

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 anterior 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	Hoofdpijnen 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

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 driepartijen-casus. 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 doorgemaakt 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-executie-opbrengst (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 materiële 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 failliet, 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, verbintenisrecht, (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 rechtstelsel, 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 rechtssystemen 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 zekerheidsrecht. 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 19^e 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 19^e 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 buitenlandse rechtsstelsels.

Niet lang voor het inwerking treden van het BW rondten 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 moeilijkste 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 dat 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.

