

WR 2014/71: 230a-bedrijfsruimte – schadevergoeding: retentierecht aannemer tegenover verhuurder wegens vordering van (inmiddels failliete) aannemer...

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Rechtbank Oost-Brabant	Datum:	15 januari 2014
Magistraten:	Mr. J.J.A. Donkersloot	Zaaknr:	C/01/262001 / HA ZA 13-295
Conclusie:	-		
Noot:	mrs. P.V. Kleijn en A.A.T. Werner	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	ECLI:NL:RBOBR:2014:185, Uitspraak, Rechtbank Oost-Brabant, 15-01-2014		

Wetgeving: (art. 3:291 lid 2, art. 3:108 en art. 6:162 BW)

Brondocument: Rb. Oost-Brabant, 15-01-2014, nr C/01/262001 / HA ZA 13-295

Essentie

230a-bedrijfsruimte – schadevergoeding: retentierecht aannemer tegenover verhuurder wegens vordering van (inmiddels failliete) aannemer op (inmiddels failliete) huurder van de teruggehouden onroerende zaak; opeisbare vordering; feitelijke macht; houderschap; eigenrichting verhuurder

Samenvatting

Volgens de huurovereenkomst zal huurder bepaalde voorzieningen aanbrengen en werkzaamheden laten uitvoeren aan het gehuurde kantoorpand. Verhuurder/eigenaar zal daarvoor een investeringsbijdrage betalen. Voor de werkzaamheden schakelt huurder een aannemer in. Huurder betaalt de aannemer niet waarop de aannemer het retentierecht uitoefent. Huurder gaat failliet. Verhuurder zegt de huurovereenkomst op en maakt aanspraak op toegang tot het gebouw en verschaft zich toegang tot het pand door eigenhandig de sleutels te veranderen. De aannemer gaat ook failliet.

De aannemer heeft een opeisbare vordering op de huurder. Het retentierecht kan worden uitgeoefend tegen derden met een ouder recht op een zaak (zoals de eigenaar van de teruggehouden zaak), mits de vordering van de retentor voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan. De schuldeiser die een retentierecht op een onroerende zaak wil uitoefenen, dient over die zaak de feitelijke macht uit te oefenen en wel zodanig dat 'afgifte' nodig is om de zaak in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen. Of hiervan sprake is hangt af van de vraag of hij houder van de zaak is. Voor de vraag of de aannemer op 13 januari 2012, de dag waarop hij het retentierecht is gaan uitoefenen, de feitelijke macht had, acht de rechtbank van belang of feitelijk gebruik van het pand door huurder onmogelijk was. De rechtbank draagt de curator op te bewijzen dat 1. huurder voordat de aannemer op 13 januari 2012 de sloten van het pand verving niet over een sleutel van het slot op het bouwhek en/of een sleutel van het pand beschikte; en 2. dat op 13 januari 2012 in het pand bouwmaterialen, gereedschappen en/of andere goederen van de aannemer aanwezig waren en dat daardoor het feitelijk gebruik van het pand door huurder feitelijk onmogelijk was. Als de curator slaagt in het bewijs van één van beide stellingen, staat in rechte vast dat de aannemer op 13 januari 2012 de feitelijke macht had over het pand. De rechtbank oordeelt dat als aan de voorwaarden voor het retentierecht is voldaan, de verhuurder in dat geval onrechtmatig heeft gehandeld door zich eigenmachtig de toegang tot het pand te verschaffen, waardoor de aannemer de feitelijke macht over het pand verloor en het retentierecht is komen te vervallen. Dit betekent dat als verhuurder het retentierecht van de aannemer niet eigenmachtig had doorbroken, de curator de vordering van de aannemer op de huurder na executie had kunnen verhalen op de verkoopopbrengst van het pand. Als de curator slaagt in zijn bewijs dat de aannemer voordat hij de hekken om het pand heeft aangebracht al de feitelijke macht over het gebouw had, heeft de verhuurder schade veroorzaakt uit onrechtmatige daad.

Partij(en)

Eiser in conventie, verweerder in reconventie:

Stijn Harry Frans Hoppenbrouwers in hoedanigheid van curator in het faillissement van PR Bouwprojecten B.V.,
wonende te Nuenen

Advocaat:

mr. B.H.L. Hesemans

tegen

Gedaagde in conventie, eiseres in reconventie:

Cultural Investments (Holdings) B.V., gevestigd te Amsterdam

Advocaat:

mr. C.S. Leunissen

Procesadvocaat:

mr. Ph.C.M. van der Ven

Uitspraak

Rechtbank Oost-Brabant (locatie 's-Hertogenbosch) 15 januari 2014

(...)

