

ENKELE BESCHOUWINGEN OVER HET RETENTIERECHT NAAR BELGISCH EN NEDERLANDS RECHT (*)

door

L. S. CH. HEYNING-PLATE

met medewerking van

G. SUETENS-BOURGEOIS

Eerstaanwezend assistente aan de Katholieke Universiteit te Leuven

§ 1. De rechtsidee : retentierecht

Het *recht van retentie* is een eigenaardige rechtsfiguur en zal dit ook blijven totdat de wetgever zich met dit rechtsinstituut zal gaan bezighouden en aan dit zekerheidsrecht een recht van voorrang zal toekennen dat gelijkwaardig is met het recht van terughouding.

Slechts in enkele bijzondere gevallen wordt aan een crediteur deze bijzondere en dubbelzinnige positie toegekend : hij krijgt praktisch een zekerheidsrecht op de zaak die hij aan zijn debiteur moet afgeven. De zekerheid is niets anders dan het recht de afgifte van de zaak uit te stellen totdat de ander hem de kosten, met betrekking tot die zaak gemaakt, heeft vergoed. De crediteur wordt daarmee veroordeeld zich zo passief mogelijk te gedragen; iedere activiteit van zijn kant, ook het beslag onder zichzelf en het openbaar doen verkopen van de zaak, heeft het tenietgaan van deze zekerheid tot gevolg.

Voor de niet juridisch geschoolde leek echter is het retentierecht iets vanzelfsprekends : als *hij* niet betaalt, presteer *ik* ook niet. Het is een wat primitieve poging om de tegenpartij onder druk te zetten, maar daarnaast dikwijls het enige pressiemiddel, dat deze crediteur heeft.

Dit pressiemiddel mag niet misbruikt worden. Wanneer er al behoorlijke zekerheid is gesteld voor de nakoming is het retentierecht overbodig, vooropgesteld dat deze zekerheid gelijkwaardig is aan het retentierecht en evenveel kans op nakoming biedt. Evenmin mag

(*) Dit artikel is ontstaan naar aanleiding van de *Praeadvies* van Prof. Mr. L. J. P. Cahen en Prof. Pierre Coppens en de vergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland op 21 en 22 november 1969 gehouden te Leuven.

door de uitoefening van het retentierecht aan de crediteur een on-evenredig groot of een onherstelbaar nadeel worden toegebracht. Bijvoorbeeld : de advocaat weigert stukken af te geven aan de cliënt of aan de nieuwe advocaat van de cliënt waardoor voor deze de termijn verstrijkt om in hoger beroep te gaan. Of de restaurateur van een schilderij weigert de afgifte van een beroemd schilderij aan het museum, de eigenaar van het stuk, die het juist nodig heeft voor een bijzondere tentoonstelling omdat een vordering van 100 gulden nog niet is voldaan.

De leek zal het retentierecht begrijpen als een toepassing van het oog om oog, tand om tand-beginsel. De jurist zal erin zien een vorm van zekerheid bestaande uit een onbepaalde termijn verbonden aan de vordering tot afgifte van een zaak. Beiden zullen begrijpen dat zaak en vordering niet los van elkaar staan doch samenhangen, tenzij tengevolge van het feit dat de vordering tot afgifte en de vordering tot betaling beide behoren tot eenzelfde contract of ten gevolge van het feit dat de vordering betreft kosten juist ten behoeve van deze zaak gemaakt.

§ 2. De werking van het retentierecht tegenover crediteuren in faillissement. De invloed van economische omstandigheden op de inhoud en de omvang van retentierechten

Het onder § 1 gestelde geldt voor de werking van het retentierecht tussen partijen. Wanneer derden echter betrokken raken bij de weigering tot afgifte van een zaak, dan verandert daarmee tegelijkertijd het karakter van het recht van een tussen partijen gerechtvaardigd dwangmiddel tot een gevaarlijk voorrangrecht zonder echte voorrang.

Op de vergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland ging men ervan uit dat het retentierecht tegenstelbaar moet zijn aan de curator en de crediteuren in faillissement. Dit maakt dat er strenge richtlijnen gezocht werden om de crediteuren niet te zeer te duperen.

Zowel in België als in Nederland is het retentierecht tegenstelbaar aan crediteuren, respectievelijk artikel 570 W.v.K. en artikel 60 Faill.W. ; echter ook de *exceptio non adimpleti contractus* is een verweermiddel dat door het faillissement onaangetaast blijft. De verkoper die de levering opschort zolang de koper niet betaald heeft (art. 570 Belgische W.v.K.), beroept zich niet op een retentierecht. De Belgische rechtspraak heeft zich veelvuldiger over dit onderscheid uitgesproken dan de Nederlandse. Dit kan worden toegeschreven aan oorzaken van economische aard. In verschillende vonnissen en arresten wordt de vraag gesteld of de maakloonwerker of veredelaar een retentierecht heeft ingeval van faillissement van de textielabrikant. In België is de textielnijverheid veel meer in handen van kleine

familiebedrijven waarbij verschillende werkzaamheden in het produktieproces worden uitbesteed aan zelfstandige ondernemers. In Nederland daarentegen zijn deze industrieën jonger, groter van omvang en wordt veel meer in eigen beheer uitgevoerd.

De maakloonwerker die regelmatig gelijksoortige opdrachten ontvangt, staat in een wat halfslachtige positie tegenover zijn opdrachtgever. Zijn er evenveel overeenkomsten als opdrachten? Zo sluit ook de garagehouder steeds weer een nieuwe overeenkomst af met de eigenaar van de auto, ook al verricht hij regelmatig onderhouds- en herstel-werkzaamheden aan deze auto. Of is er één overkoepelende afspraak krachtens welke partijen weefsel of garen veredeld, gebleekt of gekleurd moeten worden? Dit moet blijken uit de wijze van afrekenen, aldus de rechtbank van koophandel te Gent (1) : wordt steeds per partij betaald, dan zijn er verschillende contracten; wordt er steeds een voorschot gegeven in ronde bedragen, dan ziet de rechtbank daarin een enkel contract. Dit onderscheid werkt echter wel wat willekeurig en doet geen recht wedervaren aan wat de contracterende partijen voor ogen stond. In het geding voor de rechtbank van koophandel te Gent hadden partijen zelfs bedongen dat er een retentierecht zou zijn, maar dit mocht hen — gezien hun wijze van afrekenen — niet baten. Overigens spreekt de Belgische rechtspraak dikwijls van een recht van retentie, waar de Nederlandse rechter zou spreken van de *exceptio non adimpleti contractus*, doch zij ziet de exceptie ook als een bijzonder soort retentierecht.

§ 3. Retentierecht en *exceptio non adimpleti contractus*

Het verschil tussen beide verweermiddelen is naar Nederlands recht het volgende : het retentierecht geeft de bevoegdheid om de teruggave van een zaak op te schorten totdat kosten, in samenhang daarmee ontstaan, zijn vergoed. Deze samenhang ontstaat doordat de kosten zijn gemaakt tot behoud of ten nutte van de zaak (art. 630 lid 2 B.W.) (2). De samenhang kan ook het gevolg zijn van een overeenkomst (bv. art. 1652, 1766 en 1849 B.W.). Ook in België wordt een retentierecht aanvaard wanneer kosten voor een zaak zijn gemaakt. Moet nu het verband zo opgevat worden dat de zaak voordeel heeft gemaakt uit deze kosten? Wat, wanneer deze de zaak niet hebben gediend, maar verprutst? De vergadering te Leuven bleek over deze vraag verdeeld. Volgens sommigen is er altijd een retentierecht wanneer kosten zijn gemaakt in verband met de zaak; volgens anderen alleen wanneer de kosten de zaak tot voordeel hebben gestrekt.

(1) Hrb. Gent, 4 mei 1961, R.W., 1961-62, 841-854.

(2) ASSER-VAN OVEN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Dl. II, *Zakenrecht*, bijzonder deel, tweede stuk (1967), blz. 240-241.

