

Retentierecht naar Nederlands recht

Preadvies van Prof. Mr. J. L. P. Cahen

INHOUD

1. De grondstructuur van het retentierecht	133
2. De plaats van het retentierecht in het positieve recht	135
3. Het effect van het retentierecht	138

1. DE GRONDSTRUCTUUR VAN HET RETENTIERECHT

Op zekere dag bemerkt A dat zijn fiets bepaalde gebreken vertoont. Hij brengt de fiets bij een reparateur B en krijgt de toezegging dat hij over een dag of vier de fiets weer kan ophalen. Weer thuisgekomen van deze expeditie heeft A nog voldoende tijd de stukken door te nemen die betrekking hebben op een gesprek dat hij later op de dag met C moet voeren. Het gaat hier om een inmiddels geëxpireerd opstalrecht van C op A's grond en de bespreking zal vooral handelen over de aan C te betalen vergoeding voor de gebouwen die hij gedurende zijn opstalrecht heeft neergezet en die nu eigendom worden van A.

De dag eindigt voor A met het gelukkige bericht dat zijn rijpaard dat hem tien dagen geleden ontstolen werd, terecht is. Het bevindt zich bij D, die het paard op een openbare markt gekocht heeft zonder er overigens enig plezier aan beleefd te hebben, daar hij het dier wegens een acute nieraandoening een spoedoperatie heeft moeten laten ondergaan.

De hier geschilderde taferelen doen als bouwstoffen voor een opstel over 'een dag uit het leven van A' nogal willekeurig aan, maar zijn volledig verantwoord in een opstel met het opschrift 'drie retentie-avonturen van A'. A staat ten opzichte van de reparateur B, de opstaller C en de paardekoper D telkens in een andere rechtsverhouding, maar gemeenschappelijk hebben deze drie situaties dat de wederpartij van A een vordering op hem heeft, waardoor hij zijn eigen verplichting tot afgifte van de zaak aan A niet behoeft na te komen alvorens aan deze vordering is voldaan.

Wat al dadelijk uit dit verhaal blijkt is dat het snoer van de retentieketting geheel uiteenlopende rechtsverhoudingen aaneenrijgt. Het geeft ook een duidelijke aanwijzing dat het retentierecht behalve een vaststaande grondstructuur, verscheidenheid in zijn nadere uitwerking moet hebben, wil de soepele inpassing in de verschillende rechtsverhoudingen mogelijk zijn. In het huidige recht is deze mogelijkheid er bij gebreke van een enigszins uitgewerkte algemene regeling van het retentierecht. *Ius constituendo* zal een dergelijke regeling zeker een winstpunt vormen, mits de elasticiteit van het retentierecht gehandhaafd blijft. Dat deze verscheidenheid in verschijningsvorm er inderdaad is, laat zich goed

manifesteren aan de grondstructuur van het retentierecht. Deze grondstructuur is die van een verweermiddel dat deel uitmaakt van een verplichting tot uitlevering van de zaak: de retentor heeft de bevoegdheid deze verplichting op te schorten zolang aan zijn eigen vordering niet is voldaan. In deze negatieve formulering lijkt een positieve complementerende besloten te liggen: de bevoegdheid de eis tot uitlevering van de zaak af te weren suggereert een bepaald recht op die zaak. Behoort een dergelijk recht, dat hoe dan ook een zekere belasting op de eigendom zou leggen, tot de kern van het retentierecht?

