

# Golfbaan met handicap

H.J.G. Braakhuis en G.J.P. Molkenboer  
advocaten te Rotterdam, respectievelijk Utrecht<sup>1</sup>

**Het retentierecht is een opschortingsrecht dat ook ten aanzien van een onroerende zaak kan worden uitgeoefend. Maar hoe zit het dan met de feitelijke macht, het kenbaarheidsvereiste, derden met oudere rechten en derden met jongere rechten? En in hoeverre kan het retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak worden uitgeoefend?**



Het retentierecht is de bevoegdheid die in de daarvoor in de wet genoemde gevallen aan een schuldeiser toekomt, om de afgifte van een zaak van zijn schuldenaar op te schorten totdat zijn vordering is voldaan.<sup>2</sup> Dit opschortingsrecht kan zowel tegen derden met een jonger recht<sup>3</sup> als tegen derden met een ouder recht<sup>4</sup> op de zaak worden ingeroepen. Naast de bevoegdheid tot het opschorten van de afgifte van een zaak biedt het retentierecht een verhaalsrecht met voorrang; de retentor kan zijn vordering op de zaak verhalen met voorrang boven allen tegen wie hij zijn retentierecht (het opschortingsrecht) kan invoeren.<sup>5</sup>

Afgezien van bijzondere rechtsverhoudingen waarin de wet uitdrukkelijk het retentierecht toekent,<sup>6</sup> bestaat het retentierecht in de in art. 6:52 BW genoemde gevallen, namelijk als opschortingsrecht waarbij de verplichting tot afgifte van de zaak door de retentor wordt opgeschort totdat zijn vordering is betaald. Het is dit 'generieke' retentierecht dat in de praktijk en ook in het hier te bespreken arrest de belangrijkste rol speelt.

## ONROEREND GOED

Dat het uitoefenen van het retentierecht zowel mogelijk is ten aanzien van een roerende zaak als ten aanzien van een onroerende zaak blijkt niet expliciet uit de wet. De Hoge Raad heeft echter het uitoefenen van het retentierecht op een onroerende zaak, voor het eerst in een arrest uit 1991<sup>7</sup> uitdrukkelijk mogelijk geacht. In twee latere arresten<sup>8</sup> heeft de Hoge Raad overwogen dat voor het uitoefenen van een geldig retentierecht op een onroerende zaak vereist is dat de retentor de feitelijke macht over de onroerende zaak uitoefent. Voor het uitoefenen van deze feite-

lijke macht gelden de 'gewone' regels voor het retentierecht, hetgeen betekent dat afgifte nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen.<sup>9</sup> Deze afgifte, zo stelt de Hoge Raad, bestaat in het geval van het retentierecht op een onroerende zaak uit *ontruiming* van de onroerende zaak. Door de ontruiming eindigt het retentierecht.

Naast dit vereiste van feitelijke macht heeft de Hoge Raad in deze arresten ook overwogen 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'. Dit laatste vereiste wordt in de praktijk als het 'kenbaarheidsvereiste' aangeduid.

Met betrekking tot dit kenbaarheidsvereiste bleven in de praktijk echter een aantal belangrijke vragen bestaan. Zo stond vast dat het hiervoor geformuleerde vereiste gold voor derden met een jonger recht, maar de vraag of ook derden met een ouder recht op de onroerende zaak een beroep konden doen op dit kenbaarheidsvereiste, was door de Hoge Raad nog niet ondubbelzinnig beantwoord. Daarnaast verkeerde de praktijk in onzekerheid over het antwoord op de vraag of ook een retentierecht op een *gedeelte* van een onroerende zaak mogelijk was.

In zijn arrest van 5 december 2003,<sup>10</sup> geeft de Hoge Raad (eindelijk) duidelijkheid ten aanzien van het kenbaarheidsvereiste in relatie tot derden met een *ouder* recht. Tevens laat de Hoge Raad zijn licht schijnen over de eventuele mogelijkheid van retentie op een *gedeelte* van een onroerende zaak.