Naar Belgisch recht is ook retentie mogelijk wanneer de zaak zelf schade heeft berokkend (1); naar Nederlands recht is dit niet beslist; iets dergelijks bestond in het oud vaderlands recht onder de naam van *schutting* (speciaal van vee).

De exceptie verleent aan een partij uit een wederkerige overeenkomst het recht nakoming van een verplichting op te schorten totdat de wederpartij zijn verplichtingen is nagekomen (bv. art. 1514 B.W., art. 1612 C.C.) (2).

Het nieuwe Burgerlijk Wetboek kent een algemeen opschortingsrecht wanneer er twee samenhangende verplichtingen bestaan (art. 6.1.6.19); de *exceptio non adimpleti contractus*, wanneer er een wederkerige overeenkomst bestaat of iets dat daarmee op één lijn gesteld moet worden (art. 6.5.4.2. en 6.5.4.1). Bestaat nu de verplichting van de ene partij uit de afgifte van een zaak, dan is er in alle gevallen sprake van een retentierecht (art. 6.1.6.19 lid 2 en 6.5.4.5). Het retentierecht zal daardoor zowel bij de toevallige wederkerige overeenkomsten als bij de volmaakt wederkerige een rol spelen, evenals nu ook reeds in België het geval is.

Hierin vertoont het nieuwe B.W. ook gelijkenis met opvattingen van de Belgische en Franse doctrine (3), ook al is deze niet steeds gelijk en niet steeds duidelijk. Noodzakelijk is voor een retentierecht een materieel feit, namelijk bezit en daarnaast het bestaan van een vorderingsrecht. Het retentierecht is accessoir aan een vordering, zegt zelfs Catala-Franjou (4); zij beantwoordt echter niet de vraag of het retentierecht nu ook teniet gaat bij de overdracht van de vordering.

De *exceptio non adimpleti contractus* berust op het beginsel van de *causa*, aldus als eerste Capitant (5) (alhoewel lang voor hem Baldus reeds hetzelfde beweerde in zijn commentaar op C. 4.49.6); de verplichting van de ene partij is zó nauw verbonden met die van de ander, dat de ene elke reden van bestaan verliest bij het uitblijven van de ander. Of, zoals Catala-Franjou zegt : met een beroep op de exceptie schort men een volwaardige tegenprestatie op, terwijl met een beroep op een retentierecht een névenverplichting wordt opgeschort (6). De Belgische rechtspraak hanteert geen duidelijk onderscheid, veelal wordt ook van retentie gesproken waar er sprake is van de *exceptio non adimpleti contractus* (7).

(1) COPPENS, P., *Praeadvies*, blz. 21.

(2) ASSER-RUTTEN, *Handleiding*, derde deel, tweede stuk (1968), blz. 440; — HEYNING-PLATE, L. S. Ch., *Eigenrichting tot zekerheid*, Proefschr., Rotterdam, blz. 114-115.

(3) Hierop heeft het Ontwerp geen beroep gedaan, wel op artikel 325 Grieks Burg. Wetboek, *Toelichting Ontwerp*, blz. 521.

(4) CATALA-FRANJOU, N., *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, 15-33.

(5) CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, nr. 14 en nr. 121 e.v.; — Cass. fr. req., 22 februari 1932, *D.H.*, 1932, 203; — laatstelijk : RODIÈRE, R., noot onder Cass. fr. civ., 22 mei 1962, *D.*, 1965, 59-60.

(6) CATALA-FRANJOU, *Rev. tr. dr. civ.*, 1967, 22.

(7) COPPENS, P., *Praeadvies*, blz. 21; — zie ook : R.P.D.B., *Rétention (droit de)*, nr. 87, 97; — Cass., 5 november 1935, *Pas.*, 1936, I, 38.

Een bruikbaar criterium lijkt mij het volgende : bij de exceptie hebben we te doen met een wederkerige overeenkomst — voorop staat wat partijen bedongen hebben en of ze de prestaties hebben gezien als een uitwisseling (art. 1612 C.C. en 1514 B.W.). Het niet nakomen van deze verplichting kan een actie tot ontbinding rechtvaardigen mits de wanprestatie ernstig genoeg is, daarmee komt ook uit dat het gaat om essentiële verplichtingen (1).

Ingeval van een retentierecht heeft men te maken met de verplichting tot afgifte van een zaak, doch dit is geen hoofdverplichting. Het niet voldoen daaraan rechtvaardigt dan ook niet een actie tot ontbinding (bv. art. 1749 C.C. of 1652 B.W.). De aannemingsovereenkomst wordt niet ontbonden wanneer de aannemer weigert het werk op te leveren, de huurovereenkomst is zelfs al ontbonden wanneer de huurder weigert het gehuurde te ontruimen totdat hem rechtens toekomstige vergoedingen zijn betaald.

Het verschil wordt pas van belang wanneer men de opvatting huldigt dat het retentierecht wel tegen zekerheid kan worden opgeheven, de *exceptio* echter niet. Overigens kan men — meen ik — beide verweren onder de noemer *opschortingsrecht* brengen, waarbij dan de opschorting van de teruggave van een zaak speciale problemen opwerpt in verband met de werking tegenover derden.

§ 4. Uitbreiding van het retentierecht tot niet in de wet genoemde gevallen

Dit laatste speelt ook een rol bij de vraag of opschortingsrechten, en dan in het bijzonder het retentierecht, mag worden uitgebreid buiten de in de wet genoemde gevallen. Gezien het feit dat uit de verschillende artikelen afgeleid kan worden aan welke algemene kenmerken het retentierecht in het algemeen moet voldoen, wordt, indien de situatie deze kenmerken in zich draagt, in dergelijke gevallen een retentierecht niet geweigerd (2). De Hoge Raad geeft ook de zaakwaarnemer — alhoewel de wet erover zwijgt — een retentierecht, omdat de zaakwaarneming een aan de lastgeving verwante figuur is en daarmee op één lijn mag worden gesteld wanneer de *negotiorum gestor* vergoeding vraagt van nuttige en noodzakelijke uitgaven met een beroep op artikel 1393 B.W. (3). Ook in België is dit de heersende opvatting (4).

Ook op de vergadering te Leuven kwam de vraag naar een uitbreiding van het retentierecht aan de orde. Toch moet een grens

(1) *Ontwerp Toelichting*, blz. 779.

(2) Cahen wijst in navolging van P. Scholten eveneens op deze kenmerken als neerslag van een gemeenschappelijk principe (CAHEN, *Praeadvies*, blz. 5-9).

(3) H.R., 10 december 1948, *N.J.*, 1949, 122.

(4) COPPENS, P., *Praeadvies*, blz. 19; — R.P.D.B., *Rétention (droit de)*, nr. 118 e.v., voor de zaakwaarneming nr. 141.

worden aangegeven vermits een uitbreiding neerkomt op een uitbreiding van de mogelijkheden tot eigenrichting.

Hoe moet deze uitbreiding worden opgevat? Zou men het retentierecht erkennen in een ruimer aantal uitdrukkelijk geregelde gevallen of het in een algemene bepaling vastleggen? Mogelijke oplossingen bestaan in : een limitatieve opsomming, een exemplatieve oplossing of in een algemeen beginsel.

Wordt een algemene bepaling gekozen dan werd, als begrenzing hieraan, gedacht aan het beginsel van de goede trouw. Dit standpunt werd echter vlug verlaten omdat het retentierecht niet steunt op goede trouw en omdat dit principe in België en Nederland op verschillende wijze wordt opgevat. Het criterium is subjectief in België, objectief in Nederland.