In de hierboven gegeven drie situaties was A eigenaar van de zaak. Het retentierecht zou geen effect sorteren indien wel de obligatoire aanspraak tot uitlevering, maar niet de revindicatie weerlegd zou kunnen worden. Nemen wij aan dat de rechtsverhouding tussen partijen in de regel beheerst wordt door de goede trouw, dan ligt het in de natuurlijke orde der dingen dat het retentierecht tevens een afweer vormt tegen de revindicatie waardoor het inderdaad een recht ten aanzien van de zaak is die een belasting vormt voor de eigendom. Maar hiermee is nog niet gezegd dat deze belasting ook inderdaad tot de kern van het retentierecht behoort. Gesteld dat – om bij het eerste voorbeeld van de te repareren fiets te blijven – A geen eigenaar was van de fiets maar deze in bruikleen had gekregen van de eigenaar X? In dat geval had A alleen de beschikking over de contractuele vordering tot uitlevering, die deel uitmaakt van zijn overeenkomst met de reparateur B. Deze zou dienovereenkomstig in zijn verhouding tot A voldoende gebaat zijn met een retentierecht dat alleen een afweer zou vormen tegen deze contractuele aanspraak. De verhouding tussen partijen in aanmerking genomen, zijn er geen termen aanwezig de eigendom met een retentierecht te belasten. Het retentierecht doet zich hier voor als een zuiver obligatoir verweermiddel ter afwering van een contractuele uitleveringsvordering. Zou A gedurende de periode waarin de fiets wordt gerepareerd, de eigendom ervan verwerven, dan moet de defensiekracht van het retentierecht weer worden opgevoerd en brengt de goede trouw in de rechtsverhouding A–B met zich mee dat A's eigendom met retentierecht wordt belast. De gevolgtrekking die wij hieruit kunnen maken met betrekking tot de grondstructuur van het retentierecht is dat zij een verweermiddel blijkt te zijn waaraan de goede trouw die de rechtsverhouding tussen de betrokkenen beheerst, een verschillende inhoud geeft, maar steeds met dezelfde strekking: de bevoegdheid de eis tot uitlevering van de zaak af te weren, ongeacht of aan deze eis een persoonlijk, een zakelijk recht of een cumulatie van beide ten grondslag ligt. Naar gelang van de omstandigheden vertoont het retentierecht zich respectievelijk als obligatoir verweermiddel, als belasting van de eigendom of als cumulatie van beide.

Bij deze summiere bespreking van de grondstructuur van het retentierecht heb ik een aspect buiten beschouwing gelaten dat, hoezeer het ook ermee verband houdt, uit overwegingen van systematiek beter elders kan worden besproken. Namelijk de vraag hoe de positie is van de retentor ten opzichte van de eigenaar indien hij zijn retentierecht ontleent aan een contract bijvoorbeeld met de bruiklener. In het hiervoor gegeven geval dus de positie van B tegenover X, de eigenaar van de door de bruiklener A in reparatie gegeven fiets. Verderop, bij het punt van de handhaving van het retentierecht, zal op deze vraag worden teruggekomen.

2. DE PLAATS VAN HET RETENTIERECHT IN HET POSITIEVE RECHT

In een aantal gevallen kent de wetgever een retentierecht toe. De bepalingen zijn over de gehele wet verspreid en hebben betrekking op geheel verschillende verhoudingen. In het contractuele vlak zijn het de aannemer van werk (1652), de bewaarnemer (1766), de lasthebber (1849), de hulploongerechtigde (566K) en de makelaar in zeeassurantie terzake van een vordering ontstaan uit voorgeschoten premies (684K), die als retentor worden aangemerkt.

Buiten het contractuele vlak komen wij het retentierecht tegen in bepaalde zakenrechtelijke verhoudingen. Zo heeft de opstaller een retentierecht ter zake van het door hem gebouwde bij einde van het opstalrecht, zolang hem de waarde daarvan niet is vergoed (762). Bij de erfpacht is het de eigenaar die een retentierecht heeft ten opzichte van de erfpachter, ter zake van hetgeen deze bij het eindigen van het erfpachtrecht van het door hem gebouwde wil meenemen, zolang deze de schade die daarbij aan de grond ontstaat niet heeft vergoed (772). Ook de bezitter te goeder trouw heeft een retentierecht voor de door hem aan de zaak ten koste gelegde uitgaven (630), een regel die in een algemenere vorm terugkomt in de bepaling dat ieder die noodzakelijke uitgaven aan een zaak heeft gedaan, aan zijn vordering tot terugbetaling een retentierecht mag verbinden (1400).