2.De feiten

- 2.1 CHI is eigenaar van het pand aan de Amerikastraat 7-9 te 's-Hertogenbosch (hierna te noemen: 'het pand'). Dit pand bestaat uit een kantoorpand met daaraan verbonden een bedrijfshal. Op 21 juni 2011 heeft CIH een huurovereenkomst voor het pand gesloten met Confectie Atelier Gerlon B.V. (hierna te noemen: 'Gerlon'). In de huurovereenkomst is bepaald dat Gerlon bepaalde voorzieningen zal aanbrengen en bepaalde werkzaamheden zal laten uitvoeren aan het pand. In de huurovereenkomst is tevens bepaald dat de CIH Gerlon daarvoor een investeringsbijdrage van 1,25 miljoen euro zal betalen.
- 2.2 Gerlon heeft met PR Bouwprojecten B.V. (hierna te noemen: 'PR Bouw') een overeenkomst van aanneming van werk gesloten waarin zij PR Bouw opdracht heeft gegeven verbouwwerkzaamheden aan het pand te verrichten.
- 2.3 Bij vonnis van 11 januari 2012 is aan Gerlon surseance van betaling verleend. PR Bouw heeft vervolgens op 13 januari 2012 de sloten van het bouwhek en de sloten van het bedrijfspand vervangen en op het hekwerk borden bevestigd waarin wordt medegedeeld dat PR Bouw haar retentierecht uitoefent. Zij heeft dit beroep op het retentierecht ook laten vastleggen in een notariële akte die zij heeft laten inschrijven in het Kadaster.
- 2.4 Op 17 januari 2012 is Gerlon in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. J.E. Stadig als curator. CIH heeft daarop de huurovereenkomst met Gerlon opgezegd per 30 april 2012. CIH heeft vervolgens PR Bouw gesommeerd haar de vrije toegang tot het pand te verstrekken. PR Bouw heeft zich op het standpunt gesteld dat zij een retentierecht op het pand heeft en dat zij CIH pas toegang zal geven tot het pand als al haar facturen zijn voldaan.
- 2.5 Op 17 september 2012 heeft CIH de eerdergenoemde borden van PR Bouw verwijderd. CIH heeft op die datum tevens de sloten van het bouwhek en de sloten van het pand vervangen en zichzelf daarmee de toegang verschaft tot het pand.
- 2.6 Op 16 oktober 2012 is P.R. Bouw failliet verklaard met benoeming van mr. S.H.F. Hoppenbrouwers tot curator.
- 2.7 Op 21 november 2012 verneemt de curator van een voormalige werknemer van PR Bouw dat voornoemde borden waren verwijderd en dat de sloten vermoedelijk waren vervangen. Mr. Hesemans voornoemd gaat vervolgens in opdracht van de curator naar het pand, vervangt de sloten van de bouwhekken en het pand en verschaft zich de toegang tot het pand. Nadat de gealarmeerde beveiligers zijn gearriveerd, geeft mr.

3. Het geschil

in conventie

- 3.1** De curator vordert – zakelijk weergegeven – dat de rechtbank voor recht verklaart dat PR Bouw een rechtsgeldig retentierecht uitoefende op het kantoorpand en de aangrenzende grond, dat CIH onrechtmatig heeft gehandeld door dit retentierecht eigenmachtig te doorbreken en dat CIH derhalve aansprakelijk is voor de door PR Bouw geleden en nog te lijden schade. Voorts vordert de curator dat CIH wordt veroordeeld tot vergoeding van deze schade, nader op te maken bij staat, en tot vergoeding van de proceskosten.
- 3.2** CIH voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

in reconventie

- 3.3** CIH vordert – zakelijk weergegeven – dat de rechtbank voor recht verklaart dat PR Bouw, althans de curator, onrechtmatig heeft gehandeld door feitelijke macht over het pand te creëren en die feitelijke macht te handhaven en zich in dat kader zonder deugdelijke grondslag op het retentierecht te beroepen. Voorts vordert CIH dat de curator bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1505,38 terzake de op 21 november 2012 door de curator veroorzaakte schade. Tot slot vordert CIH dat de curator wordt veroordeeld in de proceskosten.
- 3.4** De curator voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

in conventie

Retentierecht

- 4.1** Het retentierecht is de bevoegdheid om de nakoming van de verplichting tot afgifte van de zaak aan de wederpartij op te schorten totdat de wederpartij de vordering van degene die de zaak onder zich heeft, heeft voldaan. Het retentierecht geeft een schuldeiser met andere woorden het recht om de zaak van de schuldenaar onder zich te houden. Voorts geeft het retentierecht de retentor de bevoegdheid zich met voorrang te verhalen op de (verkoopopbrengst van de) zaak tegenover allen tegen wie het retentierecht kan worden ingeroepen. Het retentierecht kan niet alleen worden uitgeoefend tegen de schuldenaar, maar ook, mits de vordering van de retentor voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan, tegen derden met een ouder recht op de zaak (zoals de eigenaar van de teruggehouden zaak).
- 4.2** Voor het bestaan van een retentierecht is vereist dat de retentor een opeisbare vordering op de schuldenaar heeft en dat er voldoende samenhang bestaat tussen de vordering van de retentor op de schuldenaar en de vordering van de schuldenaar tot afgifte van de zaak. Tot slot is vereist dat de retentor de feitelijke macht uitoefent over de zaak.
- 4.3** De rechtbank zal in het onderstaande puntsgewijs de verweren van CIH tegen het door de de curator gestelde retentierecht bespreken.

Opeisbare vordering van PR Bouw op Gerlon

- 4.4** CIH heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat zij betwist dat PR Bouw een vordering heeft op Gerlon. De rechtbank oordeelt als volgt:
- 4.5** De rechtbank stelt allereerst vast dat Gerlon voor het verkrijgen van de investeringsbijdrage van 1,25 miljoen euro gehouden was CIH de facturen van PR Bouw en bewijsstukken van betaling van deze facturen te overleggen. Dit betekent dat CIH ermee bekend is welke facturen van PR Bouw door Gerlon zijn betaald. Nu CIH het tegendeel niet heeft gesteld, staat dan ook vast dat de op het door de curator in het geding gebrachte facturenoverzicht genoemde facturen niet zijn betaald.
- 4.6** Mr. M.W. Steenpoorte heeft op 2 april 2013 namens de curator van Gerlon een e-mail verzonden aan de curator (productie 18 bij conclusie van antwoord in reconventie). Deze e-mail luidt – voor

zover van belang – als volgt:

“(…) Het probleem bij de beoordeling schuilt in het feit dat wij weliswaar in het bezit zijn van een substantiële hoeveelheid stukken, maar dat (herhaaldelijk) sprake is gebleken c.q. blijkt van inhoudelijke tegenstrijdigheden. Kort en goed is sprake van (meerdere) ongetekende aannemingsovereenkomsten en een veelvoud van procentenverdeelstaten en (termijn)facturen. De inhoud van alle ontvangen stukken wijkt onderling dermate af dat niet op een eenduidige wijze kan worden vastgesteld wat de precieze hoogte van de vordering van PR Bouw is. (...) Indien en voor zover de wens omtrent een te beleggen verificatievergadering nog altijd actueel is, zulks in verband met een te verkrijgen titel, lijkt het mij praktisch de vordering van uw curanda vast te stellen op een bedrag van in totaal € 350.000. (...)”.

