

Welke verplichtingen kunt u in de bouw opschorten? De regels op een rij

27-04-2011 10:05

Het zal u niet zijn ontgaan: wereldwijd is sprake van een economische crisis en ook de bouwwereld wordt niet ontzien. Er worden minder opdrachten verstrekt voor het bouwen van nieuwe projecten, delen van nieuwbouwprojecten worden uitgesteld of zelfs afgelast en een wezenlijk aantal bouwbedrijven verkeert in (financiële) moeilijkheden. De kans bestaat dus dat uw wederpartij, of het nu een opdrachtgever of aannemer is, op enig moment niet langer in staat is zijn verplichtingen na te komen. Ingevolge de wet is het onder omstandigheden mogelijk uw verplichtingen op te schorten. Wanneer is dat mogelijk en wat kunt u precies opschorten? De regels hiervoor zetten we voor u op een rij.

Binnen de bouwwereld wordt veelvuldig gewerkt met de overeenkomst van aanneming van werk. Een opdrachtgever draagt aan een aannemer op tegen betaling van de aanneemsom een werk van stoffelijke aard, bijvoorbeeld een woning, appartementencomplex of bedrijfspand, tot stand te brengen en op te leveren. De aannemer op haar beurt besteedt veelal een deel van de aan haar opgedragen werkzaamheden uit aan onderaannemers, die mogelijk zelf onderaannemers inschakelen. Bij het realiseren van een bouwproject zijn dus veel partijen betrokken, die elk op hun beurt weer aparte betalingsafspraken hebben gemaakt.

Voor de betaling van de aanneemsom wordt vaak een termijnregeling overeengekomen. Opdrachtgever betaalt, veelal naar de stand van het werk, periodiek een deel van de aanneemsom. Aannemer op zijn beurt komt vaak ook een termijnregeling met haar onderaannemers overeen.

Opschortingsrecht

Volgens de wet is een schuldeiser bevoegd de nakoming van zijn verbintenis op te schorten indien de wederpartij in gebreke blijft zijn verplichting na te komen. Vertaald naar de aannemerij betekent dit dat als aannemer zijn verplichting niet nakomt, opdrachtgever haar betalingsverplichting (deels) mag opschorten. Omgekeerd geldt natuurlijk hetzelfde: opdrachtgever in gebreke blijft met haar betaling, is aannemer bevoegd de uitvoering van de werkzaamheden op te schorten.

De wet biedt daarnaast de mogelijkheid om het nakomen van verplichtingen ook op te schorten indien gegronde vrees bestaat dat de wederpartij de daar tegenoverstaande verplichting niet zal nakomen. Dit maakt ondermeer dat de aannemer al bevoegd is de uitvoering van haar werkzaamheden op te schorten wanneer er gegronde vrees bestaat dat (tijdige) betaling zal uitblijven. Wanneer sprake is van dergelijke gegronde vrees hangt af van de omstandigheden van het geval.

Zoals hiervoor aangegeven heeft de aannemer in geval van een overeenkomst van aanneming van werk twee verplichtingen. Aannemer is verplicht het werk tot stand te brengen en het werk aan opdrachtgever op te leveren. Omdat aannemer de verplichting heeft een door hem vervaardigde zaak af te geven komt hem de wet een bijzonder opschortingsrecht toe: het retentierecht.

Het retentierecht is, kort gezegd, de bevoegdheid om de verplichting tot afgifte van de zaak op te schorten totdat de wederpartij aan zijn verplichtingen heeft voldaan. De wet stelt een drietal eisen aan het retentierecht. Allereerst moet de schuldeiser de feitelijke macht over de zaak hebben. Daarnaast moet de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar opeisbaar zijn en tot slot moet sprake zijn van voldoende samenhang tussen de verplichting tot afgifte van de zaak en de vordering van de schuldeiser. Indien aan alle hiervoor genoemde

vereisten is voldaan, heeft de schuldeiser een rechtsgeldig retentierecht. Dit recht heeft twee functies. Ten eerste heeft de schuldeiser de mogelijkheid om druk uit te oefenen op zijn schuldenaar om zijn of haar schuld te voldoen. De schuldeiser hoeft de onder zich gehouden zaak immers pas af te geven indien de schuldenaar aan zijn of haar verplichtingen heeft voldaan. Vooral wanneer de schuldenaar het gebruik van de zaak al aan derden, bijvoorbeeld huurders, heeft toegezegd, maakt deze bevoegdheid de positie van de schuldeiser zeer sterk. Ten tweede geeft het retentierecht een recht van voorrang bij verhaalsuitoefening op de teruggehouden zaak.

