

De goederenrechtelijke kwalificatie van de financial lease en de gevolgen hiervan voor de curator bij het intreden van een faillissement.

Student: Maarten Riep

ANR: 867075

Afstudeerrichting: privaatrecht

Scriptiebegeleider: dhr. mr. W.J. van 't Spijker

Datum van afronding: juni 2012

Examencommissie: mr. W.J. van 't Spijker en mr. C.H.M.A. Smid

Universiteit van Tilburg

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	2
1.1.	Onderzoeksvraag	4
2.	Ontstaansgeschiedenis en verschijningsvormen van de lease	6
2.1.	De lease	6
2.2.	Verschijningsvormen van de lease	7
2.2.1.	Operational lease	8
2.2.2.	Financial lease	8
2.2.3.	Leveraged lease en sublease.....	12
3.	De financial lease vanuit juridisch perspectief.....	13
3.1.	Kwalificatieproblematiek bij de financial lease	14
3.2.	De financial lease ten opzichte van de huurkoop en eigendom.....	18
3.2.1.	Huurkoop.....	18
3.2.2.	Eigendom.....	23
3.3.	Plaatsbepaling van de financial lease in het goederenrechtelijk stelsel.....	30
4.	De lease en de boedelafwikkeling gedurende een faillissement.....	32
4.1.	Faillietverklaring lessee.....	32
4.1.1.	Faillissementsbeslag	33
4.1.2.	Omvang faillissementsbeslag	34
4.2.	Gevolgen van de faillietverklaring voor financial leaseovereenkomsten.....	35
4.2.1.	Toepassing van artikel 37 Faillissementswet.	36
4.2.2.	Voortbestaan van de financial leaseovereenkomst gedurende faillissement	40
4.3.	Huurkoop als hulpmiddel bij faillietverklaring	44
4.3.1.	Toepassing van artikel 38a Faillissementswet.....	45
4.3.2.	Belastingdienst als boosdoener.....	47
4.4.	Praktische overweging	48
5.	Conclusie en aanbevelingen	50
	Literatuurlijst.....	54
	Lijst van afkortingen	62

1. Inleiding

Veel ondernemers en met name de startende onder hen, zijn op zoek naar geld. Vermogen is noodzakelijk voor de financiering van onroerend goed of kapitaalgoederen¹. Maar ook om de groei en de gezondheid van een onderneming te garanderen. Weinig ondernemers slagen erin daadwerkelijk geld aan te trekken omdat hun onderneming volgens de potentiële kredietverstrekker niet levensvatbaar is of onvoldoende zekerheid biedt. Daarom worden alternatieve financieringsvormen gezocht, anders dan in gelden.

De mogelijke financieringsvormen strekken zich niet alleen uit tot het verstrekken van krediet met ter securering daarvan een vestiging van een beperkt recht, maar bestrijken een breder terrein. De uit de Verenigde Staten overgekomen lease is hiervan een voorbeeld.²

De lease komt als financieringsconstructie in diverse verschijningsvormen voor. De financial, operational en leveraged lease zijn hier voorbeelden van. Deze leaseconstructies worden in overeenkomsten tussen kredietverstrekkers en ondernemers opgenomen. De lease is echter niet in het Burgerlijk Wetboek gecodificeerd.³

Met een financial lease wordt een goed – het geleasede object – door de leasegever (hierna: “lessor”) aan de leasener (hierna: “lessee”) in gebruik gegeven. Als tegenprestatie hiervoor lost de gebruiker van het leaseobject, de lessee, periodiek een bedrag af. De lessee kan aan het einde van het contract door het gebruiken van een koopoptie uit de overeenkomst de juridische eigendom verwerven.

Ondanks dat organisaties veelvuldig gebruik maken van leaseconstructies, is de financial lease juridisch gezien niet zo duidelijk als hij op het eerste gezicht lijkt. Waardeverminderingen komen bijvoorbeeld ten laste van de lessee. Hierdoor loopt de lessee dezelfde risico's als een juridische eigenaar.⁴ Maar ook vertoont de financial gelijkenissen met bijzondere wettelijke regelingen van huur en huurkoop. Daarin ligt de crux van mijn

¹ Kapitaalgoederen worden gebruikt om goederen en diensten mee te produceren. Bijvoorbeeld machines voor het maken van goederen en vrachtauto's voor het leveren van diensten.

² Goederenrecht (Snijders) nr. 196, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

³ Goederenrecht (Snijders) nr. 78, Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a.

⁴ Goederenrecht (Snijders) nr. 197.

onderzoek. Hoe vertaalt de financial lease zich in het goederenrechtelijke systeem en in hoeverre zijn bijzondere wettelijke regelingen van toepassing op deze leasevorm? Wat is de verhouding van de lessee ten opzichte van het leaseobject?

Ter illustratie van de onderhavige problematiek stuitte ik op een vonnis van de Rechtbank Breda in de zaak ING lease/Folietechniek.⁵ In deze uitspraak wordt gediscussieerd over de rechtsgevolgen van een financial leaseovereenkomst en over de vraag aan wie de eigendom van het leaseobject toebehoort.

De rechtbank waagt zich niet aan een kwalificatie betreft de verschijningsvorm van de leaseconstructie.⁶ Wel geeft de rechtbank in rechtsoverweging 3.18 aan dat ‘onvoldoende is gebleken dat gefailleerde nooit het oogmerk heeft gehad de zaak te huren’ op basis van de overeenkomst, om te kunnen spreken van overdracht van eigendom. Hierdoor is volgens de rechtbank juist sprake van huur. Met als gevolg dat de eigendom niet aan de faillissementsboedel, maar aan de kredietverstrekker als verhuurder toekomt. A contrario zou dit kunnen betekenen dat als komt vast te staan – ondanks de overeenkomst – dat partijen simpelweg overdracht beoogden middels lease, sprake kan zijn van eigendomsoverdracht.

De financial leaseovereenkomst bewerkstelligt een bijzondere verdeling van belangen en rechten over partijen. Zo blijkt uit de onderhavige uitspraak dat de economische belangen tot het leaseobject in de sfeer van de lessee liggen.⁷ Deze partij heeft immers het volledige gebruik en risico over het geleasede object. De juridisch eigendom ligt daarentegen bij een ander. Deze verdeling is echter niet gebaseerd op een wettelijke bepaling maar louter op de contractsvrijheid.⁸ Bovendien is het Burgerlijk Wetboek gefundeerd op het principe dat de belangen en rechten over een zaak normaliter bij dezelfde partijen liggen.⁹ Hierdoor ontstaat onduidelijkheid omtrent de rechtsgevolgen van een financial leaseovereenkomst en de goederenrechtelijke kwalificatie daarvan.

⁵ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562; Hoger beroep ingesteld, status: vooralsnog onbekend.

⁶ Anders: Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90.

⁷ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.15.; Hoger beroep ingesteld, status: vooralsnog onbekend.

⁸ Hijma e.a. 2010, p. 14 – 15.

⁹ Zie ook Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-1 2006/468, Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90; in deze uitspraak liggen de belangen en rechten uit de leaseovereenkomst bij dezelfde partij.

Wellicht is dit eveneens de reden dat de rechtbank de lease in zijn uitspraak niet kwalificeert.¹⁰ Anders wordt in de jurisprudentie de financial lease gekwalificeerd waardoor bij de juridische praktijk de schijn wordt gewekt dat de rechterlijke macht een verdeling van belangen en rechten over partijen ondersteunt. Dit is in strijd met het gesloten goederenrechtelijke stelsel, ook wel genaamd het “numerus clausus”.¹¹

Onduidelijk bij het gebruik van de financial lease is daarom wat de goederenrechtelijke gevolgen hiervan zijn. Daarnaast werken diezelfde goederenrechtelijk gevolgen door in een faillissementsprocedure. Op deze twee onderdelen is mijn onderzoeksvraag gebaseerd.

1.1. Onderzoeksvraag

Hoe kwalificeren leaseconstructies en in het bijzonder de financial lease zich in goederenrechtelijke zin en wat zijn de gevolgen hiervan voor een faillissement?

Alvorens nader kan worden ingegaan op de financial lease is een uiteenzetting omtrent de algemene theorie van de lease noodzakelijk. De financial lease is immers een specifieke leasevorm en een afgeleide van de oorspronkelijke lease. Daarom komt eerst de geschiedenis van de lease aan bod. Met de geschiedenis wordt geprobeerd het wezen van de lease te bepalen. Vervolgens wordt de financial lease uiteengezet en aangegeven wat deze variant bijzonder maakt. De financial lease wordt ter kwalificatie een plaats gegeven in het goederenrechtelijk stelsel alvorens de gevolgen van deze leasevorm voor het faillissement besproken wordt. Naast het civiele recht wordt voor wat betreft de rechtspositie van de lessee nog een vergelijking vanuit een fiscaalrechtelijke invalshoek gemaakt. De reden hiervan is dat de juridische literatuur omtrent de lease, de lease privaatrechtelijk tracht te definiëren. Een andere invalshoek schept een neutraal beeld van de lease en draagt bij aan de kwalificatie daarvan. Na een uitvoerige analyse van de lease, wordt ter plaatsbepaling kort ingegaan op de grondslagen van het goederenrechtelijke systeem. Dieper wordt ingegaan op de goederenrechtelijke gevolgen van de financial leaseovereenkomst in het goederenrechtelijk systeem. Met behulp van onderzoek in de literatuur en bestudering van de ontwikkelingen in de jurisprudentie wordt getracht de lease in een juridisch kader te plaatsen. Tot slot wordt

¹⁰ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.16.; Hoger beroep ingesteld, status: vooralsnog onbekend.

¹¹ Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 2 en 3.

bekeken wat de gevolgen van een financial lease als wederkerige overeenkomst zijn in een faillissement. In de conclusie wordt ter afsluiting een antwoord gegeven op de hoofdvraag van dit onderzoek en een aanbeveling gedaan voor wat betreft een wettelijke bepaling.

Dit onderzoek beoogt de rechtspraak meer grip te geven op ondoorzichtige leaseconstructies. In dit onderzoek is sporadisch tekst met een lettergrootte van kleiner formaat opgenomen. Deze tekst bevat achtergrondinformatie dan wel voorbeelden en dient als ondersteuning bij het lezen van de hoofdtekst.

2. Ontstaansgeschiedenis en verschijningsvormen van de lease

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet waar de lease vandaan komt en welke leasevormen voorkomen in de praktijk. Daarnaast wordt de functie van de lease en hetgeen hij beoogt te bewerkstelligen beschreven. De organisatie c.q. kredietverstrekker die het object in lease geeft aan een leasener wordt hierna aangeduid als “lessor”. De onderneming dan wel particulier die het object leaset van de lessor en dus het leaseobject gebruikt, wordt hierna aangeduid als “lessee”.

2.1. De lease

De lease is overgekomen vanuit de Verenigde Staten.¹² Het betreft oorspronkelijk de Engelse/Amerikaanse benaming voor ons huurcontract.¹³ Door de jaren heen heeft de lease zich in Nederland ontwikkeld tot een veel ruimer begrip dan huur. Huur is inderdaad een van de termen waarmee de lease kan worden getypeerd. Maar ook zijn er leasevormen die worden getypeerd als huurkoop of op zichzelf staan zoals de financial lease. Derhalve is in de huidige rechtspraktijk huur niet langer een equivalent van lease. Lease is tegenwoordig een term met zelfstandige betekenis en wordt tevens gebruikt voor andere rechtsfiguren.¹⁴

Over het algemeen wordt met de term “leasing” een duurovereenkomst aangeduid. Bij een leaseovereenkomst verplicht de ene partij, de lessor, zich om de andere partij, de lessee, in staat te stellen tijdens de duur van de overeenkomst gebruik te maken van het object van de leaseovereenkomst, in ruil voor een – veelal geldelijke – tegenprestatie van de lessee.¹⁵

Leaseovereenkomsten zijn derhalve wederkerige overeenkomsten in de zin van artikel 6:261 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”). Op grond van de leaseovereenkomst wordt de lessor verplicht het leaseobject ter beschikking te stellen teneinde recht te krijgen op een geldelijke tegenprestatie. De lessee gaat op zijn beurt akkoord met die tegenprestatie ter verkrijging van het gebruik van dat leaseobject.¹⁶

¹² Goederenrecht (Snijders) nr. 196, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

¹³ Oosterhuis-Smits en Behrendt 1971, p. 5 – 6.

¹⁴ Zie paragraaf 2.2, Zie hoofdstuk 3.

¹⁵ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 8, Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 2.

¹⁶ Olthof 2009, (T&C In), aant. 2 bij art. 6:261 BW, Hijma e.a. 2010, p. 12.

De lease wordt aangewend teneinde een zaak¹⁷ (hierna ook: “leaseobject”) te financieren, waar bij de meeste financieringsvormen juist de klant door middel van krediet in gelden wordt gefinancierd. Derhalve gaat het bij lease niet om het verstrekken van gelden, maar om de investering door de lessor in de aankoop van een specifiek leaseobject ten behoeve van de lessee.¹⁸ Op grond van de leaseovereenkomst is de lessee gerechtigd het leaseobject te gebruiken. Het belang van de lessee is gelegen in het verwerven van *het gebruik* van een zaak.¹⁹

2.2. Verschijningsvormen van de lease

Verschillende vormen van lease doen zich in de praktijk voor. In hoofdlijnen zijn er twee vormen van lease te onderscheiden.²⁰ De eerste lease betreft de situatie waarbij de lessor door een investering de juridische eigendom over een zaak verkrijgt van een derde of de lessee zelf. De lessor leaset deze zaak vervolgens (terug) aan de lessee. De tweede lease betreft die waar de lessor niet de eigendom van het leaseobject verkrijgt, maar louter een pandrecht daarop vestigt. In dat laatste geval blijft de lessee en tevens pandgever de juridische eigenaar van het goed.²¹ Het essentiële verschil tussen deze twee vormen is dat in het eerste geval de juridische eigendom bij de lessor ligt. In plaats van bij de lessee in het tweede geval.