§ 5. Retentie en detentie

Voor het retentierecht is van groot belang dat de *retentor* ononderbroken de zaak onder zich heeft gehad; hij moet de zaak in zijn bezit gehad hebben. Daarbij moet bezit worden verstaan als het feitelijk onder zich hebben van het goed of als het uitoefenen van de macht erover door middel van een ander, waarover de *retentor* enige zeggenschap heeft. Door een onderbreking in dit bezit te beschouwen als de beëindiging van het retentierecht wordt het aantal gevallen waarin dit recht kan worden uitgeoefend, drastisch beperkt. Dit is nodig met het oog op de crediteuren, die anders om de afgifte van het goed te verkrijgen verplicht zijn eerst de vordering van de *retentor* te voldoen.

Zowel in België als in Frankrijk is dit punt door de rechtspraak veel meer uitgewerkt dan in Nederland. De rechtspraak in België is hier zeer streng (1). Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de *retentor* die achtereenvolgende malen in het bezit van de zaak of van bepaalde zaken wordt gesteld en die steeds afzonderlijke opdrachten ontvangt en degene die zaken moet restitueren die hij op grond van één enkele overeenkomst onder zich kreeg.

Het Franse hof van cassatie besliste ten aanzien van de verschillende reparaties, aan één auto verricht, dat er sprake was van „autant de conventions distinctes que de remises au réparateur” (2). Andermaal echter blijft het retentierecht intact indien de verschillende overeenkomsten kunnen worden geïnterpreteerd als *un tout indivisible* (3). Ook Rodière moet toegeven : „Si cette convention répond

(1) Cass., 7 november 1935, *Pas.*, 1936, I, 28; — Hrb. Antwerpen, 27 mei 1964 *R.W.*, 1965-66, 638-648; — zie ook : COPPENS, P., *Examen de jurisprudence* (1965-68), *Les faillites et les concordats*, *R.C.J.B.*, 1969, 411 e.v.

(2) Parijs, 30 mei 1954, *D.*, 1954, 483; — Parijs, 4 juni 1927, *D.H.*, 1927, 421.

(3) *Encyclopédie Dalloz*, Tw. *Rétention*, nr. 67-70 en 86; — *Encyclopédie Dalloz* (mise à jour jusqu'à 1966), Tw. *Rétention*, nr. 87; — HEYNING-PLATE, o.c., blz. 186-187.

à quelque réalité, la solution est bonne. Mais il est à craindre que ce ne soit trop souvent un artifice de la technique qui témoigne d'autant d'ingéniosité apparente que de faiblesse réelle" (1).

Naar Nederlands recht bestaan er over deze vraag geen uitspraken. Vanzelfsprekend kennen ook wij de reparatieovereenkomsten van automobielen en andere duurzame gebruiksvoorwerpen of produktiemiddelen. Iedere rechter zal daarin steeds afzonderlijke contracten zien; er bestaan ook steeds bepaalde, duidelijk gespecificeerde opdrachten. Het retentierecht van artikel 1652 B.W. zal steeds na de voltooiing van de opdracht bestaan en bij de afgifte van de zaak weer teniet gaan.

Anders wordt het wanneer A zijn auto naar een garage brengt om deze te laten uitdeuken en spuiten (één opdracht). Tijdens deze behandeling geeft de garage de auto een dag mee aan A alhoewel hij nog maar half gereed is. Betekent dit een tenietgaan van het retentierecht voor de tot dan gemaakte kosten? Hier moet men zeggen : de connexiteit is niet verbroken, het bezitsverlies was slechts van tijdelijke aard, terwijl bovendien de bedoeling van partijen was dat de opdracht na de onderbreking verder werd uitgevoerd. Het kan daarom niet in de bedoeling hebben gelegen het retentierecht teniet te doen gaan. (Terwijl dit juist wel de bedoeling is geweest bij afgifte na voltooiing van de reparatie, zodat het oude retentierecht niet meer opnieuw herleeft, wanneer de garagehouder voor een nieuwe opdracht de zaak weer onder zich krijgt). Ook ten aanzien van de maakloonwerker kan onderscheiden worden : of hij krijgt een opdracht tot het bewerken van partijen goederen, er is een continue verhouding bedoeld, of hij sluit incidenteel een overeenkomst af, die weliswaar gelijk kan zijn aan vorige overeenkomsten, doch waaruit geen continuïteit voortvloeit. Ook kan aan de verkeersopvattingen hieromtrent invloed worden toegekend, al verduidelijkt een enkele verwijzing daarnaar niet veel (2).

De vraag naar de ondeelbaarheid wordt in Nederland wel gesteld naar aanleiding van de *exceptio non adimpleti contractus* (3) in deze vorm : mag de verkoper uit een leverantiecontract nu wel leveranties opschorten zolang hem de betaling van vorige partijen nog niet is voldaan? De Hoge Raad bekrachtigde het arrest van het hof : „daar het hof met juistheid heeft beslist, dat bij een koopovereenkomst, waarbij in gedeelten moet worden geleverd en de koopprijs van een geleverd deel moet worden betaald telkens zekeren tijd na levering daarvan, de goede trouw en de billijkheid meebrengen, dat de koper geen verdere leveringen vermag te eischen, zolang hij zijnerzijds niet voldoet aan het verlangen van de verkoper tot betaling van de opeisbare bedragen verschuldigd ter zake van eerdere leveringen”.

(1) RODIÈRE, R., onder Cass., Ch. Comm., 23 juni 1964, D., 1965, 80.

(2) Bv. : H.R., 11 december 1953, N.J., 1954, 115; — H.R., 5 mei 1968, N.J., 1968, 102; — H.R., 13 december 1968, N.J., 1969, 174.

(3) H.R., 8 maart 1946, N.J., 1946, 186.

§ 6. Het bedongen retentierecht

Is het mogelijk een retentierecht te bedingen? Zo gesteld zal ieder deze vraag bevestigend beantwoorden. De contractsvrijheid is een hoog goed (art. 1134 C.C. en 1374 lid 1 B.W.). Partijen moeten, zoveel als maatschappelijk en economisch mogelijk is, de vrijheid bezitten te bedingen wat hen goeddunkt. Er is dus geen enkel bezwaar tegen een bedongen retentierecht dat werkt tussen partijen; maar overeenkomsten werken slechts tussen de handelende partijen en hun rechtsopvolgers onder algemene titel en zij kunnen derden niet tot nadeel strekken (art. 1165 C.C., 1376 B.W.). Daarmee is tevens gegeven dat een bedongen retentierecht in gevallen waar niet tevens is voldaan aan de door de rechtspraak gestelde eis van detentie van de zaak en verband tussen de zaak en de vordering (1), niet aan derden kan worden tegengeworpen, ook niet aan crediteuren.

§ 7. Retentie en voorrang

Waar de wet zwijgt heeft de *retentor* geen voorrang, evenmin een recht van parate executie; in verschillende gevallen echter bestaan er naast elkaar een bepaling die een retentierecht toekent en één die privilege verleent (bv. art. 1185 sub 4 en 630 lid 2 B.W. (bezitter te goeder trouw), art. 1185 sub 5 en 1652 B.W. (aannemer), art. 1185 sub 6 en 1746 B.W. (herbergier), art. 1185 sub 7 B.W. en 94 W.v.K. (vervoerder)) (2).

In België kunnen naast elkaar worden gezet artikel 20 sub 6 Hyp.W. en 1948 C.C. (herbergier), artikel 20 sub 7 Hyp.W. en 1948 C.C. (vervoerder), artikel 27 sub 5 Hyp.W. en de rechtspraak ten aanzien van de aanneming van werk, artikel 20 sub 4 Hyp.W. en de rechtspraak ten aanzien van de bezitter te goeder trouw.

