TBR 2013/176

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

Mr. dr. S. van Gulijk en mr. L.H. Muller[1]

1. Inleiding

In de bouwpraktijk wordt veel gewerkt in meerpartijenverhoudingen[2], waarbij opdrachtgever(s), adviseur(s) hoofd-, onder- en nevenaannemers en installateurs in samenhang verschillende werkzaamheden (vaak in een snel opvolgend tijdsbestek) uitvoeren ten behoeve van de realisatie van een (bouw)werk. Er bestaat dan een netwerk van contractuele relaties en samenhangende rechtsverhoudingen tussen die bouwactoren. Vaststaat dat, misschien juist bij dit type samenwerking, voor (onder)aannemers het retentierecht in de praktijk een machtig pressiemiddel kan zijn om een wederpartij te dwingen tot nakoming van zijn betalingsverplichting(en)[3], met vaak verstrekkende gevolgen voor (andere) partijen en derden. Er wordt immers door de uitoefening van het retentierecht inbreuk gemaakt op het eigendomsrecht, opdrachtgever maar mogelijk ook derde zoals een bank of curator worden geconfronteerd met het retentierecht en het is vaak publiekelijk zichtbaar dat op een zaak retentierecht wordt uitgeoefend (door het plaatsen van borden bijvoorbeeld). Bezien vanuit actuele jurisprudentie over de uitoefening van het retentierecht door bouwactoren, kan echter de vraag worden gesteld in hoeverre deze bouwactoren een goed inzicht hebben in de vereisten voor het bestaan van het retentierecht en de mogelijke gevolgen van de uitoefening van het retentierecht door (onder)aannemers. Het retentierecht bestaat allereerst alleen als aan een aantal wettelijke vereisten voldaan is, zoals de vereisten van terughouding van de zaak en het hebben van feitelijke macht over de zaak. Maar bij de uitoefening van het retentierecht bestaan geregeld zowel feitelijk als juridisch verschillende complicerende omstandigheden, bijvoorbeeld in het geval van het faillissement van de (hoofd)aannemer en met betrekking tot de derdenwerking van het retentierecht bij onderaanneming. De afgelopen jaren zijn vele uitspraken en arresten gewezen die de algemene wettelijke vereisten hebben ingekleurd voor de bouwpraktijk.[4] Tel daarbij op de constatering dat de uitoefening van het retentierecht in de bouwpraktijk als gevolg van de economische crisis actueel is en een bijdrage over dit leerstuk is al-

1 Stéphanie van Gulijk is Universitair Docent bij het departement privaatrecht van Tilburg University en als legal counsel verbonden aan Poelmann van den Broek Advocaten. Lenneke Muller is advocaat bij Poelmann van den Broek Advocaten. De auteurs bedanken Chris Jansen en Koen Roordink voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

2 Zie ook annotator E. Loesberg inzake Hof Den Haag 25 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6112, *JOR* 2009/89. Meer in het algemeen over bouwnetwerken S. van Gulijk, 'Interactief communiceren in de bouw' in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen, & J.B.M. Vranken (Eds.), *Alleen Samen: Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg* (pp. 44-53). Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2010.

3 Alternatieven zijn beslaglegging, buitengerechtelijk ontbinden, het vestigen van een zekerheidsrecht (zoals een pand- of hypotheekrecht) of het aanvragen van een faillissement.

4 Zie voor een bespreking van veel van deze recente arresten onder meer J.E. Fesevur, 'Retentierecht in de dagelijkse bouwpraktijk', *TBR* 2010/60, p. 335-342 en P. Vermeij, 'Het retentierecht bij aanneming van werk. De (on)mogelijkheden tot uitoefening van dit recht', *TBR* 2012/177, p. 971-984.

leszins gerechtvaardigd. Op basis van een analyse van recente jurisprudentie[5] bespreken wij in deze bijdrage de vereisten voor het bestaan van het retentierecht en twee specifieke problemen die zich bij het uitoefenen van het retentierecht door (onder) aannemers kunnen voordoen (par. 3). Daartoe geven we eerst een beknopte uiteenzetting van het retentierecht vanuit het perspectief van de bouwpraktijk (par. 2). In par. 4 sluiten we af met vier concrete aandachtspunten voor de juridische (bouw)praktijk op basis van onze jurisprudentie-analyse.

2. Het retentierecht in vogelvlucht

Het retentierecht[6] is een bijzonder opschortingsrecht dat ziet op de opschorting van de verplichting tot afgifte van een zaak. Het geeft de retentor het recht tot terughouding van een zaak en biedt de retentor een verhaalsrecht met voorrang (art. 3:292 BW). Het retentierecht leent zich bij uitstek voor toepassing in de bouwpraktijk[7] omdat het een snel en sterk recht is. Immers, de retentor hoeft zich voor de uitoefening van zijn retentierecht niet steeds tot de rechter te wenden en kan zijn voorrangspositie onder omstandigheden ook inroepen tegen derden. Bovendien verliest de schuldenaar die retentierecht heeft dit niet door de faillietverklaring van de schuldenaar ex art. 60 Fw (we komen hierop later terug). Op basis van de wettekst van artikel 3:290 BW gelden vier vereisten voor het (rechtmatig) bestaan van het retentierecht, die hierna worden toegelicht aan de hand van voorbeelden uit de bouwpraktijk. Een eerste vereiste voor het bestaan van een retentierecht is dat de vordering die de schuldeiser heeft op de schuldenaar **opeisbaar is** (art. 3:290 jo. 6:52 lid 1 BW). Onder omstandigheden kan overigens een uitzondering gelden op het vereiste van opeisbaarheid (zie bijvoorbeeld art. 6:80 BW, art. 6:263 BW en art. 6:56 BW. Een geschil over de omvang van de vordering is op zichzelf geen beletsel voor het bestaan van het retentierecht (tenzij de opdrachtgever met een zekerheidstelling het gevorderde bedrag dekt), zolang over het bestaan van de vordering geen discussie bestaat.[8] Niet nodig is dat de opdrachtgever formeel als schuldenaar in verzuim is.[9] Ten tweede moet het gaan om een **zaak** die de aannemer uit hoofde van de overeenkomst onder zich heeft gekregen. Zaak heeft de betekenis van artikel 3:2 BW en zijn dus zowel roerende als onroerende zaken, zoals bijvoorbeeld bouwgrond, water of een gebouw.

