

VERMOGENSRECHTELIJKE ASPECTEN VAN LEASING

mr. J.J. van Hees
mr. drs. R.M. Hermans
prof. mr. S.C.J.J. Kortmann



koninklijke vermande
1997

ISBN 90 5458 526 9

NUGI 692

© 1997, J.J. van Hees, R.M. Hermans, S.C.J.J. Kortmann

Omslagontwerp: C. Koevoets

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

INHOUD

VERMOGENSRECHTELIJKE ASPECTEN VAN LEASING

Mr. J.J. van Hees
Mr.drs. R.M. Hermans
Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

Blz.

WOORD VOORAF

VII

I LEASING ALGEMEEN

1

(Mr. J.J. van Hees)

- * Inleiding 1
- * Motieven voor leasing 2
- * Cross-border leases 4
- * Operational/financial 6

II HET OBJECT VAN LEASING

16

(Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann)

- * Roerende/onroerende zaken; vermogensrechten 16
- * Natrekking (bestanddeelvorming) 18
- * Criteria natrekking 19
- * In lease gegeven hulpzaken 22
- * De vroegere hulpzaken en het huidige recht 23
- * Onroerend worden versus natrekking 26
- * Overgangsprikelen 29
- * Opstalleasing 34
- * Leasing van electriciteitscentrales, netwerken en dergelijke 37

III RELEVANTE REGELGEVING

42

(Mr.drs. R.M. Hermans)

- * Huurkoop onroerende zaken 42
 - Inleiding 42
 - Het wetsvoorstel huurkoop onroerende zaken 43
 - Korte inhoud 46
 - Samenvatting inhoud wetsvoorstel 47

- Totstandkoming overeenkomst	48
- Goederenrechtelijke bescherming huurkoper	49
- Bezwarend huurkooprecht	52
- Situatie bij hypothecaire voorbelasting	53
- Verbintenisrechtelijke bescherming huurkoper	55
- Conclusie	57
* Huur en verhuur van bedrijfsruimte	58
- Inleiding	58
- Hoofdpijnen van het wetsvoorstel	61
- Werkingssfeer	62
- Uitzonderingen op de werkingssfeer ten behoeve van leaseovereenkomsten	69
- Beperking werkingssfeer bij AMvB	72
- Overzicht dwingendrechtelijke bepalingen	74
- Opzeggingsbescherming	74
- Huurprijsaanpassing	76
- Indeplaatsstelling	77
- Uitsluiting buitengerechtelijke ontbinding	77
- Overgangsrecht	78
- Conclusie	79
* Huurkoop roerende zaken	80
* Het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht	81
- Conclusie	88
IV DE LEASENEMER IN FINANCIËLE MOEILIKHEDEN	89
<i>(Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann / Mr. J.J. van Hees)</i>	
* Ontbinding/beëindiging	89
* Voordeelafdracht bij ontbinding?	93
* Voorrecht en bodemrecht van de fiscus	96
* De afkoelingsperiode	99
V ENKELE IPR-ASPECTEN	102
<i>(Mr. J.J. van Hees)</i>	
* Toepasselijk recht bij cross-border leasing	102
* De twee-momentenleer	104
TOT BESLUIT	108

WOORD VOORAF

De titel van dit preadvies is niet "Leasing", omdat een dergelijke titel misleidend zou zijn geweest. Wij hebben geprobeerd een aantal aspecten te bespreken dat voor praktijk en wetenschap van belang is en in (recente) literatuur over leasing niet uitputtend is besproken. Mede op grond van persoonlijke beperkingen hebben wij onze aandacht gericht op de vermogensrechtelijke aspecten van leasing.

Het preadvies is geschreven door drie auteurs. De opvattingen die hierin zijn verwoord, zijn doorgaans die van een drie-eenheid. Soms is deze echter verdeeld. In de tekst wordt desalniettemin de "wij-vorm" gebezigd. Naar goed Nederlands rechterlijk gebruik komen "dissenting opinions" (vrijwel) niet tot uiting. Het voeren van de discussie met de leden van de Vereniging voor Burgerlijk Recht leek ons aardiger dan een onderling dispuut. Eventuele bedenkingen tegen hetgeen in dit boekje is geschreven, dienen in de eerste plaats te worden gericht tot de auteur(s) die bij de respectieve hoofdstukken is/zijn vermeld.

Indien in dit preadvies wordt verwezen naar bepaalde artikelen, betreffen deze het Burgerlijk Wetboek, voor zover niet anders is aangegeven.

Het manuscript had moeten zijn afgesloten op 1 oktober 1997.

Mw. Gonnie Jakobs (secretaresse burgerlijk recht van de Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid) typte een deel van de tekst en verzorgde met de haar kenmerkende nauwgezetheid de lay-out. Het grootste deel van de drie-eenheid was met haar niet aflatende inzet reeds vertrouwd, maar dat doet niet af aan de dank die wij haar verschuldigd zijn.

Amsterdam/'s-Gravenhage/Nijmegen, november 1997

I LEASING ALGEMEEN

Mr. J.J. van Hees*

Inleiding

De leaseovereenkomst is, anders dan bijvoorbeeld de koopovereenkomst, niet juridisch te definiëren. Men pleegt dan ook te volstaan met een globale aanduiding van de kenmerken van overeenkomsten die in de praktijk als lease worden aangeduid. Het gaat om overeenkomsten waarbij de ene partij, de leasegever, de andere partij, de leasener, in staat stelt om een bepaald kapitaalgoed tijdens de looptijd van de overeenkomst te gebruiken tegen een door de leasener aan de leasegever te betalen geldelijke vergoeding. Daarbij komt het eigendomsrecht van het leaseobject – voor ten minste de duur van de overeenkomst – in de meeste gevallen toe aan de leasegever. Voorts lijkt er een – zeer dunne – scheidslijn te lopen tussen overeenkomsten die door de praktijk het etiket "huur" krijgen opgeplakt en overeenkomsten die als (operational) "lease" worden aangemerkt. Deze scheidslijn wordt gevormd door het feit dat, wil er van leasing worden gesproken, de overeenkomst altijd een zekere minimumduur moet hebben die afhankelijk is van de economische levensduur van het leaseobject. Hetzelfde geldt voor de afgrenzing van een (financial) lease ten opzichte van bijvoorbeeld de koop onder eigendomsvoorbehoud. Slechts indien de aan de "koper" gegunde termijn om te betalen aanmerkelijk langer is dan de in het handelsverkeer gebruikelijke betalingstermijn, zal er van leasing worden gesproken.

Binnen deze ruwe afbakening is er een vrijwel oneindig aantal variaties waarin leaseovereenkomsten voorkomen. Alle goederen met een min of meer duurzame gebruikswaarde komen in aanmerking om geleast te worden. Afhankelijk van de aard van het leaseobject kunnen de behoeften van de leasener aan bijvoorbeeld aanvullende diensten en leveringen door de leasegever sterk verschillen. De motieven die voor het aangaan van de leaseovereenkomst een rol hebben gespeeld, zullen bepalend zijn voor de

* Mr. J.J. van Hees is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

precieze constructie van de leaseverhouding, de duur daarvan en de hoogte en de wijze van betaling van de leasetermijnen.

Motieven voor leasing

Eén van de hiervoor genoemde kenmerken van leasing is dat de leasener krachtens de leaseovereenkomst in staat wordt gesteld het leaseobject te gebruiken. Een voor de hand liggend motief om een leaseovereenkomst te sluiten, lijkt dan ook te zijn gelegen in de wens van de leasener om het gebruik van een bepaald goed te verwerven. In veel gevallen zal deze wens de belangrijkste drijfveer zijn om een leaseovereenkomst aan te gaan. De leaseovereenkomst is dan het resultaat van een, op bedrijfseconomische gronden gebaseerde, investeringsbeslissing van de leasener. Leasen vormt daarbij één mogelijkheid uit verschillende alternatieven, waaronder bijvoorbeeld het kopen of het huren van het goed waarvan de leasener het gebruik wenst te verwerven.

Dat neemt niet weg dat bij de beslissing om te gaan leasen vaak hele andere overwegingen een rol spelen. Het duidelijkst komt dat naar voren in die gevallen waarin de leasener vóór het aangaan van de leaseovereenkomst reeds de beschikking over het leaseobject heeft. De wens om het gebruik daarvan te verwerven zal dan geen rol spelen. De leasebeslissing wordt in deze gevallen uitsluitend bepaald door andere motieven. Deze andere motieven hebben vaak een bedrijfseconomische en/of fiscale achtergrond. Voor wat betreft de bedrijfseconomische motieven kan worden gedacht aan de wens om het in bedrijfsmiddelen vastgelegde kapitaal vrij te maken. Een sale and lease back geeft een onderneming de mogelijkheid liquiditeiten te genereren die vervolgens kunnen worden aangewend voor andere activiteiten van de onderneming. Voorts kan in dit verband een rol spelen dat een gespecialiseerde leasegever in staat is om aanvullende diensten te verlenen met betrekking tot bijvoorbeeld de exploitatie of het onderhoud van het leaseobject, tegen een lagere kostprijs dan wanneer de onderneming deze diensten in eigen beheer zou verrichten. Ten slotte biedt leasing de mogelijkheid om bepaalde risico's die verband houden met de exploitatie van het leaseobject af te wentelen op de leasegever, zoals de risico's met betrekking tot de (blijvende) inzetbaarheid van het leaseobject als productiemiddel en de waardeontwikkeling van het leaseobject. Het leasen van een productiemiddel kan deze financiële risico's beperken en een onderneming meer armslag geven bij het inspelen op ontwikkelingen in de markt.

Voorts biedt het leasen van bedrijfsmiddelen de mogelijkheid om de balansverhoudingen van een onderneming te beïnvloeden. Door gebruik te maken van een operational lease kan de balans worden verkort. Het geleaste bedrijfsmiddel hoeft niet meer te worden geactiveerd, waardoor de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen in gunstige zin wijzigt. De met het gebruik samenhangende lasten behoeven uitsluitend nog via de resultatenrekening te worden verantwoord.

In de fiscale sfeer zijn met leasing eveneens voordelen te behalen. Zo is voor de mogelijkheid om op een bedrijfsmiddel ten laste van de belastbare winst af te schrijven, van belang wie in fiscale zin als eigenaar van dit bedrijfsmiddel heeft te gelden. Leaseovereenkomsten geven de mogelijkheid om in te spelen op de criteria die voor de fiscale toerekening van een bedrijfsmiddel aan een belastingplichtige worden gehanteerd. Aldus kan er voor worden gezorgd dat de afschrijving kan plaatsvinden bij de partij die daar uit het oogpunt van belastingheffing het grootste voordeel van heeft. Dat kan zijn omdat de leasener onvoldoende winst maakt om ten volle van de afschrijvingsmogelijkheid te kunnen profiteren of in het geheel niet belastingplichtig is, dan wel doordat het tarief van heffing bij de leasegever anders (hoger) is dan bij de leasener. Voorts is denkbaar dat de leasegever kan profiteren van subsidies of van andere investeringsfaciliteiten die door de overheid worden verstrekt. Buiten de winstsfeer bieden leaseovereenkomsten de mogelijkheid om in te spelen op de fiscale regelgeving met betrekking tot bijvoorbeeld overdrachts- en omzetbelasting.

In het algemeen zullen de revenuen die de leasegever uit de leaseovereenkomst ontvangt zijn belastbare winst uiteindelijk weer doen toenemen en de gecreëerde afschrijvingsmogelijkheden weer teniet doen. Indien er bij het structureren van de leaseverhouding echter voor wordt zorggedragen dat de vergrote afschrijvingsmogelijkheden in tijd eerder aanwezig zijn dan de verhoging van de belastbare winst, valt er in ieder geval een rentevoordeel te behalen. Dat rentevoordeel kan, afhankelijk van het met de leaseovereenkomst gemoeide belang, aanzienlijk zijn. Essentie van dit soort "fiscaal gedreven" leaseovereenkomsten is dat het aldus voor de leasegever te behalen belastingvoordeel tussen de leasegever en de leasener wordt verdeeld, hetgeen resulteert in lagere lasten voor de leasener ten opzichte van de situatie dat deze zelf in het leaseobject zou hebben geïnvesteerd of dit op een andere wijze zou hebben gefinancierd.

Cross-border leases

Sterk in opkomst zijn de zogenaamde "cross-border leases". Met een "cross-border lease" wordt bedoeld op een leasetransactie waarbij één of meerdere buitenlandse partijen zijn betrokken. Vanuit Nederlands perspectief betreft dit leasetransacties met betrekking tot leaseobjecten die zich in Nederland bevinden dan wel die door Nederlands recht worden beheerst. In de meeste gevallen zal de leasener een Nederlandse rechtspersoon zijn. De leasegever zal daarentegen normaal gesproken van buitenlandse origine zijn.

Een oorzaak van de groei van het aantal leaseverhoudingen waarbij buitenlandse partijen zijn betrokken is gelegen in de internationalisering van het handels- en financieringsverkeer. Een andere oorzaak is het feit dat de capaciteit van de binnenlandse markt niet altijd toereikend is om in de financieringsbehoefte met betrekking tot kapitaalintensieve objecten te voorzien. Met de lease van kostbare roerende zaken, zoals vliegtuigen en schepen, zijn tientallen tot honderden miljoenen guldens gemoeid. Bij leasing van onroerende zaken kan dit nog verder oplopen. De belangrijkste reden voor de sterke groei is echter gelegen in het feit dat cross-border leasing de mogelijkheid geeft om aanzienlijke fiscale voordelen te behalen.

Cross-border leases zijn in de meerderheid van de gevallen fiscaal gedreven. Als gevolg van het feit dat de betrokken partijen aan andere fiscale regimes zijn onderworpen, kan optimaal gebruik worden gemaakt van de verschillen in de regelgeving met betrekking tot toerekening/afschrijfbaarheid van het leaseobject, de tarieven en eventuele bijzondere faciliteiten die het ene land wel en het andere land niet kent. Zo kan bijvoorbeeld worden bewerkstelligd dat het leaseobject zowel door de leasegever als door de leasener ten laste van de fiscale winst kan worden afgeschreven. Omdat op de leaseverhoudingen behalve verschillende fiscale ook verschillende vermogensrechtelijke jurisdicties van toepassing zijn, is de structuur van cross-border leases vaak uiterst gecompliceerd. De complexiteit van de structuren wordt nog versterkt doordat voor het bereiken van fiscale doeleinden vermogensrechtelijke instrumenten worden gebruikt, zoals het sluiten van overeenkomsten, het overdragen van goederen en het vestigen van zekerheden. Aldus worden, als neveneffect, allerlei vermogensrechtelijke gevolgen in het leven geroepen die niet worden beoogd. Deze gevolgen zullen op hun beurt weer zoveel mogelijk moeten worden geëlimineerd.

Indien bijvoorbeeld een Nederlandse onderneming overweegt om, met het oog op het behalen van fiscaal voordeel, een cross-border lease met betrekking tot een bedrijfsmiddel aan te gaan, kan het ingevolge de toepasselijke fiscale regelgeving noodzakelijk zijn dat het leaseobject aan de (buitenlandse) leasegever wordt overgedragen. Het gevolg daarvan is dat de leasener een insolventierisico gaat lopen. Het faillissement van de leasegever kan ertoe leiden dat de leasener, in weerwil van de leaseovereenkomst, zijn gebruiksrechten niet kan uitoefenen. Om dit risico te beperken zijn bijzondere maatregelen nodig, zoals het tussen schuiven van een daartoe speciaal opgerichte rechtspersoon, een "special purpose vehicle", of een trustee die als leasegever zal optreden en aan wie de overdracht kan plaatsvinden, dan wel het vestigen van zekerheden ten behoeve van de leasener.

Voorts zullen de betalingsverplichtingen van de leasener zich over een langere periode uitstrekken. Dat heeft tot gevolg dat de leasegever op zijn beurt een insolventierisico met betrekking tot de leasener loopt. Teneinde dit risico te beperken is het noodzakelijk dat er voor de betaling van de leasetermijnen en eventuele andere verplichtingen van de leasener zekerheden worden verstrekt. Mede met het oog op dit risico wordt vaak een zogenaamd "defeasance"-element aan de transactie toegevoegd. Dat houdt in dat de leasener zijn betalingsverplichtingen onderbrengt bij een andere partij, meestal een special purpose vehicle. Dit special purpose vehicle ontvangt daartoe van de leasener bij aanvang van de leaseovereenkomst een bedrag ineens, dat in beginsel toereikend is om deze verplichtingen te dekken. Aldus kan het insolventierisico voor de leasegever worden beperkt, doordat een deconfiture van de leasener in beginsel geen invloed heeft op de positie van het special purpose vehicle. Een andere reden waarom van deze defeasance-structuur gebruik wordt gemaakt is gelegen in de wens om de balans van de leasener te beïnvloeden. Afhankelijk van de precieze inrichting van de leaseovereenkomst, is het mogelijk dat de leasener zijn (toekomstige) verplichtingen uit de leaseovereenkomst dient te passiveren. Door gebruik te maken van defeasance, kan deze post worden geëlimineerd. De desbetreffende verplichtingen worden immers ondergebracht bij een derde, het special purpose vehicle. Deze derde zal, in plaats van de leasener, de verplichtingen op zijn balans moeten verantwoorden.

De hier gegeven voorbeelden maken duidelijk dat cross-border leases in het algemeen een zeer complexe structuur hebben. Bij de totstandkoming van dergelijke transacties is dan ook een veelheid aan adviseurs op juridisch,

fiscaal en financieel terrein betrokken. De toepasselijkheid van verschillende jurisdicties en het feit dat ieder van de aan de transactie deelnemende partijen zich pleegt te laten bijstaan door een eigen team van adviseurs, leidt ertoe dat het aantal betrokken adviseurs veelal in de tientallen loopt. Het aangaan van een cross-border lease is dan ook buitengewoon kostbaar. Gevoegd bij het feit dat het te behalen fiscale voordeel vaak slechts enkele procenten van de waarde van de leaseobjecten bedraagt, heeft dit tot gevolg dat cross-border leases vrijwel uitsluitend worden gesloten met betrekking tot kapitaal-intensieve objecten. De eerste ervaringen met fiscaal gedreven cross-border leases zijn in dit verband opgedaan in de transportbranche, in het bijzonder met vliegtuigen en schepen. In de huidige markt ziet men een toename van het aantal cross-border leases met betrekking tot onroerende zaken, zoals fabriekscomplexen en andere (grootschalige) inrichtingen, zoals elektriciteitscentrales en huisvuilverbrandingsinstallaties.

Operational/financial

Leaseovereenkomsten worden van oudsher onderscheiden in financial en operational leases. Dit onderscheid is vooral van belang voor – en vindt zijn oorsprong in – het verschil in de fiscale behandeling en de gevolgen voor de balans van een onderneming. Kort gezegd komt het verschil tussen beide leasevormen daarop neer, dat bij een financial lease de *economische* eigendom van het leaseobject berust bij de leasener. Bij een operational lease berust de economische eigendom daarentegen bij de leasegever. Deze economische eigendom is veelal bepalend voor de vraag aan wie het leaseobject in fiscale zin wordt toegerekend alsmede voor de vraag wie het leaseobject op zijn balans dient te verantwoorden¹.

In het *vermogensrecht* is economische eigendom niet als een afzonderlijke figuur tot ontwikkeling gekomen. Het *fiscale recht* kent de figuur van de economische eigendom – uiteraard – wel, zij het dat ook daar de inhoud van het begrip niet scherp is omlijnd². Er is sprake van economische eigendom indien een goed weliswaar niet juridisch tot het vermogen van de

economisch eigenaar behoort, maar dit goed wel in economisch opzicht aan hem kan worden toegerekend. Daarvoor is ten minste vereist dat de positieve en negatieve waardeontwikkeling van het goed voor rekening van de economisch eigenaar komt. Of daarvan in een concreet geval sprake is, is lang niet altijd eenvoudig vast te stellen. Dat geldt in het bijzonder voor leaseovereenkomsten, waar veel met opties wordt gewerkt. Deze opties geven de leasener bijvoorbeeld het recht het leaseobject bij het einde van de leaseovereenkomst tegen een van te voren vastgestelde prijs te kopen (call-optie). Ook komt het voor dat de leasegever het recht heeft het leaseobject voor een tevoren bepaalde prijs aan de leasener te verkopen (put-optie).

Door de opties al dan niet uit te oefenen, hebben de leasegever en/of de leasener de mogelijkheid om te bepalen wie van beide partijen bij het einde van de leaseovereenkomst de eigendom van het leaseobject verkrijgt/behoudt. Het zal afhangen van de hoogte van het met de uitoefening van de optie gepaarde bedrag in verhouding tot de (te verwachten) waarde van het leaseobject op het moment van uitoefening, of de economische eigendom van het leaseobject bij de leasegever dan wel bij de leasener berust. Indien bijvoorbeeld in de leaseovereenkomst een optie voor de leasener is opgenomen die hem het recht geeft het leaseobject bij het einde van de overeenkomst van de leasegever te kopen voor een bedrag dat aanmerkelijk lager ligt dan de op dat moment te verwachten waarde van het leaseobject, dan komt de waardeontwikkeling van het leaseobject in beginsel voor rekening van de leasener en zal deze aangemerkt kunnen worden als de economische eigenaar. De leasener zal dan naar verwachting de optie uitoefenen of zijn aanspraken uit de optie op een andere manier te gelde maken, bijvoorbeeld door overdracht daarvan. De lease heeft in dat geval een financial karakter. Slechts het risico van een onverwacht sterke waarde-daling is afgewenteld op de leasegever. Stemt het bedrag van de optie daarentegen overeen met de te verwachten waarde op het moment van uitoefening, dan zal er sprake zijn van een operational lease. Bij een dergelijke optie is het niet bij voorbaat waarschijnlijk dat de leasener tot uitoefening van de optie zal overgaan.

Lijkt het operational of financial karakter van een leaseovereenkomst waarin opties zijn opgenomen in theorie aldus eenvoudig vast te stellen, in de praktijk is dat bepaald niet het geval. Dat hangt samen met het feit dat de vaststelling van de aard van de leaseovereenkomst in de regel plaats moet

1 Zie voor het belang van economische eigendom in het fiscale recht onder meer: J.S. Rijkels en R.M. Vermeulen, Handboek Leasing, par. B2.2.

2 De Wet op belastingen van rechtsverkeer kent, met terugwerkende kracht, sedert 31 maart 1995 in artikel 2 lid 2 een – zij het rijkelijk vage – definitie van economische eigendom voor de overdrachtsbelasting.

vinden alvorens deze tot een einde is gekomen. De kwalificatie van de leaseovereenkomst is immers bepalend voor de antwoorden op vragen zoals wie van de partijen tijdens de looptijd van de overeenkomst het leaseobject dient te activeren, welke partij in aanmerking komt voor fiscale faciliteiten en de vraag op welke wijze de berekening van omzetbelasting dient plaats te vinden. De te verwachten waarde bij het einde van de leaseovereenkomst zal – binnen redelijke grenzen – moeten worden geschat, waarna vervolgens moet worden gekeken naar de verhouding met de hoogte van de aanwezige opties. Voor courante leaseobjecten – zoals auto's en kantoorapparatuur – zal een dergelijke schatting niet problematisch zijn. Voor andere (incourante) objecten – zoals speciaal vervaardigde machines – daarentegen wel. Verder wordt de kwalificatie bemoeilijkt door het feit dat de leasener zich bij de beslissing om een kooptie uit te oefenen niet alleen zal laten leiden door de marktwaarde van het leaseobject, maar veeleer door de gebruikswaarde die dit voor zijn onderneming heeft. Zo zegt het feit dat een geleaste machine bij het einde van de leaseovereenkomst naar verwachting geen reële marktwaarde meer heeft nog niets over de inzetbaarheid van de machine binnen de onderneming van de leasener. Deze gebruikswaarde is evenmin eenvoudig vast te stellen.

Voorts plegen leaseovereenkomsten niet alleen put- en call-opties te bevatten, maar worden ook wel andere rechten – zoals de mogelijkheid van verlenging van de leaseovereenkomst met al dan niet van tevoren vastgestelde leasetermijnen – aan één van de partijen toegekend. Bij de beantwoording van de vraag of de waardeveranderingen van het leaseobject voor rekening van de leasegever of de leasener komen, zal tevens de waarschijnlijkheid van de uitoefening van deze verlengingsopties moeten worden betrokken.

Indien er geen opties zijn overeengekomen, dan zal de vraag wie van beide partijen als economisch eigenaar moet worden beschouwd, beantwoord moeten worden aan de hand de duur van de leaseovereenkomst en de economische levensduur van het leaseobject. Als de leaseovereenkomst is aangegaan voor een periode die ten minste gelijk is aan de verwachte (resterende) economische levensduur van het leaseobject, zonder de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging, dan zal deze kwalificeren als een financial lease. Bevat de leaseovereenkomst wel de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging, dan ontkomt men niet aan een onderzoek naar de waarschijnlijkheid dat daarvan gebruik zal worden gemaakt.

Het is niet verwonderlijk dat, met het oog op de problemen die zich bij de kwalificatie van een leaseovereenkomst kunnen voordoen en de fiscale gevolgen van deze kwalificatie, zowel door de leasemaatschappijen als door de fiscus is gezocht naar eenvoudiger methoden voor de vaststelling van de aard van de leaseovereenkomst. Daartoe zijn een aantal criteria opgesteld, aan de hand waarvan dient te worden bepaald of een leaseovereenkomst een operational of een financial karakter heeft. Op dit moment zijn deze criteria neergelegd in de zogenaamde "Leaseregeling"³.

De Leaseregeling betreft een overeenkomst tussen de Belastingdienst Grote Ondernemingen te Amsterdam en de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen. De laatste versie van de Leaseregeling dateert van 1993 en regelt wanneer er voor de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting sprake is van een operational lease⁴. Kort gezegd wordt een leaseovereenkomst ingevolge de Leaseregeling als een operationele lease beschouwd indien de leasegever met betrekking tot het leaseobject een restwaarderisico loopt van ten minste vijf procent van de (fiscale) kostprijs en de overeengekomen duur van de leaseovereenkomst niet langer is dan negentig procent van de geschatte economische levensduur van het leaseobject. Voor de toepasselijkheid de Leaseregeling is vereist dat deze geschatte economische levensduur niet langer is dan 12,5 jaar. Het vereiste met betrekking tot het restwaarderisico is in de regeling verder uitgewerkt. Voor leaseovereenkomsten met een koop- of verlengingsoptie is bepaald dat de optieprijs gebaseerd dient te zijn op de geschatte waarde van het leaseobject bij het einde van de lease en dat de met de uitoefening van de optie gemoeide prijs niet lager mag zijn dan vijf procent van de kostprijs. Bij leaseovereenkomsten zonder optie dient het leaseobject naar verwachting bij het einde van de leaseovereenkomst nog ten minste een restwaarde ter hoogte van dit bedrag te hebben. Voorts is van belang dat volgens de Leaseregeling "specifieke leaseobjecten" aan de leasener worden toegerekend, zodat de desbetreffende leaseovereenkomst niet op grond van de Leaseregeling als een operational lease voor de vennootschaps- en omzetbelasting kan wor-

3 Tot voor kort waren er tevens criteria neergelegd in de zgn. "Leaseresolutie" (resolutie d.d. 6 februari 1969, nr. D69/786 van de Staatssecretaris van Financiën). Deze is echter op 30 juni 1997 ingetrokken (besluit d.d. 30 juni 1997, nr. VB 97/1567).

4 De integrale tekst van de overeenkomst is opgenomen in het Handboek Leasing, par. B.2.3.

den aangemerkt. Deze "specifieke leaseobjecten" worden in de Leaseregeling gedefinieerd als objecten die bij het einde van de (vaste) leaseperiode geen substantiële waarde hebben voor andere gegadigden dan de leasener en/of die naar hun aard na afloop van deze periode niet door anderen dan de leasener gebruikt kunnen worden. Ten slotte dient te worden opgemerkt dat aan de Leaseregeling een zogenaamd "safe harbour"-karakter wordt toegekend. Het feit dat een leaseovereenkomst niet aan de voorwaarden van de Leaseregeling voldoet, staat er niet aan in de weg dat een leasegever zich op het standpunt mag stellen dat de overeenkomst als een operational lease dient te worden aangemerkt⁵.

Met de Leaseregeling zijn de problemen bij de vaststelling van de aard van een leaseovereenkomst niet geheel weggenomen. Het belangrijkste bezwaar is dat nog steeds moet worden vastgesteld welke waarde het leaseobject bij het einde van de leaseovereenkomst naar verwachting zal hebben. Om een leaseovereenkomst op grond van de Leaseregeling te kunnen kwalificeren als een operational lease, dienen de hoogte van een eventuele optie en de duur van de overeenkomst immers op dit gegeven te worden afgestemd. Bij minder courante objecten of objecten met een grillig waardeverloop is deze vaststelling niet eenvoudig en in veel gevallen zelfs onmogelijk. Dat de praktijk desondanks met de criteria van de Leaseregeling redelijk goed uit de voeten lijkt te kunnen, houdt waarschijnlijk verband met het feit dat twijfelgevallen veelal vooraf met de desbetreffende inspecteur worden afgestemd⁶.

De kwalificatie van een leaseovereenkomst op grond van de Leaseregeling heeft uitsluitend gevolgen voor de vennootschaps- en omzetbelasting. Ook bij de *invordering* van belastingen speelt het onderscheid tussen operational en financial lease echter een belangrijke rol. Op grond van de huidige Leidraad Invordering wordt "reële eigendom" van derden bij de uitoefening van het bodemrecht van artikel 22 Invorderingswet 1990 ontzien⁷. Het eigendomsrecht van de leasegever bij een operational lease wordt in dit verband als reële eigendom aangemerkt, in tegenstelling tot bij een financial

lease. In wetsvoorstel 22 942⁸ wordt het bodemrecht van de fiscus vervangen door een bijzonder verhaalsrecht met betrekking tot – kort gezegd – roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de belastingschuldige. Volgens dit wetsvoorstel wordt reële eigendom eveneens ontzien, nu het bijzonder verhaalsrecht slechts kan worden ingeroepen jegens derden met "een bedongen overwegend tot zekerheid strekkend recht" op de zaak⁹. Aangenomen moet worden dat dit onderscheid parallel loopt met het onderscheid tussen operational en financial lease¹⁰.

Het onderscheid tussen financial lease en operational lease voor de invordering is daarmee een halszaak voor dat deel van de leasebranche dat zich bezig houdt met de lease van roerende zaken die voldoen aan de criteria voor de uitoefening van het bodemrecht dan wel het bijzonder verhaalsrecht. Onder de huidige Invorderingswet vallen hieronder uitsluitend bodemzaken als bedoeld in het derde lid van artikel 22 van deze wet. Dit betekent dat slechts geleaste (bedrijfs)inventaris thans aan verhaalsuitoefening door de fiscus blootstaat. De groep van voor verhaal vatbare leaseobjecten is in wetsvoorstel 22 942 aanmerkelijk groter. Zo zullen ook voertuigen in de regel onder het criterium vallen dat zij zijn bestemd "blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de leasener"¹¹. Indien aan de overige voorwaarden voor uitoefening van het bodemrecht/bijzonder verhaalsrecht is voldaan, komt een kwalificatie van een leaseovereenkomst als een financial lease er de facto op neer dat de leasegever geen zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de leasener heeft. Indien de leasener tekort schiet in de betaling van de leasetermijnen, zal er veelal ook sprake zijn van belastingschulden. Na uitwinning van het leaseobject door de fiscus zal er geen opbrengst resteren waaruit de leasegever zich kan voldoen. Vanuit de kringen van leasegevers wordt dan

5 Zie J.S. Rijkels en R.M. Vermeulen, Handboek Leasing, par. B.2.4.

6 De Leaseregeling bevat, onder II.3, een uitdrukkelijke bereidverklaring van de inspecteurs tot dergelijk overleg.

7 Zie par. 22 Leidraad Invordering 1990, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van de Staatssecretaris van 16 juli 1997, nr. AFZ97/2467M.

8 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrchting van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van faillissement, ingediend bij de Tweede Kamer op 30 november 1992.

9 Zie de tekst van artikel 3:287 lid 1, als voorgesteld in het ontwerp.

10 Zie J.J. van Hees, Leasing, dissertatie Nijmegen 1997, Serie Onderneming en Recht, deel 8, blz. 19 e.v.

11 Nog daargelaten dat in wetsvoorstel 22 942 de bedrijfsvereniging hetzelfde bijzondere verhaalsrecht verkrijgt, een positie die zij naar huidig recht ontbeert.

ook al geruime tijd aangedrongen op eenduidige criteria die houvast bieden bij de inrichting van leaseovereenkomsten teneinde het risico van uitwinning van het leaseobject voor de belastingschulden van de leasener te beperken¹². Onder meer is overleg gaande over de mogelijkheid om de toepasselijkheid van de Leaseregeling uit te breiden tot de invordering. Tot op heden is de fiscus echter niet bereid gebleken om de criteria van de huidige Leaseregeling overeenkomstig toe te passen op de invordering van belastingen. Onbegrijpelijk is dit niet. Het toepassingsgebied van de huidige Leaseregeling heeft slechts beperkte gevolgen voor de hoogte van de verschuldigde belasting, omdat daarmee voornamelijk onderwerpen worden bestreken zoals welke partij kan afschrijven en over welke bedragen en op welke momenten omzetbelasting dient te worden afgedragen. De ruime omschrijving van het begrip operational lease in de huidige Leaseregeling is daarom voor de fiscus niet echt bezwaarlijk. Anders ligt dit voor de invordering. Zoals opgemerkt bepaalt het onderscheid operational/financial lease in dat geval aan wie de opbrengst van een geleaste zaak bij een insolvente leasener toekomt: de fiscus of de leasegever. Het is daarom maar de vraag of het wel zo gelukkig is aan te dringen op een gelijklopende regeling voor de heffing en de invordering van belastingen, aangezien dit onvermijdelijk een verscherping van de bestaande criteria voor de heffing van vennootschaps- en omzetbelasting mee zal brengen.

De hierboven genoemde regels van de Leaseregeling zijn weliswaar van belang voor de fiscale behandeling van een leaseovereenkomst, maar over vermogensrechtelijke gevolgen die aan het onderscheid tussen operational en financial lease zijn verbonden is daarmee nog niets gezegd. De vraag naar de vermogensrechtelijke behandeling komt in feite neer op de vraag of het vermogensrecht bijzondere gevolgen verbindt aan het feit dat de economische eigendom van een goed bij een ander berust dan bij de juridische eigenaar. Hiervoor is al opgemerkt dat het vermogensrecht het begrip economische eigendom als zodanig niet kent, althans dat daaraan geen zelfstandige gevolgen zijn verbonden¹³. Het Burgerlijk Wetboek bevat geen algemene regels over de situatie dat tussen twee partijen een rechtsverhou-

ding bestaat krachtens welke de baten en lasten – en in het bijzonder de waardeveranderingen – van een goed dat aan de een toebehoort, voor rekening van de ander komen. Ook in de jurisprudentie zijn dergelijke algemene regels nimmer tot uitdrukking gekomen. Dat neemt echter niet weg dat de wet wel regels bevat voor bijzondere gevallen, waarin het economisch belang met betrekking tot een goed aan een ander toekomt dan de juridisch rechthebbende.

Zo wordt in gevallen waarin een tussenpersoon krachtens overeenkomst met zijn principaal in eigen naam, maar voor rekening van zijn principaal, een overeenkomst met een derde sluit, de principaal beschermd tegen een tekortkoming of het faillissement van de tussenpersoon. In dat geval kan de principaal de rechten van de tussenpersoon jegens de derde, die juridisch aan de tussenpersoon maar economisch aan de principaal toekomen, op zich doen overgaan¹⁴. Nog verder gaat in dit verband de directe verkrijging van artikel 3:110. Op grond van deze bepaling komt de eigendom van een roerende zaak, in weerwil van het feit dat deze aan een tussenpersoon wordt geleverd, toe aan de principaal indien dit uit diens rechtsverhouding met de tussenpersoon voortvloeit. Voorts valt, in het bijzonder in verband met leasing, te denken aan de wettelijke bepalingen met betrekking tot de overeenkomst van huurkoop. De huurkoopovereenkomst is een van de meest saillante voorbeelden van een rechtsverhouding krachtens welke de economische eigendom van een goed toekomt aan een ander dan de juridische eigenaar. De wet bevat voor deze overeenkomst een aantal bepalingen die de huurkoper een aanmerkelijk sterkere positie toekennen dan door diens obligatoire verhouding met de huurverkoper wordt gerechtvaardigd¹⁵.