Aangezien de *retentor* in faillissement of in geval van beslag onder zijn debiteur in feite een bijzonder sterke positie inneemt, krijgt hij dikwijls zijn gehele vordering betaald zonder wettelijk bevoorrecht te zijn. Daarnaast is hij gewoon concurrent of chirografair schuldeiser zonder enig voorrecht op de opbrengst van de zaak als hij deze prijs geeft. Dit sterkt de *retentor* alleen maar in zijn weigering mede te werken bij de executie. Ook als hij beslag legt onder zichzelf en zou gaan executeren heeft dit tot gevolg het tenietgaan van zijn retentierecht. De impasse die hierdoor ontstaat wordt opgelost doordat de curator of de beslaglegger de *retentor* een recht van voorrang

(1) Het is wel mogelijk dat, wanneer een contractueel pandrecht vernietigd wordt, het pandrecht wordt geconverteerd in een retentierecht — al zou men in Nederland hier niet van conversie spreken : er is immers al een retentierecht als men de ruime opvatting huldigt.

(2) Voor Nederland werd dit verder uitgewerkt in : HEYNING-PLATE, L. S. Ch., o.c., blz. 218.

op de opbrengst aanbiedt. Een dergelijke overeenkomst werkt echter niet tegenover de crediteuren die niet daartoe zijn toegetreden (1).

Oorspronkelijk zijn retentierecht en voorrecht tesamen ontstaan : de crediteur kreeg het recht van panning, dat is het recht een zaak eigenmachtig in beslag te nemen. Dit recht diende zowel tot verhaal als tot retentie; het was niet nodig de zaak openbaar te verkopen om zich uit de opbrengst te voldoen, de crediteur verschaftte zich eenvoudig nakoming door zich een zaak van de debiteur toe te eigenen (2).

Om aan de tegenstrijdigheden, die er nu bij executie ten aanzien van het recht van terughouding ontstaan, een einde te maken zou weer aan iedere *retentor* een recht van privilege moeten worden toegekend. Waarschijnlijk geschiedt dit ook in het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

In 1964 heeft de Hoge Raad (3) het retentierecht van de werf tegenstelbaar geacht aan de hypotheekhouder alhoewel deze een zakelijk recht heeft op de zaak, terwijl de *retentor* slechts persoonlijk gerechtigde is. In het volgende onderdeel wordt de betekenis hiervan nader toegelicht, waarbij — in overeenstemming met de woorden van de Hoge Raad — de werking tegenover derden benadrukt wordt. Tevens betekent deze uitspraak natuurlijk een voorrangspositie van de werf tegenover de hypotheekhouder.

§ 8. Werking tegenover crediteuren

In hoeverre werkt het retentierecht tegenover derden?

Voor een overzichtelijke behandeling van deze problematiek moet worden onderscheiden in :

1. derden in de persoon van de crediteuren ;
2. derden, *a.* met een recht op de zaak jonger dan het retentierecht; *b.* met een recht op de zaak ouder dan het retentierecht.

i. Artikel 570 W.v.K. is in België de enige wettelijke grondslag om de werking van het retentierecht tegenover crediteuren te motiveren. Dit artikel handelt slechts over de verkoper die nog niet is betaald, terwijl inmiddels de koper is gefailleerd. Eigenlijk is hier weer sprake van de *exceptio non adimpleti contractus* en niet van het recht van retentie. Artikel 570 W.v.K. wordt desniettemin extensief geïnterpreteerd (4). Wil een retentierecht mogelijk zijn dan moet er echter wel sprake zijn van een contractuele eenheid. Deze eenheid

(1) Hrb. Antwerpen, 10 november 1965, R.W., 1965-66, 1214; — *Encyclopédie Dalloz, droit commercial*, Tw. Faillite, nr. 1787.

(2) GRATAMA, S., R.M., 1888, 153 e.v.

(3) H.R., 1 mei 1964, N.J., 1965, 339.

(4) FREDERICQ, L., *Handboek van Belgisch handelsrecht* (1963), Dl. II, blz. 702-705; — Brussel, 14 juni 1933, Pas., 1933, II, 181; — ook Hrb. Gent, 4 mei 1961, R.W., 1961, 841-854; — Hrb. Antwerpen, 27 mei 1964, R.W., 1965-66, 638-648.

mag echter niet worden afgeleid uit de afspraak van partijen alleen, maar moet *de facto* blijken. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen crediteuren met een ouder en crediteuren met een jonger recht dan de retentor.

Artikel 60 Faill.W. doet met nadruk het retentierecht stand houden ondanks het faillissement van de debiteur. Dit is slechts logisch voor de gevallen van een wettelijk recht van terughouding. Desondanks vindt er wel enige uitbreiding van de bestaande gevallen plaats, doch slechts voorzover er analogie bestaat met bv. artikel 1652 of 1849 B.W. Terecht spreekt Cahen dan ook van *grens-correcties* (1). Deze voorzichtigheid van het hoogste Nederlands rechtscollege zou ingegeven kunnen zijn door de schadelijke werking van het recht tegenover crediteuren. Anderzijds heeft de Hoge Raad artikel 60 Faill.W. ook gebruikt als argument voor een ruimere werking tegenover derden van het recht van terughouding.

De Hoge Raad heeft duidelijk stelling genomen ter zake van de zogenaamde zakelijke werking van het retentierecht (2). De werf Rijke had reparatiewerkzaamheden verricht aan het schip *de Echo*; op het schip rustte reeds een eerste en een tweede hypotheek. Toen de reder zijn verplichtingen niet meer nakwam heeft de eerste hypotheekhouder het schip geveild. (De hypotheekhouder is als beslaglegger een verlengstuk van de debiteur, doch daarnaast ook zakelijk gerechtigde met een recht van voorrang). Dit stuitte begrijpelijkerwijs op ernstige tegenstand van Rijke, die pas — na daartoe door de president in kort geding veroordeeld te zijn — het schip afstond. Vervolgens sprak hij echter de hypotheekhouder aan tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad, omdat deze hem van zijn retentierecht had beroofd. Hiermede moest de vraag beantwoord worden : kan de werf haar retentierecht van artikel 1652 B.W. aan de bevoorrechte crediteur tegenwerpen; terwijl die crediteur hier bovendien een zakelijk recht van hypotheek heeft dat ouder is dan het terughoudingsrecht? De Hoge Raad overwoog hieromtrent : „dat de aard van het in artikel 1652 B.W. aan den aannemer toegekende recht van terughouding, als verweermiddel tegen den aanbesteder die het roerend goed zonder voldoening van het door hem aan den aannemer verschuldigde terugvordert, medebrengt dat, wanneer een schuldeiser van den aanbesteder door middel van uitwinning van het goed zijn vordering daarop wenst te verhalen, de aannemer ook tegen dien schuldeiser zijn recht van terughouding kan handhaven; dat de wetgever in artikel 60 Faill.W. aan het beginsel, dat recht van terughouding niet bij uitwinning verloren gaat, met zoveel woorden uitdrukking heeft gegeven voor het geval van algehele uitwinning van het

(1) CAHEN, *Praeadvies*, blz. 6.

(2) H.R., 1 mei 1964, *N.J.*, 1965, 339.

vermogen van den schuldenaar als gevolg van zijn faillietverklaring, doch er geen aanleiding bestaat het beginsel niet evenzeer te erkennen in het thans aan de orde zijnde geval van uitwinning van een schip, ten aanzien waarvan een recht van terughouding bestaat, door hem die een recht van hypotheek op dat schip bezit, ook al zou de hypothecaire vordering eerder zijn ontstaan dan de vordering waarop het recht van terughouding betrekking heeft" (1).

Het trekt de aandacht dat aan het begin van deze overweging met nadruk wordt gesproken van het retentierecht van artikel 1652 B.W. en van het verweermiddel van de aannemer tegenover de aanbesteder. Het lijkt dan ook aannemelijk dat de uitspraak is ingegeven door de wens de economisch dikwijls in een zwakke positie staande aannemer (werf), die dikwijls ook geen zekerheid bedingt, tegenover zijn wederpartij in bescherming te nemen en hem een voorrangspositie te geven die hem stelt zelfs boven de hypothecaire crediteuren van zijn wederpartij (2).

