

Nr. 33.884

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

ter zake van een geschil in kort geding tussen

de besloten vennootschap

A.,

hierna te noemen "onderaanneemster",

e i s e r e s ,

gemachtigde: mr. C. Borstlap, advocaat te Zwolle,

en

B., in zijn hoedanigheid als curator van de besloten

vennootschap C.,

hierna te noemen "de curator" respectievelijk "hoofd-
aanneemster",

v e r w e e r d e r .

HET SCHEIDSGERECHT

1. De ondergetekende, IR. G.F.J. SIMONETTI, lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, is door de voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot enig scheidsmans in dit geschil. De ondergetekende heeft zijn benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 4 juni 2012 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mevrouw mr. R. Dallinga, secretaris van de Raad.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Voor de loop van het geding wordt verwezen naar de volgende stukken:
 - de ongedateerde memorie van eis in kort geding, binnengekomen op 25 mei 2012, met producties 1 tot en met 13;
 - de brief van de Raad van 4 juni 2012, waarin partijen onder meer is medegedeeld dat de voorzitter verlof heeft verleend voor behandeling van het geschil in kort geding;
 - de fax van de curator van 12 juni 2012, met als productie 14 een schriftelijke verklaring van D., uitvoerder werkzaam voor hoofdaanneemster;
 - ter zitting door mr. Borstlap overgelegd: een inventarislijst met als productie 14 een wetenschappelijk artikel van mr. J.E. Fesevur over het retentierecht.
3. De mondelinge behandeling van het onderhavige geschil heeft plaatsgevonden op woensdag 13 juni 2012.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid

4. De bevoegdheid van de ondergetekende tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op artikel 22 lid 1 van de – op de overeenkomst tussen hoofdaan- neemster en onderaanneemster van toepassing zijnde – algemene voorwaar- den van hoofdaanneemster, waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

de feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
 - a. E. heeft aan F. (hierna: de bouwcombinatie) opdracht gegeven voor het realiseren van een project van 68 woningen in X.
 - b. De bouwcombinatie heeft hoofdaanneemster ingeschakeld als hoofdaan- nemer voor de realisatie van het project. Hoofdaanneemster heeft op haar beurt op 28 september 2011 onderaanneemster schriftelijk opdracht ge- geven tot het leveren en aanbrengen in het werk van elektrotechnische en werktuigbouwkundige installaties voor een totaalprijs van € 940.000,00.
 - c. Vanaf de start van het werk is in opdracht van hoofdaanneemster een hek om de gehele bouwplaats gezet. De bouwplaats was via vier (hoofd)ingangen toegankelijk. Aan het einde van iedere werkdag werden deze ingangen afgesloten met een van hangsloten voorzien hek van hoofdaanneemster. Zowel hoofdaanneemster als onderaanneemster was in het bezit van een standaard sleutel van alle sloten van het hek, van een standaard sleutel van de voordeuren van alle woningen en van een stan- daardsleutel van de achterdeuren daarvan.
 - d. Op 15 april 2012 had onderaanneemster een opeisbare vordering van € 189.000,00 op hoofdaanneemster vanwege onbetaald gelaten termijn- facturen van 27 februari 2012, 28 februari 2012, 16 maart 2012, 3 april 2012 en 10 april 2012.
 - e. Op maandag 16 april 2012 heeft onderaanneemster – naar aanleiding van een gerucht over een aanstaand faillissement van hoofdaanneemster – na werktijd gepoogd om door haar geleverde zaken (onder meer reeds ge- monteerde cv-installaties in een aantal woningen) van de bouwplaats af te

voeren. Op aanwijzing van de door hoofdaanneemster gealarmeerde politie is vervolgens in ieder geval een deel van de gedemonteerde cv-ketels opgeborgen in de werkcontainers van onderaanneemster op de bouwplaats. Voorts heeft onderaanneemster de sleutels van de woningen afgegeven en zijn deze in het bezit gesteld van hoofdaanneemster. Onderaanneemster heeft haar sleutel van het bouwhek behouden.