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn voorbeelden te vinden van gevallen waarin bijzondere gevolgen werden toegekend aan het feit dat de economisch belanghebbende een ander was dan de juridisch rechthebbende. In de eerste plaats valt te wijzen op de figuur van de kwaliteitsrekening. Indien partijen, bijvoorbeeld in het kader van een geschil of de afwikkeling

12 Zie voor de (begrijpelijke) bezwaren van de leasebranche tegen de uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden van de fiscus en de bedrijfsvereniging: G.M.H. van Lokven, WFR 6050 (1993), blz. 567 t/m 574.

13 Een aantal verschillende vormen van economische eigendom worden besproken door W.G. Huijgen, Economische eigendom, Studiepockets Privaatrecht deel 50.

14 Zie artikel 7:424 j° 7:420. Zie ook artikel 8:63 voor een soortgelijke bepaling bij de expeditieovereenkomst.

15 Zie voor de huurkoop van onroerende zaken bijvoorbeeld artikel 5 van de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken, en voor het komend recht in dit verband art. 7.1.12.4 van wetsvoorstel 24 212. Zie voor de huurkoop van andere goederen artikel 7A:1576l.

van een transactie, een bedrag storten op een bankrekening die op naam staat van een derde, zodat de vordering jegens de bank juridisch aan deze derde toekomt, kunnen zij onder bepaalde voorwaarden worden beschermd tegen het faillissement van deze derde¹⁶. Voor de leasepraktijk is echter vooral van belang de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot zekerheidseigendom, zoals deze onder het oude recht tot ontwikkeling is gekomen¹⁷. Onder het oude recht was vaste jurisprudentie dat de zekerheidseigenaar, die zijn eigendomsrecht als gevolg van een overdracht had verkregen, zich bij de uitwinning van zijn zekerheid moest richten naar de regels omtrent de uitwinning van pandrecht. Een belangrijk gevolg daarvan was onder meer dat de beneficiarius, die als economisch rechthebbende diende te worden aangemerkt, een recht had op afdracht van de overwaarde van het overgedragen goed. Voorts moet worden aangenomen dat het eigendomsrecht van de fiduciarius, behoudens de regels van derdenbescherming, dit karakter van zekerheidseigendom niet verloor indien het werd overgedragen aan een derde¹⁸. Ook in dat opzicht had de beneficiarius een aanmerkelijk sterkere positie dan rechtstreeks uit zijn in beginsel obligatoire verhouding met de fiduciarius voortvloeide.

Ons inziens moet worden aangenomen dat de scheidslijn tussen operational en financial lease in vermogensrechtelijke zin samenvalt met het antwoord op de vraag of het eigendomsrecht van de leasegever een fiduciair karakter heeft. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, is er sprake van een financial lease en zijn daaraan andere gevolgen verbonden dan wanneer de lease als operational zou moeten worden gekarakteriseerd¹⁹. Of er sprake is van een fiduciair karakter moet worden beantwoord aan de hand van het criterium of het eigendomsrecht van het leaseobject de leasegever in overwegende mate tot zekerheid strekt. Dit criterium valt in beginsel samen met de vraag of de leasenemer als economisch eigenaar van het leaseobject

moet worden aangemerkt, met andere woorden of de waardeveranderingen van het leaseobject tijdens de duur van de leaseovereenkomst voor zijn rekening komen. In dat geval moet worden gezegd dat het eigendomsrecht van de leasegever geen andere functie heeft dan het bieden van zekerheid voor de situatie dat de leasenemer, al dan niet als gevolg van insolventie, tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen.

16 Zie HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752, nt. WMK (Slis-Stroom). Zie voorts over het karakter van de kwaliteitsrekening N.E.D. Faber, in: *Vertrouwd met de Trust*, Serie Onderneming en Recht deel 5, blz. 204 e.v.

17 Sedert HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470, nt. PS (Hazerswoudse Bank/Los) was dit vaste jurisprudentie. Zie onder meer HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433, nt. PhANH (Van Wessem/Traffic), HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91, nt. WMK (Van Gend & Loos) en, recenter, HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368, nt. HJS (INB/Klützow q.q.). Zie voor een uitvoerig overzicht: J.J. van Hees, diss., par. 3.4.3.

18 Zie J.J. van Hees, diss., blz. 138 e.v.

19 Zie J.J. van Hees, diss., blz. 138 e.v.

II HET OBJECT VAN LEASING

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*

Roerende/onroerende zaken; vermogensrechten

In geval van leasing wordt de leasener door de leasegever in staat gesteld één of meerdere goederen gedurende een langere periode te gebruiken. Leaseovereenkomsten hebben in de regel kapitaalgoederen tot object²⁰. Doorgaans zullen deze kapitaalgoederen roerende of onroerende zaken zijn. Het is echter niet ondenkbaar dat een leaseovereenkomst een vermogensrecht tot object heeft. Zo komt in de praktijk de zogenaamde opstalleasing voor, waarop hierna nog zal worden ingegaan. De leasener vestigt bij opstalleasing een opstalrecht op zijn grond ten gunste van de leasegever en tevens wordt de opstal al dan niet via sale and lease back door de leasegever aan de leasener in lease gegeven. Denkbaar is dat de opstal (het stofelijk object) het object van de leaseovereenkomst is. Indien partijen beogen een financial leaseovereenkomst te sluiten, waarbij de leasener aan het einde van de leaseovereenkomst de "eigendom" van het leaseobject verkrijgt, verdient het echter de voorkeur het opstalrecht in lease te geven. De eigendom van de opstal kan immers niet anders aan de leasener worden overgedragen dan door middel van de overdracht of afstand van het opstalrecht. Artikel 5:101 wekt de indruk dat de opstaller de eigendom heeft of kan verkrijgen van een opstal die, indien het opstalrecht niet gevestigd zou zijn, zou worden nagetrokken door de onroerende zaak van een ander. Dit beeld is enigszins misleidend. De opstaller heeft een beperkt recht met betrekking tot de onroerende zaak, met inbegrip van de opstal. Dit beperkt recht houdt echter in dat hij zich met betrekking tot de opstal zoveel als mogelijk kan gedragen als ware hij eigenaar. Hij kan echter geen beschikkingshandelingen ten aanzien van de opstal "sec" verrichten. Zijn beschikkingshandelingen zullen steeds betrekking moeten hebben op het recht van opstal. Indien partijen een financial leaseovereenkomst sluiten, waarbij het de bedoeling is dat de leasener door betaling van de laatste leasetermijn

de eigendom verkrijgt, beogen partijen de "eigendom" van de opstal onder opschortende voorwaarde over te dragen. Object van deze voorwaardelijke overdracht dient het recht van opstal te zijn. In de praktijk worden ook aandelen geleast. In een dergelijk geval is er eveneens sprake van lease van een vermogensrecht.

Om diverse redenen is het van belang vast te stellen of het object van een leaseovereenkomst moet worden aangemerkt als een roerende zaak, een onroerende zaak of ander registergoed, dan wel als een vermogensrecht, niet zijnde een registergoed. De kwalificatie is onder meer van betekenis voor de toepasselijkheid van bepaalde bijzondere regelgeving (zie hierna hoofdstuk III), voor de leveringsvoorschriften, voor het op het object van de leaseovereenkomst te vestigen zekerheidsrecht (pand of hypotheek) en voor de fiscale gevolgen. Hierna zullen wij ons concentreren op het onderscheid roerend - onroerend. Met dit onderscheid hangt een andere problematiek nauw samen: de natrekking (bestanddeelvorming). Van natrekking is sprake indien twee zaken worden samengevoegd waardoor de ene zaak een onzelfstandig onderdeel (bestanddeel) wordt van de andere zaak (de hoofdzaak). De hoofdzaak trekt de toegevoegde zaak na. De hoofdzaak behoudt haar identiteit, terwijl het bestanddeel niet langer een zelfstandige zaak is, omdat het is opgegaan in de hoofdzaak. Indien een zaak bestanddeel wordt van een hoofdzaak die onroerend is, valt het bestanddeel onder het onroerend-goedregime van de hoofdzaak. Voor de leasepraktijk is het van groot belang te weten of een zaak die in lease wordt gegeven, al dan niet wordt nagetrokken door een andere zaak. Zo verliest de leasegever bijvoorbeeld de eigendom van een door hem in lease gegeven machine, indien deze in een gebouw is geplaatst en door dit gebouw wordt nagetrokken. Rust op dit gebouw een hypotheekrecht, dan zal de hypotheekhouder in voorkomende gevallen in beginsel het gebouw inclusief de machine mogen uitwinnen. Voorts is het in beginsel niet mogelijk een installatie die bestanddeel is van een gebouw, via een sale and lease back-constructie te leasen. Een en ander wordt manifest in geval van een concursus creditorum. Het uitspreken van een faillissement is niet zelden het startsein voor een stoelendans van schuldeisers. Dat geldt ook in geval er bepaalde zaken aan de failliet in lease zijn gegeven. Vaak staan dan de leasegever en de curator tegenover elkaar met eigendomspretenties. Niet zelden mengt de Ontvanger zich in de strijd op grond van zijn bodemvoorrecht of treedt de bank ten tonele met een beroep op haar hypotheekrecht. Deze concursus creditorum houdt ook een samenloop van rechtsvragen in. Hierna zullen wij eerst nadere aandacht

* Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann is hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.

20 Vgl. J.J. van Hees, diss., blz. 12.

geven aan de figuur van de natrekking. Daarna zal de problematiek van de hulpzaak aan de orde komen. Vervolgens zal worden ingegaan op de samenhang van natrekking enerzijds en onroerend worden anderzijds, op enige overgangsperikelen en op "opstalleasing".

Natrekking (bestanddeelvorming)

Artikel 3:4 lid 1 bevat de bepaling dat al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, bestanddeel van die zaak is. Onderdelen in de hier bedoelde zin zijn rechtezaken. Zij vormen met de hoofdzaak één geheel, één zaak. Goederenrechtelijk volgen zij de hoofdzaak. Is de hoofdzaak onroerend, dan behoren zij tot een onroerende zaak. Deze wijze van uitdrukken is mijns inziens zuiverder dan te zeggen dat de bestanddelen onroerend zijn. Slechts (zelfstandige) zaken kunnen onroerend zijn en een bestanddeel is geen zaak. Ook voor wat betreft de eigendomsvragen is het wel en wee van de hoofdzaak bepalend. De eigenaar van de hoofdzaak is eigenaar van deze zaak inclusief de bestanddelen. Daarom gaat de (onvoorwaardelijke of voorwaardelijke) eigendom van de leasegever verloren, indien de in lease gegeven zaak door de hoofdzaak van de leasener wordt nagetrokken. De leasener kan een zaak die hij in lease heeft gekregen en die bestanddeel is geworden van een andere (hoofd)zaak, niet in eigendom overdragen of goederenrechtelijk bezwaren. Beperkte rechten die op de hoofdzaak zijn gevestigd, rusten op die zaak met inbegrip van de bestanddelen. Deze goederenrechtelijke gevolgen maken duidelijk dat het van belang is te weten of een bepaald stoffelijk object rechtezaken moet worden aangemerkt als één zaak waartoe één of meer onderdelen (bestanddelen) behoren, of als een object dat bestaat uit meerdere zaken. Het stuur van een auto behoort ongetwijfeld tot die auto, het is een bestanddeel van de auto en er is slechts sprake van één zaak, maar geldt dit ook voor het reservewiel? En hoe moet men oordelen over de autoradio, het reservetankje of het brandblusapparaat? Betreft het hier zelfstandige roerende zaken die van de auto moeten worden onderscheiden? De vraagstelling kan ook meer toegespitst worden op kapitaalgoederen die in lease worden gegeven. Hoe moeten drukmachines, computers, afzuiginstallaties, klimaatbeheersingsinstallaties, distillatie-apparatuur, appelmoeslijnen of traypackers in fabrieksgebouwen worden geduid? En wat te denken van een parkeerinstallatie, een hijskraan op een vaste rail of een windmolen op een industrieterrein? Welke criteria moeten worden aangelegd om te kunnen beoordelen of deze zaken al dan niet zelfstandig zijn?

Criteria natrekking

Het Burgerlijk Wetboek geeft in artikel 3:4 twee criteria voor natrekking:

- a. de verkeersopvatting;
- b. een zodanige verbinding dat de toegevoegde zaak niet van de hoofdzaak kan worden afgescheiden zonder dat schade van betekenis wordt toegevoegd aan een der zaken (hierna: verbindingscriterium).

Men kan zich afvragen of beide criteria noodzakelijk zijn. Een toegevoegde zaak die niet zonder schade van betekenis aan deze zaak of aan de hoofdzaak kan worden afgescheiden, zal over het algemeen naar verkeersopvatting bestanddeel van de hoofdzaak zijn. Daar staat tegenover dat het verbindingscriterium meer houvast biedt dan het criterium "verkeersopvatting". Wat de verkeersopvatting inhoudt, zal lang niet altijd duidelijk zijn. Bij het onderzoek of een bepaalde toegevoegde zaak al dan niet bestanddeel is geworden van de hoofdzaak, lijkt de meest praktische weg om eerst na te gaan of de wijze van verbinding zodanig is dat aan het verbindingscriterium is voldaan. Vereist is dat er sprake is van schade van betekenis. Het gaat om de vraag of de schade in verhouding tot de waarde van de hoofdzaak of in verhouding tot de waarde van de toegevoegde zaak substantieel is. Het verbindingscriterium van artikel 3:4 lid 2 lijkt te verwijzen naar *fysieke* schade van betekenis²¹. Indien het verwijderen van een toegevoegde zaak in economische zin niet verantwoord is, zou men eveneens kunnen spreken van schade van betekenis²². Het verbindingscriterium in deze niet fysieke zin kan naar mijn mening een aanwijzing zijn dat de toegevoegde zaak bestanddeel is geworden. Men zal daarbij wel moeten uitgaan van de situatie waarin de toegevoegde zaak nog min of meer nieuw is. Het verwijderen van een drukmachine uit een gebouw kan bijvoorbeeld economisch verantwoord zijn, indien deze machine onlangs is geplaatst, maar zal wellicht niet meer de moeite waard zijn, indien de machine na tien jaren is afgeschreven. Het is niet in overeenstemming met de rechtszekerheid dat men de machine kort na plaatsing als een zelfstandige roerende zaak duidt, maar deze als een bestanddeel aanmerkt vanaf het moment dat verwijdering van de machine niet meer lonend is.

21 Vgl. HR 15 november 1991, NJ 1993, 216, nt. WMK.

22 Vgl. Beuving, in: Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7, Deventer 1997, blz. 68-69 en Hijma in zijn noot onder Dépeux/Curatoren Bergel c.s., AA 1992, blz. 288-289.

Ook indien losmaking van de toegevoegde zaak zonder schade van betekenis mogelijk is, kan er desalniettemin sprake zijn van natrekking op grond van de verkeersopvatting. De verkeersopvatting heeft hier, zoals ook elders in het goederenrecht, een begripsbepalende, een definiërende functie²³. De verwijzing naar de verkeersopvatting biedt nauwelijks houvast. Het is een verwijzing naar een open begrip dat moet worden ingevuld. Uit de Parlementaire Geschiedenis van artikel 3:4 blijkt dat de wetgever zich hiervan bewust was. In het Mondeling Overleg wordt opgemerkt dat het hier gaat om een ruim geformuleerde maatstaf die de rechter enerzijds een grote vrijheid geeft, maar hem "tegelijkertijd voorschrijft waarop hij moet letten: hij moet nl. rekening houden met de opvattingen die in de praktijk op het onderhavige punt bestaan. Deze kunnen bijvoorbeeld blijken uit overeenkomsten waarbij partijen nader omlijnen wat tot een bepaalde zaak behoort en uit in de praktijk bestaande voorstellingen omtrent hetgeen in de overdracht daarvan is begrepen. *Daarbij dient in het bijzonder te worden gelet op hetgeen leeft in de kring van personen die zich bezighouden met zaken als waarom het in het gegeven geval gaat*"²⁴. Deze opmerking over de verkeersopvatting helpt ons echter niet veel verder. Diverse schrijvers zoeken houvast bij, wat wij zouden willen noemen, het "incompleet-zijn-criterium". Indien de hoofdzaak zonder de toegevoegde zaak incompleet is, zou moeten worden aangenomen dat de toegevoegde zaak een bestanddeel is van de hoofdzaak. Voor deze benadering gaf Eggens de eerste aanzet in zijn conclusie die voorafging aan het Stafmateriaal-arrest²⁵. Bestanddeel zijn volgens Eggens die substanties zonder welke – naar verkeersopvatting – van een (volledig) geheel (nog) niet kan worden gesproken. Van der Grinten sluit zich bij deze benadering aan²⁶. In dezelfde lijn liggen de opvattingen van Beekhuis²⁷ en Mijnsen²⁸. Volgens hen kan naar verkeersopvatting een zaak als bestanddeel worden geduid, indien de hoofdzaak zonder dat bestanddeel als incompleet moet worden beschouwd en niet aan haar economische of maatschappelijke bestemming kan beantwoorden. Men mag het door Beekhuis en Mijnsen aangelegde criterium niet te ruim

23 Zie Rogmans, Verkeersopvattingen, Mon. Nieuw BW A-20, Deventer 1995, blz. 3 e.v.. Vgl. ook Wachter in zijn annotatie van HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600.

24 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 46 e.v. Vgl. ook HR 16 maart 1979, NJ 1980, 600, nt. BW (Radio Holland).

25 HR 11 december 1953, NJ 1954, 115, nt. JD.

26 Van der Grinten, WPNR 4701 (1961).

27 Asser-Beekhuis I, Zwolle 1985, nr. 79.

28 Asser-Mijnsen-De Haan, Zwolle 1992, nr. 70.

opvatten²⁹. Wij zouden zou het door hen gehanteerde criterium willen beperken door daaraan toe te voegen dat voor natrekking bovendien noodzakelijk is dat het economisch of maatschappelijk ongewenst is dat het betrokken voorwerp van de hoofdzaak wordt afgescheiden. Door deze toevoeging wordt voorkomen dat de vroegere hulpzaken (waaraan hierna nog aandacht zal worden besteed) al te snel als bestanddeel worden beschouwd³⁰. Men houde in het oog dat het incompleet-zijn-criterium ziet op de vraag of de hoofdzaak al dan niet incompleet is; het criterium heeft derhalve geen betrekking op de vraag of de in de hoofdzaak uitgeoefende inrichting of het daarin uitgeoefende bedrijf, zonder de toegevoegde zaak incompleet is. In het voor dit onderwerp belangwekkende arrest *Dépex/Curatoren Bergel c.s.*³¹ wordt dit door de Hoge Raad benadrukt. Aan de rechter was de vraag voorgelegd of distillatie-apparatuur moet worden aangemerkt als bestanddeel van het fabrieksgebouw. De Hoge Raad geeft aan dat het fabrieksgebouw en niet de daarin gevestigde productie-inrichting als hoofdzaak moet worden aangemerkt. Hij geeft in dit arrest enige "aanwijzingen" voor natrekking naar verkeersopvatting:

"Wanneer gebouw en apparatuur in constructief opzicht specifiek op elkaar zijn afgestemd, ligt hierin een aanwijzing voor een bevestigende beantwoording van die vraag.

Hetzelfde geldt wanneer het gebouw uit een oogpunt van geschiktheid als fabrieksgebouw - gebouw dienende tot het huisvesten van een productie-inrichting - bij het ontbreken van de apparatuur als onvoltooid moet worden beschouwd. Bij het aanleggen van deze laatste maatstaf komt het niet aan op de functie welke de apparatuur (eventueel) vervult in het productieproces."

Uit het citaat blijkt dat, indien het *gebouw incompleet* is zonder de betreffende apparatuur, dit een aanwijzing is dat de apparatuur naar verkeersopvatting bestanddeel is van het gebouw. Hetzelfde geldt indien het gebouw en de apparatuur in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd.

29 Vgl. Kortmann, WPNR 5855 (1988) en AA 1983, blz. 328.

30 De door mij voorgestelde beperking wordt onderschreven door Rogmans, o.c., blz. 43. Het belang van een restrictieve uitleg van het begrip bestanddeel wordt onder meer benadrukt door Hijma in zijn noot onder *Dépex/Curatoren Bergel c.s.*, AA 1992, blz. 284 e.v.; Rank-Berenschot, Bb 1992, blz. 81-82 en Bb 1993, blz. 22; Hartkamp in zijn conclusie voor *Dépex/Curatoren Bergel c.s.* en De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor HR 28 juni 1996, JOR 1996/107, nt. S.C.J.J. Kortmann.

31 HR 15 november 1991, NJ 1993, 316, nt. WMK, AA 1992, blz. 284, nt. Jac. Hijma.

Eén jaar later geeft de Hoge Raad in de zaak *Ontvanger/Rabobank* opnieuw dezelfde aanwijzingen³². Opvallend is dat de Hoge Raad in een arrest van 28 juni 1996 niet spreekt over "aanwijzing" of "aanwijzingen", maar over "maatstaven"³³. Wij menen echter dat aan dit verschil in terminologie geen betekenis moet worden gehecht³⁴. Het is niet aannemelijk dat de Hoge Raad de twee aanwijzingen die voor het eerst in het arrest *Dépex/Curatoren Bergel c.s.* werden gegeven, thans als beslissende maatstaven beschouwt. Dit zou naar ons oordeel ook ongewenst zijn. Daarvoor bieden de aanwijzingen te weinig zekerheid. Uit het arrest van 1996 mag onzes inziens worden afgeleid dat de maatstaven die voor natrekking onder het vóór 1 januari 1992 geldende recht moesten worden aangelegd, evenzeer gelden bij de toepassing van het huidige artikel 3:4³⁵. Deze vaststelling is van belang, omdat hieruit blijkt dat de categorie bestanddelen onder het oude recht in beginsel niet ruimer was dan onder het huidige.

In lease gegeven hulpzaken

Naast de categorie zelfstandige zaken enerzijds en de categorie bestanddelen anderzijds kende het oude recht een derde categorie: de hulpzaken. Hulpzaken hadden als kenmerk dat zij door bestemming onroerend konden worden. Hulpzaken worden in artikel 3.1.1.4 lid 1 *Ontwerp-Meijers* als volgt gedefinieerd:

"Hulpzaken zijn zaken, die volgens verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde hoofdzak duurzaam te dienen zonder daarvan bestanddeel te zijn, en die door hun vorm als zodanig zijn te herkennen. Het laatste vereiste geldt niet voor machinerieën en werktuigen, die bestemd zijn in een voor een bepaald bedrijf ingerichte fabriek of werkplaats ter uitoefening van dat bedrijf te worden gebruikt."

Deze omschrijving stemt overeen met het begrip hulpzaak onder het oude recht, althans voor zover het de hulpzaak in het handelsverkeer betreft. Uit de omschrijving blijkt dat een hulpzaak geen bestanddeel is van de hoofdzak, maar – ondanks de bestemming om een bepaalde hoofdzak duurzaam te dienen – een zelfstandige zaak in goederenrechtelijke zin blijft. Voor de leasepraktijk zijn vooral de machinerieën en werktuigen waarop

in de laatste zin van de omschrijving wordt bedoeld, van belang. Een hulpzaak *kon* onder het oude recht onroerend door bestemming worden (artikel 563 BW-oud). Hiervoor was vereist dat de eigenaar (vruchtgebruiker of erfpachter)³⁶ van de hoofdzak tevens eigenaar is van de hulpzaak die de bestemming krijgt (heeft) om de hoofdzak duurzaam te dienen³⁷. De (zelfstandige) hulpzaak die onroerend door bestemming was geworden, viel onder het hypotheekrecht dat op de hoofdzak was gevestigd³⁸. Machinerieën en werktuigen die onder het oude recht als hulpzaak konden worden aangemerkt, waren (en zijn) regelmatig object van leaseovereenkomsten. Indien dergelijke zaken de bestemming kregen om een bepaald onroerend goed, bijvoorbeeld een fabriekspand, duurzaam te dienen, werden zij in de regel niet onroerend door bestemming³⁹. De eigendom van de hulpzaken en die van de hoofdzak waren dan immers niet in één hand⁴⁰. De hulpzaken waren eigendom van de leasegever, terwijl het fabriekspand, zijnde de hoofdzak, eigendom was van de leaseneer (of een derde, bijvoorbeeld in geval van huur). Dientengevolge vielen dergelijke geleaste hulpzaken niet onder de op het fabrieksgebouw gevestigde hypotheekrecht.

De bepaling omtrent de hulpzaak van artikel 3.1.1.4 OM is uiteindelijk niet in het huidige BW opgenomen. Het zijn vooral de bezwaren van rechtsgeleerde schrijvers, in het bijzonder Van der Grinten, geweest die de wetgever ertoe hebben gebracht dit artikel te schrappen⁴¹. Voor de wetgever gaven overwegingen van rechtszekerheid en rechtvaardigheid daarbij de doorslag⁴².

De vroegere hulpzaken en het huidige recht

In zijn NJ-noten onder de arresten *Dépex/Curatoren Bergel c.s.* en *Ontvanger/Rabobank* betoogt Kleijn dat de voormalige hulpzaken thans onder de

32 HR 27 november 1992, NJ 1993, 317, nt. WMK.
 33 HR 28 juni 1996, JOR 1996/107, nt. S.C.J.J. Kortmann.
 34 Aldus ook S.C.J.J. Kortmann in zijn JOR-annotatie.
 35 Zie in het bijzonder r.o. 3.3.3.

36 Korthedshalve spreken wij hierna alleen over de eigenaar.
 37 Vgl. recentelijk nog HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658, nt. WMK, AA 1994, blz. 104, nt. S.C.J.J. Kortmann (ABN Amro NV/Ontvanger).
 38 Vgl. HR 14 december 1928, NJ 1928, 372 (Stoomketel-arrest).
 39 Behoudens het geval dat zij als bestanddeel moesten worden aangemerkt, maar in dat geval kunnen deze zaken niet als hulpzaak worden geduid.
 40 Tenzij de leasegever tevens eigenaar was van het pand, hetgeen theoretisch mogelijk is.
 41 Zie Van der Grinten, WPNR 4701 (1961). Zie ook Janssen, WPNR 4766/4767 (1963).
 42 Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 86 t/m 89.

categorie bestanddelen vallen. Indien dit betoog juist is, betekent de schrapping van de hulpzaak dat de positie van de leasegever aanmerkelijk zwakker is geworden. In lease gegeven "machinerieën en werktuigen, die bestemd zijn in een voor een bepaald bedrijf ingerichte fabriek of werkplaats ter uitvoering van dat bedrijf te worden gebruikt", zijn in die visie onder het huidige recht niet langer eigendom van de leasegever, maar gaan als bestanddeel op in de hoofdzaak en komen als zodanig toe aan de eigenaar van de hoofdzaak. Onzes inziens is de opvatting van Kleijn onjuist en ongewenst. Mogelijk is hij misleid door een passage uit de MvA II bij artikel 3:4. Hierin wordt gesteld:

"Men bedenke overigens dat verscheidene voorwerpen die in het huidige recht veelal hulpzaken worden genoemd, als bestanddelen onder artikel 3.1.1.3 lid 1 zullen vallen, nu zowel bij de huidige hulpzaken als bij de bestanddelen, bedoeld in artikel 3.1.1.3, de bestemming volgens verkeersopvatting om duurzaam de hoofdzaak te dienen en de herkenbaarheid van die bestemming in de vorm van het voorwerp beslissende kenmerken kunnen zijn en voorts de omschrijving van de term bestanddeel in het gewijzigd ontwerp enigszins is verruimd door de schrapping in artikel 3.1.1.3 lid 1 van het woord "wezenlijk". Men denke aan het in deze memorie bij artikel 3.1.1.3 genoemde voorbeeld van de huissleutel. Hierbij moge intussen het betoog in de toelichting van Meijers, p. 165-166 (...), als een waarschuwing tegen een te grote uitbreiding van het begrip bestanddeel blijven gelden en moge tevens herinnerd worden aan het hiervoor, in de op een na laatste alinea bij artikel 3.1.1.3 opgemerkte."⁴³

Artikel 3.1.1.3 lid 1 is het huidige artikel 3:4 lid 1. De passage suggereert dat verscheidene vroegere hulpzaken onder het huidige recht als bestanddelen moeten worden gezien. Tegelijkertijd wordt echter aan het eind van de geciteerde passage gewaarschuwd tegen een te grote uitbreiding van het begrip bestanddeel en wordt verwezen naar een passage uit de MvA II bij het huidige artikel 3:4. Deze passage is belangwekkend en luidt als volgt:

"De ondergetekende meent dat deze verkeersopvatting naar haar huidige inhoud niet meebrengt dat iedere roerende zaak die bestemd is zijn functie in samenhang met een onroerende zaak te vervullen, tot bestanddeel daarvan wordt. Het huidige recht kent hier immers de categorie van hulpzaken, die in het gewijzigd ontwerp weliswaar als wettelijk begrip zijn geschrapt - zie deze memorie bij artikel 3.1.1.4 -, *maar zulks met gevolg dat zij daarin thans als volledig zelfstandige roerende zaken hebben te gelden*. Het gewijzigd ontwerp laat aldus de mogelijkheid open dat zich een gewoonte ontwikkelt enerzijds om kostbare roerende zaken die bestemd zijn in samenhang met een onroerende zaak te worden gebruikt, aldus te construeren en de verbinding daarvan met deze onroerende zaak aldus in te richten, dat opheffing van deze verbinding zonder bezwaar kan geschieden, en anderzijds om overeen te komen dat de eigen-

dom van deze roerende zaken zal blijven waar zij is. Aldus zal zich in de praktijk een verkeersopvatting kunnen vormen die aan een beding van eigendomsvoorbehoud werking toekent, juist in die gevallen dat afscheiding als economisch niet onwenselijk en als reëel belang van de maker van het beding kan worden beschouwd."⁴⁴ (onze cursivering)

Wij leiden uit beide passages af dat de vroegere hulpzaken onder het huidige recht in de regel zelfstandige roerende zaken zijn. Dit blijkt ook uit artikel 3:254. Voorts zouden wij willen wijzen op artikel 77 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek. Hierin wordt gesproken over "roerende zaken die tot aan het tijdstip van het inwerking treden van de wet onroerend door bestemming waren". Uit deze bepaling volgt dat hulpzaken die tot 1 januari 1992 onroerend door bestemming waren, met ingang van die datum zelfstandige roerende zaken werden. De door Kleijn verdedigde visie is onzes inziens maatschappelijk ook ongewenst. Zij leidt ertoe dat voorrang wordt gegeven aan verhaalzoekende crediteuren, waaronder de houder van een hypotheek op de hoofdzaak, boven de onbetaald gebleven verkoper die een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt, of de leasegever van de "hulpzaak". Naar onze mening zou de onbetaald gebleven verkoper respectievelijk de leasegever in de regel dienen voor te gaan⁴⁵. Bovendien heeft de visie van Kleijn een onnodige belemmering van de financiering van "hulpzaken" tot gevolg.

Overigens willen wij niet betogen dat zaken die volgens verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde hoofdzaak duurzaam te dienen en die door hun vorm als zodanig zijn te herkennen, of machinerieën en werktuigen die bestemd zijn in een voor een bepaald bedrijf ingerichte fabriek of werkplaats ter uitoefening van dat bedrijf te worden gebruikt, nimmer bestanddelen kunnen zijn. Uit de omschrijving van de hulpzaak in artikel 3.1.1.4 lid 1 OM blijkt het tegendeel. Ook de Hoge Raad gaat van het tegendeel uit. Uit het arrest ABN Amro NV/Ontvanger kan worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat zaken die bepaaldelijk tot het wezen van de fabriek behoren, in de zin van artikel 563 lid 1 onder 1° BW-oud, tevens bestanddeel *kunnen zijn*⁴⁶. Of dergelijke zaken als bestanddeel moeten worden beschouwd, zal moeten worden bepaald aan de hand van het "ver-

43 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 87.

44 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 77. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6, blz. 760.

45 Vgl. in dezelfde zin Rogmans, o.c., blz. 46.

46 HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658, nt. WMK, AA 1994, blz. 104, nt. S.C.J.J. Kortmann. Zie in het bijzonder r.o. 3.3.

bindingscriterium" en de verkeersopvatting. Men zal echter, evenals onder het oude recht, niet al te snel natrekking mogen aannemen.

Onroerend worden versus natrekking

Aan het begin van dit hoofdstuk (blz. 17) gaven wij al aan dat het van belang is vast te stellen of het object van een leaseovereenkomst een roerende dan wel een onroerende zaak is. De wet maakt in artikel 3:3 een onderscheid tussen roerende en onroerende zaken. Anders dan onder het oude recht wordt dit onderscheid niet meer gemaakt ten aanzien van rechten. Aangenomen moet worden dat de onderscheiding onroerend/roerend slechts betrekking heeft op zelfstandige zaken. De formulering van de bepaling van artikel 3:3 lid 1 is dan ook enigszins merkwaardig. Volgens deze bepaling zijn onroerend "de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken". Indien de genoemde delfstoffen, beplantingen, gebouwen of werken bestanddeel zijn van de grond, is het onzes inziens niet zuiver om deze als onroerend aan te merken. Bestanddelen zijn immers geen zaken. Deze constatering roept de vraag op of uit artikel 3:3 moet worden afgeleid dat er sprake kan zijn van delfstoffen, beplantingen, gebouwen en werken die geen bestanddeel zijn, maar toch onroerend. Wij menen dat dit niet het geval is. Op grond van artikel 5:20, onder e, omvat de eigendom van de grond, voor zover de wet niet anders bepaalt, "gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, (voor zover zij geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak)". Deze formulering is, behoudens hetgeen tussen haken staat, identiek aan die van artikel 3:3 lid 1⁴⁷. Aangenomen moet dan ook worden dat de delfstoffen, beplantingen, gebouwen en werken waarop artikel 3:3 lid 1 betrekking heeft, behoren tot de eigendom van de grond en derhalve bestanddeel zijn van de grond. Het komt erop neer dat artikel 3:3 aldus moet worden verstaan, dat onroerend is de grond met inbegrip van haar bestanddelen. Door een opstalrecht te vestigen kunnen gebouwen, werken of beplantingen

die tot de eigendom van de grond behoren, tot op zekere hoogte worden verzelfstandigd. Het opstalrecht bewerkstelligt een horizontale scheiding die maakt dat voorwerpen die in beginsel bestanddeel zijn, tot op zekere hoogte een goederenrechtelijke zelfstandigheid bezitten (zie ook hiervoor hoofdstuk II, eerste alinea)⁴⁸. Deze verzelfstandigde bestanddelen blijven echter onroerend. Soms wordt hierover wel anders gedacht. Zo schrijft Pitlo/Cahen dat het opstalrecht in combinatie met een pandrecht interessante mogelijkheden biedt. De fabrikant zou zijn vastgemetselde machines door gebruikmaking van deze combinatie stil kunnen verpanden⁴⁹. Doorredenerend in de lijn van Pitlo/Cahen, zou het ook mogelijk zijn machines en andere installaties die bestanddeel zijn van een onroerende zaak door de vestiging van een opstalrecht te scheiden van de grond en vervolgens als roerende zaken via een sale and lease back-constructie in lease te geven. Onzes inziens wordt in Pitlo/Cahen de idee van de verzelfstandiging overtrokken. In geval van een opstalrecht blijft een vastgemetselde machine onroerend⁵⁰. De fabrikant zal op deze machine geen pandrecht kunnen vestigen en evenmin een hypotheekrecht. Wel zal hij op het opstalrecht (en daarmee ook op de machine) een hypotheek kunnen vestigen, mits het hier geen afhankelijk opstalrecht betreft. Evenmin zal hij de machine als onroerende zaak kunnen overdragen aan een leasegever. Wel is het mogelijk het opstalrecht over te dragen, althans indien het om een zelfstandig opstalrecht gaat. De overdracht van het opstalrecht heeft tot gevolg dat ook de "eigendom" van de machine overgaat op de verkrijger van het opstalrecht.