#### 'RETENTIERECHT OP AFGEPAALD GEBIED'

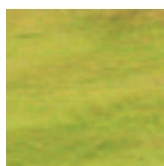
De Exploitatiemaatschappij had aan een aannemer opdracht gegeven tot de aanleg van een golfbaan op een aantal percelen grond.

Polygonum had op dat moment een recht van erfpacht op deze percelen. In het kader van kredietverstrekking door de Rabobank aan de Exploitatiemaatschappij, waarbij Polygonum zich jegens de Rabobank tot hoofdelijk medeschuldenaar van de Exploitatiemaatschappij had verbonden, heeft Polygonum aan de Rabobank op dit erfpachtrecht een recht van eerste hypotheek verstrekt.

In oktober 1993 heeft de aannemer de machines en gereedschappen van het golfter-

wijderd te houden. De aannemer heeft vrijwillig aan dit vonnis voldaan, waarna de Rabobank haar hypotheekrecht heeft uitgewonnen. De Exploitatiemaatschappij is vervolgens in staat van faillissement verklaard, waardoor de vordering van de aannemer onbetaald bleef.

De aannemer heeft haar vordering op de Exploitatiemaatschappij gecedeerd aan Fleuren en Lolkema. Fleuren en Lolkema hebben zich vervolgens op het standpunt gesteld dat



## Derden met een ouder recht kunnen zich niet op het kenbaarheidsvereiste beroepen

rein verwijderd. De aanleg van de golfbaan was op dat moment nog niet voltooid. De aannemer liet aan de ingang van het terrein een schaftkeet staan en handhaafde twee borden waarop stond dat door hem ter plaatse een werk werd uitgevoerd. De Exploitatiemaatschappij en Polygonum kwamen hun verplichtingen jegens de Rabobank niet na waarna de Rabobank in februari 1994 overging tot opeising van de financiering.

Begin maart 1994 heeft de aannemer een gedeelte van het terrein afgezet met behulp van paaltjes en draad en circa 6 borden geplaatst met de tekst:

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

Er was derhalve sprake van een situatie als bedoeld in art. 3:291 lid 2 BW; een door de aannemer gepretendeerd retentierecht tegenover een ouder (hypotheek)recht van de Rabobank.

In het kader van de voorgenomen executie van haar hypotheekrecht heeft de Rabobank de aannemer tevergeefs gesommeerd om de door haar aangebrachte afscheiding en de borden van het terrein te verwijderen. Vervolgens is de aannemer in kort geding veroordeeld om – zakelijk weergegeven – de borden, paaltjes en draad te verwijderen en ver-

de Rabobank jegens de aannemer onrechtmatig heeft gehandeld en dat deze daardoor schade heeft geleden doordat hij – op basis van het kortgedingvonnis – is gedwongen de feitelijke macht over het desbetreffende gedeelte van het golfterrein op te geven. Zij vorderden schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

#### FEITELIJKE MACHT

In eerste instantie werden de vorderingen van Fleuren en Lolkema afgewezen. De Rechtbank Zutphen volgde de Rabobank in haar stelling dat de aannemer het terrein in oktober 1993 zodanig had ontruimd dat de aannemer daardoor de feitelijke macht over het terrein had verloren, waarmee de aannemer zijn retentierecht zou hebben prijsgegeven. Hieraan kon de enkele omstandigheid dat op het terrein een schaftkeet en een tweetal borden waren blijven staan niet afdoen, aldus de rechtbank.

Tegen het vonnis van de rechtbank hebben Fleuren en Lolkema hoger beroep ingesteld. Fleuren en Lolkema betoogden in hoger beroep onder meer dat het vereiste dat het retentierecht op een onroerende zaak voldoende kenbaar dient te zijn voor derden, slechts geldt ten opzichte van derden met een jonger recht, maar niet jegens derden met een ouder recht op de zaak, zoals in casu de Rabobank. Het Hof Arnhem was het met deze stelling niet eens en deelde de opvatting

van de rechtbank dat óók tegenover een derde met een ouder recht is vereist dat het retentierecht op een onroerende zaak voor derden kenbaar is.