Uit deze e-mail blijkt dat de curator van Gerlon, na onderzoek van de onderliggende stukken in de administratie van Gerlon, tot de conclusie komt dat PR Bouw een vordering heeft op Gerlon. De curator stelt weliswaar dat de hoogte van de vordering van PR Bouw op Gerlon niet kan worden vastgesteld, maar hij stelt tegelijkertijd voor om deze vordering te begroten op een bedrag van € 350.000. Dat de curator, zoals door CIH is betoogd, de vordering van PR Bouw niet op de lijst van voorlopig erkende crediteuren heeft geplaatst doet daar niet aan af. In voornoemde e-mail wordt de vordering door de curator van Gerlon immers niet betwist en vervolgens geplaatst op de lijst van betwiste crediteuren, maar juist voor een substantieel bedrag erkend.

4.7 De rechtbank is op grond van het voorgaande van oordeel dat PR Bouw een vordering heeft op Gerlon. CIH heeft terecht betoogd dat de hoogte van deze vordering niet vaststaat, maar de exacte hoogte van de vordering kan in onderhavige procedure in het midden blijven nu de curator verwijzing naar de schadestaatprocedure heeft gevorderd.

Feitelijke macht

4.8 Een schuldeiser die een retentierecht op een onroerende zaak wil uitoefenen, dient over die zaak de feitelijke macht uit te oefenen en wel zodanig dat ‘afgifte’ nodig is om de zaak in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen (vgl. HR 5 december 2003, *LJN* AL8440 (Rabobank/Fleuren)). Of hiervan sprake is hangt af van de vraag of hij houder van de zaak is, een vraag die aan de hand van de maatstaven van art. 3:108 BW dient te worden beantwoord. Van een zodanige feitelijke macht kan bijvoorbeeld sprake zijn wanneer de zaak voor de schuldenaar ontoegankelijk of onbruikbaar is, doordat de zaak bijvoorbeeld is omheind of anderszins door de schuldeiser is afgesloten terwijl de schuldenaar niet over de sleutel beschikt, of doordat de schuldeiser weigert de zaak te ontruimen waardoor het feitelijk gebruik van de onroerende zaak voor de schuldenaar praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Anderzijds is het geen bestaansvoorwaarde voor het aannemen van feitelijke macht over een onroerende zaak dat deze is omheind of anderszins ontoegankelijk is of onbruikbaar is door het achterlaten van grote hoeveelheden bouwmaterialen (vgl. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2010, *LJN* BM5195).

4.9 De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat PR Bouw de feitelijke macht had over het pand. Hij heeft daartoe – zakelijk weergegeven – betoogd dat PR Bouw het pand niet had ontruimd, bouwmaterialen, bouwketen en containers heeft achtergelaten bij het pand, PR Bouw de enige was die beschikte over de sleutels van het pand en de bouwhekken om het perceel en door middel van borden op de bouwhekken kenbaar had gemaakt dat zij haar retentierecht uitoefende.

4.10 CIH betwist dat PR Bouw vóór het invoeren van het retentierecht reeds de feitelijke macht had. PR Bouw heeft zich na het invoeren van het retentierecht de feitelijke macht verschafte door de sloten van de bouwhekken en het pand te veranderen, maar door deze toe-eigening van de feitelijke macht is geen retentierecht ontstaan. PR Bouw had vóór 13 januari 2012 niet de feitelijke macht. Ten eerste waren er in het pand diverse andere bedrijven die (rechtstreeks in opdracht van Gerlon) werkzaamheden verrichtten.

Gerlon gebruikte het pand bovendien al tijdens de verbouwing als logistiek distributiecentrum. Hieruit blijkt dat er diverse sleutels in omloop waren. Dit is ook de reden dat PR Bouw de sloten op 13 januari 2012 heeft vervangen. Als PR Bouw zoals de curator stelt, als enige de sleutels had, was er immers geen reden om alle sloten te vervangen. CIH heeft bovendien vóór en ná 13 januari 2012 meerdere bezoeken gebracht aan het pand en CIH betaalde ná 13 januari 2012 de helft van de bewakingskosten.