Voor de Belastingkamer van de Hoge Raad (derde kamer) heeft zich regelmatig moeten buigen over de vraag of bepaalde machines of installaties als onroerend moesten worden aangemerkt. De wijze van verbinding speelt in de beslissingen van de Belastingkamer een belangrijke rol. Zo kwam in een recente uitspraak de vraag aan de orde welke onderdelen van een elektriciteitscentrale onder de zogenaamde werktuigenvrijstelling vallen⁵¹. Doorslaggevend was daarbij de vraag of ter plaatse aanwezige havenkranen, ketelstatief met ketel, turbine en generator als roerend of onroe-

48 Zie voor de vraag of een opstalrecht ook kan worden gebezigd om de opstaller het goederenrechtelijk recht te geven een roerende zaak boven andermans grond te hebben, hierna noot 60.

49 Pitlo/Cahen, Korte uitleg (1992), blz. 18.

50 Men zou kunnen verdedigen dat de verzelfstandiging niet zover gaat dat de machine een zelfstandige zaak mag worden genoemd. Indien de machine geen zaak is, kan men deze ook niet als onroerend kwalificeren.

51 HR 8 juli 1997, JOR 1997/126, nt. S.C.J.J. Kortmann.

47 Dezelfde formulering wordt ook gebruikt in artikel 6:174 lid 3. Artikel 6:174 wordt hier niet besproken; zie hierover in verband met de vroegere hulpzaken Kortmann, WPNR 5855 (1988) en Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss. Nijmegen, Deventer 1991, blz. 113 e.v.

rend moesten worden aangemerkt. Het Hof duidde de havenkranen als onroerende werktuigen en als zelfstandige gebouwde eigendommen. Aan het oordeel dat deze zelfstandige zaken als onroerend moesten worden aangemerkt, legde het Hof ten grondslag dat de kranen gezien hun omvang en constructie bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, zijn geplaatst op vaste rails en zich slechts over een beperkt traject heen en weer kunnen bewegen. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad. Deze beslissing ligt in de lijn van eerdere rechtspraak van de Belastingkamer van de Hoge Raad⁵². Opmerking verdient dat de uitspraak uit 1997 inzake de havenkranen betrekking had op een aanslag uit 1989. De vraag of de kranen als onroerend moesten worden aangemerkt, werd derhalve beheerst door oud burgerlijk recht. Hoewel het Hof noch de Hoge Raad met een woord hierover rept, moet worden aangenomen dat deze kranen als onroerend *door bestemming* werden aangemerkt. De kranen zijn onder het huidige recht roerende zaken. In het oordeel van het Hof speelt de verbinding van de rails met de grond een rol. Meer algemeen kan men stellen dat veel zaken die onder het oude recht onroerend door bestemming waren, duurzaam met de grond waren verenigd. Bijvoorbeeld machines die waren geplaatst op betonnen randen, waarin bouten waren gegoten waarmee de machines waren vastgezet⁵³; een aan een ijzeren balk vastzittende bovenloopkraan in een bedrijfshal⁵⁴; en zeven opslagtanks met pijpleidingen die zich bevonden op een opslagterrein in het havengebied⁵⁵. Ondanks deze verbinding met de grond geldt voor dergelijke vroegere hulpzaken dat zij thans in de regel als zelfstandige roerende zaken moeten worden aangemerkt. De formulering van artikel 3:3 lid 1, waarin is bepaald dat "Onroerend zijn (...) gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken" kan gemakkelijk misverstand wekken. Niet iedere machine, installatie of ander werk dat duurzaam met de grond is verenigd, is daarom onroerend. Slechts indien deze objecten bestanddeel van de grond zijn geworden (zijn "nagetrokken"), vormen zij met de grond een onroerende zaak. In dat geval omvat de eigendom van de grond de betreffende ob-

52 Zie bijvoorbeeld recentelijk HR 23 februari 1994, NJ 1995, 464 (Windmolenpark Vlissingen) en HR 23 februari 1994, NJ 1995, 465 (Proefwindcentrale Franekeradeel).

53 HR 18 mei 1951, NJ 1951, 548.

54 HR 21 juni 1974, NJ 1975, 17, nt. GJS.

55 HR 18 januari 1978, NJ 1979, 565, nt. WMK.

jecten (vgl. artikel 5:20 sub e). Voor de leasepraktijk lijkt deze constatering van groot belang. Machines, installaties en andere werken die onder het oude recht als hulpzaak werden aangemerkt en de potentie hadden door bestemming onroerend te worden, dienen in het kader van leaseovereenkomsten onder het huidige recht in de regel als roerende zaken te worden behandeld. Een duurzame verbinding met de grond behoeft daaraan niet in de weg te staan. Dit is slechts anders indien de betreffende objecten als een bestanddeel van de grond moeten worden geduid.

Overgangsperikelen

De inwerkingtreding van het nieuwe BW op 1 januari 1992 had tot gevolg dat zaken die tot 1 januari 1992 onroerend door bestemming waren, met ingang van die datum roerend werden. Van de hiermee samenhangende overgangsrechtelijke problemen zouden wij er twee willen bespreken die voor de leasepraktijk van belang kunnen zijn. Op de eerste plaats wijzen wij op de betekenis en de reikwijdte van artikel 77 Overgangswet. Volgens deze bepaling rust op hulpzaken die tot 1 januari 1992 onroerend door bestemming waren en als zodanig onder een hypotheekrecht vielen, vanaf dat tijdstip een pandrecht. Ook op roerende zaken die na 1 januari 1992 de bestemming hebben gekregen om een onroerende hoofdzaak duurzaam te dienen en die onder het oude recht als onroerend door bestemming aan de hypotheek zouden zijn onderworpen, rust van rechtswege een pandrecht, mits er vóór 1 januari 1992 een recht van hypotheek op de hoofdzaak rustte. In beide gevallen wordt het beding van artikel 3:254 lid 1 geacht te zijn gemaakt. Het belang van deze bepaling mag niet worden onderschat. Hypotheken worden veelal voor vrij lange duur op onroerende zaken gevestigd. Het is dan ook aannemelijk dat het handelsverkeer nog vrij lange tijd te maken zal hebben met hypotheekrechten die vóór 1 januari 1992 zijn gevestigd⁵⁶. Indien bijvoorbeeld de eigenaar van een pand waarop een dergelijk hypotheekrecht rust, daarin een machine plaatst die onder het oude recht onroerend door bestemming zou zijn geworden, dan rust hierop ingevolge artikel 77 Overgangswet van rechtswege een pandrecht. Dit gegeven is voor de leasepraktijk vooral van belang in verband met sale and lease back-transacties. Indien deze eigenaar vervolgens een sale and lease back-

56 Kritisch hierover: J.J. van Hees, in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*. Zwolle 1991, blz. 216-217.

overeenkomst aangaat met een leasegever, verkrijgt de laatste niet de volle eigendom van de machine, maar een zaak waarop een pandrecht rust ten behoeve van de hypotheekhouder. De leasegever zal geen beroep kunnen doen op de bescherming van artikel 3:86 lid 2, aangezien de levering aan hem constituto possessorio plaatsvond.

In dit kader verdient ook de rang van het pandrecht dat ingevolge artikel 77 Overgangswet ontstaat, een korte bespreking. Artikel 77 Overgangswet maakt onderscheid tussen roerende zaken die tot 1 januari 1992 onroerend door bestemming waren en als zodanig aan hypotheek waren onderworpen enerzijds, en roerende zaken die pas onder het huidige recht aan de onroerende zaak zijn toegevoegd en die onder het oude recht onroerend door bestemming zouden zijn geworden anderzijds. Op deze laatste zaken heeft derhalve nimmer daadwerkelijk een hypotheekrecht gerust. Artikel 77 Overgangswet kent aan het pandrecht op de eerstbedoelde zaken ten opzichte van de vóór 1 januari 1992 ontstane rechten en vorderingen waartegen het hypotheekrecht kon worden ingeroepen, dezelfde rang toe die het hypotheekrecht had. Voor de rang van het pandrecht op de onder het huidige recht aan de onroerende zaak toegevoegde "hulpzaken" geeft artikel 77 Overgangswet geen bijzondere voorziening. Op grond van artikel 21 lid 2 Invoeringswet 1990 gaat het voorrecht van de Ontvanger boven het pandrecht op een bodemzaak. Uit artikel 77 Overgangswet mag echter worden afgeleid dat het pandrecht dat ex artikel 77 Overgangswet is ontstaan, vóór het voorrecht van de Ontvanger gaat, indien het een pandrecht betreft op hulpzaken die reeds vóór 1 januari 1992 aan de hoofdzaak waren toegevoegd en waarop het hypotheekrecht rustte. Hoewel de tekst van artikel 77 Overgangswet het tegendeel suggereert, zouden wij willen aannemen dat deze voorrang van de pandhouder ook geldt, indien de aanspraken van de Ontvanger na 1 januari 1992 zijn ontstaan. Gaat het om een pandrecht dat ingevolge artikel 77 Overgangswet rust op zaken die onder het huidige recht aan de hoofdzaak zijn toegevoegd, dan lijkt de conclusie te moeten zijn dat de pandhouder de Ontvanger voor moet laten gaan op grond van zijn voorrecht. Deze conclusie staat onzes inziens op gespannen voet met de ratio van artikel 77 Overgangswet. De parlementaire geschiedenis zegt hierover:

"Onder huidig recht komen nieuwe zaken die als hulpzaak aan de onroerende hoofdzaak worden toegevoegd en die als zodanig onroerend door bestemming worden, van rechtswege onder de hypotheek op de hoofdzaak te vallen (art. 1210, 1^o) - een beding daartoe is niet nodig en zal ook veelal niet zijn gemaakt. Onder het nieuwe recht ontbreekt een zodanig automatisch verband. Vandaar dat de tweede zin is toegevoegd ter bescherming van de hypothecaire

schuldeiser, onverschillig of hij zo'n beding heeft gemaakt. Deze zal immers krediet hebben verleend in de verwachting dat nieuwe hulpzaken, vooral die ter vervanging van de oude, van rechtswege onder het door hem bedongen hypotheekrecht zouden komen te vallen."

Uit deze passage blijkt dat de wetgever heeft beoogd de hypothecaire schuldeiser te beschermen tegen verlies van aanspraken doordat aan de verhypothekerde hoofdzaak toe te voegen "hulpzaken" niet langer onroerend door bestemming worden en daardoor niet langer onder het hypotheekrecht komen te vallen. Indien het pandrecht dat ex artikel 77 Overgangswet is ontstaan, moet wijken voor het voorrecht van de Ontvanger, wordt de hypothecaire schuldeiser echter niet beschermd. Zijn positie is in dat geval ongunstiger dan die onder het oude recht⁵⁷.

De tweede overgangsrechtelijke kwestie waarop wij willen ingaan, wordt ingegeven door een NJ-noot van Kleijn onder het meergenoemde arrest ABN Amro NV/Ontvanger⁵⁸. In dit arrest besliste de Hoge Raad onder meer dat roerende zaken die tot blijvend gebruik aan een onroerende zaak worden verbonden, niet door bestemming onroerend worden, indien de eigendom van die roerende zaken op dat tijdstip bij een ander berust dan de eigenaar van die onroerende zaak. En de Hoge Raad vervolgt in datzelfde arrest in r.o. 3.8 (eerste alinea):

"Bij de beoordeling van deze onderdelen moet worden vooropgesteld dat indien de eigenaar van een onroerende zaak een hem niet toebehorende roerende zaak tot blijvend gebruik aan zijn onroerende zaak heeft verbonden, die roerende zaak niettemin door bestemming onroerend kan worden, te weten wanneer hij op een later tijdstip alsnog tevens de eigendom van de roerende zaak verkrijgt, mits op dat tijdstip de verbinding tot blijvend gebruik nog in stand is."

In zijn annotatie meent Kleijn naar aanleiding van deze rechtsoverweging tot een "voor de praktijk van groot belang" zijnde gevolgtrekking te moeten komen. Hij schrijft:

- 57 Beuving bespreekt in haar bijdrage aan de bundel *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Serie *Onderneming en Recht*, deel 7, blz. 72-74 het geval dat een pandrecht bij voorbaat is gevestigd en er tevens een pandrecht ex artikel 77 Overgangswet ontstaat. Wij volstaan hier met een verwijzing naar haar beschouwingen. J.J. van Hees besprak deze problematiek reeds in 1991 in de bundel *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, blz. 217-218.
- 58 HR 14 mei 1993, NJ 1993, 658, nt. WMK, AA 1994, blz. 104 e.v., nt. S.C.J.J. Kortmann.

"Op 1 jan. 1992 zijn de bestaande rechtsfiguren van fiduciaire eigendom omgezet in een pandrecht. Op dat moment werden alle fiduciegevers door het overgangsrecht (art. 86 OW) weer eigenaars van de vroeger door hen fiduciair overgedragen goederen. Als op dat zelfde moment de betreffende roerende goederen nog steeds tot blijvend gebruik waren verbonden aan een onroerende zaak in de zin van art. 3:4 lid 1 BW (dus op de wijze als omschreven in gemelde arresten, gepubliceerd in NJ 1993, 316 en 317) werden ze krachtens verkeersopvatting en door samenvallende feiten vanaf dat moment onroerend. Deze conclusie voor het huidige recht valt rechtstreeks te trekken uit de eerste alinea van r.o. 3.8, indien men een vergelijking trekt tussen onroerend worden door bestemming (oud BW) enerzijds en krachtens verkeersopvatting (NBW) anderzijds".

Wij zien niet in waarom deze conclusie uit bedoelde alinea, die hiervoor is geciteerd, zou zijn te trekken. Indien Kleijn bedoelt dat de betreffende goederen op 1 januari 1992 bestanddeel van de onroerende zaak zijn, is het zeer waarschijnlijk dat deze ook vóór 1 januari 1992 bestanddeel hiervan waren. De arresten waarnaar Kleijn verwijst (Dépex/Curatoren en Ontvanger/Rabobank) betreffen gevallen die onder het oude recht speelden. In geval van natrekking gaat het om onzelfstandige onderdelen die niet als zodanig in fiduciaire eigendom konden zijn overgedragen. Ten aanzien van deze onderdelen speelde derhalve het overgangsrecht niet. De geciteerde overweging van de Hoge Raad naar aanleiding waarvan Kleijn tot zijn gevolgtrekking komt, heeft betrekking op een roerende zaak die tot blijvend gebruik aan een onroerende zaak is verbonden. Onder het oude recht werd deze roerende zaak niet onroerend door bestemming, indien zij niet in eigendom toebehoorde aan de eigenaar van de onroerende zaak. Dit kon bijvoorbeeld het geval zijn indien de roerende zaak was overgedragen in eigendom tot zekerheid, voordat zij tot blijvend gebruik aan de onroerende zaak werd verbonden. Voor dergelijke in eigendom tot zekerheid overgedragen hulpzaken die vóór 1 januari 1992 niet onroerend door bestemming waren, omdat, kort gezegd, de eigendom van de onroerende zaak en die van de hulpzaak niet in één hand waren, geldt ons inziens het volgende. Vanaf 1 januari 1992 zijn deze zaken roerend gebleven. Op die datum verviel het fiduciaire eigendomsrecht ten aanzien van deze zaken en kwam hiervoor een pandrecht in de plaats. Alleen al daaruit blijkt dat ook in de gedachtengang van de wetgever deze zaken op 1 januari 1992 niet onroerend werden door hun wijze van verbinding. Bij zaken die direct of indirect duurzaam met de grond zijn verbonden, zal men, ondanks de tekst van artikel 3:3 lid 1 onderscheid moeten maken tussen enerzijds zaken die onder het oude recht als hulpzaak geduid moesten worden en onroerend door bestemming konden worden, en anderzijds zaken die onder het oude en het huidige recht op grond van de verkeersopvatting als bestanddeel

moeten worden geduid. De eerste categorie (hulpzaken onder het oude recht) betreft zaken die onder het huidige recht in de regel roerend zijn, ondanks hun duurzame verbinding. Bij de tweede categorie gaat het om zaken die tengevolge van de natrekking niet langer zelfstandige zaken zijn, maar onderdeel zijn geworden van de grond en het daarop gebouwde.

De onderhavige problematiek komt aan de orde in een procedure tussen de Rabobank en de Ontvanger, die op het moment waarop wij dit preadvies schrijven, aanhangig is bij de Hoge Raad. Het gaat in deze zaak om de vraag of een portacabin al dan niet onroerend is. A-G De Vries Lentsch-Kostense merkt in haar conclusie op dat in appel niet is bestreden de beslissing van de rechtbank dat de portacabin niet als onroerend kan worden aangemerkt op grond van artikel 3:4 lid 1. Uit het arrest blijkt voorts dat de verbinding van de portacabin met de grond niet zodanig was dat er sprake was van natrekking op grond van artikel 3:4 lid 2. Als vaststaand mag worden aangenomen dat partijen en het Hof ervan zijn uitgegaan dat de portacabin geen bestanddeel is van de grond. Het Hof oordeelt dat uit de feiten redelijkerwijs slechts de conclusie kan worden getrokken "dat de portacabin naar aard en inrichting bestemd was om als bedrijfsgebouw te worden gebruikt en om duurzaam ter plaatse te blijven, terwijl deze bedoeling van Buys (de gebruiker van de portacabin en eigenaar van de grond; toevoeging auteurs) naar buiten kenbaar was, zodat te dezen aan vermelde wettelijke maatstaf van art. 3:3 is voldaan"⁵⁹. A-G De Vries Lentsch-Kostense komt tot de slotsom dat het Hof geen onjuiste maatstaf heeft aangelegd en in zoverre ook niet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. En zij voegt daaraan toe dat het antwoord op de vraag of een bouwwerk naar aard en inrichting (her)kenbaar bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, afhangt van de omstandigheden van het geval. Uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de formuleringen van artikel 3:3 lid 1 en artikel 5:20, onder e, bewust op elkaar zijn afgestemd. Als de portacabin op grond van de maatstaf van artikel 3:3 lid 1 onroerend is, kan de conclusie geen andere zijn dan dat deze tevens op grond van de maatstaf van artikel 5:20, onder e, tot de eigendom van de grond behoort. De eigendom van de grond omvat de portacabin. Grond en portacabin vormen samen één zaak. De conclusie kan dan geen andere zijn dan dat de grond de portacabin heeft nagetrokken. Anders gezegd de portacabin is bestanddeel van de grond. Die constatering staat echter haaks op het in appel niet bestreden

59 Hof 's-Gravenhage 28 maart 1996, rolnr. 94/0297.

oordeel van de rechtbank dat de portacabin niet door natrekking onroerend is geworden. Uit de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense leiden wij af dat de door ons geconstateerde tegenstrijdigheid niet als zodanig in cassatie aan de orde is gesteld. De kans dat de Hoge Raad meer duidelijkheid in deze zaak kan brengen, is derhalve gering.

Opstalleasing

Indien een onroerende zaak een daaraan toegevoegde zaak natrekt, wordt de toegevoegde zaak bestanddeel van de hoofdzaak. De hoofdzaak en de toegevoegde zaak vormen één geheel. Goederenrechtelijk bestaat de toegevoegde zaak niet langer als een zelfstandige zaak, terwijl de hoofdzaak haar identiteit heeft behouden. Partijen die een leaseovereenkomst wensen te sluiten, zullen zich van het natrekkingsrisico bewust dienen te zijn. Indien een leasegever een zaak in lease geeft en deze zaak vervolgens door de onroerende zaak van de leasener wordt nagetrokken, verliest de leasegever op dat moment zijn eigendom van het leaseobject. Ingeval van een sale and lease back-transactie met betrekking tot bijvoorbeeld een bepaalde machine verkrijgt de leasegever niet de eigendom van deze machine, indien deze door natrekking een bestanddeel was van de aan de leasener toebehorende grond met daarop het fabrieksgebouw. De vraag rijst of, en zo ja in hoeverre, het risico van natrekking kan worden voorkomen door het vestigen van een opstalrecht. Deze problematiek kwam hiervoor (blz. 16-17 en 26-27) reeds kort ter sprake. Het recht van opstal, is, aldus artikel 5:101 lid 1, een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Noch de wet, noch de Parlementaire Geschiedenis geeft uitsluitsel over de vraag of het recht van opstal ook bedoeld is om aan de opstalgerechtigde het recht te geven hem toebehorende *roerende* zaken in eigendom te hebben in, op of boven andersmans onroerende zaak. Wij leiden echter uit het wettelijk systeem af dat de wetgever het oog heeft gehad op zaken die, indien er geen opstalrecht is gevestigd, door de onroerende hoofdzaak worden nagetrokken. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 5:105 lid 1, dat bepaalt dat, wanneer het recht van opstal tenietgaat, de eigendom van de gebouwen, werken en beplantingen van rechtswege overgaat op de eigenaar van de onroerende zaak waarop het recht van opstal rustte. Het opstalrecht is bedoeld om een horizontale scheiding aan te brengen tussen een onroerende zaak en daaraan toegevoegde zaken die zonder opstalrecht bestanddeel van de onroerende zaak zouden worden (of

zijn). De toegevoegde zaak – de opstal – wordt tot op zekere hoogte verzelfstandigd⁶⁰. Artikel 5:101 suggereert dat de opstalgerechtigde zonder meer eigenaar is van de gebouwen, werken of beplantingen die door het recht van opstal zijn gescheiden van de grond. Dit beeld is echter enigszins misleidend, in het bijzonder ten aanzien van de goederenrechtelijke positie van de opstalgerechtigde. De opstalgerechtigde kan niet vrijelijk beschikken over de gebouwen, werken of beplantingen. Hij kan deze objecten niet vervreemden of bezwaren. Wel kan hij het recht van opstal vervreemden of bezwaren, althans indien het een zelfstandig opstalrecht betreft. Aan de hand van een voorbeeld zullen wij aandacht besteden aan het gebruik van het opstalrecht in leaseverhoudingen. A en B wensen een overeenkomst te sluiten waarbij A aan B een windmolen in lease geeft. De windmolen zal zodanig met B's grond worden verbonden dat aangenomen moet worden dat deze bestanddeel wordt. A wil echter niet het risico lopen dat in geval van een faillissement van B de windmolen een verhaalsobject vormt voor B's crediteuren. B vestigt daarom een recht van opstal ten behoeve van A. In geval van operational lease hebben partijen de keuze de windmolen of het opstalrecht in lease te geven. Beogen partijen echter een financial leaseovereenkomst te sluiten op grond waarvan B bij de betaling van de laatste leasetermijn gerechtigd wordt tot de windmolen, dan doen partijen er verstandig aan het opstalrecht tot object van de leaseovereenkomst te maken. In dat geval draagt A aan B het opstalrecht over onder de opschortende voorwaarde dat B de laatste leasetermijn voldoet en de leasevorde-

60 Ook de literatuur gaat uit van de idee dat het opstalrecht een juridische scheiding van de ondergrond en hetgeen erop is gebouwd of verbouwd danwel erin is gebracht, tot stand brengt. Zonder het opstalrecht zou het gebouwde, verbouwde of ingebrachte eigendom van de grondeigenaar zijn. Zie bijvoorbeeld Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, Arnhem 1994, nr. 667; Asser-Davids-Mijnssen, Zwolle 1996, nr. 248. Wij vragen ons af of aan het opstalrecht geen ruimere toepassingsmogelijkheid moet worden toegekend. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een opstalrecht zou worden gevestigd teneinde de opstaller in de gelegenheid te stellen een roerende zaak op of boven andersmans grond te hebben. Met roerende zaak bedoelen wij een zaak die ook zonder opstalrecht niet zou zijn nagetrokken door de grond. Men denke aan het hebben van leidingen boven of op andersmans grond, zonder dat deze op enigerlei wijze met de grond zijn verbonden. Voorts kan men denken aan opslagtanks die op geen enkele wijze met de grond zijn verbonden. In de Parlementaire Geschiedenis van artikel 5:102 wordt opgemerkt dat het opstalrecht ook kan dienen om leidingen, buizen en dergelijke *boven* de grond van een ander te hebben. Indien dit het geval is, lijkt het niet voor de hand te liggen dat dergelijke leidingen of buizen zonder opstalrecht bestanddeel van de grond zijn (Parl. Gesch. Boek 5, blz. 359).

ring hierdoor tenietgaat. Het object van de leaseovereenkomst is in een dergelijk geval een registergoed (en geen onroerende zaak)⁶¹. Ondanks de vestiging van het opstalrecht is het denkbaar dat de leasegever wordt geconfronteerd met verhaalzoekende crediteuren die zich vóór hem op de windmolen mogen verhalen. Men denke aan het geval dat op de grond van B reeds een hypotheekrecht was gevestigd ten behoeve van de C-bank. Indien de bank uit hoofde van haar hypotheekrecht overgaat tot executie, zal zij als ouder beperkt gerechtigde voorbij mogen gaan aan het bestaan van het opstalrecht en zal zij de grond inclusief de windmolen mogen uitwinnen. Uiteraard geldt dit niet indien een rangwisseling als bedoeld in artikel 3:262 lid 2 heeft plaatsgevonden. Voor een dergelijke rangwisseling zal de leasegever echter de medewerking nodig hebben van de hypotheekhouder. Voorts is het denkbaar dat, indien de hypotheekhouder overgaat tot executie, de leasegever als opstaller de bevoegdheid heeft de windmolen weg te nemen. De uitwinning door de bank heeft immers tot gevolg dat het opstalrecht eindigt. Of de leasegever als opstalgerechtigde een dergelijke wegnemingsbevoegdheid toekomt zal afhangen van de inhoud van de akte waarbij het opstalrecht is gevestigd. De wegnemingsbevoegdheid uit hoofde van artikel 5:105 lid 2 komt de leasegever als opstalgerechtigde slechts toe, indien hij niet gehouden was de windmolen te plaatsen. In het kader van de leaseverhouding bestaat een dergelijke gehoudenheid wellicht wel. Het lijkt daarom voor de leasegever van belang uitdrukkelijk in de akte van vestiging van het opstalrecht te bepalen dat hij bij het einde van het opstalrecht de bevoegdheid heeft de windmolen terug te nemen.

Denkbaar is dat de windmolen reeds op het terrein van B staat voordat de leaseovereenkomst wordt aangegaan. In een dergelijk geval dient B ten behoeve van A een opstalrecht op zijn grond te vestigen. In geval van operational lease zal A vervolgens het opstalrecht of de windmolen in lease kunnen geven. In geval van financial lease ligt het echter voor de hand dat

het opstalrecht het object is van de leaseovereenkomst. Zie hiervoor blz. 16-17.

Leasing van electriciteitscentrales, netwerken en dergelijke

Hiervoor (blz. 4 -6) werden de zogenaamde cross-border leases kort beschreven. Deze soort (financial) leases worden vrijwel altijd aangegaan op grond van fiscale overwegingen. Partijen maken gebruik van verschillen tussen de fiscale regelgeving in diverse landen. In de kern komt de constructie erop neer dat via sale and lease-back of via lease en lease back de (daartoe speciaal door de investeerders opgerichte) leasegever in de gelegenheid wordt gesteld gedurende de looptijd van de lease af te schrijven op het leaseobject en daardoor zijn belastbare winst te drukken. Indien de leasenemer aan het einde van de lease zijn koopoptie uitoefent, maakt hij weliswaar een boekwinst waarover hij vennootschapsbelasting is verschuldigd, maar het uiteindelijke resultaat is dat de betaling van vennootschapsbelasting wordt uitgesteld. Het voordeel komt mede ten goede aan de (bijvoorbeeld Nederlandse) leasenemer. Wie niet vertrouwd is met dit fenomeen zal zich wellicht afvragen of dit allemaal wel kan c.q. rehtens toelaatbaar is. Via louter "papiertransacties" wordt in het buitenland een fiscaal voordeel gerealiseerd.

In Nederland heeft deze cross-border lease sinds het midden van de jaren tachtig een grote vlucht genomen. Het gaat vrijwel steeds om lease-transacties met een zeer hoge economische waarde. Zo hebben de Nederlandse luchtvaartmaatschappijen vrijwel al hun vliegtuigen langs deze weg opnieuw gefinancierd. Hetzelfde geldt voor de treinstellen van de NV Nederlandse Spoorwegen. Electriciteitsproducenten en andere nutsbedrijven herfinancieren aldus electriciteitscentrales, electriciteits- en andere netwerken, alsmede gasmeters, of doen onderzoek naar de mogelijkheden daartoe. Ook verschillende waterschappen schijnen zich met deze financieringsvorm in te (willen) laten⁶². Fiscale autoriteiten van diverse betrokken landen, zoals Japan, Zweden, Duitsland, Oostenrijk en de Verenigde Staten, hebben weliswaar nadere wettelijke regels gesteld, maar nog steeds blijft het verschil in fiscale regelgeving zodanig, dat met cross-border leases aanzienlijk financieel voordeel kan worden behaald. Populair gesteld zou men kunnen

61 Overigens zal in de praktijk niet snel voor een dergelijke constructie worden gekozen, omdat leasemaatschappijen veelal zullen willen voorkomen dat de gesloten leaseovereenkomst kan worden aangemerkt als een huurkoopovereenkomst in de zin van de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken. Teneinde dit risico te vermijden, althans te verkleinen, zou men het opstalrecht van de windmolen kunnen vestigen ten behoeve van een besloten vennootschap waarvan A de aandelen heeft, terwijl A deze aandelen zou overdragen aan B onder de opschortende voorwaarde dat B de laatste leasetermijn voldoet en de leasevordering hierdoor tenietgaat.

62 Zie Het Financieele Dagblad van 21 oktober 1997, waarin melding wordt gemaakt dat een leasetransactie het Waterschap f 27 miljoen oplevert.

zeggen dat de buitenlandse belastingplichtige dit voordeel betaalt. Is verwondering over de toelaatbaarheid van cross-border lease al begrijpelijk, dit geldt a fortiori voor het gebruik van deze financieringsmethode door de Nederlandse overheid of door bedrijven die door de overheid worden gedomineerd. Nadere bezinning op dit punt achten wij gewenst.

Zoals gezegd worden bij cross-border lease onder meer leiding- en kabelnetwerken in lease gegeven. In het kader van dit hoofdstuk over het object van leasing willen wij kort stilstaan bij de eigendomsverhoudingen met betrekking tot deze netwerken en bij de vraag of de netwerken als een roerende of onroerende zaak moeten worden geduid. Zowel het huidige als het oude BW kent geen specifieke regeling betreffende de eigendom van ondergrondse of bovengrondse netwerken en leidingenstelsels. Wie is de eigenaar van in de grond liggende rioolbuizen, gasleidingen, electriciteitskabels en dergelijke; en wie van de hoogspanningsmasten en daarbij behorende kabels? Zijn deze leidingenstelsels en netwerken roerend of onroerend? De Interim-Wet op de telecommunicatievoorzieningen kent wel een specifieke bepaling betreffende de eigendom⁶³. Volgens artikel 36 van deze Interim-Wet brengt de aanleg van kabels en netwerkaansluitpunten door de houder van de concessie in en op de gronden, alsmede in en aan gebouwen van anderen geen wijziging in de eigendom van hetgeen is aangelegd. En het tweede lid van ditzelfde artikel bepaalt dat het artikel mede van toepassing is op kabels en netwerkaansluitpunten aangelegd vóór het in werking treden van de bepaling. Artikel 36 Interim-Wet brengt tot uitdrukking dat degene die de telecomnetten aanbrengt of heeft aangebracht, hiervan eigenaar is en blijft. Daarbij doet het niet ter zake of de kabels en netwerkaansluitpunten in of op de grond, dan wel in of op gebouwen zijn aangebracht. Evenmin is het van belang of de kabels en netwerkaansluitpunten al dan niet zonder schade van betekenis kunnen worden losgemaakt. De concessiehouder blijft eigenaar. De wet geeft hiermee een regeling die afwijkt van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder voor wat betreft de regels betreffende natrekking (bestanddeelvorming). Onzes inziens moet worden aangenomen dat deze netwerken en aansluitpunten, ongeacht de wijze waarop zij zijn aangebracht, roerende zaken blijven⁶⁴. In de literatuur is wel voorgesteld dat in de grond gelegde buizen en dergelijke als roerend dienen te worden

beschouwd⁶⁵. Dit voorstel heeft echter geen weerklank gevonden. De vraag of buizenstelsels en netwerken – voor zover deze niet zijn aangebracht overeenkomstig de Interim-Wet op de telecommunicatievoorzieningen – zelfstandige roerende zaken blijven of door de grond (en het daarop gebouwde) worden nagetrokken, zal derhalve aan de hand van de algemene regels die het BW geeft, moeten worden beantwoord. Veel van deze buizenstelsels en netwerken zullen niet zonder schade van betekenis kunnen worden losgemaakt. Het antwoord lijkt daarom te moeten zijn dat dergelijke buizenstelsels en netwerken meestal door de grond worden nagetrokken. De problematiek is echter gecompliceerder. Buizen en netwerken zijn vaak niet alleen duurzaam verbonden met de grond, maar ook met andere gebouwen en werken. Zo zijn de in de grond liggende electriciteitskabels vaak verbonden met bedrijfsgebouwen en woonhuizen, transformatorhuisjes schakelstations en uiteindelijk electriciteitscentrales. Moet in dergelijke gevallen de verticale natrekking wijken voor de horizontale natrekking?⁶⁶ Zo ja, hoever gaat deze natrekking dan? Vormen leidingnetten één geheel?⁶⁷ Indien men zou aannemen dat leidingnetten één geheel, dat wil zeggen één zaak, vormen, rijzen onmiddellijk nieuwe vragen. Hoever strekt deze eenheid zich uit? Is het gehele electriciteitswerk dat met één electriciteitscentrale in verbinding staat, één zaak? Kan men überhaupt wel aangeven welke electriciteitsleidingen bij welke centrale horen? Geldt de eenheid pas vanaf de tussenstations of de transformatorhuizen, zodat er van een aantal zelfstandige zaken moet worden gesproken?

Indien buizenstelsels en andere netwerken niet zonder schade van betekenis uit de grond of het daarop staande gebouw zijn te verwijderen, zouden wij willen aannemen dat deze in beginsel verticaal worden nagetrokken. Horizontale natrekking is een uitzondering en in de praktijk zal het veelal niet of nauwelijks mogelijk zijn aan te geven door welke hoofdzaak deze buizen, leidingen of kabels horizontaal worden nagetrokken. Alleen al daarom zouden wij in dergelijke gevallen de uitzondering niet willen toepassen. Van Velten schrijft in een recente WPNR-bijdrage dat waarschijnlijk kan worden gesproken over horizontale natrekking als er sprake is van

63 Zie voor deze wet Stb. 1996, 321, alsmede Stb. 1997, 320 en 336 (in verband met wijzigingen).

64 In dezelfde zin Van Velten, WPNR 6285 (1997), blz. 670.

65 Zie Arnold, WPNR 5425 (1978). Vgl. ook, zij het minder vergaand, Beekhuis in de Van Opstal-bundel (1972), blz. 14-15.

66 Vgl. artikel 5:20, onder e, slot.

67 Aldus Marlet, Bouwrecht 1974, blz. 246-248. In andere zin J.M. Polak, Bouwrecht 1973, blz. 425, die verdedigt dat de verticale natrekking niet voor de horizontale hoeft te wijken. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 5, blz. 124.

een beperkt kabelnet dat zijn oorsprong vindt in een nabijgelegen "moeder-erf"; de eigenaar van het "moeder-erf" (de kabelexploitant) is in die visie ook eigenaar van het daarmee verbonden kabelnet⁶⁸. Deze mogelijkheid is inderdaad aanwezig, maar wij zouden deze niet al te snel willen aannemen. Hiervóór (blz. 21 en 25-26) hebben wij verdedigd dat men terughoudend moet zijn bij het aannemen van natrekking (bestanddeelvorming). Dat geldt onzes inziens ook bij buizenstelsels, leiding- en kabelnetwerken. De verkeersopvatting noopt onzes inziens niet tot het snel aannemen van natrekking. Indien de buizen, leidingen of kabels zonder schade van betekenis kunnen worden verwijderd, zal veelal mogen worden aangenomen dat het roerende zaken betreft. Zo worden (kostbare) glasvezelkabels tegenwoordig desbewust niet in de grond, maar in kabelgoten, tunnels of bestaande buizen, zoals gasleidingen, gelegd⁶⁹. Dergelijke kabels zouden wij als roerend willen aanmerken. Bij hoogspanningsleidingen hebben wij aarzeling. Zoals hiervoor aangegeven vinden wij het niet voor de hand liggen aan te nemen dat deze leidingen horizontaal worden nagetrokken door de electriciteitscentrale of andere gebouwen die in het netwerk zijn geplaatst. Verticale natrekking ligt ook niet zonder meer voor de hand. Voor wat betreft de masten zou men kunnen aannemen dat deze door de grond waarop zij zijn geplaatst, worden nagetrokken. Geldt dit echter ook voor de kabels? Zo ja, worden deze kabels dan ook nagetrokken door percelen waarop geen hoogspanningsmasten staan, zodat er geen enkele fysieke verbinding tussen de kabel en het betreffende stuk grond is? Of worden ze in dat geval nagetrokken door de percelen waarop de hoogspanningsmasten staan? Gaat men van het laatste uit, dan stuit men op het probleem dat moeilijk valt aan te geven welke delen van de kabel bestanddeel zijn van respectievelijk het ene en het andere perceel, indien zich tussen deze percelen grond bevindt waarop geen hoogspanningsmast is geplaatst. Wij neigen ertoe aan te nemen dat deze kabels roerende zaken zijn.