Het derde en meest interessante vereiste is dat de aannemer de **feitelijke macht** moet uitoefenen over deze zaak, derhalve houder moet zijn (vgl. art. 3:108, 3:290, 3:294 en 3:295 BW). Dat wil zeggen dat de aannemer over de zaak direct of indirect de naar verkeersopvattingen, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht heeft. In elk geval mag de retentor de feitelijke macht niet eigenmachtig nemen[10], het retentierecht moet worden uitgeoefend als uitvloeisel van de normale uitvoering van de aannemingsovereenkomst.[11] Het criterium van de feitelijke macht is sterk casuïstisch van aard. In ieder geval is volgens artikel 3:290 BW afgifte nodig om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen. Ingeval van onroerende zaken geschiedt afgifte van de zaak volgens jurisprudentie door ontruiming.[12] Relevante omstandigheden om te beoordelen of sprake is van feitelijke macht zijn onder andere de (on)toegan-

5 Naast een vanzelfsprekende weergave van standaardarresten betreft de door ons geanalyseerde jurisprudentie hoofdzakelijk civielrechtelijke en arbitrale uitspraken in de periode 2010-2013. We zijn ons er van bewust dat niet alle zaken die wij in onze analyse hebben betrokken uitsluitend betrekking hebben op de bouwpraktijk. Het komt ook voor dat sprake is van bewerking van roerende zaken buiten de bouwpraktijk. Dat neemt echter niet weg dat de rechtsoverwegingen uit die zaken relevante gezichtspunten kunnen opleveren.

6 Zie voor een uitvoerige bespreking W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo deel 3 – Goederenrecht*, Deventer: Kluwer, 2012 (dertiende druk), par. 14.7.

7 In HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 m.nt. WMK (*Agema/WUH*) erkende de Hoge Raad voor het eerst dat het retentierecht ook op onroerende zaken kan worden uitgeoefend, waardoor het ook door een aannemer kan worden uitgeoefend op een zaak die door hem wordt bewerkt.

8 Wel kan een separate procedure aanhangig worden gemaakt met betrekking tot de omvang van de vordering. De omvang van de vordering van de retentor moet in verhouding staan tot de last die de schuldenaar ervaart door het uitoefenen van het retentierecht (art. 3:13 BW).

9 Ingebrekestelling is aan te raden maar niet verplicht. Op grond van artikel 6:74 BW is een schuldenaar verplicht de schade die een schuldeiser lijdt ten gevolge van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis te vergoeden als sprake is van verzuim. Het uitgangspunt is dat een ingebrekestelling nodig is om verzuim van de schuldenaar te creëren.

10 Zie RvA 5 juni 2009, No. 31.780; Rb. Zwolle 13 februari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX5460 en Rb Rotterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ4141. Zie ook M. Klein Breteler, 'Retentierecht door toe-eigening van de feitelijke macht?',*NTBR* 2012/36.

11 Zo werd in een zaak die voorkwam bij de Rechtbank Amsterdam (2 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3966) geoordeeld dat 'het, opeens, plaatsen van eigen hekken en sloten door de elf onderaannemers (...) geen betekenis toekomst in het kader van de vraag of onderaannemer feitelijke macht over de bouwplaats hadden verkregen uit hoofde van de normale uitoefening van hun overeenkomsten van aanneming van werk.'(r.o. 4.7)

12 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216.

kelijkheid[13] van het pand of terrein (bijvoorbeeld de aanwezigheid van omheining en/of afsluiting) en het (on)bruikbaar zijn van de zaak door de opdrachtgever.[14] De aanwezigheid van materialen en containers op de bouwplaats bijvoorbeeld, kan het normaal gebruik van de zaak door de opdrachtgever beletten, waardoor de zaak onbruikbaar is voor de opdrachtgever en dus in de feitelijke macht van de aannemer is.[15] Het retentierecht eindigt doordat de zaak in de macht komt van de schuldenaar of rechthebbende.[16] In het bouwrecht doet zich de vraag voor of de (onder)aannemer na de oplevering van het werk de feitelijke macht nog kan uitoefenen, welke vereist is voor het bestaan van het retentierecht. Zie bijvoorbeeld een zaak waarin de Rechtbank Overijssel overwoog dat ruim twee weken na de oplevering van een bouwplaats door onderaannemer hekken en borden werden geplaatst waarop werd medegedeeld dat retentierecht werd uitgeoefend, hetgeen volgens de rechtbank meebracht dat van het uitoefenen van feitelijke macht geen sprake meer was en dus geen rechtsgeldig retentierecht was uitgeoefend.[17] Bezien vanuit het leerstuk van het retentierecht is interessant de vraag of de oplevering van het werk ook zover gaat dat de aannemer het werk ter beschikking moet stellen (de feitelijke levering van het werk) aan de opdrachtgever? In dat geval zou de aannemer door de oplevering immers geen feitelijke macht meer hebben over het werk waardoor hij ook het retentierecht niet meer kan uitoefenen. Art. 7:758 lid 1 BW bepaalt dat het werk na aanvaarding door de opdrachtgever als opgeleverd wordt beschouwd.[18] In de praktijk impliceert de aanvaarding van het werk door de opdrachtgever dat hij expliciet of impliciet (stilzwijgend) aan de aannemer kenbaar heeft gemaakt het werk te willen aanvaarden. Weliswaar wordt in het algemeen onder oplevering verstaan het overeenkomstig de inhoud en strekking van de overeenkomst ter beschikking stellen van het werk aan de opdrachtgever na voltooiing, maar die ter beschikking stelling lijkt op basis van de wettekst geen vereiste voor oplevering van het werk.[19] Alleen de aanvaarding van het werk door opdrachtgever geldt op grond van artikel 7:758 lid 1 BW als een vereiste voor oplevering.[20] Wij concluderen dan ook dat oplevering van het werk niet in de weg staat aan het uitoefenen van het retentierecht door de aannemer.[21] Immers ter beschikking stelling van het werk aan de opdrachtgever is op grond van de wettekst geen vereiste voor oplevering van het werk. In de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (hierna: UAV 2012) is bepaald dat het werk als opgeleverd wordt beschouwd, als het is goedgekeurd of geacht wordt dat te zijn (par. 10 lid 1). Er is in de UAV 2012 eveneens niets opgenomen over een ter beschikking stelling van het werk aan de opdrachtgever bij oplevering of het verplicht overhandigen van de sleutels die toegang verschaffen tot het werk.[22] Wij menen daarom dat ook op grond van de UAV 2012 oplevering van het werk niet aan de uitoefening van het retentierecht in de weg staat.

