

jutd20130121

Datum 20131024

Rubriek Handels- en transportrecht

Het retentierecht op zeeschepen in faillissementssituaties

Auteur(s)

mw. mr. M.H. Louws, Kneppelhout & Korthals Advocaten, Rotterdam. Recentelijk is mr. M.H. Louws afgestudeerd op dit onderwerp. Zij is bezig met het schrijven van een uitgebreid artikel hierover met onder meer een analyse van de scheepsvoorrechten, een rechtsvergelijking en diverse aanbevelingen voor de wetgever (vermoedelijke publicatie in TVR in september 2014).

Inleiding

Het retentierecht is een zekerheidsmiddel: het geeft een schuldeiser de bevoegdheid zijn verplichting tot afgifte van een zaak op te schorten totdat zijn vordering wordt voldaan (artikel 3:290 BW). Het retentierecht is een sterk recht omdat het twee waarborgen omvat: enerzijds omvat het een terughoudings- of opschortingsrecht (artikel 6:52 e.v. BW), anderzijds geeft het een voorrangrecht bij verhaal van de vordering (artikel 3:292 BW). Deze laatste waarborg is in 1992 bij de invoering van het Nieuwe BW toegevoegd om patstellingen te doorbreken. De retentor kon immers 'op de zaak blijven zitten', totdat zijn vordering werd voldaan.

Ook bij faillietverklaring blijft het retentierecht bestaan (artikel 60 Fw). De curator heeft de keuze tussen een opeisingsrecht of een inlossingsrecht (artikel 60 lid 2 Fw). In het eerste geval behoudt de retentor zijn voorrang op de executieopbrengst, in het tweede geval ziet de retentor zijn vordering voldaan. Onder omstandigheden heeft de retentor het recht van parate executie (artikel 60 lid 3 Fw).

Ten aanzien van een retentierecht op zeeschepen heeft de wetgever in artikel 8:210a BW echter twee merkwaardige uitzonderingen gemaakt: artikel 3:292 BW en artikel 60, lid 2, eerste zin en de leden 3 en 4 Fw zijn uitgesloten. Welk(e) gevolg(en) heeft/hebben deze uitsluitingen voor een retentor van een zeeschip? In onderhavig artikel bespreek ik de verhouding tussen artikel 8:210a BW, artikel 3:292 BW en artikel 60 Fw. In het bijzonder besteed ik aandacht aan de positie van scheepswerven, die bij uitstek het retentierecht gebruiken teneinde hun (omvangrijke) reparatievordering voldaan te zien.

Het retentierecht, een korte beschouwing

Er zijn drie vereisten voor het rechtsgeldig uitoefenen van een retentierecht: de retentor dient (i) een opeisbare vordering te hebben op de schuldenaar, (ii) deze dient voldoende samenhang te hebben met de op te schorten verplichting tot afgifte van de zaak en (iii) het goed dient zich in de feitelijke macht van de retentor te bevinden (artikel 3:290 BW). Het retentierecht is geen voorrecht, doch daaraan sterk verwant vanwege de gekoppelde derdenwerking (artikel 3:291 BW). Dat wil zeggen dat het recht kan worden tegengeworpen aan derden met een jonger recht op de zaak (ontstaan na het retentierecht) en derden met een ouder recht op de zaak (ontstaan vóór het retentierecht). Met name de tweede variant heeft veel discussies teweeggebracht omdat de retentor alleen voorgaat indien de wederpartij bevoegd met hem contracteerde en hij geen reden had aan die bevoegdheid te twijfelen. In het algemeen mag de retentor uitgaan van de bevoegdheid van de pand- en hypotheekhouder. Als dus een scheepswerf een opdracht krijgt van een bevoegde hypotheekgever om aan een verhypothekend zeeschip een normale reparatie uit te voeren. Hier kan mijns inziens een parallel worden getrokken met artikel 7:608 lid 2 en 4 BW en artikel 8:71 BW, waar dezelfde problematiek speelt.