Daar komt nog iets anders bij. Het retentierecht tegenover derden is *ontaard* in een positie met sterke zekerheid, terwijl derden lang niet altijd op de hoogte behoeven te zijn van het bestaan van dit recht. Zijn echter de andere crediteuren mede verrijkt door wat de *retentor* gepresteerd heeft — het schip heeft ten gevolge van de verbeteringen door de werf aangebracht een hogere verkoopwaarde gekregen — dan is de werking van dat retentierecht tegenover de crediteuren allerminst onrechtvaardig. Van geen belang is dan ook of de crediteur bevoorrecht was of niet en of hij een ouder dan wel een jonger recht bezat dan de *retentor*. Ditzelfde ligt ook besloten in artikel 103 Hyp.W.

Artikel 60 Faill.W. zou gewijzigd moeten worden (evenals wellicht artikel 570 W.v.K.) in die zin dat het retentierecht alleen dan aan de crediteuren kan worden tegengeworpen wanneer deze geacht kunnen worden gebaat te zijn door de verrichtingen van de *retentor*. Dit zou zowel voor beslag als voor faillissement moeten gelden, daartussen is in dit opzicht geen wezenlijk verschil. De bewijslast van dit gebaat zijn zal moeten liggen op de *retentor*, evenals dit ook reeds het geval is in artikel 630, lid 2 B.W.

§ 49 *Konkursordnung*, de Duitse faillissementswet, stelt degene die kosten heeft gemaakt ten nutte van een zaak, zodat die zaak door zijn toedoen een meerwaarde heeft gekregen, gelijk met een pandhouder en verleent daarmee aan deze retentiehouders een recht van parate executie en een recht van voorrang op de opbrengst. De vordering van de *retentor* mag niet hoger zijn dan de meerwaarde der zaak te rekenen op de dag van de faillietverklaring.

(1) Zie over dit arrest ook : BEEKHUIS, J. H., noot onder H.R., 1 mei 1964, N.J., 1965, 339; — CAHEN, R.M. *Themis*, 1968, 130 e.v. : De driehoeksverhouding tussen eigenaar, hypotheekhouder en *retentor*; — HEYNING-PLATE, *L.S.Ch.*, o.c., blz. 199 e.v.

(2) Aldus ook : CAHEN, *Præadvies*, blz. 11, nr. 1.

§ 9. Werking tegenover derden

In hoeverre werkt het retentierecht tegenover de derde eigenaar? Deze categorie moet worden verdeeld in : *a.* degene die de wederpartij van de *retentor* onder bijzondere titel zijn opgevolgd en *b.* degene, die op het moment van het ontstaan van het retentierecht al eigenaar waren van de zaak, doch niet de tegenpartij van de *retentor* waren.

a. In het algemeen kan gezegd worden : de verkrijger van het goed moet het retentierecht dulden; zo niet, dan kan men het recht al te gemakkelijk doen vervallen en verliest de instelling haar waarde.

Er moet bovendien onderscheiden worden in retentierecht op onroerend en op roerend goed.

Allereerst de *derde-eigenaar van onroerend goed*. Naar Belgisch recht gaat het retentierecht waarschijnlijk teniet wanneer een ander dan de wederpartij het onroerend goed opeist van de *retentor* (1). Het recht blijft evenmin bestaan — aldus tenminste de Page (2) — indien de revindicatie wordt ingesteld door iemand die het onroerend goed verkreeg na het ontstaan van het retentierecht. Voor het bepalen van het dokument van de verkrijging is beslissend het moment van de publikatie der verkrijging. Het feit dat het bijzonder moeilijk is van een dergelijke casuspositie een voorbeeld te geven doet vermoeden dat een dergelijk geval zich ook in de rechtspraktijk maar zelden zal voordoen; meestal zal de schuld van de oorspronkelijke debiteur op de verkrijger van het goed overgaan. Een door A verhuurd goed wordt bv. verkocht aan B en de huurder C moet het goed na de koop ontruimen. Aan C komt echter vergoeding toe voor bepaalde verbeteringen door hem aan het goed aangebracht. Daartoe heeft C het recht de ontruiming uit te stellen ook tegenover B tot hem deze schuld is betaald. Doch deze schuld wordt door artikel 1749 C.C. ook op de nieuwe eigenaar gelegd.

In Nederland zou men zich het volgende voorbeeld van een retentierecht op onroerend goed kunnen voorstellen dat aan een derde wordt tegengeworpen. A bezit grond en laat daarop door aannemer X een huis bouwen. Terwijl het huis in aanbouw is verkoopt A de grond aan B, X zal nu ook B kunnen verhinderen huis en grond in bezit te nemen zolang hem niet is voldaan hetgeen A hem verschuldigd is. Dit volgt uit artikel 1652 en uit de reeds vermelde beslissing van de Hoge Raad (3); wanneer het retentierecht werkt tegenover de beslaglegger, werkt het ook tegenover de koper op de veiling, werkt het ook tegenover de koper buiten een openbare verkoop.

Omgekeerd kan A ook laten bouwen op grond die hem niet toebehoort, doch eigenlijk eigendom is van B. B revindiceert op zekere

(1) R.P.D.B., Tw. *Rétention (droit de)*, nr. 164-166.

(2) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit belge*, Dl. VI, nr. 827; — anders echter: de rechtspraak genoemd door de Page op dezelfde plaats, blz. 787, nr. 5.

(3) H.R., 1 mei 1964, *N.J.*, 1965, 339.

dag van X, de aannemer. X zal zich nu uitsluitend kunnen beroepen op artikel 634 B.W. en hij zal geen retentierecht hebben voor enige waardevermeerdering van de grond; hij is geen bezitter te goeder trouw en kan zelfs door B genoodzaakt worden het gebouwde weer te verwijderen (art. 659 B.W.). Door het hypotheekregister te raadplegen had X kunnen weten dat hij ging bouwen op de grond van een ander (1).

Artikel 103 Hyp.W. geeft de derde bezitter het recht te weigeren het verhypothekeerde goed te verlaten tot hem de tot onderhoud en verbetering gemaakte kosten vergoed zijn.

Ten aanzien van roerend goed is zowel in België als in Nederland de heersende mening dat het retentierecht niet ontkracht kan worden door (tijdelijke of gefingeerde) overdracht van het goed; het kan ook worden ingeroepen tegenover latere verkrijgers onder bijzondere titel van de zaak. Hierbij spelen artikel 2279 C.C. en 2014 B.W. een rol. Hij die afgaat op de schijn van volledige, onbeperkte beschikkingsbevoegdheid van zijn rechtsvoorganger, moet worden beschermd. Hieruit resulteert het tegenovergestelde : degene die te goeder trouw (2) meent een roerend goed te verkrijgen zonder beperkende rechten daarop, kan het retentierecht rustende op dat goed niet worden tegengeworpen. Aldus bepaalt ook het nieuwe Burgerlijk Wetboek in artikel 3.4.2. lid 3. In beginsel zal het retentierecht blijven bestaan, doch aan de verkrijger die te goeder trouw is ten aanzien van dat retentierecht, omdat hij daarvan niet op de hoogte was, noch behoefde te zijn, kan het niet worden tegengeworpen.

b. De *verus dominus*, degene die een ouder recht heeft dan de *retentor*, heeft in beginsel niets met dat retentierecht van doen. Hij is ten aanzien van de vordering geen debiteur en kan dan ook afgifte van de zaak vorderen zonder verplicht te kunnen worden bepaalde kosten te voldoen (3). Dit wordt alleen dan anders wanneer de bezitter of de houder zich erop beroept kosten ter verbetering enz. van de zaak te hebben gemaakt; deze zal hij wel moeten vergoeden en daarvoor heeft de ander dan een recht van terughouding mits hij te goeder trouw was op het moment dat hij de verbeteringen aanbracht en de vordering ontstond (4). Dit recht bestaat echter niet voor de *impensae voluptuariae* en ook niet voor de vordering tot voldoening van kosten aan arbeidslonen van artikel 1652 B.W. De huurder van de auto doet daaraan reparaties verrichten door een garage; na afloop van de huur is de auto nog steeds in het feitelijk bezit van de garage-

(1) H.R., 30 januari 1959, *N.J.*, 1959, 548 ontzegt de bouwer eveneens een actie uit ongerechtvaardigde verrijking.