Een retentierecht bestaat op moment dat aan alle vereisten is voldaan. Het retentierecht hoeft dus niet te worden gevestigd. Wel is van belang dat expliciet een beroep wordt gedaan op het retentierecht. Voordat een beroep wordt gedaan op het retentierecht is van belang dat vast staat of daadwerkelijk een retentierecht bestaat. Een onterecht beroep op een retentierecht van de schuldeiser maakt dat de zaak ten onrechte is teruggehouden. De schuldeiser is in dat geval mogelijk schadeplichtig jegens de wederpartij. In de praktijk blijkt dat het antwoord op de vraag of aan het vereiste van feitelijke macht is voldaan tot de meeste discussie leidt. Dit vereiste zal ik hierna dan ook toelichten.

Feitelijke macht

Het retentierecht kan slechts worden uitgeoefend indien de schuldeiser de feitelijke macht over de zaak heeft. Daartoe dient de schuldeiser houder te zijn van die zaak. Dat wil zeggen dat hij direct of indirect de naar verkeersopvatting, wet of uiterlijke omstandigheden feitelijke macht over de zaak uitoefent, zodat afgifte van de zaak nodig is om deze in de macht van de schuldenaar of rechthebbende te brengen. Uit jurisprudentie volgt dat het ook mogelijk is het retentierecht uit te oefenen op een onroerende zaak. Dit betekent dat het voor aannemer in beginsel mogelijk is om, wanneer aan alle vereisten is voldaan, retentierecht uit te oefenen op een door hem vervaardigd werk. Daarvoor is ondermeer vereist dat aannemer de feitelijke macht over het werk uitoefent. Zodra hij de feitelijke macht verliest, verliest zij daarmee ook de mogelijkheid om een retentierecht uit te oefenen.

Wanneer heeft de aannemer nu eigenlijk de feitelijke macht over de onroerende zaak? Uit jurisprudentie blijkt dat het antwoord op deze vraag niet eenduidig is. Het hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien de bouwplaats met hekken is afgesloten en de aannemer als enige over de sleutels beschikt, is dit een sterke aanwijzing dat de aannemer de feitelijke macht heeft. Het aanwezig zijn van bouwhekken is echter geen vereiste. In het verleden oordeelde de Hoge Raad al eens dat sprake was van een retentierecht, terwijl niet het gehele bouwperceel met hekken was omheind. In dit verband is van belang dat het aannemer niet is toegestaan feitelijke macht over de zaak te creëren door het plots plaatsen van hekwerken en/of sloten, waardoor niemand meer toegang heeft tot de bouwplaats. Indien aannemer rechtsgeldig een retentierecht uitoefent, is het hem wel toegestaan door middel van hekwerken en sloten de feitelijke macht te behouden. Een andere aanwijzing voor het hebben van de feitelijke macht is het op de bouwplaats aanwezig zijn van bouwmaterialen van de aannemer. Op die manier is het voor de opdrachtgever immers lastiger om de onroerende zaak te betrekken.

In de praktijk wordt veelal gedacht dat voor een rechtsgeldig beroep op het retentierecht vereist is dat borden worden aangebracht met daarop de mededeling "hier oefent aannemer haar retentierecht uit". Dit is echter niet juist. Het plaatsen van dergelijke borden is geen vereiste voor het bestaan van het retentierecht. Het is echter wel aan te raden om, indien aannemer een rechtsgeldig retentierecht heeft, dergelijke borden aan te brengen. Dergelijke borden zijn namelijk van belang voor de werking van het retentierecht ten opzichte van derden.

Derdenwerking retentierecht

Op grond van de wet kan de schuldeiser die het retentierecht uitoefent het retentierecht niet alleen uitoefenen jegens zijn opdrachtgever, maar ook tegen derden die een recht op de zaak hebben. Bijvoorbeeld tegen een

derde die de onroerende zaak van opdrachtgever kocht, nadat aannemer zijn retentierecht inriep. Om het retentierecht in dat geval aan die derde te kunnen tegenwerpen, is vereist dat het retentierecht op moment van de koop van de onroerende zaak voor derden kenbaar was. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit voornoemde borden met daarop de mededeling dat het retentierecht wordt uitgeoefend, of uit een inschrijving in het kadaster.