- 4.11** De rechtbank oordeelt als volgt.
- 4.12** De rechtbank is met CIH van oordeel dat het feit dat PR Bouw borden heeft opgehangen met daarop de mededeling dat zij haar retentierecht uitoefent in het onderhavige geval niet van belang is voor de beoordeling van de vraag of PR Bouw reeds op 13 januari 2012 de feitelijke macht had.
- 4.13** De rechtbank verwerpt de stelling van CIH dat PR Bouw niet de feitelijke macht had omdat CIH de helft van de bewakingskosten betaalde. CIH betaalde weliswaar de bewakingskosten, maar niet in geschil is dat PR Bouw opdrachtgeefster van het beveiligingsbedrijf was. Ook de stelling dat CIH niet de feitelijke macht had omdat CIH zowel vóór als ná het invoeren van het retentierecht het pand heeft geïnspecteerd en bezichtigd met potentiële huurders wordt verworpen. Ter zitting is immers door de vertegenwoordigers van CIH (mevrouw D. Bevers, mevrouw D. Schipper en de heer A.M. Timmers) verklaard dat CIH PR Bouw voor ieder bezoek aan het pand daarvan telefonisch op de hoogte bracht en dat uitvoerder Spijkers ook bij een aantal van deze bezoeken aanwezig was. Hieruit blijkt dat CIH het pand niet kon bezoeken zonder medewerking van PR Bouw. Dat PR Bouw heeft toegestaan om, al dan niet onder begeleiding van uitvoerder Spijkers, het pand te inspecteren c.q. met potentiële huurders te bezichtigen betekent niet, voor zover CIH dit al heeft willen betogen, dat CIH de feitelijke macht over de zaak heeft verkregen en PR Bouw het retentierecht heeft verloren.
- 4.14** Ten aanzien van de stelling dat PR Bouw de feitelijke macht had over het pand omdat zij het pand op 13 januari 2012 niet had ontruimd, oordeelt de rechtbank als volgt. Op het parkeerterrein aan de achterzijde van het pand stonden twee bouwketen en een bouwcontainer. Tussen partijen is echter niet in geschil dat ook deze twee bouwketen en de bouwcontainer de toegang tot en het feitelijke gebruik van het pand niet verhinderden. Ter comparitie heeft de curator verklaard dat de oplevering van het pand eind januari zou plaatsvinden. De curator kon ter zitting niet aangeven welke concrete werkzaamheden er op 13 januari 2012, het moment dat PR Bouw zich op haar retentierecht beriep, nog moesten worden verricht, maar hij heeft verklaard dat er waarschijnlijk nog afbouwwerkzaamheden moesten plaatsvinden. Van Spijkers en Raaijmakers, de uitvoerder respectievelijk directeur van PR Bouw, heeft hij vernomen dat er op 13 januari 2012 nog bouwmaterialen voor de plafonduafwerking in het pand lagen. De curator is er niet mee bekend of er op dat moment nog andere bouwmaterialen of gereedschappen en dergelijke in het pand aanwezig waren, aldus de curator ter comparitie. Voor de vraag of PR Bouw op 13 januari 2012 de feitelijke macht had, acht de rechtbank van belang of feitelijk gebruik van het pand door Gerlon onmogelijk was doordat in het pand bouwmaterialen, gereedschappen en/of andere goederen van PR Bouw aanwezig waren.
- 4.15** De rechtbank zal de curator, conform de hoofdregel van artikel 150 Rv., in de gelegenheid stellen bewijs te leveren van zijn stelling dat feitelijk gebruik door Gerlon van het pand op 13 januari 2012 onmogelijk was doordat in het pand bouwmaterialen, gereedschappen en/of andere goederen van PR Bouw aanwezig waren.
- 4.16** Voor het geval de curator bewijs wenst te leveren door middel van het horen van getuigen merkt de rechtbank het navolgende op. Bij het oproepen van de getuigen moet er rekening mee worden gehouden dat het verhoor van een getuige gemiddeld 60 minuten duurt. De namen en woonplaatsen van de getuigen en de tijdstippen waartegen zij zijn opgeroepen, dienen ten minste een week voor het verhoor aan de wederpartij en aan de griffier van de rechtbank te worden opgegeven.
- 4.17** Partijen moeten er op voorbereid zijn dat de rechtbank op een zitting bepaald voor de getuigenverhooren een mondeling tussenvonnissen kan wijzen waarbij een verschijning van partijen

op diezelfde zitting wordt bevolen om inlichtingen over de zaak te vragen en om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden. Zij moeten daarom in persoon op de getuigenverhoren verschijnen. Een rechtspersoon moet ter zitting vertegenwoordigd zijn door iemand die van de zaak op de hoogte is en bevoegd is tot vertegenwoordiging.

- 4.18** Ten aanzien van de stelling van de curator dat PR Bouw de feitelijke macht had doordat enkel PR Bouw beschikte over de sleutels van het bouwhek en het pand, oordeelt de rechtbank als volgt.
- 4.19** Niet in geschil is dat PR Bouw de enige toegangsweg tot het perceel had versperd door daar bouwhekken te plaatsen die waren afgesloten met een slot en dat het perceel daardoor niet toegankelijk was voor auto's en vrachtauto's. Partijen twisten over de vraag of PR Bouw als enige over de sleutel van het bouwhek en de sleutel van het pand beschikte. De curator heeft ter onderbouwing van zijn stelling dat enkel de uitvoerder van PR Bouw beschikte over de sleutel een e-mail in het geding gebracht van uitvoerder Spijkers (productie 16 bij conclusie van antwoord in reconventie). CIH heeft zich in haar conclusie van antwoord in conventie tevens conclusie van eis in reconventie op het standpunt gesteld dat Gerlon aan verschillende bedrijven opdracht had gegeven werkzaamheden te verrichten. Ter comparitie hebben de vertegenwoordigers van CIH desgevraagd verklaard dat Gerlon alleen aan Brugmans Vloeren opdracht had gegeven. Alle andere bedrijven die werkzaamheden hebben verricht, hebben dit gedaan als onderaannemer in opdracht van PR Bouw, aldus de vertegenwoordigers van CIH ter comparitie.
- De rechtbank is van oordeel dat CIH haar stelling dat ook de onderaannemers van PR Bouw en het door Gerlon ingeschakelde bedrijf Brugmans Vloeren over een sleutel beschikten, mede gelet op voornoemde e-mail van uitvoerder Spijkers, onvoldoende gemotiveerd heeft onderbouwd. Dat derden in het pand, hetzij in opdracht van PR Bouw als onderaannemer hetzij rechtstreeks in opdracht van Gerlon, werkzaamheden hebben verricht, wil namelijk nog niet zeggen dat zij ook beschikten over een sleutel van het slot van het bouwhek en het bedrijfspand. CIH heeft niet gesteld dat zij van Brugmans Vloeren of van de onderaannemers heeft gehoord dat zij van (de uitvoerder van) PR Bouw een sleutel hebben gekregen, laat staan dat zij haar stelling heeft onderbouwd met een schriftelijke verklaring van Brugmans Vloeren of de onderaannemers. CIH heeft daarmee haar stelling dat de onderaannemers of Brugmans Vloeren over een sleutel beschikten onvoldoende handen en voeten gegeven.
- 4.20** CIH heeft tevens betoogd dat het niet anders kan dan dat Gerlon ook beschikte over een sleutel van het bouwhek en van het pand. Gerlon had het pand tijdens de verbouwing namelijk al in gebruik als logistiek distributiecentrum en maakte daarom alle werkdagen gebruik van het pand. Ter comparitie is door de vertegenwoordigers van CIH verklaard dat men niet aan Gerlon heeft gevraagd of zij over de sleutel van het bouwhek en het bedrijfspand beschikte. Tussen partijen is echter niet in geschil dat Gerlon in het pand een handelsvoorraad textiel had opgeslagen die blijkens de eerdergenoemde e-mail van mr. Steenpoorte is verkocht voor een bedrag van € 188.000. Dit geeft steun aan de stelling van CIH. Voorts heeft de curator ter zitting geen verklaring kunnen geven voor het feit dat PR Bouw op 13 januari 2012 de sloten van het pand en de bouwhekken heeft vervangen. Het is zeer wel mogelijk dat PR Bouw hiertoe, zoals CIH heeft betoogd, is overgegaan omdat ook Gerlon beschikte over een sleutel en PR Bouw Gerlon op deze wijze de toegang wilde ontfangen. De rechtbank merkt tot slot op dat de curator ter comparitie desgevraagd heeft verklaard dat hij niet expliciet aan Spijkers en Raaijmakers heeft gevraagd of Gerlon beschikte over de sleutels.
- 4.21** De rechtbank is van oordeel dat de curator zijn stelling dat Gerlon (voordat PR Bouw op 13 januari 2012 de sloten van het pand verving) niet over een sleutel van het slot op het bouwhek en/of een sleutel van het pand beschikte met voornoemde e-mail van Spijkers voldoende gemotiveerd heeft onderbouwd en dat CIH deze stelling op haar beurt voldoende gemotiveerd heeft betwist. De rechtbank zal de curator in de gelegenheid stellen bewijs te leveren van

