessels wijst erop dat de begrippen 'beschikken' en 'beheren' in art. 23 Fw in hun 'gangbare juridische betekenis' worden gebruikt.[242] In Boek 3 BW treffen we het begrip 'beheer' met name geregeld aan in titel 3.7 over gemeenschap. Ook hier lijkt het begrip 'beheren' een ruim begrip. Volgens de Toelichting Meijers bij art. 3:168 BW ziet beheren (meer dan beschikken) op een 'economische werkzaamheid': "alles wat nodig is voor normale exploitatie van goederen is als beheer aan te merken."[243]

De conclusie is mijns inziens dan ook het in de macht van een ander brengen van de zaak kwalificeert als 'beheer' in de zin van art. 23 Fw. De gefailleerde is hiertoe vanaf 0.00 uur van de dag van de faillietverklaring niet meer bevoegd. Het uit de macht brengen werkt niet jegens de boedel; de curator is er niet aan gebonden. Hij kan de uit de macht gebrachte zaak zonder meer opeisen bij de wederpartij; hiervoor heeft de curator art. 60 lid 2 Fw niet nodig.

8.4.5 Retentierecht voor een boedelvordering en de toepasselijkheid van art. 60 Fw

419. Art. 60 Fw is gedacht voor de positie van de retentor als *faillissementsschuldeiser*. In de ogen van de wetgever is de retentor een schuldeiser met een verifieerbare vordering. Meestal zal de retentor inderdaad voldoen aan dit beeld. Maar het is mijns inziens ook mogelijk om een retentierecht te hebben voor een boedelvordering. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen in het volgende geval. De curator treft in de boedel een (niet verpand) kostbaar schilderij aan. Hij laat het werk door een restaurateur opknappen om het vervolgens voor een betere prijs te kunnen verkopen. Hij betaalt de rekening voor de restauratie nog niet, maar komt wel het schilderij ophalen. De restaurateur heeft een boedelvordering en daarvoor kan hij naar mijn

241 Kortmann, Faber & Schuijling 2-III 2018, art. 296 Fw, aant. 3 (MvA I 22 969).
242 Wessels II 2016/2240.
243 Parl. Gesch. Boek 3, p. 581.

mening een retentierecht inroepen. De vordering van de restaurateur is een boedelvordering, omdat zij voortvloeit uit een overeenkomst die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. De vordering van de restaurateur is een directe aanspraak op de boedel. Hij valt daarmee in de 'tweede categorie' van boedelschulden die de Hoge Raad heeft geformuleerd in het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.[244]

420. De vraag is nu of art. 60 Fw ook van toepassing is op het retentierecht voor een boedelvordering. Die vraag beantwoord ik bevestigend. Ik sta een onverminderde toepassing van art. 60 Fw voor. Tegen de toepassing van art. 60 Fw spreekt in de eerste plaats dat art. 60 Fw niet is geschreven voor een retentierecht dat pas ontstaat tijdens faillissement, voor een niet-faillissementsvordering. In de tweede plaats zou kunnen worden betoogd dat niet is voldaan aan de afbakeningscriteria van art. 60 lid 1 Fw,[245] omdat geen sprake is van een retentierecht op een 'aan de schuldenaar toebehorende zaak', wanneer men de curator (en niet de boedel) als schuldenaar van boedelschulden bestempelt. Boedelschulden zijn volgens de memorie van toelichting schulden die ten laste van de curator komen in zijn kwaliteit en een directe aanspraak op de boedel geven.[246] Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de curator die een overeenkomst sluit, in zijn hoedanigheid schuldenaar is van de reparateur, ook al wordt de vordering van de reparateur uit de boedel voldaan.[247] Het schilderij is daarentegen uiteraard niet van de curator, maar van de gefailleerde. In de opvatting die de curator als schuldenaar van de wederpartij bestempelt, is strikt genomen dus geen sprake van een retentierecht op een 'aan de schuldenaar toebehorende zaak', zodat strikt genomen niet zou zijn voldaan aan de vereisten voor toepasselijkheid van art. 60 Fw. Desondanks meen ik dat art. 60 Fw op dit retentierecht van de reparateur van toepassing is. In de eerste plaats kunnen de handelingen van de curator worden toegerekend aan de boedel, zodat niet de curator, maar de boedel zelf als schuldenaar van de reparateur heeft

244 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2.

245 Zie over de afbakening waartoe art. 60 lid 1 Fw dient par. 8.2.2.3.

246 Van der Feltz I, p. 384.

247 Zie ook HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q)*, r.o. 3.7.1: (…) de curator neemt deze schuld op zich bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW)."

te gelden.[248] Er is dan geen discrepantie tussen de 'schuldenaar' en degene aan wie het schilderij toebehoort. Maar ook als men de curator zelf ziet als schuldenaar, terwijl de zaak aan de failliet toebehoort, is art. 60 Fw van toepassing op het retentierecht voor een boedelvordering. De gedachte achter art. 60 Fw is het doorbreken van de patstelling die een gevolg kan zijn van het retentierecht. Die ratio is niet minder relevant voor het doorbreken van een retentierecht dat pas na faillietverklaring is ontstaan. Ik meen zelfs dat deze retentor de curator een termijn kan stellen om tot opeising over te gaan en dat hij bij ommekomst van de termijn het recht van parate executie kan verkrijgen. In de situatie waarvoor art. 60 Fw geschreven is, is het immers ook zo dat de gevolgen art. 60 Fw pas speelt tijdens faillissement. Het opeisen kan alleen de curator (niet de schuldenaar zelf), het stellen van een termijn kan de retentor alleen aan de curator (niet aan de schuldenaar zelf). Het toepassen van art. 60 Fw is daarnaast uitermate praktisch. Indien art. 60 Fw niet gebruikt kan worden, is de zaak niet op te eisen en zijn we weer terug in het oude recht.

421. Nu het hier gaat om een overeenkomst die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan, ligt het voor de hand dat de reparateur van het schilderij vooraf betaling eist, of bedingt dat de curator zekerheid stelt voor de voldoening van de reparatiekosten. Voor zover de vordering niet direct wordt voldaan, en de curator eist wel met toepassing van art. 60 Fw het schilderij op, is de vraag of de boedelvordering preferent is, nu art. 60 lid 2 Fw bepaalt dat de voorrang van art. 3:292 BW behouden blijft. Mijns inziens volgt uit de toepassing van art. 60 Fw in combinatie met art. 3:292 BW inderdaad dat de vordering van de retentor een preferente boedelvordering is. Nu we het hebben over boedelschulden, is de vraag welke positie de retentor dankzij zijn wettelijke voorrang heeft. Zoals al eerder aangehaald, wordt het grootste deel van de faillissementen opgeheven wegens een gebrek aan baten. Dat betekent dat alleen de boedelschuldeisers (veelal: gedeeltelijk) kunnen worden voldaan. Uit het arrest De Ranitz/Ontvanger volgt dat ook bij het voldoen van boedelschulden de wettelijke rangorde in acht moet worden genomen.[249] De vordering van de retentor neemt in ieder

248 Vgl. Molengraaff 1898, p. 156: "boedelschulden [zijn] als het ware eigen schulden van den boedel". Zie ook Polak/Polak 1972, p. 224: "Alle daden van de curator, in deze hoedanigheid verricht, ook de onrechtmatige, worden toegerekend aan de boedel." en: "De handelingen van de curator kunnen vereenzelvigd worden met handelingen van de boedel."

249 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*), r.o. 3.5.

geval rang na het salaris van de curator.[250] Ook andere 'kosten van executie en vereffening' zullen eerst uit de opbrengst worden voldaan.[251] Afgezien van de executiekosten en het salaris van de curator, kunnen de fiscus en het UWV boedelvorderingen met preferentie hebben.[252] Deze beide boedelvorderingen hebben preferentie op grond van art. 21 Iw, respectievelijk art. 3:288 sub e BW. Zoals al beschreven in paragraaf 8.2.4.4, heeft het fiscale voorrecht ingevolge art. 3:280 BW jo. 21 Iw mijns inziens voorrang boven het retentierecht. De retentor gaat ingevolge de hoofdregel van art. 3:280 BW wel voor het algemene voorrecht van art. 3:288 sub e BW.

8.4.6 Retentierecht in verband met een vernietiging op grond van de faillissementspauliana

422. Een ander geval van een retentierecht dat tijdens faillissement zou kunnen ontstaan, vloeit voort uit de vernietiging van een overeenkomst door de curator op grond van de faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw). Art. 51 lid 1 Fw bepaalt dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, aan de curator moet worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 6.4.2 BW ('Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst').[253] Wanneer de curator op grond van de faillissementspauliana bijvoorbeeld een koopovereenkomst vernietigt, kan hij de zaak revindiceren bij de wederpartij.[254] Door de vernietiging verkrijgt de wederpartij een vordering tot teruggave van het gepresteerde. De vraag komt op, of de wederpartij na vernietiging

250 Vgl. Art. 16 lid 2 Fw ingeval van opheffing en HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

251 Zie art. 3:277 BW, waarnaar ook wordt verwezen in het arrest De Ranitz/Ontvanger. Daarboven vindt men alleen nog de onmiskenbare vergissingen, die superpreferente boedelschulden opleveren, die de curator dadelijk ongedaan moet maken, zie o.m. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes*).

252 Zie over fiscale boedelvorderingen Steneker & Tekstra 2015, p. 20-21. Het UWV neemt op grond van de Loongarantieregeling doorgaans de loonverplichtingen van de gefailleerde over. Aangezien dit ingevolge art. 40 Fw boedelschulden zijn vanaf de dag van de faillietverklaring en het UWV in de rechten van de werknemers wordt gesubrogeerd, is ook de vordering van het UWV een boedelvordering.

253 Van der Weijden 2012, p. 201 wijst erop dat de verwijzing naar afdeling 6.4.2 BW in art. 51 Fw overbodig is in het geval de pauliana de vernietiging van een overeenkomst betreft, omdat de boedel van rechtswege een vordering uit onverschuldigde betaling op de wederpartij verkrijgt.

254 Van der Weijden 2012, p. 200 en 203.

de afgifte van de zaak kan opschorten, tot de curator haar vordering heeft voldaan. Met betrekking tot *verrekening* geldt dat het niet mogelijk is om de schuld van art. 51 lid 1 Fw te verrekenen met een faillissementsvordering van de wederpartij.[255] Doel en strekking van de actio Pauliana verzetten zich daartegen. Voor *opschorting* moet mijns inziens hetzelfde worden aangenomen als voor verrekening.[256] Dit geldt ongeacht of opschorting de vorm aanneemt van een retentierecht. Wanneer de wederpartij niet bevoegd is om de afgifte op te schorten is een retentierecht geheel niet aan de orde (ook al is de zaak nog in de macht van de wederpartij); aan toepasselijkheid van art. 60 Fw komt men überhaupt niet toe.

8.5 Conclusies

423. In dit hoofdstuk heb ik art. 60 Fw in kaart gebracht. Ik belicht de belangrijkste conclusies van dit hoofdstuk.

Art. 60 lid 1 Fw lijkt op het eerste gezicht overbodig, maar heeft twee duidelijke functies. Ten eerste maakt het duidelijk dat het retentierecht niet – zoals een beslag – van rechtswege vervalt door de faillietverklaring. Daarnaast bakent het de toepassing van art. 60 Fw af: het artikel is in beginsel alleen van toepassing wanneer een schuldeiser een retentierecht heeft op een zaak van de schuldenaar (gefailleerde).

Art. 60 lid 2 Fw bepaalt dat de curator voor zover het in het belang van de boedel is, de vordering van de retentor kan voldoen. In de literatuur is dit wel lossing genoemd, maar dat is het niet. De bestempeling als 'lossing' kan tot verkeerde gevolgtrekkingen leiden, bijvoorbeeld over de hoogte van het aan de retentor te betalen bedragen om de zaak vrij van retentierecht te maken.

255 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465, *NJ* 1995/626 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kuijsters/Gaalman q.q.*), Van der Weijden 2012, p. 204, Wessels III 2013/3247 en Faber 2005/330. Voor zover de boedel echter door de vernietigde handeling is gebaat, heeft de wederpartij ingevolge art. 51 lid 3 Fw een boedelvordering. Van der Weijden 2012, p. 215 wijst erop dat verrekening met deze boedelvordering (en opschorting) wel is aangewezen, opdat de vernietiging niet verder werkt dan tot opheffing van het nadeel. Ook hier heeft mijns inziens voor opschorting (al dan niet door middel van een retentierecht) hetzelfde te gelden als voor verrekening.

256 Faber 2005/330.

In de regel zal de curator weinig aanleiding zien om de retentor integraal te betalen. Art. 60 lid 2 Fw bepaalt dat hij ook de zaak kan opeisen en verkopen. Naar mijn mening betekent 'opeising' niet noodzakelijk dat de zaak uit de macht van de retentor moet zijn gebracht. Het is in veel gevallen praktisch als de zaak daar nog even kan blijven. De kosten die de retentor na opeising maakt (bijvoorbeeld voor opslag), zijn een boedelvordering. Ongeacht of hij opeist, kan de curator de zaak verkopen. Het is voorstelbaar dat de curator de verkoop graag aan de retentor overlaat. De retentor kan de curator bij de verkoop van levering middellijk of onmiddellijk vertegenwoordigen.

Bij verkoop van de zaak behoudt de retentor zijn voorrang op de verkoopopbrengst. Ervan uitgaande dat de retentor een faillissementsschuldeiser is, zal deze voorrang hem niets opleveren wanneer het tot niet meer komt dan een uitkering aan de boedelschuldeisers. Wanneer de zaak niet stuksgewijs, maar *going concern* wordt verkocht, moet de curator toch de verkoopopbrengst van de (teruggehouden en opgeëiste zaak) en de voorrang van de retentor daarop specificeren op de uitdelingslijst. Er is geen reden om de retentor te laten meeprofiteren van de meerwaarde die door een integrale verkoop wordt gerealiseerd; hij heeft recht op voorrang op de executieopbrengst van de zaak.

De opeising van de zaak geschiedt met het oog op haar verkoop, want dat is de enige manier om de voorrang van de retentor te waarborgen. Toch kan het zijn dat de verkoop mislukt. Aansprakelijkheid van de curator is in zo'n geval niet snel aan de orde. Van verkoop is ook geen sprake, wanneer na opeising een akkoord tot stand komt. De retentor moet in het kader van het akkoord dan alsnog worden behandeld als bevoorrechte schuldeiser, ook al wordt de zaak niet meer verkocht. Een ander type gevallen waarin verkoop doorgaans achterwege blijft, is wanneer het retentierecht betrekking heeft op (digitale) administratie. Het nieuwe art. 105b Fw bepaalt dat de curator de administratie onder derden, waaronder bijvoorbeeld clouddiensten en accountants, kan opvorderen en dat deze derden haar leesbaar en ongeschonden ter beschikking moeten stellen. Deze bepaling zet discussies over de interpretatie van het arrest Middendorf/Kouwenberg buiten twijfel. Het arrest kan nog wel een vangnet vormen voor die gevallen waarin discussie bestaat over de reikwijdte van het begrip 'administratie'.

Art. 60 lid 3 Fw bepaalt dat de retentor de curator een termijn kan stellen om zijn rechten uit lid 2 uit te oefenen. De ratio van de termijnstelling, is net als die van art. 58 Fw dat het faillissement voortvarend kan worden afgewikkeld. Bij de vragen wat de curator binnen de termijn moet doen, wat een redelijke termijn is en of de termijn misbruik van recht door de retentor zou kunnen opleveren, is het belangrijk om de verschillende belangen waar art. 60 Fw het oog op heeft goed voor ogen te houden. Het zwaartepunt ligt bij de executie door de curator in het belang van alle schuldeisers; parate executie door de retentor is een ultimum remedium. De wetgever heeft deze oplossing bedacht om de patstelling te doorbreken voor het geval, dat de curator geen reden ziet om de zaak op te eisen in verband met de verwachten opbrengst.

Art. 60 Fw gaat uit van de verhouding retentor – curator en laat de positie van derden-gerechtigden buiten beschouwing. Het ligt echter voor de hand dat de teruggehouden zaak is bezwaard met een pand- of hypotheekrecht. In paragraaf 8.3 heb ik de samenloop tussen de executiebevoegdheid van art. 57 Fw en art. 60 Fw beschreven. De zekerheidsgerechtigde en de retentor kunnen met werking jegens de boedel een afspraak maken om de zaak buiten de boedel om te executeren. Het bedrag dat de separatist aan de retentor heeft betaald, mag hij echter niet verhalen op de opbrengst van de zaak.

In paragraaf 8.4 ten slotte heb ik gevallen besproken waarin het retentierecht pas tijdens faillissement ontstaat. Het fixatiebeginsel staat hier niet aan in de weg. De gefailleerde is ingevolge art. 23 Fw niet bevoegd om de zaak buiten zijn macht te brengen tijdens faillissement; zodat de curator haar zonder meer kan terughalen. Wel is het mogelijk dat de vordering van de retentor pas ontstaat tijdens faillissement. Dit betekent dat nog tijdens faillissement een retentierecht kan ontstaan. Een ander retentierecht dat tijdens faillissement kan ontstaan, is een retentierecht voor een boedelvordering. Ook op dat retentierecht is art. 60 Fw van toepassing, ook al is het er niet voor bedoeld.

HOOFDSTUK 9

RETENTIERECHT IN FAILLISSEMENT VAN DE DERDE-EIGENAAR

9.1 Inleiding

9.1.1 Inleiding op het onderwerp

424. In hoofdstuk 7 en 8 is het 'standaardtype' aan de orde geweest, waarin de schuldenaar van de retentor tevens de eigenaar van de teruggehouden zaak is. Dit is het gevalstype waar art. 60 Fw uitdrukkelijk voor geschreven is. Indien de eigenaar failliet is, valt de zaak in de faillissementsboedel. Uit art. 3:291 jo. 3:292 BW volgt echter dat het retentierecht niet alleen betrekking kan hebben op zaken van de schuldenaar, maar ook op zaken van een derde. In hoofdstuk 6 is het verhaalsrecht jegens de derde-eigenaar buiten faillissement behandeld. Daar kwam ook het gevalstype aan bod waarin de *schuldenaar* van de retentor failleert. Art. 60 Fw is daarop niet van toepassing, omdat de zaak niet in de boedel valt.[1] In dit hoofdstuk behandel ik een andere variant van de combinatie derdenwerking van retentierecht en faillissement, namelijk het retentierecht in faillissement van de *derde-eigenaar*. Een casus waarin dit zou kunnen spelen is bij een levering onder eigendomsvoorbehoud. De koper geeft de geleverde zaken af ter reparatie, maar laat de rekening onbetaald. De reparateur oefent een retentierecht uit op de zaken van de leverancier. De leverancier gaat failliet. Het is nu dus niet de wederpartij van de retentor die failliet is, maar de derde-eigenaar van de teruggehouden zaak.[2] De zaak valt dus als zodanig wel in de failliete boedel, maar de retentor heeft geen vordering op hem en is strikt genomen geen schuldeiser in zijn faillissement. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat enige rekening is gehouden met de toepasselijkheid van art. 60 Fw op dit gevalstype, dat voortvloeit uit het verhaalsrecht van de retentor uit het BW.

---

1 Zie par. 6.4.2.

2 Het arrest HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 (*Rabobank/Reuser*) m.nt. F.M.J. Verstijlen (r.o. 4.2.3), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de eigendomsvoorbehoudkoper *eigendom* onder opschortende voorwaarder verkrijgt, maakt dit mijns inziens niet anders. Zolang de voorwaarde nog niet is vervuld, is de leverancier nog eigenaar. Zie verder Verheul 2018b/8.4.2 en 8.7.

In dit hoofdstuk behandel ik de posities van de curator van de failliete derde, de schuldenaar en de retentor. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Een belangrijk aspect van de posities van de drie betrokkenen is of art. 60 Fw (overeenkomstig) kan worden toegepast om de bevoegdheden van de curator van de eigenaar, van de retentor en van eventuele derden-rechthebbenden te bepalen. In paragraaf 9.2 betoog ik dat art. 60 Fw inderdaad toepasselijk is op het derdenretentierecht in faillissement van de derde. Vervolgens werk ik in paragraaf 9.3 uit welke rechtsgevolgen de toepassing van art. 60 Fw op het derdenretentierecht in faillissement van de derde heeft. Paragraaf 9.4 bevat de conclusies. In dit hoofdstuk veronderstel ik dat aan de vereisten voor het retentierecht en voor de derdenwerking uit het BW is voldaan.

9.1.2 Terminologie

425. Het gaat in dit hoofdstuk steeds om drie partijen: de retentor, de schuldenaar (de wederpartij van de retentor) en de derde (de eigenaar van de teruggehouden zaak). Met name het gebruik van het begrip 'schuldenaar' zou in dit verband tot verwarring kunnen leiden, omdat de Faillissementswet met 'schuldenaar' doelt op de (latere) gefailleerde. Aangezien dit hele hoofdstuk niet gaat over het faillissement van de schuldenaar van de retentor, maar dat van de derde wiens zaak de retentor onder zich heeft, gebruik ik het woord schuldenaar in dit hoofdstuk vanuit het perspectief van de retentor; de 'schuldenaar' is zijn wederpartij en hij heeft voor de vordering op de schuldenaar een verhaalsrecht jegens de derde-eigenaar. Daarmee wijk ik in dit hoofdstuk dus af van het begrip 'schuldenaar' zoals de Faillissementswet dat gebruikt. De gefailleerde derde is in ieder geval ook *iemands* schuldenaar, want anders zou hij niet in de toestand verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 Fw). Maar het is van belang om op te merken dat hij niet per se ook de schuldenaar is van de wederpartij van de retentor (oftewel: van de 'schuldenaar' zoals ik hem in dit hoofdstuk aanduid). In de casus met het eigendomsvoorbehoud die ik hierboven gaf, heeft de koper zelf geen vordering op de gefailleerde leverancier. Hoewel de wet dus de derde-eigenaar ook wel aanduidt als schuldenaar (en hij ook zeker schuldenaar van iemand zal zijn), is hij niet noodzakelijkerwijs schuldenaar van de schuldenaar van de retentor. De gefailleerde duid ik daarom als zodanig aan, of als derde(-eigenaar of -gerechtigde).

De retentor duid ik in dit hoofdstuk ook wel aan met de term 'verhaalsgerechtigde', wanneer ik meer in zijn algemeenheid iets zeg over de behandeling van iemand met een verhaalsrecht jegens (maar geen vordering op) de gefailleerde.

9.2 Art. 60 Fw is toepasselijk op het retentierecht in faillissement van derde-eigenaren

9.2.1 Inleiding

426. Met 'schuldeiser' bedoelen we doorgaans een partij die krachtens een verbintenis tot een prestatie van een ander gerechtigd is. De schuldeiser met een retentierecht is niet gerechtigd tot een prestatie van de derde. Hij mag zich ingevolge art. 3:291 jo. 3:292 BW wel verhalen op de zaak van de derde. Betekent het feit dat de retentor een verhaalsrecht jegens de derde heeft, dat hij aangemerkt kan worden als schuldeiser in de zin van art. 60 Fw? In deze paragraaf onderzoek ik de reikwijdte van het begrip 'schuldeiser' in de zin van art. 60 Fw. Dat doe ik aan de hand van de verschillende klassieke interpretatiemethodes: tekstuele, wetshistorische, systematische en teleologische interpretatie. De uitkomst van de interpretatie van het begrip is dat de retentor met een verhaalsrecht jegens een derde als schuldeiser in de zin van art. 60 Fw heeft te gelden, zodat art. 60 Fw toepasselijk is op het retentierecht in faillissement van derde-eigenaren.[3]

9.2.2 Tekstuele interpretatie van het begrip schuldeiser in art. 60 Fw

427. Als we art. 60 Fw uitsluitend tekstueel[4] zouden interpreteren is het artikel niet van toepassing op het derdenretentierecht. Art. 60 lid 1 Fw bepaalt immers dat *de schuldeiser* die een retentierecht heeft op een *aan de schuldenaar toebehorende* zaak, dit recht niet verliest door faillietverklaring. Een functie van art. 60 lid 1 Fw is de afbakening van het toepassingsgebied

3 Vgl. Biemans 2009a, p. 90; Engels & Ourhris 2016, p. 130. Anders: Wessels III 2013/3491 en Goethals & Hekman 2018, p. 218.

4 De handboeken algemene rechtsleer noemen deze interpretatiemethode overigens doorgaans 'grammaticale' interpretatie. Verheugt 2015/8.1 merkt op dat de term grammaticaal te beperkt is. Het gaat volgens hem bij deze methode om het vinden van de algemene betekenis van een term in de wettekst. Ik gebruik afwisselend 'grammaticaal' en 'tekstueel' en bedoel daarmee hetzelfde.

van leden 2, 3 en 4 van het artikel. Als art. 60 lid 1 Fw toepassing uitsluit, is de rest van het artikel ook niet toepasselijk op een gevalstype.[5] In het vermogensrecht bedoelen we met begrip 'schuldeiser' normaal gesproken degene met een vordering op een ander; degene die krachtens een verbintenis gerechtigd is tot een prestatie. De retentor die een zaak van een derde terughoudt is niet zelf schuldeiser van de derde, maar heeft alleen een verhaalsrecht op het goed van de failliete derde.[6] De derde-eigenaar is geen schuldenaar want dat is alleen degene die krachtens een verbintenis verplicht is om iets te doen of na te laten jegens de schuldeiser.[7] Op basis van een geïsoleerde grammaticale interpretatie leent art. 60 Fw zich dus niet voor toepassing. Die niet-toepasselijkheid zou betekenen dat de retentor zijn retentierecht aan de curator kan blijven tegenwerpen. De curator kan de zaak niet opeisen bij de retentor. Bij deze benadering past dat art. 33 Fw evenmin van toepassing is, zodat de retentor zich buiten het faillissement van de derde-eigenaar op de zaak zou kunnen verhalen.[8] Maar volstaan met een tekstuele interpretatie van art. 60 Fw zou te kort door de bocht gaan, gelet op (recente) ontwikkelingen in de rechtspraak en wetgeving over het begrip 'schuldeiser' in de Faillissementswet.

9.2.3 Systematische analyse van het begrip schuldeiser in de Faillissementswet

428. De vraag of de retentor, die strikt genomen niet de schuldeiser van de failliete derde is, wel als zodanig kan worden behandeld in het faillissement van de derde-eigenaar, doet de meer algemene vraag opkomen naar de reikwijdte van het begrip 'schuldeiser' in de zin van de Faillissementswet. De Faillissementswet geeft er geen omschrijving van. Molengraaff geeft van 'schuldeisers' deze omschrijving: "[zij] die voldoening uit den boedel kunnen vorderen (op den boedel verhaal kunnen nemen)."[9] In de omschrijving van Molengraaff zit een indicatie dat het voor het begrip schuldeiser in de zin van de Faillissementswet relevant is, of een partij zich kan *verhalen* op de boedel. Het valt ook op dat een referentie naar het begrip

5 Zie par. 8.2.2.3.
6 Zie over het begrip 'verhaalsrecht' uitgebreider par. 6.2.3. Het is denkbaar dat de retentor niet alleen verhaalsgerechtigd, maar ook 'echte' schuldeiser van de gefailleerde derde is uit hoofde van ongerechtvaardogde verrijking. Die mogelijkheid blijft hier verder buiten beschouwing.
7 Zie Biemans 2009a, p. 80.
8 Biemans 2009a, p. 88.
9 Molengraaff 1912, p. 781.

schuldeiser in de zin van 'de actieve zijde van de verbintenis' daarentegen achterwege blijft bij Molengraaff. De benadering die Molengraaff lijkt voor te staan, sluit goed aan bij het karakter van het faillissement als een gecollectiviseerde verhaalsprocedure op het vermogen van de gefailleerde. Aangezien het vermogen strekt tot verhaal op het vermogen van de gefailleerde, moeten ook die partijen die alleen een bijzonder verhaalsrecht jegens de gefailleerde hebben, maar geen vordering, in het faillissement worden meegenomen.

429. Ook in de jurisprudentie is een ontwikkeling te zien die duidt op een ruime interpretatie van het begrip 'schuldeiser' in de Faillissementswet, in die zin dat niet alleen degenen die krachtens een verbintenis een prestatie van de schuldenaar tegoed hebben, maar ook zij die (uitsluitend) een verhaalsrecht jegens hem hebben aangemerkt worden als schuldeiser.

In de eerste plaats oordeelde de Hoge Raad in het arrest Megalim/De Veenbloem dat de openbaar pandhouder bevoegd is het faillissement van de debiteur van de aan hem verpande vordering aan te vragen.[10] De openbaar pandhouder is op grond van art. 3:246 lid 1 BW inningsbevoegd. Deze inningsbevoegdheid omvat volgens de Hoge Raad de bevoegdheid tot verhaal van zijn vordering op het vermogen van de schuldenaar (hier is bedoeld: het vermogen van de schuldenaar van de verpande vordering).[11] Direct daarna overweegt de Hoge Raad dat ook de bevoegdheid tot aanvraag van het faillissement strekt tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar. Daarom moet volgens de Hoge Raad "de houder van een pandrecht op een vordering vanaf het moment dat dit pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw."[12] De Hoge Raad is dus bereid om het begrip schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Faillissementswet op te rekken, tot de pandhouder, die niet een vordering, maar alleen een verhaalsrecht heeft jegens de schuldenaar van de verpande vordering. Met betrekking tot de retentor kan tegen dit argument in worden gebracht, dat

10 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833, *JOR* 2017/25, m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*).

11 HR 9 december 2016, *JOR* 2017/25 m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*), r.o. 3.3.4.

12 HR 9 december 2016, *JOR* 2017/25 m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*), r.o. 3.3.4. Vgl. ook HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *JOR* 2003/211 m.nt. J.J. van Hees *(ICH/UPC)*, r.o. 3.8.3 waarin de Hoge Raad *beneficial owners* van obligaties op één lijn stelde met schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissemenswet. Daarom hadden de *beneficial owners* het recht om te stemmen over een akkoord.

wanneer de pandhouder mededeling doet van zijn pandrecht, de bevoegdheden van de pandgever die zien op verhaal (zoals de aanvraag van het faillissement) uitsluitend nog toekomen aan de pandhouder. Na mededeling heeft de pandgever deze bevoegdheden alleen nog wanneer hij daarvoor toestemming heeft van de pandgever of machtiging van de kantonrechter (art. 3:246 lid 4 BW). Hierin ligt een verschil met het verhaalsrecht van de retentor. De retentor mag de vordering, die hij heeft op de schuldenaar, verhalen op de zaak van een derde. Dat verhaalsrecht doet niets af aan het verhaalsrecht (in de zin van art. 3:276 BW) van de schuldenaar zelf jegens de gefailleerde, wanneer de schuldenaar van de retentor zelf een vordering op de gefailleerde heeft. Anders dan bij pandrechten op vorderingen, waar de pandgever als schuldenaar van de pandhouder zijn eigen vorderingen verpandt, is bij het retentierecht niet eens vanzelfsprekend dat de schuldenaar zelf ook schuldeiser is (van de gefailleerde).[13] Maar ook als hij dat wel is, dan behoudt hij voor die vordering uiteraard het recht om op het gehele vermogen van de (failliete) schuldenaar verhaal te nemen en de teruggehouden zaak maakt daar ook deel van uit. Hij kan bijvoorbeeld ingevolge art. 1 lid 1 Fw ook nog steeds zelf het faillissement aanvragen van de derde. Dit behoud van de eventuele eigen verhaalsbevoegdheid van de schuldenaar jegens de gefailleerde doet echter niet *af* aan het verhaalsrecht van de retentor. Hoogstens kan het betekenen dat de schuldenaar en de retentor concurrerende schuldeisers zijn in het faillissement van de derde. De onderscheidenlijke positie van de openbaar pandhouder enerzijds en de retentor met een derdenverhaalsrecht anderzijds neemt niet weg dat beide een verhaalsrecht jegens een (failliete) derde die niet de schuldenaar is geven. Uit het arrest Megalim/De Veenbloem volgt dat de verhaalsgerechtigde pandhouder kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw. De Hoge Raad is dus bereid om het begrip schuldeiser in de Faillissementswet op te rekken tot partijen met een verhaalsrecht jegens de gefailleerde.