Met de hier gemelde bepalingen wordt niet beoogd een volledige opgave te verstrekken, maar een globaal overzicht te bieden ter inleiding tot de vraag waar wij voor gesteld worden indien wij de plaats van het retentierecht in het positieve recht willen bepalen: is het retentierecht gelimiteerd tot de in de wet genoemde gevallen of bestrijkt het een ruimer terrein en zo ja, hoe omlijnen wij dan dit terrein? Zowel de rechtspraak als de doctrine o.l.v. SCHOLTEN laten het retentierecht een ruimer terrein bestrijken dan de wettelijke bepalingen aangeven. De Hoge Raad deed dit

in zijn arrest van 10 december 1948, NJ 1949, 122, m.o. PH.A.N.H. inzake de Terneuzense werf en de doctrine volgt de door SCHOLTEN bepleite zienswijze. Wat het eerste gedeelte van de vraag betreft staan jurisprudentie en doctrine dus op hetzelfde standpunt. Daarentegen geschiedt de omlijning van het terrein van het retentierecht niet op dezelfde wijze, al nemen de Hoge Raad en SCHOLTEN hetzelfde uitgangspunt aan, nl. de wettelijke bepalingen. De reden van dit verschil in begrenzing ondanks een gelijk uitgangspunt, is hierin gelegen dat de wijze waarop de bewuste wettelijke bepalingen als determinant voor de terreinafbakening wordt gehanteerd, verschilt. Zo kan aan de bewuste bepalingen een het terrein direct afbakenende werking worden toegekend. Het terrein is dan voor het overgrote gedeelte reeds gegeven en de verruiming bestaat uit grens-correcties met betrekking tot situaties die direct bij wettelijk geregelde kunnen worden aangeknoopt. De nadruk ligt dus op de mate van overeenstemming die bestaat tussen de feitelijke situatie en een in de wet geregelde. Het is deze methode die de Hoge Raad in het zojuist vermelde arrest van de Terneuzense werf volgde toen hij de werf die als zaakwaarnemer reparaties aan een schip had verricht, een retentierecht toekende op het schip in aansluiting op het retentierecht van de nauw aan de zaakwaarnemer verwante figuur van de lasthebber.¹

Terecht merkte de annotator van het arrest op dat de aansluiting beter had kunnen worden gezocht bij art. 1652, waarin het retentierecht van de aannemer van werk wordt geregeld, aangezien de lastgeving het oog heeft op rechtshandelingen van de lasthebber en de zaakwaarneming vaak – zoals ook in dit geval – feitelijke handelingen betreft. Maar ook dan blijft de uitspraak ingegeven door een gedachtengang die de annotator minder juist vindt dan de door SCHOLTEN bepleite. Diens zienswijze, die ook in het zesde boek van het nieuwe BW is terug te vinden², moge hier in summiere vorm volgen. In tegenstelling tot de boven weergegeven opvatting kent SCHOLTEN aan de bewuste bepalingen alleen een indirecte terrein afbakenende werking toe. Niet de bepalingen zelf zijn beslissend, maar de er achter liggende gemeenschappelijke gedachte. Het is de goede trouw die krachtens art. 1374 het contract en door analoge toepassing ook andere rechtsverhoudingen beheerst, waarin de grondslag van het retentierecht moet worden gevonden. Voor de contractsverhoudingen is het retentierecht ten aanzien van de onvolkomen wederkerige overeenkomsten de uitdrukking van de gedachte die bij de wederkerige overeenkomsten wordt vertolkt door de *exceptio non adimpleti contractus*. Voor niet contractuele verhoudingen kan de grondslag van het retentierecht het beste aldus worden weergegeven, dat het aan een ieder toekomt die aan

1. ASSER-SCHOLTEN, *Zakenrecht*, 8e druk, p. 556 e.v.; ASSER-VAN OVEN, *Zakenrecht*, Bijz. Deel II, p. 242 e.v.; PITLO, *Zakenrecht*, 5e druk, p. 456.