- f. Op dinsdag 17 april 2012 is de voorlopige surseance van betaling uitgesproken van G., waaronder ook hoofdaanneemster valt. Daarbij is B. als bewindvoerder benoemd.
- g. Per e-mailbericht van 18 april 2012 heeft de gemachtigde van onderaanneemster de curator verzocht zich uit te laten of hoofdaanneemster de overeenkomst gestand zou doen en welke betalingsgaranties in dat kader werden geboden. Onderaanneemster heeft gemeld haar werkzaamheden op te schorten totdat hierover duidelijkheid zou zijn.
- h. In reactie daarop heeft de curator per e-mail van 18 april 2012 bericht dat hij somber gestemd was over de mogelijkheden de overeenkomst gestand te doen en dat geen betalingsgaranties zouden worden verstrekt.
- i. Op donderdag 19 april 2012 is hoofdaanneemster in staat van faillissement verklaard, met benoeming van B. als curator.
- j. Op diezelfde dag heeft onderaanneemster zich de toegang tot het bouwterrein verschaft door het slot van het hek open te maken met haar sleutel. Vervolgens heeft onderaanneemster de vier hangsloten van de diverse toegangswegen tot de bouw verwijderd en nieuwe sloten opgehangen. Voorts heeft onderaanneemster borden opgehangen met de tekst: "hier voert A. haar retentierecht uit".
- k. Op vrijdag 20 april 2012 heeft hoofdaanneemster zich door demontage van de hekken toegang verschaft tot de bouwplaats.
- l. Op diezelfde dag hebben partijen overlegd over de mogelijkheden voor onderaanneemster om haar werkzaamheden af te ronden. Tot een regeling is het niet gekomen.
- m. Op dinsdag 24 april 2012 heeft hoofdaanneemster de sloten van onderaanneemster op het hek eraf geknipt en andere sloten geplaatst.
- n. Daarna heeft onderaanneemster op verzoek van de bouwcombinatie dan wel hoofdaanneemster de gedemonteerde cv-ketels weer in de woningen gemonteerd. Daartoe heeft zij van hoofdaanneemster de sleutels van de

woningen ontvangen. Deze sleutels heeft onderaannemster na afloop van haar werkzaamheden aan hoofdaannemster teruggegeven.

- o. In de periode vanaf 17 april 2012 tot en met 1 juni 2012 heeft hoofdaannemster op de bouwlocatie namens de curator werkzaamheden verricht om het bouwwerk zo goed mogelijk ter beschikking te kunnen stellen aan de woningstichting. De in het kader daarvan nog te verrichten installatiewerkzaamheden zijn in opdracht van de curator uitgevoerd door een derde installateur.
- p. Veertien woningen zijn opgeleverd en door huurders betrokken. De overige, in aanbouw zijnde woningen zijn omgeven door een (afsluitbaar) bouwhek van hoofdaannemster.

de vordering

- 6. Onderaannemster verzoekt, samengevat, de curator te veroordelen, uitvoerbaar bij voorraad, om binnen 48 uur na betekening van dit vonnis:

1. onderaannemster de feitelijke macht te verschaffen over de onroerende zaak (bouwplaats met 68 woningen in aanbouw) door aan onderaannemster af te geven de sleutels van de sloten zoals die op de hekken om de bouwplaats zijn aangebracht, danwel door de aangebrachte sloten te verwijderen, en onderaannemster voorts ongehinderd de vrije toegang tot het bouwterrein te verlenen;

2. schriftelijke opdracht te geven aan alle medewerkers van hoofdaannemster en haar neven- en/of onderaannemers en/of andere personen die zich met toestemming van de curator op het bouwterrein bevinden, dat bouwterrein onmiddellijk te verlaten en verlaten te houden;

de veroordeling onder 1 en 2 op straffe van een dwangsom van € 50.000,00 per dag of gedeelte daarvan dat de curator daarmee in gebreke blijft;

en voorts de curator te veroordelen in de kosten van dit arbitraal geding, inclusief een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand van onderaannemster.

