

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/126025>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

■ **ftoefschrijl**

In de rubriek 'Proefschrift' vertellen recentelijk gepromoveerden en promovendi, waar hun stellingen in de kern op neer komen.

Deze keer: mr. J.J. van Hees. Mr. J.J. van Hees promoveerde op 2 juli jl. aan de Katholieke Universiteit Nijmegen op het proefschrift 'Leasing'. Promotor was prof.mr. S.C.J.J. Kortmann. Mr. Jako van Hees is werkzaam als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

Leasing

J.J. van Hees

Leasing is geen juridisch begrip, maar een aanduiding die in de praktijk wordt gehanteerd voor een bonte verzameling overeenkomsten met enkele gemeenschappelijke kenmerken. In dit proefschrift worden deze kenmerken geïnventariseerd en wordt behandeld welke wettelijke regelingen op lease-overeenkomsten van toepassing kunnen zijn. Bijzondere aandacht krijgt het eigendomsrecht van de leasegever, dat bij *finandal lease* als zekerheidseigendom kan worden aangemerkt. Verdedigd wordt onder meer dat, ook onder het huidige recht, aan deze kwalificatie bijzondere rechtsgevolgen moeten worden toegekend.

Inleiding

Leasing is geen onbekend fenomeen meer. De afgelopen decennia heeft het aantal lease-overeenkomsten dat wordt gesloten een ongekende groei doorgemaakt. Geschat wordt dat inmiddels jaarlijks door het bedrijfsleven voor meer dan tien miljard gulden door middel van leasing in kapi-

taalgoederen wordt geïnvesteerd. Deze groei vindt gedeeltelijk zijn oorzaak in het feit dat leasing een modieus verschijnsel is. Veel overeenkomsten die vroeger onder een andere benaming door het leven gingen, zoals huur, huurkoop en koop op afbetaling, worden tegenwoordig met 'lease' aangeduid. Het wordt commercieel aantrekkelijker geacht de mogelijkheid van

leasing van een auto aan te prijzen, dan de mogelijkheid om dezelfde auto door middel van huurkoop aan te schaffen.

De toename van het aantal lease-overeenkomsten kent echter ook een belangrijke autonome component. Zowel in het bedrijfsleven als in de particuliere sfeer worden investeringen meer en meer met vreemd vermogen gefinancierd. Voor het bedrijfsleven komt daar nog bij dat de laatste jaren een sterke neiging bestaat om activiteiten die niet tot de kernactiviteiten behoren, en de daarbij behorende investeringen, onder te brengen bij daartoe gespecialiseerde ondernemingen. Bij deze politiek van *outsourcing* is leasing een belangrijk instrument.

Naast deze bedrijfseconomische en beleidsmatige overwegingen, spelen ook andere factoren een rol bij de toegenomen populariteit van leasing. In fiscale wetgeving en in regelgeving met betrekking tot subsidies is vaak van belang wie als eigenaar van een goed wordt beschouwd. Soms worden hiervoor juridische criteria gehanteerd, vaker is echter doorslaggevend wie economisch als eigenaar van het goed moet worden aangemerkt. Lease-overeenkomsten bieden de mogelijkheid om met deze eigenaarsposities te schuiven op een zodanige wijze dat optimaal gebruik wordt gemaakt van fiscale en subsidiefaciliteiten. In internationale verhoudingen kan daarbij in veel gevallen bovendien worden geprofiteerd van verschillen in de regelgeving tussen de betrokken landen.

Het object van lease-overeenkomsten

De goederen die door middel van een lease-overeenkomst worden aangeschaft of in gebruik genomen, zijn van zeer uiteenlopende aard. Vervoermiddelen vormen een belangrijke categorie, waarbij naast de eerdergenoemde auto's ook gedacht moet worden aan vliegtuigen, schepen, treinen etc. Ook machines, van fotokopieerapparaten en computers tot complete productielijnen, worden veel geleast. Sterk in opkomst is het leasen van onroerende zaken, zoals bedrijfshallen en kantoorgebouwen, maar ook van hele complexen zoals energiecentrales en huisvuilverbrandingsinstallaties. Uit de — politiek beladen — 'technolease'-affaire met betrekking tot de *sale and lease back* van intellectuele eigendomsrechten door Philips en Fokker blijkt dat ook niet-stoffelijke objecten worden geleast.

De goederen uit deze opsomming hebben alle

één ding gemeen: het zijn goederen met een duurzame gebruikswaarde, ofwel *kapitaalgoederen*. Bij goederen die niet gedurende een langere periode kunnen worden gebruikt, zoals voorraden en vorderingen, wordt niet van leasing gesproken.