voornoemde stelling.

- 4.22** Als de curator slaagt in het bewijs van één van beide stellingen, staat in rechte vast dat PR Bouw op 13 januari 2012 de feitelijke macht had over het pand. Uit proceseconomische redenen zal de rechtbank bepalen dat de curator in de gelegenheid wordt gesteld bewijs te leveren van beide stellingen. De rechtbank acht het namelijk waarschijnlijk dat in het geval de curator bewijs wenst te leveren door het doen horen van getuigen voor beide stellingen dezelfde personen als getuige zullen worden gehoord.
- 4.23** In het geval dat de curator slaagt in het bewijs van één van voornoemde stellingen, staat in rechte vast dat PR Bouw op 13 januari 2012 de feitelijke macht had over het pand. De rechtbank komt in dat geval toe aan de overige verweren van CIH. Uit proceseconomische redenen oordeelt de rechtbank daarover reeds nu het navolgende.

Uitoefening retentierecht in strijd met de redelijkheid en billijkheid

- 4.24** CIH heeft zich op het standpunt gesteld dat de uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. PR Bouw noch de curator hebben namelijk, ondanks herhaalde verzoeken daartoe, de beweerdelijke vordering van PR Bouw op Gerlon onderbouwd, waardoor CIH deze beweerdelijke vordering niet heeft kunnen beoordelen, aldus CIH.

De rechtbank overweegt op dit punt als volgt: In de door de curator als productie 8 in het geding gebrachte correspondentie blijkt dat CIH zich tegenover PR Bouw op het standpunt heeft gesteld dat PR Bouw het retentierecht niet tegen haar kan inroepen, omdat CIH de huurovereenkomst had opgezegd. CIH heeft in deze correspondentie echter niet betwist dat PR Bouw een vordering op Gerlon heeft en ook geen correspondentie in het geding gebracht waarin zij dit wel heeft gedaan. Pas in haar brief van 21 november 2012 (productie 12 bij dagvaarding), dit was dus pas nadat CIH zich zelf reeds eigenmachtig de toegang tot het pand had verstrekt, merkt CIH op dat PR Bouw de vordering niet deugdelijk heeft onderbouwd. Voornoemde stelling wordt dan ook bij gebrek aan een feitelijke grondslag verworpen.

De curator heeft retentierecht prijsgegeven

- 4.25** De rechtbank verwerpt tevens de stelling van CIH dat de curator het retentierecht heeft prijsgegeven doordat hij op 21 november 2012 (toen de curator ontdekte dat CIH zich eigenmachtig de toegang tot het pand had verschaft) niet heeft verzocht om 'een spoedmaatregel'.

De rechtbank stelt vast dat CIH ervoor heeft gekozen om niet in kort geding te vorderen dat de curator haar de feitelijke toegang zou geven tot het pand, maar dat zij op 17 september 2012 eigenmachtig de door PR Bouw aangebrachte sloten heeft verbroken, nieuwe sloten heeft geplaatst en vervolgens een anti-kraakbureau opdracht heeft gegeven het pand door derden te laten bewonen. Als in rechte komt vast te staan dat PR Bouw een retentierecht had op het pand, heeft CIH met deze handelingen het retentierecht eigenmachtig doorbroken.

De rechtbank is van oordeel dat de stelling van CIH dat de curator het retentierecht heeft prijsgegeven doordat niet onmiddellijk in kort geding herstel van het retentierecht is gevorderd geen steun verdient in het recht. Los van de vraag of een dergelijke vordering zou zijn toegewezen (in het geval de zaak in de macht komt van de rechthebbende komt het retentierecht in beginsel te vervallen en de kortgedingrechter had ook de belangen van de personen die in het kader van anti-kraak het pand bewoonden moeten meewegen) kan deze handelwijze (beter gezegd: eigenrichting) van CIH niet leiden tot het oordeel dat het retentierecht is prijsgegeven en de curator derhalve geen aanspraak meer kan maken op schadevergoeding. Daar komt bij dat mr. Hesemans de sleutels onder protest en voorbehoud van alle rechten heeft afgegeven aan de gealarmeerde beveiligers en de curator (zo leidt de rechtbank af uit de faxbrief van CIH van 21 november 2012 (productie 12 bij dagvaarding)) zich vervolgens direct schriftelijk bij CIH heeft beklaagd over haar handelwijze. Dat de curator op 21 november 2012 geen kort geding heeft geëntameerd kan bij CIH dan ook niet het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat de