2. 6.1.6.19.

een zaak kosten maakte en uit hoofde daarvan een vorderingsrecht heert.

Deze vrij algemeen aanvaarde opvatting komt mij zeer overtuigend voor. Ik maak daarbij een gering voorbehoud ten aanzien van de splitsing van de grondgedachte in de uitwerking voor contractuele en niet-contractuele verhoudingen. De splitsing lijkt mij niet essentieel, al biedt zij het voordeel dat verband tussen de exceptio non adimpleti contractus en het contractuele retentierecht wordt gelegd. Maar de voorstelling van het contractuele retentierecht als pendant voor genoemde exceptio ten aanzien van de onvolkomen wederkerige overeenkomsten is te schematisch. Retentierecht en exceptio non adimpleti contractus zijn geen complementerende, op aan elkaar grenzende terreinen opererende rechtsfiguren, maar uitwerkingen van dezelfde gedachte die elkaar bij de wederkerige overeenkomst zeer goed kunnen ontmoeten.

Bij deze korte kritische opmerking wil ik het laten. De grote betekenis van SCHOLTENS leer ligt in de uitbreiding van het retentierecht, niet direct vanuit de wettelijke bepalingen, maar rechtstreeks vanuit hun bindend gemeenschappelijke principe. Hierdoor kan van de feitelijke omstandigheden die bij deze bepalingen de aanleiding voor de wettelijke regeling vormden, in ruime mate worden geabstraheerd, nl. voorzover zij geen rechtstreeks verband met deze hoofdgedachte hebben. Juist deze (niet volstrekte) abstrahering van feitelijke omstandigheden vormt een goede inleiding op de vraag die bij de plaatsbepaling van het retentierecht nog gesteld moet worden: moet er naast een retentierecht voortvloeiend uit de goede trouw, nog plaats worden ingeruimd voor een contractueel bedongen retentierecht?

SCHOLTEN merkt op dat een erkenning van een contractueel bedongen retentierecht die van een retentierecht voortvloeiend uit de goede trouw impliceert, maar het omgekeerde acht ik zeker niet het geval: de afstand tussen een retentierecht dat berust op de objectieve billijkheid, eventueel ter aanvulling van de subjectieve partijwil, en een naar eigen partijinzicht bedongen retentierecht is te groot om de erkenning van het tweede impliciet te achten aan de erkenning van het eerste. Het door de goede trouw toegekende retentierecht legt verband tussen het gereteneerde object en de er door gedekte vordering.¹ Het is deze feitelijke omstandigheid die direct met het beginsel van de goede trouw verband houdt en waarvan abstrahering niet mogelijk is voorzover het retentierecht moet ontstaan uit het positieve recht. Bij de erkenning van een contractueel bedongen retentierecht wordt dit verband verbroken. Dit lijkt mij niet aanvaardbaar, aangezien het juist dit verband tussen vordering en gereteneerde zaak is, dat een argumentatie biedt voor de hierna te bespreken reflexwerking van het retentierecht, enerzijds ten opzichte

1. Zie ook 6.1.6.19 nieuw-BW.

van de opvolger onder bijzondere titel, anderzijds ten opzichte van de crediteuren in het faillissement. Ook het nieuwe BW rept niet van een contractueel bedongen retentierecht. Een tussenoplossing is natuurlijk verdedigbaar: een contractueel bedongen retentierecht, geldig tussen de contractspartijen maar ontdaan van de reflexwerking ten opzichte van de opvolger onder bijzondere titel of de crediteuren.¹ Daarbij is een restrictieve interpretatie van art. 60 Fw derhalve geboden. In een dergelijke afgezwakte vorm komt een retentierecht, ook indien het voortvloeit uit de goede trouw, onder omstandigheden wel voor, zodat er uit dien hoofde geen principieel bezwaar tegen is aan te voeren. Wel dient dan aan de contractanten voor ogen te staan dat het retentierecht in deze vorm een zwak recht is, ontdaan van de signatuur van zekerheidsrecht die het met de reflexwerking wel degelijk bezit, ook al is het de officiële status van zekerheidsrecht onthouden.