Een voorbeeld van een leaseconstructie uit de tweede categorie is de leaseconstructie met pandrecht. In dat geval komen partijen overeen dat de lessor – in tegenstelling tot de lease zonder pandrecht – het leaseobject aan de lessee overdraagt onder de voorwaarde van het vestigen van een pandrecht. De lessor geeft dus het leaseobject in lease aan de lessee en vestigt tevens een pandrecht op het leaseobject. Let wel, bij deze lease is dus sprake van een overdracht conform art. 3:84 BW aan de lessee.

Op voorhand lijken deze twee categorieën duidelijk en weinig ruimte te bieden voor een andere invulling. Bij nadere beschouwing van de eerste categorie blijkt het tegendeel. De eerste categorie van lease – waar de lessor de juridisch eigendom heeft – is onder te verdelen

¹⁷ Het leaseobject betreft veelal een zaak als in artikel 3:2 van het BW beschreven. Deze zaak kan zowel een onroerende als een roerende zijn. Nu het leaseobject in de praktijk veelal een roerende zaak betreft, beperk ik mijn onderzoek tot de roerende zaken die als leaseobject dienen.

¹⁸ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976, Beek van den Boezem 2010, p. 49 – 50.

¹⁹ Van Hees 1997, Preadvieszen Vereniging voor Burgerlijk Recht, p 2.

²⁰ Goederenrecht (Snijders) nr. 197, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a.

²¹ Beek van den Boezem 2010, p. 49 – 50.

in twee subcategorieën: de operational en financial lease.²² Deze en varianten daarop worden hieronder achtereenvolgens uiteengezet. De tweede categorie lease wordt in het vervolg van dit onderzoek met rust gelaten.

2.2.1. Operational lease

De operational lease wordt algemeen aanvaard als een variant op huur, waarbij de economische risico's en de juridische eigendom bij de lessor liggen.²³ Eventuele mutaties in de waarde van het leaseobject liggen daarom in de sfeer van de lessor.²⁴ Het gebruik/genot van het leaseobject is voor de lessee de belangrijkste beweegreden voor het aangaan van een operational leaseovereenkomst.²⁵ Hierdoor kent de operational lease over het algemeen flexibele beëindigings- en voortzettingmogelijkheden. De lessee heeft immers de bevoegdheid de leaseovereenkomst op te zeggen indien hij het leaseobject niet langer wenst te gebruiken.²⁶

2.2.2. Financial lease

Bij de financial lease neemt de lessee een lessor in de armen om het leaseobject, dat hij bij de leverancier wil aanschaffen, te financieren. De leverancier draagt het leaseobject over aan de lessor. Vervolgens draagt de lessor op zijn beurt het leaseobject over aan de lessee maar behoudt zich op grond van de leaseovereenkomst het juridisch eigendom voor.²⁷ Contractueel behoort de eigendom van het leaseobject dus toe aan de lessor. De feitelijke uitvoering van het contract zorgt ervoor dat het leaseobject onder de macht van de lessee valt. De lessee houdt namelijk het object onder zich en heeft het gebruik daarvan, maar ook de waardemutaties van het object zijn voor zijn rekening en risico.

De financial lease wordt in tegenstelling tot de operational lease gekenmerkt door de mogelijkheid van de lessee bij afloop van de overeenkomst een koopoptie in te roepen. Met het gebruik van de koopoptie kan de lessee de juridische eigendom van het leaseobject

²² Van Hees 1997, Preadvieszen Vereniging voor Burgerlijk Recht, p 6.

²³ Goederenrecht (Snijders) nr. 197, Van Hees 1997, p. 21, Van Velten 1982, p. 109, Giele, WFR 1966, 4789, p. 141, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

²⁴ Zie noot 12.

²⁵ Vgl. Van Velten 1982, p. 107, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

²⁶ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 21.

²⁷ Kortmann, WPNR 1994, 6119, p. 21.

verwerven.²⁸ Het oogmerk van de financial leaseovereenkomst is derhalve aan het einde van de leaseovereenkomst de lessee alsnog het eigendomsrecht over het leaseobject te verschaffen.

De lessor doet een investering in een zaak waarna het gebruik daarvan bij de lessee komt te liggen. Het leaseobject wordt echter niet conform 3:84 BW aan de lessee overgedragen. Derhalve blijft de juridisch eigendom bij de lessor liggen. De aan de lease ten grondslag liggende overeenkomst wordt op die manier opgesteld, dat de lessee voor het gebruik van het leaseobject als tegenprestatie periodiek leasetermijnen²⁹ betaalt. Het totale beloop van de leasetermijnen beoogt aan het einde van de leaseovereenkomst overeen te komen met de voorfinanciering – de gedane investering van de lessor – in het leaseobject.³⁰ Nu met de financial lease reeds bij het aangaan van de leaseovereenkomst eigendomsoverdracht van het leaseobject wordt beoogd, en het totale beloop van de leasetermijnen de investering van de lessor in het leaseobject vertegenwoordigt, lijkt deze leaseconstructie op een verkapte overdracht die zich aan het einde van de leasetermijn pas bloot geeft als de koopoptie wordt ingeroepen.

Doordat de financial lease niet in de wet is gecodificeerd, krijgt deze leaseconstructie vorm door de hierboven beschreven kenmerken in een overeenkomst op te nemen. De financial lease wordt met de volgende voorwaarden overeengekomen:

- Het object van de overeenkomst wordt gevormd door een, specifiek bepaald, leaseobject;
- De lessee heeft gedurende de looptijd van de overeenkomst het gebruik van het leaseobject;
- Activering van het leaseobject vindt plaats op de balans van de lessee;
- Afschrijvingen en onderhoud van het leaseobject is voor rekening en risico van de lessee;

²⁸ Stein 2011, (GS) 3:227 BW, aant. 14.4.

²⁹ De 'leasetermijnen' worden beschouwd als *aflossingen*. De financial leaseovereenkomst beoogt de lessee aan het einde van het leasecontract de eigendom te verschaffen. Daarmee zijn de leasetermijnen periodieke terugbetalingen op de investering van de lessor.

³⁰ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 14 – 16, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

- De overeenkomst wordt veelal gesloten voor de periode van de economische levensduur van het leaseobject;
- De afgesproken leasetermijnen gedurende de lease belopen in totaal de aanschafwaarde van het leaseobject, vermeerderd met rente en kosten;
- De overeenkomst bevat de mogelijkheid tot koop van het leaseobject aan het einde van de leaseovereenkomst;
- Op de lessee rust de verplichting tot volledige vergoeding van de door de lessor gedane investering in het leaseobject.³¹

Afhankelijk van de concrete wensen van partijen worden bovenstaande voorwaarden opgenomen in de leaseovereenkomst. Om te spreken van een financial lease is m.i. noodzakelijk dat in ieder geval het volledig economische risico bij de lessee ligt. Daarnaast bevat de leaseovereenkomst een koopoptie en is de totale som van de aflossingen ten minste gelijk aan de investering in het leaseobject door de lessor.

Het principiële verschil tussen financial lease en operational lease is dat bij de eerste variant een voorfinanciering in het leaseobject wordt gehanteerd. De voorfinanciering is de voorgeschoten investering door de lessor in het leaseobject ten behoeve van de lessee. De lessor heeft derhalve louter het belang dat de lessee zijn investering terugbetaalt.³² Bij een financial lease komt het economisch belang en risico bij het leaseobject bij de lessee te liggen.³³ Van Velten spreekt van financial lease als de lessee naast het genot ook het volledige risico verkrijgt.³⁴ Bij de tweede variant, de operational lease, ontbreekt dit financieringselement *en* is voor de lessee alleen sprake van genot bij het leaseobject.³⁵ Het economische risico met betrekking tot het leaseobject ligt in dat geval bij de lessor. Daarnaast is de periodieke terugbetaling niet te beschouwen als aflossing op de investering van de lessor, maar als een tegenprestatie voor het gebruik/genot van het leaseobject.³⁶ Daarentegen

³¹ Oosterhuis-Smits en Behrendt 1971, p. 3 – 4, Van Hees 1997, p. 11, Stein 2011, (GS) 3:227 BW, aant. 14.4.

³² Cordewener, WPNR 1998, 6334, p 702.

³³ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a, Cordewener, WPNR 1998, 6334, p 702, Vgl. Kortmann, WPNR 1994, 6119, p. 21.

³⁴ Van Velten 1982, p 107.

³⁵ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

³⁶ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a, Kortmann, WPNR 1994, 6119, p. 21, Van Hees 1997, p. 20.

kent de financial lease een tegenprestatie in gelden die bestaat uit een aflossingscomponent, rentevergoeding en een kosten- en risico-opslag voor de lessor.³⁷

Het financieringselement en de terugbetaling daarvan speelt dus een leidende rol bij de financial lease.³⁸ Vandaar dat tevens een onderscheid wordt gemaakt op basis van het oogmerk van partijen. Zo ligt de nadruk bij financial lease op de voorfinanciering in het leaseobject, in plaats van op het gebruik bij de operational lease.³⁹

In de inleiding aangehaalde uitspraak is het deze vorm van lease, de financial lease, die problemen oplevert bij het intreden van een faillissement.⁴⁰

Sale and lease back constructie

Een andere vorm van lease is de sale and lease back constructie. Deze manier van leasen wordt met zowel een operational als een financial lease geconstrueerd. Bij een sale and lease back constructie verkoopt de lessee het leaseobject aan de lessor. Vervolgens leaset de lessor het leaseobject aan de lessee terug.⁴¹

De partijen die betrokken zijn bij een sale and lease back constructie, maken deze leasevorm opvallend. De lessor koopt en leaset het leaseobject namelijk van en aan dezelfde partij: de lessee. Daarnaast wordt de overdracht van het leaseobject geconstrueerd met een levering *constituto possessorio*.⁴² Dit houdt in dat de feitelijke macht over de zaak bij de lessee blijft en hij de zaak gaat houden voor de lessor. Louter de juridische eigendom verschuift naar de lessor.⁴³ Vervolgens ontvangt de lessee de verkoopprijs en betaalt hij periodiek een som als tegenprestatie voor het gebruik van het leaseobject. Deze constructie gebruikt de lessee veelal met het doel het leaseobject om te zetten in gelden en dus liquiditeit te creëren.⁴⁴

³⁷ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 22.

³⁸ Vgl. Van Lokven, WFR 1990, 1356, par. 3.1.

³⁹ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 8, Zie ook Van Velten 1982, p. 151, Zie ook Giele, WFR 1966, 4789, p. 143, Moltmaker, WFR 1966, 4789, p. 1.

⁴⁰ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562.

⁴¹ HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119.

⁴² Goederenrecht (Snijders) nr. 151.

⁴³ Artikel 3:115 sub a BW, Goederenrecht (Snijders) nr. 149 - 151, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a.

⁴⁴ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 8, Zie ook HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119.

2.2.3. Leveraged lease en sublease

Minder vaak voorkomende vormen van lease zijn de leveraged lease en sublease. Van een leveraged lease spreekt men als de lessor en een derde gezamenlijk krediet verstrekken ten behoeve van de aanschaf van het leaseobject. Deze financieringsvorm gebruikt men voornamelijk voor de aanschaf van zaken met een hoge waarde zodat de kosten worden gedeeld. Hierbij kan bij voorbeeld gedacht worden aan luchtvaartuigen. Deze leasevorm komt met name in internationale rechtsbetrekkingen voor. De reden hiervan is gelegen in fiscale voordelen die daarmee worden behaald.⁴⁵ De sublease betreft een leasevorm waarbij de lessee, die het leaseobject in lease heeft gekregen van de lessor, zelf het leaseobject opnieuw in lease geeft aan een derde. Bij deze constructie wordt de eerste leaseverhouding aangeduid als hoofdlease en de tweede als sublease.⁴⁶

Hoewel voorgaande leasevormen onderling nogal verschillen, is een belangrijk gemeenschappelijk kenmerk dat de lessor door middel van het verschaffen van een leaseobject, de mogelijkheid biedt aan de lessee, gebruik te maken van het leaseobject. Wie het eigendomsrecht heeft van het leaseobject verschilt per leaseconstructie.

⁴⁵ Rank 1998, p. 8.

⁴⁶ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 118.