Financial en operational lease

Bij leasing gaat het er in alle gevallen om dat de ene partij, de lessor of leasegever, de andere partij, de lessee of leasener, in de gelegenheid stelt een bepaald goed te gebruiken. De leasener betaalt hiervoor op zijn beurt een tegenprestatie in geld aan de leasegever. Afgezien van deze (hoofd)kenmerken, kunnen de voorwaarden van overeenkomsten die in de praktijk met leasing worden aangeduid sterk verschillen. Zo kan het risico van tenietgaan of beschadiging van het lease-object, al dan niet gekoppeld aan een verzekeringsverplichting, bij de leasegever dan wel bij de leasener rusten. Hetzelfde geldt voor de verplichting tot onderhoud van het lease-object. De leasetermijnen kunnen vast zijn of variabel, bijvoorbeeld afhankelijk van het gebruik dat de leasener van het lease-object maakt. In de lease-overeenkomst kan een koopoptie of -verplichting voor de leasener bij het einde van de overeenkomst zijn opgenomen. Ook kan zijn overeengekomen dat de leasener na voltooiing van een zeker totaalbedrag aan leasetermijnen eigenaar van het lease-object wordt.

Bij al deze variaties doemt in de praktijk altijd weer één bepaald onderscheid op: dat tussen *financial* en *operational* lease. Bepalend voor dit onderscheid wordt geacht wie van de beide partijen bij de lease-overeenkomst het economisch risico met betrekking tot het lease-object draagt, met andere woorden wie van de beide partijen als *economisch eigenaar* van het lease-object kan worden aangemerkt. Bij een financial lease is dit de leasener, bij een operational lease de leasegever. Als economisch eigenaar heeft daarbij te gelden degene voor wiens rekening en risico de waarde-ontwikkeling van het lease-object tijdens de duur van de lease-overeenkomst komt. In het bijzonder zijn daarbij van belang de bepalingen in de lease-overeenkomst die regelen wat er gebeurt met het eigendomsrecht van het lease-object bij het einde van de lease-overeenkomst. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

Stel dat in een lease-overeenkomst is bepaald dat de leasener het recht heeft om de door

hem geleaste auto bij het einde van de lease-overeenkomst te kopen voor een bedrag van f 1,-. Een koopoptie voor een dergelijk, in verhouding tot de vermoedelijke waarde van de auto bij het einde van de lease-overeenkomst, laag bedrag wordt ook wel een *dwingende of urgerende* koopoptie genoemd. De leasener zal normaal gesproken altijd tot uitoefening van de optie overgaan, aangezien de waarde van het lease-object bij het einde van de lease-overeenkomst vele malen hoger zal liggen dan de door hem verschuldigde koopprijs. Dat betekent dat de leasener de facto het risico van de waarde-ontwikkeling van het lease-object tijdens de looptijd van de lease-overeenkomst draagt. Indien het lease-object bij het einde van de lease-overeenkomst minder of juist meer waard is dan partijen hebben voorzien, dan komt dit voor rekening van de leasener. Deze lease-overeenkomst heeft dan ook een financial karakter.

Bevat de lease-overeenkomst daarentegen in het geheel geen recht op eigendomsverrijking voor de leasener of bijvoorbeeld een optie die de leasener het recht geeft de auto bij het einde van de lease-overeenkomst te kopen tegen de dan geldende marktwaarde, dan is duidelijk dat de waarde-ontwikkeling van de auto geheel voor rekening van de leasegever komt. Een dergelijke lease-overeenkomst wordt aangemerkt als een operational lease.

Omdat het economisch belang van het lease-object bij financial lease bij de leasener ligt, vervult dit voor de leasegever maar een beperkte functie. Anders dan bij operational lease, waarbij het lease-object door de leasegever wordt *geëxploiteerd*, dient het lease-object bij financial lease slechts als *zekerheidsobject* voor de leasegever. Zijn belang bij het lease-object is met name gelegen in de mogelijkheid om zich uit de opbrengst daarvan schadeloos te stellen als de leasener zijn verplichtingen niet nakomt. Indien de leasegever bij een financial lease eigenaar van het lease-object is, hetgeen in de meerderheid van de gevallen zo is, dan betreft zijn eigendomsrecht geen gewone eigendom maar *zekerheidseigendom*.