3. HET EFFECT VAN HET RETENTIERECHT

Het retentierecht dient de retentor om kracht bij te zetten aan zijn eis tot nakoming van de vordering. Deze strekking maakt het retentierecht verwant aan de zekerheidsrechten, maar onder deze strekkings-verwantschap gaan grote karakterverschillen schuil, waardoor het effect van retentierecht en zekerheidsrechten uiteenloopt. Een van de verschillen die hiertoe leiden is het niet-accessoire karakter van het retentierecht en de accessoire verbondenheid van de zekerheidsrechten aan de vordering. Het retentierecht vindt namelijk wel zijn rechtvaardiging in de vordering van de retentor, maar deze ontleent zijn versterkte crediteurspositie aan zijn debiteurshoedanigheid, de zekerheidsgerechtigde daarentegen ontleent zijn zekerheidsrecht direct aan zijn crediteurshoedanigheid. Het verschil in effect blijkt bij cessie van de vordering of bij crediteurswisseling tengevolge van subrogatie. Bij cessie van de vordering gaat het ermee verbonden privilege, pand of hypotheek mee over op de cessionaris. Dit is niet het geval met het retentierecht, daar de verplichting tot restitutie van de geretineerde zaak blijft berusten bij de cedent. Wel kan deze het retentierecht aanwenden ten behoeve van de cessionaris.² Maar een op de cessionaris overgegaan zekerheidsrecht of een ten behoeve van de cessionaris aangewend retentierecht kan groot verschil maken. Bij de uitoefening van het overgegene zekerheidsrecht is de rechtspositie van de cessionaris het uitgangspunt, bij de aanwending van het verbleven retentierecht de rechtspositie van de cedent. Verkrijgt de cessionaris nu een

1. Zie ASSER-VAN OVEN, p. 244. PITLO, *Zakenrecht*, p. 457.

2. WIARDA, *Cessie van schuldvorderingen op naam*, Amsterdam 1937, p. 262; SUYLING, *Inleiding tot het burgerlijk recht I*, no. 74.

betere rechtspositie ten opzichte van de cessus dan de cedent innam, dan zal het aan de gecedeerde vordering verbonden zekerheidsrecht ook voor deze betere positie kunnen worden aangewend, het retentierecht daarentegen alleen tot zover als de cessus gehouden was ten opzichte van de cedent. Om dit aan een eenvoudig voorbeeld te verduidelijken: gesteld dat van de gecedeerde vordering een schuldbekentenis bestond die een groter bedrag dan het in werkelijkheid verschuldigde aangaf. De cessionaris te goeder trouw kan zich nu op de gewekte schijn beroepen en gesteund door art. 1910 het in de acte aangegeven bedrag vorderen.¹ Een eventueel aan de vordering verbonden pandrecht zal hem daarbij volledig ten dienste staan. Is de vordering door een retentierecht gedekt, dan zal de cedent dit slechts kunnen aanwenden tot het bedrag dat de cessus aan hem verschuldigd was.

Het retentierecht is, zoals wij zojuist opmerkten, verbonden aan de debiteurshoedanigheid van de retentor. Het biedt hem wel de mogelijkheid zijn afgifteplicht op te schorten teneinde de wederpartij te prikkelen tot nakoming, maar geeft geen bijzondere positie bij de gedwongen verhaalsuitoefening op de geretineerde zaak. Dit is een tweede markant verschil met de zekerheidsrechten, die ondanks alle onderling verschil gemeen hebben dat zij de vordering waaraan zij verbonden zijn tot een preferente bestempelen. De vordering met retentierecht blijft een concurrente vordering. De retentor is daarom aangewezen op tegenhouden van de executie van de zaak. Hij zal dit alleen tegen de wil van de overige crediteuren in kunnen doen, indien het retentierecht een belasting vormt op de zaak, van voldoende gewicht om ook kringen te verspreiden buiten de partijvijver. Ruimer gesteld is dit het vraagstuk van de reflexwerking van het retentierecht. In de aanvang is bij de karakterisering van het retentierecht al op deze reflexwerking gezinspeeld. Daarbij bleek dat het retentierecht opgevat als een verweermiddel in een rechtsverhouding soms wel een verband op de eigendom van de zaak legde, in andere gevallen niet, al naar de rechtspositie die de wederpartij in deze rechtsverhouding ten aanzien van de bewuste zaak innam. Ik zal bij de bespreking van de reflexwerking van deze indeling uitgaan en achtereenvolgens een eigenaar en een persoonlijk gerechtigde tegenover de retentor stellen.