Retentierecht op 'droge zaken' (in faillissement)

Een retentierecht op 'droge zaken' is sterk, zowel buiten als in faillissementssituaties. Wel moet daarbij een kanttekening worden gemaakt. Wanneer de curator besluit het goed waarop het retentierecht rust te verkopen, behoudt de retentor zijn voorrangrecht op de executieopbrengst, maar deelt hij wel mee in de boedelkosten. In de praktijk lopen boedelkosten tegenwoordig dusdanig hoog op, dat de retentor veelal alsnog achter het net vist. Derhalve is het inlossingsrecht de meest ideale situatie voor de retentor.

Retentierecht op zeeschepen (in faillissement)

Bij een retentierecht op 'natte zaken' komt het anker echter los van de bodem. Allereerst bij de problematiek van de feitelijke machtsuitoefening, omdat het zeeschip niet zomaar 'in de zak kan worden gestopt'. Dit artikel leent zich niet voor een uitgebreide analyse van het vereiste van de feitelijke macht, maar toch wil ik hierbij kort stilstaan. Telkens luidt de vraag: 'Is voor een derde voldoende kenbaar dat de retentor de feitelijke macht uitoefent?' In de praktijk neemt men aan dat het zeeschip in de feitelijke macht is indien het aan de kade ligt afgemeerd. Uit rechtspraak volgt echter dat het zeeschip in het dok moet liggen. Dit wringt echter met het feit dat een groot zeeschip niet uit het water kan worden getild. Ik meen dat de scheepswerf ter voorkoming van afgifte het zeeschip dat is droog gezet op een langshelling vast kan laten zetten met blokken. Indien het zeeschip aan de kade ligt, kan de scheepswerf, ter voorkoming van ontruiming, haar werklieden of materiaal op het zeeschip laten zodat voldoende kenbaar is dat het retentierecht wordt uitgeoefend. Tegelijkertijd kan zij andere werklieden weren. Wat is de positie van de scheepswerf indien het zeeschip desondanks wordt weggesleept? In beginsel eindigt het retentierecht. Mijns inziens dient deze wegsleping snel onrechtmatig te worden bevonden. Wanneer het Havenbedrijf een sommatie geeft, dient zij in de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak te waken tegen onrechtmatige inbreuken op rechten van de derden, zoals een retentor die zijn enige zekerheidsmiddel verliest. Bovendien meen ik dat ook een derde het zeeschip (middellijk) kan houden voor de retentor, waardoor de feitelijke machtsuitoefening behouden blijft.

De blokkades in artikel 8:210a BW

Nu kom ik toe aan de behandeling van artikel 8:210a BW. Dit artikel sluit niet uit dat op zeeschepen een retentierecht kan worden uitgeoefend. Problemen ontstaan echter bij het verhalen van de vordering en bij de positie van de retentor op zeeschepen in faillissement. Artikel 8:210a BW sluit namelijk twee bepalingen uit.

Ten eerste geldt het voorrangrecht van artikel 3:292 BW niet voor de retentor op een zeeschip. In faillissement betekent dit dat de retentor slechts concurrent schuldeiser is en niet in rang boven de pand- en hypotheekhouder zal gaan. De eerste waarborg van het retentierecht, het terughoudingsrecht, biedt mijns inziens uitkomst, ongeacht de patstelling die zal ontstaan. Dit wordt versterkt door de voornoemde derdenwerking (artikel 3:291 BW). De tweede uitsluiting van lid 2, eerste zin en de leden 3 en 4 van artikel 60 Fw in artikel 8:210a BW is evenmin duidelijk. In principe heeft de curator niet het recht het zeeschip op te vorderen van de retentor. Soms blijkt dat dit wel degelijk gebeurt. Tegelijkertijd beschikt de retentor niet over het recht van parate executie als bedoeld in lid 3. Hierdoor kan een impasse ontstaan indien de curator of pand- en/of hypotheekhouder afgifte verlangt en de scheepswerf waar de reparatie of het onderhoud is uitgevoerd zich onder inroeping van haar retentierecht tegen afgifte verzet zolang haar vordering niet is voldaan (artikel 60 Fw kan immers worden tegengeworpen aan de curator en overige faillissementsschuldeisers). Veelal zullen minnelijke regelingen worden getroffen om de patstelling te doorbreken. Uit de schaarse rechtspraak volgt dat geen eenstemmigheid bestaat met betrekking tot deze uitsluitingen. Bijgevolg is de retentor op zeeschepen aanzienlijk achtergesteld op de retentor op 'droge' zaken.