(2) Voor de inhoud van dit begrip is van belang : H.R., 6 januari 1961, *N.J.*, 1962, 19; — H.R., 24 november 1967, *N.J.*, 1968, 74; — voor België : BAERT, *De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten*, *R.W.*, 1956-57, 496.

(3) H.R., 16 maart 1933, *N.J.*, 1933, 790.

(4) Artikel 630 lid 2 B.W.; — DE PAGE, *Dl. VI*, nr. 829.

houder, zodat de verhuurder hem daar terugvordert. De garagehouder zal de auto nu moeten afstaan ook al heeft de huurder nog steeds de openstaande rekening niet betaald (1). In de regel zal de auto ook niet in waarde zijn toegenomen door de werkzaamheden van de garage; slechts ten aanzien van kosten gemaakt wegens normaal onderhoud kan men zeggen : hierdoor is waardevermindering voorkomen. Het antwoord op een dergelijke vraag zal in België worden beslist door de vraag of artikel 2279 B.W. van toepassing is.

§ 10. Overdracht van de eigendom van het teruggehouden goed door de retentor

De zaak kan worden overgedragen terwijl deze zich bevindt in handen van een derde, die daarop een retentierecht uitoefent, doch de zaak kan eveneens worden overgedragen door de *retentor* zelf en dan rijst de vraag of de verkrijger, behalve de zaak, ook het erbij behorende retentierecht ontvangt.

De Hoge Raad besliste deze vraag in bevestigende zin (2). Op de tweedehands automarkt had de autohandelaar Wastenecker een gestolen auto gekocht; omtrent de diefstal was hij in onwetendheid. Inmiddels repareert Wastenecker de in de auto aanwezige deuken en daarna verkoopt hij hem door aan Klos. In de koopprijs is meeberekend de kosten voor het uitdeuken, spuiten enz. Vervolgens waarschuwt de politie Klos dat de auto gestolen is en toebehoort aan Anker. Klos en Wastenecker annuleren de koopovereenkomst en Anker revindiceert de auto bij Wastenecker. Deze weigert de auto af te geven als aan hem o.m. niet worden vergoed de kosten van het herstellen der deuken.

De Hoge Raad overweegt hieromtrent dat de bezitter te goeder trouw die uitgaven heeft gedaan ten behoud en ten nutte van de zaak en die vervolgens de zaak onder bezwarende titel overdraagt daarna geen recht meer heeft op vergoeding van de door hem gemaakte kosten; wel komt een recht tot vergoeding daarvan toe aan de verkrijger, omdat er geen goede grond bestaat om aan te nemen, dat na deze overdracht de eigenaar de zaak kan terugvorderen zonder de bedoelde kosten te vergoeden.

De verkrijger onder bezwarende titel heeft immers zelf ook de door zijn voorganger aangebrachte nuttige verbeteringen vergoed en daardoor is het recht om de eigenaar tot vergoeding daarvan aan te spreken op hem overgegaan.

(1) Zie het arrest genoemd in noot (3) op voorgaande blz.; — voor de huurkoop geldt thans artikel 1576 B.W.

(2) H.R., 16 december 1966, N.J., 1968, 70, met noot J. H. ВЕКНУИС.

§ 11. Overdracht van de vordering

Welke invloed heeft overdracht of overgang van de vordering op het retentierecht?

Ter verduidelijking van de vraagstelling een voorbeeld. Een werf repareert het zeiljacht Anastasia. Daardoor krijgt de werf een vordering van 2000 gulden op de eigenaar van het jacht. De werf cedeert deze vordering aan een bank als zekerheid voor aan haar door de bank verleend krediet. De bank spreekt de eigenaar aan tot betaling; kan nu de werf het retentierecht op het jacht blijven uitoefenen totdat de eigenaar heeft betaald? Naar Belgisch recht wordt sterk de nadruk gelegd op de eis van het bezit, de detentie, en op de connexiteit die moet bestaan tussen vordering en zaak. In het gegeven voorbeeld zijn bezit en vordering bij de aanvang wel in handen van één persoon, doch later niet meer. Wordt de cessionaris ook in het bezit van de zaak gesteld — de bank ontvangt tevens het zeiljacht in pand — dan blijft het retentierecht in stand (1). Zo niet, dan gaat het retentierecht teloor. In Nederland bestaat over deze vraag m.i. geen jurisprudentie. De opvatting van Suyling is dat de cedent het retentierecht wel degelijk kan aanwenden ten behoeve van de cessionaris, zodat het retentierecht niet automatisch komt te vervallen (2). Dit kan als volgt worden gemotiveerd: het recht van retentie is een opschortingsrecht dat om redenen van billijkheid (en ook alleen binnen de grenzen van hetgeen redelijk is) aan de crediteur een waarborg geeft voor de nakoming door zijn debiteur. In het zekerheidskarakter ligt een overeenkomst met het recht van pand. Wanneer nu de crediteur de vordering cedeert blijft een pand recht bestaan. Waarom zou het retentierecht dan niet in stand blijven? Evenals bij het pandrecht is er een samenspel nodig tussen cessionaris en cedent-*retentor*. Ook bij pand is het niet noodzakelijk dat de in pand gegeven zaak aan de cessionaris wordt overgedragen, het pand kan ook in handen van een derde zijn (*in casu* van de cedent).

Hiertegen kan worden tegengeworpen dat na de cessie niet meer is voldaan aan de eisen voor het retentierecht, met name niet aan de eis dat de *retentor* zowel het bezit van de zaak heeft als het vorderingsrecht. Het feitelijk bezit behoeft hierbij echter niet zo'n hoofdrol te spelen. Vanzelfsprekend kan er geen opschortingsrecht worden uitgeoefend als de zaak al weer in handen is van de eigenaar of van de rechthebbende (bv. de werf geeft het schip weer terug aan de eigenaar; maar evenmin als het retentierecht te niet gaat wanneer de zaak gestolen is en weer aan de *retentor* wordt teruggegeven (3), behoeft het

(1) R.P.D.B., Tw. *Rétention (droit de)*, nr. 21.

(2) SUYLING, J. Ph., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, Dl. I, nr. 74; — WIARDA, J., *Cessie of overdracht van schuldvorderingen op naam naar Nederlandsch burgerlijk recht*, Proefschr., Amsterdam, 1937, blz. 242; — ook: CAHEN, *Praeadvies*, blz. 8.

(3) Zie verder, § 12.

teniet te gaan wanneer de *retentor* niet meer crediteur is en de vordering overdroeg. Belangrijker dan het feitelijk bezit is dat de crediteur afgifte van de zaak kan weigeren, hetzij in persoon, hetzij door een derde-houder instructies te geven de zaak onder zich te houden totdat een ermee samenhangende vordering is voldaan.

Bij de cessie heeft men het spiegelbeeld hiervan; ook daar kan worden gesteld : niet de detentie is doorslaggevend, het gaat om de vraag of de *retentor* daadwerkelijk nog kan en mag weigeren een zaak af te geven.

Mutatis mutandis kan hetzelfde worden gesteld voor de subrogatie. De werf heeft een vordering op de eigenaar van het jacht; nu betaalt de bank van de eigenaar deze rekening en wordt daardoor gesubrogeerd in het vorderingsrecht van de werf. Ook nu zal de werf afgifte kunnen weigeren jegens de eigenaar totdat de laatste de bank heeft voldaan. Deze weigering is in het belang van de nieuwe crediteur. De positie van de debiteur blijft ongewijzigd; voor hem mag noch de cessie, noch de subrogatie een verslechtering van zijn rechtspositie betekenen, vandaar ook dat hij dezelfde verweermiddelen heeft tegen de nieuwe als tegen de oude crediteur. Maar een verbetering van zijn situatie behoeft de crediteurswisseling ook niet te betekenen.