Uit het voorgaande moge duidelijk worden dat veel rechtsonzekerheid bestaat over de vraag aan wie buizenstelsels, leiding- en kabelnetwerken in eigendom toebehoren en of deze zaken al dan niet onroerend zijn. Mede gezien de voortschrijdende privatisering van de energieproducenten, de

nutsbedrijven en de telecommunicatiemarkt, achten wij wetgeving op dit terrein gewenst⁷⁰.

De onzekerheid omtrent de eigendomsverhoudingen bij buizenstelsels, leiding- en kabelnetten brengt voor de leasepraktijk risico's met zich. Indien met betrekking tot dit soort objecten een cross-border lease wordt aangegaan en partijen overeenkomen dat in het kader van de "sale" de juridische eigendom van het object aan de leasegever zal worden overgedragen, is dit slechts mogelijk indien het object een zelfstandige zaak is, of indien een opstalrecht is gevestigd en overdracht van het opstalrecht plaatsvindt. In de praktijk wordt bij de lease van dit soort objecten echter meestal gebruik gemaakt van een economische eigendomsoverdracht aan de leasegever⁷¹. Deze geeft vervolgens het in economische eigendom overgedragen object in lease aan de leasener. Men spreekt in een dergelijk geval wel over "lease and lease back". Voor een overdracht van de economische eigendom is naar ons oordeel niet nodig dat het object een zelfstandige zaak is in goederenrechtelijke zin⁷². Evenmin is nodig dat door de vestiging van een opstalrecht verzelfstandiging plaatsvindt. De goederenrechtelijke onzelfstandigheid van het leaseobject heeft, indien dit in economische eigendom aan de leasegever wordt overgedragen, ook tot gevolg dat hierop geen hypotheekrecht kan worden gevestigd ten behoeve van de leasegever, teneinde diens positie te beschermen tegen eventueel verhaal door de crediteuren van de leasener.

68 Van Velten, WPNR 6285 (1997), blz. 667 e.v. Zijn bijdrage bevat een aantal verwijzingen naar literatuur en rechtspraak betreffende de eigendom van buizenstelsels, leidingnetwerken en kabelnetwerken.

69 Vgl. Van Velten, o.c., blz. 670.

70 In dezelfde zin Van Velten, WPNR 6285 (1997), blz. 667. Vgl. over de onzekerheid betreffende de eigendomsverhoudingen ook de bijdrage van Ploeger en Stolk in hetzelfde WPNR-nummer, blz. 656 e.v.

71 De reden hiervoor is dat men overdrachtsbelasting wil vermijden.

72 Anders Nieskens-Isphording, NJB 1996, blz. 1845-1851; zie de reactie van S.C.J.J. Kortmann hierop, NJB 1997, blz. 6-9.

III RELEVANTE REGELGEVING

Mr.drs. R.M. Hermans*

Huurkoop onroerende zaken

Inleiding

Financial lease van onroerende zaken komt in Nederlandse verhoudingen thans nauwelijks voor⁷³. Dit wordt veroorzaakt door de in 1973⁷⁴ ingevoerde Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken (TW). De strekking van de TW was om een einde te maken aan misstanden die destijds optraden bij de huurkoop van onroerende zaken. In het begin van de jaren '70 was er, met name in het westen van het land, een grote woningnood. Grote groepen woningzoekenden konden de aanschaf van een woning met hypothecaire geldlening niet betalen, omdat daarvoor veelal inbreng van eigen geld benodigd was, terwijl huurwoningen met een lage huur in onvoldoende mate beschikbaar waren. Op deze behoefte werd door huizenhandelaren ingesprongen die met 100% financieringsconstructies door middel van huurkoop woningzoekenden woonruimte aanboden. Vaak ging het hierbij om panden van slechte kwaliteit en waren de huurkooptermijnen aanmerkelijk hoger dan de voor dit soort panden gebruikelijke huur. De beoogde eigendomsverkrijging was nagenoeg illusoir, omdat de huurkoopovereenkomst een lange looptijd had en het aflossingsbestanddeel in de huurkoopsom gering was. Daarnaast ontbrak iedere goederenrechtelijke bescherming van de huurkoper tegen een deconfiture van de huurverkoper.

De TW heeft aan de slechte rechtspositie van de huurkoper een einde gemaakt. De wet voorziet in een vergaande en complexe zakenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke bescherming van de huurkoper. De wet bevat

* Mr.drs. R.M. Hermans is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te 's-Gravenhage.

73 Bij cross-border leases worden doorgaans lease and lease back-overeenkomsten gesloten. In dat geval is eigendomsoverdracht door de headleasegever aan de headleasener uitdrukkelijk uitgesloten. De TW is dan niet van toepassing.

74 Wet van 21 juni 1973, Stb. 289.

19 artikelen met in totaal 69 leden⁷⁵. In de praktijk is de bescherming van de huurkoper zo groot, dat er sprake is van een verbod van huurkoop van onroerende zaken⁷⁶.

De werkingssfeer van de TW was aanvankelijk beperkt tot de huurkoop van een onroerende zaak⁷⁷ "voor zover bestemd of gebruikt voor bewoning". Nog geen jaar na de invoering werd deze toevoeging echter geschrapt, zodat het werkingsgebied werd uitgebreid tot alle onroerende zaken, ongeacht aard of bestemming⁷⁸. Volgens de MvT was de reden voor deze uitbreiding van de werkingssfeer dat de oorspronkelijke beperking tot de huurkoop van woningen aanleiding zou geven tot rechtsonzekerheid, met name wanneer een in huurkoop gegeven zaak tijdens de looptijd van de overeenkomst een bestemmingswijziging zou ondergaan of wanneer er sprake zou zijn van gemengd – zowel particulier als bedrijfsmatig – gebruik⁷⁹. De uitbreiding van de werkingssfeer van de TW heeft desastreuze gevolgen gehad voor de leasepraktijk. Mede gezien de strekkingsbepaling van artikel 1 lid 2 TW is financial lease onmogelijk gemaakt, ook waar het gaat om de lease van onroerende zaken, waarbij de leasener gezien zijn maatschappelijke positie geen enkele bescherming behoeft.

Het wetsvoorstel huurkoop onroerende zaken

De TW is in de literatuur⁸⁰, alsmede door adviesorganen en branche-organisaties, sterk bekritiseerd. De Minister heeft zich deze kritiek aangetrokken en op 8 juni 1995 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ter vervanging van de TW ingediend⁸¹. Dit wetsvoorstel, dat door de leasepraktijk juichend is onthaald⁸², voorziet in een vergaande liberalisering in vergelijking met

75 Zie voor een beschrijving van de TW: P. Stoffels, TVVS 1974, blz. 278 e.v., J.M.J. Korff de Gids, NJB 1974, blz. 537 e.v. en W.M. Kleijn, BR 1975, blz. 3 e.v.

76 J. de Boer, NJB 1992, blz. 1537 heeft niet ten onrechte opgemerkt dat met één artikel met één kort lid had kunnen worden volstaan: de huurkoop van onroerende zaken of van rechten waaraan deze zijn onderworpen is verboden.

77 Of beperkte rechten waaraan deze is onderworpen. Zie het eerste lid van artikel 1 TW.

78 Wet van 27 februari 1974, Stb. 85.

79 Handelingen TK 1973-1974, 12 706, nr. 3.

80 Zie o.m. W.M. Kleijn, a.w. en A.W.A. Joosen, NJB 1976, blz. 549 e.v.

81 Wetsvoorstel 24 212, Vaststelling en invoering van afdeling 7.1.12 (huurkoop onroerende zaken) voor het nieuwe Burgerlijke Wetboek.

82 P.L.M. Maas, Huurkoop onroerende zaken, WPNR 6189, blz. 503 e.v.

de thans nog van kracht zijnde TW. Het wetsvoorstel is zonder noemenswaardige discussie door de Tweede Kamer aangenomen. De schriftelijke voorbereiding van het wetsvoorstel is in de Eerste Kamer voltooid, maar de Eerste Kamer wil het wetsvoorstel nog niet openbaar behandelen, aangezien zij ernstig bezwaar heeft tegen een tijdelijk vervallen van de consumenten beschermende bepalingen die pas na de inwerkingtreding van wetsvoorstel 23 095⁸³ weer in de wet zullen zijn opgenomen⁸⁴. Het gevolg van de opstelling van de Eerste Kamer – die zich naar ons oordeel overigens volkomen terecht zorgen maakt over de bescherming van huurkopers van woonruimte – is dat de TW vooralsnog van kracht blijft. Wij menen dat het wetsvoorstel *voor bedrijfsruimte* zo snel mogelijk moet worden ingevoerd, omdat het een einde maakt aan het feitelijke verbod van financial lease van onroerende zaken, en het bedrijfsleven aan deze financieringsvorm behoefte heeft. Wetsvoorstel 23 095, dat op 16 april 1993 bij de Tweede Kamer is ingediend, is daar nog steeds in behandeling, zodat het wachten hierop de invoering van de nieuwe huurkoopregeling voor onroerende zaken nog lang kan ophouden. Om een snelle invoering van het wetsvoorstel voor bedrijfsruimte mogelijk te maken zou in een novelle de werkingssfeer van wetsvoorstel 24 212 tot bedrijfsruimte kunnen worden beperkt. Het maken van een novelle op het wetsvoorstel is gerechtvaardigd omdat de praktijk dringend behoefte heeft aan afschaffing van de TW voor bedrijfsruimte. Voor *woonruimte* kan dan voorlopig de TW van kracht blijven, hetgeen betekent dat het de facto bestaande verbod van huurkoop wordt gehandhaafd. Eventueel zouden in de novelle ook een of meer van de hierna te formuleren verbeteringsvoorstellen kunnen worden opgenomen, als dat niet zou leiden tot een vertraging van de behandeling van de novelle.

Ons inziens zou de wetgever overigens serieus moeten overwegen om in plaats van het opnemen van consumenten beschermende bepalingen voor de huurkoop van woonruimte in het huidige wetsvoorstel, het bestaande (feitelijke) verbod van huurkoop van woonruimte te handhaven. De Minister stelt in de MvT op het wetsvoorstel dat voor handhaving van de verbintenisrechtelijke bepalingen van de TW geen aanleiding meer is⁸⁵. De Minister motiveert deze stelling door erop te wijzen dat sinds 1974 een vergun-

ning nodig is voor het splitsen van een gebouw in appartementen en de huurprijzen geliberaliseerd zijn. Om die redenen zou voor misbruik niet meer behoeven te worden gevreesd. Wij delen dit optimisme van de Minister niet⁸⁶. Huurkoopovereenkomsten met betrekking tot woonruimte zullen een looptijd van tenminste 25 - 30 jaar hebben. Anders zijn de huurkooptermijnen niet op te brengen. Dit betekent dat het aflossingsbestanddeel in de huurkooptermijnen in het begin zeer gering is. Als de huurkoper na een jaar of tien de huurkoopovereenkomst zou willen beëindigen, zal hij om die reden, zelfs als de overeenkomst geen boetebeding ten gunste van de huurverkoper zou bevatten, bijna niets van de betaalde huurkooptermijnen terugontvangen. Die huurkooptermijnen zullen waarschijnlijk echter aanzienlijk hoger zijn geweest dan de huurprijs voor een vergelijkbare woning zou zijn geweest. Daarnaast komen alle onderhoudskosten voor rekening van de huurkoper. Tenzij daarover in de huurkoopovereenkomst een specifieke bepaling ten gunste van de huurkoper is opgenomen, is het twijfelachtig of deze van een eventuele waardeinstijging van de woning zal profiteren⁸⁷. Gezien deze aan huurkoop van woonruimte verbonden nadelen heeft de praktijk aan de mogelijkheid van huurkoop van woonruimte geen behoefte. Door de lage rentestand en de fiscale aftrekbaarheid van de hypotheekrente kunnen ook particulieren met een gemiddeld inkomen, zolang met een Nationale Hypotheekgarantie, een 100% hypothecaire financiering voor de aankoop van een woonhuis verkrijgen. Degenen die daarvoor niet in aanmerking komen zullen waarschijnlijk ook niet in staat zijn gedurende 25, 30 of nog meer jaren huurkooptermijnen te betalen. Huurkoop is voor deze groep niet werkelijk een alternatief. Waar ondanks de betere marktomstandigheden het nog steeds denkbaar – en zelfs waarschijnlijk – is dat woningzoekenden het slachtoffer worden van huurverkopers die gebruik maken van het nog steeds bestaande tekort aan goedkope woningen, kan het (feitelijke) verbod van huurkoop van woningen maar beter worden gehandhaafd.

De hier bepleite oplossing, om het wetsvoorstel alleen te laten gelden voor de huurkoop van bedrijfsruimte, is ook reeds voorgesteld door de Raad

83 Aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk).

84 Eindverslag, Handelingen EK 1996-1997, 24 212, nr. 69c.

85 Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 4.

86 Zo ook: A.A. van Velten, WPNR 95/6189, blz. 508 e.v. en H.A.G. Fikkers, NTBR 1996, blz. 12 e.v.

87 Wij menen dat de huurkoper bij ontbinding van de huurkoopovereenkomst om de hierna uiteen te zetten redenen in beginsel recht heeft op voordeelsafdracht. Onze ker is evenwel of dit standpunt ook door de rechter zal worden aanvaard.

voor Onroerende Zaken⁸⁸. De Minister heeft dit voorstel van de hand gewezen met een argument op grond waarvan in 1974 de werkingssfeer van de TW was uitgebreid. Bij "gemengde" panden, die deels als woonruimte en deels als bedrijfsruimte worden gebruikt, zou een probleem ontstaan. Het zou niet mogelijk zijn om een eenduidig en niet voor meerdere interpretaties vatbaar criterium te formuleren aan de hand waarvan zou kunnen worden bepaald of huurkoop van "gemengde" panden nu wel of niet onder de werkingssfeer van de nieuwe wet zou vallen. Wij menen dat dit probleem enorm wordt overdreven. In vergelijking tot het aantal bedrijfspanden is het aantal "gemengde" panden gering. Als zich bij een klein deel van die kleine groep van "gemengde" panden al een interpretatieprobleem zou voordoen is dat ons inziens overkomelijk. De wetgever moet niet de pretentie hebben dat de wet ieder denkbaar probleem moet oplossen. De praktijk zou er overigens mee kunnen leven indien huurkoop van gemengde panden, net als huurkoop van woonruimte, verboden blijft.

Korte inhoud

Het wetsvoorstel huurkoop onroerende zaken is in vergelijking met de TW veel eenvoudiger geworden. Van de 19 artikelen met in totaal 69 leden zijn 7 artikelen met in totaal 14 leden overgebleven. De verbintenisrechtelijke bescherming van de huurkoper is nagenoeg geheel geschrapt, zodat leasegever en leasener de volledige vrijheid hebben hun rechtsverhouding te regelen zoals zij dat wensen. Dit is, althans voor de huurkoop van bedrijfsruimte, een grote verbetering ten opzichte van de TW. Gehandhaafd, in enigszins gewijzigde vorm, is de goederenrechtelijke bescherming van de huurkoper. Deze komt, kort gezegd, daar op neer dat als een notariële akte waarin de huurkoopovereenkomst is opgenomen is ingeschreven in de openbare registers, de huurkoper is beschermd tegen een deconfiture van de huurkoper.

Samenvatting inhoud wetsvoorstel

Artikel 7.1.12.1 lid 1 definieert huurkoop van een onroerende zaak⁸⁹ als de koop waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen en dat de eigendomsoverdracht zal plaatsvinden na voldoening van twee of meer termijnen die verschijnen nadat de zaak aan de koper is afgeleverd. De omschrijving van huurkoop is in het wetsvoorstel, in vergelijking met die in de artikelen 7A:1576h en 8:800, ruim. Zij omvat zowel de situatie dat de huurverkoper de onroerende zaak bij de aanvang van de overeenkomst onder eigendomsvoorbehoud levert aan de huurkoper als de situatie dat na de totstandkoming van de huurkoopovereenkomst en na betaling van twee of meer termijnen nog een afzonderlijke leveringshandeling is vereist. De omschrijving houdt de mogelijkheid in dat deze leveringshandeling plaatsvindt voordat de laatste termijn is betaald en omvat ook het geval dat de huurkoop een drie-partijenovereenkomst inhoudt in dier voege dat degene die het goed levert niet dezelfde behoefte te zijn aan wie de termijnen dienen te worden betaald⁹⁰. Opvallend is dat in het wetsvoorstel, anders dan in de TW en in de regelingen van de koop op afbetaling en de huurkoop van roerende zaken, geen strekkingsbepaling is opgenomen. Dit betekent dat partijen de toepasselijkheid van de huurkoopregeling eenvoudig kunnen omzeilen door er voor te zorgen dat hun overeenkomst niet voldoet aan de definitie van artikel 7.1.12.1. Sterker nog, de gebruikelijke vorm van een financial leaseovereenkomst houdt in dat de leasener aan het einde van leaseperiode de optie heeft de in lease gegeven zaak te kopen voor een vooraf vastgestelde, soms symbolische, prijs. Voor de leasepraktijk betekent dat dat partijen van de gebruikelijke vorm van een financial lease overeenkomst moeten afwijken om de toepasselijkheid van de nieuwe wettelijke regeling te verzekeren. In sommige gevallen zal dit om fiscale redenen niet mogelijk zijn, bijvoorbeeld bij cross border leases. In dat geval kan de leasener niet van de goederenrechtelijke bescherming die het wetsvoorstel de huurkoper biedt gebruik maken. De Minister motiveert het niet opnemen van een strekkingsbepaling met de stelling dat een dergelijke bepaling voor de leasepraktijk problemen zou opleveren. De strekkingsbe-

88 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 4.

89 Het tweede lid bepaalt dat de huurkoop ook betrekking kan hebben op een recht waaraan de onroerende zaak is onderworpen. In dat geval zijn de bepalingen van het wetsvoorstel van toepassing voor zover dit in overeenstemming is met de aard van dit recht.

90 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 10.

paling zou volgens de Minister ook overeenkomsten die door partijen niet als financiële lease overeenkomsten zouden zijn bedoeld onder de wettelijke regeling kunnen trekken⁹¹. Dit is naar ons oordeel onjuist. Een operationale leaseovereenkomst zal naar strekking nooit een huurkoopovereenkomst kunnen zijn, omdat voor dit type leaseovereenkomsten kenmerkend is dat partijen bij het aangaan hiervan geen eigendomsoverdracht beogen. Dit geldt ook indien in een operationale leaseovereenkomst een koopoptie is opgenomen. Bij een operationale lease zal het bedrag dat met de uitoefening van de optie is gemoeid zodanig zijn, dat hieruit niet kan worden afgeleid dat het reeds bij het aangaan van de leaseovereenkomst de bedoeling was dat de eigendom door de leasener zou worden verkregen⁹². Wij menen dat er alle reden is om in het wetsvoorstel wel een strekkingsbepaling op te nemen. Voor de huurverkoper is het niet belastend als een strekkingsbepaling zou worden ingevoerd⁹³. Uit oogpunt van wetgevingstechniek is het overigens onbegrijpelijk dat het wetsvoorstel geen strekkingsbepaling bevat. Het wetsvoorstel bevat, met uitzondering van artikel 7.1.12.5, dwingend recht. Indien de wetgever van oordeel is dat de bepalingen van het wetsvoorstel zo wezenlijk zijn dat partijen daarvan niet mogen afwijken, is het inconsequent partijen de keuze te laten of zij al dan niet willen opteren voor de toepasselijkheid van de wettelijke regeling.

Totstandkoming overeenkomst

Het totstandkomen van de huurkoopovereenkomst is in het wetsvoorstel vormvrij. Artikel 7.1.12.2 bepaalt dat ieder der partijen jegens de ander verplicht is eraan mee te werken dat tussen hen van de huurkoopovereenkomst een notariële akte wordt opgemaakt, die wordt ingeschreven in de openbare registers⁹⁴. Wij menen dat het de voorkeur zou verdienen om te bepalen dat

91 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 10.

92 J.J. van Hees, diss. blz. 32.

93 P.L.M. Maas heeft zich, in zijn hiervoor genoemde opstel, uitgesproken voor de afschaffing van de strekkingsbepaling. Door de verwachting uit te spreken dat de leasepraktijk zich aan het wetsvoorstel zal aanpassen, door met een koopplicht te gaan werken in plaats van met een koopoptie, erkent Maas in wezen dat het voor de huurverkoper weinig bezwaarlijk is als aan het wetsvoorstel een strekkingsbepaling zou worden toegevoegd.

94 Indien een van partijen niet meewerkt aan het opmaken van een notariële akte kan de rechter op vordering van de gerechtigde bepalen dat zijn uitspraak in plaats van de akte zal treden (artikel 3:300 BW). Artikel 7.1.12.3 lid 1 sub a bepaalt dat deze uitspraak in de registers inschrijfbaar is. Uiteraard kan de gerechtigde ook vorde-

de huurkoopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak alleen bij notariële akte zou kunnen worden aangegaan, iets waarop de PvdA-fractie in de Eerste Kamer ook heeft aangedrongen⁹⁵. Een huurkoopovereenkomst is complexer dan een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak, omdat deze bestaat uit twee componenten: de koop van de onroerende zaak en de financiering daarvan. Bij de koop van een onroerende zaak neemt de verkoper de verplichting op zich de zaak vrij van hypotheek en beslagen te leveren. Door de verplichte inschakeling van een notaris bij de levering en het vaste gebruik dat de koopprijs via de notaris aan de verkoper wordt betaald kan zich niet de situatie voordoen dat de koper de koopprijs moet betalen voordat zeker gesteld is dat hij de onbezwaarde eigendom zal krijgen geleverd. Bij huurkoop kan zich die situatie wel voordoen. Om die reden is een goede voorlichting van de huurkoper over de risico's die hij loopt noodzakelijk. De notaris is bij uitstek de geschikte persoon om die voorlichting te geven. Omdat de huurkoopovereenkomst vormvrij tot stand kan komen staat de notaris voor een fait accompli als een van de partijen hem vraagt de reeds gesloten overeenkomst in een notariële akte vast te leggen⁹⁶. Wat kan de notaris doen als hem blijkt dat de huurverkoper geen juridisch eigenaar van de verkochte zaak is, of de onroerende zaak belast is met een beperkt recht, zoals een hypotheekrecht? De huurkoopovereenkomst is immers al rechtsgeldig tot stand gekomen zodat voorlichting van de huurkoper over de risico's die hij loopt als mosterd na de maaltijd komt. Wij menen dat de wetgever er beter aan had gedaan om, net als bij de huurkoopovereenkomst met betrekking tot een binnenschip⁹⁷, te bepalen dat de huurkoopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak tot stand komt bij een notariële akte.

Goederenrechtelijke bescherming huurkoper

Artikel 7.1.12.4 regelt de goederenrechtelijke bescherming van de huurkoper. Deze bepaling is niet van belang indien in de notariële akte die van de

ren dat de rechter een dwangvertegenwoordiger aanwijst.

95 Voorlopig Verslag, Handelingen EK 1995-1996, 24 212, nr. 220a, blz. 2.

96 Zo ook A.A. van Velten, a.w.

97 Artikel 8:800 lid 1 BW. De huurkoper van een teboekstaand binnenschip wordt in afdeling 8.8.3 ook op andere wijzen vergaand beschermd. Een dergelijke bescherming van de huurkoper van een onroerende zaak bepleiten wij overigens geenszins.

huurkoopovereenkomst wordt opgemaakt de huurverkoper de eigendom van de onroerende zaak onder opschortende voorwaarde van betaling van alle huurkooptermijnen⁹⁸ aan de huurkoper overdraagt. In dat geval verkrijgt de huurkoper krachtens artikel 3:84 lid 4 een recht dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen en is hij na inschrijving van de notariële akte in de registers goederenrechtelijk beschermd⁹⁹. In de huurkoopovereenkomst behoeft de leveringshandeling evenwel niet te worden opgenomen. Partijen kunnen ervoor kiezen om overeen te komen dat de leveringshandeling eerst later, na betaling van twee of meer termijnen zal plaatsvinden. Te verwachten valt dat van deze mogelijkheid regelmatig gebruik gemaakt zal worden omdat dan de betaling van overdrachtsbelasting kan worden uitgesteld tot de juridische levering¹⁰⁰. Tot dat moment heeft de huurkoper alleen een voorwaardelijke obligatoire aanspraak op levering van de onroerende zaak. De mogelijkheid die de wetgever thans opent om ook in dat geval de huurkoper een goederenrechtelijke bescherming te geven is een gelukkige en zuiverder dan de "noodoplossing" waardoor de huurkoper van een binnenschip wordt beschermd: artikel 8:805 bepaalt dat de verkoper verplicht is ten behoeve van de koper zorg te dragen dat op de dag der overeenkomst hypotheek op de eigendom van het binnenschip wordt gevestigd ten belope van een bedrag, gelijk aan drie maal de koopsom, ter zake van hetgeen de verkoper aan de koper in verband met de scheepshuurkoop of de ontbinding daarvan verschuldigd is of zal worden. Artikel 7.1.12.4 bepaalt daartoe dat na de inschrijving van de notariële akte van huurkoop¹⁰¹ tegen de huurkoper niet kunnen worden ingeroepen:

- a. een na die inschrijving tot stand gekomen vervreemding of bezwaring door de huurverkoper, tenzij deze vervreemding of bezwaring voortvloeit uit een eerder ingeschreven koop, huurkoop daaronder begrepen,

98 En eventuele andere verplichtingen van de huurkoper jegens de huurverkoper.

99 De vervulling van de opschortende voorwaarde van betaling van alle huurkooptermijnen kan krachtens artikel 3:17 lid 1 letter c BW in de registers worden ingeschreven.

100 In de huurkoopovereenkomst zullen partijen dan moeten regelen dat het risico van tenietgaan van de onroerende zaak bij de huurverkoper berust. Anders kwalificeert de huurkoopovereenkomst met uitgestelde levering als een economische eigendomsoverdracht als bedoeld in artikel 2 lid 2 WBR. Het behoeft overigens niet voordelig te zijn indien partijen de betaling van overdrachtsbelasting uitstellen, omdat de belasting verschuldigd is over de waarde op het moment van levering en die waarde gedurende de looptijd van de huurkoopovereenkomst kan stijgen.

101 Daaronder begrepen voor die akte in de plaats komende rechterlijke uitspraken als bedoeld in artikel 7.1.12.3 lid 1 onder a.

of uit een recht op levering waarvoor op het tijdstip van de inschrijving reeds het proces-verbaal van een conservatoir beslag tot levering was ingeschreven;

- b. vervreemdingen of bezwaringen die plaatsvinden als vervolg op de onder a bedoelde vervreemding of bezwaring door de huurverkoper;
- c. een onderbewindstelling die na de inschrijving is tot stand gekomen of die, zo zij tevoren tot stand was gekomen, toen niet in de openbare registers was ingeschreven, tenzij de huurkoper haar op het tijdstip van de inschrijving kende;
- d. een na die inschrijving tot stand gekomen verhuring of verpachting;
- e. een na die inschrijving ingeschreven beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6;
- f. een executoriaal of conservatoir beslag waarvan het proces-verbaal na die inschrijving is ingeschreven;
- g. een faillissement of surséance van betaling van de huurverkoper, uitgesproken na de dag van die inschrijving¹⁰².

Op deze wijze is de huurkoper goederenrechtelijk voldoende beschermd als op het moment van de inschrijving de huurverkoper onbezwaard eigenaar is van een onverhuurde of -verpachte onroerende zaak en deze niet in staat van faillissement verkeerde of aan hem surséance van betaling was verleend. In de praktijk zal het nogal eens voorkomen dat de huurverkoper geen eigenaar van de onroerende zaak is, bijvoorbeeld indien hij slechts economisch eigenaar van de onroerende zaak is of in geval van sublease-verhoudingen, waarbij de huurverkoper/leasegever op zijn beurt huurkoper/leasener van de juridische eigenaar is. Artikel 7.1.12.2, in verbinding met artikel 3:17 lid 1, aanhef, lijkt ervan uit te gaan dat de notariële akte die van een huurkoopovereenkomst wordt opgemaakt in de registers inschrijfbaar is, ook als de huurverkoper niet de juridische eigenaar is. Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag¹⁰³ blijkt dat dat niet het geval is. Als de huurverkoper niet beschikkingsbevoegd is kan een notariële akte van de huurkoopovereenkomst volgens de Minister niet in de openbare registers worden ingeschreven. Dit uitgangspunt is zonder meer juist indien de huurkoopovereenkomst zonder medewerking of toestemming van de juridisch

102 Als het wetsvoorstel schuldsanering natuurlijke personen (22 969) wordt ingevoerd wordt aan letter g toegevoegd: "of toepassing ten aanzien van hem van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is verklaard na de dag van die inschrijving".

103 Handelingen TK 1995-1996, 24 212, nr. 5, blz. 4.

eigenaar is gesloten. De vraag rijst of het uitgangspunt ook juist is indien de eigenaar van de onroerende zaak en de huurverkoper – eventueel op voorhand – overeenkomen en in een notariële akte vastleggen dat de huurverkoper gerechtigd is met betrekking tot de onroerende zaak een huurkoopovereenkomst te sluiten. Deze overeenkomst impliceert dat de juridische eigenaar zich verbindt om de onroerende zaak aan de huurkoper te leveren. Volgens de MvT omvat de omschrijving van huurkoop in artikel 7.1.12.1 lid 1 ook het geval dat de huurkoopovereenkomst een drie-partijenovereenkomst inhoudt in die zin dat degene die het goed levert niet dezelfde behoefte te zijn aan wie de termijnen dienen te worden betaald¹⁰⁴. In dat geval is de huurkoopovereenkomst in de openbare registers inschrijfbaar. Wij menen dat als de overeenkomsten tussen de juridische eigenaar en de huurverkoper enerzijds en de huurverkoper en de huurkoper anderzijds niet in één maar in twee akten zijn vastgelegd, beide akten tezamen in de openbare registers inschrijfbaar zijn en de huurkoper de goederenrechtelijke bescherming van artikel 7.1.12.4 bieden¹⁰⁵. Om alle onzekerheid weg te nemen zou het beter zijn indien de wet expliciet zou bepalen dat de toestemming van de eigenaar om een huurkoopovereenkomst te sluiten tezamen met de huurkoopovereenkomst zelf in de registers inschrijfbaar is en dat in dat geval de huurkoper conform het bepaalde in artikel 7.1.12.4 jegens de eigenaar is beschermd.

Bezwaaring huurkooprecht

Naarmate de huurkoper meer termijnen aan de huurverkoper heeft betaald wordt zijn recht meer waard. De huurkoper kan er belang bij hebben om de waarde van het huurkooprecht te gebruiken als zekerheid voor een te verkrijgen (nieuwe) financiering. Als de huurverkoper de eigendom van de onroerende zaak onder de voorwaarde van volledige betaling van alle huurkooptermijnen aan de huurkoper heeft geleverd heeft de huurkoper krachtens artikel 3:84 lid 4 een voorwaardelijk recht gekregen op de onroerende zaak zelf. Wij menen dat daarvan de consequentie is dat de huurkoper op

104 Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr.3, blz.10.

105 Zo ook: J.J. van Hees, diss. blz. 49; vergelijk art 8:800 lid 2 dat bepaalt dat de huurkoopovereenkomst met betrekking tot een binnenschip slechts van kracht is indien daartoe schriftelijk toestemming is verkregen van degenen wier beperkt recht of beslag blijkt uit een inschrijving in de openbare registers. Deze instemming is op grond van artikel 3:17 inschrijfbaar.

dit voorwaardelijke recht op de onroerende zaak een hypotheek kan vestigen¹⁰⁶. Dit standpunt is overigens geenszins onomstreden¹⁰⁷. Zolang de Hoge Raad zich hierover niet heeft uitgelaten doet de praktijk er verstandig aan tevens een pandrecht op dit recht te vestigen, hetgeen ook van belang kan zijn voor het geval de huurverkoper de huurkoopovereenkomst wegens wanprestatie van de huurkoper zou ontbinden en alleen een vordering van de huurkoper op de huurverkoper tot voordeelsafdracht resteert¹⁰⁸. Indien de huurverkoper de onroerende zaak nog niet (voorwaardelijk) aan de huurkoper heeft geleverd kan de huurkoper op de onroerende zaak zelf geen hypotheekrecht vestigen. Hij kan daarentegen zijn voorwaardelijk recht op levering verpanden. Artikel 7.1.12.3 lid 1 sub c bepaalt dat een rechtshandeling die tot gevolg heeft dat de op de huurkoop betrekking hebbende rechten of verplichtingen van een der partijen op een ander overgaan in de openbare registers kan worden ingeschreven. Wij menen dat de logische consequentie hiervan is dat ook een door de huurkoper gevestigd pandrecht op zijn recht op levering van de onroerende zaak in de registers kan worden ingeschreven. Voor de pandhouder is de inschrijfbaarheid van het pandrecht van belang, omdat het daardoor voor de huurverkoper feitelijk onmogelijk is geworden de onroerende zaak aan een ander te leveren. Immers, de notaris zal na constatering dat het pandrecht in de registers is ingeschreven vrijwel zeker weigeren een transportakte, waarbij het goed aan een ander dan de pandhouder geleverd zou worden, te verlijden.

Situatie bij hypothecaire voorbelasting

De huurkoper loopt een bijzonder risico indien de onroerende zaak op het moment van inschrijving van de huurkoopovereenkomst in de registers al belast was met een recht van hypotheek. In dat geval kan de huurkoopovereenkomst niet aan de hypotheekhouder worden tegengeworpen¹⁰⁹, hetgeen

106 Zo ook: J.J. van Hees, diss. blz. 101-107, P.A. Stein, Huurkoop van onroerende zaken, BR 1976, blz. 386.

107 In andere zin o.m. S.C.J.J. Kortmann, Eigendom onder voorwaarde, Kleijn-bundel, blz. 199-211; R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, blz. 29-31.

108 Verdedigbaar is dat op dit recht op voordeelsafdracht van rechtswege een pandrecht rust op grond van het bepaalde in artikel 3:229.