3. De financial lease vanuit juridisch perspectief

Het vorige hoofdstuk laat zien dat leaseconstructies in uiteenlopende hoedanigheden in de praktijk voorkomen.⁴⁷ Ondanks de onderlinge verschillen worden zij toch onder het algemene begrip lease geschaard.⁴⁸

Derhalve is lease een dynamisch begrip waar meerdere invullingen aan kan worden gegeven.⁴⁹ Dit wordt in eerste instantie mogelijk gemaakt doordat de lease als financieringsvorm niet is gecodificeerd in het Burgerlijk Wetboek.⁵⁰ Hierdoor ontstaat ruimte om meerdere invullingen aan het begrip “lease” te geven, maar ook aan het begrip “financial lease”. Dat in de praktijk de termen financial en operational lease nogal eens door elkaar worden gebruikt, is daarom niet onbegrijpelijk.⁵¹

De lease is van oorsprong een economisch verschijnsel dat de juridische literatuur probeert te koppelen aan de juridische dogmatiek.⁵² Deze koppeling is lastig omdat het economische leerstuk in beginsel niet (volledig) aansluit op een juridisch leerstuk.⁵³ De rechtspraktijk tracht daarom te volstaan met een globale aanduiding van de kenmerken van overeenkomsten die als lease worden aangeduid.⁵⁴ In tegenstelling tot Oosterhuis-Smits en Behrendt die het begrip lease in beginsel als huur kwalificeert.⁵⁵ Voor zover dat de operational lease betreft deel ik die gedachte omdat de hieraan ten grondslag liggende leaseovereenkomst louter strekt tot gebruik van het leaseobject.⁵⁶

⁴⁷ Aldus ook: Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 2.

⁴⁸ Aldus ook: Van Hees 1997, p. 1.

⁴⁹ Giele, WFR 1966, 4789, p. 141, Leasing: Verslag van de vergadering van de Vereniging "Handelsrecht" 1989, p. 22 – 23.

⁵⁰ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 23, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

⁵¹ Van Hees 1997, p. 23.

⁵² Oosterhuis-Smits en Behrendt 1971, p. 7 – 8, maar ook: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 7, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a en 976.

⁵³ Vgl. Oosterhuis-Smits en Behrendt 1971, p. 3 – 4.

⁵⁴ Van Hees 1997, Preadvieszen Vereniging voor Burgerlijk Recht, p 1, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a.

⁵⁵ Anders: Van Hees 1997, Preadvieszen Vereniging voor Burgerlijk Recht, p 1.

⁵⁶ Aldus ook: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 24, Goederenrecht (Snijders) nr. 197, Zie ook Giele, WFR 1966, 4789, p. 143, Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562.

De financial lease laat zich daarentegen niet zo makkelijk en probleemloos kwalificeren omdat de hieraan ten grondslag liggende overeenkomst meer rechten en verplichtingen schept dan louter het recht op gebruik van het leaseobject.⁵⁷ Het onderzoek wordt verder toegespitst op de financial lease omdat deze leaseconstructie nog meer kwalificatieproblemen kent, en dit vervolgens problemen veroorzaakt gedurende een faillissementsprocedure. Daar waar andere vormen van lease worden beschreven, dienen deze ter illustratie van het contrast met dat van de financial lease.

3.1. Kwalificatieproblematiek bij de financial lease

De kwalificatieproblematiek betreft de financial lease heeft verschillende oorzaken. De meest voor de hand liggende oorzaak is dat de financial lease niet is gecodificeerd in de wet. Hoe de financial lease zich dan wel juridisch kwalificeert, is onderwerp van discussie. Mogelijk vindt de financial lease – al dan niet volledig – aansluiting bij een ander juridisch leerstuk.⁵⁸ Hierna wordt achtereenvolgens verwante rechtsfiguren vergeleken met de financial lease en onderzocht in hoeverre deze van toepassing zijn.

Afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst en de hoedanigheid van de daarbij betrokken partijen kunnen bijzondere wettelijke regels van toepassing zijn op een leaseconstructie. Op de operational lease is – zoals reeds hierboven vermeld – de wettelijke regeling van huur van toepassing.⁵⁹ Ook de financial leaseovereenkomst toont gelijkenissen met de bijzondere wettelijke regeling van huur, maar ook met die van huurkoop.⁶⁰ Net als bij de lessee in het geval van een financial lease, bewerkstelligen beide bijzondere regelingen dat het gebruik van een zaak bij de huurder of huurkoper ligt.⁶¹

De wettelijke regeling van huur is echter niet te koppelen aan de financial lease.⁶² Het contract waarin deze leasevorm is ingebed, wordt onder bepaalde juridische voorwaarden –

⁵⁷ Zie voor de voorwaarden par. 2.2.2.

⁵⁸ Vgl. Rank 1998, p. 8.

⁵⁹ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 24, Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 976.

⁶⁰ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a, Kleijn, WPNR 1994, 6119, p. 15, Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 2, Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.16.

⁶¹ Voor de financial lease: zie paragraaf 2.2.2, Voor huur: zie artikel 7:201 lid 1 BW, Voor huurkoop: zie artikel 7A:1576m BW.

⁶² Artikel 7:201 BW, Anders: Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, Vgl. Goederenrecht (Snijders) nr. 197.

die staan beschreven in paragraaf 2.2.2. – en economische omstandigheden gesloten, waardoor de term ‘huur’ niet meer volstaat. Het gebruik van deze term beschrijft dan niet meer correct de feitelijke stand van zaken.⁶³ De voorwaarden uit de leaseovereenkomst scheppen voor de lessee immers meer rechten met betrekking tot het leaseobject dan louter het recht op gebruik.⁶⁴

Daarnaast wordt door de literatuur en jurisprudentie de financial lease regelmatig in verband gebracht met de wettelijke regeling van huurkoop.⁶⁵ Als blijkt dat de financial lease onder de strekking van de huurkoop valt, treden de daaraan verbonden goederenrechtelijke rechten in.

De rechtspositie van de lessee met betrekking tot het leaseobject toont ook gelijkenissen met die van de juridische eigenaar. Dit wordt door een tweetal factoren veroorzaakt. De voorwaarden in een financial leaseovereenkomst bewerkstelligen een verdeling van belangen en rechten over partijen.⁶⁶ Hierdoor ligt het economisch belang bij de lessee en de juridisch eigendom bij de lessor.⁶⁷ Waardeverminderingen vallen derhalve in de sfeer van de lessee waardoor hij dezelfde risico's loopt als een eigenaar.⁶⁸ Een andere factor is gelegen in het jaarrekeningenrecht en de IAS17. Deze regelingen schrijven voor hoe zaken als leaseobjecten in balansen worden opgevoerd.⁶⁹ Ondanks dat de lessor de juridische eigendom van het leaseobject heeft, vermeldt de lessee het leaseobject op zijn balans.⁷⁰ Hierdoor wekt de lessee

⁶³ Oosterhuis-Smits & Behrendt 1971, p. 5 - 6.

⁶⁴ Aldus ook: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 27.

⁶⁵ Goederenrecht (Snijders) nr. 197, Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 29 – 39, Rb. Den Bosch 13 juni 1997, *NJ* 1998, 432, Van Velten 1982, p. 109, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a en 976.

⁶⁶ Zie voor de voorwaarden par. 2.2.2.

⁶⁷ Zie voor de voorwaarden par. 2.2.2, Van Hees 1997, p. 16, Heyman, *WPNR* 1994, 6119, p. 2.

⁶⁸ Goederenrecht (Snijders) nr. 197.

⁶⁹ Artikel 1 van de International Accounting Standards 17, (http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias17_en.pdf).

⁷⁰ International Accounting Standards 17, afkomstig van het International Accounting Standards Board, (http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias17_en.pdf), Jager en Van Veen, MAB, 2001, par. 2.1, Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 10, Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.15.

bij publicatie van de jaarrekening de indruk rechthebbende te zijn en wekt hij valse schijn van kredietwaardigheid.⁷¹

Voorgaande bijzondere wettelijke regelingen tonen gelijkenissen met de financial leaseovereenkomst en komen in aanmerking voor toepassing. Huur is daarentegen niet de aangewezen rechtsfiguur, zo blijkt uit voorgaande. Nader onderzoek naar de bijzondere wettelijke regelingen van huurkoop en eigendom is vereist om uitsluitsel te geven of een van deze rechtsfiguren van toepassing is op de financial leaseovereenkomst.

Fiduciaire rechtshandelingen

Een ander kwalificatieprobleem ligt in het volgende. De voorwaarden van de financial leaseovereenkomst kenmerken het karakter van deze leasevorm.⁷² Deze voorwaarden leggen het volledig economische belang betreffende het leaseobject bij de lessee.⁷³ Daarom is het niet onbegrijpelijk dat in het geval van een financial lease wordt gezegd dat de economische eigendom bij de lessee ligt.⁷⁴ Het begrip economisch eigendom bestaat echter vermogensrechtelijk gezien niet.⁷⁵ De facto is dat wel hetgeen de leaseovereenkomst bewerkstelligt. De lessee heeft het leaseobject onder zich en draagt het volledige risico daarvan. Bovendien komen eventuele waardeverminderingen van het leaseobject voor zijn rekening. Desondanks ligt juridisch gezien de eigendom niet bij de lessee, maar de lessor. Anders verwoord: de juridisch eigendom blijft bij de juridische eigenaar (lessor) liggen, maar de economisch eigendom wordt wel door de lessor overgedragen aan de lessee.⁷⁶ Ondanks dat economisch eigendom in het privaatrecht c.q. vermogensrecht niet bestaat, is het derhalve verbintenisrechtelijk mogelijk een fragmentatie van eigendom te creëren. Die deling van

⁷¹ Goederenrecht (Snijders) nr. 151, Goederenrecht (Snijders) nr. 80 – 81 voor wat betreft de publiciteits, Zie ook Beckman 2008, p. 386

⁷² Zie voor de voorwaarden par. 2.2.2.

⁷³ Van Hees 1997, p. 16, Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 2.

⁷⁴ Vgl. Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/483.

⁷⁵ Van Hees 1997, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht, p 6, HR 3 november 2006, NJ 2007, 155, (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula), r.o. 3.4.

⁷⁶ Van Hees 1997, p. 55: “Daar staat tegenover dat een financial leaseovereenkomst met koopoptie weliswaar de strekking heeft om de leasener economisch eigenaar te maken, doch dat niet op voorhand kan worden gezegd dat het tevens de bedoeling is hem juridisch eigenaar te maken”, Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/468.

rechten en belangen over partijen is een andere reden voor de kwalificatieproblematiek omtrent de financial leaseovereenkomst. Dit komt doordat in Nederland de verdeling van rechten en belangen over verschillende partijen van een en dezelfde zaak niet is toegestaan, tenzij de wet dit uitdrukkelijk toestaat.⁷⁷

Aldus wordt bij de financial lease niet het eigendomsrecht van de lessor ten eigen bate gebruikt, maar ten behoeve van de lessee. Hiermee toont de financial lease gelijkenis met fiduciaire rechtshandelingen. Er wordt immers gesproken van een fiduciaire rechtshandeling wanneer een natuurlijk- of rechtspersoon rechthebbende was van een zaak, vordering of aandeel, maar zijn recht niet uitoefende ten eigen bate maar ten behoeve van een ander of een bepaalde doel. In dat geval vindt er splitsing plaats tussen recht en belang, dat ten grondslag ligt aan het verbod uit artikel 3:84 lid 3 BW.⁷⁸ Derhalve wordt ook gezegd dat de fiduciaire rechtshandeling een onvolkomen geval is omdat de rechtspositie van de volledig rechthebbende afhankelijk van de verschijningsvorm in meer of mindere mate was aangetast ten behoeve van de belanghebbende en er dus sprake was van een geleidelijke overgang van rechthebbende tot houder van een recht voor een ander.⁷⁹

Met name de financial sale and lease back constructie neigt in strijd te komen met artikel 3:84 BW.⁸⁰ Doordat de lessee het leaseobject overdraagt aan de lessor, en de lessor het terug leaset aan de lessee lijkt er een overdracht tot zekerheid te zijn bewerkstelligd. De lessor heeft de eigendom louter verworven ter zekerheid van terugbetaling van de leasetermijnen. Volgens het sogelease arrest is echter een dergelijke leaseovereenkomst toegelaten mits bij wanprestatie de lessor volledig en vrijelijk over het leaseobject kan beschikken.⁸¹

Ook bij een financial lease – zonder sale and lease back constructie – zal de overeenkomst een bepaling bevatten die bepaalt dat de lessor als juridisch eigenaar bij wanprestatie of faillissement van de lessee wederom volledig en vrijelijk over het leaseobject kan beschikken. Hierdoor ontstaat meer duidelijkheid dat de juridisch eigendom inderdaad toebehoort aan de lessor en er geen sprake is van verkapte overdracht. Als rechthebbende kan de lessor namelijk het leaseobject revindiceren onder genoemde voorwaarden.⁸² De onzekerheid betreft de verdeling van rechten en belangen over partijen wordt hiermee genuanceerd. Derhalve is een financial lease in beginsel niet in strijd met artikel 3:84 BW.⁸³

⁷⁷ Dit ligt aan de grondslag van artikel 3:84 BW, Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/468.

⁷⁸ Jansen 2007, p. 107, Zie ook: Kleijn, WPNR 1994, 6119.

⁷⁹ E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht*, Leiden 1999, p. 80 e.v. (p.90).

⁸⁰ Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 2 – 3, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 119a en 977.

⁸¹ HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 Sogelease, Anders: Rb. Roermond (pres.) 16 juli 1992, *LJN*: AD1718.

⁸² Zie ook Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/25.

⁸³ Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/473, Heyman, WPNR 1994, 6119, p. 4.

Tussenconclusie

De financial lease levert wegens haar contractuele voorwaarden complicaties op bij de goederenrechtelijke kwalificatie.⁸⁴ Aansluiting wordt gezocht bij bestaande juridische leerstukken maar dit wordt bemoeilijkt door versnippering van rechten en belangen over partijen die normaliter bij dezelfde partij liggen.⁸⁵

De operational lease komt overeen met de wettelijke regeling van huur. De financial lease kent daarentegen kenmerken die voornamelijk zijn toe te schrijven aan huurkoop, maar ook eigendom.⁸⁶ Hoe moet de financial lease dan nu juridisch worden gekwalificeerd?