Een andere aanwijzing daarvoor was al te vinden in het arrest Ontvanger/De Jong q.q.[14] De fiscus legde beslag op zaken (machines) van Rodem. Rodem droeg deze machines in weerwil van het beslag over aan Maico, een gelieerde vennootschap. Vervolgens gingen zowel Rodem als Maico failliet. De curator van Maico heeft de zaken verkocht. De ontvanger heeft

13 Zie par. 9.1.2.

14 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*).

op de voet van 481 Rv verzocht een rechter-commissaris te benoemen ten overstaan van wie een rangregeling kon worden getroffen om de opbrengst van die verkoop te verdelen. De fiscus stelt zich op het standpunt dat hij ondanks het faillissement van Maico, de derde-eigenaar, zich buiten faillissement op de netto-executieopbrengst mag verhalen. De fiscus voert aan dat de overdracht niet jegens hem werkt in verband met art. 3:90 lid 2 BW en 453a Rv. Het beslag van de fiscus is volgens hem niet vervallen op de voet van art. 33 lid 2 Fw. De vordering van de fiscus wordt in drie instanties afgewezen. De Hoge Raad overweegt dat de verhaalsbevoegdheid van de fiscus niet teniet is gegaan, maar slechts nog door de curator van de derde kan worden uitgeoefend. Volgens de Hoge Raad kan de beslaglegger "ook al is de gefailleerde niet zijn schuldenaar, in het faillissement opkomen voor zijn vordering uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak."[15] De beslaglegger zal volgens de Hoge Raad hetgeen hem toekomt via de uitdelingslijst moeten ontvangen.

Het arrest Ontvanger/De Jong q.q. heeft veel stof doen opwaaien.[16] De kritiek op het oordeel komt er in de kern op neer dat de beslaglegger niet zou behoren mee lopen in de concursus met de andere schuldeisers van de derde, maar zijn beslag zou mogen vervolgen en zich eerst op de opbrengst van het beslagen goed zou mogen verhalen. De critici beroepen zich met name op art. 453a lid 1 Rv, waarin staat dat een vervreemding in weerwil van het beslag niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Nu de beslaglegger volgens de Hoge Raad heeft te gelden als een van de schuldeisers van de failliete derde-verkrijger, betekent dat volgens de critici in feite dat de overdracht wél tegen hem kan worden ingeroepen; de zaken zijn volledig eigendom geworden van de derde. Volgens de meerderheid in de literatuur betekent dat dat de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/De Jong definitief heeft gekozen voor de opvatting dat beslag 'zaaksgevolg' heeft.[17] Weer anderen menen dat de Hoge Raad dit niet heeft gedaan,[18] dan

15 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*), r.o. 3.5.

16 Zie o.m. Van Swaaij & Oude Kempers 2009, p. 1022-1029, Verdaas 2009, p. 341-347, Westrik 2009, p. 383-385, Van den Heuvel 2009, p. 668-683.

17 A-G Wesseling-van Gent merkt in nr. 2.16 van haar conclusie voor Ontvanger/De Jong op dat de Hoge Raad deze keuze al had gemaakt in zijn arrest van 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351, *NJ* 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*), zie ook nr. 2 van de noot van Van Mierlo in *NJ* 2009/376 onder Ontvanger/De Jong, Van den Heuvel 2009, p. 668 en Van Loon 2012, p. 100.

18 Van der Kwaak 2009, p. 136-137.

wel dat deze keuze onjuist is.[19] Hoe het ook zij, de beslaglegger kan zijn beslag niet meer vervolgen buiten het faillissement van de derde-verkrijger om. Nu de Hoge Raad in Ontvanger/De Jong heeft geoordeeld dat de Ontvanger in het arrest eveneens een verhaalsrecht (de Hoge Raad spreekt van een 'verhaalsbevoegdheid', maar hiermee is hetzelfde bedoeld) jegens de derde (Maico) had uit hoofde van het beslag, terwijl hij slechts een vordering had op de belastingschuldige (Rodem), is de casus vergelijkbaar met het retentierecht op de zaak van een derde. Doordat de zaak die wordt overgedragen door de beslagene ook vanuit het perspectief van de beslaglegger tot het vermogen van de derde-verkrijger behoort, lopen de hoedanigheid van schuldenaar en eigenaar van het verhaalsobject uiteen. De schuldeiser heeft dan nog wel een verhaalsbevoegdheid, maar kan deze de executie niet (meer) individueel voortzetten. Uit het arrest volgt dat zo'n partij haar vordering kan indienen in het faillissement van de derde, om via de uitdelingslijst daaruit 'naar zijn rang' te worden voldaan.

Deze behandeling van een verhaalsgerechtigde in het faillissement van een derde gaat lang terug. In een arrest van de Hoge Raad uit 1928 erkent de Hoge Raad al het verhaalsrecht van een bevoorrechte schuldeiser in het faillissement van een derde-niet-schuldenaar.[20] Dat arrest ging over het verhaalsrecht van een verhuurder, die krachtens zijn verhuurdersprivilege een verhaalsrecht had jegens de failliete echtgenoot van zijn huurster (de schuldenaar).[21] Man en vrouw waren niet in gemeenschap van goederen getrouwd, zodat de verhuurder een vordering had op zijn huurster, terwijl hij zich door middel van beslag (mede) probeerde te verhalen op de failliete derde (de echtgenoot). In navolging van het hof overwoog de Hoge Raad dat de curator de boedel van de gefailleerde moet liquideren en dat hij dit niet slechts ten behoeve van de schuldeisers, maar ook met inachtneming van de rechten van derden doet. Het voorrecht van de verhuurder ex art. 1185 en 1186 (oud) BW is niet teniet gegaan, ook al kon de verhuurder sinds het faillissement van de echtgenoot zijn recht niet meer uitoefenen door middel van beslag. De Hoge Raad oordeelt dat de verhuurder in het faillissement van de derde-eigenaar kan opkomen "voor zijne

19 Westrik 2009, p. 383-385.

20 HR 29 juni 1928, *NJ* 1928/1577 m.nt. E.M. Meijers, W 11880 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*H.X. M./Donker Curtius q.q.*).

21 Het verhuurdersprivilege uit het oude recht hield in dat de verhuurder op grond van art. 1185 lid 2 jo. 1189 (oud) BW bevoorrecht was en een op het huidige art. 22 Iw gelijkend bodemrecht had.

vordering uitsluitend om daarin naar den hem toekomenden rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de hierbedoelde goederen."[22]

In zijn annotatie onder het arrest constateert Meijers dat de Hoge Raad in het arrest een "vrije uitlegging" van het begrip 'schuldeiser' in de Faillissementswet geeft. Meijers sluit zich aan bij de ruime opvatting van de Hoge Raad met betrekking tot het verhaalsrecht in faillissement.

430. De bestendige visie van de Hoge Raad op het verhaalsrecht van een niet-schuldeiser in het faillissement van de derde past goed bij het huwelijksvermogensfaillissementsrecht. Het huwelijksvermogensrecht biedt een goede vergelijking voor de onderhavige vragen, omdat het bestaan van een gemeenschap van goederen, terwijl de echtgenoten (eveneens) privéschuldeisers hebben,[23] betekent dat deze privéschuldeisers een vordering hebben op de ene echtgenoot, maar een verhaalsrecht hebben op de gemeenschap. Art. 1:96 lid 1 BW bepaalt immers dat voor een schuld van een echtgenoot de goederen der gemeenschap kunnen worden uitgewonnen als zijn eigen goederen. De privéschuldeisers van een echtgenoot hebben dus een verhaalsrecht op de gemeenschap, zonder dat de gemeenschap hun schuldenaar is; schuldenaar is alleen de echtgenoot in privé. Art. 63 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van een van de echtgenoten als faillissement van de gemeenschap wordt behandeld.[24] Het faillissement van een echtgenoot omvat dus zijn privégoederen en alle gemeenschapsgoederen.[25] Als nu een privéschuldeiser van de *niet-failliete* echtgenoot een vordering op die echtgenoot wil verhalen, terwijl diens goederen onvoldoende verhaal bieden, is het voorstelbaar dat deze schuldeiser zich via het faillissement op de gemeenschapsgoederen wil verhalen. Art. 63 lid 1 tweede zin Fw bepaalt over deze verhaalsmogelijkheid in het faillissement van de gemeenschap het volgende: "Het (d.w.z. het faillissement van de echtgenoot

22 HR 29 juni 1928, *NJ* 1928/1577 m.nt. E.M. Meijers, W 11880 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*H.X. M./Donker Curtius q.q.*).

23 Zie voor het begrip privéschuldeisers par. 6.2.3.

24 Salomons 2011, p. 99 schrijft dat de formulering van art. 63 lid 1 Fw te beperkt is, omdat het artikellid voorbijgaat aan het niet-gemeenschappelijke vermogen van de gefailleerde, dat ook onderdeel uitmaakt van de faillissementsboedel.

25 Salomons 2011, p. 101, Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016/534. Dit strookt met het gegeven dat beide echtgenoten in de huwelijksgemeenschap voor het geheel gerechtigd zijn, zie art. 1:94 lid 1 BW, waarover Nuytinck 2018/113 en HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:156, *NJ* 2017/226 m.nt. L.C.A. Verstappen, r.o. 5.2.4.

die in gemeenschap van goederen is gehuwd, MAH) omvat, behoudens de uitzonderingen van art. 21, alle goederen, die in de gemeenschap vallen, en strekt ten behoeve van alle schuldeisers, *die op de goederen der gemeenschap verhaal hebben*." (mijn cursivering). Onder 'schuldeiser' in de zin van art. 63 Fw vallen al met al ook partijen die geen vordering op de huwelijksgoederengemeenschap hebben, maar alleen een verhaalsrecht.[26] Er bestaat geen twijfel over, dat de bedoelde privéschuldeiser ook zijn vordering ter verificatie kan indienen bij de curator. De curator kan deze schuldeiser overeenkomstig art. 1:96 lid 2 BW eventueel verwijzen naar het vermogen van de niet-failliete echtgenoot.

9.2.4 Uit de wetsgeschiedenis volgt geen tegenargument

431. De wettelijke verankering van de derdenwerking van het retentierecht in het (nieuw) BW, heeft juist op het punt van derdenwerking veel duidelijkheid geschapen. Het maakte een einde aan uitgebreide discussie in de literatuur en uiteenlopende rechtspraak onder het Oud BW over de positie van de retentor tegenover derden met rechten op de zaak. In de regeling van het retentierecht in de Faillissementswet is veel minder dan in het BW rekening gehouden met derden-betrokkenen. In hoofdstuk 8 bleek al dat de positie van separatisten met betrekking tot de zaak niet onder ogen is gezien (en dat dat heeft geleid tot uiteenlopende opvattingen in de literatuur over de verhouding tussen art. 57 en art. 60 Fw).[27] Ook met de positie van een derde-eigenaar van de zaak lijkt geen rekening te zijn gehouden bij de aanpassing van de Faillissementswet. Uit het feit dat simpelweg niet is gedacht aan deze mogelijkheid, volgt in ieder geval geen argument *tegen* toepasselijkheid van art. 60 Fw.

9.2.5 De ratio van art. 60 Fw en art. 3:292 jo. 3:292 BW brengt overeenkomstige toepassing mee

432. Ook de ratio van art. 60 Fw brengt mee dat de retentor als schuldeiser kan worden aangemerkt in het faillissement van de derde. Om dit te beargumenteren zet ik aan de hand van twee belangrijke uitgangspunten van art. 60 Fw uiteen, dat toepassing van art. 60 Fw op dit geval rechtvaardig en doelmatig is. In paragraaf 8.1.1 kwam al aan de orde dat het doorbreken

26 Salomons 2011, p. 103.
27 Zie par. 8.3.3.

van de patstelling een belangrijke reden is voor de opeisingsbevoegdheid van de curator. Dit motief ligt ook ten grondslag aan het derdenverhaalsrecht dat de retentor door het BW wordt toebedeeld.[28] En in paragraaf 8.2.6.2 heb ik uiteengezet dat de voortgang van executie van de teruggehouden zaak de reden is, dat de retentor de curator een termijn kan stellen om op te eisen en te verkopen.

433. In de eerste plaats is het doorbreken van de patstelling een belangrijk uitgangspunt van art. 60 Fw en van art. 3:292 jo. 3:291 BW. De opeisingsbevoegdheid van de curator is misschien wel de belangrijkste wijziging van de regeling van het retentierecht in faillissement die in werking is sinds 1 januari 1992. Vóór 1992 kon gemakkelijk een patstelling ontstaan, omdat de retentor niet hoefde af te geven voordat hij geheel was betaald, terwijl het voor de curator praktisch onuitvoerbaar was om de zaak te executeren, terwijl deze zich bij de retentor bevond. Door de bevoegdheid tot opeising is deze patstelling verleden tijd. Wanneer toepassing van art. 60 lid 2 Fw daarentegen niet aan de orde zou zijn, zou de patstelling van het retentierecht bij het derdenretentierecht nog steeds compleet zijn. De curator zou niet kunnen opeisen, terwijl de retentor gelet op het faillissement van de derde (en bij gebreke van toepasselijkheid van art. 60 Fw) zich niet meer zou kunnen verhalen door indiening van zijn vordering in het faillissement. Wanneer de schuldenaar zelf ook geen verhaal biedt voor de retentor, zou de patstelling onvermijdelijk zijn. Het is echter niet in te zien waarom het doorbreken van de impasse voor de afwikkeling van het faillissement van een derde minder dringend zou zijn dan in het faillissement van de schuldenaar zelf. Bovendien is het belang van de retentor gediend bij de mogelijkheid om zijn vordering in te dienen ter verificatie. Zonder de behandeling van de retentor als schuldeiser in het faillissement van de derde en toepassing van art. 60 Fw zou niet alleen de curator, maar ook de retentor slechter af zijn.

434. Het tweede uitgangspunt van art. 60 Fw dat mijns inziens meespeelt bij de toepasselijkheid op het derdenretentierecht, is het uitgangspunt van de voortvarende executie van de zaak door de curator. Door de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw wordt de curator gemaand om met enige voortvarendheid de zaak op te eisen en te verkopen. Bij ongebruikte ommekomst van de termijn krijgt de retentor het recht om de zaak paraat te executeren.

28 Zie par. 6.2.4.

Lid 3 beoogt te waarborgen dat er *iets* met de zaak gebeurt, zelfs als de curator het niet ziet zitten om haar op te eisen en te verkopen. Als art. 60 Fw niet van toepassing zou zijn op het derdenretentierecht, zou deze prikkel tot voortvarend handelen er ook niet zijn. De retentor zou niet op een zeker moment het recht krijgen om paraat te executeren. Op die manier duurt de terughouding voort, zonder perspectief.

Verder kan worden vermeld dat het Voorontwerp Insolventiewet een wijziging van art. 60 Fw bevat met deze strekking. Art. 60 lid 1 luidde in het Voorontwerp als volgt (art. 3.6.13 van het Voorontwerp): "Degene die retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak, verliest dit recht niet door de insolventverklaring." De verklaring die in de toelichting van de Commissie Insolventierecht geeft is kort maar krachtig: "'De schuldeiser' is vervangen door 'Degene', omdat ook een niet-schuldeiser een retentierecht kan hebben."[29] Misschien heeft dit argument geen doorslaggevende betekenis omdat het Voorontwerp nooit wet is geworden, maar het Voorontwerp biedt wel een goede weergave van het denken over veel faillissementsrechtelijke thema's. Bovendien heeft het Voorontwerp aantoonbaar nut gehad bij de recente afschaffing van de leden 2 t/m 6 van art. 61 Fw in het kader van de Wet Beperking gemeenschap van goederen.[30] In de memorie van toelichting bij de wet wordt gerefereerd aan de uit het Voorontwerp Insolventiewet afkomstige wens om art. 61 Fw te actualiseren.[31]

9.2.6 Tussenconclusie

435. Een geïsoleerde grammaticale interpretatie van het begrip schuldeiser in art. 60 Fw sluit toepassing op het derdenretentierecht uit. Maar een systematische analyse van een aantal vergelijkbare gevallen waarin de positie van een verhaalsgerechtigde jegens een failliete derde aan de orde is, laat zien dat zowel de wetgever als de Hoge Raad bereid is om degene met een verhaalsrecht, maar zonder vordering op de gefailleerde, in het faillissement van de derde net zo te behandelen als een 'echte' schuldeiser van die derde. Ook de ratio van art. 60 Fw pleit voor toepassing op het derdenretentierecht.

29 Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 270.

30 Wet van 24 april 2017 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet teneinde de omvang van de wettelijke gemeenschap van goederen te beperken, *Stb.* 2017, 177.

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33987, nr. 3, p. 20. Zie Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 219-220.

Op basis van mijn analyse kan ik nog niet concluderen dat *iedere* verhaalsgerechtigde-niet-schuldeiser in *alle* opzichten gelijkgesteld moet worden met een 'schuldeiser' als bedoeld in de Faillissementswet, maar een ontwikkeling in die richting is in ieder geval waarneembaar. Wat betreft het retentierecht is de conclusie op basis van het "aftasten van het systeem"[32] van jurisprudentie van de Hoge Raad, de visie van de wetgever op het verhaalsrecht in het huwelijksvermogensrecht en de ratio van art. 60 Fw en die van art. 3:292 jo. 3:291 BW dat een retentor met een verhaalsrecht op de zaak van een failliete derde als 'schuldeiser' in de zin van art. 60 Fw kan worden aangemerkt. De consequenties hiervan voor de posities van de curator van de derde, de schuldenaar en de retentor komen aan bod in paragraaf 9.3.

9.3 Uitwerking van de toepassing van art. 60 Fw op het derdenretentierecht

9.3.1 Inleiding

436. In paragraaf 9.2 heb ik betoogd dat art. 60 Fw ook van toepassing is op het retentierecht dat wordt uitgeoefend op de zaak van een derde in het faillissement van die derde. Doordat lid 1 van art. 60 Fw functioneert als een toegangspoortje naar leden 2, 3 en 4, beheerst het gehele artikel de verhouding tussen de curator van de failliete derde en de retentor. Maar met die constatering zijn we er nog niet helemaal.

Op het eerste gezicht is het recept dat art. 60 Fw uitschrijft voor het derdenretentierecht wellicht duidelijk. Het ziet er als volgt uit: de curator van de derde-eigenaar mag de zaak opeisen bij de retentor. De retentor kan zijn vordering ter verificatie indienen bij de curator van de derde. Ondanks de opeising behoudt de retentor voorrang bij de uitdeling van de executieopbrengst. Ingevolge art. 60 lid 3 Fw kan hij de curator van de derde een termijn stellen om op te eisen en te verkopen. Bij ongebruikt verstrijken van de termijn, krijgt hij het recht van parate executie op de teruggehouden zaak. De verplichtingen tot het per exploot aan de curator aanzeggen van de executie en de inschrijving van dit exploot uit art. 60 lid 4 Fw gelden dan natuurlijk eveneens voor hem. In grote lijnen geeft dit de gang van zaken weer.

32 Deze terminologie ontleen ik aan Schoordijk 1996, p. 862-863.

Maar er kunnen ook specifieke complicaties opkomen, vanwege het feit dat iemand die niet schuldeiser van de gefailleerde is, wel voldoening van zijn vordering via het faillissement zoekt. Een aantal van die complicaties behandel ik in de komende paragrafen. In het hiervoor beschreven recept bleef bijvoorbeeld de positie van de schuldenaar buiten beschouwing. Maar een opeising door de curator zou niet diens gebruiksrecht (als hij dat heeft) moeten kunnen ondergraven. Over de positie van de schuldenaar gaat paragraaf 9.3.2. In paragraaf 9.3.3 behandel ik de verificatie van de vordering van de retentor en hoe de curator zijn vordering moet toetsen, of bestrijden in een renvooiprocedure, nu de gefailleerde niet de schuldenaar is. Verder is de vraag hoe met de voorrang van de retentor op één enkel boedelbestanddeel moet worden omgegaan in het faillissement van de derde; daarover gaat paragraaf 9.3.4.

9.3.2 De positie van de schuldenaar

437. De positie van de schuldenaar bij de toepassing van art. 60 Fw op het derdenretentierecht is tot nu toe nog buiten beschouwing gelaten. In deze paragraaf bespreek ik twee aspecten van zijn positie bij toepassing van art. 60 Fw op het derdenretentierecht: de toepassing van art. 60 Fw terwijl het (gebruiks)recht van de schuldenaar voortduurt en de subsidiariteit van het verhaalsrecht van de retentor jegens de gefailleerde derde.[33]

De opeising door de curator van art. 60 lid 2 Fw kan niet een bevoegd voortgezet gebruiksrecht ten laste van de boedel – dat niet kan worden beëindigd omdat daarvoor actieve wanprestatie van de curator nodig zou zijn – doorbreken. Dit betoog heb ik voor de tweepartijencasus reeds gehouden in hoofdstuk 7. Het is onverminderd toepasselijk in het hier besproken geval. Met andere woorden: de curator van de failliete derde kan niet de zaak bij de retentor opeisen met een beroep op art. 60 lid 2 Fw, wanneer de schuldenaar nog een gebruiksrecht heeft dat door de curator moet worden gerespecteerd vanwege het Berzona-arrest.[34] Neem

33 Met betrekking tot de positie van de schuldenaar kan ook nog de vraag opkomen of afgifte door de retentor (als gevolg van opeising door de curator van de derde) wanprestatie jegens de schuldenaar mee kan brengen. Deze vraag, die ligt op het terrein van het contractenrecht, blijft verder buiten beschouwing.

34 Vgl. art. 3:124 BW, waarin is bepaald dat wanneer de rechthebbende een goed bij een houder (voor een ander) opeist, rekening moet worden gehouden met de rechtsverhouding waarin de houder tot die ander stond. Zie over art. 3:124 BW ook par. 2.3.4.

het voorbeeld waarin een auto geleased wordt, de lessee deze (bevoegdelijk) ter reparatie afgeeft maar de rekening niet betaalt. De reparateur roept een retentierecht in. De leasemaatschappij failleert. In dit geval kan (de opeisingsbevoegdheid van de curator uit) art. 60 Fw op zichzelf niet het recht van de lessee doorbreken, wanneer deze nog zijn gebruiksrecht ten laste van de boedel zou mogen voortzetten. Zoals ik in hoofdstuk 7 heb betoogd, is art. 60 Fw alleen toepasselijk, wanneer het recht van de retentor om de macht over de zaak te hebben, is geëindigd. Dit geldt ook voor de toepassing van art. 60 Fw op een derdenretentierecht; ook in dit geval is art. 60 Fw alleen van toepassing wanneer de rechtsverhouding tussen de gefailleerde en de schuldenaar tijdens faillissement eindigt. De curator mag er niet van profiteren dat niet de schuldenaar zelf, maar diens contractuele wederpartij de feitelijke macht heeft. En het feit dat de schuldenaar de zaak uit handen heeft gegeven betekent niet ook dat hij daarmee zijn (gebruiks)recht met betrekking tot de zaak opgeeft. Een ander voorbeeld is een retentierecht dat door een onderaannemer wordt uitgeoefend op de zaak van de (failliete) opdrachtgever, voor een vordering op de aannemer. Pas wanneer de aannemer zelf niet langer gerechtigd is tot feitelijke macht (bijvoorbeeld wanneer de aannemer ontbindt, of de curator (bevoegd) de aannemingsovereenkomst opzegt), kan de curator van de failliete opdrachtgever de zaak ingevolge art. 60 lid 2 Fw opeisen bij de retinerende onderaannemer.

438. Voorts zou de vraag kunnen opkomen, of de retentor zich niet eerst (met behulp van zijn 'art. 3:276 BW-verhaalsrecht') moet verhalen op de schuldenaar, voordat hij zich verhaalt op de zaak van de derde in diens faillissement. In lijn met hetgeen ik in hoofdstuk 6 heb geschreven met betrekking tot het onderwerp van subsidiariteit,[35] meen ik dat ook hier geen sprake is van een verplichte volgorde. Het enkele feit dat de derde failliet is, brengt mijns inziens geen subsidiariteit van het verhaalsrecht jegens de derde mee. Ook in dit geval kan het echter zijn dat bij uitzondering toch een verhaalsvolgorde moet worden aangenomen. De omstandigheden die ik heb genoemd in paragraaf 6.2.6 zijn hierop eveneens van toepassing.

35 Zie par. 6.2.6.

9.3.3 *Verificatie*

439. Volgens de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/De Jong verkrijgt de verhaalsgerechtigde (in het arrest: de beslaglegger) het hem toekomende 'via de uitdelingslijst'. Hij kan zich niet door middel van beslagexecutie, buiten het faillissement van de derde om, verhalen op de teruggehouden zaak. Beslagen vervallen immers ingevolge art. 33 lid 2 Fw en dit geldt ook in faillissement van de derde.[36] De verhaalsgerechtigde, in mijn geval de retentor, kan zijn vordering indienen ter verificatie in het faillissement van de derde.[37] Dit sluit aan bij de vaststelling in paragraaf 9.2 dat de retentor als schuldeiser in het faillissement van de derde moet worden behandeld. Moeilijkheid van verificatie is wel, dat de derde niet de schuldenaar van de vordering is. Verificatie geschiedt ingevolge art. 110 lid 1 Fw door overlegging van een rekening of een schriftelijke verklaring en door bewijsstukken daarvan. Ook moet de retentor bij de verificatie aangeven dat hij aanspraak maakt op een retentierecht. Art. 111 Fw bepaalt dat de curator de ingezonden stukken toetst aan de administratie van de gefailleerde. Hier doet zich het probleem voor dat de administratie van de gefailleerde geen gegevens bevat over deze schuld, aangezien de gefailleerde niet de schuldenaar van de retentor is. Wat betreft de behoefte aan informatie om de positie van de retentor ter discussie te stellen, moet een onderscheid worden gemaakt tussen het bestaan en/of de hoogte van de vordering van de retentor, het retentierecht en de derdenwerking ervan. Wat dit laatste betreft, zou het goed kunnen dat de gefailleerde zelf wel over de relevante informatie beschikt, omdat derdenwerking wordt aangenomen wanneer de schuldenaar jegens de gefailleerde derde bevoegd was om de overeenkomst met de reparateur aan te gaan (of de retentor daar niet aan hoefde te twijfelen). Maar wat betreft het bestaan of de hoogte van de vordering, beschikt de curator waarschijnlijk niet zelf over informatie. Art. 105b lid 1 Fw over de

36 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*), r.o. 3.5; in dezelfde zin nr. 2.27 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent voor het arrest. Hetzelfde geldt wanneer de fiscus zich op basis van zijn bodemrecht wil verhalen op zaken van derden die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden en deze derde failleert, zie art. 22.6 Leidraad Invordering 2008 en Tekstra 2018, p. 42, voetnoot 13. Art. 22.6 bepaalt dat de fiscus zijn vordering indient "tot een bedrag gelijk aan de waarde in het economisch verkeer van de in beslag genomen zaken, maar ten hoogste tot het bedrag van de vordering".

37 Wessels V 2014/5025. Anders: Biemans 2009b, p. 157.

opeising van de administratie van de gefailleerde bij derden zou een opening kunnen bieden, maar daarvoor zou het artikel zeer ruim moeten worden uitgelegd, omdat een geschrift van een prestatie waarvan een ander schuldenaar is, moeilijk kan worden gekwalificeerd als administratie *van de gefailleerde*. Een meer geschikte grondslag voor het verkrijgen van inlichtingen van de schuldenaar over de vordering en over het retentierecht is art. 68 Fw. Nu de retentor wordt behandeld als schuldeiser in het faillissement van de derde, voert de curator het beheer over de boedel ook ten behoeve van de retentor. Daarbij past dat een wederpartij van de gefailleerde desgevraagd inlichtingen verstrekt aan de curator. De schuldenaar heeft er bovendien belang bij om de curator ter wille te zijn bij het bestrijden van de vordering van de retentor, omdat als de zaak van de gefailleerde wordt uitgewonnen voor zijn schuld, de boedel wordt gesubrogeerd in de vordering van de retentor op de schuldenaar.[38] De curator zal dan alsnog van de schuldenaar betaling vorderen van de vordering van de retentor. Als de schuldenaar zelf niet ook schuldeiser is van de gefailleerde, heeft hij geen kans om de vordering van de retentor te betwisten op de verificatievergadering. Dit zou mee kunnen brengen, dat de schuldenaar zich geroepen voelt om het ijzer te smeden als het heet is en de curator op eerste afroep te voorzien van informatie om de vordering van de retentor te betwisten.

(Mede) met behulp van deze inlichtingen moet de curator de vordering van de retentor op de lijst met voorlopig erkende of voorlopig betwiste vorderingen plaatsen (art. 112 Fw). Art. 113 Fw bepaalt dat wanneer de curator alleen de voorrang of het retentierecht betwist, de vordering op de lijst met voorlopig erkende schuldvorderingen wordt gezet. Dit geldt gelijkelijk voor het retentierecht van een niet-schuldeiser, zoals in dit hoofdstuk aan de orde is. Wanneer de vordering van de retentor na de verificatievergadering wordt betwist, beproeft de rechter-commissaris eerst een schikking (art. 122 lid 1 Fw). Wanneer dit niet slaagt verwijst de r-c partijen

38 Biemans 2009a, p. 86 en 90 schrijft daarentegen dat bij gelijkstelling van de bijzonder verhaalsgerechtigde met een schuldeiser subrogatie niet zonder meer voor de hand ligt. Naar mijn mening betekent de gelijkschakeling alsnog dat het goed van een derde wordt uitgewonnen, zodat art. 6:150 BW van toepassing blijft. Denkt men hier anders over, dan kan subrogatie mijns inziens worden gebaseerd op art. 6:12 BW, dat een regeling geeft voor subrogatie bij hoofdelijk schuldenaren. De derde en de schuldenaar zijn weliswaar niet hoofdelijk verbonden, maar in hun 'onderlinge verhouding' is de schuldenaar draagplichtig en de uitgewonnen derde (of diens curator) niet, zodat een gelijkstelling met de regels voor subrogatie bij hoofdelijkheid mijns inziens gepast is. Als alternatief zou ook nog subrogatie op grond van art. 6:150 sub d BW kunnen worden overeengekomen.

naar de renvooiprocedure. In de renvooiprocedure speelt potentieel hetzelfde informatiegebrek als ik hierboven aanstipte: de curator moet zich verweren tegen een vordering waarvan de gefailleerde geen schuldenaar is. Het is voor te stellen dat de curator de schuldenaar in het geding roept op grond van art. 30g Rv (art. 118 Rv-oud), of in vrijwaring op grond van art. 210 e.v. Rv. Art. 122 lid 4 Fw staat hier niet aan in de weg. Art. 122 lid 4 Fw is bedoeld om schuldeisers ertoe aan te zetten om zich te mengen op de verificatievergadering.[39] In de eerste plaats kan goed zijn dat de schuldenaar zelf niet ook schuldeiser van de gefailleerde is, zodat hij niet aanwezig was bij de verificatievergadering. Maar zelfs als hij, terwijl hij wel zelf ook schuldeiser was, verstek heeft laten gaan bij de verificatievergadering is een oproeping in het geding door de curator in een renvooiprocedure mijns inziens nog altijd mogelijk, omdat het initiatief daartoe niet van de absente schuldeiser uitgaat, maar van de curator. Art. 122 lid 4 Fw verhindert alleen dat een schuldeiser die *zelf* een kans tot betwisting heeft laten schieten, dit alsnog kan doen in een renvooiprocedure.