§ 12. Onvrijwillig bezitsverlies door de *retentor*----

Welke rechten heeft de *retentor* bij onvrijwillig bezitsverlies tegenover derden en tegenover de debiteur?

Vanzelfsprekend, zegt het rechtsgevoel, moet de *retentor* een vordering hebben tot afgifte tegenover degene die hem — tegen zijn wil — zijn retentierecht heeft ontnomen, zelfs al was dit de eigenaar zelf. Aldus besliste reeds het Romeinse recht.

Aan de bruiklener wordt een *actio furti* toegekend tegenover de eigenaar, wanneer de eerste noodzakelijke kosten voor de zaak heeft gemaakt (1). De *actio furti* is in zo'n geval beter dan de actie uit het contract zelf, de *actio commodati*, want — zo schrijft Iulianus — nu kan hij de betaling dezer kosten door middel van een retentierecht zekerstellen.

Ook in ons recht kan de eigenaar die heimelijk zijn zaak weer tot zich neemt met de bedoeling de houder van een zekerheidsrecht daarop te beroven, van een onrechtmatige daad worden beticht. Een vordering tot herstel in de oude toestand kan bewerkstelligen dat de *retentor* weer in de gelegenheid wordt gesteld de afgifte van de zaak te weigeren (2). Hetzelfde geldt natuurlijk ten aanzien van de dief.

(1) *D.*, 47.2.60.

(2) *H.R.*, 17 november 1967, *N.J.*, 1968, 42 : de bedrijver van een onrechtmatige daad kan worden veroordeeld tot de betaling van een geldsom, maar hij kan ook (mits dit is geëist en de rechter het een passende vorm acht) worden veroordeeld om ten behoeve van de benadeelde een andere prestatie te verrichten, welke geschikt is om de aangebrachte schade weg te nemen.

Op de vergadering te Leuven werd van Belgische zijde gezegd dat de *retentor* tegen de dief en de derde verkrijger te kwader trouw een zakelijke vordering heeft.

Draagt daarentegen de *retentor* zelf de zaak over aan een derde, dan blijft het retentierecht bestaan zolang eerstgenoemde daadwerkelijk de macht over de zaak behoudt en door middel van de derde afgifte kan weigeren. Dit laatste is belangrijker dan het feit van de detentie.

Moeilijker wordt het de vraag te beantwoorden of het retentierecht blijft bestaan, indien de *retentor* de zaak vrijwillig aan de eigenaar terug geeft. Alles hangt dan af van de bedoeling van partijen (1).

§ 13. Retentierecht en zekerheidsstelling

Kan aan de terughouding een einde worden gemaakt als de debiteur zekerheid heeft gesteld voor de nakoming van zijn verplichting?

De Belgische wet noemt deze mogelijkheid niet; in Nederland kan het retentierecht van de huurkoper (art. 1576 B.W.), dat van de aannemer (art. 1652 B.W.) en dat van de berger (art. 566 W.v.K.) worden afgekocht door het stellen van zekerheid. In § 273, lid 3 B.G.B. wordt deze mogelijkheid in het algemeen gegeven.

Aangezien de *retentor* bij de uitoefening van zijn recht veel kwaad kan stichten door nodeloos te traineren moet de mogelijkheid worden geschapen dit kwaad zoveel mogelijk te beperken. Op-schorting zal in de meeste gevallen plaats vinden omdat de debiteur in gebreke blijft een geldsom te betalen; in die gevallen is zekerheid in de vorm van pand e.d. gelijkwaardig aan het retentierecht.

Natuurlijk verhindert dit alles niet dat de *retentor* toch nog door middel van zijn machtspositie betaling van een chicaneuze vordering kan trachten af te dwingen, maar om dit kwaad te keren blijft de tegenpartij aangewezen op de rechter; deze zal *in concreto* moeten uitmaken of het retentierecht of de daarvoor in de plaats gekomen zekerheid gerechtvaardigd is. Bovendien kan hij toetsen of het retentierecht al dan niet in overeenstemming met de goede trouw wordt uitgeoefend (2). Er zijn namelijk ook gevallen denkbaar, waarin door het retentierecht aan degene tegenover wie het wordt uitgeoefend een onevenredig groot nadeel wordt toegebracht.

Veel ernstiger is dat de *retentor* met opzet kan dralen met het liquide maken van zijn vordering, maar daartegen helpt ook geen zekerheidsstelling. Evenals in de Franse *Ordonnance de Villers-Cotterets* uit 1539 zou hem op straffe van verval van zijn recht een termijn gesteld moeten worden binnen welke hij zijn vordering gespecificeerd indient. Een weigering zijnerzijds kan gekwalificeerd worden als een uitvoering van de overeenkomst of van de rechtsver-

(1) Zie boven, § 5.

(2) VAN WIEN, S. A., *Retentierecht en stellen van zekerheid*, W.P.N.R., 3542-3; — HEYNING-PLATE, L.S.Ch., o.c., blz. 195-196.

houding (wanneer aan het retentierecht geen overeenkomst zou ten grondslag liggen, maar het uit bezit zou voortspruiten of uit erfgenaamschap) in strijd met de goede trouw, zodat de *retentor* het recht om een beroep te doen op het retentierecht verwerpt.

§ 14. Besluit

Het recht van retentie is zozeer in de menselijke natuur verankerd dat het steeds weer opduikt. De poging terughouding van zaken aan banden te leggen door het slechts toe te staan wanneer de wetgever dit uitdrukkelijk bepaalt, is in de huidige maatschappij bij voorbaat gedoemd tot mislukken. Het maatschappelijk verkeer wordt steeds meer verfinjd, contracten worden ingewikkelder, er ontstaan onvoorziene rechtsverhoudingen en daardoor zal de wetgever achter de feiten blijven aanlopen.

Het is daarom beter in het algemeen uitstel van de afgifte van een zaak toe te staan, steeds wanneer een met de zaak samenhangende vordering niet is voldaan. Maar dan moeten er tevens strenge eisen worden gesteld aan de *retentor*. De rechtsverhouding of de verplichting moet zich *in concreto* niet verzetten tegen opschorting; de *retentor* mag zijn bevoegdheden niet misbruiken.

Daarnaast heeft de *retentor* een sterke positie tegenover derden. Zolang hij niet een voorrecht heeft — hoger nog dan degene tegenover wie hij er zich op beroept — ontstaat er een vreemde situatie. Toch ware het m.i. beter in de Faillissementswet of het Belgische Wetboek van Koophandel de ongebreidelde, feitelijke voorrangspositie van de *retentor* te vervangen door een privilege op de opbrengst van de zaak dat hem slechts stelt boven de crediteuren in faillissement, voorzover zij door zijn toedoen verrijkt zijn. Waarom bestaat er toch zo'n grote angst voor incidentele wetswijziging, waardoor een verouderd artikel vervangen wordt of een foutieve redactie verbeterd? De wetswijzigingen *de facto* door de rechter zijn zeer noodzakelijk, maar even noodzakelijk kan het zijn de wetteksten zelf te verbeteren en aan te passen (bv. artikel 2279 C.C., artikel 2014 B.W.). Een wetstekst behoeft geenszins zo onherroepelijk te zijn als dikwijls wordt gedacht.

Oorzaken van economische aard hebben verschillen veroorzaakt in de toepassing van het retentierecht in België en Nederland; deze zijn niet zo ingrijpend zodat rechtsvergelijking goed mogelijk is. Dikwijls is de *retentor* een aannemer of ambachtsman, die als enige zekerheid heeft het retentierecht op de zich onder zijn berusting bevindende goederen, terwijl het economisch gezien voor hem ook niet goed mogelijk is bij het sluiten van het contract nog een andere zekerheid te bedingen. Anderzijds echter moet de macht van de *retentor* beknot worden en moet misbruik van zijn ruime bevoegdheden worden gekeerd; ook de verplichtingen van de *retentor* tot bewaring van de zaak enz. moeten aan een nader onderzoek worden onderworpen, zowel in België als in Nederland.