Wettelijke regelingen

De lease-overeenkomst kent geen eigen wettelijke regeling. Een dergelijke regeling is ook niet goed denkbaar in verband met het grote aantal variaties waarin lease-overeenkomsten in de

praktijk voorkomen. Dat neemt echter niet weg dat, afhankelijk van de precieze inhoud van een individuele lease-overeenkomst, daarop wel bijzondere wettelijke bepalingen van toepassing kunnen zijn. Zo voldoet de operational lease-overeenkomst aan de omschrijving van de overeenkomst van huur en verhuur in het eerste lid van artikel 7A:1584 BW. Dat betekent dat de desbetreffende wettelijke bepalingen in beginsel op de operational lease-overeenkomst van toepassing zijn. Bij de lease van roerende zaken is dat niet erg belangrijk. De wettelijke huurbepalingen zijn in dit geval van regelend recht. Lease-overeenkomsten met betrekking tot woon- of bedrijfsruimte zullen echter onderworpen zijn aan de desbetreffende dwingendrechtelijke wettelijke bepalingen.

Voor financial lease-overeenkomsten zijn vooral de wettelijke regelingen van de huurkoopovereenkomst van belang. De huurkoop van roerende zaken is geregeld in artikel 7A:1576h e.v. BW. Deze bepalingen hebben een dwingendrechtelijk karakter. In beginsel vallen onder de definitie van huurkoop in het eerste lid van artikel 7A:1576h BW slechts die lease-overeenkomsten, waarbij de leasener aan het einde van de overeenkomst automatisch eigenaar van het lease-object wordt. In het tweede lid van artikel 7A:1576h BW is echter een zogenaamde 'strekingsbepaling' opgenomen, als gevolg waarvan ook financial lease-overeenkomsten met een koopoptie als eerder beschreven onder het bereik van de wettelijke regeling dreigen te vallen.

De huurkoopregeling bevat strikte voorschriften omtrent de wijze van totstandkoming van huurkoopovereenkomsten en de rechten en verplichtingen van beide partijen. Toen de regeling werd ontworpen, in de jaren dertig, had men vooral de bescherming van de particuliere huurkoper op het oog. Deze rol is thans echter vrijwel geheel overgenomen door de Wet op het consumentenkrediet. Bij professionele partijen bestaat aan de dwingende regels van artikel 7A:1576h e.v. BW geen enkele behoefte. Om deze reden wordt in het proefschrift betoogd dat de rechter zich bij het van toepassing verklaren van de huurkoopbepalingen terughoudend dient op te stellen.

Hetzelfde geldt voor de wettelijke regeling van de huurkoop van onroerende zaken, thans nog opgenomen in de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (TWHOZ). Artikel 1 lid 2 van deze wet kent eveneens een strekkingsbepaling.

Deze strekkingsbepaling is er, samen met de voor de leasegever uiterst ongunstige bepalingen van de TWHOZ, de oorzaak van geweest dat financial lease van onroerende zaken maar weinig voorkomt. Overigens zal dit binnenkort waarschijnlijk veranderen omdat inmiddels wetsvoorstel 24 212 door de Eerste Kamer is aangenomen. Dit wetsvoorstel dient ter vervanging van de TWHOZ en voegt aan titel 1 van boek 7 een nieuwe afdeling over de huurkoop van onroerende zaken toe. Deze bepalingen zijn aanmerkelijk minder bezwarend dan de huidige regeling. Voorts ontbreekt in het voorstel een strekkingsbepaling, zodat Financial lease-overeenkomsten in de meeste gevallen niet door de nieuwe regeling worden bestreken.

Zekerheidseigendom

Van zekerheidseigendom wordt gesproken in die gevallen waarin het belang van de eigenaar bij een goed in beginsel niet verder gaat dan de mogelijkheid om zich schadeloos te stellen als zijn wederpartij zijn verplichtingen niet nakomt. Economisch behoort het goed echter tot het vermogen van de wederpartij. De rechtsverhouding tussen de eigenaar en zijn wederpartij wordt ook wel aangeduid als *eenfiduciare rechtsverhouding*.

Onder het oude recht was het zeer gebruikelijk dat een kredietnemer goederen tot zekerheid overdroeg aan zijn kredietverschaffer. Deze werd dan fiduciair eigenaar van de goederen. De Hoge Raad zag deze zekerheidsoverdracht aan de kredietverschaffer in beginsel als een overdracht onder de ontbindende voorwaarde van aflossing van de schuld van de kredietnemer. Dat had tot gevolg dat de goederen, op het moment dat de kredietnemer aan al zijn verplichtingen had voldaan, van rechtswege weer terugkeerden naar het vermogen van de kredietnemer zodat deze weer (juridisch) eigenaar werd.