9.3.4 Voorrang van de retentor op de opbrengst van één boedelbestanddeel

440. Wanneer we art. 60 Fw toepassen op de retentor met een verhaalsrecht jegens de gefailleerde derde, betekent dat, dat de retentor ook na opeising zijn voorrang op de verkoopopbrengst van de zaak behoudt. Het behoud van voorrang op de opbrengst van de zaak, ook in het faillissement van de derde, is in lijn met het arrest Ontvanger/De Jong. Volgens de Hoge Raad kan "de beslaglegger (…), ook al is de gefailleerde niet zijn schuldenaar, in het faillissement opkomen voor zijn vordering uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak."[40]

39 Van der Feltz II, p. 101.

40 HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729, *NJ* 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Ontvanger/De Jong*), r.o. 3.5. In vergelijkbare zin oordeelde de Hoge Raad reeds in HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/280, m.nt. W.H. Heemskerk, F.H.J. Mijnssen (*Ontvanger/Ametagro*) over de verhouding tussen het fiscale voorrecht en het verhuurdersprivilege, die beiden een verhaalsrecht met voorrang jegens een derde verlenen. Met name wat betreft het bodemrecht hanteert de Hoge Raad hier nogal een vrije interpretatie van art. 12 (oud) Invorderingswet; zie daarover kritisch Steneker 2012a/40 en nr. 1 van de noot van F.H.J. Mijnssen onder het arrest in *NJ* 1980/280.

De retentor heeft alleen een verhaalsrecht met betrekking tot de *teruggehouden zaak*. Los van die zaak heeft de retentor geen recht om mee te delen in het faillissement van de derde, ook niet als concurrent schuldeiser. Voor zover de vordering van de retentor groter is dan de uitkering die hij uit de opbrengst van de zaak verkrijgt, blijft zij geheel buiten het faillissement. Dit geldt evengoed voor het bodemrecht van de fiscus in faillissement van de derde-eigenaar, voor een overdracht in weerwil van het beslag waarna de verkrijger failleert en voor een derdenpandrecht in faillissement van de pandgever.[41] Ook in die twee gevallen heeft het verhaalsrecht alleen betrekking op de bodemzaken, respectievelijk het in weerwil van het beslag overgedragen goed.

441. Ook in het faillissement van de derde behoudt de retentor de aan de vordering verbonden voorrang. Jegens wie heeft de retentor voorrang bij uitdeling van de opbrengst van dit ene bestanddeel van de boedel? Wanneer de curator de zaak (voor of na opeising) executeert, worden de faillissementskosten ingevolge art. 182 Fw omgeslagen over de opbrengst van de zaak. Als er dan nog iets over is, moet de rang van de verschillende verhaalsgerechtigden worden bepaald aan de hand van de normale preferentieregels, uit (onder andere) afdeling 3.10 BW. Er speelt niet alleen mogelijke samenloop met de schuldeisers van de failliete derde, maar mogelijk ook met de andere derden-verhaalsgerechtigden, zoals een schuldeiser met een voorrecht wegens kosten tot behoud of de fiscus. Zowel voor de samenloop met andere schuldeisers van de derde, als met verhaalsgerechtigden, moet zoveel mogelijk op basis van art. 3:291 BW en de andere preferentieregels worden bepaald of hij zijn retentierecht kan inroepen tegen de andere schuldeiser of verhaalsgerechtigde en daarom ingevolge art. 3:292 BW ook voorrang boven hen heeft. Ik bespreek ten aanzien van drie categorieën schuldeisers of verhaalsgerechtigden hoe eventuele samenloop zou uitpakken.

1) Verhouding tot een anterieure pandhouder op de zaak van de derde

442. In paragraaf 6.2.8 heb ik voor de situatie buiten faillissement van de derde al besproken hoe art. 3:291 lid 2 BW zou moeten worden ingevuld bij samenloop met een pandhouder als vierde-rechthebbende. Tijdens faillissement van de derde is die invulling in principe niet anders dan

41 Met betrekking tot dit laatste Molengraaff 1914, p. 450.

daarbuiten. Wanneer de gefailleerde derde de teruggehouden zaak heeft verpand, moet (uitsluitend) worden beoordeeld of de retentor ervan uit mocht gaan dat zijn schuldenaar hiertoe jegens de vierde-pandhouder bevoegd was.[42]

Ervan uitgaande dat het retentierecht tegen de pandhouder kan worden ingeroepen, kan de curator na executie door de pandhouder afdracht vorderen van een bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor, of – als die lager ligt – de gehele netto-opbrengst van de zaak. Over het bedrag dat de pandhouder afdraagt aan de curator worden de faillissementskosten omgeslagen (art. 57 lid 3 jo. 182 Fw). Ook in dit geval bestaat echter de mogelijkheid dat de pandhouder en de retentor een onderlinge afspraak maken als beschreven in paragraaf 8.3.5 die erop neerkomt dat de pandhouder de zaak op basis van art. 57 Fw executeert en de retentor als eerste uit de opbrengst voldoet.

2) Verhouding tot concurrente schuldeisers van de derde

443. Ook concurrente schuldeisers van de derde hebben op grond van art. 3:276 BW het recht om mee te delen bij de uitdeling van de executieopbrengst van de teruggehouden zaak die behoort tot het vermogen van de derde, wanneer ze hun vordering indienen ter verificatie. Van een concurrente schuldeiser kan men niet zeggen dat hij een 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW heeft (tenzij art. 3:276 BW zo'n recht verschaft, maar dat doet het naar mijn mening niet). Buiten faillissement wordt de verhouding tussen de retentor en een gewone schuldeiser zonder bijzonder voorrecht geregeld via de kwalificatie van beslag als recht op de zaak in de zin van art. 3:291 BW.[43] Tijdens faillissement kan geen beslag worden gelegd, maar moet een schuldeiser om een uitkering uit het faillissement te verkrijgen zijn vordering indienen ter verificatie. Maar ook tijdens faillissement heeft de retentor voorrang jegens andere concurrente schuldeisers van de derde, en wel op basis van de vangnetbepaling van art. 6:53 BW. Art. 6:53 BW bepaalt dat een opschortingsrecht ook kan worden ingeroepen tegen schuldeisers van de 'wederpartij'. Hier kan zich wederom wreken dat de gefailleerde derde geen 'wederpartij' van de retentor is. Maar nu de retentor in faillissement van die derde als schuldeiser moet worden behandeld, kan art. 6:53 BW naar mijn mening zo

42 De beoordeling van de verhouding pandhouder – retentor verloopt dus alleen via het tweede criterium van art. 3:291 lid 2 BW; zie verder par. 6.2.8.

43 Zie par. 4.4.4.5.

worden uitgelegd dat onder 'wederpartij' ook de gefailleerde derde kan worden begrepen. Het retentierecht is dus in te roepen tegen een concurrente schuldeiser van de derde en geeft bij uitdeling van de opbrengst ingevolge art. 3:292 jo. 6:53 BW voorrang boven een concurrent schuldeiser.

3) Verhouding tot de fiscus met een bodemrecht op zaken van de derde

444. In de twee vorige gevallen ben ik uitgegaan van samenloop van de retentor met 'echte' schuldeisers van de derde. Afgezien van schuldeisers, kunnen er eveneens andere verhaalsgerechtigden met voorrang op de zaak zijn. Een voorbeeld van zo'n verhaalsgerechtigde met voorrang is de fiscus die zijn bodemrecht uitoefent tijdens faillissement van de derde. Vanwege het faillissement kan de fiscus geen bodembeslag meer leggen op goederen van de derde (art. 33 Fw), maar hij kan wel zijn vordering indienen bij de curator.[44] Ook bij uitoefening van zijn bodemrecht heeft de fiscus een algemeen voorrecht op de bodemzaken.[45] De invulling van art. 3:291 BW is hier nog lastiger dan bij een pandhouder op zaken van de derde (zoals hierboven onder nr. 1) besproken). In de eerste plaats kan men eraan twijfelen of het algemene voorrecht van de fiscus kan worden aangemerkt als 'recht op de zaak' in de zin van art. 3:291 BW. Ik ben van mening dat dit wel het geval is.[46] Wel moet worden vastgesteld dat art. 3:291 lid 2 BW in dit verband een vrij merkwaardige toets oplevert. Er zou dan moeten worden beoordeeld of de schuldenaar jegens de fiscus bevoegd was om de overeenkomst met betrekking tot de bodemzaken met de retentor te sluiten, of de retentor niet daaraan hoefde te twijfelen. Mocht men van mening zijn dat het algemene voorrecht van de fiscus geen 'recht op de zaak' is, dan kan het vangnet van art. 6:53 BW nog van toepassing zijn.[47] Maar ook dit artikel levert hoofdbrekens op in de verhouding tussen twee verhaalsgerechtigden, die beide niet schuldeiser zijn van de derde. Een manier om hier uit te komen is naar mijn mening om zowel de fiscus als de retentor in hun

44 Art. 22.6 Leidraad Invordering 2008.

45 HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/280, m.nt. W.H. Heemskerk, F.H.J. Mijnssen (*Ontvanger/Ametagro*). Vgl. art. 22.7 Leidraad Invordering 2008 en zie in deze zin recent Tekstra 2018, p. 42, voetnoot 13 met betrekking tot het bodemrecht met voorrang op onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken tijdens faillissement van de leverancier. Bij verhaal op goederen van derden krachtens het bodemrecht heeft de fiscus overigens op basis van zijn bodemvoorrecht ook voorrang boven de pandhouder van die derde, zie daarover o.m. Steneker 2012a/40.

46 Zie par. 4.4.4.8.

47 Vgl. par. 4.4.4.7.

onderlinge verhouding te beschouwen als 'echte' schuldeiser van de derde in plaats van bloot-verhaalsgerechtigden. Hun onderlinge verhouding moet dan worden bezien alsof zij schuldeisers zouden zijn van de gefailleerde derde, met de aan hun vordering verbonden voorrang. De schuldenaar wordt als het ware weggedacht. De rangorde tussen de retentor en de fiscus met een voorrecht moet dan worden beoordeeld aan de hand van art. 21 Iw, dat art. 3:280 BW opzij zet en meebrengt dat de fiscus voorrang heeft boven de retentor.[48]

9.4 Conclusies

445. De belangrijkste conclusie van dit hoofdstuk is dat de retentor met een retentierecht op de zaak van een derde in faillissement van die derde moet worden beschouwd als schuldeiser in de zin van art. 60 Fw. Daarvoor is alle reden. In de eerste plaats blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat schuldeisers met een verhaalsrecht (maar zonder vordering) in allerlei opzichten als 'echte' schuldeiser worden behandeld. Daarnaast volgt uit art. 63 lid 1 tweede zin Fw dat onder 'schuldeiser' in de zin van dat artikel ook diegenen vallen die alleen een verhaalsrecht jegens de huwelijksgoederengemeenschap hebben. In systematisch opzicht is het dus passend om de retentor met een verhaalsrecht ook als schuldeiser te behandelen. Ten tweede is het in overeenstemming met de ratio van art. 60 Fw om de retentor als zodanig te behandelen. Deze behandeling zorgt ervoor dat de curator het retentierecht met behulp van art. 60 lid 2 Fw kan doorbreken. Ook de retentor is met deze analoge toepassing gebaat, doordat hij zijn vordering in het faillissement kan indienen en de curator van de derde op grond van art. 60 lid 3 Fw een termijn kan stellen. De behandeling van de verhaalsgerechtigde is bovendien in overeenstemming met het doel van het faillissement: het tegeldemaken van de goederen van de gefailleerde en uitdeling onder de schuldeisers. Ook die partijen die geen schuldeiser zijn, maar (alleen) een verhaalsrecht jegens de derde hebben, hebben belang bij uitdeling. Ook de wetgeschiedenis staat niet in de weg aan deze interpretatie van art. 60 Fw. Het enige argument dat ertegen pleit, volgt uit een grammaticale interpretatie van het art. 60 lid 1 Fw. Maar dat weegt niet op tegen de overtuigende argumenten vóór de ruime interpretatie van art. 60 Fw.

48 Zie verder par. 4.4.4.8 en (in faillissement van de schuldenaar) par. 8.2.4.4.

De retentor heeft een verhaalsrecht met betrekking tot één bestanddeel van de failliete boedel: de teruggehouden zaak. Hij mag zijn vordering indienen ter verificatie in het faillissement van de derde. Een probleem voor de curator kan zijn dat hij de vordering niet kan toetsen tegen de administratie van de gefailleerde, omdat laatstgenoemde niet de schuldenaar van de retentor is. De grondslag voor de curator om de schuldenaar om inlichtingen te vragen is art. 68 Fw. De derdenwerking van het retentierecht (en daarmee het verhaalsrecht jegens de gefailleerde) kan de curator echter wel zelf onderzoeken, omdat die (mede) in de risicosfeer van de derde ligt. In een eventuele renvooiprocedure tussen de retentor en de curator kan de schuldenaar in vrijwaring worden opgeroepen, en hij kan zich ook voegen of (al dan niet gedwongen) tussenkomen. Hij kan hier belang bij hebben, omdat de boedel door uitwinning van zijn zaak wordt gesubrogeerd in de vordering van de retentor op de schuldenaar.

Een volgende punt dat speelt wanneer wordt beoogd om art. 60 Fw op het derdenretentierecht toe te passen, is de positie van de schuldenaar. Toepassing van art. 60 Fw veronderstelt dat het houderschap van de schuldenaar uit anderen hoofde dan het retentierecht is geëindigd. Dit betoog hield ik al in hoofdstuk 7 en het feit dat de zaak nu niet meer bij de schuldenaar, maar bij de retentor is, doet hier niet aan af.

Ten slotte behoudt de retentor ook in faillissement van de derde bij de uitdeling van de netto-opbrengst zijn voorrang. Voor zover mogelijk moet ook bij de samenloop met andere, 'eigen' schuldeisers én met andere verhaalsgerechtigden van de derde art. 3:291 BW, of eventueel als vangnet art. 6:53 BW worden toegepast.

HOOFDSTUK 10

SLOTBESCHOUWING

10.1 Inleiding

446. In dit proefschrift zijn de posities van de retentor en van andere gerechtigden tot de teruggehouden zaak onderzocht. De focus van het onderzoek was de uitwinning van de teruggehouden zaak. Er zijn verschillende gevalstypen van verhaalsuitoefening op de teruggehouden zaak, zowel buiten als in faillissement, besproken. De uitwinning kan door verschillende personen ter hand worden genomen: door de retentor zelf, door andere schuldeisers van zijn schuldenaar, of door de curator van de gefailleerde eigenaar van de teruggehouden zaak. Mijn proefschrift beoogt het geldende recht in kaart te brengen, door middel van een systematische analyse van wet, wetsgeschiedenis en jurisprudentie. Wanneer ik naar geldend recht geen goede oplossing zag voor geconstateerde problemen, heb ik suggesties ter verbetering gedaan.

In deze slotbeschouwing benoem ik eerst, aan de hand van drie stellingen, drie rode lijnen die door het hele onderzoek lopen. Daarna zet ik, wederom door middel van stellingen, de voornaamste conclusies op deelonderwerpen uit mijn onderzoek op een rij. In die conclusies keren de rode lijnen op een aantal punten weer terug. Ik sluit deze slotbeschouwing af met een beantwoording van de hoofdvraag: in hoeverre zijn het beslagrecht en het faillissementsrecht toegerust voor het verhaalsrecht van de retentor?

10.2 Drie rode lijnen

447. *Ondanks de goederenrechtelijke aankleding is het retentierecht een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht gebleven.* In de wettelijke regeling van het (nieuw) BW heeft het retentierecht eigenschappen gekregen die we traditioneel toeschrijven aan goederenrechtelijke rechten, zoals derdenwerking, voorrang en een verhaalsrecht jegens een derde wiens zaak wordt teruggehouden. Tijdens faillissement heeft de retentor onder uitzonderlijke omstandigheden zelfs het recht van parate executie; een recht dat verder

is voorbehouden aan pand en hypotheek. Desondanks is het retentierecht een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht gebleven. Wanneer de opschorting betrekking heeft op afgifte van een zaak, is het een retentierecht. Vanwege de formulering van art. 3:290 BW ("Het retentierecht is de bevoegdheid om (…) op te schorten (…)") lijkt het misschien een open deur om op te schrijven dat het retentierecht een opschortingsrecht is. Maar de keuze voor het retentierecht als opschortingsrecht met de derdenwerking zoals neergelegd in het BW en in de Fw is niet willekeurig. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever voor inspiratie heeft gekeken naar andere rechtsstelsels in Europa. Uit die vergelijking had ook een verder 'verzakelijkt' recht kunnen voortvloeien, maar ook een juist minder verstrekkend uitsluitend tussen schuldeiser en schuldenaar werkend opschortingsrecht. Het Duitse recht, waaruit de Nederlandse wetgever onder andere zijn inspiratie heeft gehaald, kent verschillende vergelijkbare figuren met hun eigen meer of minder goederenrechtelijke karakteristieken. Het opschortingskarakter van het retentierecht bepaalt onder meer het ontstaansmoment. Art. 3:290 BW bepaalt dat het retentierecht de *bevoegdheid* tot *opschorting* is. Er is geen relevant onderscheid tussen het 'hebben' van het retentierecht en de 'uitoefening' ervan. Het ontstaan van de opschortingsbevoegdheid is het relevante peilmoment. Het ontstaansmoment is onder meer relevant voor derdenwerking, omdat art. 3:291 BW een onderscheid maakt tussen ouder en jonger gerechtigden tot de zaak.

Ook in het kader van uitwinning is het opschortingskarakter van het retentierecht bepalend voor zijn rechtsgevolgen. Dat wordt duidelijk bij vergelijking van een *retentierecht* dat niet tegen een executant kan worden ingeroepen met een *beperkt recht* dat niet tegen een executant kan worden ingeroepen. Het retentierecht dat niet tegen de executant kan worden ingeroepen impliceert een verbintenisrechtelijk opschortingsrecht dat alleen jegens de schuldenaar werkt. De executant kan de zaak executeren alsof er geen retentierecht bestond. Verval van het retentierecht treedt op doordat het een *persoonlijk recht* is waar de executant niet aan gebonden is. Als de retentor cumulatief beslag zou hebben gelegd, wordt hij niet met voorrang uit de executieopbrengst voldaan. Een beperkt recht dat niet tegen de executant kan worden ingeroepen impliceert daarentegen verval van dat recht *door de executie*. Dat betekent dat de beperkt gerechtigde wiens recht is vervallen van rechtswege meedeelt in de uitdeling van de executieopbrengst (art. 3:282 BW jo. 480 lid 2 Rv (roerende zaken) en jo. 3:270 BW (onroerende zaken)).

448. *Het retentierecht kan leiden tot impasses en deze moeten ook weer kunnen worden doorbroken.* De combinatie van het verhaalsrecht van de retentor met zijn feitelijke macht (beide inroepbaar jegens derden) geeft de retentor een sterke positie, waarmee hij pressie uitoefent op zijn schuldenaar en op derden. De *nuisance value* is voor derden die tot de zaak gerechtigd zijn sterker dan voor de schuldenaar, omdat zij de nadelen van iemands anders niet-nakoming ondervinden. Deze sterke positie kan ook tot impasses leiden. De retentor weigert af te geven zolang hij niet wordt betaald en executie van de zaak is voor anderen onaantrekkelijk zolang de zaak bij de retentor is of hij zijn hekken eromheen heeft staan. Het is aannemelijk dat kopers geen zin hebben in een discussie met de retentor over de afkoopsom om effectief de macht over te zaak te kunnen krijgen. Wanneer derden-rechthebbenden verder niet geïnteresseerd zijn in het (her)krijgen van de macht over de zaak of in uitwinning ervan, is de stilstand misschien niet zo erg. Maar met name wanneer meerdere schuldeisers verhaal zoeken op de teruggehouden zaak, is het van belang dat de impasse die het retentierecht opwerpt, ook weer kan worden doorbroken. Een van de redenen om de retentor voorrang toe te kennen in art. 3:291 jo. 3:292 BW, is de gedachte (of: wens) dat hij zich dan sneller zou verhalen op de zaak en zo de door hem zelf veroorzaakte patstelling weer zou opheffen. In de praktijk is het echter doorgaans voor de retentor makkelijker om niets te doen; om eenvoudigweg de zaak onder zich te houden. De doorbreking is in het belang van het rechtsverkeer, dat vereist dat de verhandelbaarheid van zaken gewaarborgd blijft. Bovendien zou een onbeperkte terughouding tot een onevenredig sterke positie van de retentor ten opzichte van andere tot de zaak gerechtigden kunnen leiden. Mijn onderzoek omvatte een zoektocht naar manieren om op een rechtvaardige manier de patstelling te beëindigen. In de conclusies op deelonderwerpen die in de volgende paragraaf volgen, belicht ik de verschillende manieren waarop de gewenste doorbreking zou kunnen worden bereikt.

449. *Het retentierecht kan niet los worden gezien van een eventuele andere (contractuele) hoedanigheid van de retentor*. Het derde terugkerende thema is het feit dat de retentor doorgaans niet alleen retentor is, maar ook nog een andere pet op heeft. Hij is behalve retentor bijvoorbeeld ook bewaarnemer, aannemer, huurder, bruiklener, advocaat, accountant, koper of opdrachtnemer. Een retentierecht veronderstelt de uitoefening van macht over een zaak en een met die zaak voldoende samenhangende, opeisbare, vordering. Het verkrijgen van een retentierecht op de zaak betekent niet

dat de schuldeiser ophoudt bewaarnemer, huurder, etc. te zijn. Hij krijgt er als het ware een hoedanigheid bij. Met het verkrijgen van een retentierecht, verkrijgt de schuldeiser van rechtswege de bevoegdheden die de wet hem toekent. Het retentierecht ontstaat uit de wet; het hoeft niet te worden bedongen. De wet bepaalt vervolgens dat de retentor voorrang heeft boven andere schuldeisers tegen wie hij zijn recht mag inroepen en dat hij zich mag verhalen op goederen van derden. De regeling van het retentierecht is generiek; zij houdt geen rekening met de overige kwaliteiten van de retentor of diens wederpartij (of derden). Maar het feit dat de retentor doorgaans ook nog een andere hoedanigheid heeft, betekent dat bij het bepalen van de positie van de retentor en diens wederpartij steeds *ook* rekening moet worden gehouden met díe hoedanigheid. De regeling die de wet geeft voor retentierechten kan niet worden toegepast met voorbijgaan aan een contractuele verhouding die de retentor met zijn wederpartij heeft. Ik geef twee voorbeelden waaruit blijkt dat een geïsoleerde toepassing van het retentierecht, met voorbijgaan aan de verdere contractuele positie van de retentor, tot onjuiste conclusies kan leiden.

Het eerste voorbeeld heeft betrekking op de blokkerende werking van beslag. In art. 453a Rv is voor roerende zaken en in art. 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken bepaald dat bepaalde handelingen van de beslagene niet tegen de beslaglegger kunnen worden ingeroepen. De beslaglegger kan deze handelingen, die in weerwil van het beslag zijn verricht, negeren. Onder meer verhuring van de beslagen zaak in weerwil van het beslag kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Wanneer de beslagene de beslagen zaak toch verhuurt, kan de beslaglegger de zaak nog altijd in onverhuurde toestand executeren. Heeft deze huurder echter inmiddels een retentierecht verkregen (bijvoorbeeld omdat hij een reparatie heeft verricht en de beslagene-verhuurder hem daarvoor schadeloos moet stellen), dan zou aan art. 3:291 lid 2 BW moeten worden getoetst om te zien of het retentierecht tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Beslag brengt op zichzelf geen onbevoegdheid (in de zin van art. 3:291 lid 2 BW) voor de beslagene mee om overeenkomsten te sluiten met betrekking tot het beslagobject, zodat het retentierecht wel tegen de beslaglegger zou kunnen worden ingeroepen. Dit betekent dat de beslaglegger vanwege de blokkerende werking *niet* zou zijn gebonden aan de door de beslagene gesloten huurovereenkomst, maar *wel* aan het retentierecht. De huurder die ook retentor is, zou op grond van zijn retentierecht wel recht hebben op continuering van de feitelijke macht, maar op basis van zijn huurrecht niet. In dit geval moet de conclusie echter zijn dat (de derdenwerking van) het

retentierecht niet de bescherming die de beslaglegger aan art. 453a of 505 lid 2 Rv ontleent, kan ondergraven. De blokkerende werking van beslag is juist bedoeld om de beslaglegger te beschermen tegen handelingen van de beslagene voordat het goed is geëxecuteerd.

Als tweede voorbeeld kan de toepassing van art. 60 Fw worden genoemd. Geïsoleerde lezing van art. 60 lid 2 Fw brengt mee dat de curator de zaak mag opeisen en verkopen. Maar zo'n toepassing van art. 60 Fw zou voorbij gaan aan de contractuele verhouding tussen de retentor en de failliet. Uit de parlementaire geschiedenis en het Berzona-arrest volgt nu juist dat uit het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in verbintenissen. Art. 60 Fw kan dit fundamentele uitgangspunt niet tenietdoen. Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer een bruiklener nog recht heeft op gebruiksgenot ten laste van de boedel, en dit niet kan worden beëindigd omdat de overeenkomst van bruikleen erin voorziet dat de bruikleen pas over een half jaar eindigt, terwijl de bruiklener eveneens een retentierecht heeft, art. 60 Fw niet van toepassing is. Art. 60 lid 2 Fw ontneemt de bruiklener-retentor niet zijn voortgezette gebruiksrecht. Ook hier blijkt, dat het 'retentorschap' niet los van de andere hoedanigheid van de retentor kan worden gezien.

10.3 Conclusies

450. Nadat in het voorgaande drie terugkerende thema's zijn besproken, belicht ik hier – wederom aan de hand van stellingen – de voornaamste conclusies op deelonderwerpen.

451. *De verkoper, ook als dit een executant is, moet ook de gevolgen van het retentierecht mededelen aan de executiekoper.* Het retentierecht kan niet alleen de schuldeisers van de schuldenaar dwars zitten, maar ingevolge art. 3:291 lid 1 BW ook de (executie)koper. De verkoper, ook als dit een executant is die iemands anders goederen verkoopt, moet vrij van bijzondere lasten en beperkingen overdragen, tenzij de koper de bijzondere lasten heeft aanvaard. Het retentierecht is een bijzondere last. In sommige sets algemene veilingvoorwaarden is het vermeld, zodat men zou kunnen denken dat met de aanvaarding van die voorwaarden ook het retentierecht is aanvaard in de zin van art. 7:15 BW. Deze conclusie is wat kort door de bocht. De verkoper die het retentierecht kende – hetgeen vrijwel altijd zo zal zijn – kan niet volstaan met een verwijzing naar de veilingvoorwaarden, maar moet de koper in principe ook de *gevolgen van* het uitgeoefende

retentierecht mededelen. Doet de verkoper dat niet, dan loopt hij het risico dat hij ingevolge art. 7:20 BW alsnog zelf de vordering van de retentor moet voldoen.

452. *Het retentierecht vervalt niet door zuivering, maar dit zou wel zo moeten zijn.* Een van de rode lijnen die in de vorige paragraaf is benoemd, is dat de retentor door middel van zijn bijzondere verhaalsrecht wordt aangemoedigd om zich op de zaak te verhalen. Maar daar is eveneens geconstateerd dat de retentor in veel gevallen net zo goed de terughouding (en daarmee de pressie op de schuldenaar en derden) kan voortzetten. Een manier waarop het retentierecht minder *nuisance* zou geven, is als het zou vervallen door zuivering. Maar het is niet opgenomen in art. 3:273 BW en naar geldend recht zie ik geen mogelijkheid om deze bepaling zo uit te leggen dat het retentierecht er wel onder zou vallen. Niettemin zou het goed passen bij de ratio van art. 3:273 BW (namelijk: het waarborgen van de verhandelbaarheid van goederen) om de zaak na executie wél te zuiveren van het retentierecht, wanneer het kan worden ingeroepen tegen de executant en andere schuldeisers. De retentor zou met rang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen moeten worden voldaan uit de executieopbrengst. Een nuancering past hier nog wel in geval het retentierecht *niet* kan worden ingeroepen tegen de executant of een andere schuldeiser. Het retentierecht is dan een uitsluitend persoonlijk werkend opschortingsrecht en zou niet (moeten) vervallen *door* de executie, maar doordat het geen derdenwerking heeft. *Het retentierecht vervalt daarentegen wél door zuivering wanneer de retentor (cumulatief) beslag legt*. Het retentierecht vervalt in dat geval ingevolge art. 3:273 BW in het kielzog van zijn beslag. Dit geldt ook als niet zijn hele vordering uit de executieopbrengst zou kunnen worden voldaan. Zou het retentierecht ook in dát geval niet vervallen, dan zou de retentor zich na executie en levering wederom kunnen verhalen op hetzelfde goed – dat nu aan een de executiekoper toebehoort.

453. *Het is mogelijk om alleen jegens een derde (bij voorbaat) afstand van het retentierecht te doen.* Wanneer de teruggehouden zaak onroerend is, zal doorgaans ook een hypotheekhouder bij de financiering betrokken zijn. Voorkoming van een retentierecht is voor de hypotheekhouder beter dan genezing. Een manier voor een (hypothecaire) financier om zich vooraf tegen een retentierecht te wapenen, is om de retentor bij voorbaat afstand te laten doen van het retentierecht. Het is mogelijk om alleen jegens een derde (bij voorbaat) afstand van het retentierecht te doen. Het doen van

afstand moet niet worden gezien als een verbintenis, waarop (bijvoorbeeld) wanprestatie mogelijk is. De afstand van het retentierecht maakt deel uit van de 'verbindende kracht van de overeenkomst'. Een retentierecht dat in weerwil van de verbindende kracht wordt ingeroepen blijft eenvoudigweg zonder gevolg.