109 Bij de huurkoop van een binnenschip kan zich deze situatie niet voordoen omdat artikel 8:800 lid 2 bepaalt dat de overeenkomst slechts van kracht is indien daartoe schriftelijk toestemming is verkregen van degenen wier beperkt recht of beslag blijkt uit een inschrijving in de openbare registers, die reeds bestond op de dag van

tot gevolg heeft dat na een executie alleen nog een verbintenisrechtelijke aanspraak op levering jegens de huurverkoper bestaat die daaraan niet langer kan voldoen, terwijl het nog maar de vraag is of, zelfs met het hierna te bespreken voorrecht van artikel 3:282 lid 2 (nieuw), de vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding verhaalbaar is. In artikel 7 TW is geregeld dat de huurkoper het recht heeft de nog te betalen huurkooptermijnen aan te wenden tot rechtstreekse betaling van opeisbare rente en aflossingen aan de hypothecaire schuldeiser en dat die betalingen in mindering strekken op hetgeen de huurkoper aan de huurverkoper verschuldigd is. Deze bepaling is in het wetsvoorstel niet overgenomen omdat volgens de Minister de algemene regels voldoende zouden zijn¹¹⁰. Dit is naar ons oordeel niet zonder meer het geval. Artikel 6:30 lid 1 bepaalt weliswaar dat een verbintenis door een ander dan de schuldenaar kan worden nagekomen¹¹¹, maar hieruit vloeit alleen voort dat de huurkoper bevoegd is het door de huurverkoper¹¹² aan de hypothecaire schuldeiser verschuldigde te betalen, niet dat een dergelijke betaling in mindering strekt op hetgeen de huurkoper aan de huurverkoper verschuldigd is. Dit laatste kan de huurkoper alleen via een omweg bereiken indien hij de hypothecaire schuldeiser voldoet om uitwinning van de onroerende zaak te voorkomen. In dat geval wordt de huurkoper op grond van het bepaalde in artikel 6:150 sub c gesubrogeerd in de rechten van de hypothecaire schuldeiser jegens de huurverkoper en kan hij zijn verplichting tot betaling van de huurkooptermijnen met deze vordering verrekenen. Een complicatie kan zich daarbij nog voordoen indien in de huurkoopovereenkomst verrekening contractueel is uitgesloten. Wij menen evenwel dat de huurverkoper naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een beroep op uitsluiting van verrekening niet toekomt indien hij zijn verplichtingen jegens de hypothecaire schuldeiser niet nakomt en om die reden uitwinning van de onroerende zaak dreigt.

de inschrijving van de in artikel 805 bedoelde hypotheek. Deze toestemming heeft tot gevolg dat diegenen hun recht niet meer aan de huurkoper kunnen tegenwerpen.

110 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 8.

111 Tenzij haar inhoud of strekking zich daartegen verzet, hetgeen zich bij de betaling van een geldsom evenwel niet zal voordoen.

112 Wij nemen in het navolgende aan dat de huurverkoper als eigenaar van de onroerende zaak de hypotheek heeft gevestigd en zelf de hypothecaire schuldenaar is. Dit behoeft natuurlijk niet het geval te zijn. In dat geval is de positie van de huurkoper nog problematischer.

Indien het toch tot een executie komt wordt de huurkoper in zoverre beschermd dat hij na de hypotheekhouder bevoorrecht is op de opbrengst van de onroerende zaak. Artikel 3:282 lid 2 (nieuw) bepaalt daartoe dat indien in geval van executie een huurkoper van een onroerende zaak zijn recht niet kan invoeren tegen een hypotheekhouder of beslaglegger, aan de huurkoper uit de netto-opbrengst van het goed, met voorrang onmiddellijk na de vorderingen van degenen tegen wie hij zijn recht niet kan invoeren, een vergoeding wordt uitgekeerd ten bedrage van de schade die hij als gevolg van de executie lijdt. Na een executie door de hypotheekhouder (of door een beslaglegger) is het uiteraard de bedoeling dat de inschrijving van de huurkoopovereenkomst in de openbare registers wordt doorgehaald¹¹³. De veilingkoper heeft hiermede immers niets te maken. In het wetsvoorstel is verzuimd de artikelen 3:273, 526 Rv en 188 Fw aan de inschrijfbaarheid van de huurkoopovereenkomst in de openbare registers aan te passen. Wij menen evenwel dat een redelijke interpretatie van deze artikelen meebrengt dat door de executie respectievelijk levering door curator de aan de inschrijving van de huurkoopovereenkomst in de openbare registers verbonden rechtsgevolgen vervallen. De in de artikelen 3:273 en 188 Fw bedoelde verklaring machtigt ons inziens de bewaarder van de registers tot doorhaling van de inschrijving van de huurkoopovereenkomst. Om dezelfde reden menen wij dat artikel 517 lid 2 Rv zo moet worden gelezen dat de veilconditiën tevens kunnen inhouden dat de zaak wordt verkocht vrij van huurkooprechten die niet tegen het recht van de daar bedoelde belanghebbenden kunnen worden ingeroepen¹¹⁴. Het spreekt voor zich dat de rechtszekerheid er mee gediend zou zijn als dit in de wet zelf geregeld zou worden.

Verbintenisrechtelijke bescherming huurkoper

De verbintenisrechtelijke bepalingen van het wetsvoorstel hebben niet veel om het lijf. Artikel 7.1.12.5 bepaalt dat de koper het gebruik heeft van de zaak die krachtens huurkoop aan hem is afgeleverd en hij die zaak overeenkomstig haar bestemming mag gebruiken, ook voordat hij de eigendom

113 De huurkoopovereenkomst zelf vervalt door de executie uiteraard niet. De huurkoper kan de huurkoopovereenkomst ontbinden en schadevergoeding vorderen.

114 In wetsvoorstel 23 095, dat de inschrijfbaarheid van de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak in de openbare registers met goederenrechtelijke werking mogelijk maakt, is eveneens verzuimd om deze bepalingen aan de inschrijfbaarheid van de koopovereenkomst aan te passen.

daarvan verkrijgt. Dit vloeit reeds uit de aard van de financial leaseovereenkomst voort zodat deze bepaling voor de leasepraktijk overbodig is. Het derde lid bepaalt dat de huurkoper de gedaante of inrichting van de zaak niet mag veranderen en het gebruik ervan niet aan anderen mag afstaan. Ook deze bepaling, die strekt ter bescherming van de huurverkoper, zal voor de leasepraktijk niet bezwaarlijk zijn omdat hiervan ten voordele van de huurkoper mag worden afgeweken¹¹⁵. Artikel 7.1.12.6 bepaalt wanneer de huurverkoper verplicht is zijn medewerking te verlenen aan het tot stand komen van een notariële akte van levering aan de huurkoper, indien zo'n akte nog niet werd opgemaakt¹¹⁶. Dit is, kort samengevat, het geval wanneer de huurkoper de koopprijs c.a. heeft betaald, wanneer de huurverkoper in schuldeisersverzuim verkeert, wanneer de verjaring van de rechtsvordering van de huurverkoper is voltooid of wanneer de huurverkoper van zijn vordering afstand heeft gedaan. Ook van deze bepaling zal de leasepraktijk niet wakker liggen.

Het wetsvoorstel bevat geen bijzondere bepalingen voor het geval de huurkoper zijn verplichtingen tot betaling van de huurkooptermijnen niet tijdig nakomt. Dit betekent dat als de huurkoper een in de huurkoopovereenkomst bepaalde betalingstermijn niet voldoet hij, behoudens anders luidend beding, in verzuim verkeert zonder dat een ingebrekestelling noodzakelijk is (artikel 6:83, onder a)¹¹⁷. Conform het bepaalde in artikel 6:265 en 6:267 lid 1 kan de huurverkoper de huurkoopovereenkomst zonder rechterlijke tussenkomst door een schriftelijke verklaring ontbinden in geval van een tekortkoming van de huurkoper in de nakoming van een van zijn verbintenissen, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De bescherming van de huurkoper is in dit opzicht wel bijzonder mager, indien men in aanmerking neemt wat de ingrijpende gevolgen van ontbinding van de huurkoopovereenkomst zijn. Indien de werkingssfeer van het wetsvoor-

stel conform ons voorstel beperkt zou worden tot huurkoop van bedrijfsruimte zouden wij hiermee kunnen leven, zeker als ook ons voorstel om voor het sluiten van de huurkoopovereenkomst een notariële akte verplicht te stellen zou worden gevolgd. In dat geval kan de notaris de huurkoper uitdrukkelijk op de risico's dienaangaande wijzen en heeft de huurkoper de mogelijkheid om alsnog te bedingen dat een ingebrekestelling vereist is en buitengerechterlijke ontbinding wordt uitgesloten. In de praktijk zal een huurverkoper overigens niet met een buitengerechterlijke ontbinding alleen kunnen volstaan omdat voor doorhaling van de inschrijving van de huurkoopovereenkomst in de openbare registers een in kracht van gewijsde gegaan of uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis vereist is. Zie artikel 7.1.12.3 lid 1 sub b en lid 2.

Anders dan artikel 11 lid 3 TW, artikel 7A:1576t en art 8:810 bevat het wetsvoorstel geen bepalingen met betrekking tot voordeelsafdracht bij ontbinding van de huurkoopovereenkomst. Wij menen dat zo al niet uit de aard van de huurkoopovereenkomst dan toch in ieder geval uit artikel 6:212 (ongerechtvaardigde verrijking) voortvloeit dat de huurkoper, behoudens anders luidend beding, recht heeft op afdracht van het door de huurverkoper genoten voordeel, waardestijging van de onroerende zaak na de totstandkoming van de huurovereenkomst daaronder begrepen. Huurverkoper en huurkoper kunnen overigens rechtsgeldig overeenkomen dat de huurverkoper niet gehouden is om een eventueel voordeel bij een voortijdige beëindiging van de huurkoopovereenkomst aan de huurkoper af te dragen. Partijen zijn immers vrij om overeen te komen dat de huurkoper bij ontbinding van de huurkoopovereenkomst op grond van wanprestatie van de huurkoper gehouden is een boete te betalen. Niet valt in te zien waarom die boete niet op voorhand zou kunnen worden vastgesteld op het bedrag dat de huurverkoper anders aan de huurkoper had dienen af te dragen. De huurkoper wordt voor zover de billijkheid dit klaarblijkelijk eist beschermd door het bepaalde in artikel 6:94¹¹⁸.

Conclusie

Het wetsvoorstel huurkoop onroerende zaken zal na invoering een einde maken aan het feitelijke verbod van huurkoop van onroerende zaken dat het gevolg is van de TW. Het bedrijfsleven heeft er belang bij dat ook onroe-

115 Artikel 7.1.12.7 lid 1.

116 Volgens de MvT, Handelingen TK 1994-1995, 14 212, nr. 3, blz. 14, is onder de redactie van artikel 7.1.12.6 begrepen het geval dat de notariële akte van huurkoop reeds de leveringshandeling onder de opschortende voorwaarde van volledige voldoening van de koopprijs met rente bevatte en de huurkoper in dat geval zijn onvoorwaardelijk geworden recht uit de registers kan doen blijken door inschrijving van vervulling van de voorwaarde als bedoeld in artikel 3:17 lid 1 onder c. Geheel duidelijk is deze passage uit de MvT niet. Kennelijk bedoelt de Minister dat de huurverkoper in dat geval gehouden is om mee te werken aan een akte waarin beide partijen verklaren dat de voorwaarde is vervuld.

117 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 212, nr. 3, blz. 7.

118 In gelijke zin J.J. van Hees, diss. blz. 184-187.

rende bedrijfsmiddelen door huurkoop, en meer in het algemeen door financial lease, kunnen worden gefinancierd. Dit pleit voor spoedige invoering van het wetsvoorstel. Daar staat tegenover dat de rechtsbescherming van de huurkoper bijzonder mager is. Voor huurkoop van woonruimte vinden wij het gebrek aan bescherming van de huurkoper onaanvaardbaar, ook als de consumenten beschermende bepalingen voor de koop van onroerende zaken (wetsvoorstel 23 095) zijn ingevoerd. De bescherming van de huurkoper van bedrijfsruimte kan worden verbeterd door alsnog een strekingsbepaling in de omschrijving van huurkoop op te nemen en te bepalen dat de huurkoopovereenkomst bij notariële akte moet worden aangegaan. Wij bepleiten dat in een novelle de werkingssfeer van het wetsvoorstel tot huurkoop van bedrijfsruimte wordt beperkt en de in het preadvies voorgestelde verbeteringsvoorstellen – die op zich niet erg ingrijpend zijn – worden opgenomen. In dat geval is er evenwichtige wet tot stand gekomen die niet meer reguleert dan noodzakelijk is en de leasepraktijk voldoende ruimte laat om financial leaseovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken te sluiten.

Huur en verhuur van bedrijfsruimte

Inleiding

Operational lease van onroerende zaken neemt aan belang sterk toe. Het gaat hierbij nagenoeg uitsluitend om bedrijfsruimte op de huur en verhuur waarvan thans de Huurwet van toepassing is. Lease van middenstandsbedrijfsruimte komt nagenoeg niet voor¹¹⁹. Waarom operational lease van middenstandsbedrijfsruimte niet of nauwelijks voorkomt is ons niet bekend. Het zou kunnen dat er geen behoefte aan operational lease van winkels bestaat. Waarschijnlijker achten wij evenwel dat de leasepraktijk de dwingendrechtelijke bepalingen van de artikelen 7A:1624 te bezwaarlijk vindt. Bij een operational leaseovereenkomst staat, anders dan bij een financial leaseovereenkomst, de volledige vergoeding van de investering van de

leasegever niet voorop. De leasetermijnen zijn dan ook niet te beschouwen als aflossing van het door de leasegever geïnvesteerd bedrag, maar vormen de tegenprestatie voor de beschikbaarstelling van het leaseobject door de leasegever, voor het recht van de leasenemer om het leaseobject te mogen gebruiken¹²⁰. Een operational leaseovereenkomst beantwoordt aan de definitie van artikel 7A:1584 lid 1:

"Huur en verhuur is eene overeenkomst, waarbij de eene partij zich verbindt om de andere het genot eener zaak te doen hebben, gedurende eenen bepaalden tijd tegen eenen bepaalden prijs, welken de laatstgemelde aanneemt te betalen."

Iedere operational leaseovereenkomst is aldus een huurovereenkomst, maar niet iedere huurovereenkomst wordt aangemerkt als een operational leaseovereenkomst. In de praktijk wordt doorgaans aangenomen dat een huurovereenkomst voor een duur langer dan 12½ jaar een operational leaseovereenkomst is. Veelal worden in operational leaseovereenkomsten opties opgenomen. Een typische operational leaseovereenkomst heeft bijvoorbeeld een looptijd van 15 jaar gedurende welke de overeenkomst onopzegbaar is. De leasenemer heeft na 10 jaar de optie om de onroerende zaak te kopen voor een bij de aanvang van de lease vastgestelde prijs. Na afloop van de vaste leaseperiode heeft de leasenemer de "triple option". Deze drievoudige optie houdt in, dat de leasenemer het recht heeft de leaseovereenkomst te verlengen, de onroerende zaak tegen marktwaarde te kopen, of deze terug te geven aan de leasegever¹²¹. Uiteraard is dit maar een voorbeeld. Operational leaseovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken komen in allerlei verschillende varianten voor.

Operational lease is een vorm van off-balance financiering. Off-balance financiering is een verzamelnaam voor financieringsvormen die worden gekenmerkt door het financieren dan wel ter beschikking stellen van activa, waarbij de activa evenals de financieringsschuld niet op de balans van de gebruiker van de activa voorkomen. Belangrijke motieven voor off-balance financiering zijn onder meer het verkrijgen van een betere balanspresentatie¹²² en optimale benutting van de leencapaciteit, omdat bij leasing anders

119 Volgens het jaarverslag van de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen bedroeg de produktie van de leden van de vereniging met betrekking tot winkels in 1996 f 4 miljoen. De produktie van de leden van de vereniging bedroeg voor overige bedrijfsruimte f 723 miljoen. De leden van de vereniging nemen overigens maar een (klein) deel van de totale vastgoedleasemarkt voor hun rekening. Ook pensioenfondsen en banken zijn hierop actief.

120 J.J. van Hees, diss. blz. 20.

121 A.W.A. Joosen, Algemene aspecten van onroerend goedleasing, in *Onroerend Goedleasing* (1990), blz. 19.

122 Als een deel van de activa van de balans verdwijnt, neemt het balanstotaal af; indien nu het eigen vermogen gelijk blijft, neemt de zichtbare solvabiliteit van een onderneming toe.

dan bij bancaire financiering, het leaseobject voor 100% wordt gefinancierd. Indien een onderneming eigenaar van een bedrijfsmiddel is en daarin gedeeltelijk eigen geld heeft geïnvesteerd, kan het geïnvesteerde geld via een sale and lease back-overeenkomst worden vrijgemaakt¹²³. Bij onroerende zaken vinden nagenoeg alleen sale and operational lease back-overeenkomsten plaats omdat het daarbij mogelijk is door middel van maatschap- of c.v.-constructies betaling van overdrachtsbelasting te voorkomen. Bij sale and financial lease back-overeenkomsten is dat minder eenvoudig te realiseren, zodat daarbij, vooral bij cross-border leases, gebruik wordt gemaakt van lease and lease back-constructies.

Voor huur en verhuur van bedrijfsruimte zijn thans drie wettelijke regelingen van belang.

In de eerste plaats betreft dit de artikelen 7A:1584 tot 1616. Afgezien van artikel 7A:1584, dat de wettelijke definitie van huur en verhuur bevat, zijn deze bepalingen van regeland recht. De artikelen gelden zowel voor de verhuur van roerende als van onroerende zaken. Partijen zijn vrij om van de inhoud hiervan af te wijken. Dit betekent dat de leasepraktijk hiervan geen hinder ondervindt.

In de tweede plaats zijn van belang de artikelen 7A:1624 tot 1636. Deze artikelen zijn van toepassing op de huur en verhuur van, kort gezegd, middenstandsbedrijfsruimte. De bepalingen bevatten dwingend recht: ten nadele van de huurder mag er niet van worden afgeweken¹²⁴. Dit betekent dat de vrijheid van leasegever en leasener om hun relatie vorm te geven beperkt is.

De derde van belang zijnde regeling is de Huurwet. De feitelijke betekenis hiervan is beperkt tot de ontruimingsbescherming van hoofdstuk VI A die dwingendrechtelijk is voorgeschreven.

Bij de Tweede Kamer is thans aanhangig wetsvoorstel 24 150 houdende "wijziging van de bepalingen betreffende huur en verhuur van bedrijfsruimte en intrekking van de Huurwet". De behandeling van dit wetsvoorstel is gevorderd tot en met de Nota naar aanleiding van het nader Verslag, dat op 28 april 1997 is verschenen¹²⁵. Tegelijk met deze Nota naar aanleiding van

het nader Verslag heeft de Minister een tweede Nota van Wijziging¹²⁶ ingediend, die het wetsvoorstel belangrijk heeft gewijzigd. Nadien verscheen nog een derde Nota van Wijziging¹²⁷, met meer technische aanpassingen. In het kader van dit pre-advies zullen wij niet het gehele wetsvoorstel bespreken, maar die bepalingen, die voor de leasepraktijk van belang zijn. Met name gaat het daarbij dan om bepalingen die de vrijheid van leasegever en leasener om hun rechtsverhouding vorm te geven op de wijze zoals zij dat wensen, verhinderen of bemoeilijken.

*Hoofdpijnen van het wetsvoorstel*¹²⁸

De hoofdpijnen van het wetsvoorstel komen hier op neer¹²⁹:

- a. Voor alle ruimte waarin een beroep of bedrijf wordt uitgeoefend, gaat één regeling voor de huur en verhuur van die ruimte gelden. Daarmee worden bestaande verschillen in huurbescherming tussen bedrijfsruimte die onder de regels van het Burgerlijk Wetboek valt en beroeps- en bedrijfsruimte die onder de regels van de Huurwet valt, weggenomen.
- b. De bestaande dwingendrechtelijk bepaalde duur van de huurovereenkomst van twee keer vijf jaren met een beperkte mogelijkheid om na afloop van de eerste vijf jaar de huurovereenkomst te doen eindigen vervalt.
- c. Het criterium voor de huurprijsvaststelling (het gemiddelde van de huurprijzen van vergelijkbare bedrijfsruimte ter plaatse welke zich hebben voorgedaan in een tijdvak van vijf jaren voorafgaande aan de dag van het instellen van de vordering, rekening houdend met de ontwikkeling van het prijspeil in het tijdvak dat de desbetreffende huurprijs gold) wordt vervangen door een voor de (rechts)praktijk bruikbaar criterium, te weten de marktwaarde.
- d. Er wordt een drempel ingebouwd ter zake van geschillen inzake de huurprijs. Dit houdt in dat een huurder of verhuurder slechts ontvanke- lijk is in een vordering tot nadere huurprijsvaststelling, indien deze ver-

126 Handelingen TK 1996-1997, 24 150, nr. 9.

127 Handelingen TK, 1996-1997, 24 150, nr. 10.

128 Zie over dit wetsvoorstel o.m. P. Suringa en B.J.C. Lyppens, De toekomstige wet betreffende huur en verhuur van bedrijfsruimte, Adv.bl. 1997, blz. 122-129 en R.A. Dozy, Alle huur van bedrijfsruimte onder één dak in het BW, WR 1996, blz. 149-155.

129 Handelingen TK 1994-1995, 25 150, nr. 3, blz. 1.

123 P.L.M. Maas, Actualiteiten Vastgoedlease, PAO-cursus Rotterdam 1997.

124 Krachtens artikel 7A:1629 lid 2 kan de kantonrechter een door partijen overeen- gekomen afwijkende opzeggingsregeling goedkeuren, waarna de huurder zich niet meer op de vernietigbaarheid daarvan kan beroepen.

125 Handelingen TK 1996-1997, 24 150, nr. 8.

gezeld gaat van een advies omtrent de nadere huurprijs opgesteld door een of meer door partijen gezamenlijk benoemde deskundigen dan wel, indien partijen geen overeenstemming bereiken over de te benoemen deskundige(n), opgesteld door een op verzoek van de meest gerede partij door de rechter benoemde deskundige.

Werkingssfeer

Artikel 1624 lid 2 ontwerp definieert bedrijfsruimte, voor zover voor de leasepraktijk van belang, als volgt:

"Onder bedrijfsruimte wordt verstaan een gebouwde onroerende zaak of gedeelte daarvan, die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een beroep of bedrijf, (...). Onder bedrijfsruimte wordt mede verstaan de ongebouwde onroerende zaak, of gedeelte daarvan, (...) indien de huurovereenkomst ertoe strekt dat daarop door de huurder of zijn onderhuurder te gebruiken bedrijfsruimte als bedoeld in de eerste volzin zal worden gebouwd."

Lid 3 voegt hier nog aan toe dat onder de uitoefening van een beroep of bedrijf mede wordt verstaan de uitoefening door een rechtspersoon van zijn taak. De strekking van deze toevoeging is om zeker te stellen dat ook huurovereenkomsten met verenigingen, stichtingen en publiekrechtelijke rechtspersonen, waarvan dubieus zou kunnen zijn of zij een beroep of bedrijf uitoefenen, onder de regeling vallen¹³⁰. Dit betekent dat de nieuwe regeling op nagenoeg alle huurovereenkomsten met betrekking tot bebouwd onroerend goed, niet zijnde woonruimte, van toepassing is.

In het wetsvoorstel wordt het bestaande onderscheid tussen middenstandsbedrijfsruimte, waarop de artikelen 7A:1624-1636 van toepassing zijn, en overige bedrijfsruimte, waarop de Huurwet van toepassing is, afgeschaft. Dit betekent dat partijen bij huurovereenkomsten met betrekking tot allerlei bedrijfsruimten, die tot nu toe onder de werkingssfeer van de Huurwet vallen, en waarvoor alleen de ontruimingsbescherming van artikel 28c e.v. Huurwet geldt, straks worden geconfronteerd met meerdere dwingendrechtelijke regels met betrekking tot onder meer de opzegging, de huurprijsvaststelling, indeplaatsstelling etc. Waar *deregulering* het credo van de jaren '90 is, vindt in dit wetsvoorstel een *regulering* van de huur van overi-

ge bedrijfsruimte plaats. Voor de leasepraktijk is deze uitbreiding van de werkingssfeer van afdeling 7A.7.5 geen goede zaak. Dit betekent dat partijen niet alleen bij operational lease van kantoren, maar ook bij operational lease van fabrieken, bedrijfshallen, infrastructurele werken¹³¹, gebouwen met een openbare functie¹³², electriciteitscentrales, huisvuilverbrandingsinstallaties, (electriciteits-)netwerken e.d. geconfronteerd worden met dwingendrechtelijke bescherming van de leasener. Juist met betrekking tot dit soort specifieke onroerende zaken wordt in toenemende mate gebruik gemaakt van leaseconstructies¹³³. Niet valt in te zien dat de Staat¹³⁴ of een nutsbedrijf behoefte heeft aan huurbescherming en, wat wellicht nog belangrijker is, aan buitenlandse leasegevers valt dat ook niet uit te leggen. Men zou verwachten dat de Minister voor deze regulering van de huur en verhuur van overige bedrijfsruimte sterke argumenten zou aanvoeren. Dit is echter geenszins het geval. De Minister geeft voor het uitbreiden van de werkingssfeer twee argumenten. In de eerste plaats voert hij aan dat de afbakening tussen 1624-bedrijfsruimte en niet 1624-bedrijfsruimte enigszins willekeurig is. Er zouden ook bedrijven of beroepsbeoefenaren zijn wier gehuurde bedrijfsruimte niet onder de werkingssfeer van artikel 7A:1624 valt, maar die wel huurbescherming behoeven, omdat in hun gehuurde bedrijfsruimte aan de vestigingsplaats verbonden goodwill kan worden opgebouwd of in dat pand belangrijke investeringen kunnen zijn gedaan. De Minister geeft als voorbeelden onder meer een reisbureau¹³⁵ en een tand- of huisartspraktijk¹³⁶. Daarnaast voert de Minister als argument aan dat de beperking van de werkingssfeer van artikel 7A:1624 tot de detailhandel, het ambachtsbedrijf, het horecabedrijf en de afhaal- en besteldienst welke een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roeren-

131 De Wijkertunnel onder het Noordzeekanaal wordt door middel van een leaseconstructie gefinancierd.

132 Operational leaseovereenkomsten worden gebruikt voor de financiering voor gerechtsgebouwen, gemeentehuizen e.d.

133 Op dit moment betreft dit voornamelijk financial leaseovereenkomsten. Dit kan echter veranderen als de fiscale wetgeving in met name de Verenigde Staten wordt gewijzigd.

134 Het belang van de Staat (of in het algemeen de overheid) bij operational leasing is dat op deze wijze geïnvesteerd kan worden zonder dat de gehele investering ten laste van de begroting wordt gebracht. Dit is in verband met de invoering van de EMU van groot belang, omdat het financieringstekort aan een maximum van 3% is gebonden.

135 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 7.

136 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 11-12.

130 Nota naar aanleiding van het Verslag, Handelingen TK 1995-1996, 24 150, nr. 5, blz. 5.

de zaken of voor dienstverlening heeft alsmede tot het hotelbedrijf en het kampeerbedrijf, heeft geleid tot een bonte rechtspraak over de vraag of de huur en verhuur van een bepaald pand nu wel of niet onder de beschermende werking van de artikelen 7A:1624 e.v. valt¹³⁷.

Deze argumenten rechtvaardigen ons inziens niet dat het wetsvoorstel de huur en verhuur van alle bedrijfsruimte over één kam scheert. De bedrijfsruimten waarvoor de door de Minister genoemde argumenten gelden, vormen een gering deel van de categorie van de bedrijfsruimten, waarop de artikelen 7A:1624 thans niet van toepassing zijn. Door dit probleem op te lossen door de huur en verhuur van alle bedrijfsruimte onder de werkingssfeer van artikel 7A:1624 te schuiven, schiet de Minister met een kanon op een mug. Ons inziens zou een uitbreiding van de werkingssfeer van 7A:1624-bedrijfsruimte alleen gerechtvaardigd zijn indien aangetoond zou worden dat huurders van overige bedrijfsruimte behoefte zouden hebben aan de beschermende bepalingen van de nieuwe artikelen 7A:1624 e.v. De Minister toont dit niet aan. Voor zover wij kunnen overzien bestaat die behoefte ook niet. Er komen geen misstanden voor die de wetgever nopen tot ingrijpen. De ontruimingsbescherming van artikel 28c Huurwet brengt mee dat huurders van overige bedrijfsruimte een redelijke bescherming hebben tegen opzegging door de verhuurder. Aan verdergaande dwingendrechtelijke bescherming bestaat geen behoefte. Daar komt nog bij dat de argumenten die de Minister geeft ten dele overtrokken zijn en, voor zover dat niet het geval is, op relatief eenvoudige wijze kunnen worden opgelost.

Het is niet zo dat de praktijk (nog) veel moeite heeft met de afbakening tussen 1624-bedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte. In 99% van de gevallen is het evident in welke categorie de huur en verhuur van een bedrijfsruimte valt, zeker nu de jurisprudentie ter zake min of meer is uitgekristalliseerd. De Minister constateert in de Memorie van Toelichting terecht dat er relatief maar weinig wordt geprocedeerd over 1624-bedrijfsruimte¹³⁸. Dat van die weinige geschillen een relatief groot percentage betrekking heeft op de werkingssfeer, betekent nog niet dat er sprake is van een groot maatschappelijk probleem dat ingrijpen van de wetgever behoeft. De huurpraktijk heeft zich aangepast aan het feit dat er voor middenstandsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte verschillende wettelijke regels gelden. De praktijk heeft wel behoefte aan een liberalisering van de wettelijke regeling van

de huur van middenstandsbedrijfsruimte, maar geen behoefte aan een dwingendrechtelijke regeling van de huur en verhuur van overige bedrijfsruimte. Dat Nederland het enige Europese land is met een verschillend wettelijk regime voor middenstandsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte is ook geen valide reden om het onderscheid te laten vervallen¹³⁹.

Het tweede argument van de Minister, dat sommige huurders van niet-1624 bedrijfsruimte vanwege de aan de locatie gebonden goodwill, of in verband met in het pand gepleegde investeringen wel behoefte hebben aan huurbescherming, zou kunnen worden opgelost door aan artikel 7A:1624 lid 2 een volzin toe te voegen, luidende:

"Als bedrijfsruimte worden tenslotte aangemerkt onroerende zaken die bestemd zijn voor de uitoefening van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen bedrijf of beroep."

In deze AMvB kunnen niet alleen die bedrijven of beroepsbeoefenaren worden opgesomd die behoefte hebben aan huurbescherming maar het thans niet hebben, maar kunnen ook de "twijfelgevallen" worden opgenomen. Opgenomen zouden bijvoorbeeld kunnen worden: het reisbureau, het uitzendbureau, de bioscoop, de huisartspraktijk, de tandartspraktijk, etc. Afbakeningsproblemen kunnen op deze wijze tot een minimum worden beperkt. De AMvB is bovendien snel aan te passen mochten er categorieën bedrijven of beroepen die bescherming behoeven zijn vergeten, of nieuwe bedrijven of beroepen ontstaan, die aan bescherming behoefte hebben. Het grote voordeel van deze oplossing is dat voor de huur en verhuur van overige bedrijfsruimte geenodeloze regulering behoeft plaats te vinden. Ons inziens zou de wetgever er goed aan doen in afwachting van de invoering van titel 7.4 de Huurwet vooralsnog te handhaven, maar wel de dringend noodzakelijke liberalisering van de regeling van de huur en verhuur van middenstandsbedrijfsruimte door te voeren.

Ons voorstel om het onderscheid tussen de huur en verhuur van middenstandsbedrijfsruimte en die van overige bedrijfsruimte te handhaven is mede daardoor ingegeven, dat uit de geschiedenis van het wetsvoorstel blijkt dat de wetgever niet in staat is om op adequate wijze voor huurders die geen behoefte hebben aan een bijzondere bescherming, een uitzondering te maken op het dwingendrechtelijke karakter van het wetsvoorstel.

137 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 12.

138 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 21.

139 Anders: Abas, WPNR 97/6256, blz. 95.

In het concept-wetsvoorstel was voorgesteld een beperking op het ruime bereik van de nieuwe 1624-regels aan te brengen door huurders die ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst in beginsel verplicht waren een volledige jaarrekening op te maken en openbaar te maken of bij wie op dat tijdstip tenminste 50 personen werkzaam waren, buiten het bereik van de beschermende werking van de artikelen 7A:1624 e.v. te houden. Achtergrond van deze voorgestelde uitzondering was dat deze huurders verondersteld werden voldoende "countervailing power" en deskundigheid te hebben om zelf het nodige af te spreken in het huurcontract, ook ten aanzien van de huurprijs¹⁴⁰. Diverse adviesorganen hebben kritiek uitgeoefend op deze beperking van de werkingssfeer. Dit heeft er toe geleid dat in het wetsvoorstel zoals het aan de Tweede Kamer is aangeboden deze beperking van de werkingssfeer niet is opgenomen.

In het wetsvoorstel heeft de Minister een poging gedaan om de werkingssfeer op een andere wijze te beperken. Daartoe was in de eerste plaats in artikel 7A:1624 lid 6 van het wetsvoorstel opgenomen dat van afdeling 7A.7.5 wel ten nadele van de huurder zou kunnen worden afgeweken indien de huurovereenkomst betrekking zou hebben op bedrijfsruimte uitsluitend bestemd voor het verrichten van bureauwerkzaamheden en het vloeroppervlak van deze ruimte tenminste 200 m² zou bedragen. De strekking van deze bepaling was de regels met betrekking tot de opzeggingsbescherming wat betreft de grotere en grote kantoorruimten niet langer het dwingendrechtelijke karakter te doen hebben die deze regels hebben voor andere bedrijfsruimte¹⁴¹.

Daarnaast was de werkingssfeer beperkt doordat partijen de mogelijkheid zouden krijgen om van de dwingendrechtelijke bepalingen van afdeling 7A.7.5 afwijkende bedingen in de huurovereenkomst door de kantonrechter te laten goedkeuren, welke goedkeuring de rechter zou kunnen verlenen "op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval". Na goedkeuring door de kantonrechter zouden deze afwijkende bedingen van kracht zijn (artikel 7A:1624a).

De werkingssfeer van het wetsvoorstel is bij de eerste en de tweede Nota van Wijziging¹⁴² wederom ingrijpend gewijzigd. Daarbij is de uitzondering op het dwingendrechtelijke regime voor grotere en grote kantoorruimten geschrapt, is de mogelijkheid voor de kantonrechter om van de wet

afwijkende bepalingen in de huurovereenkomst goed te keuren beperkt en is een bepaling opgenomen dat bij AMvB voor bepaalde bedrijfsruimten bepalingen van de wettelijke regeling van huur en verhuur van bedrijfsruimte buiten toepassing kunnen worden verklaard. Artikel 7A:1624a (ontwerp) luidt na de laatste Nota van Wijziging als volgt:

- "1. Van de bepalingen van deze afdeling kan niet ten nadele van de verhuurder worden afgeweken.
2. Bedingen die ten nadele van de huurder afwijken van de bepalingen van deze afdeling, kunnen evenwel, behoudens wanneer het betreft een afwijking van artikel 1635, niet op die grond worden vernietigd, indien zij zijn goedgekeurd door de kantonrechter.
3. Ieder van de partijen kan een zodanige goedkeuring aan de rechter verzoeken. De goedkeuring wordt door de rechter alleen gegeven indien
 - a. het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft;
 - b. de huurovereenkomst tevens voldoet aan de omschrijving van huurkoop van een onroerende zaak als bedoeld in artikel 7:1.12.1; of
 - c. de huurovereenkomst tevens inhoudt dat de huurder gerechtigd is de verhuurde bedrijfsruimte te kopen voor een bij het aangaan van de huurovereenkomst schriftelijk bepaalde prijs die niet hoger is dan 50% van de waarde van de ruimte ten tijde van het ingaan van de huur, en die overeenkomst is gesloten voor een bepaalde tijd die niet langer is dan de tijd nodig voor afschrijving naar goed koopmansgebruik van de bedrijfsruimte tot op 50% van die waarde of van een lager percentage naar gelang ook de prijs op een lager percentage dan 50% van die waarde wordt gesteld.
4. Het verzoek bevat, behalve de gronden waarop het rust, de tekst van de goed te keuren bedingen. Bevoegd is de kantonrechter in het kanton waarin de bedrijfsruimte is gelegen.
5. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voor bepaalde bedrijfsruimten bepalingen van deze afdeling buiten toepassing worden verklaard. Deze maatregel treedt niet eerder in werking dan 8 weken na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin hij is geplaatst. Van de plaatsing wordt onverwijld mededeling gedaan aan de beide kamers der Staten-Generaal."