Tenslotte moet er **voldoende samenhang** zijn tussen de verplichting tot afgifte van de zaak en de opeisbare vordering van de aannemer (art. 6:52 lid 1 BW) om de opschorting te rechtvaardigen. Een zodanige samenhang kan onder meer worden aangenomen ingeval de verplichtingen van partijen over en weer voortvloeien uit dezelfde rechtsverhouding of uit zaken die zij regelmatig met elkaar hebben gedaan (art. 6:52 lid 2 BW). De RvA[23] hanteert hierbij het uitgangspunt dat het retentierecht kan worden uitgeoefend voor al wat verband houdt met de financiële afwikkeling van het werk, bijvoorbeeld geschillen over meerwerkfacturen, aanneemsom, stelposten, verrekenbare en geschatte hoeveelheden, vertragingsschade, wettelijke rente en kostenverhogende omstandigheden.[24] Opmerkelijk is dat dit uitgangspunt lijnrecht staat tegenover

13 Zie over dit criterium ook par. 3 waar we ingaan op het retentierecht bij onderaanneming.
14 Zie o.m. RvA 9 september 1998, No. 20.441; Rb Groningen 28 januari 2000, *JOR* 2000/47; RvA 23 april 2002, No. 24.276; Rb Utrecht, 26 januari 2011, ECLI:NL:RBUTR:BP3905; RvA 30 mei 2012, No. 33.814; Rb Leeuwarden 22 juni 2012, ECLI:NL:LEE:2012:BW9201; RvA 8 mei 2012, No. 33.428; RvA 30 november 2012, No. 33.884; Hof Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0824 en Vermeij *TBR* 2012/177.
15 Het slechts achterlaten van afval op de bouwplaats brengt echter nog niet mee dat het retentierecht rechtsgeldig is uitgeoefend. Zie Rechtbank Overijssel, 26 juni 2013, ECLI:RBOVE:2013:1284.
16 Zo volgt uit art. 3:294 BW naar analogie van art. 3:117 lid 2 BW.
17 Rechtbank Overijssel, 26 juni 2013, ECLI:RBOVE:2013:1284 (r.o. 5.1). De rechter gaat hiermee overigens uitdrukkelijk voorbij aan het verweer van onderaannemer dat het werk nog niet feitelijk was opgeleverd nu onderaannemer nog afval had achtergelaten op de bouwplaats (en deze dus nog niet geheel ontruimd was). Als eerder in deze bijdrage beschreven, is het enkel achterlaten van afval niet maatgevend voor het aannemen van feitelijke macht over de bouwplaats.
18 Zie hierover o.m. MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17 en *Asser/Van den Berg*, nr. 125.
19 MvT, *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 17.
20 Zie ook C.E.C. Jansen, *Monografie BW* 2013, nr. 31.
21 Zie ook C.E.C. Jansen, *Monografie BW* 2013, nr. 30 en 31 jo. 66. Vermeij concludeert dat zodra de oplevering heeft plaatsgevonden, het werk in de macht van de opdrachtgever is gekomen en dus het retentierecht niet meer kan worden uitgeoefend. Dit vanwege het vereiste dat van oplevering slechts sprake is indien het werk ter beschikking is gesteld aan de opdrachtgever en de opdrachtgever het werk heeft aanvaard. Zie *TBR* 2012/177.
22 Dit laatste is wel weer een vereiste voor oplevering bij een GIW koop-/aannemingsovereenkomst.
23 Raad van Arbitrage voor de Bouw.
24 RvA 4 juli 2007, No. 29.285; RvA 8 mei 2009, No. 30.214 en RvA 9 juni 2010 No. 32.333.

een regelmatig terugkerend oordeel van de civiele rechter waarbij meerwerkovereenkomsten gezien worden als aparte overeenkomsten die los staan van de aannemingsovereenkomst, de zogenaamde hoofdovereenkomst. Wordt in het geval dat het retentierecht wordt uitgeoefend voor onbetaalde meerwerkfacturen voldaan aan het vereiste van voldoende samenhang? In de rechtspraak van de civiele rechter is deze vraag reeds enkele malen ontkennend beantwoord.[25] Als argumentatie werd genoemd dat het meerwerk op grond van de overeengekomen voorwaarden voorwerp is van afzonderlijk overleg tussen partijen en dat dit niet, althans zeker niet zonder meer, begrepen kon worden onder de aannemingsovereenkomst, zijnde de hoofdovereenkomst. Dit is een vreemde redenering. Meerwerkovereenkomsten zijn in beginsel onlosmakelijk verbonden met de aannemingsovereenkomst, omdat het meerwerk voortvloeit uit de eerder overeengekomen aanneemwerkzaamheden. Dit volgt naar onze mening direct uit artikel 7:755 BW waarin meerwerk geduid is als door de opdrachtgever gewenste toevoegingen of veranderingen *in het overeengekomen werk*. Dat over het meerwerk apart overleg is, wat in de praktijk nogal voor zich spreekt en veelal in de voorwaarden met betrekking tot het overeengekomen werk bepaald is, maakt niet dat meerwerk niet begrepen kan worden onder de aannemingsovereenkomst. Er is ingeval van meerwerk dus in beginsel geen sprake van een geheel nieuwe overeenkomst die onderscheiden zou moeten worden van de oorspronkelijke aannemingsovereenkomst.[26] Naar onze mening staat het voldoende samenhang criterium in beginsel dan ook niet ter discussie in dergelijke gevallen en is de lijn van de RvA de juiste.

3. Het retentierecht bij (onder) aanneming, twee specifieke problemen

De uitoefening van het retentierecht in de bouwpraktijk brengt complexe en specifieke vraagstukken mee. Dat is met name het geval door de meerpartijenverhoudingen waarbij opdrachtgever(s), adviseur(s) hoofd-, onder- en nevenaannemers en installateurs in samenhang verschillende werkzaamheden uitvoeren ten behoeve van de realisatie van een (bouw)werk . We illustreren de complexe vraagstukken die zich voor kunnen doen door in te gaan op de uitoefening van het retentierecht bij in het gevalstype onderaanneming, nu het retentierecht steeds vaker wordt uitgeoefend door onderaannemers. De specifieke problemen die aan de orde zullen komen zijn in par. 3.1 derdenwerking van het retentierecht bij onderaanneming en in par. 3.2 de uitoefening van het retentierecht door een onderaannemer ingeval van faillissement van de hoofdaannemer. Voordat wij op voornoemde problemen ingaan, gaan wij eerst kort in op enkele in de literatuur reeds aan de orde gestelde aandachtspunten die zich bij het retentierecht uitgeoefend door onderaannemers frequent voordoen.