Echter, anders dan de rechtbank was het hof van oordeel dat wél aan het kenbaarheidsvereiste was voldaan, nu het terrein niet in de feitelijke macht van de schuldenaar of in de feitelijke macht van de rechthebbende was gekomen, de werkzaamheden nog niet waren voltooid en de aannemer de schaftkeet en de beide borden dat hij daar een werk uitvoerde, had laten staan. Dat het terrein door derden, zoals leden van de golfclub, wandelaars, ruiters en zelfs motorcrossers kon worden betreden en dat op onvoltooiden delen van het golfterrein door de leden van de golfclub beweerdelijk reeds een (golf)balletje werd geslagen, deed daaraan volgens het hof niet af, mede omdat het hier kennelijk incidentele omstandigheden betrof.

De Rabobank heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld, Fleuren en Lolkema vervolgens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Zij herhaalden daarbij hun stelling dat het kenbaarheidsvereiste slechts een rol speelt bij derden met een *jonger* recht.

#### OUDER EN JONGER RECHT

De Hoge Raad deelt het standpunt van Fleuren en Lolkema ten aanzien van het kenbaarheidsvereiste wél. De Hoge Raad oordeelt dat het kenbaarheidsvereiste een derde slechts in die zin tegen het retentierecht beoogt te beschermen, dat deze derde op het moment dat hij een recht op de betrokken onroerende zaak wil verkrijgen, bedacht kan zijn op het bestaan van een retentierecht en aldus (zijn tegenprestatie voor) het verkrijgen van dit recht kan afwegen tegen de mogelijkheid dat een retentierecht aan dit recht in de weg komt te staan.

De ratio van het kenbaarheidsvereiste brengt dus mee dat derden met een *ouder* recht zich er niet op kunnen beroepen. Daaruit mag onzes inziens echter geenszins de conclusie worden getrokken dat derden met een ouder recht ten opzichte van derden met een jonger recht per definitie in een nadeliger positie zouden verkeren en het voor een retentor gemakkelijker zou zijn om zijn rechten jegens derden met een ouder recht gel-

dend te maken. Derden met een ouder recht bevinden zich jegens de retentor slechts in een *andere* positie. Hun positie wordt immers beschermd door de bepaling van art. 3:291 lid 2 BW, dat bepaalt dat de schuldeiser het retentierecht ook kan inroepen tegen derden met een ouder recht, doch slechts indien zijn vordering voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, of hij geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twijfelen.<sup>11</sup>

Art. 3:291 lid 2 BW biedt aldus bescherming voor de 'oudere derde', ook doordat het de mogelijkheid biedt de bevoegdheid van de schuldenaar om overeenkomsten met betrekking tot de bewuste zaak aan te gaan op een voor potentiële retentierechtuitoefenaren kenbare wijze te beperken.<sup>12</sup>

Het 'voortspruiten' in art. 3:291 lid 2 BW wordt door de Hoge Raad in een drie maan-



## De Hoge Raad acht het kennelijk mogelijk dat ten aanzien van een gedeelte van een onroerende zaak het retentierecht wordt uitgeoefend

den later gewezen arrest strikt uitgelegd.<sup>13</sup> De Hoge Raad overweegt in dat arrest: 'De strekking van deze bepaling is dat het retentierecht jegens een derde met een ouder recht alleen kan worden uitgeoefend als er een (voldoende) verband bestaat tussen de vordering van de schuldeiser en de zaak die het betreft'.

Er moet overigens niet uit het oog worden verloren dat ook bij derden met een ouder recht wel aan het vereiste van het uitoefenen van de feitelijke macht dient te worden voldaan. In de praktijk zullen bij de beoordeling van vraag of aan het vereiste van de feitelijke machtsuitoefening en de vraag of aan het kenbaarheidsvereiste is voldaan veelal dezelfde omstandigheden een rol spelen.<sup>14</sup> Feitelijke macht en kenbaarheid zullen doorgaans samenvallen. Desalniettemin zijn er situaties denkbaar dat er wel sprake is van feitelijke macht, maar dat deze niet kenbaar is voor derden.