De financial lease ligt ergens op de hypothetische lijn tussen huurkoop en eigendom. Men moet zich afvragen of de financial lease *voldoende* aanwijzingen geeft om deze leasevorm te scharen onder een specifieke wettelijke regeling.⁸⁷ Zoals de wettelijke regelingen van huurkoop of eigendom. Nader onderzoek in de volgende paragraaf geeft hierin meer duidelijkheid.

3.2. De financial lease ten opzichte van de huurkoop en eigendom

Achtereenvolgens wordt de financial lease vergeleken met de verwante rechtsfiguren huurkoop en eigendom. Eerst wordt onderzocht of financial leaseovereenkomsten onder de strekking vallen van de wettelijke regeling betreft huurkoop. De huurkoopovereenkomst roept namelijk de daarbij behorende goederenrechtelijke gevolgen in, zoals die in de wet zijn opgenomen. Pas dan, wanneer niet alle financial leaseovereenkomsten geen huurkoop betreffen, kan men zich afvragen of eventueel andere goederenrechtelijke gevolgen uit de financial leaseovereenkomst voortvloeien met betrekking tot het leaseobject.

3.2.1. Huurkoop

De codificatie van de wettelijke regeling huurkoop vindt men in artikel 7A:1576h BW. Ingevolge artikel 7A:1576h lid 1 BW is huurkoop de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen, dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom

⁸⁴ Zie voor de voorwaarden par. 2.2.2.

⁸⁵ Zie ook Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/468.

⁸⁶ Van Velten 1982, p. 109, zie ook: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 975.

⁸⁷ Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 3.

overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is. Zodra de lessee de laatste leasetermijn betaalt, vervalt de opschortende voorwaarde en is de overdracht een feit.⁸⁸

Hoewel de financial leaseovereenkomst afwijkende voorwaarden bevat, lijkt de strekking van de financial leaseovereenkomst overeen te komen met die van de huurkoop.⁸⁹ Namelijk dat de lessee en huurkoper beide aan het einde van de overeenkomst de eigendom van het leaseobject verkrijgen. Ook ligt het economisch risico ten op zichte van een zaak bij zowel de lessee als de huurkoper.⁹⁰ Dit is hetgeen partijen bij zowel een huurkoop- als financial leaseovereenkomst beogen. Hoe zijn beide vormen dan van elkaar te onderscheiden?

De wijze waarop de eigendom overgaat bij een financial leaseovereenkomst verschilt ten opzichte van de wettelijke regeling huurkoop. Bij een financial leaseovereenkomst dient de lessee gebruik te maken van een in die overeenkomst opgenomen koopoptie alvorens hij de juridische eigendom verwerft.⁹¹ Waar in het geval van huurkoop automatische overdracht plaats vindt bij het voldoen van de opschortende voorwaarde uit de overeenkomst, door het betalen van de laatste termijn.⁹²

In tegenstelling tot de huurkoopovereenkomst is in het geval van een financial leaseovereenkomst niet op voorhand bepaald dat de eigendom over zal gaan op de lessee. Voor de lessee bestaat louter de mogelijkheid aan het einde van de leaseovereenkomst de eigendom van het leaseobject te verwerven door gebruik te maken van de koopoptie. Derhalve valt de financial leaseovereenkomst naar de letter van de wet niet onder de wettelijke regeling van huurkoop ex artikel 7A:1576h lid 1 BW.⁹³

⁸⁸ Bij de huurkoopconstructie wordt gebruik gemaakt van het eigendomsvoorbehoud uit artikel 3:92 BW, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 975, Oosterhuis – Smits en Behrendt 1971, p. 15.

⁸⁹ Cordewener, WPNR 1998, 6334, p 702.

⁹⁰ Vgl. Van Velten 1982, p. 104.

⁹¹ Zie par. 2.2.2, Giele, WFR 1966, 4789, p. 142.

⁹² Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/524.

⁹³ Aldus ook: Rb. Utrecht 30 maart 2011, r.o. 4.6, Cordewener, WPNR 1998, 6334, p 701 – 704, Zie ook Leasing: Verslag van de vergadering van de Vereniging "Handelsrecht" 1989, p. 38 – 40.

De financial leaseovereenkomst kan echter alsnog als een huurkoopovereenkomst worden gekwalificeerd op grond van lid 2 van artikel 7A:1576h BW.⁹⁴ Dit artikel bepaalt dat overeenkomsten met dezelfde strekking als huurkoop worden aangemerkt.

De jurisprudentie heeft zich al meerdere malen uitgelaten omtrent de strekking van lid 2 van artikel 7A:1576h BW. Zo maakt de Rechtbank 's-Hertogenbosch korte metten met het hierboven beschreven onderscheid in de wijze van overdracht van het leaseobject. De koopoptie uit de financial leaseovereenkomst staat niet eraan in de weg deze overeenkomst te kwalificeren als een met dezelfde strekking, op grond van artikel 7A:1576h lid 2 BW. Interessant is het argument dat de rechtbank hiervoor gebruikt. Namelijk dat de laatste leasetermijn een verwaarloos bedrag – tien gulden – betreft ten opzichte van de waarde van het leaseobject. Hierdoor strekt de leaseovereenkomst net als de huurkoopovereenkomst tot overdracht en kwalificeert de Rechtbank de leaseovereenkomst als huurkoopovereenkomst.⁹⁵

De Rechtbank Utrecht komt tot een vergelijkbaar oordeel.⁹⁶ Daarbij verdient wel opmerking dat in deze uitspraak partijen in de algemene voorwaarden hebben opgenomen dat de lessee wordt geacht gebruik te maken van zijn recht de eigendom te verwerven door de overeengekomen koopoptieprijs te voldoen.⁹⁷ Hieruit is op te maken dat partijen reeds bij het afsluiten van de overeenkomst overdracht beoogden. Verder concludeert de Rechtbank Utrecht dat voorafgaand aan de daadwerkelijke overdracht, de overdracht niet meer af te wenden was en dus naar alle waarschijnlijkheid zou plaatsvinden.⁹⁸ Deze conclusie trekt de Rechtbank Utrecht uit de overweging dat een redelijk handelende partij voor het geringe koopoptiebedrag de kans niet zou laten liggen de eigendom van het leaseobject te verwerven.⁹⁹ Men kan zich afvragen of de rechterlijke macht hier niet te ver gaat door voor partijen te beslissen of zij al dan niet aan het einde van de overeenkomst wensen over te gaan tot het invoeren van de koopoptie, dat de overdracht bewerkstelligt.

⁹⁴ Zie ook Pitlo/Reehuis & Heisterkamp nr. 975.

⁹⁵ Rb. 's-Hertogenbosch 13 juni 1997, r.o. 3.4, zie ook Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90, r.o. 4.9 – 4.10.

⁹⁶ Rb. Utrecht 30 maart 2011, r.o. 4.6.

⁹⁷ Ervan uitgaande dat de algemene voorwaarden rechtsgeldig zijn.

⁹⁸ Aldus ook: Van Hees 1997, *Serie Onderneming en Recht*, p. 32.

⁹⁹ Rb. Utrecht 30 maart 2011, r.o. 4.6, zie ook Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90, r.o. 4.9 – 4.10.

In tegenstelling tot de literatuur kent de rechtspraak bij kwalificatie van een financial leaseovereenkomst aanzienlijke waarde toe aan de hoogte van het koopoptiebedrag uit die overeenkomst.¹⁰⁰ Afhankelijk van de hoogte van het bedrag komt zij tot de conclusie of er al dan niet een overdracht wordt beoogd en zal plaatsvinden.¹⁰¹ Naarmate het bedrag geringer is, wordt een overdracht aan het einde van de overeenkomst aannemelijker. Het oogmerk van partijen neigt in dat geval naar uiteindelijke overdracht met als gevolg dat de rechterlijke macht de leaseovereenkomst kwalificeert als huurkoopovereenkomst op grond van een vergelijkbare strekking ex artikel 7A:1576h BW.¹⁰²

Geen uitspraken zijn te vinden waarin de rechtspraak een financial leaseovereenkomst waarbij *geen* sprake is van een verwaarloosbaar koopoptiebedrag kwalificeert als een huurkoopovereenkomst.

Gezien het voorgaande lopen partijen bij een financial leaseovereenkomst het risico, ondanks een overeengekomen koopoptie, dat de overeenkomst wordt gekwalificeerd als een huurkoopovereenkomst. Hierdoor kan de opmerkelijke situatie ontstaan dat bij een tussentijdse rechterlijke beoordeling van de overeenkomst, deze wordt gekwalificeerd als huurkoop. De lessee verwerft dan – mogelijk tegen zijn wil – aan het einde van de leaseovereenkomst bij betaling van de laatste leasetermijn het eigendomsrecht op het leaseobject. Louter ontbinding van of wanprestatie bij de overeenkomst zou deze overdracht kunnen beletten.

Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak kan worden afgeleid dat niet alle financial leaseovereenkomsten zijn te kwalificeren als zijnde huurkoopovereenkomsten.¹⁰³ Indien de laatste leasetermijn geen verwaarloosbaar bedrag betreft, is de door de rechterlijke macht daaraan verbonden conclusie dat de eigendom uiteindelijk toch wel zal overgaan niet

¹⁰⁰ Anders: Cordewener, WPNR 1998, 6334, 703.

¹⁰¹ Zie ook: Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90, r.o. 4.9 – 4.10, Anders: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 38.

¹⁰² Aldus ook: Cordewener, WPNR 1998, 6334, p. 702, zie ook Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90.

¹⁰³ Aldus ook: Cordewener, WPNR 1998, 6334, p. 703.

steekhoudend.¹⁰⁴ De kwalificatie tot huurkoop ontbeert dan aan gronden. Op het moment dat het koopoptiebedrag een aanzienlijke waarde vertegenwoordigt zal de lessee een nieuwe overweging maken of hij tot investering wil overgaan. Hierdoor is het niet meer zo voor de hand liggend en vanzelfsprekend dat de ondernemer wenst over te gaan tot het verwerven van de eigendom van het leaseobject.¹⁰⁵ Als verder ook geen oogmerk tot overdracht blijkt uit de leaseovereenkomst, correspondentie of andere stukken, blijven er weinig onderbouwende gronden over om de overeenkomst als huurkoop te kwalificeren op grond van dezelfde strekking ex artikel 7A:1576h BW.¹⁰⁶

De literatuur gaat een stap verder en is van mening dat de koopoptie – ongeacht de hoogte – een significant verschil creëert ten opzichte van de wijze van overdracht bij de regeling van huurkoop. De lessee dient aan het einde van de leaseovereenkomst een geheel nieuwe afweging te maken of hij tot aanschaf van de eigendom van het leaseobject wenst over te gaan. Hiervoor is een uitdrukkelijke keuze van de lessee vereist, die bij de huurkoop reeds bij het aangaan van de overeenkomst wordt gemaakt.¹⁰⁷ Bovendien zijn meerdere factoren – dan louter de hoogte van het koopoptiebedrag – van invloed op deze keuze. Hierbij kan gedacht worden aan het beëindigen van de ondernemingsactiviteiten waardoor de lessee niet langer prijs stelt op het leaseobject, maar ook aan de fiscale voordelen die te behalen zijn doordat de eigendom niet in de sfeer van de lessee ligt.¹⁰⁸ Daarom kan – in tegenstelling tot de hierboven aangehaalde uitspraken – uit de hoogte van het koopoptiebedrag niet de strekking tot eigendomsoverdracht worden afgeleid.

De kwalificatie van de financial leaseovereenkomst als zijnde huurkoopovereenkomst is op grond van het bovenstaande misplaatst, net als analoge toepassing van de huurkoop op de financial leaseovereenkomst. Mocht de rechterlijke macht toch overgaan tot kwalificatie van de financial lease als zijnde huurkoop dan is m.i. een nader onderbouwing vereist.

¹⁰⁴ Aldus ook: Cordewener, WPNR 1998, 6334, p. 704.

¹⁰⁵ Aldus ook: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 39.

¹⁰⁶ Cordewener, WPNR 1998, 6334, 703, Van Hees, Serie Onderneming en Recht, p. 39.

¹⁰⁷ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 61.

¹⁰⁸ Cordewener, WPNR 1998, 6334, 703 – 704, Van Hees, Serie Onderneming en Recht, p. 39.

Derhalve kan concluderend worden gezegd dat het leerstuk van de lease maar gedeeltelijk aansluit bij dat van huur en huurkoop, respectievelijk te vinden in de wet artikel 7:201 en 7:1576h lid 1 BW. In de volgende paragraaf wordt daarom ingegaan op de rechtspositie van de lessee ten opzichte van het leaseobject en hoe zich dit goederenrechtelijk vertaalt.

3.2.2. Eigendom

Paragraaf 3.1. beschrijft dat door meerdere oorzaken er schijn van eigendom ontstaat aan de zijde van de lessee bij een financial leaseovereenkomst. Eigendom is een goederenrechtelijk begrip, te vinden in artikel 5:1 BW. Daarnaast blijkt uit de vorige paragraaf dat de regeling huurkoop niet in alle gevallen toegepast kan worden op de financial leaseovereenkomst. Door afstand te nemen van de met name privaatrechtelijke insteek die tot nu toe de boventoon voert in dit onderzoek, wordt later in deze paragraaf het privaatrechtelijke begrip eigendom vergeleken met dat in het fiscale recht.