- 7. Onderaannemster stelt daartoe dat zij rechtsgeldig een retentierecht heeft ingeroepen, waarop hoofdaannemster op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt door zich toegang te verschaffen tot de bouwplaats. Volgens onder-

aanneemster heeft zij een spoedeisend belang om de bouwplaats weer in haar macht te krijgen, zodat zij vanuit de positie als retentor met de betrokken partijen kan onderhandelen over de betaling van de openstaande facturen en afronding van haar werkzaamheden en zij ook desnoods door executie kan verhalen op de (opbrengst van de) onroerende zaak.

het verweer

8. De curator betwist het gestelde spoedeisend belang. Daarnaast stelt de curator dat onderaanneemster niet rechtsgeldig een retentierecht kon invoeren, omdat zij niet de (exclusieve) feitelijke macht over het werk had. Door het afsluiten van de bouwplaats om de exclusieve macht te bewerkstelligen heeft onderaanneemster zich meer rechten toegeëigend dan die zij voor de datum van het faillissement had, aldus de curator. De curator acht deze handelwijze in strijd met het fixatiebeginsel, inhoudende dat op de dag van het faillissement de vermogenstoestand wordt gefixeerd.
9. Voor zover geoordeeld wordt dat onderaanneemster wel de feitelijke macht uitoefende, stelt de curator zich op het standpunt dat onderaanneemster na de ontruiming op last van de politie en de afgifte van de sleutels van de woningen haar retentierecht heeft prijsgegeven.
10. In het geval wordt geoordeeld dat onderaanneemster nog wel een rechtsgeldig retentierecht heeft, beroept de curator zich op zijn bevoegdheid ex artikel 60 lid 2 van de Faillissementswet om de zaak op te eisen en te verkopen, met erkenning van het voorrecht van onderaanneemster.
11. Op grond van het voorgaande concludeert de curator tot afwijzing van de vordering, uitvoerbaar bij voorraad, met veroordeling van onderaanneemster in de proceskosten.

de beoordeling van het geschil

12. Anders dan de curator acht arbiter het door onderaanneemster gestelde belang – het verkrijgen van verhaalszekerheid voor haar vordering op hoofdaanneemster – voldoende spoedeisend om te worden ontvangen in haar vordering in kort geding.

13. Centraal in dit kort geding staat de vraag of onderaannemster jegens de curator het retentierecht kan doen gelden op het bouwwerk wegens haar (onbetwiste) vordering op hoofdaannemster.
14. Voor beantwoording van de vraag of aan onderaannemster een retentierecht toekomt, moet in ieder geval worden bezien of onderaannemster houder van de onroerende zaak is, dat wil zeggen daarover direct of indirect de naar verkeersopvattingen, wet en uiterlijke omstandigheden te beoordelen feitelijke macht uitoefent, in die zin dat, in de terminologie van artikel 3:290 BW, 'afgifte' - in geval van een onroerende zaak in de regel door ontruiming - nodig is om de zaak weer in de macht van de schuldenaar of de rechthebbende te brengen.
15. Naar het voorlopig oordeel van arbiter heeft onderaannemster onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij de feitelijke macht als hiervoor bedoeld uitoefende op het moment dat zij een retentierecht inriep. Arbiter overweegt daartoe het volgende.
16. Onderaannemster voert ter onderbouwing van de door haar gestelde feitelijke macht onder meer aan dat haar werknemers op het bouwterrein dagelijks aan het werk waren en dat haar bouwmaterialen en containers op het bouwterrein stonden. Niet in geschil is echter dat ook hoofdaannemster en een aantal andere onderaannemers (voortdurend) werkzaamheden op de bouwplaats verrichtten. Bovendien had hoofdaannemster getuige de als productie 2 overgelegde foto ook werkcontainers op de bouwplaats gestald. De door onderaannemster aangevoerde omstandigheden duiden naar het voorlopig oordeel van arbiter dan ook niet op (exclusieve) feitelijke macht van onderaannemster.
17. Dit geldt te meer nu hoofdaannemster een hek met sloten om de bouwplaats heeft (laten) zetten en daaraan bordjes met haar naam heeft gehangen. Weliswaar had onderaannemster een sleutel van het hek en van de woningen, maar die enkele omstandigheid is onvoldoende om feitelijke macht van onderaannemster aannemelijk te achten, nog daargelaten dat volgens hoofdaannemster ook andere onderaannemers de beschikking hadden over een sleutel. Wat daar verder ook van zij, nu in ieder geval hoofdaannemster