Een dergelijke situatie kan bijvoorbeeld ontstaan als de schuldenaar met toestemming van de retentor (die zelf als enige over een sleutel beschikt) een bedrijfspand dagelijks blijft gebruiken waarbij de retentor voor de schuldenaar het bedrijfspand telkens opent en sluit. Een vergelijkbare situatie was aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 15 februari 1991, NJ 1991,628 (Agema/WUH). Daar ging het mis voor de retentor doordat, aldus de Hoge Raad, het retentierecht door het toelaten van de schuldenaar tot het pand teniet was gegaan. Niet langer werd, aldus de Hoge Raad, de feitelijke macht op een voor een derde voldoende duidelijke wijze uitgeoefend.

#### GEDEELTE

Zoals aangegeven was de aannemer in de kwestie van de golfbaan van mening dat hij slechts retentierecht uitoefende op een gedeelte van de percelen, te weten dat

gedeelte van het golfterrein dat de aannemer had 'afgepaald'. Het clubhuis en de *driving range* waren reeds in gebruik bij de leden van golfclub.

Ten aanzien van het clubhuis komt het hof tot het oordeel dat deze buiten het retentierecht valt. Voor wat betreft de *driving range* acht het hof het *kennelijk* mogelijk dat deze buiten het retentierecht valt. Het hof vindt het dus niet nodig de precieze omvang van het retentierecht vast te stellen.

De Hoge Raad overweegt dat het feit dat het hof de precieze omvang van het retentierecht niet heeft vastgesteld, niet onbegrijpelijk is omdat het hof de zaak naar de schade-staatprocedure verwijst voor de vaststelling van de schade en 'eerst in dat stadium de precieze omvang van het retentierecht van belang wordt'.<sup>15</sup> Het is deze overweging die ons tot de conclusie leidt dat, ondanks het feit dat in art. 3:290 BW wordt gesproken van



het opschorten van de afgifte van 'een zaak', de Hoge Raad het kennelijk mogelijk acht dat ten aanzien van slechts een gedeelte van een onroerende zaak het retentierecht wordt uitgeoefend.<sup>16</sup>

#### EXECUTIE

Art. 3:292 BW kent aan de schuldeiser naast het verhaalsrecht niet ook een recht van parate executie toe. De schuldeiser zal dus om zijn verhaalsrecht te kunnen uitoefenen moeten beschikken over een executoriale titel (en om tot verkoop over te gaan executoriaal beslag onder zich zelf moeten leggen).<sup>17</sup> Met dit arrest heeft de Hoge Raad nog geen antwoord gegeven op de vraag of de retentor bij een retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak, na het verkrijgen van een executoriale titel en na beslaglegging onder zichzelf, ook daadwerkelijk tot executoriale verkoop van dit gedeelte kan overgaan.<sup>18</sup> De President van de Rechtbank Arnhem beant-

voor zelfstandige uitwinning vatbaar is. Retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak houdt, aldus Fesevur, dus niet meer in dan een terughoudingsbevoegdheid, en heeft als zodanig slechts betekenis als pressiemiddel tegenover de schuldenaar. Van Hees maakt een uitzondering voor de situatie dat naar verkeersopvatting verticale splitsing kan plaatsvinden. Hij acht het dan verdedigbaar dat een dergelijk bestanddeel als zelfstandig verhaalsobject is aan te merken.<sup>21</sup>

Het enkele feit dat de retentor, naar algemeen wordt aangenomen, niet tot executie van een gedeelte van een onroerende zaak kan overgaan, rechtvaardigt naar onze mening niet de conclusie dat de retentor *om die reden* misbruik van recht maakt door zijn retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak uit te oefenen. Zoals wij in onze inleiding opmerkten is het retentierecht primair een opschortingsrecht, het recht om afgifte op te

den de afgifte van de zaak kan opschorten. De vraag of de retentor zich eventueel zelfstandig zou kunnen verhalen mag daarbij geen rol spelen. Het opschortingsrecht van de retentor is een zelfstandig recht dat onafhankelijk van het verhaalsrecht kan worden uitgeoefend.

Onzes inziens kan dan ook het uitoefenen van een retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak in de praktijk op zijn minst een sterk pressiemiddel jegens de schuldenaar en andere crediteuren van de schuldenaar opleveren.