Helder is dat eigendom kan worden verkregen door te voldoen aan de vereisten van overdracht als in artikel 3:84 lid 1 omschreven.¹⁰⁹ Wanneer echter een zaak, mede op basis van de feitelijke omstandigheden, in overwegende mate lijkt toe te behoren aan de lessee is de kwalificatie van eigendom minder evident. Voor de beoordeling van de goederenrechtelijke kwalificatie van de lessee ten op zichte van het leaseobject is daarom van belang wat nodig is voor en wat op de lijn ligt van de juridische eigendom.

Paragraaf 2.2.2. beschrijft de financial lease. Hierin zagen we dat bij een financial lease de juridische eigendom bij de lessor ligt. Desondanks bewerkstelligt een financial leaseovereenkomst een verbintenisrechtelijke fragmentatie van eigendom.¹¹⁰ De lessor draagt krachtens de financial leaseovereenkomst vrijwel alle rechten en belangen tot het leaseobject over aan de lessee.¹¹¹ De lessee verwerft daarmee de economische eigendom van het leaseobject en wordt daarom economisch eigenaar genoemd.¹¹² Economisch eigendom bestaat echter goederenrechtelijk niet, althans dit wordt niet door het goederenrecht erkend. In tegenstelling tot juridisch eigendom ex artikel 5:1 BW.

¹⁰⁹ Goederenrecht (Snijders), nr. 297 en 307.

¹¹⁰ Zie par. 3.1.

¹¹¹ Huijgen 1995, p. 12.

¹¹² Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 61.

Eigendom

Een volledige definitie van eigendom ontbreekt in het BW.¹¹³ In artikel 5:1 BW staat eigendom beschreven als ‘het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben’. Opvallend is dat de wet kenmerken van het karakter eigendom beschrijft, maar niet een definitie van het begrip. Deze kenmerken houden in dat alleen een zaak voorwerp van eigendom kan zijn, en dat eigendom onder de zakelijke rechten de meest omvattende is. Andere zakelijke rechten zijn de beperkte rechten die als bedoeld in artikel 3:8 BW van eigendom kunnen worden afgeleid. De juridisch eigenaar is volgens artikel 5:1 lid 2 BW in beginsel vrij met uitsluiting van ieder ander om van zijn zaak gebruik te maken. Het gebruik door de eigenaar van zijn zaak mag volgens lid 2 echter niet in strijd komen met rechten van anderen. Verder komen de vruchten voortvloeiend uit de eigendom toe aan de eigenaar van de zaak, behoudens rechten van anderen.¹¹⁴

Doordat het begrip eigendom wordt beschreven, maar niet gedefinieerd, wordt het een abstract begrip. Wanneer is sprake van het meest omvattende recht ten opzichte van een zaak? In het licht van artikel 5:1 BW is immers degene met het *meest* omvattende recht degene die de eigendom heeft over een zaak.

Bij een financial lease heeft de lessor als juridische eigenaar het eigendomsrecht van het leaseobject. De juridisch eigenaar – in dit geval de lessor – kan vrijelijk over het leaseobject beschikken. Dit verschaft hem tevens de mogelijkheid het leaseobject in juridisch eigendom over te dragen (vervreemden) of er een beperkt recht op te vestigen (bezwaren).¹¹⁵ Zelfs een beding uit de leaseovereenkomst tussen lessor en lessee dat vervreemding van het leaseobject verbiedt, maakt een dergelijke beschikkingshandeling niet ongeldig. De bevoegdheid van de lessor het leaseobject over te dragen volgt dwingend uit artikel 3:83 lid 1 BW. Een beding uit de leaseovereenkomst dat een eventuele vervreemding verbiedt, doet hier dus niets aan af en werkt louter (relatief) tussen partijen. Indien de lessor het leaseobject toch vervreemdt, handelt hij in strijd met de overeenkomst. Met een beroep op wanprestatie kan de lessee de overeenkomst laten ontbinden en/of schadevergoeding eisen. De lessee heeft echter geen

¹¹³ Goederenrecht (Snijders) nr. 168.

¹¹⁴ Asser/Mijnssen-Van Velten & Bartels 5* 2008/14 – 19.

¹¹⁵ Goederenrecht (Snijders) nr. 307 en 360.

rechtsmiddelen tot zijn beschikking waarmee hij zich tegen de vervreemding van het leaseobject kan verzetten.¹¹⁶ De rechten van de lessor met betrekking tot het leaseobject zijn immers absoluut en werken ten opzichte van een ieder. Beschikkingshandelingen van de lessor hebben daarom goederenrechtelijke werking.¹¹⁷

De lessee heeft de economische eigendom maar niet het juridische eigendomsrecht op het leaseobject. Hierdoor ontbreekt het de lessee aan beschikkingsbevoegdheid waardoor hij het leaseobject niet in juridische eigendom kan overdragen ex artikel 3:84 BW.¹¹⁸ Doch, verbintenisrechtelijk zijn vrijwel alle rechten met betrekking tot het leaseobject overgedragen aan de lessee. Sterker nog, de lessor maakt op geen enkele wijze gebruik van of heeft belang bij het leaseobject. Louter de terugbetaling van zijn investering is voor hem van belang. Nu de lessee het economisch risico van het leaseobject draagt, zijn eventuele mutaties in de waarde van het leaseobject aan hem toe te schrijven. Zodoende komen in verbintenisrechtelijke zin zowel waardevermeerderingen als -verminderingen de lessee toe. Indien de lessee aan het einde van de leaseovereenkomst de eigendom niet verwerft, komt de waardevermeerdering de lessee nog steeds toe. Dan lijkt er in ieder geval sprake te zijn van een verbintenisrechtelijke aanspraak op die waardevermeerdering.¹¹⁹ Deze aanspraak werkt echter relatief en dus alleen tussen partijen van de financial leaseovereenkomst, lessor en lessee.

Op het moment dat de lessor het leaseobject overdraagt aan een derde, ontstaat er voor de lessee een probleem. De aanspraken van de lessee ten opzichte van het leaseobject werken relatief en gelden niet ten opzichte van de nieuwe lessor. Hierdoor kan de lessee zijn aanspraak op waardevermeerdering verliezen.¹²⁰

Om te spreken van eigendom is meer nodig dan de positie van economisch eigenaar. De eigenaar moet het meest omvattende recht met betrekking tot het leaseobject hebben. De voornaamste en meest verstrekkende rechten zijn die de partijen de mogelijkheid geven de juridische eigendom van de zaak te vervreemden en/of te bezwaren.¹²¹ De lessee beschikt niet

¹¹⁶ Van Hees, Serie Onderneming en Recht, p. 133.

¹¹⁷ Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/197 – 199.

¹¹⁸ Goederenrecht (Snijders) nr. 360.

¹¹⁹ Goederenrecht (Snijders) nr. 34, Van Hees 1997, Onderneming en Recht, p. 158 – 159 en 185.

¹²⁰ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 133.

¹²¹ Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/32 en 37.

over deze bevoegdheden. Derhalve is bij een financial lease geen sprake van eigendom ten behoeve van de lessee. Ondanks dat de specifiek goederenrechtelijke bepaling eigendom niet van toepassing is op de rechtsverhouding van de lessee tot het leaseobject, kan het systeem deze verhouding alsnog scharen onder een goederenrechtelijke bepaling. Daarom moet tevens worden onderzocht of het goederenrecht de verhouding van de lessee tot het leaseobject alsnog een plaats geeft in haar systeem.

Al vanaf het moment dat het recht bestaat is dit aan ontwikkelingen onderhevig. Deze ontwikkelingen hangen in nauw verband samen met de ontwikkelingen in het economische landschap. Het recht is daarmee een weerslag van de economische verhoudingen in onze maatschappij.¹²² De weerslag vindt plaats door middel van codificatie van wetgeving door de wetgever.

Goederenrechtelijke systeem

De systematiek van het Burgerlijk Wetboek (hierna: "BW") berust in de eerste plaats op het onderscheid tussen het personenrecht en vermogensrecht. In de Boeken 3 tot en met 9 vindt met het vermogensrecht. Het goederenrecht is verspreid over Boek 3 en 5 van het BW. De rechtsverhoudingen die betrekking hebben op alle goederen – zaken en vermogensrechten – vindt men in het algemene Boek 3. Rechtsverhoudingen die uitsluitend betrekking hebben op zaken zijn te vinden in Boek 5 van het BW.¹²³ Vandaar dat Boek 5 als titel heeft Zakelijke rechten. Het goederenrecht heeft betrekking op de rechtsverhouding van mens tot goed. Dit rechtsgebied regelt hoe de macht over de goederen onder de mensen is verdeeld en hoe in die privaatrechtelijke machtsposities wijzigingen kunnen worden aangebracht. De manier waarop deze goederenrechtelijke verhoudingen kunnen worden gewijzigd zijn door de wetgever min of meer limitatief geregeld. Deswege bevat het goederenrecht over het algemeen dwingend recht en is het statisch van aard.¹²⁴

Gesloten stelsel van het goederenrecht

Het gesloten stelsel van het goederenrecht houdt in dat partijen in het rechtsverkeer alleen de in de wet geregelde goederenrechtelijke rechten kunnen vestigen. Dit houdt ook in dat partijen geen nieuwe goederenrechtelijke rechten kunnen creëren.¹²⁵ In het geval dat partijen een nieuw recht creëren zal dit enkel een zakelijk recht zijn, indien het geschapen recht kan worden gecategoriseerd onder de definitie van een van de in de wet geregeld zakelijk recht.¹²⁶ Het gesloten stelsel is echter niet zo gesloten als zij op het eerste gezicht pretendeert te zijn. De Parlementaire Geschiedenis vervolgt namelijk met een interpretatievrijheid ten opzichte van het nieuwe recht. Deze ruimte wordt geboden doordat bij de categorisering, partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht inhoud geven die zij wensen, behoudens een aantal beperkingen:

¹²² Van Zeben 1981, algemene opmerkingen over de boeken 3,5 en 6.

¹²³ Nieskens 1993, p. 4 t/m 7.

¹²⁴ Hijma en Olthof 2011, p. 2.

¹²⁵ Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 2 en 3.

¹²⁶ Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 3.

1. Aan het zakelijke recht mag geen nieuwe inhoud worden gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben en voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt;
2. De vrijheid tot het bepalen van de inhoud van de wettelijke definitie van het recht ziet alleen op het gebied waarover de wet zich van een regeling onthoudt;
3. Indien partijen bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot inhoud van het zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.¹²⁷

De totstandkoming van het goederenrecht is van belang omdat hierin staat beschreven wat destijds de motieven en idealen waren voor het invoeren van bepaalde regelingen. Door de ontwikkelingen binnen het vermogensrecht te bestuderen, kan men zich afvragen of thans op hand zijnde ontwikkelingen nog overeenkomen met de oorspronkelijke gedachten c.q. motieven en idealen betreft de invoering van het vermogensrecht. Maar ook of de rechtvaardiging van destijds nu nog dient te gelden. Dit biedt de mogelijkheid tot het toetsen van wettelijke regelingen en recente ontwikkelingen met de grondbeginselen van het vermogensrecht. Door middel van deze toets wordt duidelijk of de huidige ontwikkelingen zich wel verenigen met de achter de wettelijke regelingen liggende gedachten. Tevens kan op basis van deze beginselen worden onderzocht in hoeverre het recht ruimte biedt van de betreffende wettelijke regelingen af te wijken.¹²⁸

Het goederenrechtelijk systeem biedt ruimte om nieuwe rechten te categoriseren onder een bestaand zakelijk recht. Eigendom ex artikel 5:1 BW is mijns inziens hiervoor niet het aangewezen zakelijk recht. Hiervoor ontbreekt het de lessee aan de belangrijkste kenmerken van juridisch eigenaar. Hij kan namelijk niet vrijelijk beschikken over het leaseobject en het leaseobject niet overdragen dan wel bezwaren met een beperkt recht ex artikel 3:83 lid 1 BW.

Ondanks dat de lessee alle economische belangen met betrekking tot het leaseobject heeft, komt hem de juridische eigendom daarvan niet toe. Zou dit wel het geval zijn, dan zou de lessee zonder eigendomsoverdracht over meer bevoegdheden beschikken dan de lessor aan hem heeft overgedragen en dan het goederenrechtelijk systeem toelaat. Daarnaast zou de lessor dan zijn recht tot overdracht ten opzichte van het leaseobject verliezen. Dit is niet mogelijk. De rechten die aan de lessee toekomen werken louter relatief. Dit betekent dat de lessee alleen de aan hem overgedragen rechten ten opzichte van het leaseobject kan invoeren jegens de lessor.¹²⁹

¹²⁷ Toelichting Meijers, Algemene opmerkingen over boek 5, PG 5, p. 3.

¹²⁸ Struycken 2007, p. 114.

¹²⁹ Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006/20.

Fiscaal eigendomsbegrip

In het fiscaalrecht is de juridische eigenaar ook fiscaal eigenaar, tenzij het gehele economische belang bij een ander rust.¹³⁰ Bij overdracht van het gehele economische belang wordt de verkrijger fiscaal (ook wel: economisch) eigenaar. Bij een dergelijke overdracht ontstaan derhalve in het fiscale recht twee eigenaren, te weten de juridisch en fiscaal eigenaar. In het fiscaal recht wordt dus de economische eigendom op een zaak als een op zich zelf staand recht erkend.¹³¹ Voor de kwalificatie van fiscaal/economisch eigenaar geldt het criterium 'het belang bij waardeveranderingen en het recht op gebruik'.¹³² Dit houdt in dat de economisch eigenaar het recht op gebruik over de zaak heeft en dat de waardemutaties voor zijn rekening en risico komen.