454. *Ook al kunnen het ontruimings- en het beheersbeding volgens art. 3:267 lid 4 BW tegen 'eenieder' worden ingeroepen, dan nog moet aan art. 3:291 BW worden getoetst.* Wanneer geen afstand is gedaan van het retentierecht, komt de vraag op of een hypotheekhouder in het kader van een hypotheekexecutie andere middelen heeft om het retentierecht te bestrijden. De hypotheekhouder heeft aantal bijzondere bevoegdheden met betrekking tot het onderpand. In hypotheekaktes staan in de regel onder meer een ontruimings- en een beheersbeding. Art. 3:267 lid 4 BW bepaalt dat deze bevoegdheden kunnen worden ingeroepen jegens 'eenieder die zich in de zaak bevindt'. Op basis van de formulering ('eenieder') lijkt ook de retentor hieronder te vallen. Maar ook deze ruime formulering neemt niet weg dat alsnog moet worden getoetst aan de maatstaven van art. 3:291 BW om te bezien of de hypotheekhouder op basis van zijn ontruimings- en beheersbeding ook de retentor kan ontruimen.

455. *Een beding van niet-verandering in de hypotheekakte kan onbevoegdheid van de hypotheekgever meebrengen. Het betekent niet automatisch dat de retentor 'moest twijfelen' aan diens bevoegdheid. Art. 3:23 BW is alleen van toepassing op verkrijgers van registergoederen en leent zich niet voor analoge toepassing.* Een ander gebruikelijk beding in de hypotheekakte is het beding van nietverandering (art. 3:265 BW). Het beoogt de hypotheekgever te beperken om het onderpand ingrijpend te veranderen. Wanneer de hypotheekgever niet bevoegd was tot een bepaalde ingrijpende verandering (die een retentierecht voort heeft gebracht), dan impliceert dat een onbevoegdheid in de zin van art. 3:291 lid 2 BW. Vervolgens komt de vraag op, of de aannemer de openbare registers had moeten raadplegen en daarin dit beding had moeten zien. Dit is afhankelijk van vele factoren. Onder meer de aard van de zaak, de opdracht en de mate van professionaliteit van de aannemer zullen een rol kunnen spelen. Het is in ieder geval niet zo dat de aannemer niet meer te goeder trouw is, omdat hij de openbare registers niet heeft geraadpleegd terwijl hij daarin de beperking had kunnen zien.

456. *Het verhaalsrecht van de retentor jegens een derde heeft geen subsidiair karakter.* De retentor mag zich ingevolge art. 3:291 jo. 3:292 BW verhalen op de zaken van de derde die hij rechtmatig onder zich houdt. Het verhaalsrecht op de teruggehouden zaak van een derde dat de retentor kan hebben en het gewone (art. 3:276 BW-)verhaalsrecht van de retentor jegens zijn schuldenaar staan naast elkaar. De retentor heeft de vrije keuze wiens vermogen hij uitwint voor zijn vordering. De vrije keuze wordt begrensd door misbruik van recht, welk leerstuk in dit specifieke geval gekleed gaat als het 'subsidiariteitsbeginsel'. Alleen in uitzonderlijke omstandigheden kan de derde de retentor met succes verwijzen naar het vermogen van de schuldenaar. Faillissement van de derde brengt hierin geen verandering.

457. *Voor verhaal op goederen van derden is de inhoud van de executoriale titel bepalend.* Voor wat betreft de procesrechtelijke vereisten die bij verhaal op goederen van derden aan de executoriale titel moeten worden gesteld, geldt 'inhoud boven vorm'. Het doet er niet zozeer toe, jegens wie de retentor een executoriale titel verkrijgt. Het gaat erom dat een wettelijk bevoegde instantie, met kracht van authenticiteit, de aanspraak van de retentor met voldoende bepaaldheid vaststelt. Dat houdt in dat zijn vordering, het retentierecht én de derdenwerking tot uitdrukking moeten komen in de titel. Alle drie deze elementen kunnen in een procedure tegen de derde ter verkrijging van een executoriale titel om de executie te dulden wordt vastgesteld, maar ook in een procedure tegen de schuldenaar tot veroordeling van hem jegens de retentor. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent verschillende incidenten voor het betrekken van een derde in een procedure, zoals voeging, vrijwillige tussenkomst en gedwongen tussenkomst. Deze voorzieningen kunnen worden benut wanneer de betrokkenheid van de schuldenaar essentieel is om tot een goede vaststelling van de aanspraak van de retentor jegens de derde te komen.

458. *Ook tijdens faillissement van zijn schuldenaar kan de retentor zich nog verhalen op zaken van derden.* Een van de 'klassieke' vragen bij het verhaal op goederen van derden, is of dit verhaalsrecht jegens de derde nog kan worden geëffectueerd wanneer de schuldenaar van de verhaalsgerechtigde failliet is. Molengraaff schreef in 1914 al over dit probleem in zijn verklaring van de Faillissementswet. Tijdens faillissement kan geen executoriale titel meer tegen de schuldenaar worden verkregen (art. 33 Fw). De retentor kan worden verwezen naar de verificatie. Het proces-verbaal van de verificatievergadering levert een executoriale titel op (art. 196 Fw). Een evident nadeel is echter dat bij een opheffing noch bij een vereenvoudigde afwikkeling een

verificatievergadering plaatsvindt. Deze toevallige omstandigheid – die verband houdt met de schuldenaar – moet niet in de weg staan aan effectuering van het verhaalsrecht jegens een derde. Ook hier speelt de wens om de patstelling van het retentierecht te kunnen doorbreken een rol. Als uitwinning van de zaak niet meer mogelijk zou zijn terwijl de schuldenaar failliet is, zou de pressie op een derde voortduren en alleen door die derde kunnen worden doorbroken. Maar de derde heeft vermoedelijk weinig zin om de vordering van een ander te voldoen met het vooruitzicht dat hij weliswaar wordt gesubrogeerd maar dan zijn vordering in het faillissement van de schuldenaar kan indienen. In de vorige alinea gaf ik al aan dat niet beslissend is, wie wordt gedagvaard, maar dat de inhoud van de executoriale titel bepalend is. Maar wanneer de schuldenaar failliet is, is het belang van de mogelijkheid tot het dagvaarden van een solvente derde voor de retentor nog (veel) groter. Op basis van het Yukos-arrest uit 2015 kan worden geconcludeerd dat een verhaalsgerechtigde zich in ieder geval tijdens faillissement van de schuldenaar buiten diens faillissement om op het vermogen van de derde kan verhalen.

459. *De opeisingsbevoegdheid van de curator van art. 60 Fw dient om de patstelling te doorbreken.* Het grote verschil tussen het retentierecht dat *buiten* faillissement en het retentierecht dat *tijdens* faillissement van de schuldenaar-eigenaar wordt uitgeoefend, is dat de curator bevoegd is om de zaak bij de retentor op te eisen. De curator heeft een bevoegdheid die de schuldenaar zelf vóór faillissement niet had. Deze doorbreking van het retentierecht is een toevoeging van pragmatische aard die met de inwerkingtreding van het BW in 1992 aan de Faillissementswet is gedaan; vóór 1992 was de integrale voldoening van de retentor het uitgangspunt. De doorbrekingsmogelijkheid betekent dat het retentierecht als opschortingsrecht wél door de curator kan worden beëindigd, terwijl dat niet geldt voor andersoortige opschortingsrechten, en bijvoorbeeld evenmin geldt voor de vergelijkbare figuur van verrekening. In dit opzicht loopt het retentierecht uit de pas. Anderzijds klinkt zowel op nationaal als op internationaal niveau de wens om de positie van dwangcrediteuren te beperken. Daaronder vallen soms ook die schuldeisers die zich tijdens faillissement op opschorting kunnen beroepen, terwijl zij essentiële diensten leveren. De doorbreking van het retentierecht tijdens faillissement is in zoverre in lijn met het belang van het waarborgen van de continuïteit van ondernemingen, dat zo min mogelijk moet kunnen worden gehinderd door enkele dwarsliggers.

460. *'Opeising' in de zin van art. 60 lid 2 Fw betekent niet, dat de zaak uit de macht van de retentor moet zijn gebracht.* De opeising door de curator is vormvrij. Eén van de manieren waarop het retentierecht eindigt, is doordat de zaak uit de macht van de retentor komt, maar dat is niet de enige manier. Het kan doelmatig zijn om de zaak na opeising nog even bij de (voormalige) retentor te laten. De kosten die de (voormalige) retentor dan maakt voor opslag van de zaak, vormen een (concurrente) boedelvordering.

461. *Het principe dat het faillissement geen wijziging brengt in bestaande verbintenissen, wordt niet onderuit gehaald door de opeising van art. 60 lid 2 Fw.* Uit het Berzona-arrest volgt dat wanneer de overeenkomst of de wet niet voorziet in een beëindigingsmogelijkheid van een contractuele verhouding, het faillissement hier geen verandering in brengt. Voordat men toekomt aan de toepassing van art. 60 Fw (en derhalve aan de bevoegdheid van de curator tot doorbreking), moet het wel zo zijn dat de retentor niet nog op een andere grond gerechtigd is tot houderschap over de zaak. Wanneer het (contractuele) houderschap van degene met de feitelijke macht niet tijdens het faillissement eindigt, is art. 60 Fw niet van toepassing.

462. *De pand- of hypotheekhouder en de retentor kunnen een onderlinge afspraak maken om de zaak buiten de boedel om te executeren; zo'n afspraak werkt ook jegens de curator.* Zelfs als de schuldenaar failliet is en de curator de zaak bij de retentor mag opeisen, kan een patstelling ontstaan, wanneer een zekerheidsgerechtigde de zaak uit hoofde van art. 57 Fw wil executeren. Een teruggehouden roerende zaak is doorgaans verpand en een teruggehouden onroerende zaak verhypothekeerd. Ook hier blijkt dat in de regeling voor het retentierecht in het BW weliswaar goed is nagedacht over de derdenwerking, maar dat de aansluiting met de Fw minder goed is geslaagd. Art. 60 Fw beheerst de verhouding retentor – curator en laat de positie van derden-gerechtigden buiten beschouwing. En voor art. 58 Fw geldt hetzelfde met betrekking tot de verhouding separatist – curator. Beide artikelen gaan alleen over een tweepartijensituatie. Anders dan de curator heeft de zekerheidsgerechtigde geen bevoegdheid tot opeising, terwijl hij wel zijn pand- of hypotheekrecht mag uitoefenen alsof er geen faillissement was. Het is voorstelbaar dat de curator geen aanleiding ziet

om de zaak op te eisen, omdat de executie vervolgens toch wordt voltrokken door de pand- of hypotheekhouder en deze zich als separatist op de opbrengst mag verhalen. Een manier om hieromheen te werken is een afspraak tussen de retentor en de zekerheidsgerechtigde onderling om de zaak buiten de boedel om te executeren. De zekerheidsgerechtigde hoeft dan niet te wachten tot de curator heeft opgeëist. Zo'n afspraak is dus ook een manier om de retentie te doorbreken. De schuldeisers zijn hier onderling toe bevoegd; de curator kan zo'n afspraak niet negeren door alsnog een bedrag ter grootte van de vordering van de retentor op te eisen zodat hierover de algemene faillissementskosten kunnen worden omgeslagen.

463. *Ook als de curator al weet dat het niet tot meer dan uitkering aan (een deel van) de boedelschuldeisers zal komen, is opeising en verkoop van de zaak gerechtvaardigd.* De opeising van de zaak is bedoeld om de zaak te verkopen. Maar in een aantal gevallen heeft de retentor niet zoveel aan zijn voorrang op de executieopbrengst. Ervan uitgaande dat de retentor een faillissementsschuldeiser is, zal deze voorrang hem niets opleveren wanneer er alleen voldoende is voor een uitkering aan boedelschuldeisers. Daarnaast kan het zijn dat de verkoop mislukt, of dat de opgeëiste zaak zelf geen verkoopwaarde heeft; bijvoorbeeld in gevallen van '2 + 1 gratis'. In al die gevallen is er naar mijn mening geen sprake van misbruik van het recht om op te eisen en/of aansprakelijkheid van de curator. De curator beheert en vereffent de boedel en doet dit in het belang van alle schuldeisers. Het belang van een individuele schuldeiser moet daarvoor in de regel wijken.

464. *Het arrest Middendorf/Kouwenberg blijft relevant als achtervang voor gevallen die art. 105b Fw niet bestrijkt*. Ook wanneer (digitale) administratie bij een schuldeiser wordt opgeëist, is meestal geen sprake van verkoop. Art. 105b Fw bepaalt sinds 1 juli 2017 dat de curator de administratie onder derden, waaronder bijvoorbeeld clouddiensten en accountants, kan opvorderen en dat deze derden haar leesbaar en ongeschonden ter beschikking moeten stellen. Deze bepaling dient vooral de rechtszekerheid, want vóór dit artikel hadden we het arrest Middendorf/Kouwenberg van de Hoge Raad. In dat arrest was uitgemaakt dat voortzetting van het retentierecht in zulke gevallen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Toch blijft het arrest relevant, omdat het een vangnet vormt voor die gevallen waarin er discussie is over de reikwijdte van het begrip 'administratie van de gefailleerde' in art. 105b Fw.

465. *De ratio van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw is een voortvarende afwikkeling van het faillissement.* Art. 60 lid 3 Fw geeft de retentor de bevoegdheid om de curator een termijn te stellen om op te eisen en te verkopen. Na ongebruikt verstrijken van de termijn verkrijgt de retentor het recht van parate executie. De ratio van de termijnstelling van art. 60 lid 3 Fw, is net als die van art. 58 Fw, een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Bij de invulling van de termijnstelling en haar gevolgen moeten wel de specifieke belangen die bij art. 60 Fw zijn betrokken in het oog worden gehouden. Opeising en executie door de curator zijn het uitgangspunt en dit moet zoveel mogelijk worden gewaarborgd. Parate executie door de retentor is een ultimum remedium. De wetgever heeft de retentor de bevoegdheid tot parate executie gegeven in het geval de curator geen aanleiding ziet voor opeising vanwege de te verwachten opbrengst. Of de gestelde termijn redelijk is, of een verlenging aan de orde is, en of sprake kan zijn van misbruik van recht door de retentor, moeten in dit licht worden beoordeeld.

466. *Art. 60 Fw is integraal van toepassing op het derdenretentierecht tijdens faillissement van de derde.* Een ander gevalstype van derdenwerking en faillissement doet zich voor wanneer het retentierecht betrekking heeft op zaken van een derde en deze derde failleert. Volgens art. 60 lid 1 Fw verliest een schuldeiser die retentierecht heeft op een zaak *van de schuldenaar* dit niet door de faillietverklaring. Als we art. 60 Fw strikt tekstueel zouden interpreteren zou dit geval niet onder art. 60 Fw vallen. Maar een systematische, teleologische en doelmatige interpretatie van art. 60 Fw zetten deze strikte interpretatie opzij en brengen mee dat art. 60 integraal van toepassing is op dit derdenretentierecht tijdens faillissement van de derde. Onder andere met het oog op de doorbreking van de impasse is dit de beste uitkomst. Zou art. 60 Fw op dit gevalstype niet van toepassing zijn, dan zijn we voor wat betreft het derdenretentierecht tijdens faillissement van de derde weer terug bij de situatie van vóór 1992: het kan niet worden doorbroken en de enige optie die de curator heeft is het volledig voldoen van de vordering van de retentor. De inbedding van de retentor in het faillissement van de derde heeft zijn eigen uitdagingen. De retentor kan zijn vordering op een ander dan de gefailleerde indienen ter verificatie. Dat betekent dat de curator de vordering op een ander dan de gefailleerde moet toetsen. Iets anders is dat de voorrang van de retentor ook in het faillissement van de derde behouden blijft. En de retentor is alleen verhaalsgerechtigd met betrekking tot één boedelbestanddeel: de teruggehouden zaak. De retentor concurreert in het faillissement van de derde bij de verdeling van de

opbrengst van de teruggehouden zaak potentieel met 'echte' schuldeisers van de derde en met bloot-verhaalsgerechtigden. De verhouding tussen deze verhaalzoekende partijen moet zoveel mogelijk aan de hand van de normale voorrangsregels worden bepaald.

10.4 Tot slot

467. Tot slot kom ik toe aan de beantwoording van mijn hoofdvraag, die luidde: in hoeverre zijn het beslagrecht en het faillissementsrecht toegerust voor het verhaalsrecht van de retentor?

468. In het (nieuw) BW zijn veel discussies die onder het oude recht speelden beslecht, zoals de voorwaarden voor werking jegens anterieure en posterieure derden met rechten op de zaak. Niet alleen het opschortingsrecht van de retentor heeft derdenwerking gekregen, maar ook zijn verhaalsrecht: de retentor mag zich ook met voorrang boven derde-schuldeisers én op de zaken van derde-eigenaars verhalen. De combinatie van feitelijke machtsuitoefening en een verhaalsrecht jegens derden zorgt voor een sterke positie van de retentor. Voor een antwoord op de hoofdvraag ga ik nog eenmaal terug naar de reden voor, en rechtvaardiging van, de sterke positie van de retentor. Het feit dat de retentor feitelijke macht heeft – uiteraard mits deze voldoende samenhang heeft met zijn vordering – onderscheidt de retentor van andere handelscrediteuren. Het is opmerkelijk dat juist zoiets basaals als het hebben van feitelijke macht de retentor het recht geeft om zich met voorrang en op goederen van derden te verhalen. De retentor is wat betreft de sterke positie die hij dankt aan de feitelijke macht overigens geen vreemde eend in de bijt. Op verschillende plaatsen in het BW zien we dat partijen met feitelijke macht het beter voor elkaar hebben dan anderen: een c.p. levering wordt gerelativeerd ten opzichte van een ouder gerechtigde (art. 3:90 lid 2 BW), bij vestiging van een tweede pandrecht op een roerende zaak, treedt pas rangwisseling op wanneer de zaak in de macht van de (tweede) pandhouder is gekomen (art. 3:238 lid 2 jo. lid 1 BW), verkrijging door verjaring veronderstelt bezit (art. 3:99 en 3:105 BW) en bezit wordt beoordeeld naar verkeersopvatting met inachtneming van de wet en de uiterlijke feiten (art. 3:108 BW). In de literatuur is kritiek op een aantal van deze op feitelijke macht gebaseerde beschermingsmechanismen. In een economie die steeds meer op (digitale) diensten is georiënteerd, kan men zich afvragen waarom zoiets als feitelijke macht nog zo'n grote rol speelt voor de posities van betrokken partijen.

Toch bestaat er naar mijn mening voldoende rechtvaardiging voor de sterke positie van de retentor. Het verhaalsrecht met voorrang en op zaken van derden van de retentor is het onvermijdelijke resultaat van een aantal opeenvolgende consequente keuzes van de wetgever. Het begint allemaal bij de vraag of we het retentierecht als rechtsfiguur willen. Het retentierecht is al oeroud en de meesten zullen deze vraag bevestigend beantwoorden. De tweede stap is: moet het retentierecht ook werken (dat wil zeggen: moet de afgifte van de zaak ook kunnen worden opgeschort) jegens derden die vóór, respectievelijk ná de retentor een recht op de zaak hebben verkregen? Na stevige discussie in de literatuur gedurende de 20e eeuw waarin men in toenemende mate vond dat de derdenwerking op zijn plaats is, is ook deze vraag bevestigend beantwoord in het (nieuw) BW. Ik heb laten zien dat voor beide vormen van derdenwerking overtuigende argumenten zijn te geven. De derde stap is het bijzondere verhaalsrecht van de retentor: met voorrang en op zaken van derden. Er zijn twee motieven te ontwaren voor de toekenning van het bijzondere verhaalsrecht (met voorrang en op zaken van derden): de bescherming van de retentor en de doorbreking van de patstelling. De veronderstelling in de wet is dat de retentor in een tweepartijenverhouding de zaak beschouwt en mag beschouwen als een verhaalsobject. Ook als de schuldenaar niet meer nakomt, heeft de retentor nog de zaak onder zich, waar hij relatief makkelijk beslag op kan leggen. Zijn vordering kan hij verhalen op de executieopbrengst van de zaak. Staat men een opschortingsrecht toe dat kan worden ingeroepen tegen onder andere derden-beperkt gerechtigden en derden-eigenaars, dan zou het ongerijmd zijn om de retentor dit relatief simpele verhaalsrecht op de zaak *niet* toe te staan. Het kan goed zijn dat de retentor er nooit bij heeft stilgestaan dat zijn wederpartij niet eigenaar, maar bijvoorbeeld alleen maar huurder was. Voor de voorrang geldt dat ook; het moet voor de positie van de retentor niet uitmaken of de schuldenaar de zaak heeft gefinancierd met een eigendomsvoorbehoud, een pandrecht, of door middel van lease. Hieruit blijkt de wens van de wetgever om de retentor te beschermen. Die komt voort uit de veronderstelling dat de retentor een zwakkere schuldeiser is, die een helpende hand van de wetgever nodig heeft om zijn positie te zekeren. Ook vanuit het perspectief van doorbreking van de patstelling is men genoodzaakt de retentor een verhaalsrecht toe te kennen op zaken van derden, wanneer men (bij de tweede stap) retentierecht op zaken van derden aanvaardt. Zou de retentor niet verhaalsbevoegd zijn, dan zou de boel vast komen te zitten wanneer de schuldenaar failleert en de derde-eigenaar niet bereid is om diens schuld te voldoen. En zou de retentor geen voorrang

hebben, dan zou hij al helemaal geen reden hebben om de patstelling te doorbreken door de zaak uit te winnen, terwijl uitwinning in dat geval ook voor een pand- of hypotheekhouder nog altijd onaantrekkelijk is vanwege de derdenwerking van het opschortingsrecht (wederom: bij de tweede stap). Bij de twee motieven (de retentor beschouwt de zaak als verhaalsobject en wordt hierin beschermd en het verhaalsrecht waarborgt doorbreking van de patstelling) kunnen in een individueel geval kanttekeningen worden geplaatst. Zij zullen zeker niet altijd allebei opgaan. Maar afgewogen tegen het alternatief bij iedere opeenvolgende van de drie stappen (te weten: géén retentierecht, géén derdenwerking van de opschorting, of géén bijzonder verhaalsrecht), zijn de keuzes van de wetgever consequent en overtuigend. Wel komen ze er bij elkaar opgeteld op neer dat de retentor een sterke positie is toebedeeld, zonder dat hij daarover vooraf heeft moeten onderhandelen. Wat dit laatste betreft, verschilt de retentor bijvoorbeeld van een pand- of hypotheekhouder of leverancier met eigendomsvoorbehoud.

Het bijzondere verhaalsrecht dat het BW toekent, is echter nog steeds weinig zinvol, wanneer het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Faillissementswet geen ingang bieden om het in voorkomende gevallen te effectueren. In mijn proefschrift heb ik gezocht naar manieren om het verhaalsrecht van de retentor te accommoderen in Rv en de Fw. Uit mijn onderzoek blijkt dat het geldende recht op allerlei manieren inderdaad een adequate inbedding van het retentierecht biedt, waarbij de positie van de retentor enerzijds wordt gewaarborgd, maar ook mogelijkheden bestaan om de impasse weer te doorbreken. Voorbeelden daarvan zijn de opeisingsbevoegdheid van de curator met behoud van voorrang in art. 60 lid 2 Fw en de mogelijkheid voor de separatist en de retentor om onderling een afspraak over de executie van de zaak buiten de boedel om te maken.

Maar er zijn ook punten van verbetering, waarin het geldende recht tekort schiet of te weinig zekerheid biedt. De belangrijkste daarvan stip ik hier aan. In de eerste plaats zou het goed zijn als art. 3:273 BW in die zin zou worden gewijzigd dat retentierechten die tegen de verkoper en eventuele andere schuldeisers kunnen worden ingeroepen van rechtswege door zuivering zouden komen te vervallen. In de tweede plaats zou de procespraktijk ermee geholpen zijn wanneer Rv duidelijke regels zou bevatten voor verhaal op goederen van derden. Art. 435 lid 2 en 3 Rv, dat hiervoor geschreven is, roept meer vragen op dan het beantwoordt. Uit de literatuur blijkt onenigheid over de te nemen procesrechtelijke route. Bovendien is niet alleen het retentierecht, maar zijn ook andere gevallen waarin een persoon zich mag verhalen op goederen van derden hiermee gediend. In Rv zou

bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen welke inhoud een executoriale titel minimaal moet hebben om te dienen voor verhaal op goederen van derden en *jegens wie* deze verkregen moet zijn. Verder ben ik van mening dat het goed zou zijn als in de blokkeringsbepalingen uit Rv die de beslaglegger op zaken (art. 453a Rv voor roerende en art. 505 lid 2 Rv voor onroerende zaken) beogen te beschermen tegen handelingen van de beslagene zou worden opgenomen dat ook een posterieur retentierecht niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Verder, wat art. 60 Fw betreft, verdient de retentor met een retentierecht op zaken van een failliete derde (die dus alleen een verhaalsrecht jegens, maar geen vordering op de derde heeft) volledig dezelfde behandeling als een retentor die 'echte' schuldeiser is. Dit is naar geldend recht al het geval, maar in het belang van de rechtszekerheid zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het Voorontwerp van de Commissie Insolventierecht. Art. 60 lid 1 (art. 3.6.13 van het Voorontwerp) luidt daarin als volgt: "Degene die retentierecht heeft op een aan de schuldenaar toebehorende zaak, verliest dit recht niet door de insolventverklaring." Beide laatstgenoemde voorgestelde wijzigingen zijn al geldend recht, maar om mogelijke discussie hierover te verhinderen is het toch goed als de wet zou worden gewijzigd. Deze wijzigingen zouden bijdragen aan een volwaardige procesrechtelijke en faillissementsrechtelijke erkenning van het verhaalsrecht van het retentierecht. Deze erkenning is gewenst met het oog op de achterliggende twee motieven voor het toekennen van dit verhaalsrecht: bescherming van de retentor en doorbreking van de patstelling.

SUMMARY

This dissertation deals with the right of retention, also referred to as possessory lien. The right of retention is a legal remedy that a party can invoke when the counterparty fails to meet its obligations. The remedy entails suspension of one's own performance (*opschortingsrecht*) until the other party performs. This suspension can take the form of refusal to release specific tangible goods to another party. When such particular performance is suspended, the right that a creditor can assert is called the right of retention (*retentierecht*). In Dutch law, a right of retention can be exercised on both movable and immovable goods. A right of retention creates pressure on the debtor to meet its own obligations. A possessory lien can arise contractually, but this study focuses on liens that arise by operation of law. When the debtor persists in its failure to perform, its creditors may seek enforcement of their claims through the seizure of the debtor's goods. The goods that remain with the lienee (i.e. the creditor who invokes a right of retention) are also susceptible for foreclosure by creditors. The fact that they remain elsewhere (i.e. with the lienee) does not preclude their seizure; they can still serve as collateral for the claims of all creditors (Art. 3:276 Civil Code).

This thesis mainly concerns the consequences of forced sale of the retained goods. Taking recourse can take place within the context of or outside formal insolvency proceedings, with both situations being treated in my thesis. The main question I answer in this dissertation is: to what extent do the Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) and the Bankruptcy Act (*Faillissementswet*) accommodate the right of recourse of the creditor who has a right of retention?

The reason for choosing this particular angle – enforcement of claims against the debtor and seizure of the retained good(s) – is that under Dutch law the right of retention also applies against parties other than the debtor: under certain conditions, the lien can be invoked against third parties (Art. 3:291 CC). Examples of such third parties are the creditor with a right of pledge (*pandrecht*) or right of mortgage (*hypotheekrecht*) on the retained good(s), or a buyer of the goods. This third-party effect first means that the lienee may refuse to release the goods to the third party. Second, a third-party effect means that the creditor with a right of retention has

priority over the third party: the creditor's claim ranks high in the distribution of the proceeds of forced sale of the collateral (Art. 3:292 CC). Also, when the lien can be invoked against a third party who is a real owner of the goods, the lienee may take recourse on its goods (even though they do not belong to the debtor). Even if the lienee's claim has priority over others, the lienee is still an ordinary creditor in the sense that a title to enforcement (most commonly a court order) is needed to be able to seize the retained goods. A right of retention may lead to an impasse, as third parties have to honour the right of retention but may be reluctant to seek recourse on the object. One way to break through the impasse is for the lienee to seek recourse on the object.

Chapter 2 describes some basic features of the right of retention. Here I shortly examine the nature and functions of the right of retention and its role under the European Insolvency Regulation. I also present a brief comparison with German law. The Dutch right of retention in the current civil code (enacted in 1992) was – according to the Dutch legislature – inspired by German, Swiss, Italian and French law. In my thesis, I examine some aspects of the German law, since there are several lien types in German law that are similar to the Dutch lien. On the other hand, the comparison also shows that the Dutch legislature decided differently on some aspects of the right of retention. For example, in German law, depending on the precise circumstances, a creditor might have a (statutory) possessory pledge and/or a right of retention. These two types of rights give the creditor different powers. A possessory pledge gives the creditor the right to sell the encumbered assets without the need to obtain a title for enforcement first. Also, the pledgee is entitled to sell the goods in the event of insolvency of the debtor. In Dutch law, in principle, there is a uniform right of retention. The creditor is in principle not authorised to sell the retained goods without a title of enforcement.

Chapter 3 addresses the requirements that must be met for a lien to arise. The requirements can be derived from Art. 6:52 in conjunction with Art. 3:290 of the Civil Code. Under Dutch law there are, broadly speaking, three requirements. First, the creditor must have physical possession of the goods. In a series of cases the Supreme Court decided that a right of retention is also possible on immovable property (see, for example, Supreme Court 23 June 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216). Normally, the

right of retention implies that a creditor refuses to surrender certain goods to the debtor. However, it is not as easy to retain immovable property. There is as such a reasonable volume of case law and discussion in the doctrine on how to physically retain immovable property. Second, the lienee must have a valid and due claim against the debtor. Third, there needs to be a sufficient link between the claim of the lienee and the good(s) that it retains, in order to justify its retention for the claim in question.

Chapter 4 focuses on the third-party effect of the lien. A lien arises in a relationship between two parties, as explained in Chapter 3. But it may also have effect on third parties that fall outside the relationship between the creditor and the debtor. In order to establish a third-party effect, the requirements for the lien as such, as set out in Chapter 3, must obviously be fulfilled. By a third-party effect I mean in this context the power to refuse surrender of the goods to these third parties. Examples of third parties are secured creditors with a right of pledge of mortgage or retention of title (*eigendomsvoorbehoud*), and consecutive owners of the good. Dutch law awards a third-party effect to the lien. Art. 3:291 (1 and 2) CC distinguishes between third parties that precede the lien ('older' third parties) and those that follow in time after the lien has been established ('younger' third parties). The conditions for third-party effect differ between these two categories. For the lien to have effect against 'older' third parties, Art. 3:291 (2) CC states that the debtor (the lienee's counterparty) must be allowed vis-à-vis the third party to enter into contract regarding the goods with the (future) lienee. Or, in the absence of such power on the part of the debtor, the lien might still be asserted against the third party if the creditor had reason to believe that the debtor was allowed to enter into contract with it regarding the goods. For the lien to have effect against 'younger' third parties, it must be apparent to the third party that the lienee has physical possession of the goods. If such possession is not apparent to the third party, the lien cannot be invoked against such party. This requirement is not evident from the text of Art. 3:291 (1) CC itself. However, it can be derived from case law, as well as from the system that 'younger' third parties, who were in good faith as to rights of 'older' parties that they were not and could not be aware of, are protected against such rights. Article 3:86 CC is an example of this.