Het lijkt verantwoord nu reeds in het algemeen voorop te stellen dat relatieve werking van het retentierecht binnen de partijverhouding regel

1. Het arrest van de Hoge Raad van 9 febr. 1940, NJ 302, kent ook de opvolger onder bijzondere titel de bescherming van art. 1910 toe. Het verschil valt weg indien men 1910 niet op de cessie toepast. Zie KOSTER, Cessie naar huidig en toekomstig recht, preadvis Broederschap Candidaat-notarissen, 1964, p. 141.

is en de reflexwerking ten opzichte van derden een uitzondering vormt. Dit volgt uit het rechtskarakter van het retentierecht. Het retentierecht is geen recht dat als accessoir aan een rechtsverhouding wordt toegevoegd en waarvan de inhoud en werking een zelfstandig gegeven vormen. Het is een verweermiddel dat – in zijn kern vaststaand – nader bepaald wordt door de rechtsverhouding waarvan het krachtens de goede trouw deel uitmaakt. De werking van het retentierecht staat dus niet op zichzelf, maar is een aspect van de werking van de rechtsverhouding waarvan het in concreto deel uitmaakt. Reflexwerking van het retentierecht is tegelijkertijd doorwerking van de onderhavige rechtsbetrekking en zal dus moeten steunen hetzij op de wet, hetzij op uitleg van die rechtsverhouding.

Bezien wij nu, met deze algemene vooropstelling in gedachten, de eerste situatie, namelijk dat de wederpartij van de retentor eigenaar is van de gereteneerde zaak. Ik bedien mij daarbij van het reeds vertrouwde beeld van A, eigenaar van een fiets, die deze in reparatie geeft aan B. Hiervoor bleek dat het retentierecht in een dergelijke situatie tevens een belasting op de eigendom legt om niet alleen de contractsactie, maar tevens de eigendomsactie van A te weerleggen. Het gewicht van deze eigendomsbelasting zal moeten blijken indien er derden in het spel komen. Gesteld dat A gedurende de periode dat de fiets in reparatie is bij B, deze in eigendom overdraagt aan C; blijft het retentierecht nu gehandhaafd ten opzichte van C? Of de jurisprudentie een bevestigend antwoord zal geven is moeilijk te zeggen. Er is een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 12 december 1963, NJ 1965, 283, maar de argumentatie is sober, eigenlijk weinig meer dan een beroep op de nemo plus regel: 'O. dat toch bij eigendomsovergang op grond van een overeenkomst van koop en verkoop aan de nieuwe verkrijger niet meer rechten kunnen worden overgedragen dan de oude eigenaar zelf bezit'. De uitspraak vindt steun in het nieuwe BW 6.1.6.19, lid 2 en bij de doctrine. De schrijvers leggen niet de nadruk op de nemo plus regel, maar bouwen hun argumentatie op de leveringsvorm. De verwerver verkrijgt hier indirect bezit middels de retentor die de zaak voor de verwerver onder zich houdt. De billijkheid brengt dan mee dat de verwerver niet enerzijds de inschakeling van de retentor kan verwachten bij de eigendomsverwerving en anderzijds diens rechten negeren.¹ Hoewel ik mij bij het resultaat aansluit zou ik bij de argumentatie de nadruk willen leggen op de uitleg van de obligatoire verhouding tussen A en B waarvan het retentierecht deel uitmaakt. De goede trouw in hun onderlinge relatie brengt mee dat de overdracht geen storende factor mag vormen in de afwikkeling van de overeenkomst en bindt – door