Het zojuist behandelde onderscheid in fiscale/economische en juridische eigendom is met name van belang voor de fiscus. De fiscus komt op grond van artikel 21 lid 2 van de Invorderingswet 1990 het zogenaamde bodemrecht toe. Door het uitoefenen van het bodemrecht kan de fiscus zich bij voorrang verhalen op die zaken die zich ten tijde van de beslaglegging bevinden op de bodem van de belastingschuldige. Met voorrang wordt bedoeld dat op een zaak waar reeds een pandrecht op is gevestigd, het bodemrecht van de fiscus voorgaat. Hierdoor wordt het verhaal van de fiscus hoger in rang geplaatst, dan dat van de pandhouder. Tegen het uitoefenen van dit bodemrecht kan ingevolge artikel 22 lid 1 van de Invorderingswet 1990 beroepschrift worden aangetekend bij de fiscus.¹³³

Op de Invorderingswet 1990 is de Leidraad Invordering 2008 van toepassing. Deze leidraad bevat beleidsregels die de fiscus in acht dient te nemen bij de uitvoering van zijn rechten en bevoegdheden uit de Invorderingswet 1990.

Volgens artikel 22.1.8. van de Leidraad Invordering 2008 wordt het eigendomsrecht van een derde ontzien in die gevallen waarin sprake is van reëel eigendom van de derde. Van reëel eigendom is sprake als een zaak zowel in juridisch eigendom als in economisch opzicht in overwegende mate aan die derde toebehoort. Als de juridische en economische eigendom

¹³⁰ Bruins Slot, TFO 2007, 42, p. 1.

¹³¹ Bruins Slot, TFO 2007, 42, p. 3.

¹³² Bruins Slot, TFO 2007, 42, p. 4.

¹³³ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 192 – 193.

toekomen aan dezelfde partij, kan hij zich daarom succesvol verzetten tegen het door de belastingdienst uitgeoefende bodemrecht. Liggen de economische en juridische eigendom bij verschillende partijen – zoals bij een financial lease – dan wordt het beroep afgewezen en is het uitgeoefende bodemrecht gerechtvaardigd. Deze leidraad geeft verder als voorbeeld aan dat op geleverde zaken onder titel van huurkoop de fiscus haar bodemrecht kan uitoefenen. Dit komt doordat in het geval van huurkoop de economisch eigendom toekomt aan de huurkoper en niet aan de verkoper dan wel juridisch eigenaar. Er is dan geen sprake van reëel eigendom. Een vergelijkbare situatie doet zich voor bij de financial lease.

Vergelijking

Fiscaalrechtelijk worden partijen bij een financial leaseovereenkomst anders gekwalificeerd dan in het privaatrecht. Het privaatrecht erkent geen economische eigenaar noch economisch eigendom. Deze splitsing van eigendom is niet gewenst in het licht van het goederenrechtelijk systeem. Dit komt doordat het systeem tracht te voorkomen dat er een versnippering van rechten en belangen over partijen ontstaat.¹³⁴

Het fiscale recht erkent daarentegen wel een fragmentatie van het begrip eigendom. De rechtsverhoudingen van partijen bij een financial leaseovereenkomst worden daarom fiscaalrechtelijk anders gekwalificeerd. In het fiscaal recht is de lessee de fiscaal/economisch eigenaar en is de lessor de juridisch eigenaar.

Subparagraaf 3.2.1. beschrijft dat de lessee is aan te merken als de partij aan wie in overwegende mate het economisch belang van het leaseobject toekomt. De juridisch eigendom ligt echter bij de lessor. Dit betekent dat ook bij een financial leaseovereenkomst de juridisch en economisch eigendom over partijen zijn verdeeld. Hierdoor heeft de lessor fiscaalrechtelijk gezien niet de reële eigendom van het leaseobject en kan de fiscus gerechtvaardigd het bodemrecht uitoefenen op het leaseobject.¹³⁵

Conclusie

Economisch eigendom wordt privaatrechtelijk niet erkend. Of zoals de Hoge Raad het consciëntieus verwoord: “Het begrip economische eigendom heeft op grond van deze

¹³⁴ Zie par. 3.1.

¹³⁵ Zie ook: Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 194.

overwegingen geen regeling gevonden in het Burgerlijk Wetboek. Dit begrip moet in het burgerlijk recht daarom worden opgevat als een samenvattende benaming zonder zelfstandige betekenis van de rechtsverhouding tussen partijen die de 'economische eigendom' in het leven hebben geroepen".¹³⁶

Ondanks dat het gehele economisch belang van het leaseobject bij de lessee ligt, heeft hij een zwakke positie. De lessee heeft in het privaatrecht louter aanspraken op grond van de financial leaseovereenkomst jegens de lessor. De lessor kan het leaseobject zonder toestemming van de lessee juridisch overdragen. Hij kan zich goederenrechtelijk niet verzetten tegen beschikkingshandelingen van de lessor.

Derhalve vervult de lessee in het privaatrecht een minder sterke rol in vergelijking tot de positie van de lessee in het fiscaal recht. Zijn positie wordt privaatrechtelijk maar beperkt erkend. Louter verbintenisrechtelijke aanspraken jegens de lessor rusten hem.

3.3. Plaatsbepaling van de financial lease in het goederenrechtelijk stelsel

Zowel huurkoop en eigendom zijn niet de aangewezen rechtsfiguren die van toepassing zijn op de financial lease. Het fiscaal recht verdedigt wellicht een bevredigendere rechtspositie voor partijen, maar het voegt niets toe aan de goederenrechtelijke kwalificatie betreft de positie van partijen ten opzichte van het leaseobject. Het goederenrechtelijke systeem is stug door het fiduciaverbod wat hieraan ten grondslag ligt en de geslotenheid van het systeem. De positie van de lessee ten opzichte van het leaseobject betreft geen eigendom als in artikel 5:1 BW.

Inderdaad heeft de lessee bepaalde aanspraken jegens de lessor. Doch de positie blijft goederenrechtelijk zwak. Het gebruik van het leaseobject ligt bij de lessee maar het eigendomsrecht daarvan komt hem niet toe. Op verbintenisrechtelijk niveau wordt weliswaar feitelijk een fragmentatie van eigendom bewerkstelligt. Dit wijzigt echter niets in de goederenrechtelijke positie van partijen ten opzichte van het leaseobject.¹³⁷

¹³⁶ HR 3 november 2006, NJ 2007, 155 (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula), r.o. 3.4.

¹³⁷ Asser/Mijnssen-Van Velten & Bartels 5* 2008/19.

De rechtsverhouding van de lessee ten opzichte van het leaseobject kwalificeert zich daarom als houderschap ex artikel 3:107 BW.¹³⁸ Ondanks dat de rechtspositie van de lessee t.o.v. het leaseobject de schijn van eigendom wekt, heeft hij louter het gebruiksrecht op het leaseobject en houdt hij deze zaak voor de lessor. Aan het einde van de financial leaseovereenkomst krijgt de lessee de mogelijkheid het eigendomsrecht op het leaseobject te verwerven.

De lessee kan het voornemen hebben de eigendom te verwerven waardoor de lessee op dat moment zowel de innerlijke als de uiterlijke van toebehoren pretendeert.¹³⁹ De lessee gebruikt namelijk het leaseobject. Maar ook wekt de lessee de schijn van toebehoren doordat hij het leaseobject op zijn balans vermeldt. Hierdoor kan op grond van artikel 3:109 BW het wettelijk vermoeden ontstaan dat de houder – de lessee in dit geval – het leaseobject voor zichzelf houdt, met als gevolg dat hij als bezitter wordt aangemerkt. De financial leaseovereenkomst bewijst echter het tegendeel. Hierdoor zal een beroep van de lessee op het wettelijke vermoeden weinig kans van slagen hebben en blijft de lessee simpelweg houder van het leaseobject.

¹³⁸ Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2584.

¹³⁹ Goederenrecht (Snijders) nr. 133.

4. De lease en de boedelafwikkeling gedurende een faillissement

Het vorige hoofdstuk laat zien dat bij een overeengekomen financial leaseovereenkomst de rechtspositie van de lessee zich goederenrechtelijk kwalificeert als houder ten opzichte van het leaseobject.¹⁴⁰ De financial leaseovereenkomst wijkt op essentiële punten af van de bijzondere wettelijke regeling huur en huurkoop. Desondanks kwalificeert de rechtelijke macht – zo blijkt uit paragraaf 3.2.1. – de financial leaseovereenkomst nogal eens als huurkoopovereenkomst, maar ook zelden als huur.¹⁴¹

Dit hoofdstuk beschrijft de gevolgen van een financial leaseovereenkomst voor een faillissementsprocedure en hoe de curator hierop kan reageren. Met dien verstande dat de curator op een wijze handelt waardoor de meest profijtelijke situatie ontstaat voor de faillissementsboedel.

Alvorens hierop nader wordt ingegaan is van belang dat vast staat op welke situatie de curator dient te reageren. Het gaat om het geval waarbij een financial leaseovereenkomst is overeengekomen tussen lessor en lessee met de voorwaarden zoals die zijn vermeld in paragraaf 2.2.2. Alle economische belangen en risico's liggen in de sfeer van de lessee. Hij is echter geen juridisch eigenaar, dat is namelijk de lessor. De lessee gebruikt het leaseobject. Verder kan hij de eigendom van het leaseobject verwerven door gebruik te maken van een koopoptie uit de financial leaseovereenkomst. Gedurende de financial leaseovereenkomst faillieert de lessee en heeft hij het leaseobject onder zich.

4.1. Faillietverklaring lessee

Op het moment dat de lessee in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt hij bij rechterlijke vonnis in staat van faillissement verklaard op grond van artikel 1 lid 1 van de Faillissementswet (hierna: “FW”).¹⁴² Het faillissement beoogt het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen.¹⁴³ Vervolgens stelt de rechtbank een curator aan die de faillissementsprocedure in goede banen leidt en hier uitvoering aan geeft. De curator is op grond van artikel 68 FW belast met het beheer en de

¹⁴⁰ Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2584.

¹⁴¹ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.16 – 3.20.

¹⁴² Zie ook Wessels Insolventierecht I, par. 1183.

¹⁴³ Wessels Insolventierecht II, par. 2006.

vereffening van het vermogen van de gefailleerde lessee.¹⁴⁴ Als onafhankelijke partij maakt hij – kort gezegd – het vermogen te gelden en verdeelt de opbrengst over de schuldeisers.¹⁴⁵

Bij het intreden van een faillissement ondergaan bestaande overeenkomsten – zoals een financial leaseovereenkomst – in beginsel geen veranderingen. Doch, een faillissement is veelal bepalend voor de afwikkeling en het voortbestaan van obligatoire overeenkomsten.¹⁴⁶

4.1.1. Faillissementsbeslag

De gefailleerde verliest op grond van artikel 23 FW van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. Dit betekent dat de lessee vanaf 00.00 uur op de dag van zijn faillietverklaring de beschikking en het beheer over zijn vermogen verliest. Het gehele vermogen van de lessee komt daarmee in een bijzondere rechtstoestand te verkeren.¹⁴⁷

Volgens Polak Pannevis, Insolventie 2011 dient het faillissement: “om afzonderlijke beslagen en executies door een of meer schuldeisers te voorkomen of daaraan een eind te maken en om, in plaats daarvan, door middel van een gezamenlijk beslag ervoor te zorgen dat het vermogen van de schuldenaar onder al zijn schuldeisers wordt verdeeld met inachtneming van ieders recht.”¹⁴⁸

Om hiervoor te zorgen is het fixatiebeginsel van groot belang. Dit beginsel stelt vast wat het vermogen is dat de faillissementsprocedure treft. Het fixatiebeginsel bewerkstelligt een fixatie van alle activa en passiva bij opening van de faillissementsprocedure. Dit houdt in dat alle vorderingen van alle schuldeisers voor datum faillietverklaring in de faillissementsprocedure

¹⁴⁴ Artikel 68 lid 1 van de Faillissementswet.

¹⁴⁵ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 2, Wessels Insolventierecht I, par. 1069.

¹⁴⁶ Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 162.

¹⁴⁷ Wessels Insolventierecht II, par. 2235, Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 11 – 13 en p. 43, Christiaans en Verstijlen 2008 (T&C), art. 20 Faillissementswet, aant. 2, Christiaans en Verstijlen 2008 (T&C), art. 23 Faillissementswet, aant. 1.

¹⁴⁸ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 11.

vallen. Maar ook dat alle goederen (activa) van de schuldenaar tot datum faillissement in de faillissementsprocedure vallen.¹⁴⁹

Op grond van de leaseovereenkomst heeft de lessor recht op een geldelijke tegenprestatie voor het aan de lessee verschaft recht op gebruik van het leaseobject. Komt de lessee deze verplichtingen niet na, dan verkrijgt de lessor een vordering op hem op grond van de leaseovereenkomst.