Dat bij onderaanneming terughouding van de zaak veelal een aandachtspunt is omdat onderaannemers meestal aan bestanddelen van een zaak werken, is een terugkerend onderwerp in literatuur en jurisprudentie.[27] De heersende leer is dat terughouding door een onderaannemer alleen slaagt bij i) werkzaamheden die in het eerste stadium van de bouw worden uitgevoerd en die nog niet zijn opgegaan in het grotere geheel, zoals sloop- en funderingswerkzaamheden, of ii) wanneer sprake is van een 'bouwkundig functionele eenheid'.[28]

Daar komt bij dat onderaannemers vaak geen exclusieve feitelijke macht over de zaak hebben.[29] Onderaannemers bewerken dikwijls een (bestanddeel van een) zaak die zij niet onder zich houden maar die de hoofdaannemer onder zich houdt. In een bouwnetwerk worden vaak meerdere onderaannemers ingeschakeld door de hoofdaannemer, waardoor niet één onderaannemer *exclusieve* feitelijke macht kan claimen.[30] In par. 2 noemden we de toegankelijkheid van de zaak als één van de criteria waaraan getoetst wordt bij de beantwoording van de vraag of de retentor de feitelijke macht heeft. Vreemd genoeg oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden recent dat de zaak voor de schuldenaar of derde *ontoegankelijk* moet zijn wil de retentor de feitelijke macht hebben.[31] Volgens het hof gaat het erom of *uitsluitend* de retentor bepaalde wie wel en

25 Rb. Alkmaar 29 februari 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BX1119 en Hof Amsterdam 23 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9293.
26 Zie ook Rb. Breda 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX3155.
27 Zie onder andere Vermeij *TBR* 2012/177.
28 Dit was onder meer het geval in Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen 25-11-1997, ECLI:NL:OGHNAA:1997:AS1686, waarin het ging om een retentierecht op 5 van de 20 appartementen in een appartementencomplex. Terughouding was mogelijk omdat ieder appartement als afzonderlijk geheel werd gebruikt. Zie ook Pres. Rb. Arnhem 24 december 1997, *JOR* 1998/83 waarin bij een bedrijfscomplex van 10 units op 7 units terecht het retentierecht werd uitgeoefend.
29 Zie o.m. R.M. Rijpstra en L.M. Scheuter, 'Het retentierecht van de (onder)aannemer', *Vastgoedrecht* 2010-2, over het probleem dat het retentierecht in onderaannemingsgevallen praktisch niet uitwinbaar is.
30 Zie voor illustratieve voorbeelden RvA 22 juni 2012, No. 33.884, RvA 19 juni 2012, No. 33.314; Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0824, en Rechtbank Amsterdam, 2 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:3966. Zie ook de gastnoot van P. Vermeij bij dit arrest in *TBR* 2013/104.
31 Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 februari 2013 ECLI:NL:GHARL:BZ0824.

wie geen toegang had tot het pand, als uitvloeisel van haar normale werkzaamheden als onderaannemer. Relevante feiten en omstandigheden in deze zaak zijn volgens het hof dat onderaannemer over een sleutel beschikte die haar toegang verschafte tot de bouwplaats waar zij werkzaamheden verrichte (niet de bouwplaats als groter geheel); dat aan meerdere aannemers sleutels waren verstrekt; en dat alleen de hoofdaannemer sleutels verstrekte en werd geïnformeerd bij het afgaan van het alarmsysteem op de bouwplaats. Daaruit maakt het hof op dat onderaannemer de bevoegdheid miste om te bepalen wie toegang had tot de bouwplaats.
Ons inziens hanteert het hof met het criterium 'dat de zaak voor de schuldenaar of derde *ontoegankelijk* moet zijn wil de retentor de feitelijke macht hebben' een verdergaand criterium voor het aannemen van feitelijke macht dan het criterium dat *afgifte van de onroerende zaak nodig is* door ontruiming, dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad voortvloeit.[32] De (on)toegankelijkheid van een onroerende zaak is slechts een omstandigheid die mee kan wegen bij de beoordeling van de feitelijke macht en uitdrukkelijk geen bestaansvoorwaarde voor het aannemen van de feitelijke macht.[33] Dit onjuiste criterium zou er overigens ook voor zorgen dat het voor onderaannemers bijna onmogelijk is om feitelijke macht uit te oefenen over een zaak. Immers, het geval dat de *onroerende* zaak in het kader van aanneming van werk ontoegankelijk is voor de schuldenaar of derde, en daarmee dus eigen alleen toegankelijk is voor de onderaannemer, zal zich niet snel voordoen. Beter lijkt om, zoals ook Vermeij betoogt[34], het uit art. 3:290 BW voortvloeiende vereiste van *terughouding* van de zaak strikter toe te passen in die zin dat de retentor de zaak niet ontruimt waardoor de opdrachtgever de zaak niet in gebruik kan nemen. Wij menen dan ook dat de overweging van de civiele rechter over de ontoegankelijkheid van de zaak voor de schuldenaar of derde geen navolging moet krijgen.

In aansluiting op de hierboven genoemde aandachtspunten (terughouding en toegankelijkheid van de zaak) bij het uitoefenen van retentierecht signaleren wij op basis van recente jurisprudentie twee specifieke problemen bij het uitoefenen van het retentierecht in (onder)aannemingsgevallen, te weten derdenwerking van het retentierecht bij onderaanneming en het retentierecht bij het faillissement van de hoofdaannemer.