een sleutel had, staat vast dat onderaannemster niet de exclusieve toegang tot het bouwwerk had dan wel het uitsluitend beheer daarover voerde.

18. Dat onderaannemster naar eigen zeggen gezien de omvang van haar werkzaamheden feitelijk ook als hoofdaannemer had moeten worden aangemerkt, maakt dat – indien juist – niet anders. Contractueel en ook feitelijk was onderaannemster één van de onderaannemers die in opdracht van hoofdaannemster werkzaamheden verrichtte aan het werk. Zoals de curator terecht stelt had zij dan ook niet de bevoegdheid deze (onder)aannemers of hoofdaannemster de toegang tot de bouwplaats te ontzeggen.
19. Voornoemde uiterlijke omstandigheden in samenhang bezien duiden naar het voorshands oordeel van arbiter in ieder geval niet op feitelijke macht door onderaannemster over het gehele werk.
20. Nu onderaannemster voor 19 april 2012 niet de (exclusieve) feitelijke macht over het werk had, was zij niet bevoegd dat op 19 april 2012 op te eisen door de sloten van het bouwwerk te vervangen en een bord op te hangen waarop zij kenbaar maakte dat zij het retentierecht uitoefende. Het retentierecht strekt er immers toe de schuldeiser een verweermiddel te geven tegen de vordering van zijn schuldenaar tot afgifte van de zaak. Dit defensieve karakter van het retentierecht brengt mee dat de feitelijke macht over de zaak moet zijn verkregen als uitvloeisel van de normale uitoefening van de overeenkomst en dus op rechtmatige wijze. Het eigenmachtig opeisen door onderaannemster van de feitelijke macht om een retentierecht in het leven te roepen is onrechtmatig en mist doel.
21. Naar het voorlopig oordeel van arbiter is dan ook geen sprake van een rechtsgeldig retentierecht van onderaannemster. De vordering van onderaannemster, strekkende tot het verkrijgen van de feitelijke macht over het werk om haar in staat te stellen een retentierecht uit te oefenen, wordt daarom afgewezen.
22. De overige stellingen en weren van partijen kunnen verder buiten beschouwing blijven.

de proceskosten en overige vorderingen

23. Gelet op de mate waarin partijen in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld, acht arbiter het billijk dat onderaannemster de proceskosten draagt.
24. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam € 7.675,76 (waarvan € 1.207,34 aan btw) bedragen en zijn verrekend met de door onderaannemster gedane storting.
25. Arbiter bepaalt de tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van de curator naar de mate van ongelijk van onderaannemster in billijkheid op € 3.750,00.
26. Ter zake van de proceskosten dient derhalve door onderaannemster aan de curator te worden voldaan € 3.750,00.
27. Arbiter zal het vonnis, zoals gevorderd, ter zake de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaren.
28. Hetgeen meer of anders is gevorderd dient te worden afgewezen.

DE BESLISSING

Arbiter, rechtdoende als goed man naar billijkheid in kort geding:

WIJST AF de vorderingen van onderaannemster;

VEROORDEELT onderaannemster ter verrekening van de proceskosten aan de curator te betalen € 3.750,00 (drieduizend zeventienhonderd vijftig euro);

VERKLAART dit vonnis ter zake van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Aldus gewezen te Amsterdam, 22 juni 2012

w.g. G.F.J. Simonetti

33884