Derhalve maakt een vordering van de lessor op de lessee, die voor datum faillissement is ontstaan, hem bij faillietverklaring van de lessee een schuldeiser in de zin van de Faillissementswet. De lessor heeft immers het subjectieve recht om van de lessee een prestatie te vorderen en deze op de goederen van de schuldenaar te verhalen.¹⁵⁰

Wil de lessor als schuldeiser bij uitdeling in een faillissement meedelen in de baten dan zal hij deze vordering moeten indienen ter verificatie bij de curator.¹⁵¹

4.1.2. Omvang faillissementsbeslag

Het faillissement is een algemeen beslag op het vermogen van de lessee en omvat diens gehele vermogen ten tijde van de faillietverklaring ex artikel 20 FW.¹⁵² Met het gehele vermogen bedoelt de Faillissementswet alle zaken en alle vermogensrechten van de gefailleerde die te gelde kunnen worden gemaakt. Het vermogen in de zin van laatstgenoemd artikel bestaat alleen uit de actieve vermogensbestanddelen. Dit zijn activa die te gelde kunnen worden gemaakt. Het vermogen omvat echter *niet* de verplichtingen.¹⁵³

¹⁴⁹ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 5.

¹⁵⁰ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 4 – 5, Wessels Insolventierecht II, par. 2494 – 2495.

¹⁵¹ Wessels *Insolventierecht V*, 3^e druk, 2011, par. 5012 – 5014.

¹⁵² Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 12, Wessels Insolventierecht II, par. 2006, MvT bij Van Der Feltz I (1896), bij artikel 20, Algemene Beschouwingen, p. 339.

¹⁵³ Wessels Insolventierecht II, par. 2014 en 2022 – 2025, Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 52, Verstijlen 2008, (T&C In), aant. 1 – 2 bij art. 20 Faillissementswet.

Het vermogen moet in het licht van artikel 20 FW ruim worden opgevat.¹⁵⁴ Zo vallen hieronder bijvoorbeeld ook goederen die de lessee onder zich heeft en waarvan niet kan worden vastgesteld dat zij van een ander zijn. In dat geval gelden deze goederen op grond van artikel 3:109 BW jo. Artikel 3:119 BW als eigendom van de gefailleerde. Met als gevolg dat de curator deze goederen, behoudens tegenbewijs, tot de boedel kan rekenen.¹⁵⁵

Goederen die niet toebehoren aan de gefailleerde maar aan anderen, vallen buiten zijn vermogen en daarmee buiten het faillissement. Hierbij kan gedacht worden aan zaken die de gefailleerde onder zich heeft, maar die in eigendom aan een ander toebehoren.¹⁵⁶

Het leaseobject valt buiten het vermogen van het faillissement omdat de lessee niet het eigendomsrecht van het leaseobject heeft. Dat de lessee het gehele economische belang van het leaseobject toekomt, verandert hier dan ook niets aan.¹⁵⁷ De rechtsverhouding van de lessee tot het leaseobject kwalificeert zich als houderschap.¹⁵⁸ De leaseovereenkomst kan hiervoor als bewijs dienen. Verder is de lessor de juridische eigenaar van het leaseobject.¹⁵⁹

Het leaseobject dat de lessee onder zich heeft en waarvan de lessor juridisch eigenaar is, dient door de lessee afgegeven te worden. De lessor dient daarom een vordering tot afgifte te richten aan de curator van het faillissement ex artikel 25 lid 1 FW.¹⁶⁰

4.2. Gevolgen van de faillietverklaring voor financial leaseovereenkomsten

De leaseovereenkomst betreft een wederkerige overeenkomst in de zin van artikel 6:261 BW. Het uitgangspunt in faillissementen is dat wederkerige overeenkomsten door de

¹⁵⁴ MvT bij Van Der Feltz I (1896), p. 340, Wessels Insolventierecht II, par. 2014.

¹⁵⁵ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 53, Verstijlen 2008, (T&C In), aant. 2 bij art. 20 Faillissementswet.

¹⁵⁶ Wessels Insolventierecht II, par. 2026 – 2027, Verstijlen 2008, (T&C In), aant. 3 bij art. 20 Faillissementswet, Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 56. , Zie ook Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-1 2006/22.

¹⁵⁷ Wessels Insolventierecht II, par. 2035.

¹⁵⁸ Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2584.

¹⁵⁹ Zie par. 3.3.

¹⁶⁰ Wessels Insolventierecht II, par. 2027.

faillietverklaring niet worden gewijzigd, en dat de rechten en verplichtingen van beide partijen ongewijzigd in stand blijven.¹⁶¹

De rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een financial leaseovereenkomst blijven in beginsel in stand op het moment dat de lessee faillieert.¹⁶² Dit levert echter problemen op wanneer de lessee zijn verplichtingen c.q. periodieke terugbetalingen uit de leaseovereenkomst nog niet volledig is nagekomen. De lessor als wederpartij van de lessee heeft voorlopig wel geheel aan de overeenkomst voldaan.¹⁶³ Namelijk de macht over de zaak verschaft en deze in gebruik gegeven aan de lessee. Zo verwacht de lessor ook van de lessee dat die zijn verplichtingen uit de leaseovereenkomst nakomt. Daarom zal de lessor trachten zijn rechten uit het BW jegens de curator uitoefenen. Hierbij kan gedacht worden aan nakoming, ontbinding en schadevergoeding.¹⁶⁴

4.2.1. Toepassing van artikel 37 Faillissementswet.

De lessee die faillieert zal niet langer zijn betalingsverplichtingen jegens de lessor kunnen voldoen. Dit creëert een onzekere situatie voor de lessor omdat hij niet weet of zijn vorderingen nog langer worden voldaan. Hij heeft immers op grond van de financial leaseovereenkomst recht op een – veelal geldelijke – tegenprestatie voor het aan de lessee verleent recht op gebruik van het leaseobject.

Derhalve zal de lessor allereerst willen weten of de leaseovereenkomst nochtans wordt nagekomen gedurende het faillissement. Artikel 37 FW tracht deze onzekere situatie van de lessor weg te nemen door hem het recht te geven om van de curator binnen een redelijke termijn uitsluitsel te verkrijgen omtrent de vraag of de overeenkomst nog zal worden uitgevoerd.¹⁶⁵

¹⁶¹ Wessels Insolventierecht II, par. 2465, Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 89 – 90, Zie ook Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 1 bij art. 37 Faillissementswet, MvT bij Van Der Feltz I (1896), p. 409, Zie ook Van Galen 2004, (GS) 37 FW, aant. 1- 2.

¹⁶² Wessels Insolventierecht II, par. 2465.

¹⁶³ Van Galen 2004, (GS) 37 FW, aant. 2.

¹⁶⁴ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 89 – 90, Van Galen 2004, (GS) 37 FW, aant. 10.1 en 10.2.

¹⁶⁵ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 92, Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 1 bij art. 37 Faillissementswet.

De wederpartij van de gefailleerde komt geen beroep op artikel 37 FW toe, als een van de partijen de overeenkomst *volledig* is nagekomen.¹⁶⁶ Is de lessor bij een financial lease als in de onderhavige situatie de overeenkomst volledig nagekomen?

Paragraaf 2.2.2. zet de kenmerken van de financial lease uiteen. In deze paragraaf komt duidelijk naar voren dat de koopoptie in de leaseovereenkomst een prominente rol speelt bij de beoordeling of sprake is van een *financial* leaseovereenkomst. De koopoptie roept de lessee in teneinde de eigendom van het leaseobject te verkrijgen. De lessee verkrijgt louter in dat geval door middel van overdracht van het leaseobject het eigendomsrecht hierop. Zijn rechtspositie verandert daarmee van houder naar eigenaar.¹⁶⁷

Gedurende de periode dat de lessee de koopoptie niet inroept, heeft de lessor *voorlopig* aan al zijn verplichtingen uit de leaseovereenkomst voldaan. Het voorlopige karakter ligt daarin besloten dat zolang de koopoptie niet is ingeroepen, de overeenkomst volledig is nagekomen door het recht op gebruik te verschaffen. Echter, zodra de lessee de koopoptie inroept dan vervalt het voorlopige karakter en is de leaseovereenkomst niet langer door de lessor *volledig* nagekomen.

Desondanks gaat de literatuur aan het voorlopige karakter van de uitvoering van de leaseovereenkomst voorbij. Daarin wordt de koopoptie blijkbaar als verplichting beschouwd die de lessor niet is nagekomen. Ongeacht of de lessee al dan niet gebruik maakt van de koopoptie. Dit heeft tot gevolg dat de overeenkomst niet volledig is nagekomen waardoor artikel 37 FW van toepassing is.¹⁶⁸

Wanneer de lessee zich beroept op de koopoptie uit de leaseovereenkomst wordt overgegaan tot overdracht van het leaseobject. Hierdoor is de overeenkomst nog *niet geheel* nagekomen omdat bij inroeping van de koopoptie door de lessee nog rechtshandelingen tot overdracht aan de zijde van de lessor dienen plaats te vinden. In dat geval is artikel 37 lid 1 FW wel van toepassing.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Wessels Insolventierecht II, par. 2489 – 2490.

¹⁶⁷ Zie ook hoofdstuk 3.

¹⁶⁸ Harmsen e.a. 2007, p. 78 – 79.

¹⁶⁹ Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2584, Harmsen e.a. 2007, p. 54 – 57.

Toepasselijkheid van artikel 37 FW wordt beoordeeld naar het moment van faillietverklaring. Wenst een partij zich te beroepen op artikel 37 FW dan dient *op het moment van faillietverklaring* niet volledig aan de overeenkomst te zijn voldaan. Roept de lessee derhalve de koopoptie in *voor faillietverklaring*, dan is de overeenkomst niet volledig nagekomen op het moment van faillietverklaring waardoor het onderhavige artikel van toepassing is.¹⁷⁰

Toepasselijkheid van artikel 37 FW brengt met zich mee dat de wederpartij van de gefailleerde het recht heeft, om van de curator binnen een redelijke termijn uitsluitel te verkrijgen over de vraag of hij de overeenkomst gestand zal doen.¹⁷¹ De wederpartij dient hiervoor schriftelijk een verzoek in.¹⁷² Maakt de wederpartij hiervan geen gebruik, dan kan de curator op voet van artikel 6:88 BW de wederpartij verzoeken of hij ontbinding of nakoming van de overeenkomst wenst.¹⁷³

Twee situaties zijn denkbaar. De een is die waar de curator de overeenkomst gestand doet en de ander die waar de curator niet, of niet op tijd, bereid verklaart tot nakoming van de overeenkomst. Achtereenvolgens worden hierna kort beide situaties beschreven.¹⁷⁴

Gestanddoen

De curator die nakoming van de leaseovereenkomst wenst, dient bij zijn verklaring ingevolge artikel 37 lid 2 hiervoor zekerheid te stellen. Zodat de wederpartij die bij gestanddoening nog een gedeelte presteert, zekerheid heeft op volledige voldoening.¹⁷⁵ Daarnaast treft gestanddoening de gehele overeenkomst en niet louter een onderdeel daarvan.¹⁷⁶ Let wel, voor gestanddoening heeft de curator machtiging van de rechter-commissaris nodig ex artikel 68 lid 2 FW.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Wessels Insolventierecht II, par. 2473.

¹⁷¹ Polak Pannevis 2011, p. 92, Harmsen e.a. 2007, p. 57.

¹⁷² Wessels Insolventierecht II, par. 2480.

¹⁷³ Wessels Insolventierecht II, par. 2482.

¹⁷⁴ Polak Pannevis 2011, p. 92 – 93.

¹⁷⁵ Polak Pannevis 2011, p. 92 – 93, Wessels Insolventierecht II, par. 2484.

¹⁷⁶ Wessels Insolventierecht II, par. 2483.

¹⁷⁷ Wessels Insolventierecht II, par. 2481, Zie ook Harmsen e.a. 2007, p. 59.

De curator zal veelal de overeenkomst gestanddoen wanneer de boedel hierbij gebaat is. Denk aan de situatie dat nog een gering aantal periodieke terugbetalingen uit de leaseovereenkomst resteren waarna de eigendom van het leaseobject wordt verworven. Verkoop van het leaseobject kan in dat geval meer opleveren dan de overeenkomst niet nakomen waarna de lessor revindicatie actie uitvoert op het object.¹⁷⁸

Gevolgen niet-gestanddoen

De curator die zich niet bereid verklaart tot nakoming stelt de wederpartij hiervan op de hoogte. Verklaart de curator de overeenkomst niet gestand te doen of niet op tijd, dan staat vast dat de curator zijnerzijds niet zal nakomen. Met als gevolg dat de curator het recht nakoming te vorderen verliest.¹⁷⁹

Vervolgens heeft de lessor een aantal mogelijkheden. Hij kan de leaseovereenkomst ontbinden op grond van artikel 6:265 BW met eventuele schadevergoeding (6:74 BW) of vervangende schadevergoeding (6:87 BW).¹⁸⁰ Voor de vorderingen die hieruit ontstaan kan de lessor als concurrente schuldeiser opkomen in het faillissement ex artikel 37a FW.¹⁸¹

Daarnaast kan ook de curator bij niet-gestanddoen de overeenkomst eenzijdig ontbinden. Hierdoor kan de wederpartij – de lessor – geen nakoming meer vorderingen en dient hij zijn vordering tot schadevergoeding ter verificatie in te dienen.¹⁸²

Ontbinding van de leaseovereenkomst heeft geen terugwerkende kracht noch goederenrechtelijk effect.¹⁸³ Daarom kan de lessor als eigenaar het leaseobject revindiceren van de houder, de lessee.¹⁸⁴

Let wel, de toepasselijkheid van artikel 37 FW wordt niet mogelijk doordat de curator na datum faillietverklaring de koopoptie uit de leaseovereenkomst inroept omdat naar het

¹⁷⁸ Zie voor vergelijkbare situatie paragraaf 4.4, Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2483.