Onrechtmatige daad en schade

- 4.26** In het geval dat de curator slaagt in het bewijs van één van de ten bewijze opgedragen stellingen, staat in rechte vast dat PR Bouw vóór 13 januari 2012 de feitelijke macht over het pand had. De rechtbank heeft in het voorgaande reeds geoordeeld dat PR Bouw een opeisbare vordering op Gerlon had. Nu zowel deze vordering van PR Bouw op Gerlon als de vordering van Gerlon tot afgifte van de zaak voortkomt uit de tussen PR Bouw en Gerlon gesloten overeenkomst van aanneming van werk is ook voldaan aan de voorwaarde van voldoende samenhang. Dit betekent dat in het geval de curator slaagt in één van beide bewijsopdrachten aan alle voorwaarden voor een beroep op een retentierecht is voldaan.
- 4.27** De rechtbank is met de curator van oordeel dat CIH in dat geval onrechtmatig heeft gehandeld door zich eigenmachtig de toegang tot het pand te verschaffen, waardoor PR Bouw de feitelijke macht over het pand verloor en het retentierecht is komen te vervallen.
- 4.28** Een retentor kan zijn vordering verhalen op de teruggehouden zaak. In het geval de zaak eigendom is van een derde, kan de retentor de vordering alleen verhalen op de teruggehouden zaak indien de vordering van de retentor voortspuit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan. Nu CIH en Gerlon in de huurovereenkomst zijn overeengekomen dat Gerlon bepaalde zaken zou aanbrengen en bepaalde verbouwwerkzaamheden zou laten verrichten, is aan deze voorwaarde voldaan. Dit betekent dat als CIH het retentierecht van PR Bouw niet eigenmachtig had doorbroken, de curator de vordering van PR Bouw op Gerlon na executie had kunnen verhalen op de verkoopopbrengst van het pand, althans op de overwaarde van het pand.
- 4.29** Op grond van het voorgaande verwerpt de rechtbank de stelling van CIH dat PR Bouw alleen een retentierecht kon uitoefenen op de door haar in het pand aangebrachte zaken die niet door natrekking eigendom waren geworden van CIH en daarom slechts een retentierecht had op een gedeelte van het pand.
- 4.30** De rechtbank is met de curator van oordeel dat de door PR Bouw geleden schade in onderhavige procedure niet kan worden begroot. De hoogte van de schade is namelijk mede afhankelijk van de vraag welk bedrag door de curator van Gerlon aan de curator zal worden uitgekeerd, naast het reeds vanwege het retentierecht op de handelsvoorraad textiel van Gerlon door de curator van de pandhouder van voornoemde handelsvoorraad ontvangen bedrag van € 6000. Thans is nog geen zicht op een verificatievergadering dan wel op een opheffing van het faillissement wegens een gebrek aan baten. Nu de curator voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat PR Bouw een vordering heeft op Gerlon en voorts voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat PR Bouw door de onrechtmatige daad van CIH schade heeft geleden zal de rechtbank, in het geval de curator slaagt in zijn bewijsopdracht, CIH veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat.
- 4.31** In afwachting van de bewijslevering houdt de rechtbank iedere beslissing aan.

In reconventie

- 4.32** in afwachting van de bewijslevering in conventie, houdt de rechtbank iedere beslissing aan.

5.De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1 draagt de curator op te bewijzen:

- dat Gerlon (voordat PR Bouw op 13 januari 2012 de sloten van het pand verving) niet over een sleutel van het slot op het bouwhek en/of een sleutel van het pand beschikte,
- dat op 13 januari 2012 in het pand bouwmaterialen, gereedschappen en/of andere goederen van PR Bouw aanwezig waren en dat daardoor het feitelijk gebruik van het pand door Gerlon feitelijk

onmogelijk was,

- 5.2 bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 29 januari 2014 voor uitlating door de curator of hij bewijs wil leveren door het overleggen van bewijsstukken, door het horen van getuigen en / of door een ander bewijsmiddel,
- 5.3 bepaalt dat de curator, indien hij geen bewijs door getuigen wil leveren maar wel bewijsstukken wil overleggen, die stukken direct in het geding moet brengen,
- 5.4 bepaalt dat de curator, indien hij getuigen wil laten horen, de getuigen en de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten op maandagen, woensdagen, donderdagen en vrijdagen in de maanden februari tot en met april 2014 direct moet opgeven, waarna dag en uur van het getuigenverhoor zullen worden bepaald,
- 5.5 bepaalt dat dit getuigenverhoor zal plaatsvinden op de terechtzitting van mr. J.J.A. Donkersloot in het paleis van justitie te 's-Hertogenbosch aan de Leeghwaterlaan 8,
- 5.6 bepaalt dat alle partijen uiterlijk twee weken voor het eerste getuigenverhoor alle beschikbare bewijsstukken aan de rechtbank en de wederpartij moeten toesturen,
- 5.7 houdt iedere verdere beslissing aan,

in reconventie

- 5.8 houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

Auteur: mrs. P.V. Kleijn en A.A.T. Werner

Deze uitspraak gaat over het retentierecht op een onroerende zaak dat werd uitgeoefend tegen de eigenaar (met een ouder recht op de zaak). Dat een retentierecht tegen een derde met een ouder recht kan worden uitgeoefend, volgt ondubbelzinnig uit art. 3:291 lid 2 BW. Hiervoor is vereist dat de schuldenaar in zijn relatie tot de betreffende derde bevoegd was om ten aanzien van de zaak met de latere retentor te contracteren, of dat de latere retentor erop mocht vertrouwen dat de schuldenaar hiertoe bevoegd was. Juridisch gezien is deze uitspraak daarom niet zo opzienbarend. Maar er zijn weinig uitspraken gepubliceerd waarin zo duidelijk is overwogen hoe verstrekkend de gevolgen van het retentierecht kunnen zijn voor de verhuurder van de huurder die haar aannemer niet betaalt. Deze uitspraak laat zien dat het retentierecht in de huurrechtelijke (contract)praktijk aandacht behoeft.