In de leden 2 en 3 van artikel 7A:1624a krijgt de kantonrechter de mogelijkheid bedingen die ten nadele van de huurder afwijken van afdeling 7A.7.5 goed te keuren¹⁴³. Na goedkeuring kunnen deze bepalingen niet meer op grond van artikel 3:40 lid 2 door de huurder worden vernietigd. Volgens de Minister is daarbij de taak van de rechter

"(...) ambtshalve (...) (te) toetsen of partijen inderdaad de afwijkende bedingen zijn overeengekomen en dat de huurder niet op basis van zijn maatschappelijke positie gedwongen was met

140 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 7.

141 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 12.

142 Handelingen TK 1996-1997, 24 150, resp. nr. 6 en 8.

143 Zie hierover J.C.M. Leijten, Van nietigheid naar vernietigbaarheid?, WR 1996, blz. 156-159.

de afwijkende bedingen in te stemmen, m.a.w. of de huurder de bescherming van de bedrijfs-huurbepalingen in redelijkheid kan missen."¹⁴⁴

Hoe zou de kantonrechter dit moeten doen? In de praktijk zal het verzoek tot goedkeuring door huurder en verhuurder gezamenlijk worden gedaan. Op het verzoek zijn de algemene bepalingen van de verzoekschriftprocedure van toepassing. Dit betekent dat de kantonrechter het verzoek zonder behandeling kan toewijzen (artikel 429f lid 1 Rv). Het is om die reden in het geheel niet zeker of de kantonrechter wel zal onderzoeken of de huurder op basis van zijn maatschappelijke positie gedwongen was met de afwijkende bedingen in te stemmen. Te verwachten valt dat vele kantonrechters het verzoek zonder mondelinge behandeling zullen toewijzen, net zoals thans gebeurt met de verzoeken ex artikel 7A:1629 lid 2, als deze door huurder en verhuurder gezamenlijk worden gedaan. Dit betekent dat de gang langs de kantonrechter een rituele dans wordt, die alleen maar tijd kost en verder inhoudelijk niets toevoegt¹⁴⁵.

Indien de kantonrechter wel een mondelinge behandeling zou gelasten, rijst de vraag hoe hij zou moeten controleren of aan de criteria van lid 3, en met name van lid 3 sub *a*, is voldaan. Zou een potentiële huurder, die het verzoek (mede) heeft ondertekend, het niet buitengewoon betuttelend ervaren als de rechter, door het stellen van vragen – in aanwezigheid van de potentiële verhuurder, die immers ook als hij het verzoek niet mede heeft ondertekend, als belanghebbende moet worden opgeroepen – er achter probeert te komen of zijn maatschappelijke positie in vergelijking met de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de artikelen 7A:1624 e.v. wel nodig heeft? Moet de rechter er proberen achter te komen of de potentiële huurder de reikwijdte van de afwijkingen van de wettelijke regeling voldoende beseft? Speelt de hoogte van een huurprijs hierbij een rol, in die zin dat een afwijking eerder aanvaardbaar zal zijn naar mate de huurprijs lager is? In wezen komt het onderzoek dat de rechter ambtshalve

144 Nota naar aanleiding van het Verslag, Handelingen TK 1995-1996, 24 150, nr. 5, blz. 11. Deze nota is gelijktijdig met de eerste Nota van Wijziging verschenen. Eerst bij de tweede Nota van Wijziging heeft artikel 1624a zijn huidige vorm gekregen. Om die reden vindt in dit citaat geen verwijzing plaats naar lid 3 letters *b* en *c*.

145 Hierbij dient te worden bedacht dat bij complexe leasetransacties, waar partijen van de huurder beschermende bepalingen willen afwijken, het feit dat de goedkeuring niet onmiddellijk wordt verleend buitengewoon lastig kan zijn. Partijen zullen immers op de closing van de transactie de zekerheid willen hebben dat zij van de dwingendrechtelijke bepalingen van de wet kunnen afwijken.

moet verrichten erop neer dat hij op voorhand zal moeten beslissen of, als er een geschil zou ontstaan tussen huurder en verhuurder, de huurder de beschermende bepalingen van de wet kan missen.

Ondanks bovenstaande kritische kanttekeningen menen wij niet dat de mogelijkheid om goedkeuring van afwijkende bedingen te verkrijgen zou moeten worden geschrapt. Het zou echter alleen in uitzonderingsgevallen noodzakelijk moeten zijn om goedkeuring te verzoeken. De wetgever moet ervoor zorgen dat in de doorsnee gevallen, waarin de huurder geen behoefte heeft aan bescherming, de bepalingen voor afdeling 7A.7.5 van regelend recht zijn, anders zal er een stortvloed van verzoeken volgen. Daartoe dient de werkingssfeer van afdeling 7A.7.5 te worden beperkt tot middenstands-bedrijfsruimte. De kantonrechters zijn dan ook in staat om zonder een grote toename van hun werkbelasting de verzoeken tot goedkeuring mondeling te behandelen in plaats van deze af te stempelen.

Uitzonderingen op de werkingssfeer ten behoeve van leaseovereenkomsten

Artikel 7A:1624 lid 3 letter *b* is in het wetsvoorstel opgenomen omdat het wetsvoorstel voor de leasepraktijk problemen zou kunnen opleveren¹⁴⁶:

"Zoals is uiteengezet in de memorie van toelichting bij wetsvoorstel 24 212, blz. 2 e.v., belemmert de huidige Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken nagenoeg de financiering van bedrijfspanden door middel van leasing en beoogt dit wetsvoorstel onder meer aan deze belemmering een einde te maken. Daarbij dient evenwel te worden bedacht dat de regels betreffende huur en verhuur van bedrijfsruimte, zowel naar huidig recht als naar het onderhavige wetsvoorstel waarin het huidige recht wel enigszins wordt geliberaliseerd maar in toepassingsgebied juist wordt uitgebreid, financiering door middel van leasing eveneens vrijwel uitsluiten. Te denken valt hierbij in het bijzonder aan de dwingendrechtelijke huurrechtregels met betrekking tot onbeperkte verlengingsmogelijkheden ingeval zich geen van de opzeggingsgronden van artikel 1628 voordoet, de nadere huurprijsvaststelling, de verplichte indeplaatsstelling (artikel 1635) en uitsluiting van ontbinding anders dan door de rechter (artikel 1636). Gevolg hiervan is dat door de thans voorgestelde regels betreffende huur van bedrijfsruimte, zo daarin door de wet niet nader wordt voorzien, de ruimte die de nieuwe regels betreffende huurkoop aan financiering door middel van leasing beoogt te bieden, weer goeddeels verloren zal gaan.

Ook wetsvoorstel 24 212 laat immers de gemengde overeenkomsten over aan artikel 6:215; men zie de memorie van toelichting bij artikel 7.1.12.1, blz. 10. De artikelen 1624 e.v. zullen derhalve in beginsel mede van toepassing zijn op overeenkomsten die behalve de kenmerken

146 Nota naar aanleiding van het Verslag, Handelingen TK 1995-1996, 24 150, nr. 5, blz. 8-9.

van huurkoop ook die van huur van bedrijfsruimte hebben, hetgeen zeer wel het geval kan zijn."

Uit dit citaat blijkt dat de Minister onvoldoende inzicht heeft in de aard van de leaseovereenkomst. Ons inziens kan een leaseovereenkomst onmogelijk voldoen aan zowel de omschrijving van huurkoop van een onroerende zaak als bedoeld in artikel 7:112.1, ook niet als daaraan zoals door ons bepleit een strekkingsbepaling wordt toegevoegd, als aan de omschrijving van huur en verhuur als bedoeld in artikel 7A:1584. Bij financial lease staat niet het gebruik van het leaseobject voorop, maar de financiering daarvan. De leasegever verbindt zich niet, in de woorden van artikel 7A:1584, om de leasener het *genot* van de zaak te doen hebben, maar om deze voor de leasener te *financieren*. De leasetermijnen vormen niet de tegenprestatie voor het gebruik van het leaseobject, maar dienen ter vergoeding van de door de leasegever gepleegde investering. De duur van de overeenkomst hangt eveneens met deze strekking samen¹⁴⁷. Dit betekent dat het opnemen van artikel 7A:1624a lid 3 letter *b* volstrekt overbodig is. Wij menen dat de wetgever er goed aan zou doen deze bepaling te schrappen en in de parlementaire geschiedenis duidelijk tot uitdrukking te brengen dat huurkoop en huur en verhuur van onroerende zaken fundamenteel verschillende overeenkomsten zijn, die nimmer tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn. Dit is van belang omdat zo kan worden voorkomen dat in de jurisprudentie het misverstand zou kunnen rijzen dat een overeenkomst wel kan voldoen aan de omschrijving van beide wetsbepalingen.

Het opnemen van artikel 7A:1624a lid 3 letter *c* heeft als achtergrond om operationele leaseovereenkomsten van de dwingendrechtelijke regels uit te zonderen¹⁴⁸:

"Zo is er naar onze mening geen goede reden om vormen die plegen te worden aangeduid met de term "operationele lease" en die hierdoor worden gekenmerkt dat de economische risico's betreffende de zaak overwegend bij de lessor worden gebracht, van de uitzondering op het dwingende regime uit te zonderen. Ook hier geldt immers dat op de hiervoor bedoelde grond aan de door dat regime geboden bescherming geen behoefte bestaat."

Wij onderschrijven de wenselijkheid om in beginsel operational leaseovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken, zoals deze thans in de

praktijk voorkomen, niet te onderwerpen aan dwingendrechtelijke bepalingen. Helaas is de wijze waarop de wetgever deze gedachte in een wetsbepaling heeft vertaald mislukt. Van de dwingendrechtelijke bepalingen van afdeling 7A:7.5 kan met goedkeuring van de kantonrechter worden afgeweken indien aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- de huurovereenkomst moet inhouden dat de huurder gerechtigd is de verhuurde bedrijfsruimte te kopen voor een bij het aangaan van de huurovereenkomst schriftelijk bepaalde prijs die niet hoger is dan 50% van de waarde van de ruimte ten tijde van het ingaan van de huur;
- de huurovereenkomst moet zijn gesloten voor een bepaalde tijd die niet langer is dan de tijd nodig voor afschrijving naar goed koopmansgebruik van de bedrijfsruimte tot op 50% van die waarde of van een lager percentage naar gelang ook de prijs op een lager percentage dan 50% van die waarde wordt gesteld.

Daargelaten dat de tweede voorwaarde nagenoeg onmogelijk hanteerbaar zal zijn¹⁴⁹ zal geen overeenkomst met betrekking tot bedrijfsruimte zowel aan de definitie van artikel 7A:1584 voldoen als een optie bevatten als in de eerste voorwaarde bedoeld. De waarde van een onroerende zaak bestaat uit de som van de grondwaarde en de waarde van de opstal. De waarde van de grond zal over een langere periode, afgezien van calamiteiten als bodemverontreiniging, altijd stijgen. Gelet op de te verwachten waardevermeerdering van de grond en het feit dat de waarde van de grond doorgaans een substantieel deel uit maakt van de waarde van de onroerende zaak in het geheel, zal het nagenoeg nooit voorkomen dat de marktw waarde van een onroerende zaak op de datum waarop de optie kan worden uitgeoefend – in de praktijk toch minstens 10 jaar na het ingaan van de huur – minder bedraagt dan 50% van de waarde van de bedrijfsruimte ten tijde van het ingaan daarvan. Om die reden is bij het sluiten van de overeenkomst al zeker dat de leasener van de koopoptie gebruik zal maken. De overeenkomst is daarom een financial leaseovereenkomst en geen operational leaseovereenkomst en voldoet niet aan de omschrijving van huur en verhuur in artikel 7A:1584¹⁵⁰. Ook de tweede uitzonderingsbepaling voor leaseovereenkomsten kan wat

149 In de praktijk wordt soms niet met één afschrijvingspercentage gewerkt, maar met een combinatie, bv. 0% op de ondergrond, 2,5% op het skelet, 5% op de gevel, 10% op de technische installaties etc. Zie bv. P.J. Beerepoot, *Vogon* augustus 1993, blz. 18-19 en T.M. Berkhout, *Afschrijven op onroerend goed*, BM mei 1993, blz. 12 e.v. en juni 1993, blz. 20 e.v.

150 Zo ook: J.J. van Hees, diss. blz. 27.

147 J.J. van Hees, diss., blz. 27.

148 Nota naar aanleiding van het Verslag, Handelingen TK 1995-1996, 24 150, nr. 5, blz. 9-10.

ons betreft worden geschrapt. De praktijk is er meer mee gebaat als de wetgever in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking brengt dat financial leaseovereenkomsten in beginsel niet voldoen aan de definitie van huur en verhuur als bedoeld in artikel 7A:1584. Wij zijn er geen voorstander van om in de wet het begrip "operationele leaseovereenkomst" te omschrijven en te bepalen dat daarop afdeling 7A.7.5 niet van toepassing is, althans dat bij een dergelijke overeenkomst van het bepaalde in de afdeling ten nadele van de huurder mag worden afgeweken. De praktijk kan met de huidige situatie, waarbij voor niet-middenstandsbedrijfsruimte de huurder alleen ontruimingsbescherming heeft, uit de voeten. Het hier verdedigde standpunt impliceert dat voor middenstandsbedrijfsruimte partijen niet de vrijheid krijgen om ten nadele van de huurder van afdeling 7A.7.5 af te wijken. Wij menen dat dit onderscheid gerechtvaardigd is omdat de huurder van middenstandsbedrijfsruimte over het algemeen aan meer bescherming behoefte zal hebben. Mocht dat niet het geval zijn dan kunnen partijen altijd nog de kantonrechter verzoeken om de afwijkende bedingen goed te keuren.

Beperking werkingssfeer bij AMvB

Lid 5 van artikel 7A:1624a geeft de Kroon de bevoegdheid voor bepaalde bedrijfsruimten de bepalingen van afdeling 7A.7.5 buiten toepassing te verklaren. Deze mogelijkheid is in het wetsvoorstel ingevoegd bij de tweede Nota van Wijziging, tegelijk met het schrappen van de uitzondering van de dwingendrechtelijke bepalingen voor grote kantoren. Volgens de Minister heeft het openen van de mogelijkheid om bij AMvB bepaalde bedrijfsruimten van het dwingende regime uit te zonderen tot voordeel¹⁵¹

"(...) dat deze uitzonderingen, waar zij nodig mochten blijken snel en zo precies mogelijk op de concrete wellicht tijdelijke of plaatselijke behoefte aan liberalisatie kunnen worden afgestemd en dat aldus ook meer mogelijkheden bestaan om, waar nodig, te differentiëren tussen de verschillende bedrijfsruimten. Als maatstaf zou gedacht kunnen worden aan leegstand, waarbij bijv. wordt uitgegaan van de situatie dat bedrijfsruimte één jaar of langer leeg staat."

Wat de Minister hier als het ei van Columbus presenteert is naar wij vrezen niet meer dan een lege dop. De Minister heeft niet tegelijk met het indienen

151 Nota naar aanleiding van het nader Verslag, Handelingen TK 1996-1997, 24 150, nr. 8, blz. 6.

van de tweede Nota van Wijziging een concept AMvB aan de Kamer voorgelegd ofschoon, naar de Minister in dezelfde Nota opmerkt, uit gegevens van de Raad voor Onroerende zaken blijkt dat er op dit moment een overaanbod is van kantoorruimte en in sommige delen van Nederland ook van winkelpanden¹⁵². Wij achten de kans reëel, dat als er nu niet reeds een concept AMvB beschikbaar is, een AMvB nimmer tot stand zal komen. De gang van zaken rondom artikel 6:110 leert dat het feit dat de Wet de mogelijkheid opent om bij AMvB een beperking op een wettelijke regeling in te voeren, nog niet garandeert dat die AMvB ook daadwerkelijk tot stand komt. Zonder dat de concept-tekst van een AMvB beschikbaar is kan het parlement niet beoordelen of deze mogelijkheid tot beperking van het dwingende regime van Afdeling 7A.7.5 iets voorstelt. Dit geldt te meer, nu uit de Nota naar aanleiding van het Verslag onvoldoende duidelijk wordt of het hier gaat om het openen van de mogelijkheid om structureel de werkingssfeer van het dwingende regime te beperken dan wel het de bedoeling is alleen om in een tijdelijke of plaatselijke behoefte aan liberalisatie te voorzien. Het eerste is wenselijk, maar kan beter bereikt worden door het bestaande onderscheid tussen middenstandsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte te handhaven. Bovendien is het uit oogpunt van wetgevings-systematiek weinig fraai een structurele beperking op de werkingssfeer van een dwingendrechtelijke regeling in een AMvB aan te brengen.

Inhoudelijk geeft lid 5 aanleiding tot het maken van een tweetal opmerkingen. Volgens de huidige tekst van lid 5 kunnen bij AMvB alleen voor bepaalde *bedrijfsruimten* bepalingen van afdeling 7A.7.5 buiten toepassing worden gelaten. Soms kan het evenwel eenvoudiger zijn om niet voor bepaalde bedrijfsruimten, maar voor bepaalde *huurders* te bepalen dat van de bepalingen van afdeling 7A.7.5. kan worden afgeweken. Te denken valt bijv. aan de Staat, publiekrechtelijke lichamen, nutsbedrijven, etc. Probeer maar eens een omschrijving te maken van alle onroerende zaken die bij een nutsbedrijf in gebruik zijn! Wij menen dat als het vijfde lid in het wetsvoorstel wordt gehandhaafd, beide mogelijkheden zouden moeten openstaan. De tweede opmerking betreft het feit dat de voorgestelde wetsbepaling het aan de Kroon overlaat of in de AMvB overgangsrecht wordt opgenomen en zo ja, wat de inhoud daarvan is. Wij menen dat het onaanvaardbaar is dat als partijen een huurovereenkomst aangaan waarin zij in overeenstemming met het dan geldende recht ten nadele van de huurder afwijken van

152 Handelingen TK, 1996-1997, 24 150, nr. 8, blz. 5.

de bepalingen van afdeling 7A.7.5, zij gedurende de looptijd van de huurovereenkomst geconfronteerd kunnen worden met een wijziging van de AMvB, waardoor bepaalde dwingendrechtelijke bepalingen van deze afdeling alsnog van toepassing worden. Een dergelijke overgangsrechtelijke bepaling behoort in de wet zelf en niet in de AMvB geregeld te worden. In de praktijk zal het niet opnemen van een dergelijke overgangsmaatregel in de wet zelf ertoe leiden dat huurder en verhuurder alsnog goedkeuring van de afwijkende bepalingen van de huurovereenkomst aan de kantonrechter zullen vragen, omdat dat de enige mogelijkheid is waarop zij kunnen bewerkstelligen dat een eventuele wijziging van de AMvB op de inhoud van de huurovereenkomst geen effect zal hebben. Op dit soort nodeloze werkzaamheden zit niemand te wachten.

Overzicht dwingendrechtelijke bepalingen

Het wetsvoorstel bevat diverse bepalingen waarvan partijen ten laste van de huurder kunnen afwijken. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om al deze bepalingen hier te bespreken¹⁵³. Wij beperken ons tot enkele opmerkingen over de voor de leasepraktijk belangrijkste bepalingen, te weten de opzeggingsbescherming, de huurprijsvaststelling, de indeplaatsstelling en de uitsluiting van buitengerechtelijke ontbinding. Tenslotte zullen wij nog een enkele opmerking maken over het overgangsrecht.

Opzeggingsbescherming

Artikel 7A:1625 BW bepaalt, kort samengevat, dat de overeenkomst die voor bepaalde tijd is aangegaan niet van rechtswege eindigt maar moet worden opgezegd, tenzij de beëindiging geschiedt met wederzijds goedvinden nadat de huurovereenkomst is ingegaan.

Indien de huurder niet met de opzegging instemt, kan de verhuurder vorderen dat de rechter het tijdstip zal vaststellen waarop de overeenkomst zal eindigen. De huurovereenkomst blijft van kracht totdat de beslissing op deze vordering onherroepelijk is geworden¹⁵⁴. De rechter moet beslissen op

grond van afweging van de belangen van huurder en verhuurder (en eventuele onderhuurders), met dien verstande dat, indien de huurovereenkomst nog geen vijf jaar heeft geduurd, de rechter de vordering alleen kan toewijzen op enkele limitatief in de wet genoemde gronden (artikel 7A:1628).

Ten opzichte van de bestaande regeling voor de opzeggingsbescherming, is de voorgestelde regeling voor middenstandsbedrijfsruimte een grote verbetering. Het rigide systeem van een dwingendrechtelijk bepaalde duur van een huurovereenkomst van twee keer vijf jaren met een beperkte mogelijkheid om na afloop van de eerste vijf jaar de huurovereenkomst te doen eindigen, is geschrapt. Voor de overige bedrijfsruimte, waarvoor nu alleen ontruimingsbescherming geldt, betekent de nieuwe regeling dat de huurder opzeggingsbescherming verkrijgt.

Bij operationele leaseovereenkomsten, die plegen te worden gesloten voor een bepaalde tijd van tenminste 12½ jaar, kan de rechter bij de beoordeling van de vordering van de leasegever tot beëindiging van de huurovereenkomst, de belangen van partijen vrijelijk afwegen. Indien de verhuurder geen exploitant is van onroerende zaken – hetgeen zich bij leaseovereenkomsten nogal eens zal voordoen, waar de leasegever een dochtervennootschap is van een bank – en de leaseovereenkomst voor de leasenermer wel een koopoptie tegen marktwaarde bevat, maar niet een verlengingsoptie, zal een belangenafweging nagenoeg altijd in het voordeel van de leasegever uitvallen. Zo bezien lijkt de opzeggingsbescherming voor de leasegever weinig bezwaarlijk. Dat neemt niet weg dat de leasenermer de facto verlenging van de leaseovereenkomst kan afdwingen door niet in te stemmen met beëindiging van de leaseovereenkomst op de contractueel overeengekomen datum. Voor de periode nadien kan de leasenermer bovendien eenzijdig wijziging van de huurprijs vorderen. Het is de combinatie van enerzijds opzeggingsbescherming en anderzijds de bevoegdheid huurprijsverlaging te vorderen die voor de leasegever bezwaarlijk kan zijn, met name bij niet-courante leaseobjecten. Voor zover de leaseovereenkomst namelijk betrekking heeft op min of meer courante objecten, heeft de leasegever de mogelijkheid om deze objecten te verkopen. Indien de leasegever het object alleen beneden de gecalculeerde restwaarde kan verkopen, realiseert het restwaarderisico, waarmee de leasegever altijd rekening heeft moeten houden, zich daadwerkelijk. Dat restwaarderisico zou zich evenwel ook hebben gerealiseerd indien de leasenermer gebruik zou hebben gemaakt van de optie om het leaseobject tegen marktwaarde te kopen. De leasegever zal evenwel niet in alle gevallen de mogelijk hebben om het leaseobject te verkopen. Bij objecten met een specifieke bestemming, zoals een electriciteits-

153 Zie hiervoor o.m. P. Suringa en B.J.C. Lyppens, a.w., en de opstellen opgenomen in WR juni 1996.

154 De rechter kan, indien het verweer van de huurder hem kennelijk ongegrond voorkomt, bepalen dat de huurovereenkomst niet voortduurt en het (ontruimings-)vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Zie artikel 7A:1627 lid 1.

centrale, gerechtsgebouw of een tunnel, zal dit niet eenvoudig zijn. Voor dit soort objecten kan de opzeggingsbescherming wel degelijk belemmerend werken¹⁵⁵.

Huurprijsaanpassing

Artikel 7A:1631c bepaalt, kort samengevat, dat zowel de huurder als de verhuurder, na afloop van de overeengekomen duur van de huurovereenkomst, kunnen vorderen dat de rechter de huurprijs met inachtneming van de marktwaarde nader vaststelt. Deze voorgestelde wettelijke regeling is zonder enige twijfel een belangrijke verbetering ten opzichte van de bestaande regeling van huurprijsaanpassing bij middenstandsbedrijfsruimte. Ook voor de regeling van de huurprijsaanpassing geldt echter dat deze de leasepraktijk kan bemoeilijken. Dit zal waarschijnlijk niet het geval zijn voor zover het gaat om min of meer courante objecten waarvoor een marktwaarde relatief eenvoudig kan worden vastgesteld. Indien de leaseovereenkomst, al dan niet tegen de zin van de leasegever, wordt voortgezet, en de huurprijs wordt verlaagd, realiseert het restwaarderisico zich. Als de leasener het object evenwel zou hebben teruggegeven aan de leasegever zou dat ook het geval zijn geweest, omdat in dat geval de leasegever het leaseobject tegen een lager dan gecalculeerd bedrag had moeten verkopen. Bij de hiervoor reeds genoemde bijzondere leaseobjecten kan een vordering tot huurprijsaanpassing voor problemen zorgen. Voor deze objecten bestaat geen "markt" en kan om die reden de marktwaarde moeilijk worden vastgesteld. De uitkomst van een vordering tot huurprijsaanpassing wordt dan min of meer een loterij. Daarom is de mogelijkheid van huurprijsaanpassing bij de lease van dit soort objecten ongewenst. De gevolgen van de mogelijkheid tot huurprijsvaststelling kunnen, vanuit het standpunt van de leasegever bezien, enigszins worden gemitigeerd indien de huurovereenkomst voor een zeer lange periode wordt gesloten, stel 25 jaar, waarbij de leasener onder meer de optie heeft het object na 15 jaar terug te geven aan de leasener, eventueel tegen betaling van een al dan niet symbolische boete. Ofschon met een dergelijke overeenkomst nagenoeg hetzelfde resultaat

bereikt kan worden als met een overeenkomst die wordt gesloten voor een periode van 15 jaar en waarbij de huurder de optie heeft de overeenkomst voor een periode van 10 jaar voort te zetten, menen wij dat bij een dergelijke formulering de overgekomen duur van de huurovereenkomst 25 jaar bedraagt, zodat eerst na afloop daarvan de leasener huurprijsaanpassing kan vorderen.

Indeplaatsstelling

Indeplaatsstelling is geregeld in artikel 7A:1635. Hiervan kan volgens het wetsvoorstel niet ten nadele van de huurder worden afgeweken, ook niet met goedkeuring van de kantonrechter. Dit artikel bepaalt dat indien overdracht door de huurder aan een derde van het in het gehuurde door de huurder zelf of een ander uitgeoefend bedrijf danwel van de daarin uitgeoefende praktijk gewenst wordt, de huurder kan vorderen dat hij gemachtigd wordt om die derde in zijn plaats als huurder te stellen. De rechter beslist met inachtneming van de omstandigheden van het geval, met dien verstande dat hij de vordering slechts kan toewijzen, indien de huurder of de ander die het bedrijf of de praktijk uitoefent, een zwaarwichtig belang heeft bij de overdracht van het bedrijf of de praktijk en dat hij haar steeds afwijst, indien de voorgestelde huurder niet voldoende waarborgen biedt voor een richtige nakoming van de huurovereenkomst en voor een behoorlijke bedrijfsvoering. Operational leaseovereenkomsten hebben een lange looptijd. Meer dan bij een gewone huurovereenkomst is het voor de leasegever van belang of de leasener voldoende solvabel is om de leasetermijnen te betalen. De rechter zal bij een vordering tot indeplaatsstelling met dit aspect rekening moeten houden. Dit behoort tot de "omstandigheden van het geval" en noopt ertoe dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen bij het geven van toestemming voor indeplaatsstelling. Als de rechter zich inderdaad terughoudend opstelt, behoeft de mogelijkheid van indeplaatsstelling geen onoverkomelijke hindernis te zijn voor de leasepraktijk. Dit geldt te meer nu bij de bijzondere leaseobjecten de behoefte van de leasener aan indeplaatsstelling niet groot zal zijn.

Uitsluiting buitengerechtelijke ontbinding

Artikel 7A:1636 lid 1, dat door het wetsvoorstel niet wordt gewijzigd, bepaalt dat ontbinding van de overeenkomst op de grond dat de huurder zijn verplichtingen niet nakomt, slechts kan geschieden door de rechter. Uit

155 Bij leaseconstructies met dit soort objecten zal vaak gebruik gemaakt worden van speciaal opgerichte rechtspersonen (special purpose vehicles of SPV's genoemd). De financiering daarvan kan bij een door de leasener afgedwongen verlenging van de overeenkomst in gevaar komen, zeker indien de huurprijs naar beneden zou worden bijgesteld.

oogpunt van wetssystematiek is het merkwaardig dat bij de huurkoop van onroerende zaken de buitengerechtelijke ontbinding niet is uitgesloten, terwijl dit bij huur van bedrijfsruimte wél het geval is. De gevolgen van ontbinding zullen immers voor de huurkoper ingrijpender zijn dan voor de huurder. Niet alleen verliest de huurkoper bij ontbinding het gebruik van de onroerende zaak, maar bovendien kan hij daardoor zijn aandeel in een eventuele waardeinstijging van de onroerende zaak en/of zijn recht op terugbetaling van het reeds afgeloste deel van de koopprijs verspeelen.

De rechter kan ons inziens in kort geding of in een voorlopige voorziening procedure op grond van artikel 116 Rv een huurovereenkomst niet ontbinden. Wel kan de rechter in een dergelijke procedure, vooruitlopend op de beslissing op de vordering tot ontbinding, bevelen het gehuurde te ontruimen. In het algemeen zal de rechter evenwel terughoudend zijn met de toewijzing van een dergelijke voorlopige voorziening. Wij verwachten niet dat dit een groot probleem is. De praktijk zal zich wel weten te redden, bijvoorbeeld door constructies te kiezen waarbij betaling van de huur gedurende een lange periode verzekerd is door een bankgarantie of een depot.

Overgangsrecht

Uitgangspunt bij het overgangsrecht is dat de nieuwe regeling onmiddellijke werking heeft¹⁵⁶. Op dit uitgangspunt maakt artikel XIII drie uitzonderingen, die hier geen bespreking behoeven¹⁵⁷. Het gevolg van de onmiddellijke werking van het wetsvoorstel voor de huur en verhuur van overige bedrijfsruimte is dat partijen die een huurovereenkomst zijn aangegaan in de veronderstelling dat de huurder geen andere dwingendrechtelijke bescherming had dan ontruimingsbescherming, onverwacht geconfronteerd worden met dwingendrechtelijke bepalingen¹⁵⁸. Voor de "gewone" huur en verhuur van overige bedrijfspanden, zoals kantoorpanden, zal dit wellicht niet zo'n probleem zijn. Bij operational leaseovereenkomsten, vooral als deze betrekking hebben op bijzondere leaseobjecten, kan dit wel het geval zijn. Hierbij dient te worden bedacht dat huurder en verhuurder ook niet de gelegenheid hebben gehad eventuele ten nadele van de huurder van het bepaalde in

afdeling 7A.7.5 afwijkende bedingen door de kantonrechter te laten goedkeuren. Wij vinden het om die reden ongewenst de nieuwe wet onmiddellijke werking te geven. Eerbiedigende werking is wenselijk, ook al heeft dat het nadeel dat de Huurwet nog lang op bepaalde huurovereenkomsten van toepassing blijft. Dat valt in ieder geval verre te prefereren boven de situatie dat partijen plotseling geconfronteerd worden met niet voorziene, en door hen waarschijnlijk ook niet gewenste, nieuwe dwingendrechtelijke bepalingen. Weliswaar kan in een dergelijke situatie een van de partijen met een beroep op analoge toepassing van artikel 75 Overgangswet Nieuw BW betogen dat het oude recht toegepast moet worden, maar de rechtszekerheid is er niet mee gediend indien een dergelijk beroep te vaak zou (moeten) worden gedaan.

Conclusie

Het wegnemen van de verschillen in huurbescherming tussen bedrijfsruimte die onder de regels van het Burgerlijk Wetboek valt en beroeps- en bedrijfsruimte die onder de regels van de Huurwet valt, betekent dat de leasepraktijk met meer dwingendrechtelijke bescherming van de huurder/lease-nemer wordt geconfronteerd. Dit is ongewenst. Leasegever en leasener moeten in beginsel de mogelijkheid hebben hun rechtsverhouding zo te regelen als zij dat met het oog op hun specifieke situatie wensen. Dwingendrechtelijke bescherming van de leasener moet niet verder gaan dan nodig is. Wij menen dat er geen goede argumenten zijn om de huurder van overige bedrijfsruimte meer te beschermen dan thans onder de Huurwet het geval is. Om die reden bepleiten wij handhaving van het bestaande onderscheid tussen de huur en verhuur van middenstandsbedrijfsruimte en overige bedrijfsruimte. De wetgever realiseert zich onvoldoende dat het invoeren van één wettelijke regime tot gevolg heeft dat ook de operational lease van allerlei zeer specifieke onroerende zaken als elektriciteitscentrales, openbare gebouwen en infrastructurele werken met dwingendrechtelijke bescherming van de huurder wordt geconfronteerd. Bij dit soort objecten heeft de huurder geen bescherming nodig en kan deze bescherming de totstandkoming van leaseovereenkomsten alleen maar bemoeilijken. Dit geldt met name voor de opzeggingsbescherming en de mogelijkheid tot huurprijsaanpassing.

156 MvT, Handelingen TK 1994-1995, 24 150, nr. 3, blz. 34.

157 Zie hierover M.F.A. Evers, WO 24 150: Huurprijsheerziening en overgangsrecht, WR 1996, blz. 160-167.

158 Tenzij uiteraard ons voorstel tot beperking van de werkingssfeer van het wetsvoorstel tot middenstandsbedrijfsruimte zou worden overgenomen.

Huurkoop roerende zaken

Titel 7A.5A is in 1936 in het Burgerlijk Wetboek opgenomen¹⁵⁹ en draagt als opschrift "Van koop en verkoop op afbetaling". De titel bestaat uit twee afdelingen, waarvan de eerste (de artikelen 7A:1576 t/m 7A:1576g) betrekking heeft op de koop en verkoop op afbetaling in het algemeen. De tweede afdeling (de artikelen 7A:1576h t/m 7A:1576x) is geheel gewijd aan de huurkoop, welke overeenkomst door de wetgever als een bijzondere vorm van de koop en verkoop op afbetaling wordt gezien. De bepalingen uit de eerste afdeling zijn derhalve, voor zover hiervan in de tweede afdeling niet wordt afgeweken, eveneens van toepassing op de huurkoopovereenkomst. De bepalingen van titel 7A:5A zijn merendeels van dwingend recht omdat de wetgever ten tijde van de totstandkoming meende dat de koper op afbetaling bijzondere bescherming behoefde.

Verwant met de regeling van de huurkoop van roerende zaken is de wet op het consumentenkrediet (WCK)¹⁶⁰. De WCK bevat zowel voorschriften van publiekrechtelijke als van vermogensrechtelijke aard. In de WCK is de inhoud van kredietovereenkomsten in verregaande mate dwingend vastgelegd. Krachtens artikel 71 WCK derogeert de WCK aan de bepalingen omtrent koop en verkoop op afbetaling en huurkoop in het BW, voor zover de daarin geregelde onderwerpen een soortgelijke regeling in de WCK kennen.

Het kabinet is voornemens de vermogensrechtelijke bepalingen uit de WCK over te hevelen naar het BW in een te redigeren titel 7.2. Tegelijk met de invoering van deze titel zal ook de huurkoopregeling naar Boek 7 worden overgebracht. Op dit moment zijn concrete tekstvoorstellen nog niet voorhanden.

De regeling van de huurkoop van roerende zaken is recentelijk nog door Van Hees in zijn proefschrift becommentarieerd¹⁶¹. Om deze redenen hebben wij er voor gekozen ons in dit preadvies te concentreren op de huurkoop van onroerende zaken en het nieuwe huurrecht bedrijfsruimte, waar wel wetsvoorstellen aanhangig zijn. Wij volstaan hier met een enkele opmerking.