In many cases, it will be easy to determine whether a third party is earlier in time (older) than the lien or later in time (younger). But there are potential complications in determining the third-party effect of the lien. In

Chapter 4, I distinguish three categories of complications that may arise. In the first place, there are cases that may slip through the distinction made in paragraphs 1 and 2 of Art. 3:291 of the Civil Code, because the two paragraphs are not entirely conclusive. When this situation occurs, the rationale of the statutory provision needs to be assessed. Second, there may be cases where it is not easy to determine what constitutes a 'right pertaining to the good' (*recht op de zaak*) within the meaning of Art. 3:291 CC of the third party. In Winters vs. Kantoor van de Toekomst (Supreme Court 6 February 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1999/303), the Supreme Court ruled that a tenant of immovable property also has a 'right pertaining to the good'. This means that the third-party effect is not limited to third parties with a right *in rem*, but that a lien may also be invoked against third parties that can only assert a right *in personam*. This case raises the question whether other rights *in personam* also constitute a 'right pertaining to the good' within the meaning of Art. 3:291 CC. In Chapter 4, I list the different types of rights and their qualification. Lastly, it may happen that a third party can assert different types of rights consecutively. In that case, I argue that the latest 'right pertaining to the good' should be taken to establish the third-party effect.

Chapter 5 deals with the effects of the lien on a foreclosure of the retained property. In Chapter 4, I explained the conditions for invoking a lien against a third party, implying that the creditor may refuse release of the goods to this third party. Art. 3:292 CC goes on to provide that, in case of a forced sale, the lienee's claim has priority over that of the third party against whom the lien may be invoked. The law provides two main reasons for awarding the lienee priority over third parties. First, having such priority, the lienee is stimulated to take recourse on the retained goods instead of continuing to refuse to release them. The priority is therefore awarded in order to break through the deadlock that a right of retention can cause. Second, the creditor is expected to rely on the goods in its possession as a means to satisfy its claim in case the debtor does not fulfil its obligations. According to the law, it is reasonable that this possibility to view the goods as a means to take recourse remains intact, even if there appears to be a third party that has a right on the goods behind the lienee's debtor – for example, a party that financed the goods.

Several issues may arise when assessing the combination of attachment and execution and the right of retention. I give some examples of the issues treated in Chapter 5. The first thing that needs to be assessed is whether the lien can actually be invoked against third parties (in this case,

other creditors) that take recourse on the good. When it cannot be invoked, the lien should be viewed as a strictly personal right, one that only has an effect between the creditor and the debtor. Another question is whether it is possible to redeem the retained good from the attachment by the lienee. With regard to the right of pledge and mortgage, this right of the debtor is laid down in Articles 3:249 (2) and 3:269 of the Civil Code respectively. Redemption of attachment (for example, by fulfilment of the forced-sale value instead of the creditor's full claim) is not possible, however, as follows from Willems vs. Poort (Supreme Court 19 February 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999, *JBPr* 2010/29). As stated above, one of the reasons for awarding priority to the lienee's claim is that the lienee would be prompted to seek recourse on the object and thus break through the impasse that it created through the retention. However, the right of retention is not mentioned in Art. 3:273 CC, which stipulates that the mortgages and other rights are released after execution. It may therefore be more attractive for the lienee to simply continue to refuse to surrender the goods. I support the vision already brought forward in the doctrine, namely that a legislative amendment is needed for the lien to fall under Art. 3:273 CC.

Another subject addressed in Chapter 5 is the foreclosure sale by a mortgagee when the property falls under a lien. The mortgage deed usually contains a clause that stipulates that no fundamental alterations may take place to the collateral without prior consent by the mortgage holder. The mortgage deed is recorded in the public registers. The question thus comes up whether the lienee should have seen this restriction in the public registers and whether therefore the lien might be invoked on the basis of Art. 3:291 (2) CC. I argue that Art. 3:23 CC does not apply to a contractual counterparty of the debtor. In principle, the fact that there is a restriction in the mortgage deed and that this is evidenced in the public registers does not preclude good faith of the lienee as to whether the mortgagor was entitled to contract with the lienee.

Chapter 6 treats the lienee's right to attachment and execution of the goods of third parties. Art. 3:292 CC stipulates that, if the lien can be invoked against a real owner who is not itself a debtor of the lienee, the lienee may then also take recourse on these goods. In principle the creditor is free in deciding whether to execute goods of the debtor or the retained goods of the third party. However, the Code of Civil Procedure is not very clear on the steps that the lienee must take to actually execute the retained goods when their ownership rests with a third party. In any case, it is clear that the

lienee needs a title of enforcement in order to be able to seize the retained good. The requirements as to the content of the title remain unclear, however. In the literature it is mostly argued that, in such case, the creditor needs a title of enforcement against the debtor and a separate title of enforcement against the third party to compel the latter to allow recourse on its goods by the lienee. In this matter, I argue that substance prevails over form. The reason that a title of enforcement is required for a forced sale is to safeguard the position of the debtor and the third party. Therefore, the claim and the third-party effect of the right of retention must be explicitly identified in the title of enforcement. In my view, they may also be set out in a single title of enforcement, regardless of against whom (the debtor or the third party) the title is obtained. In the event of insolvency of the debtor, the need for the lienee to take recourse on a third party is even greater. In its Yukos ruling of 2015 (13 November 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425), the Supreme Court held that, when a party has a right of recourse against a third party but can no longer summon its own debtor (because the latter has ceased to exist), it may summon the third party directly. The Supreme Court thus seems willing to grant the creditor a procedural provision to be able to assert the rights that it is awarded by substantive law.

Chapter 7 argues that Article 60 of the Bankruptcy Act only applies to a right of retention if the good should already be released on the basis of the contract. Article 60 (2) gives the insolvency administrator the power to reclaim the retained good and thus end the retention. However, the general principle in insolvency is that insolvency itself does not alter contractual provisions. I argue in this chapter that Article 60 of the Act cannot undermine this general principle.

The main reason that goods should be released is termination of the contract. Chapter 7 therefore also briefly discusses under what circumstances typical contracts that involve liens (building contracts, deposit agreements, rental contracts and loan-for-use agreements) may end in the context of insolvency.

In Chapter 8 I extensively discuss Article 60 of the Bankruptcy Act and the interaction between Articles 57, 58 and 60. Unlike debtors in situations not involving insolvency, the insolvency administrator may reclaim the retained goods (*opeisen*) from the lienee on the basis of Art. 60 (2) of the Act. In insolvency, the administrator may execute the assets and thus also the

(formerly) retained goods. I argue that reclaiming the goods does not necessarily imply that they must be physically transferred out of the possession of the lienee. Article 60 assumes that the insolvency administrator will sell the reclaimed goods. In some cases, however, sale of the goods is not possible or not opportune. For example, a lien can be exercised on documents or files as well. The relatively new Article 105b of the Bankruptcy Act (effective as from 1 July 2017) provides the insolvency administrator with the power to reclaim the administration that a third party may withhold. Sale is therefore not opportune in this case, and Art. 105b now provides a statutory base for reclaim by the administrator.

Article 60 (3) of the Bankruptcy Act entitles the lienee to fix a reasonable time limit for the insolvency administrator to reclaim and sell the goods. If the insolvency administrator does not act within the time limit set, the lienee is awarded the right of summary execution of the retained goods. This is another way for the legislator to break through the impasse that the lien might cause. The rationale for the time limit – just as the time limit in the context of Art. 58 (1) – is liquidation with minimal delay. The starting point should, however, continue to be liquidation by the insolvency administrator. The criteria to determine whether the time limit was reasonable, whether an application for extension of the time limit should be allowed, and also whether the lienee abused its rights to set a time limit should in my view all be judged in the light of this starting point.

Apart from sale by the insolvency administrator, the retained goods may also be sold on the basis of Article 57 of the Bankruptcy Act by a pledgee or mortgagee. However, there is no statutory provision that allows the pledgee or mortgagee to reclaim the goods. The insolvency administrator may take action to reclaim and must then give the secured creditor the opportunity to sell the assets. However, the secured creditor might not want to wait for the insolvency administrator to act. In the literature, there is some discussion on whether the lienee and the mortgagee can create a mutual arrangement to work around the insolvency administrator. In Chapter 8 I argue that the lienee may waive its lien vis-à-vis the mortgagee in order for the latter to execute the good on the basis of Article 57, notwithstanding the priority of the lienee. For the lienee there is the clear advantage that its claim can be satisfied without having to bear the liquidation costs.

Chapter 9 addresses the situation where the creditor can invoke a right of retention against a third party who is a real owner, but who has been declared insolvent. Strictly speaking, Article 60 of the Bankruptcy Act does not apply to this case, as paragraph 1 of the article states that a lien on the goods *of the debtor* does not extinguish by a declaration of bankruptcy. However, when we focus not just on the literal text of Article 60 but also on developments in case law by the Supreme Court, the system of rights of recourse (*verhaalsrechten*) and the rationale of the article, the conclusion is that Article 60 must also be applied to rights of retention in cases of insolvency of the third party as real owner. In Chapter 9, I furthermore explain what this qualification means for the position of the debtor, the verification procedure in insolvency of the third party, and the ranking of claims case of the third party's insolvency.

Chapter 10 contains my concluding remarks. I explain that the choices made by the Dutch legislature are, in my view, logical and consistent. These choices are basically threefold. In the first place, it was decided to codify a general lien that can arise by operation of law. In the second place, it was decided to award the lien a third-party effect in the sense that the lienee can – under the conditions set out in Art. 3:291 (1 and 2) CC – also refuse to release the goods to a third party other than the debtor. In the third place, the legislature chose to award the lienee a special right of recourse on the retained goods. This right of recourse is special in two senses: it awards priority to the lienee's claim, and it gives the lienee a right of recourse on retained goods that belong to third parties (as real owners). The reason for this last step can be traced to two motives. First, it is apparent from the parliamentary history that the legislature, by awarding the lienee a special right of recourse, aims to break through the impasse that a lien can cause. Second, the legislature seeks to protect the lienee against other creditors. It is assumed to take the retained goods as property for which recourse is available. To attain these two motives, the Code of Civil Procedure and the Bankruptcy Act need to be able to accommodate the special right of recourse that the lienee is awarded by substantive law.

The outcome of my research is that in many ways, the Code of Civil Procedure and the Bankruptcy Act indeed handle the specific challenges posed by the special right of recourse, combined with the lienee's physical power over the goods. An example is Article 60 (2) of the Bankruptcy Act, which gives the insolvency administrator the power to reclaim the goods

when the debtor goes insolvent. In insolvency, there is no room for continuing pressure on the debtor. It is my contention, however, that in some cases the current provisions in the Code of Civil Procedure and the Bankruptcy Act are not entirely suitable, either because they do not address the subject of the lien or because they are unclear, thereby causing legal uncertainty. Two changes in the law that I argue for are amendment of Article 3:273 of the Civil Code to the effect that the lien will extinguish by operation of law in an event of foreclosure, and amendment of Article 60 (1) of the Bankruptcy Act so that it also applies when the lien pertains to goods of a third party where this third party has been declared insolvent. When the Code of Civil Procedure and the Bankruptcy Act accommodate the special right of recourse of the lienee, the two motives that the legislature envisaged will be better served: breaking through the impasse of the lien and protection of the lienee.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Aaftink 1974
H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Aarts 1990
C.C.J. Aarts, *Het retentierecht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1990.

Ahrens 2003
C. Ahrens, *Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte*, Berlijn: Erich Schmidt Verlag 2003.

Van Andel & Van Zanten 2013
W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013/26, p. 140-151.

Asser 1896
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1896.

Asser, Groen & Vranken 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen en J.B.M. Vranken, *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Asser Procesrecht/Asser 3 2017
W.D.H. Asser, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 3. Bewijs,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013
S.E. Bartels, A.I.M van Mierlo en H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Velten 5 2017
S.E. Bartels en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Zakenrecht. Deel 5. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 3-I 1985
J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnssen en P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Zakenrecht. Deel 3-I. Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Asser/Van den Berg 7-VI 2017
M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VI. Aanneming van werk*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-II 2016
J. de Boer, W.D. Kolkman en F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel II. Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Hartkamp 4-I 1992
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1992.

Asser/Hartkamp 3-I 2015
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015
A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Hijma 7-I* 2013
J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil,* Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Kortmann 3-III 2017
S.C.J.J. Kortmann (m.m.v. J.S. Kortmann), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel III. Vermogensrecht algemeen. Volmacht en vertegenwoordiging,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015
X.E. Kramer en H.L.E. Verhagen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 10-III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015
M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman en M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Van Mierlo 3-VI 2016
A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Deel 3-VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Mijnssen, De Haan & Van Dam 3-I 2006
F.H.J. Mijnssen, P. de Haan (m.m.v. C.C. van Dam), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Van Oven III 1978
A. van Oven, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Zakenrecht. Deel 3-III. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 1978.

Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/428
H.J. Rossel en A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Rutten I 1981
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Asser/Van Schaick 7-VIII 2018
A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VIII. Bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, bruikleen, verbruikleen, altijddurende rente, spel en weddenschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016
A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Scholten 1905
C. Asser en P. Scholten (bew.), *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1905.

Asser/Scholten 1933
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1933.

Asser/Scholten 1945
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk recht. Tweede Deel. Zakenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Asser/Sieburgh 6-I 2016
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Van Velten 3-III 2003
A.I.M van Mierlo, F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 3. Goederenrecht. Deel III. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2003.

Asser/Vranken Algemeen deel 1995**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Algemeen deel* *, Deventer: Kluwer 1995

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Algemeen deel ****. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Aubel 1972
C.P. Aubel, *En passant de tweede hand. Over beperking van aansprakelijkheid tegenover derden*, Deventer: Kluwer 1972.

Bakels 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW B58), Deventer: Kluwer 2011.

Balz & Landfermann 1995
M. Balz en H.-G. Landfermann, *Die neuen Insolvenzgesetze*, Düsseldorf: IDW-Verlag 1995.

Bartels 2004
S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Bartels 2015
S.E. Bartels, 'Uitleg van hypotheekakten en notariële pandakten', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 45-51.

Bartels & Heyman 1998
S.E. Bartels en H.W. Heyman, 'Met twee maten meten bij de verdeling van de executie-opbrengst van registergoederen', *NTBR* 1998, p. 219-225.

Bartels & Heyman 2012
S.E. Bartels en H.W. Heyman, *Vastgoedtransacties. Koop,* Deventer: Kluwer 2012.

Bartels, Heyman & Tweehuysen 2016
S.E. Bartels, H.W. Heyman en V. Tweehuysen, 'Privaatrecht en strafrecht bij beschikken over vastgoed in weerwil van beslag', *NJB* 2016, p. 2364-2371.

Bartels & Tweehuysen 2010a
S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 829-839.

Bartels & Tweehuysen 2010b
S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Lossingsrecht en executoriale verkoop door een beslaglegger', *NTBR* 2010/25, p. 195-201.

Bartels & Tweehuysen 2012
S.E. Bartels en V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement' in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012.

Baumbach/Hopt
K.J. Hopt, *Beck' sche Kurz-Kommentare. Band 9. Handelsgesetzbuch*, München: Verlag C.H. Beck 2018.

Baur & Stürner 2009
F. Baur, J.F. Baur en R. Stürner, *Sachenrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2009.

BeckOK BGB
H.G. Bamberger en H. Roth (red.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, München: Verlag C.H. Beck.

Bergervoet 2014
G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

De Bie Leuveling Tjeenk 2016
J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Opschortingsrecht bij een overnamecontract', *MvV* 2016/11, p. 302-305.

Biemans 2009a
J.W.A. Biemans, 'Het faillissement van de derde-rechthebbende', *TvI* 2009/15, p. 78-91.

Biemans 2009b
J.W.A. Biemans, 'Retentierecht en executieverkoop. Naar aanleiding van een Amsterdams vonnis en arrest in kort geding', *NTBR* 2009/20, p. 155-164.

Biemans 2011
J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Biemans 2015
J.W.A. Biemans, 'Uitleg van notariële akten algemeen', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-18.

Biemans 2018
J.W.A. Biemans, 'Procesrechtelijke complicaties bij vastgoedtransacties. Vernietiging van rechterlijke uitspraken en overdracht van registergoederen', *WPNR* 2018/7180, p. 102-108.

Blaum 2008
K. Blaum, *Zurückbehaltungsrechte in der Insolvenz* (diss. Bremen), Baden-Baden: Nomos 2008.

Boehmer 1970
G. Boehmer, *Zur Entwicklung und reform des deutschen Familien- und Erbrechts. Ausgewählte Schriften*, Tübingen: Mohr Siebeck 1970.

Boekraad 1996
G.A.J. Boekraad, 'Boedelschulden: het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 101-122.

Boekraad 1997
G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997.

Boekraad 2007
G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033)', *MvV* 2007/3, p. 46-53.

Van Boom 2016
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Bork 2017
R. Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

Bork & McCormack 2017
R. Bork en G. McCormack, *Security rights and the European Insolvency Regulation*, Cambridge: Intersentia 2017.

Boukema 1992
C.A. Boukema, *Samenloop* (Mon. BW A21), Deventer: Kluwer 1992.

Broekveldt 2003
L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Browne 1882
L.H. Browne, *Het recht van retentie* (diss. Leiden), Leiden: P. Somerwil 1882.

De Bruijn 1959
A.R. de Bruijn, *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Arnhem: S. Gouda Quint / D. Brouwer & Zoon 1959.

De Bruijn/Huijgen & Reinhartz 2012
A.R. De Bruijn/W.G. Huijgen en B.E. Reinhartz (bew.), *Het Nederlandse huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Bruijn/Kraan 2012
A.R. de Bruijn en C.A. Kraan (bew.), *De notariële akte als executoriale titel*, Deventer: Kluwer 2012.

Brunner 1984
C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Brunner 1985
C.J.H. Brunner, 'Het beroep op contractuele exoneratiebedingen', *WPNR* 1985/5733, p. 230-232.

Bürge 1979
A. Bürge, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess.

Cahen 1968
J.L.P Cahen, 'De driehoeksverhouding tussen eigenaar, hypotheekhouder en retentor', *RMThemis* 1968, p. 130-144.

Cahen 1969
J.L.P. Cahen, *Retentierecht. Preadvies over retentierecht naar Nederlands recht* (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 3-13.

Cauffman 2000
C. Cauffman, 'Opschortingsrechten bij niet-nakoming', in: J. Smits en S. Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 141-171.

Cauffman 2005
C. Cauffman, 'Retentierecht. Tegenwerpelijkheid aan de verkoper, titularis van een eigendomsvoorbehoud', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2005, p. 686-689.

Chao-Duivis 1989
M.A.B. Chao-Duivis, 'Retentierecht: een afhankelijk recht?', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1989/2, p. 29-31.

Cools 2012
M.-J. Cools, 'Retentierecht uitoefenen voor een verpande vordering: voor wie is de buit?', in: J.G. Princen en I. Spinath (red.), *Faillissement en vastgoed* (Insoladbundel 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 175-191.

Coppens 1969
P. Coppens, *Retentierecht. Preadvies over retentierecht naar Belgisch recht* (Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969, p. 17-29.

Croes 1992
A.L. Croes, 'Retentierecht versus recht van hypotheek', *NTBR* 1992/2, p. 63-65.

Damsteegt-Molier 2009
F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom: een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Diephuis 1886
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel VII.* Groningen: J.B. Wolters 1886.

Dirix 1996
E. Dirix, 'De tegenwerpelijkheid van het retentierecht', *TBH* 1996, p. 219-225.

Dirix 2004
E. Dirix, 'Overzicht van rechtspraak. Zekerheden 1998-2003. Algemene leerstukken', *TPR* 2004, p. 1174-1214.

Dirix 2013
E. Dirix, 'De hervorming van de roerende zakelijke zekerheden', Mechelen: Kluwer 2013.

Dirix 2017
E. Dirix, 'De nieuwe Pandwet: doelstellingen en uitgangspunten', in: M.E. Storme (red.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 1-28.

Dirix & De Corte 2006
E. Dirix en R. de Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Deel XII. Zekerheidsrechten*, Mechelen: Kluwer 2006.

Van Dongen 2016
S. van Dongen, *Groepen van contracten* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016.

Donners 2018
C.F.H. Donners, 'Verhaal door de retentor', in: S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 731-739.

Van Eessel 2018
V. van Eessel, 'Het retentierecht als zekerheidsmechanisme, mede in rechtsvergelijkend perspectief', *RW* 2017-18, p. 1162-1170.

Eggens 1926
J. Eggens, 'Het jongste arrest van den H.R. in zake art. 2014', *NJB* 1926, p. 87-92.

Eggens 1934
J. Eggens, 'De retentor en art. 2014 BW', *WPNR* 1934/3366, p. 277-283, *WPNR* 1934/3367, p. 289-290 en *WPNR* 1934/3368, p. 301-303.

Eggens 1962
J. Eggens, 'Over de verhouding tussen eigendom en verbintenis', *WPNR* 1962/4704, p. 1-4 en *WPNR* 1962/4705, p. 13-16, eveneens verschenen in: *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen*, Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgevers maatschappij 1960, p. 187-204.

Engels & Ourhris 2016
I.C. Engels en A. Ourhris, 'Wie mag het faillissement van de schuldenaar van een verpande vordering aanvragen?', *TvI* 2016/17, p. 129-132.

Erasmus 1976
W.P. Erasmus, *Bevoorrechte vorderingen. Prefenties naar geldend en wordend recht,* Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

Van Erp & Loof 2016
J.H.M. van Erp en W. Loof, 'Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud (titel 1). Over digitale inhoud als zaak.' in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht* (preadvies KNB 2016), Den Haag: Sdu 2016, p. 23-63.

Faber 1998
N.E.D. Faber, 'Retentierecht en art. 57 lid 3 en 60 Fw' *NbBW* 1998, afl. 6, p. 75-76.

Faber 2005
N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Faber 2015
N.E.D. Faber, 'Art. 54 Fw: anno 2015', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de curator* (Insolad Jaarboek 2015), Deventer: Kluwer 2015, p. 193-214.

Van der Feltz I
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, heruitgave Van der Feltz I, *Geschiedenis van Faillissementswet en de Wet op de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896); Deventer: Kluwer 2016.

Van der Feltz II
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, heruitgave Van der Feltz II, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel II (1897), Deventer: Kluwer 2016.

Fesevur 1988
J.E. Fesevur, *Het retentierecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988.

Fesevur 1990
J.E. Fesevur, 'Pand en fiduciaire eigendom versus rechten van derden', in: H.G. van Everdingen e.a., *Zekerheden en uitwinning*, Deventer: Kluwer 1990.

Fesevur 1992
J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht.* (Mon. BW B13), Deventer: Kluwer 1992 (2e druk).

Fesevur 1994
J.E. Fesevur, 'Retentierecht van aannemers op onroerende zaken en de botsing met hypotheek', *WPNR* 1994/6129, p. 221-226 en *WPNR* 1994/6130, p. 239-243.

Fesevur 1999a
J.E. Fesevur, 'Enige praktische kwesties betreffende retentierecht op onroerende zaken', *TBR* 1999, p. 755-766.

Fesevur 1999b
J.E. Fesevur, 'Over terminologie. Enige opmerkingen over het belang van correct woordgebruik', in: J.M. van Buren-Dee, M.C. van Gestel en E.H. Hondius (red.), *Privaatrecht* en Gros (Grosheide-bundel), Antwerpen – Groningen: Intersentia 1999, p. 1-10.

Fesevur 2010
J.E. Fesevur, 'Retentierecht in de dagelijkse bouwpraktijk', *TBR* 2010/60, p. 335-342.

Fesevur 2017
J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (*Mon. BW B13*),* Deventer: Wolters Kluwer 2017 (3e druk).

Fikkers 1991
H.A.G. Fikkers, 'Het retentierecht van de aannemer op een onroerende zaak', *TBR* 1991, p. 895-902.

Fikkers 2000
H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, afl. 1, p. 12-16.

De Folter 2015
M.O.J. de Folter, 'De rechter en de onmisbare partij. Beschouwingen over meerpartijencontracten', in: C.G. Breedveld-De Voogd e.a. (red.), *De meerpartijenovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 59-76.

Fransis 2017a
R. Fransis, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht* (diss. KU Leuven) Anterwerpen: Intersentia 2017.

Fransis 2017b
R. Fransis, 'Capita selecta panduitwinning', in: M.E. Storme (red.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 179-202.

Fruytier 2017
P.A. Fruytier, 'Schijn van vertegenwoordiging: naar een nadere invulling van het risicobeginsel', *MvV* 2017/9, p. 271-277.

Van Galen 1996
R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement', *WPNR* 1996/6225, p. 393-397 en p. 413-417.

Van Galen 2007
R.J. van Galen, 'Rechtspraak Faillissementsrecht, Faillissement Nebula (HR 3 november 2006), *Ondernemingsrecht* 2007/7, p. 292-294.

Van Galen 2014
R.J. van Galen, 'Knelpunten in ons insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2014/81, p. 400-406.

Gerritsen 1894
F.H. Gerritsen, *Het retentierecht* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo, 1894.

Geurts & Tweehuysen 2017
K.W.C. Geurts en V. Tweehuysen, 'De positie van de fiscus na Rabobank/ Reuser', *TvI* 2017/38, p. 225-231.

Goethals & Hekman 2018
M.J.F. Goethals en T. Hekman, 'Het retentierecht en faillissement. Een weinig gelukkige driehoeksverhouding tussen retentor, curator en hypotheekhouder', *TvI* 2018/35, p. 216-224.

Gratama 1887
S. Gratama, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding van het zoogenaamde retentie-recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887 (6), p. 1-32 en p. 277-321.

Gratama 1888
S. Gratama, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding van het zoogenaamde retentie-recht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1888 (7), p. 141-170 en 380-405.

De Greve 2009
T.R.B. de Greve, 'De 'blokkerende' werking van een beslag en de gevolgen van onttrekking aan beslag', *TvI* 2009/10, p. 42-52.

Groefsema 1993
L. Groefsema, *Bevoegd beschikken over andermans recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

Groeneveld-Tijssens 2015a
N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht* (diss. Tilburg), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Groeneveld-Tijssens 2015b
N.E. Groeneveld-Tijssens, 'De Hoge Raad en de verklaring voor recht', *NTBR* 2015/32, p. 214-218.

Groenewegen & De Groot 2015
J.L.M. Groenewegen en M.N. de Groot, 'Retentierecht in faillissement: curator, houd uw nijptang gereed!', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de curator* (Insolad Jaarboek 2015), Deventer: Kluwer 2015, p. 245-273.

Grosheide 1937
G.H.A. Grosheide, 'De executoriale kracht van grossen van notarieele akten' (Preadvies Broederschap der Notarissen), Amsterdam: Van Mantgem 1937, p. 231-267.

GS Bijzondere overeenkomsten
S.E. Bartels en C.G. Breedveld-De Voogd (red.), *Groene SerieBijzondere overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

GS Burgerlijke rechtsvordering
A.I.M. Mierlo, T.F.E. Tjong Tjin Tai en P. Vlas (red.), *Groene Serie Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

GS Faillissementswet
A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

GS Verbintenissenrecht
R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

GS Vermogensrecht
J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

GS Zakelijke rechten
F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Van Gulijk & Muller 2013
S. van Gulijk en L.H. Muller, 'Juridische hindernissen en risico's die zich voordoen bij de uitoefening van het retentierecht door de (onder)aannemer: vier concrete aandachtspunten op basis van recente jurisprudentie', *TBR* 2013/176, p. 1147-1155.

Haak 1997
K.F. Haak, 'Het retentierecht in Boek 8 BW', in: W.J.G. Oosterveen e.a. (red.), *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Preadvies Vereniging Handelsrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 79-100.

Haak 1998
K.F. Haak, interventie in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Verslag van de vergaderingen van de Vereeniging Handelsrecht van 19 september 1997 en 13 maart 1998), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 34-35.

Habraken & Raven 2014
P.J.R. Habraken en H.J.R. Raven, 'Hypotheekrecht en retentierecht, enkele opmerkingen bij samenloop' in: R.C.J. Cremers e.a. (red.), *Terecht Bouwrecht. Over de bijdrage van het recht aan de bouw in de praktijk* (Jubileumboek 50 jaar Bouwrecht), Deventer: Kluwer 2014.

Hamwijk 2011
D.J.Y Hamwijk, 'Kenbaarmaking en feitelijke macht', *WPNR* 2011/6874, p. 133-140.

Hamwijk 2014
D.J.Y Hamwijk, *Publicity in secured transactions law: towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets?* (diss. Amsterdam UvA), Rotterdam: Optima Grafische Communicatie 2014.

Hartkamp 2001
A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad (II, slot)', *WPNR* 2001/6441, p. 327-334.

Hartkamp/Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017
R.W.E. van Leuken, M.M.C. Van de Moosdijk en V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hattenhauer 2011
C. Hattenhauer, *Einseitige private Rechtsgestaltung,* Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Van Hees 2000
J.J. van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink e.a. (red.) *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 129-143.

Van Hees 2011
J.J. van Hees, 'Ieder het zijne: verdeling, insolventie en retentierecht', *WPNR* 2011/6882, p. 325-330.

Van Hees 2012
J.J. van Hees, 'Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-20.

Van Hees 2014
J.J. van Hees, 'Verifieerbare vorderingen en ander ongerief', *FIP* 2014-2, p. 60-65.

Van Hees 2017
J.J. van Hees, 'Het faillissement als achterhaald concept', in: S.E. Bartels e.a. (red.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht* (Liber amicorum S.C.J.J. Kortmann), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 185-198.

Heesakkers 2015
K.G.J. Heesakkers, 'Erfpacht en het retentierecht', *TvAR* 2015-5, p. 257-260.

Heilbron 2013
M.A. Heilbron, 'De positie van de retentor in faillissement', *FIP* 2013-5, p. 155-158.

Heilbron 2015
M.A. Heilbron, 'A comparative analysis of the effect of the lien against third parties', in: A. Apers e.a. (red.), *Property Law Perspectives III*, Cambridge: Intersentia 2015, p. 153-171.

Heilbron 2017a
M.A. Heilbron, 'Lossing', in: S.E. Bartels, K. Everaars en J.B. Spath (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Heilbron 2017b
M.A. Heilbron, 'Zuivering', in: S.E. Bartels, K. Everaars en J.B. Spath (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van den Heuvel 2004
N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van den Heuvel 2009
N.W.M. van den Heuvel, 'Verhaal op het goed van een derde. Opmerkingen naar aanleiding van HR 20 februari 2009, RvdW 2009, 322 (Ontvanger/De Jong q.q.)', *WPNR* 2009/6808, p. 668-673.

Heyning-Plate 1969
L.S.C. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht* (diss. Rotterdam) 1969, Zwolle: Tjeenk Willink 1969.

Heyning-Plate 1972
L.S.C. Heyning-Plate, 'Afdeling 3.10.4A Nieuw Burgerlijk Wetboek. Het retentierecht', *WPNR* 1972/5167, p. 147-150.

Heyning-Plate 1973
L.S.C. Heyning-Plate, 'Retentierechten in het 8e Boek van het ontwerp B.W.', in: *Scheepsraad. Een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder auspiciën van de Vereeniging "Handelsrecht" en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 152-164.

Hijma 2013
J. Hijma, 'Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht', *WPNR* 2013/6994, 955-962.