3.1 Derdenwerking van het retentierecht bij onderaanneming

Hoewel het retentierecht in beginsel alleen tegen de wederpartij van de retentor kan worden ingeroepen kan het uit hoofde van art. 3:291 BW in bepaalde gevallen ook tegen derden worden ingeroepen. De ratio van deze derdenwerking is dat het retentierecht niet kan worden gefrustreerd doordat de schuldenaar de zaak aan een derde overdraagt of met een beperkt recht bezwaart. Het gaat dan om (i) schuldeisers van de wederpartij van de retentor, (ii) derden met een jonger recht op de zaak en (iii) derden met een ouder recht op de zaak. Op het inroepen van het retentierecht tegen derden met een jonger en een ouder recht wordt hierna verder ingegaan.
De retentor kan ex art. 3:291 lid 1 BW alleen het retentierecht inroepen tegen derden met een *jonger recht*, zoals de derde die posterieur beslag heeft gelegd of een rechtsopvolger onder algemene of bijzondere titel, wanneer die derde dat recht heeft verkregen *nadat* de vordering is ontstaan en de zaak in zijn macht is gekomen. Een belangrijke voorwaarde hiervoor (uit het perspectief van rechtszekerheid) is dat de retentor op een voldoende duidelijkewijze de feitelijke macht over de zaak uitoefent.[35] In de praktijk wordt nogal eens gedacht dat de *kenbaarheid* van het retentierecht een algemeen vereiste is voor het bestaan van een retentierecht. Dit is uitdrukkelijk niet het geval. De kenbaarheidseis speelt alleen een rol bij het inroepen van het retentierecht jegens derden met een *jonger* recht. De civiele rechter paste de kenbaarheidseis recent volgens ons tweemaal verkeerd toe.[36] Er werd namelijk ten onrechte getoetst aan het kenbaarheidscriterium bij de vraag of een derde met een *ouder recht* het retentierecht tegen zich moest laten gelden.
In twee situaties kan de retentor zich ook jegens derden met een *ouder recht* (lid 2) op zijn retentierecht beroepen: de wederpartij van de retentor was bevoegd de overeenkomst aan te gaan waaruit de vordering is voortgesproten of een dergelijke bevoegdheid ontbrak maar de retentor was te goeder trouw. De ratio hiervan is dat schuldeisers in het maatschappelijk verkeer in beginsel moeten kunnen vertrouwen op de bevoegdheid tot het aangaan

32 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1765, *NJ* 1996/216.
33 Zie ook J.E. Fesevur, 'Enige praktische kwesties betreffende retentierecht op onroerende zaken, opmerkingen naar aanleiding van HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571', *BR* 1999/809, p. 758.
34 Bijvoorbeeld in zijn gastnoot bij dit arrest in *TBR* 2013/104.
35 HR 6 februari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2571, *NJ* 1996/303 (*Deen/Van der Drift*) en HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0149, *NJ* 1991/628 (*Agema/WUH*).
36 Vzgnr. Rb Almelo 15 april 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM1429 (m.nt. Fesevur in *TBR* 2010, nr. 7) en Rb Leeuwarden, 5 september 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX6985. De eerste zaak betrof een geval van onderaanneming. De tweede ging over een bouwteamovereenkomst.

van een overeenkomst met betrekking tot een zaak, als die overeenkomst strekt tot normaal onderhoud, reparaties, etc.[37] Een recent geval waarin werd geoordeeld over het uitoefenen van een het retentierecht jegens een derde met een ouder recht betreft een zaak van de Rechtbank Almelo.[38] De casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, is als volgt: Opdrachtgever (eigenaar van een kavel bouwgrond) sluit met een hoofdaannemer een aannemingsovereenkomst ten behoeve van een woning, die op zijn beurt een onderaannemingsovereenkomst sluit. Onderaannemer verkrijgt uit hoofde van die laatste overeenkomst een opeisbare vordering op hoofdaannemer en oefent het retentierecht uit op de bouwplaats. Vervolgens wordt hoofdaannemer failliet verklaard en roept onderaannemer zijn retentierecht ook in jegens opdrachtgever (de derde). Opdrachtgever, wiens eigendomsrecht ouder is dan het ingeroepen retentierecht, betwist het bestaan van het retentierecht en vordert dat onderaannemer de uitoefening ervan staakt. De voorzieningenrechter oordeelt dat onderaannemer zijn retentierecht ook kan uitoefenen jegens opdrachtgever omdat hoofdaannemer kennelijk van opdrachtgever een onderaannemingsovereenkomst mocht sluiten, hetgeen volgens de rechtbank naar algemene bekendheid gebruikelijk is in de onderhavige branche: "*Als feit van algemene bekendheid heeft te gelden dat aannemers vaak het door hen aangenomen werk al dan niet gedeeltelijk door anderen (onderaannemers) doen uitvoeren.*"[39]

In deze uitspraak wordt duidelijk gewicht toegekend aan het feit dat in de bouwpraktijk veelvuldig met (onder)aannemingsovereenkomsten wordt gewerkt. Echter, overeenkomstig artikel 7:751 BW mag de aannemer hulppersonen inschakelen om het werk te doen uitvoeren, zulks onverminderd de aansprakelijkheid van de aannemer voor de deugdelijke nakoming van de overeenkomst. De hoofdaannemer hoeft geen toestemming van de opdrachtgever te vragen voor het inschakelen van onderaannemer(s), de wetgever heeft de hoofdaannemer hiertoe veel vrijheid gelaten. Daardoor kan zich de situatie voordoen dat een opdrachtgever niet eens wetenschap heeft van het feit dat er een onderaannemer aan het werk is. Gelet hierop moet volgens ons niet slechts vanwege het feit dat naar algemeen bekend gebruik in de bouwpraktijk onderaannemers worden ingeschakeld, de uitoefening van het retentierecht jegens derden met een ouder recht werking hebben.

Overigens wijken de UAV 2012 op dit punt af van Titel 7.12 BW. Conform par. 6.26 UAV 2012 kan de hoofdaannemer bepaalde onderdelen van het werk in onderaanneming laten uitvoeren, mits voor de keuze van deze onderdelen en van de daarvoor in te schakelen onderaannemer de schriftelijke goedkeuring van de, doorgaans door de opdrachtgever ingeschakelde, directie verkregen is. Is een dergelijke schriftelijke goedkeuring er, dan mocht de hoofdaannemer van opdrachtgever de onderaannemingsovereenkomst sluiten. Ontbreekt die schriftelijke goedkeuring echter, dan is dit ontbreken mogelijk een grond voor de opdrachtgever om te stellen dat de hoofdaannemer niet bevoegd was om de onderaannemingsovereenkomst met betrekking tot de zaak aan te gaan en evenmin sprake is van de situatie dat de onderaannemer geen reden had om aan de bevoegheid van de schuldenaar te twijfelen, zeker indien back-to-back clausules[40] voorkomen in de onderaannemingsovereenkomst. Onderaannemingsovereenkomsten mogen nog zo gebruikelijk zijn, dit neemt niet weg dat de opdrachtgever op basis van voornoemde argumenten in sommige situaties het retentierecht van de onderaannemer niet tegen zich hoeft te laten gelden.