Huurkoop van roerende zaken, komt in velerlei schakeringen voor. Thans gelden de artikelen 7A:1576 e.v. zowel voor de particulier, die met

betrekking tot een televisie een huurkoopovereenkomst sluit, als voor een spoorwegexploitant, die met betrekking tot het complete rollende materieel een sale en financial lease back-overeenkomst sluit. Duidelijk is dat in het eerste voorbeeld de huurkoper bescherming behoeft en dit in het tweede voorbeeld niet het geval is en, in tegendeel, dwingendrechtelijke bescherming van de huurkoper het sluiten van een financial leaseovereenkomst belemmert. Om die reden achten wij het wenselijk dat in de nieuwe huurkoopregeling onderscheid wordt gemaakt tussen de particuliere huurkoper enerzijds en de (grote) bedrijfsmatige huurkoper anderzijds. Overwogen zou zelfs moeten worden om in het geheel geen regeling voor de huurkoop van roerende zaken op te nemen maar te volstaan met het consumenten beschermende bepalingen voor kredietovereenkomsten, waaronder de huurkoopovereenkomst kan worden begrepen¹⁶². Het eigendomsvoorbehoud van de huurkoper is al geregeld in artikel 3:92. Een verder gaande regeling is overbodig. Doordat bij huurkoop de roerende zaak (vrijwel) altijd in de macht van de huurkoper wordt gebracht, wordt de huurkoper voldoende tegen eventuele beschikkingsonbevoegdheid van de huurkoper beschermd¹⁶³. Van de huidige verbintenisrechtelijke bescherming van de huurkoper is de verplichting tot voordeelsafdracht veruit de belangrijkste. Hetgeen thans in artikel 7A:1576t is bepaald geldt ons inziens evenwel ook reeds zonder specifieke wetsbepaling.

Naar verluid zou de Minister overwogen de vermogensrechtelijke bepalingen van de WCK en de bepalingen van titel 7A.5A met alleen een technische aanpassing in Boek 7 op te nemen, net als met de arbeidsovereenkomst ook is gebeurd. Voor de praktijk zou dit geen goede zaak zijn. De financieringspraktijk is sinds 1936 volledig veranderd. De huidige regeling van de huurkoop sluit daarop niet aan. Om die reden mag de wetgever niet met alleen codificatie van het bestaande recht volstaan.

Het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht

Eén van de meest omstreden bepalingen van het huidige Burgerlijk Wetboek is artikel 3:84 lid 3 dat bepaalt:

159 Wet van 23 april 1936, Stb. 202.

160 Wet van 4 juli 1990, Stb. 395.

161 J.J. van Hees, diss. blz. 29-39.

162 Zie Van Hees, diss. blz. 37.

163 Artikel 3:86.

"een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed."

Het causale stelsel brengt mee, dat indien een rechtshandeling de in deze bepaling genoemde kenmerken vertoont, de leveringshandeling goederenrechtelijke gevolgen ontbeert en het eigendomsrecht niet overgaat op de verkrijger. Het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht is voor de leasepraktijk van groot belang, omdat bij financial sale and lease back-constructies de leasener het leaseobject overdraagt aan de leasegever en deze overdracht een zekerheidskarakter heeft. Een sale and lease back-overeenkomst kan zowel betrekking hebben op bestaande bedrijfsmiddelen van de leasener als op nieuw aan te schaffen bedrijfsmiddelen. Bij bestaande bedrijfsmiddelen wordt een sale and lease back-constructie onder meer gebruikt om liquide middelen vrij te maken. Bij een nieuw bedrijfsmiddel wordt gebruik gemaakt van een sale and lease back-constructie omdat de leasegever buiten de contractuele relatie tussen de leverancier en de leasener wil blijven. De leverancier levert het leaseobject aan de leasener, die het onmiddellijk overdraagt aan de leasegever, terwijl hij krachtens de leaseovereenkomst het gebruik van het object behoudt. Opmerkelijk is dat de leasepraktijk lange tijd het gevaar van artikel 3:84 lid 3 niet heeft onderkend. Kleijn heeft het probleem in zijn preadvies voor de Vereniging Handelsrecht in 1989 onder de aandacht gebracht¹⁶⁴. Ofschoon regeringscommissaris Snijders in een interventie direct heeft weersproken dat artikel 3:84 lid 3 aan sale and lease back-constructies in de weg zou staan¹⁶⁵ ontstond er onder leasemaatschappijen enige paniek. Een aantal leasemaatschappijen durfde na 1 januari 1992 geen sale and lease back-overeenkomsten te sluiten en heeft in de plaats daarvan gekozen voor een pandrecht. Het heeft iets meer dan drie jaar na de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek geduurd voordat de Hoge Raad de kans kreeg om zich uit te laten over de strekking van het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht.

De Hoge Raad heeft in het Sogelease-arrest¹⁶⁶ getracht duidelijkheid te geven over de reikwijdte van artikel 3:84 lid 3. De casus in deze zaak had

betrekking op een doorsnee sale and lease back-constructie. Drukkerij De Zaaiers BV kocht een tweetal drukpersen. Nadat de drukpersen door de leverancier aan de drukkerij waren afgeleverd, verkocht deze de drukpersen aan de leasegever, Sogelease, en droeg deze constituto possessorio aan haar over. De koopprijs van de drukpersen werd door de leasegever aan de leverancier voldaan. In de overeenkomst tussen de leasegever en De Zaaiers was bepaald dat de leasener voor het gebruik van de persen gedurende zeven jaar een maandelijks huurprijs zou betalen, dat gedurende deze periode het onderhoud en alle risico's voor rekening van de leasener zouden komen, alsmede dat de leasener het recht had om de persen aan het einde van de periode van zeven jaar voor f 100,- van de leasegever te kopen. De vraag die de rechter moest beantwoorden was of de sale and financial lease back-overeenkomst een geldige titel van overdracht van de betrokken zaken was¹⁶⁷.

De Hoge Raad overwoog, met betrekking tot het begrip "overdragen tot zekerheid" uit artikel 3:84 lid 3 het volgende:

"Deze maatstaf moet, voor wat betreft het element 'die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid', worden gezocht in het antwoord op de vraag of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diens voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeëigening uitsluit (vgl. artikel 3:235). Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge artikel 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek.

Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot 'werkelijke overdracht' (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan enkel het recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt - dan staat artikel 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg. Met name doet het dat niet, indien de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen,

164 W.M. Kleijn c.s., preadvies Vereniging "Handelsrecht" 1989, blz. 24 e.v.

165 W. Snijders, Verslag Vereniging "Handelsrecht" 1989, blz. 71-77.

166 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, nt. WMK, AA 1995, blz. 872-879, nt. R.D. Vriesendorp.

167 Deze vraag kwam alleen indirect aan de orde omdat de overeenkomst was gesloten en de levering had plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van het huidige BW. De vraag waar het eigenlijk om ging was of het bepaalde in artikel 86 lid 1 Overgangswet nieuw BW meebracht dat op 1 januari 1992 de eigendom van de drukpersen was overgegaan op De Zaaiers en deze waren belast met een pandrecht ten behoeve van Sogelease.

anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts - voor wat betreft het gebruik - behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken."

Voor de uitleg van de strekking van de rechtshandeling zijn niet relevant¹⁶⁸:

- a. het feit dat de overeenkomst is gesloten in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van krediet;
- b. de vraag of de overeenkomst betrekking heeft op zaken die de kredietnemer wil aanschaffen, of op zaken die hij al langer in eigendom had;
- c. het doel waarvoor de door de kredietgever verstrekte gelden worden aangewend;
- d. de aanwezigheid van een beding krachtens welke onderhoud en risico voor rekening van de overdrager blijven;
- e. het feit dat de overdrager een gebruiksrecht op de overgedragen zaak heeft;
- f. de aanwezigheid van een koopoptie, ook al is zij zo ingekleed dat zij in de praktijk wel steeds zal worden uitgeoefend.

De Hoge Raad sluit echter niet uit dat er omstandigheden kunnen zijn die meebrengen dat er wel sprake is van ontduiking van het verbod van fiduciaire overdracht:

"Een en ander sluit niet uit dat onder bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in artikel 3:84 lid 3 vervatte regel voorzat, van ongeldigheid uit hoofde van die bepaling sprake kan zijn. Zodanige omstandigheden zijn evenwel in dit geval gesteld noch gebleken"¹⁶⁹.

Over de reikwijdte van deze uitzondering bevat het arrest geen verdere indicatie dan dat de zes hierboven genoemde omstandigheden in de opvatting van de Hoge Raad geen aanleiding vormen om een uitzondering aan te nemen¹⁷⁰.

168 Zie r.o. 3.4.3, slot en r.o. 3.6, slot, van het arrest.

169 Zie r.o. 3.4.4, slot, van het arrest.

170 De raadsman van Sogelease heeft in zijn schriftelijke toelichting gewezen op Pres. Rb. Utrecht 25 mei 1993, NJ 1994, 481, en betoogd dat er in dat geval sprake was van ontduiking van de wettelijke regeling van het pandrecht. Wellicht dat de Hoge Raad op dit soort situaties heeft gedoeld.

Het arrest is in de literatuur uitvoerig besproken¹⁷¹. Daarbij is uiteraard veel aandacht besteed aan de vraag wat de Hoge Raad met het opnemen van de uitzondering kan hebben bedoeld. De zes door de Hoge Raad genoemde omstandigheden zijn toegesneden op de doorsnee sale and lease back-transactie waar het in de procedure om ging. Duidelijk is dat een dergelijke overeenkomst niet door het verbod van fiduciaire overdracht zal worden getroffen. Er zijn evenwel veel meer overeenkomsten waarbij een goed wordt overgedragen en de overdracht mede een zekerheidskarakter heeft. Bij deze andersoortige transacties blijft de praktijk worstelen met de vraag of artikel 3:84 lid 3 hieraan in de weg staat. Het gaat het bestek van dit preadvies te buiten om hierop verder op in te gaan. Wij beperken ons tot het beantwoorden van de vraag die voor de leasepraktijk van belang is: staat nu vast dat alle sale and financial lease back-overeenkomsten buiten het bereik van het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht blijven?

Indien leasegever en leasenemer in hun sale and lease back-overeenkomst hebben bepaald dat in geval van wanprestatie door de leasenemer de leasegever het leaseobject moet verkopen en op de opbrengst daarvan zijn vordering mag verhalen onder de verplichting een eventueel overschot af te dragen aan de leasenemer, valt deze overeenkomst onder het verbod van de fiduciaire overdracht tot zekerheid. Nu zal er geen sale and lease back-overeenkomst zijn die dat inhoudt. Wel komt het echter voor dat er financial sale and lease back-overeenkomsten worden gesloten waarbij de leasegever in theorie weliswaar het leaseobject kan behouden, maar praktisch gedwongen is het leaseobject te verkopen. Als de leasegever dan ook nog een deel van de waarde van het leaseobject bij de ontbinding van de lease-overeenkomst aan de leasenemer moet afdragen, nl. het deel dat overblijft nadat de leasegever (de contante waarde van) zijn hoofdvordering vermeerderd met een eventuele contractuele boete heeft kunnen incasseren, is het verschil met een pandrecht wel heel gering. Dit doet zich onder meer voor als een special purpose vehicle (SPV) als leasegever optreedt en tussen leasegever en leasenemer afspraken zijn gemaakt over door de leasegever

171 Zie o.m.: S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, WPNR 6187 blz. 455-457 en NJB 1995, blz. 991-996, G.M.H. van Lokven, NJB 1995, blz. 965-966, G.W. Mincke, NTBR 1995, blz. 175-179, E.B. Rank-Berenschot, NTBR 1995, blz. 207-211, A.F. Salomons, Tvl 1995, blz. 81-90 en WPNR 6204 blz. 820-822, J.B. Vegter, WPNR 6190, blz. 134-136 en WPNR 6191 blz. 555-557, M.H.E. Rongen, bundel Vertrouwd met de trust, blz. 263-301, T.H.D. Struycken, Oprecht (Struycken-bundel), blz. 337-356, J.J. van Hees, diss., blz. 65-77, W. Snijders, bundel Onderneming en vijf jaar Nieuw Burgerlijk Recht, blz. 87-105.

te betalen voordeelafdracht bij ontbinding van de leaseovereenkomst wegens wanprestatie door de leasener¹⁷². Een SPV kan in geval van wanprestatie van de leasener feitelijk niet anders dan het leaseobject verkopen omdat de SPV geen eigen onderneming heeft. Is er in dat geval sprake van een bedoeling tot ontduiking van de in artikel 3:84 lid 3 vervatte regel? Wij menen dat dit buitengewoon ongewenst zou zijn, gelet op het grote belang van cross-border sale and financial lease back-overeenkomsten. Maar wie zou beweren dat om die reden iedere sale and financial lease back-overeenkomst niet in strijd is met het verbod van fiduciaire overdracht maakt zich schuldig aan een doelredenering. Gezocht moet worden naar een meer objectief criterium. De vraag is echter welk criterium dat zou moeten zijn.

Volgens Snijders wordt een sale and financial lease back-overeenkomst niet door het verbod van fiduciaire overdracht getroffen omdat de aanspraken van de leasener jegens de leasegever van obligatoire aard zijn: "figuren die van obligatoire aard zijn en die een eigen karakter hebben, zoals financiële leasing, met inbegrip van sale and lease back, (vallen) daar niet onder, hoezeer ook het zekerheidsaspect van de lessor voorop staat"¹⁷³. Dit is kennelijk ook de opvatting van de Hoge Raad die in het slot van het Sogelease-arrest¹⁷⁴ overweegt dat De Zaaiers "louter persoonlijke rechten en verplichtingen (had), zoals een persoonlijk gebruiksrecht, een persoonlijke verplichting de leasetermijnen te betalen, alsmede een optie de zaken aan het eind van de leaseperiode in eigendom te verkrijgen". Wij menen dat het argument op grond waarvan Snijders meent dat een sale and lease back-overeenkomst niet in strijd komt met het bepaalde in artikel 3:84 lid 3 onjuist is indien de financial leaseovereenkomst kwalificeert als een huurkoopovereenkomst¹⁷⁵. Bij een huurkoopovereenkomst wordt de huurkoper goederenrechtelijk beschermd¹⁷⁶. Om die reden is het onjuist om te stellen dat de huurkoper alleen persoonlijke rechten jegens de huurverkoper heeft. Nog sprekender is dit indien de huurkoopovereenkomst betrekking heeft op

een roerende zaak. Uit artikel 7A:1576h vloeit voort dat de huurkoper de eigendom van de zaak "onder de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is" verwerft. Vanaf het moment van aflevering is de leasener, krachtens het bepaalde in artikel 3:84 lid 4, reeds eigenaar onder opschortende voorwaarde van betaling van alle leasetermijnen. Het argument op grond waarvan Snijders meent dat een sale and financial lease back-overeenkomst niet door het verbod van fiduciaire overdracht wordt getroffen is ons inziens niet valide.

Wij menen dat er in ieder geval geen strijd is met het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht indien de duur van de leaseovereenkomst een zekere relatie heeft met de economische levensduur van het leaseobject. Dit baseren wij op het volgende. Een kenmerkend verschil tussen een financial leaseovereenkomst en de verstrekking van een krediet met als zekerheid een pandrecht op roerende bedrijfsmiddelen, is dat er bij lease sprake is van objectfinanciering. Dat er bij lease sprake is van objectfinanciering komt omdat er sprake is van een zekere relatie tussen de duur van de financial leaseovereenkomst en de economische levensduur van het object. Bij een sale and financial lease back-overeenkomst waarbij de duur van de leaseovereenkomst een zekere relatie heeft met de economische levensduur van het leaseobject is er om deze reden nimmer strijd met artikel 3:84 lid 3. Deze situatie is niet vergelijkbaar met het geval dat een zekerheidsrecht wordt gevestigd op alle roerende zaken van een kredietnemer tot zekerheid van de terugbetaling van een geldlening of een rekening-courant krediet. Hieruit mag niet worden afgeleid dat indien bij een sale and financial lease back-overeenkomst deze relatie ontbreekt – hetgeen zich bijvoorbeeld bij financial lease van onroerende zaken kan voordoen – sprake is van een verboden fiduciaire eigendomsoverdracht. Dit kan, afhankelijk van bijkomende omstandigheden, het geval zijn, bijvoorbeeld wanneer de leasegever met de door hem voor de "sale" betaalde koopprijs een bestaande vordering op de leasener heeft verrekend of wanneer de transactie betrekking heeft op alle bedrijfsmiddelen van de leasener. De werking van de uitzondering zou tot voor de praktijk aanvaardbare proporties worden teruggebracht indien in de rechtspraak zou worden aanvaard dat bij een sale and lease back-overeenkomst, waarbij de duur van de leaseovereenkomst een zekere relatie heeft met de economische levensduur van het leaseobject, de bedoeling tot ontduiking van de in artikel 3:84 lid 3 vervatte regel nimmer aanwezig is.

172 Bij een cross-border sale and financial lease back-overeenkomst treedt als leasegever soms een special purpose vehicle op. De reden daarvoor is dat de leasener beschermd wil worden tegen een deconfiture van de feitelijke leasegever.

173 W. Snijders, *bundel Onderneming en vijf jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, blz. 89.

174 r.o. 3.6, slot.

175 De overeenkomst tussen De Zaaiers en Sogelease was zonder enige twijfel op grond van de strekkingsbepaling van artikel 7A:1576h lid 2 een huurkoopovereenkomst, omdat de optieprijs, f 100,-, symbolisch was.

176 Artikelen 7A:1576l, 5 TW en 7.1.12.4 ontwerp huurkoop onroerende zaken.

Het Sogelease-arrest heeft nog niet alle vragen over de precieze reikwijdte van artikel 3:84 lid 3 beantwoord. Ook nu nog kan de leasepraktijk de vraag of een sale and financial lease back-overeenkomst nimmer in strijd komt met het verbod van fiduciaire eigendomsoverdracht niet met absolute zekerheid beantwoorden. Dit komt omdat de Hoge Raad de mogelijkheid heeft opengelaten dat er omstandigheden zijn waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in artikel 3:84 lid 3 vervatte regel voorzat. De reikwijdte van de uitzondering is onduidelijk, ook na lezing en herlezing van hetgeen de auctor intellectualis van de huidige redactie van artikel 3:84 lid 3, Snijders, hierover recentelijk heeft geschreven¹⁷⁷. Voor de financieringspraktijk is deze onzekerheid fnuikend. Wij sluiten ons aan bij het pleidooi van velen dat artikel 3:84 lid 3 moet worden geschrapt. De bepaling staat in het bijzonder internationale financieringstransacties, die doorgaans worden beheerst door buitenlandse rechtsstelsels, in de weg¹⁷⁸. Deze rechtsstelsels kennen wel de eigendomsoverdracht tot zekerheid en buitenlandse financiers willen hiermee werken, en niet met een in hun ogen exotisch pandrecht. Voor afschaffing van het verbod van fiduciaire overdracht tot zekerheid pleit ook dat dit verbod voor wat betreft de overdracht van vorderingen kan worden ontweken indien de een van beide partijen in het buitenland is gevestigd en partijen een rechtskeuze maken voor een recht dat fiduciaire eigendomsoverdracht wel toelaat¹⁷⁹.

IV DE LEASENEMER IN FINANCIËLE MOEILIKHEDEN

Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann / Mr. J.J. van Hees

Ontbinding/beëindiging

Leaseovereenkomsten plegen voor bepaalde tijd te worden aangegaan. Na ommekomst van de overeengekomen termijn eindigt de overeenkomst, tenzij deze anders bepaalt. Niet zelden ziet men dat na afloop van de leaseovereenkomst het gebruik van het leaseobject door de leasener wordt voortgezet. In dat geval kan onduidelijkheid ontstaan over de rechtsverhouding tussen de leasegever en de leasener. Deze onduidelijkheid is ongewenst omdat daarmee niet alleen onzekerheid bestaat over de primaire rechten en verplichtingen van partijen, maar ook ten aanzien van onderwerpen zoals wie van beide partijen na ommekomst van de oorspronkelijke leaseperiode gehouden is de zaak te onderhouden, te verzekeren of eventuele waardeverminderingen te dragen.

Het zal voor de leasegever niet altijd mogelijk en wenselijk zijn om van de leasener te verlangen dat hij het leaseobject weer ter beschikking stelt onmiddellijk nadat de leaseovereenkomst is geëindigd. Wel zal de leasegever binnen een redelijke (korte) termijn kenbaar moeten maken dat hij aanspraak maakt op afgifte van het leaseobject. Laat hij dit na, en stelt de leasener het leaseobject niet zelf kort na het einde van de leaseovereenkomst ter beschikking van de leasegever, dan zal in beginsel moeten worden aangenomen dat de leaseovereenkomst voor onbepaalde tijd is voortgezet. De rechten en verplichtingen die in de leaseovereenkomst zijn neergelegd, zullen in deze periode van kracht zijn, voor zover dit in overeenstemming is met het karakter van de leaseovereenkomst. De voortzetting voor onbepaalde tijd brengt met zich dat de overeenkomst eerst kan eindigen nadat deze door één van beide partijen is opgezegd met inachtneming van een redelijke opzegtermijn.

Een uitzondering moet worden aangenomen voor het geval het een financial leaseovereenkomst van een roerende zaak betreft met een, in absolute zin, te verwaarlozen koopoptie voor de leasener. Leaseovereenkomsten met dergelijke opties zijn niet ongebruikelijk. In de praktijk ziet men veelal dat de expliciete uitoefening van de koopoptie die de leasener het recht

177 W. Snijders, a.w., blz. 88-89.

178 Bij cross-border leases wordt meestal Engels recht of het recht van de staat New York van toepassing verklaard.

179 HR 16 mei 1997, RvdW 1997, 126 (Brandsma q.q./Hansa Chemie).

geeft om het leaseobject voor bijvoorbeeld f 1,-- of f 100,-- te kopen, achterwege blijft. Zelfs indien de leasener wél uitdrukkelijk te kennen geeft van zijn kooprecht gebruik te willen maken, maakt de leasegever in veel gevallen geen aanspraak op betaling van dit bedrag. De leasener blijft het gebruik van het leaseobject na afloop van de overeengekomen leaseperiode continueren zonder dat er enige nadere handeling wordt verricht. Strikt genomen betekent dit dat, indien de hierboven weergegeven gedachtegang wordt gevolgd, de leasener zijn gebruiksrecht uitsluitend ontleent aan de, stilzwijgend voortgezette, leaseovereenkomst. Deze zienswijze ligt in dit geval niet erg voor de hand. Het feit dat het bij leaseovereenkomsten met dergelijke lage koopopties in de praktijk niet tot een daadwerkelijke uitoefening en afwikkeling van de koopoptie komt, brengt met zich dat aan zo'n optie in beginsel geen reële betekenis kan worden toegekend. Dat betekent dat de leasener bij het einde van de leaseperiode als eigenaar van het leaseobject dient te worden aangemerkt en zijn gebruik voortzet op basis van dit eigendomsrecht. De leaseovereenkomst moet in dat geval als geëindigd worden beschouwd. Voor leaseovereenkomsten met betrekking tot andere leaseobjecten dan roerende zaken ligt dit anders. In dat geval zullen de voor de levering van deze goederen van toepassing zijnde vormvoorschriften in het algemeen (nog) niet zijn nageleefd, zodat het noodzakelijk zal zijn om het leaseobject alsnog aan de leasener te leveren alvorens deze eigenaar wordt. Bij dit soort objecten is er echter meestal geen sprake van in absolute zin te verwaarlozen koopopties, zodat het niet voor de hand ligt dat beide partijen na het einde van de overeengekomen leaseperiode stil blijven zitten.

Een belangrijke vraag is in dit kader wanneer de levering bij een financial lease met betrekking tot een roerende zaak, indien in de leaseovereenkomst een zeer lage koopoptie is opgenomen, moet worden geacht te hebben plaatsgevonden. Het antwoord op deze vraag is onder meer van belang voor het geval de leasegever tijdens de looptijd van de leaseovereenkomst in staat van faillissement wordt verklaard. Indien men aanneemt dat de levering eerst aan het einde van de overeengekomen leaseperiode plaatsvindt, dan zou een tussentijds faillissement van de leasegever de eigendomsverrijking van de leasener kunnen blokkeren. Gaat men er daarentegen van uit dat de levering is voltooid door de ter beschikkingstelling van het leaseobject bij de aanvang van de leaseovereenkomst, dan zal een tussentijds faillissement geen invloed hebben op de eigendomsverrijking van de leasener nadat deze aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Het antwoord op deze vraag zal ons inziens gezocht moeten worden in de wettelijke regeling van de huurkoopovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek¹⁸⁰. De huurkoopovereenkomst wordt in artikel 7A:1576h lid 1 gedefinieerd als een koop en verkoop op afbetaling waarbij:

(...) partijen overeenkomen dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is.

Volgens het tweede lid van deze bepaling worden alle overeenkomsten die dezelfde strekking hebben als huurkoop aangemerkt. Zoals hierboven is verdedigd, zal er bij financial leaseovereenkomsten met een koopoptie voor een, in absolute zin, laag bedrag vanuit moeten worden gegaan dat deze de strekking hebben de leasener na betaling van de overeengekomen leasetermijnen tot eigenaar te maken. Op grond van het tweede lid van artikel 7A:1576h hebben deze overeenkomsten dan ook als huurkoop te gelden. Volledige voldoening van de verschuldigde leasetermijnen leidt ertoe dat de in het eerste lid van artikel 7A:1576h genoemde voorwaarde in vervulling gaat, zodat de leasener eigenaar wordt zonder dat een nadere handeling is vereist. Een tussentijds faillissement van de leasegever zal dit gevolg niet kunnen verhinderen¹⁸¹.

Op financial leaseovereenkomsten waarin een koopoptie voor een substantieel bedrag is opgenomen, zal de wettelijke regeling van de huurkoopovereenkomst niet van toepassing zijn. De hoogte van de optie staat er in dat geval aan in de weg om bij voorbaat aan te nemen dat de leasener de zaak bij het einde van de overeenkomst aan zich zal laten leveren. De hoogte van de door de uitoefening van de optie verschuldigde tegenprestatie zal voor de leasener aanleiding kunnen zijn om de optie niet uit te oefenen maar de waarde die deze vertegenwoordigt op een andere wijze te verzilveren, bijvoorbeeld door overdracht van de rechten uit de optie of door het aangaan van een nieuwe financiering. De leasener zal in dat geval uitdrukkelijk te kennen moeten geven dat hij gebruik wenst te maken van de optie, alvorens de leasegever bereid zal zijn het leaseobject te

180 De artikelen 7A:1576h e.v.

181 Bescherming tegen eventuele beschikkingshandeling van de leasegever met betrekking tot het leaseobject ontleent de leasener onder meer aan het bepaalde in artikel 7A:1576l lid 2. Zie over de positie van de leasener bij een financial lease ook J.J. van Hees, diss., par. 4.5.3 e.v.

leveren. Tevens zal de leasegever daadwerkelijk aanspraak maken op betaling van de met de uitoefening van de optie gemoeide prijs.

Naast het feit dat de leaseovereenkomst een natuurlijk einde kan vinden door het verstrijken van de overeengekomen duur, kan zij ook tussentijds tot een einde komen. In de meerderheid van de gevallen zal dit het gevolg zijn van een tekortkoming van de leasener. De leasegever zal de overeenkomst dan kunnen ontbinden op grond van artikel 6:265, tenzij de tekortkoming dit niet rechtvaardigt. De meeste leaseovereenkomsten wijken in zoverre van deze bepaling af, dat zij de leasegever een ruimere bevoegdheid tot ontbinding toekennen. Zo pleegt standaard te worden bedongen dat *iedere* tekortkoming de leasegever het recht geeft de overeenkomst te ontbinden. Voorts is in veel gevallen de bepaling opgenomen dat de ontbinding van de overeenkomst niet afdoet aan de verplichting van de leasener tot betaling van de leasetermijnen over de overeengekomen duur. Bij een operational leaseovereenkomst zal de leasegever niet met een dergelijk beding kunnen volstaan. Ontbinding van de overeenkomst leidt er volgens de gewone regels van de ontbinding toe dat de nog te verschijnen leasetermijnen niet meer zijn verschuldigd¹⁸². Als de overeenkomst desondanks bepaalt dat de leasener bij ontbinding van de overeenkomst wegens diens tekortkoming wél is gehouden deze termijnen te voldoen zal dit beding in beginsel moeten worden aangemerkt als een boetebeding¹⁸³. Dit heeft tot gevolg dat de artikelen 6:91 e.v. van toepassing zijn en er bijvoorbeeld geen verdere schadevergoeding kan worden gevorderd tenzij dit eveneens in de overeenkomst is bepaald¹⁸⁴. Evenmin kan zonder een uitdrukkelijk beding betaling van de nog verschuldigde leasetermijnen worden gevorderd indien de tekortkoming niet aan de leasener valt toe te rekenen¹⁸⁵. Van het rechterlijk matigingsrecht van artikel 6:94 kan niet worden afgeweken¹⁸⁶. Matiging ligt meer voor de hand naarmate de ontbinding van de operational leaseovereenkomst in een vroegtijdiger stadium plaatsvindt.

Bij een financial leaseovereenkomst geldt het hiervoor opgemerkte niet zonder meer. Anders dan bij een operational lease vormen de verschuldigde

leasetermijnen in dit geval niet de tegenprestatie voor het gebruik van het leaseobject zodat, indien het gebruiksrecht van de leasener voortijdig eindigt, daarmee aan de verschuldigdheid de grondslag komt te ontvallen. Bij een financial lease hebben de leasetermijnen veeleer het karakter van aflossing van de door de leasegever gepleegde investering. Het leaseobject vormt zekerheid voor de nakoming van deze aflossingsverplichting. Ook zonder een uitdrukkelijk beding kan worden verdedigd dat de leasegever bij ontbinding recht heeft op terugbetaling van de door hem verstrekte financiering. Indien in de leaseovereenkomst een bepaling van gelijke strekking is neergelegd, ontbeert deze derhalve het karakter van een boetebeding. Hooguit kan in het feit dat de in de leasetermijnen opgenomen rente en eventuele andere vergoedingen verschuldigd worden een boete-element worden gezien. Voor dit onderdeel van de vordering van de leasegever gelden dan in gelijke mate de bepalingen van artikel 6:91 e.v. indien daar – voor zover mogelijk – niet van is afgeweken.

Voordeelafracht bij ontbinding?

Indien de leasegever op grond van een tekortkoming van de leasener overgaat tot ontbinding van de leaseovereenkomst, rijst de vraag of de leasegever een voordeel dat daardoor ontstaat, moet afdragen. In geval van een operational lease is hiervoor geen grond. De leasegever is en blijft eigenaar, terwijl de overeenkomst op grond waarvan de leasener het genot van de zaak heeft, door ontbinding eindigt. De termijnen die de leasener heeft betaald, dienen te worden beschouwd als tegenprestatie voor het genot dat hij van het leaseobject heeft gehad. De leasener zal het leaseobject moeten afgeven aan de leasegever, terwijl zijn verbintenis tot betaling van leasetermijnen is geëindigd. Indien het een financial lease betreft die als huurkoop moet worden aangemerkt, wordt het antwoord door de wet gegeven. Artikel 7A:1576t bepaalt voor dat geval dat de huurverkoper (leasegever) tot "volledige verrekening" is gehouden indien hij door de ontbinding van de overeenkomst "in een betere vermogenstoestand zou geraken". Financial leases zijn echter vaak zodanig opgezet dat zij niet als huurkoop kunnen worden geduid. Is de leasegever ook dan in geval van ontbinding gehouden tot "volledige verrekening" indien hij "in een betere vermogenstoestand zou geraken"? Of anders gezegd: dient hij alsdan een mogelijk financieel voordeel af te dragen aan de leasener of diens curator? En is het daarbij van belang of partijen dit al dan niet zijn overeengekomen? Onder het oude recht werd in geval van een eigendomsöverdracht tot

182 Artikel 6:271.

183 Zie over het boetebeding nader: Asser-Hartkamp 4-I, Deventer 1996, nrs. 388 e.v.

184 Artikel 6:92 lid 2.

185 Artikel 6:92 lid 3.

186 Artikel 6:94 lid 3.

zekerheid aangenomen dat de fiduciaire eigenaar gehouden was een eventueel voordeel af te dragen. Men nam aan dat de bepalingen omtrent pand en hypotheek zoveel mogelijk analogisch dienden te worden toegepast. Voor wat betreft het eigendomsvoorbehoud van bijvoorbeeld een leverancier, niet zijnde een huurverkoper, neemt men doorgaans aan dat ook deze gehouden is tot afdracht van het voordeel¹⁸⁷. De conclusie lijkt voor de hand te liggen: in geval van financial lease draagt de eigendom van de leasegever een zekerheidskarakter; dit karakter rechtvaardigt dat de leasegever gehouden is eventueel voordeel dat hij geniet op grond van de ontbinding, af te dragen aan de leasener respectievelijk de curator. Toch lijkt, althans tenminste voor wat betreft sale and financial lease back, enige aarzeling op zijn plaats¹⁸⁸. Deze aarzeling wordt ingegeven door een van de centrale overwegingen van de Hoge Raad in het Sogelease-arrest¹⁸⁹. Hierin overweegt de Hoge Raad met betrekking tot artikel 3:84 lid 3:

"Deze maatstaf moet, voor wat betreft het element 'die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid', worden gezocht in het antwoord op de vraag of de rechtshandeling ertoe strekt de wederpartij in diens voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen dat deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers wordt beschermd. De kern van zodanige bescherming ligt naar haar aard in de bevoegdheid om zich met voorrang boven andere schuldeisers op het goed te verhalen, hetgeen de bevoegdheid tot toeëigening uitsluit (vgl. art. 3:235). Dienovereenkomstig levert een overeenkomst die de bevoegdheden van degene aan wie het goed wordt overgedragen, in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het hem overgedragen goed te gelde te maken ten einde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen, ingevolge art. 3:84 lid 3 niet een geldige titel voor overdracht op: partijen dienen dan gebruik te maken van (stil) pandrecht, onderscheidenlijk van hypotheek. Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot 'werkelijke overdracht' (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan – en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt – dan staat art. 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg. Met name doet het dat niet, indien de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen,

anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts – voor wat betreft het gebruik – behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken."

Deze overwegingen van de Hoge Raad hebben in de literatuur tamelijk kritische besprekingen uitgelokt¹⁹⁰. Ook indien men van deze overwegingen uitgaat, achten wij het zeer goed verdedigbaar dat een verplichting van de leasegever tot afdracht van het genoten voordeel niet afdoet aan de geldigheid van een sale and financial lease back. Blijkens het tweede deel van de geciteerde rechtsoverwegingen is voor de Hoge Raad essentieel dat de rechtshandeling van partijen (de sale) tot "werkelijke overdracht" strekt. Meer toegespitst op een sale and lease back-transactie voegt de Hoge Raad hieraan toe dat er geen strijd is met artikel 3:84 lid 3, indien de leasegever de zaak op grond van de sale verkrijgt en vervolgens aan de leasener in gebruik geeft onder zodanige voorwaarden dat de leasegever in geval van wanprestatie van de leasener de overeenkomst slechts – voor wat betreft het gebruik – behoeft te ontbinden teneinde weer vrijelijk en volledig over de zaak te kunnen beschikken. Met Van Hees zouden wij willen aannemen dat deze gedachtengang niet in de weg staat aan het aannemen van een verplichting tot voordeelsafdracht¹⁹¹. In geval van een sale and lease back-overeenkomst verkrijgt de leasegever inderdaad de (volledige) eigendom van het leaseobject. Het feit dat de leasegever eigenaar wordt van het leaseobject, betekent dat crediteuren van de leasegever zich op de eigendom van het leaseobject kunnen verhalen, indien de leasegever jegens hen in gebreke blijft¹⁹². De verplichting tot een afdracht van het voordeel in geval van ontbinding van de leaseovereenkomst, is een verplichting van obligatoire aard die voortvloeit uit het fiduciaire karakter van de rechtsverhouding.

187 Zie bijvoorbeeld Schoordijk, WPNR 5149 (1971); Mezas, Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht, diss. Nijmegen, Deventer 1985, blz. 16; R.D. Vriesendorp, Het eigendomsvoorbehoud, Serie Recht en Praktijk, nr. 41, Deventer 1985, blz. 68/69.