SOMMAIRE

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LE DROIT DE RÉTENTION EN DROIT BELGE ET HOLLANDAIS

Le droit de rétention est un moyen de pression qui permet de différer la remise de la chose jusqu'au moment où l'autre partie a réglé les frais se rapportant à la chose.

Ce droit de rétention est opposable en cas de faillite au curateur et aux autres créanciers.

La délimitation entre rétention et *exceptio non adimpleti contractus* n'est pas nettement définie. A l'endroit du droit de rétention, un fait matériel est indispensable; l'*exceptio non adimpleti contractus* repose sur le principe de la cause.

Le droit de rétention n'est pas exclusivement limité aux cas énumérés dans la loi. Le droit de rétention peut être stipulé contractuellement; une telle convention est cependant vaine; elle n'est pas opposable aux tiers et, même entre parties, elle ne sortit aucun effet, puisque la rétention est un fait matériel.

D'une importance essentielle est, en effet, que le rétenteur exerce d'une manière ininterrompue le pouvoir sur la chose.

Dans l'action du droit de rétention à l'égard des tiers, il y a lieu de faire une distinction suivant que le droit du tiers sur la chose est plus récent ou plus ancien que le droit de rétention.

L'acquéreur de la chose doit tolérer le droit de rétention. Le droit de rétention n'est en principe pas opposable lorsque le droit du tiers est né antérieurement.

En cas de cession d'une créance, le droit de rétention est en Belgique compris dans la cession pour autant que le nouveau créancier soit effectivement mis en possession de la chose, sinon le droit de rétention disparaît. Aux Pays-Bas, l'obligation de restitution de la chose continue à incomber au cédant, de sorte que le droit de rétention ne disparaît pas automatiquement.

Le rétenteur n'a ni privilège ni droit d'exécution sur minute. A l'encontre du voleur et du tiers acquéreur de mauvaise foi, le rétenteur possède une action réelle; à l'encontre du tiers acquéreur de bonne foi, il n'est pas possible, à défaut de jurisprudence, de donner une réponse certaine. Probablement, la rétention disparaît-elle lorsqu'il est fourni une sûreté suffisante pour la dette.

En conclusion, on peut préconiser qu'il devrait être admissible en principe de différer la remise d'une chose lorsqu'il n'est pas satisfait à une demande en connexité avec la chose. La position privilégiée de fait du rétenteur devrait être remplacée par un privilège sur le produit de la chose qui ne lui donne la préférence sur les créanciers en cas faillite que pour autant qu'ils se soient enrichis de son fait.

ZUSAMMENFASSUNG

EINIGE BETRACHTUNGEN BEZUGLICH DES ZURÜCKBEHALTUNGSRECHTES DEM BELGISCHEN UND NIEDERLÄNDISCHEN RECHT NACH

Das Retentionsrecht ist ein Drückungsmittel, das erlaubt die Abgabe einer Sache zu verzögern, bis die Gegenpartei die Kosten hinsichtlich dieser Sache repariert hat. Das Zurückbehaltungsrecht ist beim Konkurs dem Konkursverwalter und den anderen Gläubigern gegenüberstellbar. Die Abgrenzung zwischen dem Zurückbehaltungsrecht und der *Einrede des nicht-erfüllten Vertrags* ist nicht fest umrissen. Notwendig für das Zurückbehaltungsrecht ist eine materielle Tatsache; die *Einrede des nicht-erfüllten Vertrags* dagegen, beruht auf das Prinzip der *causa*.

Das Zurückbehaltungsrecht ist nicht limitativ beschränkt auf die im Gesetz aufgezählten Fällen. Es kann auch kontraktuell festgelegt werden. Ein derartiger Vertrag ist aber zwecklos, denn Dritten gegenüber ist er nicht gegenüberstellbar und sogar zwischen den Parteien sortiert er keinen Effekt, weil die Retention eine materielle Tatsache ist.

Von größter Bedeutung ist eben, daß derjenige, der das Zurückbehaltungsrecht ausübt, ununterbrochen die Macht über die Sache ausübt.

Hinsichtlich der Auswirkung des Zurückbehaltungsrechtes Dritten gegenüber, muß ein Unterschied gemacht werden je nachdem das Recht eines Dritten auf die Sache jünger oder älterer ist als das Retentionsrecht. Der Erwerber des Gutes muß das Zurückbehaltungsrecht dulden. Das Zurückbehaltungsrecht ist im Prinzip nicht gegenüberstellbar, wenn das Recht eines Dritten früher entstanden ist.

Bei der Abtretung einer Schuldforderung wird in Belgien das Zurückbehaltungsrecht mit übertragen, in soweit der neue Gläubiger wirklich im Besitz der Sache gestellt wird, sonst wird das Zurückbehaltungsrecht fällig. In den Niederlanden bleibt die Verpflichtung zur Rückgabe der Sache weiter beim Zedent, so, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht gleich fällig wird. Derjenige der ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, hat kein Vorrecht, und auch kein Recht auf eine Vollstreckung auf Grund des vollstreckten Titels. Dem Dieb und dem Dritterwerber schlechter Glauben gegenüber, hat derjenige der das Zurückbehaltungsrecht ausübt eine sachliche Forderung; dem Dritterwerber guter Glauben gegenüber, kann, mangels Rechtsprechung keine sichere Antwort gegeben werden. Wahrscheinlich wird die Retention fällig wenn genügend Sicherheit für die Schuld verliehen wird.

Zum Schluß darf festgestellt werden, daß es prinzipiell erlaubt sein sollte, die Abgabe einer Sache hinauszuschieben, wenn eine mit der Sache zusammenhängende Forderung nicht befriedigt wird. Die tatsächliche Vorrechtsposition desjenigen, der ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, sollte ersetzt werden durch einen Privileg auf den Erlös der Sache, das ihn nur stellt über die Gläubiger eines Konkurs, in soweit sie durch seine Vermittlung bereichert wurden.

SUMMARY

A FEW REMARKS ABOUT LIEN IN BELGIAN AND DUTCH LAW

Lien is a means of enforcement which allows the handing over of an object to be postponed until the defendant has paid the costs relating to that object.

Such lien can, in bankruptcy cases, be invoked against the administrator and the other creditors.

The line of demarkation between lien and concurrent condition is not clearly drawn. A precise fact is necessary for lien; concurrent condition relies on the principle of the *causa*.

Lien is not limited to the occasions enumerated by statute. Lien can be stipulated in a contract; such an agreement is, in fact, useless; it cannot be invoked against a third party and even between parties it has no effect, because lien is a material fact.

It is essential that the holder of a lien has been continuously in control of the object.

In exercising a lien in relation to third parties a distinction must be made according to whether the third party's rights in an object are older or more recent than the lien. The recipient of the object must allow the lien.

Lien is not invocable when the third party's right has been held longer.

In Belgium on the transfer of a claim lien is also transferred in so far as the new creditor is put really into possession of the object, otherwise the lien extincts. In the Netherlands the duty of returning the object falls to the transferee, so that the lien does not automatically become extinct.

The lienor has no precedence or right to prompt execution. Against the thief and the third party who obtains the object in bad faith, the lienor can make a real claim; against the third party who obtains the object in good faith, a lack of case law makes it impossible to give an opinion.

Probably lien extincts when there is sufficient security about the debt.

In conclusion it may be assumed that the principle, that the handing over of an object may be delayed when a claim concerning that object remains unfulfilled, is upheld. The actual preference position of the lienor should be replaced by a privilege on the proceeds yielded by the object, which only puts him in a position superior to the creditors in a bankruptcy in so far as they are enriched by his actions.