De wetgever en haar 'vallende steken'

Gelet op het bovenstaande blijft ten aanzien van zeeschepen aldus hetzelfde gelden als in het oude recht (geen voorrangrecht én een patstelling). De wetgever rechtvaardigt deze uitsluiting met verwijzing naar het Binnenvaartverdrag 1965, waarop Boek 8 BW -

meer specifiek artikel 8:220a BW - is gestoeld, alsmede de harmonie tussen het zee- en binnenvaartrecht. Het retentierecht heeft het karakter van 'voorrecht' vanwege de derdenwerking. In het Binnenvaartverdrag 1965 zijn een drietal vorderingen boven hypotheek gerangschikt. Het retentierecht wordt hier niet genoemd. Mijns inziens had de wetgever uitvoeriger kunnen motiveren waarom gelijkstelling noodzakelijk is, anders dan omwille van de niet duidelijk omliggende term 'harmonie'. Ik meen bovendien dat zee- en binnenvaartrecht twee verschillende werelden zijn. Als de wetgever spreekt van 'harmonie' dient zij daarin consequent te zijn en ook te kijken hoe andere landen omgaan met bijvoorbeeld het retentierecht op zeeschepen in verhouding tot scheepsvoorrechten. Zo is naar toekomstig Belgisch (zee)recht aangeknoopt bij het Scheepsvoorrechtenverdrag 1993, een Verdrag dat profijtelijk is voor zowel de hypotheekhouder als de retentor. Of deze oplossing voor Nederland eveneens wenselijk is, hangt met name af van het antwoord op de vraag of men hypotheekhouders boven retentors wil beschermen en hoeveel waarde men hecht aan het doorbreken van de patstelling. De keuze om artikel 8:210a BW in het verlengde van artikel 8:220a BW te incorporeren was alles behalve een gelukkige.

Meerdere wegen naar Rome

Mocht de wetgever hier geen heil in zien, dan kan de retentor(-scheepswerf) alternatieve wegen bewandelen ter waarborging van zijn verhaalsrecht. Ten eerste kan hij het schip 'aan de ketting leggen'. Hij legt dan conservatoir (scheeps)beslag onder zichzelf of onder derden, indien het schip zich daar bevindt. Om een conservatoir beslag op te heffen wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt van de bankgarantie. Indien geen bankgarantie of anderszins zekerheid wordt gesteld, kan de retentor een executoriale titel verkrijgen en tot executie overgaan. Het resultaat is echter dat de retentor geen voorrangrecht op de executieopbrengst heeft, doch slechts een concurrente positie. Deze weg loopt derhalve min of meer dood.

Daarnaast kan de retentor als alternatieve zekerheidswaARBorg baat hebben bij twee topvoorrechten (artikel 3:284 en 3:285 jo. 8:210 e.v. BW) die mijns inziens ruim uitgelegd dienen te worden. Enerzijds kan hij beargumenteren dat behoudskosten na beslag gemaakt zijn ten aanzien van het zeeschip. Anderzijds kan de scheepswerf in een beginstadium een aannemingsovereenkomst bedingen met de reder, in dier voege dat hij zich op het voorrecht wegens bearbeiding van de zaak kan beroepen. Aan retentors op zeeschepen, zoals scheepswerven, is aldus aan te raden reeds in het beginstadium te analyseren of zekerheden geen schijnzekerheden zijn.

Conclusie

Resumerend is het retentierecht op zeeschepen (in faillissement) een onzekere zekerheid, maar tegelijkertijd een pressiemiddel door het terughoudingsrecht. Hierdoor ontstaan patstellingen die kunnen worden doorbroken door minnelijke regelingen te treffen. In de praktijk, dat wil zeggen bij Rotterdamse scheepsveilingen, gebeurt dat ook. Daarbij verdient het aanbeveling dat de retentor het zeeschip niet zomaar afgeeft aan de curator, maar de feitelijke macht behoudt, als extra waarborg conservatoir beslag legt en zich eventueel beroept op de topvoorrechten. Ook de bankgarantie is een efficiënt middel en wordt vaak gehanteerd in de praktijk. Dan heeft de retentor(-scheepswerf) ondanks de onzekere zekerheid een geducht wapen in handen in het geval van faillissement van zijn schuldenaar.