Voor zover relevant voor deze noot zijn de feiten als volgt.

De eigenaar had een huurder gecontracteerd voor een kantoorpand. Op grond van de huurovereenkomst zou de huurder een aanzienlijke verbouwing aan het pand uitvoeren, waarvoor zij een investeringsbijdrage van € 1,25 miljoen van de verhuurder ontving. De huurder heeft een aannemer opdracht gegeven tot het realiseren van deze verbouwing.

Aan de huurder werd vervolgens op 11 januari 2012 surseance van betaling verleend. Twee dagen later heeft de aannemer de sloten van het bouwhek en van het bedrijfspand vervangen en op het hek borden bevestigd met daarop de mededeling dat zij haar retentierecht uitoefende. Enkele dagen nadien ging de aannemer failliet.

De eigenaar heeft het retentierecht betwist en heeft zich eigenmachtig de toegang tot het pand verschaft. De (curator van de) aannemer is een procedure gestart waarin hij schadevergoeding heeft gevorderd (nader op te maken bij staat) op grond van onrechtmatig handelen door de eigenaar doordat deze zich eigenmachtig de toegang tot het pand had verschaft, waardoor de aannemer de feitelijke macht over het pand en daarmee ook haar retentierecht had verloren.

Aan de orde was in de eerste plaats of de aannemer zich op 13 januari 2012 terecht op het retentierecht had beroepen. Uit de rechtspraak blijkt dat een schuldeiser aangemerkt moet kunnen worden als 'houder' van een zaak om zich op een retentierecht te kunnen beroepen. Aangenomen wordt dat daarvoor nodig is dat hij direct dan wel

indirect – naar verkeersopvatting, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen – de feitelijke macht uitoefent, in die zin dat afgifte nodig is van de zaak om deze weer in de macht van de schuldenaar te brengen. Bij onroerende zaken geschiedt dergelijke afgifte door ontruiming. Die feitelijke macht moet voor derden kenbaar (kunnen) zijn (HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/216 en HR 15 februari 1991, *NJ* 1991/628). Omdat de omstandigheden van het geval zo'n grote rol spelen bij de vraag of de schuldeiser de feitelijke macht heeft, is de rechtspraak zeer casuïstisch. Er zijn echter wel enkele aanknopingspunten uit de rechtspraak te destilleren:

- Als duidelijk voorbeeld van het hebben van de feitelijke macht geldt de situatie waarin de onroerende zaak door de aannemer is afgezet met hekken en/of sloten waardoor alleen hij toegang heeft tot de onroerende zaak en hij daar al zijn materiaal heeft liggen.
- Zijn er geen hekken, maar is in de onroerende zaak nog wel het bouw materiaal aanwezig, dan kan dat een aanwijzing opleveren dat de aannemer de feitelijke macht nog over de zaak heeft (Rb. Almelo (vzr.) 3 oktober 2008, *LJN* BF5950).
- Gelet op de kenbaarheid voor derden kan worden aangenomen dat de enkele omstandigheden dat geen oplevering heeft plaatsgevonden door de aannemer (wat voor een derde veelal niet zichtbaar is) niet doorslaggevend is (Rb. Noord-Nederland 12 maart 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:1392*).
- Het uitsluitend aanbrengen van een plakkaat dat retentierecht wordt uitgeoefend lijkt onvoldoende, in een situatie waar geen hekken meer aanwezig waren en de woning gereed was voor oplevering (Rb. Zwolle (vzr.) 5 februari 2002, *kg* 2002/100).
- Heeft een derde de toegang tot het pand, dan kan dat een aanwijzing zijn dat de aannemer niet de feitelijke macht heeft over de zaak, met name als de aannemer de zaak al grotendeels heeft ontruimd (Vzr. Rb. Almelo 21 juli 2008, *LJN:BD7881* en Rb. Noord-Nederland 12 maart 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:1392*). Is de zaak ook daadwerkelijk in gebruik bij een derde dan kan worden aangenomen dat de aannemer niet de feitelijke macht heeft over de zaak, althans deze feitelijke macht niet voor derden kenbaar was (HR 6 februari 1998, *RvdW* 1998/41c). Een beroep op het retentierecht gaat dan niet op.

In de onderhavige zaak heeft de rechtbank overwogen dat de aannemer ten tijde van het uitoefenen van het retentierecht de feitelijke macht over de onroerende zaak moet hebben gehad. De rechtbank zag in lijn met de heersende leer in de jurisprudentie aanwijzingen voor het bestaan van die feitelijke macht de omstandigheden dat de aannemer opdrachtgeefster was van het beveiligingsbedrijf dat het pand bewaakte, dat de verhuurder het pand niet kon bezoeken zonder overleg met de aannemer en dat het pand ten tijde van het uitoefenen van het retentierecht nog niet was ontruimd (vgl. HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/216). Het gebrek aan ontruiming acht de rechtbank echter alleen van belang als het feitelijk gebruik van het pand door de huurder hierdoor onmogelijk was. Dit is ons inziens wat kort door de bocht in het licht van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het houderschap van de aannemer eindigt als deze ofwel zijn bezit van de onroerende zaak heeft prijsgegeven (grotendeels ontruimd heeft), of doordat de huurder het bezit van de onroerende zaak heeft teruggenomen (HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/216 en HR 5 december 2003, *NJ* 2004/340).