Bedacht moet worden dat, bij toepassing van het criterium zoals gebruikt door de rechtbank Almelo, onderaannemers een nogal ruime verhaalsmogelijkheid krijgen toebedeeld, terwijl de opdrachtgever doorgaans al nadeel heeft van het faillissement van de hoofdaannemer en daar bovenop nog geconfronteerd wordt met het retentierecht van de onderaannemer op zijn zaak vanwege het feit dat de hoofdaannemer de onderaannemer niet betaald heeft.[41]

Het retentierecht is een ingrijpend middel dat zéér nadelige gevolgen kan hebben voor degene jegens wie het wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld opdrachtgevers. Mogelijk kunnen opdrachtgevers dit risico op het uitoefenen van het retentierecht van een onderaannemer verminderen door in de aannemingsovereenkomst overeen te komen dat de aannemer afstand doet van het retentierecht en dat hij met eventuele onderaannemers ook eenzelfde afstand van het retentierecht moet overeenkomen. Indien de hoofdaannemer desondanks onderaannemer(s) contractueel geen afstand laat doen van het retentierecht, leidt dit in ieder geval tot wanprestatie en daarmee aansprakelijkheid van de hoofdaannemer jegens de opdrachtgever (waar de opdrachtgever ingeval van een failliete hoofdaannemer overigens

37 W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo deel 3 – Goederenrecht*, Deventer: Kluwer, 2012 (dertiende druk), par. 14.7.
38 Vzgnr Rb Almelo 15 april 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BM1429 (m.nt. Fesevur in *TBR* 2010, nr. 7).
39 Rov. 4.4.
40 Met een zogenoemde back-to-back clausules in onderaannemingsovereenkomsten worden de voorwaarden tussen de hoofdaannemer en haar opdrachtgever één op één doorgecontracteerd met de onderaannemer.
41 De situatie komt geregeld voor dat de hoofdaannemer de onderaannemer niet betaald heeft en de opdrachtgever op zijn beurt de hoofdaannemer wel betaald heeft. In dat geval is de opdrachtgever de hoofdaannemer niets meer verschuldigd maar wordt hij wel geconfronteerd met het retentierecht van de onderaannemer dat ineens tegen hem werkt. Een gevolg van derdenwerking is dan dat de onderaannemer nogmaals moet betalen om het retentierecht opgeheven te krijgen.

weinig tot niets aan heeft). Contractueel afstand (laten) doen van het retentierecht neemt ook (overigens) niet volledig het risico weg dat een opdrachtgever geconfronteerd wordt met het retentierecht van een onderaannemer, omdat voor de werking van het retentierecht jegens derden met een ouder recht aan de vereisten van artikel 3:291 lid 2 BW voldaan moet zijn. Hierbij gaat het immers slechts om de vraag of de hoofdaannemer bevoegd was de betreffende onderaannemingsovereenkomst in kwestie aan te gaan (of er geen reden was om aan die bevoegdheid te twijfelen).

Dit geldt evenzeer in de situatie dat bij het verstrekken van een hypotheek in de financieringsvoorwaarden van banken wordt opgenomen dat de opdrachtgever met de aannemer moet overeenkomen dat hij afstand doet van het retentierecht. Dit doet zich steeds vaker voor wanneer de opdrachtgever de bouw financiert door middel van een hypotheek. Op het moment dat de aannemer het retentierecht uitoefent kwalificeert de bank doorgaans als een derde met een ouder recht. Omdat de hypotheek in dat geval verstrekt is, strekkende tot zekerheid voor een geldlening betreffende de bouwkosten van een onroerende zaak, moet de bank als ouder gerechtigde het retentierecht tegen zich laten gelden als aan de voorwaarden van artikel 3:291 BW voldaan zijn. Indien opdrachtgeefster aanneemster, ondanks de clausule in de financieringsvoorwaarden van de bank, geen afstand heeft laten doen van het retentierecht en aanneemster oefent het retentierecht toch uit op de onroerende zaak, dan kan een discussie ontstaan met de bank over de vraag of het retentierecht van de aannemer ook derdenwerking heeft jegens de bank. Wij menen dat de bank het retentierecht in beginsel tegen zich moet laten gelden. Het gaat ook hier slechts om de vraag of de opdrachtgever bevoegd was de aannemingsovereenkomst in kwestie aan te gaan (of er geen reden was om aan die bevoegdheid te twijfelen) en niet om de vraag of opdrachtgeefster bevoegd was de aannemingsovereenkomst aan te gaan zonder dat zij daarin de bepaling opneemt dat aanneemster afstand moet doen van het retentierecht.

3.2 Het retentierecht bij faillissement van de hoofdaannemer

Uit hoofde van art. 60 Fw verliest de schuldeiser die het retentierecht heeft op een *aan de schuldenaar toebehorende zaak,* dit recht niet door faillietverklaring (lid 1). Zoals we eerder hebben beschreven heeft de schuldeiser een voorrangspositie waardoor hij zijn vordering op de zaak met voorrang boven allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen kan verhalen. De retentor kan zijn retentierecht dus ook tegenover de curator inroepen. Wel kan de curator het retentierecht doorbreken door, ongeacht dit voorrangsrecht, de zaak op te eisen (en verkopen ex art. 101 jo 176 Fw) ofwel door de vordering van de retentor te voldoen (art. 60 lid 2 Fw).[42] Indien de curator niet tot uitoefening van de bevoegdheden uit hoofde van lid 2 overgaat mag de retentor, na het verstrijken van een gestelde redelijke termijn om van die bevoegdheden gebruik te maken, de zaak verkopen. Op die manier wordt een mogelijke impasse doorbroken.[43]