Onder het oude recht heeft de zekerheidsoverdracht tot een stroom jurisprudentie aanleiding gegeven. Daarin is aan de zekerheidseigenaar een aantal beperkingen opgelegd, die verband hield met het feit dat het eigendomsrecht voor deze slechts de functie van zekerheidsrecht vervult. Zo werd zijn eigendomsrecht tegenover andere schuldeisers van de kredietnemer in bepaalde gevallen gerelativeerd en diende hij bij een tekortkoming van de kredietnemer de voorschriften in acht te nemen die gelden bij de executie van een pandrecht.

Een andere ontstaanswijze voor zekerheidseigendom is de overdracht onder eigendomsvoorbehoud. Een leverancier kan een goed overdragen aan een afnemer en zich daarbij het eigendomsrecht voorbehouden totdat de afnemer aan zijn verplichtingen heeft voldaan (zie artikel 3:92 BW). Ook in dat geval wordt het eigendomsrecht van de leverancier beschouwd als zekerheidseigendom. Een dergelijke overdracht wordt gezien als een overdracht onder opschortende voorwaarde. Op het moment dat de afnemer zijn verplichtingen is nagekomen, wordt hij van rechtswege eigenaar van het goed.

Ook bij financial lease is het belang van de leasegever bij het lease-object beperkt tot de mogelijkheid om zich schadeloos te stellen bij een tekortkoming van de leasener en is de leasener economisch eigenaar van het lease-object. Aan deze situatie hoeft echter lang niet altijd een (voorwaardelijke) overdracht vooraf te gaan. Indien bijvoorbeeld in de lease-overeenkomst een koopoptie is opgenomen, vindt er geen overdracht plaats zolang deze optie niet door de leasener is uitgeoefend. Desondanks verschilt de economische situatie niet van die bij een zekerheidsoverdracht of een overdracht onder eigendomsvoorbehoud. Om deze reden wordt in het proefschrift verdedigd dat, ook zonder dat er sprake is van een overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarde, het eigendomsrecht van de leasegever moet worden aangemerkt als zekerheidseigendom. Voorts wordt verdedigd dat in alle gevallen bij zekerheidseigendom, dus ongeacht de wijze waarop deze is ontstaan, aan de zekerheidseigenaar beperkingen moeten worden opgelegd in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de zekerheidsoverdracht onder het oude recht. Deze beperkingen houden enerzijds verband met de beperkte functie van het eigendomsrecht voor de zekerheidseigenaar en anderzijds met de gewenste bescherming van de schuldenaar/economisch eigenaar en diens overige schuldeisers.

Het Sogelease-arrest

Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 leek een einde te zijn gekomen aan een van de ontstaanswijzen van zekerheidseigendom: de zekerheidsoverdracht. Een dergelijke overdracht is immers niet geldig als gevolg van het bepaalde in artikel 3:84 lid 3 BW, het fiduciaverbod. Dit fiduciaverbod vormde een ernstige be-

lemmering voor de financieringspraktijk in het algemeen en de leasepraktijk in het bijzonder. Een veel voorkomende leasevorm is de *sale and lease back*. De leasener draagt daarbij het lease-object, waarvan hij eigenaar is, over aan de leasegever die het vervolgens weer aan de leasener in lease geeft. Indien deze lease een financial karakter heeft, moet de overdracht van de leasener aan de leasegever worden aangemerkt als een zekerheidsoverdracht. Bij een letterlijke toepassing van het fiduciaverbod kan deze overdracht niet meer plaatsvinden en wordt aldus de (financial) *sale and lease back* onmogelijk.

De Hoge Raad heeft, in het belangrijke Sogelease-arrest (HR 16 mei 1995, *NJ* 1996, 119), de gevolgen van de invoering van het fiduciaverbod enigszins gemitigeerd. Hij heeft dit gedaan door — kort gezegd — te beslissen dat van een overdracht tot zekerheid eerst sprake is indien de bevoegdheden van de verkrijger zijn beperkt tot de bevoegdheid zich op het overgedragen goed te verhalen teneinde zich uit de opbrengst te voldoen. Daarbij wekt de Hoge Raad de indruk dat het partijen in alle gevallen — behoudens 'bijzondere omstandigheden' — vrij staat overeen te komen dat voor de verkrijger een dergelijke beperking *niet* geldt, zodat het fiduciaverbod in dat geval geen toepassing vindt.