De eigenaar heeft de stelling dat de huurder ten tijde van de uitoefening van het retentierecht geen toegang had tot de zaak voldoende gemotiveerd weten te betwisten, hetgeen is geëindigd in een bewijsopdracht aan de (curator van de) aannemer dat deze laatste op 13 januari 2012 de feitelijke macht had over de zaak.

De vraag kan worden opgeworpen of de verhuurder zich in het onderhavige geval nog met succes had kunnen beroepen op artikel 15 van de algemene bepalingen voor kantoorruimte zoals opgesteld door de Raad voor Onroerende Zaken (versie 2003). Hierin is bepaald dat de verhuurder in noodgevallen het gehuurde mag betreden. Deze bepaling is in onze visie onvoldoende voor het ontbreken van – voor derden kenbare – feitelijke macht bij de aannemer. Deze afspraak zal voor derden immers niet kenbaar zijn. Bovendien doet dit door de verhuurder ten opzichte van de huurder bedongen recht niet af aan de macht die de aannemer in beginsel kan uitoefenen over de onroerende zaak: hij kan er elk moment hekken plaatsen, sloten vervangen, etc., als gevolg waarvan de verhuurder geen toegang (meer) heeft tot het gehuurde.

Aardig is dat de eigenaar in de voorliggende kwestie met succes had bepleit dat in vervanging van de sloten door de aannemer op 13 januari 2012 een aanwijzing lag dat dit nodig was, omdat de huurder waarschijnlijk ook beschikte over een sleutel en de aannemer de huurder op deze wijze de toegang had willen ontzeggen. In dat geval zou de

aannemer het retentierecht niet als uitvloeisel van de normale uitoefening van de aannemingsovereenkomst hebben verkregen (maar zich dat hebben toegeëigend) en zou de aannemer geen beroep op het retentierecht toekomen (vgl. Rb. Rotterdam 3 mei 2011, *JOR* 2011/245). Het vervangen van de sloten werkte dus contraproductief voor de aannemer.

De rechtbank heeft afgesloten met de vaststelling dat als de (curator van de) aannemer in de bewijsopdracht zou slagen, vast zou staan dat de eigenaar onrechtmatig heeft gehandeld. Als de eigenaar het retentierecht niet eigenmachtig had doorbroken, dan had de aannemer haar vordering na executie van een vonnis kunnen verhalen op de verkoopopbrengst van het pand, zo luidde het oordeel van de rechtbank.

Dit is inderdaad het meest verstrekkende gevolg van het retentierecht. Het retentierecht is in de eerste plaats een bijzonder opschortingsrecht van de aannemer die zonder tussenkomst van een rechter zijn verplichting tot afgifte van de zaak kan opschorten. Door deze opschorting zou de opdrachtgever – in casu de huurder – gemotiveerd moeten worden om alsnog tot betaling van de facturen over te gaan. Het retentierecht heeft daarmee werking als pressiemiddel. Het retentierecht biedt in voorkomende gevallen ook voorrang bij verhaal (art. 3:290, art. 3:292 en mr. J.E. Fesevur, *Voorrechten en retentierecht*, Monografieën Nieuw BW (B13), nr. 18). Leidt de opschorting niet tot betaling, dan zal de aannemer zich tot de rechter moeten wenden om een vonnis te verkrijgen waarbij de huurder, zijn opdrachtgever, wordt veroordeeld tot betaling van de openstaande facturen. Met dit vonnis kan de aannemer executoriaal beslag laten leggen op de onroerende zaak die hij vanwege het uitgeoefende retentierecht onder zich heeft, waarna de onroerende zaak kan worden verkocht en de aannemer met voorrang wordt voldaan uit de opbrengst.

Verhuurders kunnen dus geconfronteerd worden met onwenselijke gevolgen als een huurder die een aannemer opdracht heeft gegeven tot een verbouwing van het gehuurde, vervolgens de aannemer onbetaald laat. Dit gevolg vloeit direct voort uit de wet. Volgens de Parlementaire Geschiedenis is het redelijk dat – indien voldaan is aan de wettelijke vereisten – het retentierecht tegen een ouder gerechtigde kan worden ingeroepen, omdat overeenkomsten met de (latere) retentor veelal ten behoeve van de zaak zelf zullen worden aangegaan (Parl. Gesch. BW Boek 3, pagina 884).

Het hier beschreven risico zal zich doorgaans alleen voordoen in situaties waarin het gehuurde nog niet in gebruik is bij de huurder of (tijdelijk) niet meer in gebruik is bij huurder. Immers, wordt van het gehuurde gebruik gemaakt, dan zal in beginsel niet voldaan worden aan het vereiste dat de aannemer de feitelijke macht heeft over de onroerende zaak.

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat het gehuurde casco wordt opgeleverd, waarna de huurder de afbouw verzorgt. Voor de verhuurder is het dan van groot belang het retentierecht weg te laten contracteren om te voorkomen dat zij met een situatie als in bovenstaande uitspraak wordt geconfronteerd. De verhuurder zal aan haar toestemming aan de huurder om te verbouwen telkens de voorwaarde moeten verbinden dat de huurder daartoe slechts gerechtigd is, indien de aannemer afstand doet van haar retentierecht en als de huurder de aannemer daar ook over informeert. Voor de verhuurder is het zaak om daarbij tevens van de huurder te bedingen dat zij ervoor zorg draagt dat de aannemer ook jegens de verhuurder schriftelijk verklaart dat zij zich bewust is van de beperking in de bevoegdheid van de huurder tot het aangaan van de aannemingsovereenkomst alsmede dat zij afstand heeft gedaan van haar retentierecht. De verhuurder dient zich er vervolgens van te vergewissen dat zij deze verklaring ook daadwerkelijk ontvangt. Mocht de aannemer de werkzaamheden starten zonder dat de verhuurder over een dergelijke afstandsverklaring beschikt, dan zal de verhuurder om haar rechten veilig te stellen, de werkzaamheden moeten (laten) stilleggen.