Over artikel 60 Fw is nog weinig rechtspraak verschenen[44], maar het arrest van het Hof Den Haag op 25 november 2008[45] bevat een aantal interessante aspecten bevat omtrent de werking van artikel 60 Fw. In de zaak die diende bij het Hof Den Haag is sprake van een keten van aannemingsovereenkomsten: Rotterdams Electrische Tram (RET) geeft opdracht aan Aannemingsbedrijf Combinatie Metro Rotterdam (CMR) voor de bouw van het Metroproject Benelux. CMR sluit met onderaannemer Van Dam een aannemingsovereenkomst ten behoeve van het ontwerpen, leveren en monteren van geluidsschermen voor het Metroproject Beneluxlijn. Van Dam geeft onder-onderaannemer Jonkman opdracht tot het poedercoaten van de schermen. Onderaannemer Van Dam gaat failliet op het moment dat onder-onderaannemer Jonkman de platen onder zich heeft. Jonkman oefent dan het retentierecht uit op de te bewerken geluidsschermen (die feitelijk in eigendom aan RET toebehoren). Als de curator aan onder-onderaannemer Jonkman meedeelt dat hij de overeenkomst tussen Van Dam en Jonkman geen gestand doet en een (mogelijk) beroep op een retentierecht door Jonkman ex art. 60 FW zal doorkruisen, geeft Jonkman de schermen tegen betaling aan hoofdaannemer CMR. Er spelen twee hoofdvragen. Ten eerste de vraag of onder-onderaannemer Jonkman zaken die zij in opdracht van Van Dam bewerkte na de faillietverklaring van Van Dam, buiten de curator om, mocht afgeven aan CMR? De curator stelt dat Jonkman heeft gewanpresteerd, althans onrechtmatig heeft gehandeld en vordert schadevergoeding voor de door de boedel geleden

42 De curator moet dan wel rekening houden met de belangen van de retentor (art. 57 lid 3 Fw). De retentor kan de curator een redelijke termijn stellen (art. 60 lid 3 en 4 Fw.). Als de curator de zaak opeist zal de pand- of hypotheekhouder kunnen vorderen de zaak als separatist te mogen executeren. De retentor behoudt wel zijn voorrang op de opbrengst van het verkochte ten opzichte van degenen aan wie hij zijn retentierecht kan tegenwerpen, maar zijn vordering zal via de boedel worden afgewikkeld. HR 10 april 1941, *NJ* 1942/22 (*Wijnaccijns*). Zie ook A. Steneker, 'Vormerkung en retentierecht',*WPNR* 2012, 6939.

43 W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo deel 3 – Goederenrecht*, Deventer: Kluwer, 2012 (dertiende druk), par. 14.7.

44 Zie onder meer Hof Den Haag, 2 augustus 2011, *JOR* 2012/199.

45 Hof Den Haag 25 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6112, *JOR* 2009/89.

schade. Het Hof oordeelt dat, nu niet Van Dam maar RET eigenaar van de schermen is[46], Van Dam niet kan betogen dat Jonkman door afgifte van de platen aan CMR haar eigendomsrechten heeft geschonden. Moest Jonkman de platen dan wel teruggeven aan Van Dam en heeft zij door dit na te laten jegens van Dam gewanpresteerd of onrechtmatig gehandeld? Dit leidt tot de tweede vraag: impliceert het niet gestand doen van de overeenkomst door de curator dat alle vorderingen tot nakoming van die overeenkomst de curator niet meer toekomen? Het hof overweegt dat in het algemeen geldt dat als de curator een overeenkomst niet gestand doet, de wederpartij weet dat de curator geen nakoming meer kan vragen van de primaire verplichtingen (i.c. de afwerking van de platen). Toch kan op Jonkman ex art. 37 Fw een contractuele verplichting rusten om de door hem ter bewerking ontvangen zaken aan zijn wederpartij terug te geven. De curator kan daarvan volgens het Hof, ondanks het niet gestand doen van de overeenkomst, nakoming verlangen, uiteraard tegen betaling, met inachtneming van het retentierecht. Het stond Jonkman dus niet vrij om eigenmachtig, achter de rug van de curator om, de platen tegen een voor haar gunstig bedrag mee te geven aan CMR.[47] Annotator Loesberg typeert die verplichting tot teruggave zelfs als een secundaire verplichting van Jonkman die voortvloeit uit de overeenkomst met Van Dam.

De vraag die eveneens bij ons opkomt is óf de curator het beroep op het retentierecht door Jonkman wel kon doorkruisen met een beroep op artikel 60 Fw? CMR heeft in rechte betoogd dat de curator slechts teruggave van de schermen door Jonkman kon verlangen indien deze eigendom waren van de gefailleerde, welk geval zich hier niet voordoet. Immers de platen behoorden in eigendom toe aan RET. Volgens het hof kan, los van hetgeen bepaald is in artikel 60 Fw, een schuldeiser verplicht zijn om door hem ter bewerking ontvangen zaken (en dus niet in eigendom toebehorende zaken), aan zijn wederpartij terug te geven. Van die verplichting kan de curator nakoming verlangen met inachtneming van het ingeroepen retentierecht. Het Hof heeft zich over voornoemd betoog van CMR en de uitleg van artikel 60 Fw niet uitgelaten, maar volgens annotator Loesberg kon de curator geen afgifte van de schermen verlangen ex art. 60 lid 2 Fw omdat ze geen eigendom waren van Van Dam, de failliet.[48] Wij menen met annotator Loesberg dat het beroep van de curator op lid 2 van artikel 60 Fw in dit geval niet opgaat, vanwege het feit dat in lid 1 wordt gesproken van 'een aan de schuldenaar toebehorende zaak'. De curator kon op deze grond de schermen dus niet opeisen en overschrijdt door dat desondanks te doen volgens ons de grenzen van artikel 60 Faillissementswet.

Dit impliceert dat ingeval een (onder-)onderaannemer het retentierecht uitoefent op een zaak die niet toebehoort aan de failliet, de curator het retentierecht van de onderaannemer zal moeten respecteren en zich hiermee geconfronteerd ziet bij de afwikkeling met andere rechtsverhoudingen. De curator kan het de zaak waarop het retentierecht rust niet opeisen of brengen in de boedel overeenkomstig artikel 60 Fw. Dit neemt niet weg dat de curator of de opdrachtgever een regeling kan treffen met de betreffende onderaannemer waarbij de onderaannemer tegen voldoening van zijn vordering het retentierecht prijsgeeft. Voor de betreffende onderaannemer betekent dit dat hij bij de afwikkeling van zijn vordering in beginsel niet mee hoeft te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten (voor zover de opbrengst van de geëxecuteerde zaak voldoende is om de vordering volledig te kunnen verhalen),[49] immers de curator komt geen beroep toe op artikel 60 Fw. Dit geeft hem mogelijk een financieel voordeel. De betreffende onderaannemer ontkomt echter niet geheel aan de complicaties van een faillissement, omdat hij over een executoriale titel moet beschikken en, indien hij de onroerende zaak wil verkopen, executoriaal beslag onder zichzelf moeten leggen.[50]