Onder omstandigheden is het ook mogelijk een rechtsgeldig retentierecht tegen te werpen aan derden met een ouder recht op de zaak, bijvoorbeeld een hypotheeknemer. Dit is ondermeer mogelijk indien de opdrachtgever op grond van de overeenkomst met de hypotheeknemer bevoegd was de overeenkomst van aanneming van werk aan te gaan. In de praktijk zal opdrachtgever veelal bevoegd zijn een overeenkomst van aanneming van werk te sluiten. Immers, door het realiseren van een werk op de onroerende zaak zal de waarde van de onroerende zaak veelal stijgen, en daarmee ook de waarde van het onderpand van hypotheeknemer.

Zoals ik aangaf wordt in de bouw veelvuldig gewerkt met onderaannemers. De laatste tijd komt het steeds vaker voor dat de aannemer niet aan zijn betalingsverplichting jegens de onderaannemer kan voldoen. In die gevallen kan aan onderaannemer mogelijk een retentierecht toekomen. Een eventueel retentierecht van onderaannemer kan tot problemen bij opdrachtgever leiden. Dikwijls kan een retentierecht van de onderaannemer namelijk aan de opdrachtgever/eigenaar van de onroerende zaak worden tegengeworpen. Het retentierecht zorgt er in dat geval voor dat onderaannemer gebruik van de onroerende zaak door de opdrachtgever/eigenaar kan verhinderen. Door het rechtsgeldige retentierecht is onderaannemer immers niet verplicht de onroerende zaak af te geven, totdat haar vordering is voldaan. Wanneer aannemer niet in staat is haar verplichtingen jegens onderaannemer na te komen, zit er voor opdrachtgever doorgaans niets anders op dan de vordering van de onderaannemer te voldoen. Alleen dan zal onderaannemer haar retentierecht prijsgeven en de onroerende zaak beschikbaar stellen aan opdrachtgever. In dat geval betaalt opdrachtgever dubbel indien zij haar betalingsverplichting jegens aannemer al was nagekomen. Vanzelfsprekend heeft opdrachtgever in dat geval een vordering op aannemer. Het is echter de vraag of aannemer in staat is die vordering te voldoen. Immers een kale kip valt niet te plukken.

Uit het voorgaande volgt dat het retentierecht een zeer sterk recht is. Onder omstandigheden kan de vordering van de schuldeiser met een retentierecht immers voor gaan op het eigendomsrecht of de vordering van een schuldeiser met een hypotheekrecht. Het invoeren van het retentierecht leidt vaak tot onrust bij partijen. Begrijpelijk, omdat opdrachtgevers vaak menen een goede reden te hebben om niet (volledig) te betalen en de schuldeiser vaak een forse openstaande vordering heeft. Het invoeren van een retentierecht leidt vaak tot potentiële schade (bijvoorbeeld claims van derdengebruikers zoals huurders) en verhardt de al bestaande discussie. Het is daarom voor beide partijen van belang dat in het geval van het invoeren van retentierecht duidelijk in kaart wordt gebracht of daadwerkelijk een retentierecht bestaat en - indien dat het geval is - welke rechten de retentor daaraan kan ontleen en welke niet. Vanzelfsprekend kunnen wij u daarbij van dienst zijn!

Annerieke van der Linde is advocaat Bouwrecht bij Poelmann van den Broek advocaten in Nijmegen. Voor vragen of opmerkingen is zij bereikbaar op a.vanderlinde@poelmannvandenbroek.nl of 024 -381 14 57.

Vanuit ons cluster Vastgoed adviseren we u over alles wat u op het juridische vastgoedpad tegenkomt. We mogen architecten, aannemers, projectontwikkelaars, woningbouwcorporaties, overheden, makelaars, vastgoedbedrijven en beleggingsfondsen tot onze klanten rekenen. Ook voor u maken we het graag in orde. Kijk voor meer informatie op www.poelmannvandenbroek.nl.

VASTGOED JOURNAAL