Hijma 2015
J. Hijma, 'Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht (II)', *WPNR* 2015/7081, p. 903-909.

Hoens & Schols 2017
F.M.H. Hoens en F.W.J.M. Schols, 'Toekomstig huwend Nederland op het verkeerde been? Deel II', *WPNR* 2017/7134, p. 75-76.

Hofmann/Van Opstall 1976
L.C. Hofmann en S.N. van Opstall, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht. Eerste gedeelte*, Groningen: Tjeenk Willink 1976.

Van Hoof 2013
V.J.M. van Hoof, 'De bescherming van een vuistpandhouder en retentor tegen een eerder gevestigd stil pandrecht' *NTBR* 2013/29, p. 252-258.

Hugenholtz/Heemskerk & Teuben 2018
W. Hugenholtz, W.H. Heemskerk/W. Heemskerk en K. Teuben (bew.), *Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2018.

Huijgen 2016
W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW B12b), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Huizingh 2009
M. Huizingh, 'De faillissementsclausule in beslaggaranties: handhaven of niet?', in: N.E.D. Faber (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 377-390.

Hummelen 2016
J.M. Hummelen, 'De Wet Modernisering Faillissementsprocedure: van 1896 naar 2016', *TvI* 2016/4, p. 15-23.

Huydecoper 2006
J.L.R.A. Huydecoper, 'Beslaan wij maar raak?', in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvariaties. Opstellen aangeboden aan prof.mr. A.S. Hartkamp op 20 januari 2006, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2006.

Huydecoper 2011
J.L.R.A. Huydecoper, *Reële executie* (Mon. BW A13), Deventer: Kluwer 2011.

Insolad Rapport Afwikkeling Faillissementen 2011
M.J.M. Franken e.d. (red.), *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*, Deventer: Kluwer 2011.

Jaeger/Henckel & Gerhardt 2004
W. Henckel en W. Gerhardt, *Jaeger Großkommentar Insolvenzordnung*, Berlijn: De Gruyter Recht 2004.

C.E.C. Jansen 2013
C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk* (Mon. BW B84), Deventer: Kluwer 2013.

C.J.H. Jansen 2015
C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

J.E. Jansen 2006
J.E. Jansen, 'De bevrijdende verjaring van een revindicatie tegen een houder ingesteld', *WPNR* 2006/6654, p. 130-132.

J.E. Jansen 2014a
J.E. Jansen, 'Eggens en de verzakelijking van het retentierecht', in: T.E. Booms (red.), *Een man een man, een woord een woord. Werken ter nagedachtenis aan Jannes Eggens (1891-1964),* Overveen: Uitgeverij Belvédère 2014, p. 246-262.

J.E. Jansen 2014b
J.E. Jansen, 'Goederenrechtelijke rechtsvorderingen tot afgifte', *RMThemis* 2014-6, p. 275-283.

Janssen 2003
J.F.M. Janssen, 'Opschortingsrechten' in: T. Hartlief, J. Hijma en L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 21-40.

Jauernig 2011
O. Jauernig (red.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinen Gleichbehandlunchsgesetz (Auszug). Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2011.

De Jong & Ploeger 2008
J. de Jong en H.D. Ploeger, *Erfpacht en Opstal* (Mon. BW B28), Deventer: Kluwer 2008.

Jongbloed 1987
A.W. Jongbloed, *Reële executie in het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1987.

Jongbloed 2009
A.W. Jongbloed, 'Executoriale titels: eenheid in verscheidenheid?' in: N.E.D. Faber (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 611-640.

Jongbloed 2016
A.W. Jongbloed, 'Het is niet altijd eenvoudig een executoriale titel te herkennen', *TvPP* 2016-1, p. 3-9.

Jongbloed 2017
A.W. Jongbloed, *Executierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Jongbloed 2018
A.W. Jongbloed, 'Privaatrechtelijke executoriale titels' in: S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 303-324.

Jongbloed & Meijsen 2010
A.W. Jongbloed en M. Meijsen, *Conservatoir beslag in Nederland. Zekerheid en pressiemiddel*, (Research Memoranda, nr. 2, 2010), Raad voor de rechtspraak 2010 (te vinden via www.rechtspraak.nl > Organisatie en contact > Raad voor de rechtspraak > Wetenschappelijk onderzoek > Alle resultaten van onderzoeken (research memoranda) > Research Memoranda 2010).

Jongbloed in Stein/Rueb 2018
A.W. Jongbloed in A.S. Rueb e.a., *Compendium Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Jonkers 2018
A.L. Jonkers, 'Persoonlijke zekerheden bij concernfinanciering: ongerechtvaardigde vermenigvuldiging van vorderingen', *MvV* 2018/5, p. 164-171.

Kaptein 2016
F.J.L. Kaptein, *Pandrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2016.

Kaptein & Van Zanten 2013
F.J.L. Kaptein en T.T. van Zanten, 'Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen?', *TvI* 2013/10, p. 49-55.

Kaser-Wubbe 1971
M. Kaser, *Romeins privaatrecht,* vertaald door F.B.J. Wubbe, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Katan 2017
B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Kinderman 2014
J.A. Kinderman, 'De als beslaglegger executerende pandhouder', noot onder HR 28 februari 2014, ECLI:NL:2014:440', *TvI* 2014/41, p. 229-232.

Kingma Boltjes 1961
H. Kingma Boltjes, 'Enkele opmerkingen over het verhaalsrecht van een crediteur op goederen van derden in het Ontwerp Burgerlijk Wetboek', *RMThemis* 1961, p. 3-13.

Kisch 1932
I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1932.

Klaassen & Eggens/Luijten & Meijer 2005
J.G. Klaassen en J. Eggens/E.A.A. Luijten en W.R. Meijer (bew.), *Huwelijksgoederen- en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Klaassen 2009
C.J.M. Klaassen, 'De eerste klap is een daalder waard', in: N.E.D. Faber (red.), *Knelpunten bij beslag en executie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 313-349.

Klaassen, Meijer & Snijders 2017
C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer en H.J. Snijders, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Klein Breteler 2012
M. Klein Breteler, 'Retentierecht door toe-eigening van de feitelijke macht?', *NTBR* 2012, p. 256-261.

De Kloe & Ortiz Aldana 2018
H.J. de Kloe en F. Ortiz Aldana, 'Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?', *MvO* 2018/1&2, p. 50-60.

De Knijff 2010
D.M. de Knijff, 'Kroniek beslag- en executierecht', *TCR* 2010/3, p. 89-95.

Koops 2010
E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Kortmann 1977
S.C.J.J. Kortmann, *'Derden'-werking van aansprakelijkheidsbedingen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1977.

Kortmann 1991
S.C.J.J. Kortmann, 'Faillissementsrecht anno 2000', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. C. F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant*, Deventer: Kluwer 1991, p. 119-136.

Kortmann 1996
S.C.J.J. Kortmann, '(Model-)beslaggarantie en faillissement', *WPNR* 1996/6250, p. 921-922.

Kortmann 2000
S.C.J.J. Kortmann, 'Van 'Securicor' tot 'Sungreen': zekerheid noch zonlicht' in: J.B. Huizink (red.), *A-T-D: opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 241-255.

Kortmann & Faber 2001
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153.

Kortmann, Faber &Schuijling 2-III 2018
S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber en B.A. Schuijling (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wijzigingen* (serie Onderneming en Recht, deel 2-III) (online, bijgewerkt tot 1 mei 2018).

Kötz 2009
H. Kötz, *Vertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2009.

Krans 2014
G.T. de Jong, H.B. Krans en M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen, Studiereeks Burgerlijk Recht 4*, Deventer: Kluwer 2014.

Krzemiński 2016
K.J. Krzemiński, *Beslag- en executierecht geschetst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016

Krzemiński 2018
K.J. Krzemiński, 'De versterkte inningsbevoegdheid van de openbaar pandhouder', *WPNR* 2018/7200, p. 503-505.

Van der Kwaak 1990
D.J. van der Kwaak, *Het rechtskarakter van het beslagrecht. Een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke zekerheidsrechten, en met het faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1990.

Van der Kwaak 1996
D.J. van der Kwaak, 'Ontwikkelingen op het gebied van de opheffing van beslagen', *NJB* 1996/45-46, p. 1893-1897.

Van der Kwaak 2009
D.J. van der Kwaak, 'Beschikkingsonbevoegdheid, zaaksgevolg en relatieve nietigheid als mogelijke rechtsgevolgen van beslag', *TCR* 2009, nr. 4, p. 132-139.

Van de Laarschot 1997
M.A. van de Laarschot, Samenloopperikelen bij de voortijdige beëindiging van vervoersovereenkomsten, in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Preadvies Vereniging Handelsrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 23-48.

Van de Laarschot 1998
M.A. van de Laarschot, interventie in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Verslag van de vergaderingen van de Vereeniging Handelsrecht van 19 september 1997 en 13 maart 1998), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 37-38.

Lammers 2000
H.H. Lammers, 'De positie van zekerheidsgerechtigden en de retentor in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen', *NTBR* 2000/1, p. 1-10.

Langemeijer 1962
G.E. Langemeijer, 'Juridische dogmatiek', Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, afd. Letterkunde, deel 25, no. 10, Amsterdam: NV Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1962.

Lebon 2010
C. Lebon, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen* (diss. KU Leuven), Antwerpen: Intersentia 2010.

Lewin 2013
G.C.C. Lewin, *Het burgerlijk procesrecht is de pathologie van het recht* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2013.

Lock 2017
F.J.P. Lock, 'Samen uit, samen thuis. Nieuwe regels voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding', *Tijdschrift voor de Procespraktijk* 2017-4, p. 127-138.

Loesberg & Knüppe 1999
E. Loesberg en B.F.M. Knüppe, *Advocatenblad* 1999/7, p. 383-385.

Loesberg & Van Ingen 2010
E. Loesberg en M.J.W. van Ingen, 'Beheers- en ontruimingsbedingen in hypotheekakten', *TvI* 2010/27, p. 172-178.

Logmans 2011
H. Logmans, *Zekerheid op lading. Pandrecht en retentierecht op roerende zaken en cognossement in het handelsverkeer* (diss. Rotterdam), Zutphen: Paris 2011.

Lok 2008
M.E.C. Lok, 'Wie het eerst hokt, hokt het best? Opschorting vs. ontbinding bij wederzijdse tekortkomingen', *VrA* 2008/2, p. 69-85.

Lokin/Brandsma 2016
J.H.A. Lokin en F. Brandsma (bew.), *Prota,* Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van Loon 2012
A. van Loon, 'Vervreemding in weerwil van een verhaalsbeslag: hoe ver moet de bescherming van de beslaglegger gaan?' *NTBR* 2012/15, p. 95-103.

Louwman 1995
W. Louwman, 'Waarom bewaarders geen mandarijnen zijn', *WPNR* 1995/6201, p. 761-763.

Louws 2015
M.H. Louws, 'Retentierecht op zeeschepen in faillissementssituaties: een (on)zekere zekerheid?', *Tijdschrift voor Vervoer & Recht* 2015-1, p. 1-13.

Mak 2002
V. Mak, 'Retentierecht op zeeschepen. De positie van de retentor van een zeeschip', *AA* 2002, p. 596-603.

Malekzadem 2017a
J. Malekzadem, 'Retentierecht', *Nieuw Juridisch Weekblad* 2017, p. 250-258.

Malekzadem 2017b
J. Malekzadem, 'De uitwinning van pandrechten na de hervorming', in: M.E. Storme (red.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 157-177.

Van Marsbergen & Blox 2018
I. van Marsbergen en D.J.C. Blox, 'Executoriaal beslag op roerende zaken bij of onder een derde', in: S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 519-524.

McKenzie-Vass & Verheul 2015
S.C. McKenzie-Vass en E.F. Verheul, 'Onder druk wordt alles vloeibaar, of toch niet? Een interview met de curatoren in het faillissement van Zeeland Aluminium Company N.V.', *TvI* 2015/44, p. 298-304.

Meijsen 2013
M. Meijsen, *Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013.

Mellenbergh & Boddenberg 2006
R. Mellenbergh en R.E. Boddenberg, 'Onduidelijkheden omtrent de aard van het retentierecht: de (on)mogelijkheid van overgang van het retentierecht bij cessie', *NTHR* 2006-4, p. 145-151.

Memelink 2009
P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Mennens 2013
A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *TvI* 2013/28, p. 216-231.

Meyjes 1931
P. Meyjes, 'Bijdrage tot de leer der preferente schuldvorderingen – De executie als publiekrechtelijke rechtsbetrekking – voorrechtsvervaltermijnen', *Themis* 1931, p. 1-59.

Van Mierlo 1988
A.I.M. van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1988.

Van Mierlo 1996
A.I.M. van Mierlo, 'Puzzels voor een curator', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 81-99.

Mijnssen & Van Mierlo 2018
F.H.J. Mijnssen en A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht* (Monografieën Privaatrecht nr. 10), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Mil 2011
R. van Mil, 'Het beslagmoment bij beslag op roerende zaken', *NJB* 2011/174, p. 235-237.

Molengraaff 1898
W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet verklaard,* Den Haag: Boekh. vh. Gebr. Belinfante 1898.

Molengraaff 1899
W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht*. *Eerste stuk,* Haarlem: De erven F. Boon 1899.

Molengraaff 1905
W.L.P.A. Molengraaff, 'Bespreking van W. Parser, Het declaratoir vonnis, Prft. Amsterdam, 1903', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1905, p. 216-226.

Molengraaff 1912
W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht. Deel V*, Haarlem: De erven F. Bohn 1912.

Molengraaff 1914
W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet verklaard,* Den Haag: Boekh. vh. Gebr. Belinfante 1914.

Molengraaff/Star Busmann 1951
W.L.P.A. Molengraaff en C.W. Star Busmann (bew.), *De Faillissementswet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1951.

Van Mourik 2003
M.J.A. van Mourik, 'De omvang van de nieuwe wettelijke gemeenschap van goederen', *WPNR* 2003/6545, p. 637-644.

Van Mourik & Schols 2017
M.J.A. van Mourik en F.W.J.M. Schols, Huwelijksvermogensrecht (Mon. Privaatrecht nr. 12), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

MünchKommBGB
F.J. Säcker en R. Rixecker (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I*, München: Verlag C.H. Beck 2016.

MünchKommHGB
B. Grunewald (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 5: Viertes Buch. Handelsgeschäfte,* München: Verlag C.H. Beck 2018.

MünchKommInsO
H.-P. Kirchhof e.a. (red.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. *Band 2* en *Band 3*, München: Verlag C.H. Beck 2013.

Nauta 1937
G. Nauta, *De executoriale kracht van grossen van notarieele akten* (Preadvies Broederschap der Notarissen), Amsterdam: Van Mantgem 1937, p. 269-309.

Nerlich/Römermann
J. Nerlich en V. Römermann, *Insolvenzordnung*. Loseblatt-kommentar, München: Verlag C.H. Beck (online).

Nieskens-Isphording & Van der Putt-Lauwers 2002
B.W.M. Nieskens-Isphording en A.E.M. van der Putt-Lauwers, *Derdenbescherming* (Mon. BW A22), Deventer: Kluwer 2002.

Nuytinck 2018
A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Oftinger/Bär 1981
K. Oftinger/R. Bär, *Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand. Band IV/2c – Das Sachenrecht – Die beschränkten dinglichen Rechte*, Zürich: Schulthess Verlag 1981.

Van Oostrom-Streep 2006
N.C. Van Oostrom-Streep, 'Kwalitatieve verplichting na executoriale verkoop', *WPNR* 2006/6666, p. 379-383.

Oudelaar 1992
H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Oudelaar 1995
H. Oudelaar, *Recht halen: inleiding in het executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 1995.

Oudelaar 2001
H. Oudelaar, 'Executie en Beslag' in: H. Oudelaar (red.), *Vademecum Burgerlijk Procesrecht,* Deventer: Gouda Quint 2001.

Oudelaar 2003
H. Oudelaar, *Executierecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen,* Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 5
C.J. van Zeben en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. Boek 6
C.J. van Zeben, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis, van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5, 6. Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht,* Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet. Aanpassing van de overige wetten*, Deventer: Kluwer 1992.

Parl. Gesch. Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis, E.E. Slob en C.J. van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten, titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Rv (KEI)
A.I.M. van Mierlo en K.J. Krzemiński (red.), *Parlementaire Geschiedenis Burgerlijke Rechtsvordering Wetgeving vereenvoudiging en digitalisering procesrecht (KEI)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Petit 1931
Ch.J.J.M. Petit, 'Preadviezen over "Huwelijksvoorwaarden in verband met faillissement", van prof. mr. J.C. van Oven en J.C.J. Waldorp, notaris', *WPNR* 1931/3209, p. 325-327.

Pitlo 1972
A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: Tjeenk Willink, 1972.

Pitlo/Brahn 1980
A. Pitlo en O.K. Brahn (bew.), *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Deel 2. Het zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2006
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (12e druk).

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012
W.H.M. Reehuis e.a., *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (13e druk).

Polak/Pannevis 2017
N.J. Polak en M. Pannevis (bew.), *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Polak/Polak 1972
M. Polak en N.J. Polak (bew.), *Faillissement en surséance van betaling. Deel I, derde gedeelte,* Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972.

Polak, Veegens & Pitlo 1941
C.H.F. Polak, J.D. Veegens en A. Pitlo, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht. Deel II. Zaken- en erfrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1941.

Raaijmakers 2001
R.G.T.J. Raaijmakers, 'Retentierecht bij cessie', *WPNR* 2001/6454, p. 695-708.

Rank-Berenschot 1992
E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.

Rank-Berenschot 2012
E.B. Rank-Berenschot, *Bezit* (Mon. BW B7), Deventer: Kluwer 2012.

Rapport Commissie Houwing 1974
Ph.A.N. Houwing (voorzitter), *Rapport van de Commissie bevoorrechting van vorderingen*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1974.

Reehuis 1987
W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding van roerende zaken en vorderingen volgens het NBW: overeenkomsten en verschillen met zekerheidsoverdracht met beschrijving van het overgangsrecht* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Reehuis 2015
W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Renssen 2018
S. Renssen, 'De nieuwe wetgeving inzake fraudebestrijding in faillissement: een verrijking of een lege huls?', *TvOB* 2018-2, p. 40-47.

Rijckenberg 2009
C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers' in: I. Spinath, J.E. Stadig en M. Windt (red.), *Curator en crediteuren* (Insolad Jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 131-151.

Roes 1970
J.B.M. Roes, *Hypotheek. Een zakelijk recht* (diss. Nijmegen), Arnhem: S. Gouda Quint – D. Brouwer & Zoon 1970.

Rossel 1994
H.J. Rossel, 'De verkeersopvatting' in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 335 – 344.

Van Rossem/Cleveringa 1972
R.P. Cleveringa, *Mr. W. van Rossem's Verklaring van het Nederlands Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*, Zwolle: Tjeenk Willink 1972.

Rupke 1914
G.W. Rupke, *Wilsrechten* (diss. Utrecht), Amsterdam: A.H. Kruyt 1914.

Salomons 1990
A.F. Salomons, *De interpretatiegeschiedenis van artikel 2014 BW (1838-1945)*, Deventer 1990.

Salomons 1997
A.F. Salomons, *2014 tot 1950. De geschiedenis tot 1950 van de vertrouwensbescherming bij overdracht van roerende zaken door een beschikkingsonbevoegde* (diss. Amsterdam UvA) s.n. 1997.

Salomons 2011
F.R. Salomons, 'Insolventie en huwelijksgoederenrecht', in: G.H. Lankhorst e.a., *Insolventierecht in de notariële praktijk* (preadviezen KNB), Den Haag: Sdu uitgevers 2011.

Van Schaick 2009a
A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas?* (Oratie Universiteit van Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Van Schaick 2009b
A.C. van Schaick, 'Opschortingsrecht en mededelingsplicht', *NTBR* 2009/17, p. 130-136.

Van Schaick 2014
A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen van bezit en houderschap* (Mon. BW A14), Deventer: Kluwer 2014.

Schelhaas & Stolp 2009
H.N. Schelhaas en M.M. Stolp, 'Remedies bij wederzijdse niet-nakoming', *MvV* 2009/3, p. 57-64.

Schelhaas 2017
H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schlegelberger 1904
F. Schlegelberger, *Das Zurückbehaltungsrecht*, Jena: Gustav Fischer 1904.

Scholten 1970
G.J. Scholten, 'Volgorde van verhaal op privé-vermogen en huwelijksgemeenschap bij faillissement', in: J.A. van Ankum, G.C.J.J. van den Bergh en H.C.F. Schoordijk, *Plus est en vous* (Pitlo-bundel), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1970.

Schoordijk 1966
H.C.F. Schoordijk, 'Klaassen-Eggens-Luijten en de methode van rechtsvinding', *RMThemis* 1966, p. 85-122.

Schoordijk 1981
H.C.F. Schoordijk, 'De positie van feitelijk preferente crediteuren bij faillissement en surseance van betaling', in: *Gratia commercii* (Van Oven bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1981, p. 321-339.

Schoordijk 1986
H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen: naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986.

Schoordijk 1996
H.C.F. Schoordijk, 'Indirecte verrijking, vertegenwoordiging, onrechtmatige daad en Pauliana', *WPNR* 1996/6247, p. 861-866.

Schmidt 2016
K. Schmidt, *Kommentar zum Insolvenzordnung*, München: C.H. Beck 2016.

Schrage 2012
E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. BW A4), Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Schrage 2017
E.J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Mon. BW B53), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht
R.H. de Bock, A. Hammerstein en R.M. Hermans (red.), *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu (online).

Schuijling 2016
B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schuijling 2017
B.A. Schuijling, 'Pandrecht op voorwaardelijk eigendom: een volwaardige zekerheid?' *RMThemis* 2017-1, p. 18-26.

Seckel 1903
E. Seckel, 'Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts', in: *Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50 jährigen Dienstjubiläum Dr. Richard Koch*, Berlijn: Otto Liebmann 1903.

Seidel 1993
H.-J. Seidel, 'Das Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB?', *Juristenzeitung* 1993 (48), p. 180-185.

Six-Hummel 2015
J.K. Six-Hummel, 'Raakvlakken tussen faillissement en huur', *TvI* 2015/5, p. 93-100.

Slaski 2009
A. Slaski, 'De gebondenheid van de curator aan overeenkomsten' in: I. Spinath, J.E. Stadig en M. Windt (red.), *Curator en crediteuren* (Insolad Jaarboek 2009), Deventer: Kluwer 2009, p. 111-130.

Smelt 2006
A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Smits 2003
J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2003.

Snijders & Rank-Berenschot 2017
H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 2) Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijders 1973
W. Snijders, 'Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW', in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453-471.

Snijders 1994
W. Snijders, 'Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering' in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp en W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner Bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 357-360.

Snijders 1998
W. Snijders, interventie in: *Vervoersrecht in Boek 8 BW* (Verslag van de vergaderingen van de Vereeniging Handelsrecht van 19 september 1997 en 13 maart 1998), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 32-34.

Snijders 1999
W. Snijders 1999, 'Wilsrechten, in het algemeen en in het nieuwe erfrecht (I)', *WPNR* 1999, p. 558-561.

Snijders 2003
W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. de Perron en A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 269-287.

Snijders 2006
W. Snijders, 'Boekbespreking Th.F. de Jong, De structuur van het goederenrecht, diss. Groningen 2006', *WPNR* 2006/6689, p. 831-836.

Soedira 2011
A. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2011.

Spath 2010
J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (diss. Nijmegen) Deventer: Kluwer 2010.

Spierings 2016
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen) Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Spronken & Warren 2017
O.M. Spronken en C.J.D. Warren, 'Een *Mexican standoff* in faillissement', *MvV* 2017/2, p. 45-52.

Staatscommissie 1998
Rapport van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht 'Internationaal goederenrecht' aan de Minister van Justitie, Den Haag: Ministerie van Justitie 1998.

Staudinger
J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlijn: Sellier – de Gruyter (online).

Staub
H. Staub, *Handelsgesetzbuch: HGB Großkommentar in 15 Bänden*, Berlijn: De Gruyter.

Stein 1986
P.A. Stein, 'Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surséance van betaling en faillissement van een onderneming te wijzigen?' (Preadviezen Nederlandse Juristen Vereniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 1-84.

Stein 2010
H. Stein en H.A. Stein, *Goed beslagen. Vormen en aspecten van het Nederlands privaatrechtelijke executie- en beslagrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Stein & Westenberg 2016
H.A. Stein en J.W. Westenberg, 'Executiebevoegdheid', *Tijdschrift voor Beslag en Executierecht* 2016/5-6 (160).

Steneker 2012a
A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B12a), Deventer: Kluwer 2012.

Steneker 2012b
A. Steneker, 'Vormerkung en retentierecht', *WPNR* 2012/2939, p. 547-553.

Steneker 2013
A. Steneker, 'De hypotheekakte als executoriale titel', *WPNR* 2013/6978, p. 443-446.

Steneker 2014
A. Steneker, 'Uitbestede executie. Over executoriale verkoop door de pand- of hypotheekgever of diens curator', *WPNR* 2014/7033, p. 912-918.

Steneker 2017
A. Steneker, 'De vastgoedveiling geëxecuteerd', *WPNR* 2017/7152, p. 441-443.

Steneker & Tekstra 2015
A. Steneker en A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenlijst (II)', *FIP* 2015/368, p. 14-24.

Van der Steur 2003
J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Stijns 2018
S. Stijns, 'Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie', *TBBR* 2018, nr. 8, p. 406-418.

Van der Stoep 2016
A. van der Stoep, 'Positie van retentor versterkt', *Vastgoedrecht* 2016-4, p. 104-105.

Stolp 2011
M.M. Stolp, 'De kenbaarheid van opschorting', *MvV* 2011/6, p. 153-160.

Storme 2000
M.E. Storme, 'De drievoudige gelaagheid van schuldvorderingen en hun bescherming', in: H. Coursy e.a., *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne: Kluwer 2000, p. 329-342.

Streefkerk 2013
C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW B32b), Deventer: Kluwer 2013.

Struycken 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Struycken & Wijnstekers 2016
T.H.D. Struycken en B.W. Wijnstekers, 'De bijzondere bevoegdheden van een hypotheekhouder', *FIP* 2016/52, p. 37-46.

Studer 2000
F. Studer, *Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess 2000.

Suijling 1934
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 2e stuk, 1e gedeelte.* Haarlem: De Erven F. Bohn 1934.

Suijling 1940
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn 1940.

Suijling 1948
J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. I. Algemene beginselen*, Haarlem: De erven F. Bohn 1948.

M.A. Suyling 1955
M.A. Suyling, 'Voorrechten in het nieuwe BW', *NJB* 1955, p. 263-265.

Van Swaaij & Oude Kempers 2009
J.H.M. van Swaaij en J.E.M. Oude Kempers, 'Het beslagrecht trilt op zijn grondvesten', *NJB* 2009, p. 1022-1029.

T&C Burgerlijke Rechtsvordering
A.I.M. van Mierlo en C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Tekstra 2001
A.J. Tekstra, 'Botsing van pand en hypotheek met andere rechten, in het bijzonder met eigendomsvoorbehoud, retentierecht en bodemrecht' in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 155-166.

Tekstra 2018
A.J. Tekstra, 'Rabobank/Reuser en het bodem(voor)recht: de fiscus als lachende derde?', *FIP* 2018/181, p. 39-46.

Teuben 2004
K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.

Thomale 2012
C. Thomale, 'Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht', *AcP*, vol. 212, nr. 6 (december 2012), p. 920-970.

Thors 1934
J. Thors, *Het recht van terughouding* (diss. Amsterdam UvA) s.n. 1934.

Tjittes 1992
R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht* (Mon. BW A6a), Deventer: Kluwer 1992.

Tjittes 2002
R.P.J.L. Tjittes, 'Eerder opheffing van conservatoir beslag!', *RMThemis* 2002/2, p. 65-66.

Tjittes 2009
R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Tjittes 2013
R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten* (Mon. BW A6b), Deventer: Kluwer 2013.

Toelichting voorontwerp Insolventiewet
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voortontwerp Insolventiewet* (Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV), Deventer: Kluwer 2007.

Tollenaer 2011
N.W.A. Tollenaer, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de prepack!', *TvI* 2011/23, p. 130-147.

Tromp 2001
J.W.M. Tromp, 'Retentierecht in faillissement: que si, que no?', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red), *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 391-403.

Tuil 2009
M.L. Tuil, *Verdelingsbeslagen* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Tuil 2010
M.L. Tuil, 'De beslagrechtelijke uitwerking van het verhaal op de huwelijksgemeenschap', *WPNR* 2010/6859, p. 734-739.

Tuil 2015
M.L. Tuil, 'Retentor en de oudere hypotheekhouder', *MvV* 2015, p. 298-305.

Tweehuysen 2016
V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Uhlenbruck 2015
W. Uhlenbruck, *Kommentar zum Insolvenzordnung*, München: Vahlen Verlag 2015.

Valk 2016
W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016), p. 13-96.

Veder 2004
P.M. Veder, *Cross-border insolvency proceedings and security rights* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004.

Vegter 2003
J.B. Vegter, 'Over het verhaalsrecht van schuldeisers in het wetsvoorstel tot aanpassing van de wettelijke gemeenschap van goederen', *WPNR* 2003/6546, p. 645-649.

Vegter 2004
J.B. Vegter, 'Naschrift bij de reactie van prof. mr. L.C.A.Verstappen op de bijdrage van mr. J.B. Vegter aan het Themanummer "Exit algehele gemeenschap van goederen?" in WPNR (2003) 6545', *WPNR* 2004/6568, p. 184-185.

Van der Velde 2006
W. van der Velde 2006, *De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Van Velten 1982
A.A. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Van Velten 2018
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Verburg 2009
G.C. Verburg, 'De retentor, de hypotheekhouder en verhaal', *FIP* 2009/5, p. 148-154.

Verdaas 2008
A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008.

Verdaas 2009
A.J. Verdaas, 'De blokkerende werking van een beslag op een roerende zaak en faillietverklaring van de beslagdebiteur en/of de derde-verkrijger: een intrigerende cocktail', *NTBR* 2009/45, p. 341-347.

Verdaas 2015
A.J. Verdaas, 'Partijautonomie bij pand en hypotheek' in : J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman en L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 53-79.

Verheugt 2015
J.W.P. Verheugt, *Inleiding in het Nederlandse recht*, Amsterdam: Uitgeverij De Zuidas 2015.

Verheul 2014
E.F. Verheul, 'Bescherming van de huurder van een roerende zaak' in: *Groninger zekerheid* (Liber amicorum Wim Reehuis), Deventer: Kluwer 2014, p. 417-429.

Verheul 2016a
E.F. Verheul, 'Artikel 3:86 BW en de legitimatieleer', *AA* 2016, p. 590-599.

Verheul 2016b
E.F. Verheul, 'Perikelen rond de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in faillissement', *TvI* 2016/19, p. 137-144.

Verheul 2018a
E.F. Verheul, 'Revindicatie van data in de cloud', *AA* 2018, p. 578-589.

Verheul 2018b
E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Vermaire & Luijkx 2016
R.M. Vermaire en J.M. Luijkx, 'Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator', *FIP* 2016/2, p. 16-21.

Vermeij 2012
P. Vermeij, 'Het retentierecht bij aanneming van werk. De (on)mogelijkheid tot uitoefening van dit recht', *TBR* 2012, p. 971-984.