#### CONCLUSIES

Voor het invoeren van een retentierecht op een onroerende zaak door een retentor ten opzichte van een derde met een ouder recht, doet niet terzake of de retentor voor deze derde met een ouder recht op voldoende duidelijke wijze de feitelijke macht over de zaak uitoefende. Het kenbaarheidsvereiste beoogt slechts jongere rechtsverkrijgers te beschermen.

De positie van derden met een ouder recht wordt beschermd door de bepaling van art. 3:291 lid 2 BW, bij botsing van hun recht met dat van de retentor geldt derhalve een andere toets dan bij botsing met rechten van derden met een jonger recht op de betrokken (onroerende) zaak.

Wij menen dat ook ten aanzien van een gedeelte van een onroerende zaak het retentierecht kan worden uitgeoefend. Onbeantwoord echter blijft de vraag of de retentor vervolgens ook daadwerkelijk tot executie van een gedeelte van een onroerende zaak kan overgaan. ●



## Het opschortingsrecht van de retentor is een zelfstandig recht dat onafhankelijk van het verhaalsrecht kan worden uitgeoefend

woordde deze vraag in zijn vonnis d.d. 24 december 1997 ontkenning.<sup>19</sup>

Fesevur<sup>20</sup> is (eveneens) van mening dat de mogelijkheid van een retentierecht op een gedeelte van een onroerende zaak niet weg neemt dat sprake is van een bestanddeel van die zaak (art. 3:4 BW) dat als zodanig niet

schorten, totdat de schuldenaar aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Of de retentor misbruik maakt van zijn recht en of (voortgezette) uitoefening van dit recht naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is,<sup>22</sup> dient naar onze mening beperkt te blijven tot de vraag of hij in de gegeven omstandighe-

#### NOTEN

- 1 De heer Braak huis is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam; de heer Molkenboer is advocaat in dienst van SNS REAAL Groep N.V. te Utrecht.
- 2 Vergelijk art. 3:290 BW.
- 3 Art. 3:291 lid 1 BW.
- 4 Art. 3:291 lid 2 BW.
- 5 Art. 3:392 BW.
- 6 Bijvoorbeeld: art. 3:120 lid 3, art. 5:10, art. 5:23, 5:100 lid 1, art. 5:105 lid 3, art. 7:29 lid 1, art. 609 lid 3 BW.
- 7 HR 15 februari 1991, NJ 1991, 628 (Agema/WUH).
- 8 HR 23 juni 1995, NJ 1996, 216 (Deen/Van der Drift) en HR 6 februari 1998, NJ 1999, 303 (Winters/Kantor van de Toekomst).

- 9 Art. 3:290 jo. 3:294 en 3:117 lid 2 BW.
- 10 HR 5 december 2003, RvdW 2003, 187, JOR 2004, 92 m.nt. S.E. Bartels.
- 11 Zie ook HR 16 juni 2000, NJ 2000, 733 (Derksen/Rabobank) en Fesevur, Mon. *Nieuw BW* B-3 nr. 19 sub b.
- 12 Bijvoorbeeld door een beding in een in de registers ingeschreven akte.
- 13 HR 5 maart 2004, RvdW 2004, 44.
- 14 Zie: A.G. Hartkamp in zijn conclusie bij het hier besproken arrest, sub 22.
- 15 R.o. 3.5.4.

- 16 De President van de Rechtbank Arnhem oordeelde reeds in 1997 dat retentierecht op een *afzonderlijk* gedeelte van een onroerende zaak (een bouwkundig functionele eenheid) mogelijk was. Zie President Rechtbank Arnhem 24 december 1997, JOR 1998/83 met noot J.J. van Hees.
- 17 Zie Parl. Gesch., boek 3, p. 889.
- 18 Vergelijk art. 3:4 lid 2 BW en zie voorts de noot van S.E. Bartels bij dit arrest, JOR 2004, 92.
- 19 Zie noot 15.
- 20 J.E. Fesevur, BR, september 1999, p. 764.
- 21 Zie noot 15.
- 22 Zie voor retentierecht 'op' een advocatendossier in faillissement HR 15 april 1994, NJ 1995, 640 (Middenhof/Kouwenberg).