1. ASSER-BEEKHUIS, Zakenrecht Algemeen Deel, p. 186. ASSER-VAN OVEN, Zakenrecht Bijzonder Deel II, p. 246. PITLO, p. 457, anders J. DRION, WPNR 3774. V.G. p. 18 en vlg.

de bijzondere positie die hij in deze overeenkomst inneemt – ook C. Diens gebondenheid aan het retentierecht op grond van de goede trouw vormt de passieve zijde van zijn positie, die hem aan de actieve kant het recht geeft zelf behoorlijke nakoming te vorderen van B's prestatie ten opzichte van de fiets. Beide kanten zijn de uitdrukking van een doorwerking van de rechtsbetrekking A–B ten opzichte van C, waardoor deze niet buiten maar op de grens van het contractuele krachtveld is gesitueerd.

Dezelfde argumentatie geldt mutatis mutandis indien A de fiets niet aan C zou hebben geleverd, maar in vruchtgebruik zou hebben gegeven. Vormt het retentierecht een belasting op de eigendom dan blijft deze gehandhaafd bij vrijwillige overdracht ten opzichte van de opvolger onder bijzonder titel, aangezien de bijzondere positie die de verwerver in de contractsverhouding inneemt hem bindt aan dezelfde goede trouw die partijen onderling in acht moeten nemen.¹

Hoe staat het met de handhaving van het retentierecht bij onvrijwillige overdracht als gevolg van beslag? De retentor is niet bevoorrecht op de executieopbrengst, maar door niet aan de executie mee te werken en de zaak onder zich te houden, handhaaft hij zijn retentierecht ook in geval van faillissement van de eigenaar, 60 Fw.

Het retentierecht dat de eigendom blijvend belast, zowel bij vrijwillige als gedwongen overdracht en derhalve zowel de crediteuren van de eigenaar bindt als zijn opvolger onder bijzondere titel, vertoont duidelijk de signatuur van een zekerheidsrecht. In geval van faillissement van de eigenaar heeft de retentor alle kans dat de curator de schuld volledig voldoet, teneinde de zaak te kunnen executeren, waardoor de retentor zelfs de omslag in de faillissementskosten bespaard blijft. Alleen indien het faillissement eindigt in een akkoord wreekt zich dat de vordering met retentierecht desondanks een concurrente vordering is. De retentor wordt gebonden aan het akkoord en het retentierecht waarborgt nog alleen het akkoordspercentage.

Bezien wij de werking van het retentierecht in een rechtsverhouding waarbij de wederpartij van de retentor geen eigenaar is, maar persoonlijk ge-

1. Voor de belasting van een zakelijk recht, anterior aan het retentierecht op de eigendom gevestigd, biedt deze argumentatie geen basis. Veeleer volgt daaruit het omgekeerde: de tussen eigenaar en retentor geldende verhouding dient zich in de bestaande zakenrechtelijke verhouding in te passen. Toch heeft de Hoge Raad inzake de scheepshypotheekhouder en de werf – retentor eerstgenoemde gebonden geacht aan het na die hypotheek ontstane retentierecht; HR 1 mei 1964, NJ 1965, m.o. JHB. Ik meen dat aan deze uitspraak een beperkte strekking moet worden toegekend, nl. de bescherming van de riskante positie van de scheepsreparateur; zie in dit verband mijn beschouwingen omtrent deze uitspraak in R.M. Themis 1968, p. 130 e.v.

rechtigde. Om bij het voorbeeld van daareven te blijven geven wij A de hoedanigheid van bruiklener en maken C de eigenaar van de fiets. Aan de overeenkomst A-B ontleent B een retentierecht zolang A niet aan zijn betalingsplicht voldoet, maar kan hij hiermee ook de revindicatie die C instelt afweren?