Vermeij 2018
P. Vermeij, 'Het inroepen door de aannemer van het retentierecht tegen derden met een posterieur of anterieur recht op een onroerende zaak', *TBR* 2018, p. 793-804.

Verougstraete 2014
I. Verougstraete, 'Retentierecht', in: J. Baeck en M. Kruithof (red.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 167-177.

Verschoof 1992
R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verstappen 2004
L.C.A. Verstappen, 'Reactie op de bijdragen in het themanummer 'Exit algehele gemeenschap van goederen?' WPNR (2003) 6545', *WPNR* 2004/6568, p. 176-178.

Verstijlen 1994
F.M.J. Verstijlen, 'Over botsende voorrechten en zekerheidsrechten', *WPNR* 1994/6143, p. 479-482.

Verstijlen 1998
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen 2006a
F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', *TPR* 2006, p. 1157-1236.

Verstijlen 2006b
F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement' in: *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht) 2006, p. 87-160.

Verstijlen 2013
F.M.J. Verstijlen, *Algemene bepalingen pand en hypotheek* (Mon. BW B11), Deventer: Kluwer 2013.

Verstijlen 2015
F.M.J. Verstijlen, 'Hoe om te gaan met omgaan', *TvI* 2015/27, p. 174-181.

Verstijlen 2016
F.M.J. Verstijlen, 'Art. 58 Fw: van het duister naar het licht', *TvI* 2016/28, p. 181-188.

Verstijlen 2017
F.M.J. Verstijlen, 'Het retentierecht en de registers', F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 129-139.

Vetter & Tekstra 2016
J.J. Vetter en A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Visser 2013
I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Völlmar 1953
H.F.A. Völlmar, *De faillissementswet*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zoon 1953.

Vonck 2013
F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

Vonck 2014
F.J. Vonck, 'Vergoedingen bij het einde van de erfpacht' *FTV* 2014 (2) 8.

Vriesendorp 2013
R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Van Vrijberghe de Coningh 1960
A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, 'Recensie prof.mr. A.R. de Bruijn, "Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht", Gouda Quint 1959', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1960, p. 92- 103.

Vanwynsberghe 2016a
M. Vanwynsberghe, 'Opschortingsclausules' in: G.L. Ballon e.a. (red.), *Contractuele clausules. 2. Koop – gemeen recht,* Antwerpen: Intersentia 2016, p. 289-325.

Vanwynsberghe 2016b
M. Vanwynsberghe, 'Retentierechtclausules' in: G.L. Ballon e.a. (red.), *Contractuele clausules. 2. Aanneming. Bouwwerken.* Antwerpen: Intersentia 2016, p. 347-389.

Wessels 1988
B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wessels 2010
B. Wessels, 'Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?', *NJB* 2010, 271, afl. 6, p. 334-340.

Wessels I 2018
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel I. Faillietverklaring,* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Wessels II 2016
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van faillietverklaring (1),* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Wessels III 2013
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel III. Gevolgen van faillietverklaring (2),* Deventer: Kluwer 2013.

Wessels V 2014
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel V. Verificatie van schuldvorderingen*, Deventer: Kluwer 2014.

Wessels IX 2017
B. Wessels, *Insolventierecht. Deel IX. Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Westermann/Westermann, Gursky & Eickmann 2011
H. Westermann, H.P. Westermann, K.-H. Gursky en D. Eickmann, *Sachenrecht*, Heidelberg: C.F. Müller 2011.

Westrik 2009
R. Westrik, 'De blokkerende werking van beslag', *WPNR* 2009/6798, p. 383-385.

Wiarda 1937
J. Wiarda, *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1937.

Wiese 2012
M. Wiese, *Die aard en werking van retensieregte: 'n regsvergelykende studie* (diss. Pretoria), s.n. 2012 (te raadplegen via http://uir.unisa.ac.za/handle/10500/8478).

Wiggers 2015
S.H. Wiggers, 'Het retentierecht en de relatie tot ouder gerechtigden', *V&O* 2015/3, p. 47-50.

Wildervanck 1890
W.C. Wildervanck, *Het recht van terughouding* (diss. Groningen), Groningen: J.B. Huber 1890.

Willems 2011
K. Willems, *De natuurlijke verbintenis* (diss. KU Leuven), Brugge: Die Keure 2011.

Van Zanten 2007
T.T. van Zanten, 'Het recht van de curator op wanprestatie', *TvI* 2007/9, p. 40-51.

Van Zanten 2012
T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

Van Zanten 2014
T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *TvI* 2014/36, p. 188-195.

Zwitser 1994
R. Zwitser, 'Misbruik van executiebevoegdheid ten aanzien van derden', *NTBR* 1994/9, p. 208-214.

JURISPRUDENTIEREGISTER

Verwijzingen zijn naar randnummers

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EHRM 23 februari 1995, *BNB* 1995/262 m.nt. M.W.C. Feteris (*Gasus/Ontvanger*) 24

Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJEU 26 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:804, *JOR* 2017/24 m.nt. P.M. Veder 14

Hoge Raad
HR 12 februari 1904, *W* 8032 313
HR 25 juli 1911, *W* 9255 (*Tripels q.q./Ploem*) 389
HR 25 januari 1929, *NJ* 1916/616 (*Bierbrouwerij*) 187
HR 3 april 1925, *NJ* 1925/612 185
HR 6 mei 1926, *NJ* 1926/721 (*Vas Dias/Salters*) 116
HR 29 juni 1928, *NJ* 1928/1577 m.nt. E.M. Meijers, *W* 11880 m.nt. W.L.P.A. Molengraaff (*H.X. M./Donker Curtius q.q.*) 429
HR 22 mei 1931, *NJ* 1931/1429 183
HR 16 maart 1933, *NJ* 1933/790 m.nt. E.M. Meijers 105
HR 2 april 1936, *NJ* 1936/758 297
HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9 (*Nieuw Plancius*) 352
HR 7 april 1938, *NJ* 1938/503 249
HR 10 april 1941, *NJ* 1942/22 (*Wijnaccijns*) 392
HR 21 juli 1944, *NJ* 1945/576 (*Coöp. Landbouwersbank/Ringel*) 310, 313
HR 18 april 1947, *NJ* 1948/447 m.nt. E.M. Meijers 220
HR 30 januari 1953, *NJ* 1953/578 (*Doyer & Kalff*) 413
HR 3 mei 1957, *NJ* 1957/62 m.nt. D.J. Veegens 287
HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*) 357
HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 m.nt. D.J. Veegens, *AA* 1959, VIII p. 171-176 m.nt. J.H. Beekhuis (*Quint/Te Poel*) 179, 220, 250

HR 1 mei 1964, *NJ* 1965/339 m.nt. J.H. Beekhuis (*Echo*) 12
HR 15 april 1966, *NJ* 1966/302 (*Sanders/Sanders*) 332
HR 7 maart 1969, *NJ* 1969/249 (*Noordermeer/Gemeente Rotterdam* (*'Gegaste uien'*)) 110
HR 6 maart 1970, *NJ* 1970/433 (*Van Wessem q.q./Traffic*) 187
HR 7 maart 1975, *NJ* 1976/91 m.nt. W.M. Kleijn (*Van Gend & Loos*) 187
HR 12 januari 1979, *NJ* 1979/362 (*Securicor*) 110
HR 29 juni 1979, *NJ* 1980/133 m.nt. W.M. Kleijn (*Hoogovens/Matex*) 129, 196
HR 29 juni 1979, *NJ* 1980/346, m.nt. B. Wachter 295
HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/280, m.nt. W.H. Heemskerk, F.H.J. Mijnssen (*Ontvanger/Ametagro*) 440, 444
HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*) 322
HR 5 februari 1982, *NJ* 1982/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Ordelmans/Te Brake*) 166
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/267, m.nt. W.H. Heemskerk (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*) 287
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 m.nt. B. Wachter (*Peeters/Gatzen*) 409
HR 6 mei 1983, *NJ* 1984/228 (*Rentekas*) 397, 398
HR 25 oktober 1985, *NJ* 1987/18 m.nt. W.H. Heemskerk (*Ontvanger/Amro*) 227
HR 20 juni 1986, *NJ* 1987/35 (*Deka-Hanno/Citronas*) 110
HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Loeffen q.q./Mees en Hope I)* 410
HR 18 december 1987, *NJ* 1988/340 (*OAR/ABN*) 408, 416
HR 13 mei 1988, *NJ* 1988/748 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Banque de Suez/Bijkerk q.q.*) 227
HR 9 juni 1989, *NJ* 1990/40 (*Vojvodina/ECT*) 110
HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./Ontvanger*) 421
HR 5 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9190, *NJ* 1992/226 m.nt. W.M. Kleijn (*Breda/Antonius*) 41, 328
HR 4 januari 1991, *NJ* 1991/723 (*Gelling/Jessurun*) 88, 90
HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. W.M. Kleijn (*Agema/WUH*) 68, 69, 73, 75, 178

HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0182, *NJ* 1992/214 (*Loeffen q.q./Mees en Hope II)* 410
HR 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0272, *NJ* 1992/262 m.nt. W.M. Kleijn (*Gay Assocation/Engelen Gephura*) 133
HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0646, *NJ* 1993/449 m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Visser*) 282
HR 29 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0845, *NJ* 1994/172 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Vermobo/Van Rijswijk*) 250
HR 5 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1127, *NJ* 1994/258 (*Dutch Air/De Bary*) 399
HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1334, *NJ* 1995/640 (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*) 349, 372, 376, 464
HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1386, *NJ* 1995/340 (*Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*) 389
HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465, *NJ* 1995/626 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kuijsters/Gaalman q.q.*) 422
HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, *NJ* 1995/627 m.nt. P. van Schilfgaarde (*NCM/Knottenbelt*) 413
HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*) 168
HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1680, *NJ* 1996/158 m.nt. W.M. Kleijn (*Hollander's kuikenbroederij*) 200
HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216, m.nt. W.M. Kleijn (*Deen/Van der Drift*) 51, 58, 61, 65, 69, 76, 97, 145
HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*MeesPierson/Mentink*) 361
HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1894, *NJ* 1996/161 299
HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou*) 372

HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105,
NJ 1997/481 m.nt. H.J. Snijders (*MBO/De Ruiterij*) 301
HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2116,
NJ 1997/397 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Straalcabine*) 36
HR 28 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2115,
NJ 1997/494 m.nt. W.M. Kleijn (*Moksel/KVV*) 241
HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2389,
NJ 1998/128 (*Van Bommel/Ruijgrok*) 90
HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571,
NJ 1999/303, m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 1998/82 m.nt.
J.J. van Hees (*Winters/Kantoor van de Toekomst*) 61, 65, 69, 75, 97, 144, 148
HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690,
NJ 1998/745 m.nt. P. van Schilfgaarde
(*Aerts q.q./ABN AMRO*) 257, 258, 406
HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2741,
NJ 1998/896 (*Van der Hel q.q./Edon*) 322
HR 23 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2749,
NJ 1999/130 272
HR 7 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4123,
NJ 2001/406 m.nt. Th.M. de Boer
(Leyland Daf/De Rooij en Edcrest) 13
HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4429,
NJ 2000/553 (*Sungreen*) 110
HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6231,
NJ 2000/733 (Derksen/Rabobank) 149, 188, 205
HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901,
NJ 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn
(*Stichting Eelder Woningbouw*) 216
HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79
(*Multi Vastgoed/Nethou*) 170
HR 12 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9429,
NJ 2001/157 (*Kuijpers/Wijnveen*) 125

HR 8 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7343, *NJ* 2002/199 (*Hendrikx/Peters*) 50, 90
HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2513, *NJ* 2004/171 (*Van der Wal/Duinstra*) 122, 125, 130
HR 26 augustus 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0369, *JOR* 2003/211 m.nt. J.J. van Hees *(ICH/UPC)* 429
HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5529, *NJ* 2005/77 (*Daan/Bremen*) 301
HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, *JOR* 2004/57 m.nt. N.E.D. Faber (*Bouma/Van der Heijden*) 267
HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440, *NJ* 2004/340 m.nt. W.M. Kleijn, *JOR* 2004/92, m.nt. S.E. Bartels (*Rabobank/Fleuren*) 65, 69, 70, 72, 75
HR 5 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1213, *NJ* 2004/548, m.nt. K.F. Haak (*VGC/GE SeaCo)* 87
HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, *NJ* 2008/587 m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters Versman/Alog*) 364
HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4483, *NJ* 2005/362 m.nt. P. van Schilfgaarde (*UPC/Movieco*) 282
HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2619, *JOR* 2005/131 m.nt. S.C.J.J. Kortmann, *NJ* 2006/362 m.nt. H.J. Snijders (*Rabobank/Stormpolder*) 202
HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT9060, *NJ* 2006/148, m.nt. G.R. Rutgers (*Rohde Nielsen/De Donge*) 301
HR 17 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU5663, *NJ* 2006/158 (*Spector/Fotoshop*) 90
HR 30 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1559, *NJ* 2007/483 (*Bijl/Van Baalen c.s.*) 301
HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*) 325, 333
HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA9610, *NJ* 2009/50, m.nt. J. Hijma (*Ammerlaan/Enthoven*) 49, 54, 80

HR 11 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7195,
NJ 2009, 342, m.nt. J. Hijma (*Hartendorp/Kooij*) 50
HR 25 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB8653,
JOR 2008/84, m.nt. A. Steneker (*Ontvanger/Brink*) 169
HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4846,
JOR 2008/180 m.nt. N.E.D. Faber (*Cantor/Arts q.q.*) 384
HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9351,
NJ 2009/154, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Forward/Huber*) 229, 310, 429
HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG3573,
NJ 2009/456 m.nt. Th.M. de Boer (*Yukos Finance/Rebgun*) 308
HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7729,
NJ 2009/376, m.nt. A.I.M. van Mierlo
(*Ontvanger/De Jong*) 155, 251, 268, 310, 429, 440
HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3096,
NJ 2010/663 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Heembouw/Fortis*) 168, 181, 212, 217
HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5999,
JBPr 2010/29 m.nt. A. Steneker (*Willems/Poort*) 174
HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK7671,
NJ 2010/115 (*ING/Bera Holding*) 116
HR 17 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6088,
RvdW 2010/1051 (*Van Mierlo/OGP*) 90
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1252,
JOR 2010/333 m.nt. S.E. Bartels 150
HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9463,
JOR 2011/63 m.nt. B.A. Schuijling (*ING/Nederend q.q.*) 56, 79
HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3521,
NJ 2012/88 (*Mesdag II*) 109, 358
HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109,
NJ 2012/74 (*ING/Hielkema*) 349, 401
HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4948,
JOR 2011/208 m.nt. J.J. van Hees (*Ontvanger/Eijking*) 169, 181
HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6163, *NJ* 2011/423, m.nt.
P.A. Stein, *JOR* 2011/310, m.nt. B.A. Schuijling
(*ING/Kreuger*) 174

HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, *NJ* 2012/685 (*Gemeente De Ronde Venen/Stedin*) 332
HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7490, *NJ* 2012/389 (*Van Manen/Van Heek*) 116
HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4907 *NJ* 2012/91 (*Euretco/Naeije*) 80, 85
HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4909, *NJ* 2012/390 (*Fujitsu/Exel*) 116
HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1301 (*De Beeldbrigade/Hulskamp*) 60
HR 5 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8307, *NJ* 2012/584 (*Tyco/Delata*) 50
HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4889, *JOR* 2013/126 m.nt. A. Steneker (*Rabobank/Donselaar*) 280, 282
HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4072, *JOR* 2014/270 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Staatssecretaris van Financiën/X*) 401
HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) 416, 417, 419, 420
HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, *NJ* 2013/341 (*Auping/Beverslaap*) 332
HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *NJ* 2014/454 m.nt. Th.M. de Boer (*Promnefstroy/Godfrey en Misamore*) 308, 310
HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, *NJ* 2014/151 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Zalco I*) 384, 389
HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, *NJ* 2015/82 m.nt. H.J. Snijders (*IAE/Neo-River*) 203
HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, *JOR* 2014/147 m.nt. V. Tweehuysen, *NJ* 2015/192 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*KBC/De Jong*) 192-194
HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, *JOR* 2014/151 m.nt. B.A. Schuijling (*Coface/Intergamma*) 225
HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:168, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*) 323, 325, 335
HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3072, *NJ* 2015/85, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Eurostrip/Veelenturf q.q.*) 49, 322

HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080, *NJ* 2014/484 (*CZ Zorgkantoor/Scholtes*) 421
HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3464, *NJ* 2015/123 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2015/58 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Gispen q.q./Boele*) 305, 407
HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:42, *JOR* 2015/122 m.nt. T.T. van Zanten 331
HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87, *JOR* 2015/308 m.nt. N.E.D. Faber (*A./Van der Molen q.q.*) 389, 392, 393
HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228, *NJ* 2015/294, *JOR* 2015/309 m.nt. N.E.D. Faber (*Welage q.q./Rabobank*) 392
HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1074, *JOR* 2015/220 m.nt. A. Steneker, *NJ* 2017/155 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Hwang/Nidera*) 301
HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1119, *JOR* 2015/190 m.nt. S.C.J.J. Kortmann 125
HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830, *NJ* 2015/321 330
HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743, *NJ* 2016/78 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Vogelzang/Gemeente Landgraaf*) 68
HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 m.nt. Th.M. de Boer en A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2016/24, m.nt. A. Steneker (*Promneftstroy/Yukos*) 282, 288, 307, 309-311
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, *NJ* 2016/172 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hoeksma/R.M. Trade*) 303
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, *JOR* 2016/105 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*ABN Amro/Marell*) 202
HR 14 april 2016, *NJ* 2016/236 (*Gooise Gemeenten/Gemeente Amsterdam*) 332
HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 m.nt. H.B. Krans (*SEBA/Amsterdam*) 208
HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*) 129, 405, 424

HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2517,
JOR 2017/58 m.nt. J.J. Dammingh (*Heredium/CIA*) 54, 80
HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1105,
JOR 2017/275 m.nt. J.J. van Hees 322
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511,
JOR 2016/292 m.nt. B.A. Schuijling 216
HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833,
JOR 2017/25 m.nt. N.E.D. Faber (*Megalim/De Veenbloem*) 201-203, 429
HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:156,
NJ 2017/226 m.nt. L.C.A. Verstappen 430
HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:142,
JOR 2017/149 116
HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:143,
JOR 2017/150 m.nt. S.C.J.J. Kortmann 116
HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309, *JOR* 2017/186 m.nt.
S.E. Bartels en V. Tweehuysen 65, 68
HR 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1061, *AA* 2017, p. 825 m.nt.
A.W. Jongbloed 282
HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1356, *NJ* 2017/326 116
HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149, *NJ* 2018/194
m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/159 m.nt. N.E.D. Faber
(*Roeffen q.q./Ontvanger*) 398
HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269,
NJ 2018/154 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/84 m.nt.
J.B.A. Jansen (*Boersen q.q./Pensioenfonds*) 303
HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98
(*Goglio/SMQ*) 332
Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:284,
JOR 2018/169, m.nt. J.J. van Hees 335
HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424,
NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2018/254, m.nt.
N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt
(*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) 323, 325, 327, 339, 416, 417
HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1032, *JOR* 2018/267 m.nt.
A. Steneker 396

Gerechtshoven

Hof Den Haag 12 december 1963, *NJ* 1965/283 95
Hof Leeuwarden 30 november 1988,
ECLI:NL:GHLEE:1988:AS1061, *BR* 1990, p. 133 71
Hof Den Haag 24 maart 1998,
ECLI:NL:GHSGR:1998:AL7303 313
Hof Den Haag 27 oktober 1998, *S&S* 2000/99 68
Hof Den Haag 23 mei 2000, *S&S* 2000/100 67
Hof Den Bosch 11 november 2003, *JOR* 2004/114 299
Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005/161 m.nt.
W.J.M. van Andel 333, 337
Hof Den Bosch, 11 december 2007, *JOR* 2008/81 m.nt.
E. Loesberg 209
Hof Amsterdam 24 april 2008, *JOR* 2009/58 m.nt.
J.W.A. Biemans 170, 173
Hof Den Bosch 4 mei 2010,
ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5195 65, 71, 72
Hof Amsterdam 16 november 2010,
ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062 282
Hof Den Haag 2 augustus 2011, *JOR* 2012/199
(*Heusden Shipyards/Mercon Steel Structures*) 359
Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013,
ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0824, *JOR* 2013/156 m.nt.
M. Klein Breteler 63, 71
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013,
ECLI:NL:GHARL:2013:6650, *JOR* 2013/324 m.nt.
P.R.W. Schaink 313
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:202 72
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:681 (*Hofima/Trebbe*) 212
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2015,
ECLI:NL:GHARL:2015:7946, *NJF* 2015/74 72
Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:478,
JOR 2016/308 222
Hof Den Bosch 29 maart 2016, *JOR* 2016/146 m.nt.
A. Steneker 83, 137, 143

Hof Den Bosch 9 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3600, *JOR* 2016/352 m.nt. D. Beunk 14
Hof Den Haag 18 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2049, *JOR* 2017/307 m.nt. M.N. de Groot (*IJzerhandel X/Unicum*) 349, 356, 364
Hof Den Bosch 5 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5460 361
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7782 53

Rechtbanken

Rb. Haarlem (pres.), 10 oktober 1986, *KG* 1986/475 111
Rb. Groningen 30 november 1987, ECLI:NL:RBGRO:1987:AH2008LJN, *KG* 1988/5 71
Rb. Zwolle 24 mei 1994, *KG* 1994/314 72
Rb. Utrecht 3 december 1997, *JOR* 1998/15 m.nt. J.J. van Hees 181
Rb. Arnhem 24 december 1997, *JOR* 1998/83 m.nt. J.J. van Hees 401
Rb. Utrecht 17 mei 2005, *NJF* 2005/278 113
Rb. Den Haag 9 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0999, *JOR* 2007/163 m.nt. A. Steneker 401, 403, 407
Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008/133 333, 336
Rb. Amsterdam 20 september 2007, *JOR* 2009/58 m.nt. J.W.A. Biemans 170
Rb. Den Bosch 23 oktober 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK2287, *JOR* 2010/315 378, 388
Rb. Rotterdam, 24 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL9465 63, 64
Rb. Utrecht 26 januari 2011, *JOR* 2012/192 m.nt. M.A. Heilbron 267
Rb. Rotterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ4141, *JOR* 2011/245 63
Rb. Zwolle 16 mei 2011, *JOR* 2012/263 m.nt. M.A. Heilbron 311
Rb. Zwolle-Lelystad 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX5460 63, 64
Rb. Maastricht 23 mei 2012, *JOR* 2012/304 m.nt. J.J. van Hees 391

Rb. Arnhem 10 oktober 2012,
ECLI:NL:RBARN:2012:BY0863 53
Vzr. Rb. Noord-Holland 29 maart 2013,
ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6006 73
Rb. Limburg 18 september 2013,
ECLI:NL:RBLIM:2013:7336 86
Rb. Oost-Brabant 15 januari 2014,
ECLI:NL:RBOBR:2014:185 65, 71
Rb. Gelderland zp Arnhem 24 januari 2014,
JOR 2015/112 331
Rb. Zeeland-West-Brabant 3 april 2014
(niet gepubliceerd) 14
Rb. Rotterdam 14 mei 2014, *RI* 2014/79 364
Rb. Noord-Nederland 31 december 2014,
ECLI:NL:RBNNE:2014:6678 354, 355
Rb. Rotterdam 16 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2503 112, 126, 135
Rb. Overijssel 25 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:757 63
Rb. Gelderland 13 juli 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:4688 48
Rb. Rotterdam 2 september 2016,
ECLI:NL:RBROT:2016:6868 53
Rb. Den Haag 14 september 2016,
ECLI:NL:RBDHA:2016:11215 72
Rb. Noord-Holland 14 december 2016,
ECLI:NL:RBNHO:2016:10258 91
Rb. Limburg 23 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:579 205
Rb. Breda 10 februari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:726,
JOR 2017/141 m.nt. M.A. Heilbron 384, 387
Rb. Rotterdam 1 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3565 53
Rb. Noord-Nederland 2 mei 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1599,
JOR 2018/228 m.nt. M.N. de Groot 358
Rb. Limburg 24 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:7091 223
Rb. Noord-Nederland 12 november 2018,
ECLI:NL:RBNNE:2018:4575 63

Raad van Arbitrage voor de bouw
RvA Bouw 16 juli 2014, nr. 35.000 126

Hof van Cassatie
Cass. 27 april 2006, *RW* 2007-08, 1541 m.nt. M.E. Storme (*Arcelor Profil/Riga Natie*) 129
Cass. 13 januari 2017, AR c.15.0417.N, *TBBR-RGDC* 2017, 354 91

Bundesgerichtshof
BGH 5 mei 2011, *NJW* 2011, 2960 366
BGH 13 december 2012, *NJW* 2013, 1243-1245 29

Cour de cassation (Frankrijk)
Cass. Civ. 22 mei 1962, D. 1965, p. 58 m.nt. Rodière 6

WETSARTIKELENREGISTER

Verwijzingen zijn naar randnummers

Burgerlijk Wetboek

Boek 1

1:94	243, 245, 421
1:96	245, 257, 258, 262, 285, 421

Boek 2

2:19	303, 311

Boek 3

3:2	380
3:6	20
3:11	103, 107, 134, 135, 163, 220
3:13	175, 253, 289, 392, 393
3:17	75, 131, 132, 134
3:23	131, 132, 135, 214, 220, 235, 262, 455
3:24	76, 103, 118, 131-134
3:35	116
3:36	116
3:61	116, 121
3:84	22, 109, 112, 149, 190, 358, 409
3:86	101, 117, 121, 122, 124, 178, 193, 200
3:88	118
3:90	59, 117, 155, 183, 428, 468, 358
3:92	86
3:98	22, 149, 190
3:107	59, 65, 117
3:108	59, 65, 102, 468
3:113	60

3:118	126, 130, 196
3:120	24, 31, 34, 36, 43, 59, 106, 220
3:122	43
3:123	43
3:124	34, 43, 106, 437
3:227	202, 335
3:229	22
3:231	22, 149, 338
3:234	255, 257, 258, 259, 265, 266, 262
3:236	59, 355
3:237	145, 149, 197
3:238	196-198, 206, 468
3:246 lid 1	201, 202, 420
3:246 lid 5	22
3:248	178, 180, 191, 193, 396, 402
3:249	173, 239, 349, 350
3:251	359, 396, 398
3:254	207
3:256	60
3:258	354, 357
3:262	206
3:264	133, 179, 207, 209, 210
3:265	207, 211, 212, 215, 217, 455
3:267	145, 152, 207, 209, 235, 454
3:268	152, 396, 402
3:269	174, 349, 350
3:270	179, 274, 447
3:271	179
3:273	164, 167, 177-181, 193, 235, 402, 452, 468
3:276	2, 18, 201, 236, 237, 242-244, 249, 253, 263, 271, 285, 287, 315, 429, 438, 443, 456
3:277	2, 18, 168, 183, 325, 361, 421
3:278	183
3:279	174, 206
3:280	361, 421, 444
3:281	156
3:282	167, 206, 235, 447

3:284	156, 157, 162, 206, 248, 405, 183, 253
3:285	157, 183, 206, 406
3:288	361, 421
3:293	64, 417
3:294	57, 73, 354
3:295	12, 35, 130
3:296	25, 171, 225, 282
3:304	237
3:306	244
Boek 5	
5:1	211, 358
5:2	25, 44, 63, 149, 267
5:10	38
5:16	42, 376
5:16 lid 2	41, 42, 328
5:20	417
5:89	113
5:99	417
5:100	417
Boek 6	
6:3	244
6:7	306
6:10	251
6:12	439
6:37	267
6:39	56
6:52	10, 11, 23, 25, 28, 33, 36, 41, 48, 55, 57, 78, 81, 83-86, 92, 143, 223, 242, 335
6:52 lid 2	41, 85
6:53	15, 153, 345, 443, 445
6:54	53, 81
6:55	53, 354
6:57	15, 83
6:59	53, 81, 327
6:74	53, 54, 79, 82, 170, 243
6:75	389

6:80	22, 39, 81, 83, 84, 91, 92, 336, 338
6:81	82
6:129	49
6:150	267, 276, 439
6:162	36, 389, 409
6:173	43
6:203	251
6:212	250, 251
6:248 lid 1	142
6:252	178, 233
6:253	224
6:256	224, 225
6:257	110
6:261 lid 1	39
6:262 lid 1	39
6:263	28, 39, 50, 83, 84, 92, 243, 336
6:264	39
6:265	53, 54, 82, 170
6:271	56

Boek 7

7:3	150
7:5	60
7:7	60
7:9	42, 149
7:15	102, 165, 170, 171, 173, 235, 451
7:17	170, 173
7:19	170
7:20	170, 173, 451
7:201	145, 148, 149
7:226	75, 143, 179, 210
7:228	331
7:271	331
7:274	331
7:405	79
7:600	40, 232
7:603	330
7:605	330

7:608	110, 119
7:750	41, 42
7:764	328
7:855	257
Boek 7A	
7A:1787	332
7A:1789	332
Boek 8	
8:31	110
8:70	110
8:71	110
8:91	110
8:116	110
8:210a	34, 38, 205
8:211	206, 361
8:216	295
8:363	110
8:364	110
8:880	110
8:1081	110
Boek 10	
10:118	310
10:119	310
10:129	13
Burgerlijk Wetboek (oud)	
659	220
1185	184, 429
1186	249, 429
1230	133
1652	24, 105, 184
1746	184
1766	24, 184
2014	117, 121

Faillissementswet

1	203, 425, 429
10	303
16	303
20	304
23	112, 201, 358, 415, 418, 423
25	313, 314, 317
26	303, 313, 314, 317, 384, 405, 408, 417
33	169, 303, 405, 427 444, 458
37	323, 325, 328, 331
37a	328, 416
37b	322
42	422
51	414, 422, 423
53	322
54	267, 413
57	9, 169, 383, 399, 400, 401, 403, 411, 423, 442, 462
57 lid 3	258, 361, 401, 406
61	434
63	303, 430
63a	384
63c	355
68	304, 378, 439, 445
69	379
74	342
101	358, 384
105a	352
105b	371, 374-380, 423, 464
108	407
110	303, 305, 313, 363
111	439
112	439
113	439
122	363, 407, 439
136	305, 306
137a	303, 361
137b	303, 361
137c	363
137e	363

157	374
161	173, 373
163	122, 374
173b	342
176	352, 348, 350, 354, 358
180	161, 363
182	181, 359, 361, 396, 401, 402, 406, 441, 442
185	363
196	281, 303, 458
230	342
232	342
274	282
296	418
299b	342
349	342
Faillissementswet (oud)	
175	348, 350
Invorderingswet	
12	281
14	281
21	155, 316, 421, 444
22 lid 1	258
22 lid 3	285
42d	398
Kadasterwet	
46	208
Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland	
1835	184
Wetboek van Koophandel (oud)	
94	184
318r	295