Het Sogelease-arrest heeft ervoor gezorgd dat er thans weer enige ruimte bestaat voor de overdracht van goederen door kredietnemers aan hun kredietverschaffers. De financial *sale and lease back* kan, mits de bevoegdheden van de leasegever met betrekking tot het lease-object niet worden beperkt, thans weer mogelijk worden geacht. In zoverre stemt het arrest tot tevredenheid. Dat geldt echter niet voor de door de Hoge Raad gehanteerde methode: een beperkte uitleg van de woorden 'tot zekerheid' in artikel 3:84 lid 3 BW. Het gevolg lijkt immers te zijn dat, indien partijen maar overeenkomen dat er geen beperkingen voor de verkrijger gelden, deze beperkingen *des* ook niet bestaan. Dat resultaat is bepaald ongelukkig, omdat het afbreuk doet aan de, onder het oude recht zorgvuldig opgebouwde, bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de overdrager en diens schuldeisers.

Een ander bezwaar tegen het arrest is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk ruimte laat voor afwijking van de geformuleerde hoofdregel indien er sprake is van bijzondere omstandigheden, zonder dat duidelijk is wat voor bijzondere omstandigheden de Hoge Raad op het oog heeft. De in de financieringspraktijk dringend gewenste rechtsze-

kerheid is met deze vaagheid niet gediend. In het proefschrift wordt dan ook, onder meer op grond van de hier gegeven redenen, betoogd dat ingrijpen van de wetgever noodzakelijk blijft en het fiduciaverbod dient te worden geschrapt.

Tekortkoming en insolventie

Het recht wordt pas echt interessant op het moment dat mensen niet doen wat van hen verwacht wordt. Aan deze situatie wordt in het proefschrift dan ook ruim aandacht besteed, in het bijzonder wanneer de tekortkoming van een der partijen bij een lease-overeenkomst samenhangt met diens insolventie. De rode draad van het betoog wordt daarbij gevormd door de bijzondere positie van de leasener bij een financial lease-overeenkomst, als gevolg van het feit dat het economisch belang bij het lease-object aan hem toekomt. Verdedigd wordt dat deze bijzondere positie rechtvaardigt dat de leasener verdergaande aanspraken jegens de leasegever toekomen dan louter verbintenisrechtelijke. Zo dient de leasener te worden beschermd tegen het faillissement of beschikkingshandelingen van de leasegever. Deze bescherming kan het meest doeltreffend worden geboden indien men aanneemt dat de aanspraken van de leasener op het lease-object bij een financial lease een goederenrechtelijk karakter hebben.

Volgens de heersende opvatting is daarvan slechts sprake als de leaseverhouding is gestoeld op een voorwaardelijke overdracht door de leasegever aan de leasener of *vice versa*. Dat betekent dat bij een lease-overeenkomst met een koopoptie de leasener deze goederenrechtelijke bescherming zou ontberen. In het proefschrift wordt betoogd dat ook in dat geval een dergelijke bescherming kan worden ingepast in het systeem van de wet. Daarbij wordt een aantal andere rechtsfiguren behandeld waarbij de economisch belanghebbende aanspraken met een goederenrechtelijk karakter heeft op een goed dat juridisch aan een ander toebehoort. Dit doet zich onder meer voor bij lastgevings- en trustverhoudingen en bij een figuur als de kwaliteitsrekening.

Slot

Tussen de rechtswetenschap en de praktijk bestaat een wisselwerking. De rechtswetenschap dient een solide en betrouwbaar kader te vor-

men, waarnaar de praktijk zich kan richten. Anderzijds wordt de rechtswetenschap geacht de maatschappelijke ontwikkelingen te volgen. Het volgen impliceert reeds enige achterstand. Deze achterstand verschilt echter nogal naar gelang het onderwerp. De erkenning door het vermogensrecht van economische verhoudingen vormt een voorbeeld van een geval waarin de achterstand behoorlijk is opgelopen. Financieringstransacties worden tegenwoordig in hoge mate door factoren buiten het vermogensrecht bepaald. Internationale en fiscale regelgeving en regelgeving op het terrein van het jaarrekeningen-

recht spelen veelal een doorslaggevende rol. Anders dan in het verleden, heeft dit tot gevolg dat de juridisch eigenaar van een goed niet automatisch tevens de economisch belanghebbende bij dat goed is. Leaseverhoudingen vormen bij uitstek een voorbeeld van rechtsverhoudingen waarin een dergelijke splitsing veelvuldig voorkomt. Het vermogensrecht heeft zich tot voor kort niet veel aan de economische verhoudingen tussen partijen gelegen laten liggen. Mondjesmaat komt daar echter verandering in. Het wachten is nu op de sprint.