Een bevestigend antwoord impliceert dat tengevolge van de overeenkomst A-B de eigendom van C met retentierecht belast wordt. Inderdaad is dit wel verdedigd voor het geval dat B niet geweten zou hebben dat zijn wederpartij slechts bruiklener van de in reparatie gegeven zaak was.¹ Daarentegen besliste de Hoge Raad in zijn arrest van 16 maart 1933, NJ 790, m.o. EMM dat het retentierecht dat de reparateur van een auto ontleende aan zijn contract met de huurkoper geen werking had ten opzichte van de eigenaar-huurverkoper van de auto. Thans bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de huurverkoper wel aan het retentierecht gebonden is, 1576o.

Toch blijft het arrest van betekenis omdat de Hoge Raad als regel aan geeft dat het retentierecht dat deel uitmaakt van een overeenkomst met een persoonlijk gerechtigde geen belasting legt op de eigendom. Deze zienswijze wordt door een groot deel van de schrijvers gesteund.²

Ook in de door mij bepleite zienswijze dat de reflexwerking van het retentierecht als een aspect van doorwerking van de overeenkomst berust op uitleg van die overeenkomst, is de niet-gebondenheid van de eigenaar regel, en de belasting van de eigendom uitzondering.

De argumentatie voor de doorwerking ten opzichte van de opvolger onder bijzondere titel, nl. dat de levering geen storende factor mag vormen in de afwikkeling van een bestaande overeenkomst, geldt hier niet. Wij hebben te maken met een eigenaar C wiens rechten anterior zijn aan de overeenkomst A-B en dus ook anterior aan het daaraan door B ontleende retentierecht. In vele gevallen zal met de overeenkomst A-B mede het eigenaarsbelang zijn gediend. Vertegenwoordigt de contractspartij A niet of maar gedeeltelijk zelf het belang en berust die geheel of gedeeltelijk bij de eigenaar, dan wordt aan de uitoefening van de contractuele rechten mede het belang van C ten grondslag gelegd. In een dergelijke situatie lijkt mij de plaatsing van C binnen de invloedssfeer van de goede trouw in de overeenkomst A-B verantwoord. Doorwerking van de overeenkomst voorzover de behoorlijke afwikkeling van de overeenkomst dit vergt, bepaald aan de hand van deze goede trouw, is dan mogelijk en een van de aspecten van deze doorwerking kan de gebondenheid van C aan het retentierecht zijn. Ook dan belast het retentierecht dus de eigendom en is de actieradius dezelfde als ik hiervoor heb uiteengezet. Ik merk hierbij nog op dat ik de al of niet bekendheid van B met de omstandigheid dat

1. Zie EGGENS, WPNR 3366-3368, Verz. Opstellen I, p. 295, e.v. PITLO, p. 458.

2. Zie ASSER-VAN OVEN, p. 247-248.

zijn wederpartij A geen eigenaar is niet relevant acht voor de gebondenheid van C. Zo zal het voor de doorwerking geen beletsel vormen dat A bij het sluiten van de overeenkomst met B openlijk als middellijk vertegenwoordiger of zaakwaarnemer is opgetreden. Niet van de goede trouw van B is de reflexwerking van het retentierecht afhankelijk, maar hiervan of in de contractsverhouding A-B het eigenaarsbelang van C verankerd ligt. Is dit laatste niet het geval dan blijft het retentierecht in zijn actieradius beperkt tot verweermiddel ten opzichte van A. Het retentierecht met een dergelijke beperkte actieradius is nog wel een pressiemiddel tot nakoming, maar mist alle effect van het zekerheidsrecht.

Tot besluit van deze summiere bespreking van de effecten van het retentierecht nog een opmerking aangaande de mogelijkheid aan de terughouding een einde te maken door zekerheidstelling. Tegengestelde belangen waarvan het gewicht nu eens doorslaat ten gunste van de retentor, dan weer ten gunste van de eigenaar, maken het m.i. ongewenst hiervoor een regel op te stellen. Een belangenafweging in concreto door de rechter lijkt mij hier de meest gereede, zij het ook tevens vage oplossing.