188 Vgl. Vegter, WPNR 6190/6191 (1995); Salomons, WPNR 6204 (1995) en WPNR 6237 (1996); Kortmann/Van Hees, NJB 27 (1995), blz. 991 t/m 996; T.H.D. Struycken, WPNR 6215 (1996) en WPNR 6237 (1996).

189 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, nt. WMK, AA 1995, 872, nt. R.D. Vriesendorp (Keerweer q.q./Sogelease B.V.).

190 Zie onder meer Kortmann en Van Hees, WPNR 6187 (1995), blz. 455 t/m 457; Kortmann en Van Hees, NJB 27 (1995), blz. 991 t/m 996; Van Lokven, NJB 26 (1995), blz. 965 t/m 966; Mincke, NTBR 8 (1995), blz. 175 t/m 179; Rank-Berenschot, NTBR 8 (1995), blz. 207 t/m 211; Salomons, TvI 1995/4, blz. 81 t/m 90; Vegter, WPNR 6190 (1995), blz. 534 t/m 536 en WPNR 6191 (1995), blz. 555 t/m 557; Rongen, in: Vertrouwd met de Trust, Serie Onderneming en Recht, deel 5, Deventer 1996, blz. 263 t/m 301; T.H.D. Struycken, in: Op Recht (Struyckenbundel), Zwolle 1996, blz. 337 t/m 356, alsmede J.J. van Hees, diss., blz. 65 e.v.

191 Zie J.J. van Hees, diss., blz. 184 e.v.

192 Indien de lease back-transactie is opgezet als een overdracht onder opschortende voorwaarde, zal de crediteur zich slechts op een eigendom onder ontbindende voorwaarde kunnen verhalen.

Deze verplichting staat niet eraan in de weg dat de leasegever in geval van ontbinding in beginsel weer vrijelijk en volledig over het leaseobject kan beschikken. Een verplichting tot voordeelafdracht zouden wij willen aannemen bij iedere financial leaseovereenkomst ongeacht of partijen een dergelijke afdracht al dan niet uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Dit neemt echter niet weg dat partijen in beginsel de mogelijkheid hebben een dergelijke afdracht uit te sluiten. Indien partijen overeenkomen dat de leasegever in geval van ontbinding van de overeenkomst niet gehouden is een eventueel voordeel aan de leasener af te dragen, kan dit worden beschouwd als een boetebeding in de zin van artikel 6:91¹⁹³. Indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist kan de rechter een dergelijke boete matigen (vgl. artikel 3:94). Partijen dienen overigens te bedenken dat hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is, in beginsel in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet (artikel 6:92 lid 2). Een leasegever die naast een boetebeding zijn aanspraken op schadevergoeding wenst te behouden, zal dit moeten overeenkomen. De bepaling van artikel 6:92 lid 2 bevat regeland recht. Indien het beding dat de verplichting tot voordeelafdracht uitsluit, kan worden aangemerkt als een algemene voorwaarde in de zin van artikel 6:231, is het onder omstandigheden mogelijk dat dit vernietigbaar is op de grond dat het onredelijk bezwarend is voor de leasener (vgl. artikel 6:233 onder a).

Voorrecht en bodemrecht van de fiscus

De fiscus is een van de belangrijkste "vijanden" van leasegevers, indien de leasener in financiële moeilijkheden geraakt. Dit "vijand-beeld" is een gevolg van het voorrecht en het bodemrecht dat de artikelen 21 en 22 Invorderingswet 1990 aan de fiscus toekennen. Volgens artikel 21, eerste lid en tweede lid, eerste volzin, IW 1990 heeft de fiscus een voorrecht op alle goederen van de belastingschuldige. Dit voorrecht gaat boven alle andere voorrechten met uitzondering van die van de artikelen 3:287 en 3:288 onder a, alsmede die van artikel 3:284 voor zover de kosten zijn gemaakt na dagtekening van het aanslagbiljet. In de praktijk is de positie van de fiscus minder sterk dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken. Vooral het feit dat de meeste activa van de gefailleerde niet voor vrij verhaal

vatbaar zijn ten gevolge van eigendomsvoorbehoud of de vestiging van bepaalde zekerheidsrechten, is hieraan debet. In beginsel heeft de fiscus op deze activa geen verhaal, omdat zij niet tot het vermogen van de schuldenaar behoren (eigendomsvoorbehoud) of omdat derden zich als separatist op deze activa kunnen verhalen (pandhouders). Artikel 22 IW 1990 komt echter de fiscus tegemoet door aan de Ontvanger een *verhaalsrecht* op zogenaamde bodemzaken toe te kennen. Uit artikel 22 lid 3 IW 1990 kan worden afgeleid wat onder bodemzaken moet worden verstaan. Voor de leasepraktijk vormen de in dit artikel genoemde roerende zaken die "tot stoffering" dienen, de belangrijkste categorie. Men moet hierbij denken aan alle roerende zaken die strekken tot een enigszins duurzaam gebruik van huizen, fabrieken of kantoorgebouwen overeenkomstig hun bestemming. Men kan het ook korter uitdrukken: bodemzaken zijn roerende zaken die tot de *inventaris* behoren. Onder bodemzaken vallen derhalve niet de voorraden. De fiscus heeft in beginsel een verhaalsrecht op de bodemzaken, *ongeacht of deze al dan geen eigendom van de schuldenaar zijn*. Voordat de Invorderingswet 1990 werd ingevoerd, gold het bodemrecht voor alle rijksbelastingen. Na de invoering is de toepassingsmogelijkheid beperkt; het bodemrecht kan door de fiscus nog voor de volgende belastingen en heffingen worden ingeroepen:

- De naheffingsaanslagen, de uitnodigingen tot betaling en de met een belastingaanslag gelijk gestelde beschikkingen genoemd in artikel 22 lid 3 IW 1990;
- de naheffingsaanslagen premieheffing volksverzekering voor de aan loonbelasting onderworpen premieheffingen (artikel 16 Wet Financiering Volksverzekeringen).

De Ontvanger die zijn bodemrecht wil uitoefenen, dient beslag te leggen op de bodemzaken. Dit zogenaamde bodembeslag is een gewoon beslag op roerende zaken (niet zijnde registergoederen).

Zoals uit het voorgaande blijkt, kan de Ontvanger ook beslag leggen op bodemzaken die door de leasener zijn geleast. Op grond van artikel 33 lid 2 Fw vervallen gelegde beslagen in geval van faillissement van de leasener. Dit geldt echter alleen voor zover deze beslagen zijn gelegd op zaken die tot het vermogen van de leasener behoren. De geleaste zaken zijn eigendom van de leasegever, zodat het door de Ontvanger gelegde bodembeslag op de bodemzaken blijft liggen. De Ontvanger pleegt echter niet tot uitwinning van de bodemzaken over te gaan, indien deze eigendom van derden zijn en er sprake is van een *reële eigendom*. Deze gedragslijn is

193 Vgl. J.J. van Hees, diss., blz. 186-187. De hier behandelde problematiek moet worden onderscheiden van het hiervoor (blz. 92) besproken beding op grond waarvan de leasener gehouden is na ontbinding leasetermijnen door te betalen.

gebaseerd op de Leidraad Invordering 1990¹⁹⁴. De in de Leidraad neergelegde beleidsregels dienen te worden aangemerkt als recht in de zin van artikel 99 lid 1, onder 2, RO¹⁹⁵. De rechter is niet verplicht deze regels ambtshalve toe te passen¹⁹⁶, maar de leasegever kan tegenover de Ontvanger wel een beroep op deze regels doen. Of het beroep van de leasegever succes heeft, hangt af van de vraag of zijn eigendom al dan niet reëel is. Daarbij is van doorslaggevende betekenis wie in overwegende mate het economisch risico met betrekking tot de geleaste zaken draagt. In geval van operationale lease wordt het eigendomsrecht van de leasegever doorgaans als reële eigendom aangemerkt, terwijl in geval van financiële lease het eigendomsrecht van de leasegever doorgaans niet wordt ontzien¹⁹⁷.

Tot voor kort lijkt weinig aandacht te zijn besteed aan een andere beleidsregel die in de Leidraad is neergelegd. Uit artikel 21, § 1, onder 7a, en artikel 22, § 4, onder 2, van de Leidraad volgt met zoveel woorden dat de Ontvanger zich in beginsel eerst dient te verhalen op zaken van de belastingschuldige. Deze beleidsregel heeft tot gevolg dat de Ontvanger zich eerst op het vrije actief dient te verhalen. Indien en voor zover de leasener over voldoende vrije activa beschikt, zal de Ontvanger zich moeten onthouden van uitwinning van de bodemzaken¹⁹⁸.

In de literatuur is de vraag gesteld of het bodemrecht van de fiscus ook geldt voor fiscale boedelschulden¹⁹⁹. Wij zouden deze vraag bevestigend willen beantwoorden. Indien de Ontvanger reeds vóór het faillissement beslag heeft gelegd op bodemzaken van de leasener, blijft dit ook na faillissement liggen. De zaken behouden hun karakter van bodemzaken. Indien het financiële lease betreft zal de Ontvanger zich voor de hiervoor genoemde belastingen en heffingen op deze zaken kunnen verhalen²⁰⁰.

194 Resolutie van 25 juni 1990, nr. AFZ 90/1190, van de Staatssecretaris van Financiën. Zie in het bijzonder artikel 22, § 5, lid 2 van de Leidraad.

195 HR 8 november 1991, NJ 1992, 31.

196 HR 28 maart 1990, NJ 1991, 118.

197 Zie ook onze beschouwingen hiervoor naar aanleiding van de zogenaamde "Lease-regeling" (blz. 9 e.v.).

198 Aldus Hof Arnhem 19 augustus 1997, JOR 1997/121, nt. A. van Hees; en in dezelfde zin in eerste aanleg Rb. Arnhem 7 november 1996, JOR 1997/10, nt. S.C.J.J. Kortmann.

199 Zie A. van Hees, TvI 1995, nr. 3, blz. 48-52.

200 De situatie ligt anders indien het verpande bodemzaken betreft. In geval van faillissement vervallen gelegde beslagen op deze zaken. De Ontvanger heeft echter wel een voorrecht. Dit gaat ingevolge artikel 21, tweede lid, tweede en derde volzin, voor het pandrecht op bodemzaken. Voor wat betreft fiscale boedelschulden

Het wetsvoorstel Bijzonder Verhaalsrecht²⁰¹ bevat onder meer een herziening van het bodemrecht en het bodemvoorrecht. Met betrekking tot de leasepraktijk lijken de volgende punten van belang:

- het nieuwe bodemrecht kan worden uitgeoefend voor limitatief opgesomde belastingen die op aangifte worden voldaan of afgedragen. Men denke aan (in te houden) loonbelasting, omzetbelasting en vennootschapsbelasting;
- overeenkomstig het huidige beleid wordt reële eigendom van derden ontzien. De fiscus kan zich slechts verhalen op tot zekerheid strekkende rechten van derden (bezitloos pandrecht en eigendomsvoorbehoud);
- deze tot zekerheid strekkende rechten van derden moeten zijn *bedongen*; het eigendomsrecht van de financiële leasegever voldoet aan dit criterium;
- vliegtuigen en schepen zijn in beginsel uitgezonderd;
- de omschrijving "bodemzaken" wordt gewijzigd in "roerende zaken die niet registergoederen zijn en bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar".

Deze laatste wijziging betekent een belangrijke uitbreiding van het bodemrecht van de fiscus doordat, anders dan nu, ook het zogenaamde "rollend materiaal" tot de categorie bodemzaken behoort.

De afkoelingsperiode

Gelijktijdig met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 is in de Faillissementswet de zogenaamde afkoelingsperiode opgenomen. De regeling van de afkoelingsperiode is neergelegd in een tweetal, grotendeels gelijklopende, artikelen: artikel 63a Fw voor het faillissement en artikel 241a Fw voor de surséance van betaling. De regeling komt erop neer dat derden gedurende maximaal één maand, te verlengen met ten hoogste één maand, de bevoegdheid kan worden ontzegd zich te verhalen op tot de boedel behorende goederen of goederen die zich in de macht van de curator bevinden op te eisen. Uit de (summiere) toelichting van de wetgever op deze nieuwe figuur blijkt dat deze de strekking heeft de curator de gelegenheid te geven zich een oordeel te vormen over de gerechtvaardigheid van de aanspraken van derden. Daarnaast moet de afkoe-

zal de Ontvanger echter beslag moeten leggen op de (al dan niet verpande) bodemzaken, wil hij zich hierop kunnen verhalen.

201 Wetsvoorstel 22 942.

lingsperiode hem de tijd verschaffen om te bepalen in hoeverre het behoud van de goederen voor de boedel wenselijk is. In de Memorie van Toelichting wordt daarbij uitdrukkelijk gerefereerd aan de mogelijkheid van voortzetting of verkoop van de onderneming van de failliet²⁰². De gebrekkige uitwerking van de afkoelingsperiode door de wetgever heeft in de literatuur tot kritiek aanleiding gegeven²⁰³. Desondanks heeft de afkoelingsperiode in de faillissementspraktijk vaste voet aan de grond heeft gekregen. In veel faillissementen wordt, meestal op verzoek van de curator, een afkoelingsperiode ingesteld²⁰⁴.

Het summiere karakter van de wettelijke regeling roept in het bijzonder bij leaseovereenkomsten een aantal vragen op. Zo zwijgt de wet over de vraag of de curator gehouden is de leasegever een vergoeding te betalen indien hij het gebruik van het leaseobject voortzet tijdens de afkoelingsperiode. Een grondslag voor een dergelijke vergoedingsplicht zou gelegen moeten zijn buiten de leaseovereenkomst, nu deze ten tijde van het gebruik door de curator tijdens de afkoelingsperiode reeds geëindigd zal zijn. Voor zover de leaseovereenkomst bepalingen over een verschuldigde gebruiksvergoeding bevat, moet worden aangenomen dat de curator daaraan niet is gebonden zo lang deze niet heeft verklaard dat hij de overeenkomst gestand wil doen²⁰⁵. Het is de vraag of de redelijkheid en billijkheid, zoals in de literatuur wel is bepleit²⁰⁶, een grondslag voor het aannemen van een vergoedingsplicht kunnen bieden. De afkoelingsperiode vormt de neerslag van een belangenafweging door de wetgever. De uitdrukkelijke keuze van de wetgever om de belangen van derden ondergeschikt te maken aan de belangen van de boedel, verdraagt zich slecht met een verplichting voor de boedel om de leasegever een vergoeding voor het gebruik te betalen²⁰⁷. De wet biedt wel ruimte voor een belangenafweging door de rechter afhankelijk

van de concrete omstandigheden, doordat aan de rechtbank of de rechter-commissaris machtiging kan worden gevraagd om de bevoegdheid tot het verkrijgen van afgifte van het leaseobject uit te oefenen in weerwil van een ingestelde afkoelingsperiode. Een leasegever die meent door de afkoelingsperiode onevenredig te worden benadeeld, kan op deze wijze afgifte trachten te bewerkstelligen. Voorts moet ons inziens worden aangenomen dat op dezelfde voet kan worden bewerkstelligd dat de curator de verplichting wordt opgelegd om een vergoeding te betalen.

Een andere vraag die samenhangt met het specifieke karakter van leaseovereenkomsten heeft betrekking op de mogelijkheid dat het leaseobject voor de leasegever verloren gaat als gevolg van aanspraken van derden. Dit doet zich in het bijzonder voor bij leaseovereenkomsten met betrekking tot bodemzaken als bedoeld in artikel 22 lid 3 van de Invorderingswet 1990²⁰⁸. Niet denkbeeldig is dat de Ontvanger tijdens de afkoelingsperiode overgaat tot beslaglegging. Bij een financial leaseovereenkomst heeft dit tot resultaat dat de Ontvanger zich, indien aan de overige voorwaarden van artikel 22 Invorderingswet 1990 is voldaan, ten koste van de leasegever op het leaseobject kan verhalen. Ook ten aanzien van dit gevolg is de vraag gesteld of dit wel valt te rijmen met het feit dat de leasegever louter als gevolg van de afkoelingsperiode niet in staat is geweest het leaseobject van de bodem van de failliet te verwijderen²⁰⁹. Bij gebreke van een uitdrukkelijke wettelijke regeling zal ons inziens moeten worden aangenomen dat een beslag tijdens de afkoelingsperiode er toe leidt dat de Ontvanger zijn verhaalsrecht kan uitoefenen²¹⁰.

202 Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet (wetswijzigingen)*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, Zwolle 1995, blz. 203.

203 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, in: *Financiering en aansprakelijkheid*, Serie Onderneming en Recht, deel 1, Zwolle 1994, blz. 149 t/m 161 en M.J. van der Aa, *TvI* 1995/4, blz. 81.

204 Zie voor een beschrijving van deze praktijk: M.J. van der Aa, *Advocatenblad* 1994, blz. 107 t/m 109 en *TvI* 1995/4, blz. 72 t/m 81.

205 Artikel 37 Fw.

206 Zie Kortmann, t.a.p. blz. 153. Zie ook Van der Aa, *TvI* 1995/4, blz. 76/77 en A. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer 1995, blz. 115 e.v.

207 Zie J.J. van Hees, diss., blz. 179-180. Zie ook A. van Hees, *Praktijkboek curatoren*, deel A.6, blz. 7.

208 Daarnaast kan worden gedacht aan derden als bedoeld in artikel 3:284 (derden met een vordering tot vergoeding van kosten van behoud) en artikel 3:290 (de retentor).

209 Zie Kortmann, t.a.p., blz. 159-160 en Van der Aa, *TvI* 1995/4, blz. 80.

210 Aldus ook J.J. van Hees, diss., blz. 181-182 en A. van Hees, t.a.p.

V ENKELE IPR-ASPECTEN

Mr. J.J. van Hees

Toepasselijk recht bij cross-border leasing

De toenemende internationalisering van de leasepraktijk heeft tot gevolg dat vragen van internationaal privaatrechtelijke aard steeds belangrijker worden. Met betrekking tot de verbintenrechtelijke aspecten van internationale leaseovereenkomsten geldt dat naar Nederlands internationaal privaatrecht de vrijheid van rechtskeuze voor partijen voorop staat. Uit artikel 3 lid 1 van het EVO-verdrag²¹¹ volgt dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Voorts laat deze bepaling de mogelijkheid open om voor de verschillende onderdelen van een overeenkomst een ander rechtstelsel van toepassing te verklaren. Van deze mogelijkheid wordt in cross-border transacties veelvuldig gebruik gemaakt. De eigenlijke leaseverhouding tussen de buitenlandse leasegever en de Nederlandse leasenemer wordt veelal beheerst door Nederlands recht, terwijl de andere elementen van de transactie, zoals geldleningen, trustverhoudingen e.d., zijn onderworpen aan een buitenlands rechtstelsel²¹². Voor het geval een rechtskeuze ontbreekt, bevat het EVO-verdrag in de artikelen 4 e.v. een aantal verwijzingsregels aan de hand waarvan het toepasselijke recht dient te worden vastgesteld. Bij gebreke van een rechtskeuze is volgens het eerste lid van artikel 4 EVO het recht van toepassing van het land waarmee de overeenkomst het nauwst is verbonden. Alhoewel de leden twee tot en met vier van artikel 4 EVO een aantal vermoedens bevatten aan de hand waarvan het criterium van het eerste lid dient te worden ingevuld, wordt het in de leasepraktijk niet onderscheidend genoeg geacht. Cross-border leaseovereenkomsten plegen daarom altijd een uitdrukkelijke rechtskeuze te bevatten.

211 Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome, 19 juni 1980, PB EG 23 (1980) L 266, blz. 1, Trb. 1980, 156, voor Nederland in werking getreden op 1 september 1991.

212 In de huidige cross-border leasepraktijk betreft dit veelal het recht van de staat New York of Engels recht.

Het EVO-verdrag is in beginsel niet van toepassing op de goederenrechtelijke aspecten van een leasetransactie²¹³. Naar Nederlands internationaal privaatrecht dient de geldigheid van beschikkingshandelingen te worden beoordeeld naar het recht van het land waar het goed zich ten tijde van de beschikkingshandeling bevindt. Deze regel wordt afgeleid uit artikel 7 van de Wet Algemene Bepalingen:

"Ten opzichte van onroerende goederen, geldt de wet van het land of der plaats alwaar die goederen gelegen zijn."

Alhoewel dit artikel is geschreven voor onroerende zaken, wordt de hierin gegeven regel eveneens van toepassing geacht op roerende zaken²¹⁴. Voor de leasepraktijk heeft dit tot gevolg dat voor bijvoorbeeld de overdracht van het leaseobject en het verstrekken van pandrechten daarop, de voorschriften van afdeling 3.4.2 respectievelijk 3.9.2 in acht dienen te worden genomen indien het leaseobject zich ten tijde van de overdracht respectievelijk de bezwaring in Nederland bevindt²¹⁵. Dat betekent tevens dat het verbod van overdracht tot zekerheid, opgenomen in artikel 3:84 lid 3, van toepassing is, zelfs indien het op de leaseovereenkomst van toepassing zijnde recht een dergelijke overdracht wél toestaat²¹⁶. Het is met name dit voorschrift dat door de leasepraktijk als uiterst bezwarend wordt beschouwd en dat een ernstige belemmering vormt voor de totstandkoming van internationale transacties. In de internationale financieringspraktijk is het gebruik dat de kredietverlener verlangt dat de door hem gefinancierde objecten aan hem worden overgedragen. Alhoewel met recht kan worden verdedigd dat de vestiging van een pandrecht een vergelijkbare zekerheid aan een kredietgever verschaft als een eigendomsoverdracht tot zekerheid, blijkt in de prak-

213 Na het recente arrest van de Hoge Raad in de zaak Brandsma q.q./Hansa Chemie AG (HR 16 mei 1997, RvdW 1997, 126) kan een uitzondering op dit uitgangspunt worden aangenomen voor zover het goederenrechtelijke handelingen met betrekking tot vorderingsrechten betreft.

214 Zie L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, par. 156 e.v.; A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, Verstreking van zekerheden aan internationale syndicaten, NIBE-Bankjuridische reeks deel 31, blz. 46 e.v.; M.V. Polak, Zekerheidsrechten in het internationaal handelsverkeer, WPNR 6019 (1991), blz. 637 t/m 643. Ten aanzien van andere registergoederen dan onroerende zaken, zoals vliegtuigen en schepen, is het land van registratie bepalend. Zie A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, t.a.p. blz. 47.

215 Zie voor verdere aspecten die door de *lex rei sitae* worden bepaald: A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, t.a.p., blz. 53/54.

216 Zie A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, t.a.p. blz. 46.

tijk een grote mate van overtuigingskracht nodig om een, bijvoorbeeld Amerikaanse, financier te bewegen met een pandrecht op het leaseobject in plaats van met een overdracht daarvan genoeg te nemen. De beperkte uitleg die de Hoge Raad in het Sogelease-arrest²¹⁷ aan artikel 3:84 lid 3 heeft gegeven, neemt dit bezwaar niet weg. De Hoge Raad maakt in het arrest een voorbehoud voor gevallen waarin moet worden aangenomen dat partijen het oogmerk hebben gehad tot ontduiking van artikel 3:84 lid 3. Als gevolg van de onduidelijkheid over de reikwijdte van dit voorbehoud wordt de eigendomsoverdracht in de internationale financieringspraktijk niet als een volwaardige zekerheid gezien zodat aanvullende, en ingewikkelde, zekerheidsconstructies noodzakelijk zijn²¹⁸. Het lijkt geen twijfel dat artikel 3:84 lid 3 afbreuk doet aan de positie van Nederland bij internationale financieringstransacties. Naar onze mening wordt de economische schade die daarvan het gevolg is niet gerechtvaardigd door de dogmatische overwegingen die aan de invoering van deze bepaling ten grondslag hebben gelegen²¹⁹.

De twee-momentenleer

De *lex rei sitae* is niet alleen bepalend voor de geldigheid van beschikkingshandelingen met betrekking tot een zaak, maar ook voor de vaststelling van de inhoud van de als gevolg van deze handelingen ontstane rechten. Deze vaststelling zal met name van belang zijn op het moment waarop de leasener zijn verplichtingen niet nakomt of in staat van insolventie geraakt. Indien het leaseobject in de tussentijd naar een ander land is verplaatst, heeft dit tot gevolg dat de inhoud van het (zekerheids-)recht van de leasegever aan de hand van een ander rechtstelsel dient te worden beoordeeld dan de geldigheid van de beschikkingshandeling²²⁰. Dit stelsel wordt

wel aangeduid met de "twee-momentenleer", nu de goederenrechtelijke positie van een partij op twee verschillende tijdstippen wordt beoordeeld.

Voor onroerende zaken levert deze leer geen bijzondere problemen op. Onroerende zaken²²¹ zullen op beide momenten aan hetzelfde rechtstelsel onderworpen zijn. Roerende zaken daarentegen kunnen eenvoudig worden verplaatst, zodat bij deze zaken een grotere kans bestaat dat verschillende rechtstelsels moeten worden toegepast. Zonodig zal daarbij inpassing van een krachtens het ene stelsel verkregen recht in het andere stelsel plaats moeten vinden. Indien een zaak bijvoorbeeld naar buitenlands recht geldig tot zekerheid is overgedragen, zal de uitwinning van de zaak in Nederland in beginsel met inachtneming van de vereisten voor de uitwinning van een pandrecht plaats moeten vinden²²².

Alhoewel de twee-momentenleer aldus heldere en voor de hand liggende verwijzingsregels voor goederenrechtelijke verhoudingen biedt, zijn de uitkomsten daarvan niet altijd bevredigend. Dat geldt met name indien zaken zich slechts tijdelijk dan wel min of meer toevallig in een bepaald land bevinden, terwijl bij voorbaat vaststaat dat de uitoefening van eventuele aanspraken in een ander land plaats zal vinden. Neem bijvoorbeeld het geval dat een Nederlands transportbedrijf zijn wagenpark in het kader van een financial sale and lease back transactie overdraagt aan een leasegever of ten behoeve van deze leasegever een pandrecht op de vrachtauto's vestigt. Naar Nederlands internationaal privaatrecht is de *lex rei sitae* bepalend voor de geldigheid van de overdracht respectievelijk de vestiging van het pandrecht. Indien de vrachtauto's zich ten tijde van het sluiten van de leaseovereenkomst in het buitenland bevinden, zijn er twee mogelijkheden voor de leasegever om zich ervan te verzekeren dat hij een geldig zekerheidsrecht verkrijgt. Ofwel zullen de vereisten van het recht van het land waar iedere vrachtauto zich bevindt voor die auto in acht moeten worden genomen, ofwel zal afgewacht moeten worden totdat een auto zich (weer) in Nederland

217 HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119, nt. WMK, AA 1995, blz. 872 t/m 879, nt. R.D. Vriesendorp.

218 Zie hierover R.M. Hermans, elders in dit preadvies alsmede, voor een uitvoerige bespreking van het Sogelease-arrest en het daarin opgenomen voorbehoud: J.J. van Hees, diss. blz. 65 e.v., met verdere literatuurverwijzingen.

219 In WPNR 6119 (1994), blz. 18 t/m 23, heeft S.C.J.J. Kortmann aan de hand van de wetgeschiedenis van artikel 3:84 lid 3 reeds aangetoond dat de opvattingen van de wetgever ingrijpend zijn gewijzigd tijdens de totstandkoming van deze bepaling. Een overtuigende, consequente, gedachtengang kan hieruit bepaald niet worden afgeleid.

220 Zie L. Strikwerda, t.a.p. par. 161 en A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, t.a.p. blz. 66.

221 En andere registergoederen, zie A.I.M. van Mierlo en M.V. Polak, t.a.p. blz. 47.

222 Zie voor een toepassing van dit beginsel: Hof Den Haag 28 april 1978, NJ 1981, 16. Onder het oude BW gold eveneens dat een zekerheidseigenaar naar Nederlands recht bij de uitwinning de voorschriften met betrekking tot uitwinning van een pandrecht in acht diende te nemen. Zie bijvoorbeeld HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470, nt. PS (Hazerswoudse Bank/Los), HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433, nt. PHANH (Van Wessem/Traffic), HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91, nt. WMK (Van Gend & Loos) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368, nt. HJS (INB/Klützw q.q.).

bevindt zodat op dat moment het Nederlands recht van toepassing is en dan de overdracht c.q. vestiging kan plaatsvinden. Indien deze beperkingen niet in het oog worden gehouden, loopt de leasegever het risico dat de leasener of, in faillissement, diens curator zich op de ongeldigheid van het zekerheidsrecht beroept. Dat risico bestaat niet alleen met betrekking tot roerende zaken die in de transportbranche worden gebruikt, zoals vrachtauto's, spoorwegwagons, containers etc. Ook is denkbaar dat door een leasener een machine wordt geleast die door hem bij een buitenlandse leverancier is besteld. Indien de levering van de machine aan de leasener eveneens in het buitenland plaatsvindt ("af fabriek"), is de geldigheid van de overdracht of de verpanding aan de leasegever, die veelal bij voorbaat zal hebben plaatsgevonden, eveneens afhankelijk van het recht van het desbetreffende land. In al deze gevallen is het bepaald onbevredigend dat de leasegever op het moment dat hij zijn aanspraken jegens de Nederlandse leasener geldend wenst te maken, kan worden geconfronteerd met het verweer dat zijn recht niet is verkregen met inachtneming van de vereisten van het land waar het leaseobject zich bevond²²³.

Een onverkorte toepassing van de twee-momentenleer is in dit soort gevallen niet gewenst. Het feit dat het leaseobject zich ten tijde van de beschikkingshandeling in het buitenland bevond, vormt geen rechtvaardiging voor een eventuele ontzegging of beperking van de aanspraken van de leasegever jegens de Nederlandse leasener indien aan de eisen van het Nederlandse recht is voldaan. Aan dit ongewenste gevolg kan worden ontkomen door te aanvaarden dat het partijen naar Nederlands internationaal privaatrecht vrij staat om, voor beschikkingshandelingen met betrekking tot roerende zaken die zich ten tijde van de handeling in het buitenland bevinden, een keuze te maken voor de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Indien deze keuze wordt gemaakt, zal de geldigheid van de handeling moe-

ten worden beoordeeld naar Nederlands recht. Bij gebreke van een dergelijke keuze dient de *lex rei sitae* te worden toegepast. Als bezwaar tegen deze benadering kan worden aangevoerd dat een buitenlandse rechter zich wellicht niet gebonden acht aan de keuze van partijen voor het Nederlandse recht. Dit bezwaar weegt ons inziens echter niet op tegen het risico dat partijen zich de toepasselijkheid van de *lex rei sitae* niet gerealiseerd hebben zodat in het geheel geen geldig zekerheidsrecht tot stand is gekomen, of tegen de praktische bezwaren die kunnen ontstaan omdat het moment moet worden afgewacht waarop de zaken zich weer in Nederland bevinden. Voorts staat niets eraan in de weg dat partijen naast de vereisten van het Nederlands recht, tevens de vereisten van de *lex rei sitae* in acht nemen.

Een eventuele keuze voor het Nederlandse recht behoeft niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Afhankelijk van de omstandigheden kan deze bedoeling ook uit de overeenkomst tussen partijen worden afgeleid. Indien partijen bijvoorbeeld pandaktes hebben opgemaakt en deze hebben laten registreren bij de Inspectie der Registratie en Successie²²⁴, ligt het voor de hand om aan te nemen dat partijen hebben bedoeld een pandrecht naar Nederlands recht te vestigen.

De hier bepleite keuzevrijheid van partijen sluit aan bij de door de Hoge Raad recentelijk in het Hansa-arrest²²⁵ reeds gesignaleerde tendens in het internationaal privaatrecht. Het feit dat deze keuzevrijheid in toenemende mate wordt aanvaard, werd door de Hoge Raad uitdrukkelijk mede ten grondslag gelegd aan zijn beslissing omtrent de vrijheid van partijen ten aanzien van de keuze voor het op een internationale cessie toepasselijke recht²²⁶.

223 Voor "zaken op transport" bevatten de eenvormige Beneluxwet betreffende het internationaal privaatrecht (Brussel, 3 juli 1969, Trb. 1969, 167) en het Haags Verdrag betreffende het toepasselijke recht op eigendomsoverdracht bij internationale koop van roerende goederen van 15 april 1958 (beide niet in werking getreden) een voorziening. In de eerste regeling werd het recht van het land van bestemming van toepassing verklaard (artikel 12), in de tweede dat van het land van verzending (artikel 6). Naar verluid zal het advies van de Staatscommissie voor het internationaal privaatrecht een voorstel bevatten, inhoudende dat partijen bij een overdracht onder eigendomsvoorbehoud kunnen overeenkomen dat daarop het recht van het land van bestemming van toepassing is.

224 Vergelijk artikel 3:237 BW.

225 Brandsma q.q./Hansa Chemie AG (HR 16 mei 1997, RvdW 1997, 126).

226 Zie r.o. 3.5.

TOT BESLUIT

Wij kozen voor de bespreking van enige vermogensrechtelijke aspecten van leasing. Desalniettemin is het preadvies omvangrijker geworden dan wij hadden beoogd. De inhoud van dit boekje maakt duidelijk waarom: wie zich in leasing verdiept, stuit op vele juridische vragen. Deels zijn deze klassiek, zoals die betreffende natrekking en roerend of onroerend. Deels zijn zij nieuw doordat nieuwe wetgeving in de maak is (bijvoorbeeld die betreffende huurkoop en huur bedrijfsruimte). Voorts vergen nieuwe ontwikkelingen in de leasepraktijk aandacht van de jurist. De cross-border leases vormen een aansprekend voorbeeld. De juridische mogelijkheden en de i.p.r.-aspecten van deze relatief jonge leasefiguur verdienen nadere bestudering.

Op verschillende plaatsen hebben wij aanpassing van aanhangige wetsvoorstellen (huurkoop onroerende zaken, huur en verhuur van bedrijfsruimte), van bestaande wetgeving (huurkoop roerende zaken) of nieuwe wetgeving (eigendom leiding- en kabelnetten) aanbevolen. Wij zijn ons ervan bewust dat over veel kwesties door ons niet het laatste woord is gezegd. Dat was ook niet onze bedoeling. Wel hopen wij met dit preadvies de gedachtenwisseling over vermogensrechtelijke aspecten van leasing te bevorderen, in het bijzonder binnen de kring van de leden van de Vereniging voor Burgerlijk Recht.

REEDS VERSCHENEN PREADVIEZEN

Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Deze preadviezen zijn tot dusver verschenen:

1. **Burgerlijk recht en grondrechten**
door prof.mr J.L.M. Elders en mr M.B.W. Biesheuvel
ISBN 90 6040 784 9
2. **Produktaansprakelijkheid**
door prof.mr J.H. Nieuwenhuis en mr J.M. Barendrecht
ISBN 90 6040 833 0
3. **Kredietverlening naar huidig en komend recht**
door prof.mr F.H.J. Mijnsen, prof.mr P.A. Stein en mr C.J.B. Ebeling
ISBN 90 6040 879 9
4. **Echtscheidingsconvenant en boedelscheiding**
door prof.mr E.A.A. Luijten en mr J.A.M.P. Keijser
ISBN 90 6040 909 4 (niet meer leverbaar)
5. **De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid**
door prof.mr R. van den Bergh, dr. M. Faure LL.M., mr T. Hartlief
en mr R.P.J.L. Tjittes
ISBN 90 6040 942 6
6. **Capita overgangsrecht NBW**
door mr R.S. Meijer, mr A.I.M. van Mierlo, prof.mr M.V. Polak,
prof.mr J. Spier, mr C.H.W.M. Sterk en mr A.J. Tekstra
ISBN 90 6040 979 5
7. **Contractsdwang/De global note en de nemo plusregel**
door mr P. Klik LL.M. en mr P. Kuipers
ISBN 90 5458 026 7
8. **Naar een Europees burgerlijk recht/Europees privaatrecht - Een bonte lappendeken**
door prof.mr E.H. Hondius en mr L.A.D. Keus
ISBN 90 5458 086 0