4. Slotopmerkingen

In de hedendaagse bouwpraktijk is het retentierecht voor (onder)aannemers een machtig pressiemiddel om de opdrachtgever te dwingen tot nakoming van zijn betalingsverplichting. Recente jurisprudentie laat zien dat de uitoefening van het retentierecht voor alle bij de bouw betrokken partijen (zoals financiers, opdrachtgevers, hoofdaannemers, onderaannemers) tot complexe en soms voor partijen en derden onwenselijke situaties kan leiden. Het retentierecht kan immers verstrekkende derdenwerking tot gevolg hebben en geeft nu eenmaal een verhaalsrecht met voorrang. Zo zien opdrachtgever(s)

46 Uit het pleidooi van de advocaat van CMR komt overigens naar voren dat een eigendomsoverdrachtverklaring als de onderhavige wordt gebruikt om de eigendom van materialen te leggen bij de partij die het hoogst is in de schakel van aannemings- en onderaannemingsovereenkomsten, juist ter voorkoming van problemen als de onderhavige.

47 r.o.v. 11.

48 Loesberg in zijn noot onder 3 bij de beslissing van het Hof Den Haag d.d. 25 november 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG6112, *JOR* 2009/89. Zie in dit kader ook mr. M.A. Heilbron in zijn noot onder 2 bij de uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle d.d. 16 mei 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR0240, *JOR* 2012/263 waarin Heilbron aangeeft dat art. 60 Fw alleen ziet op situaties dat een retentierecht wordt uitgeoefend op zaken van de failliet.

49 H.A.G. Fikkers, Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde, *TCR* 2000, aflevering 1, p. 12 ev.

50 Zie over de betreffende complicaties ook mr. H.A.G. Fikkers, 'Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde', *TCR* 2000, aflevering 1, p. 12 ev.

en derde zich dikwijls geconfronteerd met het retentierecht en de nadelige (financiële) gevolgen daarvan. Zie bijvoorbeeld de opdrachtgever die zich geconfronteerd ziet met een retentierecht uitgeoefend door een (onder-)onderaannemer jegens de failliete hoofdaannemer op een aan de opdrachtgever in eigendom toebehorende onroerende zaak, terwijl de opdrachtgever de hoofdaannemer wel betaald heeft. De opdrachtgever kan in de ongelukkige positie komen te verkeren dat hij dit retentierecht tegen zich moet laten werken. In faillissementssituaties doen zich bovendien nog andere complicerende factoren voor bij de uitoefening van het retentierecht. Zie bijvoorbeeld de situatie waarin de curator van een failliete hoofdaannemer zich geconfronteerd ziet met een retentierecht van de onderaannemer op een zaak, die toebehoort aan de opdrachtgever van de failliete hoofdaannemer en die afgegeven moet worden aan de opdrachtgever om de verplichtingen uit de hoofdaannemingsovereenkomst na te kunnen komen. De zaak waarop het retentierecht rust kan de curator dan niet opeisen of in de boedel brengen op grond van artikel 60 Fw.

Het is voor bouwactoren essentieel om een goed inzicht te hebben in de vereisten voor het bestaan van het retentierecht en de mogelijke gevolgen van de uitoefening van het retentierecht door (onder)aannemers. Aan de hand van recente jurisprudentie zijn in deze bijdrage de vereisten voor het bestaan van het retentierecht besproken evenals twee specifieke problemen (derdenwerking van het retentierecht bij onderaanneming en het retentierecht bij het faillissement van de hoofdaannemer) die zich voordoen bij het uitoefenen van het retentierecht door (onder) aannemers. Met name ingeval meerpartijenverhoudingen zouden per positie die een partij inneemt in de contractuele keten de kansen en risico's van het retentierecht in kaart moeten worden gebracht en eventueel via het contractenrecht[51] worden uitonderhandeld. Daarbij zijn onder meer onderstaande aandachtspunten die zijn gebaseerd op de jurisprudentie-analyse in deze bijdrage van betekenis:

- Het feit dat in de bouwpraktijk veelvuldig in meerpartijenverhoudingen wordt samengewerkt, zoals wanneer meerdere (onder)aannemingsovereenkomsten worden gesloten, moet op zichzelf niet meebrengen dat de opdrachtgever het retentierecht van (onder)aanneemster tegen zich moet laten gelden. Op grond van de UAV 2012 is in ieder geval terughoudendheid gepast met deze redenering en moet rekening worden gehouden met het feit of hoofdaanneemster goedkeuring van de directie had om een onderaannemingsovereenkomst aan te gaan.
- Contractuele afspraken tussen bouwpartijen op grond waarvan de aannemer afstand doet van het retentierecht en dit met eventuele onderaannemers ook moet overeenkomen kunnen een praktische mogelijkheid zijn om de werking van het retentierecht in te perken. Dit laat echter de werking van het retentierecht jegens derden met een ouder recht ex. artikel 3:291 lid 2 BW onverlet. De in de literatuur geopperde mogelijkheid om een retentierecht, of het afstand doen ervan, contractueel te bedingen, heeft volgens ons weinig toekomst. De huidige ontwikkelingen op het gebied van contract en derde(n) wijzen er niet op dat een contractenrechtelijk bedongen retentierecht snel derdenwerking zal hebben.
- Doorkruising van het retentierecht door de curator ex. art. 60 lid 2 Fw kan geen stand houden indien de zaak niet aan de failliet toebehoort omdat dan geen sprake is van 'een aan de schuldenaar toebehorende zaak'. Een curator die een zaak in de boedel wil houden ex. art. 60 Fw terwijl de zaak niet in eigendom toebehoort aan de failliet, overschrijdt de grenzen van het faillissementsrecht.
- Hoewel terughouding van een zaak bij meerpartijenverhoudingen problematisch kan zijn omdat vaak geen sprake is van exclusieve feitelijke macht bij de retentor, gaat het niet aan om ontoegankelijkheid van de zaak voor de schuldenaar of derde te vereisen voor een geldige uitoefening van het retentierecht. Dit zou de voor de (onder)aannemer belangrijke werking van het retentierecht te zeer uithollen.

51 Zie Klein Breteler, 'Retentierecht door toe-eigening van de feitelijke macht', *NTBR* 2012/ 36.