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

21	287, 297
87	281
210	288, 439
217	287, 288, 302
278	297
430	251, 272, 281, 282, 291, 293, 300
435	253, 262, 272, 273, 276-278, 283, 285, 287, 288, 291, 306, 313, 468
437	273
438	272, 273, 278
439	175, 291
440	154, 175, 237, 272, 292
443	154, 209, 300
444a	237
444b	237
446	231
447	272
448	272
453a	227, 229, 233, 234, 310, 429, 449, 468
456	272, 273, 278, 308
458	166, 167
461d	237
469	182
474e	310
475	237, 272
476a	237
476b	237
477	202
477a	202
479h	175, 238
479i	175, 297
479j	175
479k	175
480	179, 181, 193, 194, 274, 284, 447

497	152, 257, 258, 262
502	175, 293
504	154, 293, 297
505	154, 166, 227, 229, 233, 293, 300, 310, 449, 468
508	194, 293
509	293
514	293
515	293
516	293
517	167, 172
521	257
522	257
524	182
526	177, 180
538	272, 273, 287
551	178, 181
551a	179
700	299, 300, 311
702	75, 154, 272, 300
705	301, 312
708	271, 272, 275, 288, 295, 296, 298, 300
711	297
712	154, 300
736	152, 257, 258, 289
1062	281

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (geldt in geval van digitaal procederen)

30a	287, 297
30g	287, 288, 289, 302, 439
30m	281

Waterschapswet

138 lid 3	206

Wegenwet

25 lid 3	206

Wet op de omzetbelasting 1968
12 lid 5 397

Insolventieverordening
7 14
8 14

Burgerlijk Wetboek (België)
2279 200

Pandwet
1 200
25 200
57 lid 2 200
73 200
75 129, 200

Bürgerliches Gesetzbuch
273 28, 29, 30, 63
274 53
647 32, 370
986 29, 30
994 29
996 29
999 29
1000 29, 31
1228 32
1235 32
1245 32
1246 32
1257 32

Handelsgesetzbuch
369 28, 30, 85
371 30
475b 32

Insolvenzordnung

50	30, 32, 366
51	29, 30, 366
166	366
173	366, 395

Codice Civile

2756	6, 27

Zivilgesetzbuch (Zwitserland)

895	27, 85, 117
898	27

TREFWOORDENREGISTER

Verwijzingen zijn naar randnummers

Aanneming van werk 1, 32, 39, 41, 42, 68, 79, 89, 250, 327, 328

Absonderungsrecht 366-368, 370, 395

Accountant 376, 377, 423, 449, 464

Actio commodati 24

Actio in personam 24

Actio in rem 24

Actio Pauliana

– Faillissementspauliana 409, 414, 422

Advocaat 275, 355, 376, 449

Afgifte

– Verbintenis of verplichting 36

– Beslag tot afgifte, zie *beslag*

Afhankelijk recht 202

Afkoelingsperiode 355, 384

Akkoord, zie *faillissementsakkoord*

Algemene faillissementskosten, zie *faillissementskosten*

Algemene voorwaarden 22, 107, 113, 129, 132, 190, 208, 211, 235, 265

Anticipatory breach 84

UAV-voorwaarden 64, 66

Bankgarantie 53, 221, 312, 364

Belanghebbende 172, 193, 288, 297, 301, 169, 303, 396

Besitz, zie ook Recht zum Besitz 31, 32, 366, 367

Beslag

– Beslagrekest 296-299, 301

– Beslagsyllabus 175, 238, 297, 299

– Blokkerende werking 154, 164, 227-235, 310, 449

– Conservatoir 152, 154, 159, 161, 168, 181, 270-272, 288, 294-303, 309-316

– Derdenbeslag 175, 237, 238, 272, 273

– Executoriaal	152, 154, 237, 264, 270-272, 274-293, 316
– Als 'recht op de zaak'	145, 152-154
– Onder zichzelf	175, 238, 272
– Opheffing	253, 301, 302, 312, 316
– Tot afgifte	152, 270, 285
– Verlof	145, 272, 281, 297, 299-301, 309
– Vexatoir	253, 299
Bevrachter	295
Bewaarneming	1, 24, 39-41, 56, 92, 106, 110, 119, 125, 139, 141, 163, 195, 231, 248, 250, 318, 327, 330, 339
Bewaring	24, 87, 119, 130, 139, 330, 357
– Gerechtelijke bewaring	231
Bewijs	87, 106, 188, 356, 439
– Bewijslast	130, 188, 301
Bezit	24, 25, 34, 43, 59, 60, 68, 117, 122, 358, 366, 468
– Bezitsverschaffing	42
– Middellijk	366
– Onmiddellijk	100
Bijzondere last	170-173, 235, 451
Bodemrecht	440, 444
Bodemzaken	258, 285, 406, 440, 444
Boedelschulden	357, 381, 398, 416, 419-421, 423, 463
Borgtocht	218, 242, 257, 265, 282
Bruikleen	1, 24, 68, 101, 124, 144, 148, 231, 233, 318, 327, 332, 339, 449
Btw	397, 398
Cloud	375, 376, 423, 464
Constitutum possessorium, zie levering c.p.	
Derdenverhaalsrecht, zie *verhaalsrecht*	
Deurwaardersexploot	175, 292, 300, 355, 297
Draagplicht	263, 289, 439

Droit de suite, zie *zaaksgevolg*
Duurovereenkomst 332, 416
Dwangbevel 281, 285
Economisch eigendom 333, 334, 336-339
Eigendomsvoorbehoud 19, 25, 59, 86, 100, 128, 183, 167, 196, 199, 200, 229, 249, 250, 390, 405, 424, 425, 468
Einrede 49
Enac 34, 39-42, 90, 28, 29
Erfpacht 1, 56, 100, 112, 113, 263, 396, 417
Exceptio doli 16, 49, 56
Exceptio non adimpleti contractus, zie enac
Executiegeschil 272, 273, 287
Executoriale titel
– Om verhaal te dulden 277, 278, 282, 286-291, 311, 316
Executieverkoop
– Onderhands 152, 366, 388, 396
– Openbaar 32, 189, 393, 396
Exoneratieclausule 110, 114, 119, 163, 225
Expediteur 110, 187, 408
Faillissementsakkoord 371, 373, 374, 423
Faillissementsclausule 312
Faillissementskosten 181, 336, 337, 359, 361, 366, 391, 396, 401-404, 406, 408, 441, 442, 462
Fenex-voorwaarden 22, 190
FIDIC-voorwaarden 64, 66
Fiduciaire overdracht 187, 366, 368, 408, 413, 416
Fraudebestrijding 371, 375, 378, 379
Gebruiksrecht 49, 105, 124, 134, 144, 146, 148, 149, 155, 163, 179, 234, 330, 436, 437, 449
Getuige 203, 287, 288
Geëxecuteerde 167, 170-172, 274, 280, 287, 288, 292, 293

Gemeenschap van goederen 245, 285, 305, 378, 429, 430, 434
– Gemeenschapsgoederen 245, 257, 262, 342, 430
– Privégoederen 262, 272, 430
Gesetzliches Pfandrecht 366, 369
Goede trouw 43, 88, 93, 97, 100-103, 114, 122-131, 135, 142, 163, 178, 193, 196, 213, 220, 268, 269, 313
Haftung, zie ook verhaalsaansprakelijkheid 243
Houder 24, 25, 34, 43, 44, 56, 58, 59, 62, 65, 68, 101, 103, 106, 121, 125, 130, 195, 358, 366, 380, 429, 437
– Onmiddellijk 101, 195, 366
Houderschap 24, 43, 47, 51, 59, 60, 61, 66, 89, 92, 97, 101, 117, 124, 267, 271, 323, 366, 445, 461
– Middellijk 61
– Onmiddellijk 101, 195, 366
Hulppersoon 110
Huur 39, 50, 148, 210, 227, 228, 233, 327, 331, 336, 390
Huurbeding, zie *hypotheekbedingen*
Huurder 2, 3, 25, 68, 90, 107, 134, 145, 148, 149, 179, 209-212, 233, 249, 250, 263, 318, 321, 326, 331, 335, 336, 339, 449, 468
Huurkoop 34, 105, 327
Huwelijksvermogensrecht 245, 253, 285, 305, 430, 435

Hypotheekbedingen
– Beding van niet-verandering 131, 207, 211-220, 235, 455
– Beheersbeding 207, 209-211, 235, 454

– Huurbeding	133, 134, 179, 210
– Ontruimingsbeding	207, 209-211
Inschrijfbaar feit	75, 132
Insolvenzordnung	29, 365, 367-369
IPR	13, 14, 44, 308
Ipso-facto-clausule	323, 324, 327
Ius agendi	243
KEI-wetgeving	287, 297, 302
Konkursordnung	368
Kwalitatieve verplichting	12, 178, 233
Lease	113, 116, 129, 195, 249, 250, 268, 318, 323, 437, 468
Levering	39, 42, 100, 126, 144, 149-152, 155, 159, 169, 176, 178, 187, 193, 231, 235, 297, 298, 337, 349, 353, 358, 359, 387, 423, 424, 452, 468, 309, 322
– Levering *c.p.*	100, 468
– Levering *longa manu*	99, 145, 159, 297
Lex generalis	28
Lex specialis	15, 28, 153
Lossing	165, 174, 175, 235, 348-351, 359, 401, 423, 350, 402
– Oneigenlijke lossing	359, 396, 401
Misbruik van recht	253, 256, 261, 289, 300 315, 382, 387, 391, 293-395, 423, 456, 465
Nevenrecht	183
Nevenverbintenis	39-41
Omzetbelastingschuld	398
Ongedaanmakingsverbintenis	56, 79, 323, 327, 387
Ongerechtvaardigde verrijking	239, 250, 251, 254

Onroerende zaak	51, 59, 64, 65, 67-69, 72-75, 90, 92, 97, 113, 168, 175, 177, 188, 204, 205, 209, 231, 233, 263, 293, 300, 331, 336, 355, 396, 397, 402, 462
Ontruiming	69, 70, 98, 133, 145, 152, 155, 318, 321, 325, 333
Ontbinding	50, 56, 79, 90, 170, 223, 233, 303, 323, 324, 327, 337, 339, 416
Opdracht	122, 235, 359, 376, 455
– Overeenkomst van	79, 106
Openbare registers	61, 74-76, 97, 101, 103, 131-135, 137, 149, 150, 154, 166, 205, 206, 208, 212, 214, 218, 220, 231, 233, 235, 293, 300, 396, 455
Opheffing	
– van faillissement	303, 361, 458
– van conservatoir beslag, zie *beslag*	
Opstalrecht	176
Opzegging	56, 79, 327-329, 331, 332, 339
Paardensprong	12, 110, 149
Pandrecht	
– Stil pandrecht	22, 145, 178, 187, 190, 194, 198, 201, 235, 258
– Pandexecutie	30, 180, 191
– Vuistpandrecht	22, 28, 59, 60, 101, 107, 145, 157, 164, 179, 190, 191, 193, 194, 196, 197, 354, 355

Parate executie	3, 27, 32, 33, 169, 170, 190-192, 265, 266, 270, 280, 320, 321, 334, 339, 343, 349, 358, 359, 382-387, 390, 391, 394, 396-398 402, 403, 420, 423, 436, 447, 465
Paritas creditorum	18, 29, 183, 306, 325, 345
Prioriteitsregel	167, 178, 180, 196, 200, 206
Privéschuldeiser	245, 272, 285, 305, 430
Proces-verbaal	154, 166, 173, 281, 282, 292, 300, 303, 458
Procesinleiding	287, 297
Publiciteit	101, 206, 373
Recht zum Besitz	29
Rechter-commissaris	303, 347, 358, 374, 379, 382, 387, 389, 390, 393, 395, 418, 429, 439
Rechtmatigheidstoets	299
Rechtshandeling	32, 56, 75, 79, 108, 110, 132, 265, 289, 400, 418, 422, 420
Redelijke termijn, zie ook *termijnstelling*	332, 382, 388, 389, 392, 401, 423
Redelijkheid en billijkheid	85, 86, 90, 92, 142, 251, 256, 336, 357, 372, 376, 380, 410, 464
Registergoed	27, 61, 75, 100, 102, 113, 118, 131, 132, 150, 152, 170, 172, 173, 175, 180, 214, 220, 235, 237, 238, 383, 396, 455
Rei vindicatio	24
Renvooiprocedure	363, 436, 439, 445
Revindicatie	25, 56, 117, 124, 179, 313, 357
Right in rem	14, 44

Roerende zaak	59, 61, 62, 117, 190, 195, 234, 237, 402, 462, 468
Rotterdams garantieformulier	312
Samenhang	25, 28, 30, 32, 33, 34, 37, 39, 41, 43, 55, 85, 86, 87, 92, 134, 136, 141, 202, 203, 318, 335, 368, 415, 449, 468
Schakelbepaling	38, 110, 149, 273
Schip	38, 205, 206, 231, 273, 295, 297
Schuldoverneming	202
Separatist	169, 340, 384, 387-391, 399, 401, 403, 404, 406-408, 410-412, 423, 431, 462, 468
Sicherungsübereignung	366, 368
Stelplicht	130, 301
Subrogatie	239, 267, 276, 288, 294, 315, 439, 445, 458
Subsidiariteit	253-257, 260-265, 287, 300, 301, 315, 316, 437, 438, 456
Superprioriteit	200
Surseance van betaling – Surseanceakkoord	282
Synallagmatisch verband	39
Termijnstelling	339, 340, 343, 353, 382, 384, 387, 389-395, 423, 434, 465
Territorialiteitsbeginsel	309, 310
Tussenkomst	287, 288, 309, 396, 457, 302
Uitdelingslijst	363, 408, 423, 429, 439
Uitleg	54, 56, 100, 108, 141, 149, 163, 216, 235, 240, 313, 317, 330, 385, 387, 429

Veilingvoorwaarden	135, 167, 171-173, 193, 451
Verduistering	
– Vrees voor verduistering	265, 297
Vereenvoudigde afwikkeling	360, 361, 363, 458
Vereffening	304, 342, 361, 363, 378, 388
Verhaalsaansprakelijkheid	294, 297, 299, 305-307, 311-313, 241-246, 250, 256, 257, 265, 270-272, 279, 288
– Bloot-verhaalsaansprakelijkheid	254, 260, 286, 246, 250, 254, 257, 260, 271, 286, 299
Verhaalsrecht	
– Derdenverhaalsrecht	236, 239, 240, 245, 246, 249, 252, 255, 256, 265, 286, 287, 303, 305, 308, 311, 429, 432, 273
– Bijzonder verhaalsrecht	3, 4, 9, 18, 157, 223, 428, 468
– Verhaalsrecht met voorrang	4, 28, 86, 93, 156, 168, 188, 192, 203, 204, 268, 315, 468
Verhuurder	3, 90, 133, 249, 250, 263, 318, 321, 331, 429, 444
Verhuurdersprivilege	249, 429, 440
Verificatie van vorderingen	3, 249, 303, 305-307, 313, 335, 349, 360, 361, 363, 384, 406-408, 431, 436, 439, 445
– Verificatievergadering	3, 236, 281, 282, 303, 307, 313, 317, 352, 354, 361, 407, 408, 439, 458
Verkeersopvatting	58, 59, 61, 65, 67, 68, 102, 121, 389, 467
Verkopersprivilege	416

Vermogensrecht	4, 16, 20, 36, 107, 114, 115, 163, 168, 243, 245, 273, 285, 305, 427, 430, 435
Vernietiging	56, 179, 287, 360, 389, 414, 416, 422
Verrekening	8, 19, 21, 49, 56, 80, 92, 175, 223, 267, 322, 331, 413, 422, 459
Vertegenwoordiging	
– Middellijke	110, 114, 358, 359
– Onmiddellijke	358
– Schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid	116, 121
Verweermiddel	12, 16, 17, 49, 50, 56, 110
Verwendung	28, 29, 63
Verzoekschrift	72, 300, 379
Verzuim	49, 50, 53, 54, 81, 82, 145, 191, 301, 327, 396, 402
– Schuldeisersverzuim	53, 81, 327
Vinder	5, 38
Vliegtuig	205
Voeging	251, 287, 288, 457, 459
Voorrecht	
– Algemeen voorrecht	44
– Bijzonder voorrecht	153, 185, 187, 188, 361, 443
– Wegens bearbeiding	155, 157
– Voor kosten tot behoud	156, 200, 248
– Vervoerder	106, 107, 184, 185, 196
– Voorrecht van uitwinning	255, 257, 265, 266
Vonnis	
– Constitutief	282
– Declaratoir	311
– Veroordelend	282, 311
Vormerkung	144, 146, 150, 151
VOTOB-condities	22, 190
Vruchtgebruik	100, 167, 180

Vordering
– Onder opschortende tijdsbepaling 56, 82
– Opeisbare 22, 55, 77, 78, 85, 136, 139, 140, 143, 334, 336, 338, 414, 418
– Toekomstige 22, 79, 149, 336, 338, 408
Vrijwaring 288, 289, 439, 445
Wilsrecht 49, 168, 221
Zaaksgevolg 12, 101, 179, 229, 231, 310, 429
Zaaksvervanging 22
Zekerheidsstelling 8, 53, 354
Zorgplicht 64, 357, 417
Zurückbehaltungsrecht 28-30, 32, 33, 49, 365, 366, 369, 370, 395
Zug-um-Zug 32
Zuivering 164, 165, 170, 176-178, 180, 181, 189, 205, 206, 235, 452, 468

CURRICULUM VITAE

Merel Heilbron werd op 28 augustus 1986 geboren in Rotterdam. In 2004 behaalde zij haar diploma aan het Erasmiaans Gymnasium in Rotterdam. In 2008 rondde ze aan de Universiteit Utrecht de bachelor Rechtsgeleerdheid en in 2009 de bachelor Kunstgeschiedenis af. In het kader van een Erasmus-uitwisseling studeerde ze een semester aan de faculteit Geschichts- und Kunstwissenschaften van de Ludwig-Maximilians-Universität in München. In 2011 voltooide ze *cum laude* de master Privaatrechtelijke rechtspraktijk aan de Universiteit van Amsterdam.

Op 1 januari 2012 trad Merel Heilbron in dienst als docent en promovendus bij de sectie burgerlijk recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Van november 2014 tot en met februari 2016 werkte ze eveneens één dag in de week bij NautaDutilh in Amsterdam. Voor haar onderzoek verbleef ze in 2016 drie maanden aan het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg en ontving daarvoor het stipendium van het instituut. Thans is Merel Heilbron werkzaam als professional support lawyer bij Lydian in Brussel.

SERIE ONDERNEMING EN RECHT

In de Serie Onderneming en Recht zijn de volgende delen verschenen:

0. W.C.L. van der Grinten, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, H. Wammes *(red.)*,
Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Zwolle 1991.

1. S.C.J.J. Kortmann, P.J. Dortmond, A.W. Kist, N.E.D. Faber, A. van Hees, F.J.P. van den Ingh, A.J.M. Nuytinck *(red.)*,
Financiering en Aansprakelijkheid, Zwolle 1994.

2. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber *(red.)*,
Geschiedenis van de Faillissementswet,
Deel 2-I Heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle 1994.
Deel 2-II Heruitgave Van der Feltz, II, Zwolle 1994.
Deel 2-III Wetswijzigingen, Zwolle 1995.
Deel 2-IV Voorontwerp Insolventiewet, Deventer 2007.

3. A.G. van Solinge,
Leeuwe- en andere delen, Enkele gedachten over winstverdeling bij personen- en kapitaalvennootschappen, Zwolle 1995.

4. J. Beuving,
Factoring, Zwolle 1996.

5. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, A.J.M. Nuytinck, A.V.M. Struycken, N.E.D. Faber *(red.)*,
Vertrouwd met de Trust, Trust and Trust-like Arrangements, Deventer 1996.

6. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.H. de Ranitz *(red.)*,
De curator, een octopus, Deventer 1996.

7. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, A.A. van Rossum, H.L.E. Verhagen (*red.)*,
Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 1997.

8. J.J. van Hees,
Leasing, Deventer 1997.

9. G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer 1997.

10. S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, J.W.H. van Wijk (*red.)*,
Overheid en onderneming, Deventer 1998.

11. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, E. Loesberg *(red.)*,
Corporate Governance *in perspectief*, Deventer 1998.

12. W.A.K. Rank,
De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk, Deventer 1998.

13. S.C.J.J. Kortmann, W.A.K. Rank, M.H.E. Rongen, G. van Solinge, H.L.E. Verhagen *(red.)*,
Onderneming en Effecten, Deventer 1998.

14. R.E. van Esch,
Electronic Data Interchange (EDI) en het vermogensrecht, Deventer 1999.

15. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude, Deventer 1999.

16. Gerard van Solinge, M.P. Nieuwe Weme,
Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen, Deventer 1999.

17. S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.A.M. Strens-Meulemeester *(red.)*,
Vertegenwoordiging en Tussenpersonen, Deventer 1999.

18. J. Stuyck, M. Waelbroeck, B.L.P. van Reeken, S.B. Noë, F.O.W. Vogelaar *(red.)*,
Competition law in the EU and the Netherlands. A practical guide, Deventer 2000.

19. S.O.H. Bakkerus,
Bancaire aansprakelijkheid, Deventer 2000.

20. C.J.M. Klaassen,
Schadeveroorzakend handelen in functie, Deventer 2000.

21. J.M.A. Berkvens, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, A. Oskamp *(red.)*,
Onderneming en ICT, Deventer 2000.

22. I.P. Asscher-Vonk, N.E.D. Faber, S.C.J.J. Kortmann, E. Loesberg *(red.)*,
Onderneming en Werknemer, Deventer 2001.

23. J.J. Dammingh,
Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, Deventer 2002.

24. S.C.J.J. Kortmann, C.J.H. Jansen, G. van Solinge, N.E.D. Faber *(red.)*,
Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, Deventer 2002.

25. C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels, G. van Solinge, L. Timmerman (*red.*),
Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer 2003.

26. Th.C.J.A. van Engelen,
Onverkoopbare vermogensrechten. Artikel 3:83(3) BW nader beschouwd, Deventer 2003.

27. R.H. Maatman,
Het pensioenfonds als vermogensbeheerder, Deventer 2004.

28. Ewan McKendrick,
The Creation of a European Law of Contract, Deventer 2004.

29. D.W. Aertsen,
De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht, Deventer 2004.

30. C.G. van der Plas,
De taak van de rechter en het IPR, Deventer 2005.

31. A. Steneker,
Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, Deventer 2005.

32. B.P.M. van Ravels,
Grenzen van voorzienbaarheid, Deventer 2005.

33. N.E.D. Faber,
Verrekening, Deventer 2005.

34. D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Marktmisbruik, Deventer 2006.
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2008 (*tweede druk*).

35. R.H. Maatman,
"Het belangrijkste financiële product", Deventer 2006.

36. B.F.L.M. Schim,
Giraal effectenverkeer en goederenrecht, Deventer 2006.

37. T.H.D. Struycken,
De numerus clausus in het goederenrecht, Deventer 2007.

38. D.R. Doorenbos,
Naming & Shaming, Deventer 2007.

39. I.P. Asscher-Vonk, A. van Hees, R.H. Maatman, B.J. Schoordijk (*red.*),
Onderneming en integriteit, Deventer 2007.

40. D. Busch, D.R. Doorenbos, N. Lemmers, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2007.

41. N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Fiduciaire verhoudingen «Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann», Deventer 2007.

42. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (*red.*),
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer 2007.
Deel 42-I Algemeen deel
Deel 42-II Bijzonder deel

43. A.J. Verdaas,
Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer 2008.

44. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus-Schwencke (*red.*),
De bewindvoerder, een octopus, Deventer 2008.

45. L.G. Verburg,
De Koers van de bestuurder, Deventer 2008.

46. M.P. Nieuwe Weme, G. van Solinge (*red.*),
Handboek Openbaar Bod, Deventer 2008.

47. J.W.P.M. van der Velden,
Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht, Deventer 2008.

48. H. Verschueren, M.S. Houwerzijl (*red.*),
Arbeidsrecht over de grenzen heen: België, Nederland, Europa, de wereld, Deventer 2009.

49. N.E.D. Faber, H.W. Heyman, C.J.M. Klaassen, Ch.A.M. Domingus-Schwencke, C. Rijckenberg (*red.*),
Knelpunten bij beslag en executie, Deventer 2009.

50. M.S. Houwerzijl, S.S.M. Peters (*red.*),
Exit. Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Deventer 2009.

51. D. Busch, C.M. Grundmann-van de Krol *(red.)*,
Handboek Beleggingsondernemingen, Deventer 2009.

52. J.C.A. Houdijk,
Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen, Deventer 2009.

53. C.M. Hilverda,
Faillissementsfraude (*derde druk*), Deventer 2009.

54. N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem, N.S.G.J. Vermunt *(red.)*,
De Kredietcrisis, Deventer 2010.

55. J.B. Spath,
Zaaksvervanging, Deventer 2010.

56. F.E.J. Beekhoven van den Boezem,
Credit Claims, Deventer 2010.

57. D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme, W.A.K. Rank (*red.*),
Onderneming en financieel toezicht, Deventer 2010.

58. N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus (*red*.),
Bancaire zekerheid, Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans, Deventer 2010.

59. L.G. Verburg,
Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-Carcinoom, Deventer 2010.

60. A.D.W. Soedira,
Het akkoord, Deventer 2011.

61. D. Busch,
Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?,
Deventer 2011.

62. A.J. Tekstra,
Verrekening door de fiscus, Deventer 2011.

63. S.E. Bartels, A.J. Verdaas, R.J. van der Weijden (*red.*),
Effecten en vermogensrecht, Deventer 2011.

64. R.H. Maatman, R.M.M.J. Bauer, D. Busch, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en pensioen, Deventer 2011.

65. J.W.A. Biemans,
Rechtsgevolgen van stille Cessie, Deventer 2011.

66. C.J.M. Klaassen, G. van Solinge, H.M. de Mol van Otterloo, P.E. Ernste (*red.*),
Onderneming en ADR, Deventer 2011.

67. N. van Tiggele-van der Velde, R.G.L. Gerrits, P. Soeteman, J.H. Wansink (*red.*),
"Verzekering ter beurze". Coassurantie in theorie en praktijk, Deventer 2011.

68. B. Bierens, C.M. Grundmann-van de Krol, D.J.R. Lemstra en T.M. Stevens (*red.*),
Handboek Beursgang, Deventer 2011.

69. P.J. van der Korst, R. Abma, G.T.M.J. Raaijmakers (*red.*),
Handboek onderneming en aandeelhouder, Deventer 2012.

70. M.H.E. Rongen,
Cessie, Deventer 2012.

71. V.P.G. de Serière,
Als de (stille?) noodklok luidt… Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector, Deventer 2012.

72. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Overeenkomsten en insolventie, Deventer 2012.

73. C.M. Hilverda, De bestrijding van faillissementsfraude: waar een wil is .. … …,
Deventer 2012.

74. P.E. Ernste,
Bindend advies, Deventer 2012.

75. R.J. van der Weijden,
De faillissementspauliana, Deventer 2012.

76. D.R. Doorenbos, M.J.C. Somsen, G.V. Naber (*red.*),
Onderneming en sanctierecht, Deventer 2013.

77. P.T.J. Wolters,
Alle omstandigheden van het geval, Deventer 2013.

78. D. Busch, C.J.M. Klaassen, Mr. T.M.C. Arons (*red.*),
Aansprakelijkheid in de financiële sector, Deventer 2013.

79. D. Busch, M.P. Nieuwe Weme (*red.*),
Christels koers, Liber amicorum prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, Deventer 2013.

80. S.R. Damminga,
Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen,
Deventer 2013.

81. A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus, J.S. Kortmann (*red.*),
The Influence of EU Law on National Private Law, Deventer 2014.
Volume 81-I General Part
De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deventer 2014.
Deel 81-II Bijzonder deel

82. C.J.H. Jansen, L.G. Verburg (*red.*),
Onderneming en beloning, Deventer 2014.

83. C.J.M. Klaassen, N. van Tiggele-van der Velde, P.E. Ernste, A.Ch.H. Franken (*red*.),
Verzekering en ADR, Deventer 2014.

84. G.J.L. Bergervoet,
Borgtocht, Deventer 2014.

85. R.W.E. van Leuken,
Rechtsverhoudingen tussen particulieren en de verdragsrechtelijke verkeersvrijheden, Deventer 2015.

86. V.J.M. van Hoof,
Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief, Deventer 2015.

87. C.J.H. Jansen,
De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw, Deventer 2015.

88. P. Laaper,
Uitbesteding in de financiële sector, Deventer 2015.

89. C. Spierings,
De eenzijdige rechtshandeling, Deventer 2016.

90. B.A. Schuijling,
Levering en verpanding van toekomstige goederen, Deventer 2016.

91. C. van Ewijk, M. Heemskerk, R.H. Maatman en E. Nijman (*red.*),
Pensioen 2020, Deventer 2016.

92. V. Tweehuysen,
Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht, Deventer 2016.

93. C.J.H. Jansen,
De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992, Deventer 2016.

94. P.J. van der Plank,
Natrekking door onroerende zaken, Deventer 2016.

95. S. van Dongen,
Groepen van Contracten, Deventer 2016.

96. I.P.M. Ligteringen,
Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht, Deventer 2016.

97. M. Huizingh,
Contractsoverneming, Deventer 2016.

98. B.M. Katan,
Toerekening van kennis aan rechtspersonen, Deventer 2017.

99. S.E. Bartels, J.B. Spath, K. Everaars (*red.*),
Tenietgaan van beperkte rechten, Deventer 2017.

100. S.E. Bartels, C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Vertrouwen in het Burgerlijke recht, Liber Amicorum Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, Deventer 2017.

101. I.P.M.J. Janssen,
De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener jegens de niet-particuliere cliënt, Deventer 2017.

102. C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk, R.W.E. van Leuken (*red.*),
Nijmeegs Europees Privaatrecht, Deventer 2018.

103. G.J.C. Rensen, J.J. van den Broek (*red.*),
Grensoverschrijdende omzetting, Deventer 2018.

104. D.R. Doorenbos, M.P. Nieuwe Weme, J.B.S. Hijink, T.M. Stevens (*red.*),
Handboek Marktmisbruik, Deventer 2018 (*derde druk*).

105. T.M.C. Arons, J. de Bie Leuveling Tjeenk, D. Busch, C.J.M. Klaassen (*red.*),
Collectief schadeverhaal:ondernemingen, belangenorganisaties en hun achterban, Deventer 2018.

106. G.J.L. Bergervoet, T. Hutten, B.A. Schuijling, N.S.G.J. Vermunt (*red.*),
Financiering van de productieketen, Deventer 2019.

107. S.W. van den Berg,
Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht, Deventer 2019.

108. E.M. Hoogervorst, C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk, A. Knigge (*red.*),
Kartelschade, Deventer 2019.

109. T.E. Booms,
Aanvullen van subjectieve rechten, Deventer 2019.

110. M.A. Heilbron,
Retentierecht en uitwinning, Deventer 2019.

Onderzoekcentrum
Onderneming & Recht

Een samenwerkingsverband
van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
van de Radboud Universiteit te Nijmegen en
AEGON N.V.
Akzo Nobel NV
Allen & Overy
APG Asset Management
De Brauw Blackstone Westbroek
Clifford Chance
De Nederlandsche Bank
Freshfields Bruckhaus Deringer
Houthoff
ING Bank
Loyens & Loeff
NautaDutilh
Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn
Rabobank
Stibbe
Stichting Eumedion

verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books

9 789013 153439

www.wolterskluwer.nl