¹⁷⁹ Wessels Insolventierecht II, par. 2485 en 2487, Polak Pannevis 2011, p. 93.

¹⁸⁰ Wessels Insolventierecht II, par. 2485, Harmsen 2007 e.a. p. 59, Polak Pannevis 2011, p. 93.

¹⁸¹ Wessels Insolventierecht II, par. 2494.

¹⁸² Wessels Insolventierecht II, par. 2485, Anders: Polak Pannevis 2011, p. 93.

¹⁸³ Harmsen e.a. 2007, p. 60 – 61.

¹⁸⁴ Harmsen e.a. 2007, p. 79.

moment van faillietverklaring moet worden beoordeeld of de overeenkomst al dan niet volledig is nagekomen. Derhalve maakt de curator hiermee louter zijn wil tot verkrijging van het eigendomsrecht op het leaseobject kenbaar.

Wenst de lessee zijn koopoptie voortvloeiend uit de financial leaseovereenkomst niet in te roepen, dan is de overeenkomst volledig nagekomen door de lessor ten tijde van faillietverklaring. De lessor heeft immers het recht op gebruik verschaft aan de lessee en tot meer is hij contractueel niet verplicht. In dit geval is artikel 37 dus *niet* van toepassing.¹⁸⁵

4.2.2. Voortbestaan van de financial leaseovereenkomst gedurende faillissement

Wordt de financial leaseovereenkomst niet opgezegd, dan ontstaan *na* faillietverklaring vorderingen op de gefailleerde lessee. Deze vorderingen vloeien voort uit de leaseovereenkomst die de lessee verplicht tot betalen – de geldelijke tegenprestatie voor het recht op gebruik.

Volgens artikel 24 FW is de faillissementsboedel niet aansprakelijk voor verbintenissen na faillietverklaring ontstaan.¹⁸⁶ Deze regel betreft een gevolgtrekking uit artikel 23 FW.¹⁸⁷ Doordat de gefailleerde van rechtswege zijn beschikking en beheer over zijn vermogen verliest, is de faillissementsboedel niet aansprakelijk voor verbintenissen *aangegaan na datum faillissement*.¹⁸⁸ De onderhavige situatie waarbij een leaseovereenkomst is aangegaan *voor* datum faillietverklaring wordt dus niet bestreken door artikel 24 FW.

Het uitgangspunt dat een wederkerige overeenkomst niet wordt gewijzigd bij faillietverklaring, betekent niet dat de curator lopende overeenkomsten met betrekking tot de boedel te allen tijde moet respecteren.¹⁸⁹ Hierbij kan gedacht worden aan situaties uit de artikelen 37b, 38, 38a 39 en 40 FW. De Faillissementswet voorziet dus in uitzonderingen op

¹⁸⁵ Wessels Insolventierecht II, par. 2489 – 2490.

¹⁸⁶ Van Sint Truiden 2008, (T&C In), aant. 1 bij art. 24 Faillissementswet.

¹⁸⁷ MvT bij Van Der Feltz I (1896), p. 360.

¹⁸⁸ MvT bij Van Der Feltz I (1896), p. 360 – 361, Verstijlen 2008, (T&C In), aant. 1 bij art. 24 FW.

¹⁸⁹ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 89 – 90.

het uitgangspunt dat het faillissement geen gevolgen heeft voor wederkerige overeenkomsten.¹⁹⁰

Een financial leaseovereenkomst betreft geen huur- dan wel huurkoopovereenkomst.¹⁹¹ Derhalve zijn de bijzondere bepalingen uit de Faillissementswet zoals hierboven vermeldt in beginsel niet van toepassing. Nu een beroep op een van deze bepalingen zowel de curator als de lessor niet toekomt, blijft de financial leaseovereenkomst in beginsel in stand. In overeenstemming met het uitgangspunt dat faillietverklaring wederkerige overeenkomsten ongewijzigd laat.

Omdat geen bijzondere bepaling van toepassing is op de financial leaseovereenkomst wordt teruggevallen op de algemene bepaling van artikel 37 FW voor wederkerige overeenkomsten.¹⁹² Tekst en commentaar bij artikel 37 FW voorziet namelijk ook in het geval dat de wederpartij de overeenkomst *volledig* is nagekomen. Wanneer hiervan sprake is kan de lessor als wederpartij de betalingsverplichtingen uit de leaseovereenkomst van de boedel vorderen.¹⁹³ Onduidelijk is wat met het woord “boedel” in deze zin wordt bedoeld.¹⁹⁴ De Memorie van Toelichting beschrijft diezelfde situatie en voegt hieraan toe: “In elk geval weet hij a priori, dat hij niet op nakoming der verbintenis van de zijde des curators heeft te rekenen en kan hij daarnaar zijne maatregelen nemen.”¹⁹⁵ Verder schrijft de Memorie van Toelichting bij artikel 37 FW, dat de wederpartij ontbinding van de overeenkomst kan vragen en voor schadevergoeding als concurrente schuldeiser kan optreden.¹⁹⁶ Mijns inziens moet gezien de context en de MvT het woord ‘boedel’ zo worden begrepen dat de lessor als concurrente schuldeiser kan opkomen in een faillissement en zodoende deelneemt in de uitdeling van de boedel bij beëindiging van het faillissement. Maar niet dat hij na datum faillissement vorderingen op de boedel verkrijgt. Dit sluit ook aan bij de gedachte dat onder het vermogen

¹⁹⁰ Wessels Insolventierecht II, par. 2466.

¹⁹¹ Zie Hoofdstuk 3.

¹⁹² Wessels Insolventierecht II, par. 2584. Zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2577 – 2578.

¹⁹³ Van Sint Truiden 2008, (T&C In), aant. 2 bij art. 37 Faillissementswet.

¹⁹⁴ Zie ook Harmsen e.a. 2007, p. 16.

¹⁹⁵ MvT bij Van Der Feltz I (1896), p. 409.

¹⁹⁶ Zie Noot 159.

dat door het faillissementsbeslag wordt getroffen niet de verplichtingen van de schuldenaar vallen.¹⁹⁷

Nebula nuancering

Het uitgangspunt dat een wederkerige overeenkomst niet wordt gewijzigd bij faillietverklaring heeft niet tot gevolg dat de lessor nakoming van de overeenkomst door de curator kan afdwingen. De curator is niet verplicht de leaseovereenkomst na te komen.¹⁹⁸ Bovendien geldt volgens jurisprudentie dat dit recht op wanprestatie zich niet alleen vertaalt in een ‘doen’, maar ook wanneer de lessee gehouden was tot een ‘niet-doen’.¹⁹⁹ Louter in de wet geregelde gevallen is de wederpartij bevoegd een prestatie of dulden te verlangen van de curator.²⁰⁰

Stel, op de curator rust de verplichting tot nakoming van een leaseovereenkomst. Vervolgens oefent de lessor zijn rechten als schuldeiser uit alsof er geen faillissement ware dan blijft er weinig tot geen actief over voor de andere crediteuren.²⁰¹ Dit zou namelijk inhouden dat de curator uit de faillissementsboedel de resterende periodieke terugbetalingen dient te voldoen. In dat geval drukken de betalingen op de faillissementsboedel. Hierdoor worden de overige crediteuren indirect benadeeld omdat bij de financiële afwikkeling van het faillissement minder liquide middelen beschikbaar zijn voor uitdeling.

Bij benadeling worden de crediteuren in een faillissement niet langer gelijk behandeld. Dit verstoort de paritas creditorum. De paritas creditorum houdt in dat crediteuren op volstrekt gelijke voet worden behandeld, en dat geen crediteur aanspraak kan maken op een

¹⁹⁷ Wessels Insolventierecht II, par. 2014.

¹⁹⁸ Polak Pannevis 2011, p. 90 – 91, Harmsen e.a. 2007, p. 53.

¹⁹⁹ HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula). Zie ook Harmsen e.a. 2007, p. 53.

²⁰⁰ Polak Pannevis 2011, p. 91.

²⁰¹ Wessels Insolventierecht II, par. 2491c.

‘voorkeursbehandeling’.²⁰² Bij ongelijke behandeling van crediteuren wordt het beginsel van gelijkheid van crediteuren op onaanvaardbare wijze doorkruist.²⁰³

Zulks laat een spanningsveld ontstaan tussen enerzijds de hoofdregel dat faillietverklaring de rechten en verplichtingen uit overeenkomsten ongewijzigd laat en anderzijds een verstoring van de gelijkheid van crediteuren.²⁰⁴

Gestand doen van de leaseovereenkomst zou immers op de faillissementsboedel drukken en het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze doorbreken.²⁰⁵ Derhalve behoeft de curator de leaseovereenkomst die is aangegaan voor datum faillissement niet na te komen, tenzij de wet dit uitdrukkelijk bepaalt.²⁰⁶

De lessor kan geen rechten uitoefenen jegens de faillissementsboedel. Wel heeft hij de mogelijkheid zich te verhalen op het vermogen van de gefailleerde dat buiten de faillissementsboedel valt. Na afloop van het faillissement kan de lessor zich wederom verhalen op het vermogen van de lessee, omdat het einde van het faillissement de niet-voldane verbintenis intact laat.²⁰⁷ Wenst de lessor ontbinding, dan kan hij ingevolge artikel 37a FW als concurrente schuldeiser vorderingen voortvloeiend uit ontbinding of vernietiging van een voor faillietverklaring aangegane leaseovereenkomst indienen ter verificatie.²⁰⁸

²⁰² HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (concl.) (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula), onder 12, zie ook Wessels Insolventierecht II, par. 2491c.

²⁰³ Polak Pannevis, *Insolventierecht* 2011, p. 90 – 93, HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula), Wessels Insolventierecht II, par. 2491 c, Zie ook Wessels Insolventierecht 2491e – g.

²⁰⁴ Wessels Insolventierecht II, par. 2491c.

²⁰⁵ Polak Pannevis, *Insolventierecht* 2011, p. 90 – 93, HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula), Wessels Insolventierecht II, par. 2491 c, Zie ook Wessels Insolventierecht 2491e – g.

²⁰⁶ Polak Pannevis, *Insolventierecht* 2011, p. 91, Vgl. Wessels Insolventierecht II, par. 2491e.

²⁰⁷ Artikel 195 Faillissementswet, Wessels Insolventierecht II, par. 2247.

²⁰⁸ Wessels Insolventierecht II, par. 2494 – 2495, Van Sint Truiden 2008, (T&C In) aantekening bij art. 37a Faillissementswet.

Let wel, voorgaande is van toepassing als de financial leaseovereenkomst als wederkerige overeenkomst wordt gekenmerkt als in artikel 6:261 BW. Als bijzondere wettelijke regelingen van huur of huurkoop op de leaseovereenkomst van toepassing zijn, wijzigt de situatie. Andere goederenrechtelijke rechten treden in en de rechtspositie van partijen verandert.

Contractsclausule

Daarnaast zullen leaseovereenkomsten veelal een beëindigingclausule bevatten voor het geval dat de lessee faillieert. In dat geval komt de lessor de bevoegdheid toe de overeenkomst buitengerechtelijk te ontbinden. Zodat de lessor weer volledig en vrijelijk over het leaseobject kan beschikken.²⁰⁹

4.3. Huurkoop als hulpmiddel bij faillietverklaring

De rechtspraak kent geen zelfstandige betekenis toe aan een leaseovereenkomst c.q. financial leaseovereenkomst.²¹⁰ Zij acht de kwalificatie omtrent financial dan wel operational lease met name van belang voor het fiscaal recht.²¹¹ Duidelijk is dat de rechtbank aansluiting zoekt bij het bestaande wettelijk systeem. De rechtbank zoekt daarom naar bijzondere wettelijke regeling zoals huur en huurkoop. Slaagt de rechtbank hier niet in dan valt zij terug op de algemene bepaling uit artikel 6:261 BW.

De zoektocht naar een aansluitende wettelijke regeling heeft niet alleen vergaande gevolgen voor contractspartijen maar ook voor de faillissementsprocedure. Indien de financial leaseovereenkomst onder toepassing van de wettelijke regeling huurkoop valt, zijn andere regelingen van toepassing die tevens doorwerken in een faillissementsprocedure. Desalniettemin betreft de rechtsverhouding van de lessee met betrekking tot het leaseobject nog steeds houderschap.

De wettelijke regeling huurkoop is te vinden in artikel 7A:1576h lid 1 BW en kenmerkt zich door de aanwezigheid van een eigendomsvoorbehoud als in artikel 3:92 BW.²¹² Eigendomsvoorbehoud houdt in dat de vervreemder van een zaak zich de eigendom daarvan

²⁰⁹ Vgl. HR 13 mei 2005, *LJN*: AT2650 (BaByXL).

²¹⁰ Anders: Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90.

²¹¹ Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562, r.o. 3.16.

²¹² Asser/Hijma 5-I 2007/125, Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/524.

voorbehoud totdat de vordering die hij op de verkrijger heeft, wordt voldaan.²¹³ Derhalve heeft de lessee bij toepassing van de wettelijke regeling huurkoop op de financial leaseovereenkomst als verkrijger een voorwaardelijk eigendomsrecht op het leaseobject. Pas bij gehele voldoening door de lessee van de vordering voortvloeiend uit de financial leaseovereenkomst wordt aan deze voorwaarde voldaan. Bij vervulling van de voorwaarde verkrijgt de lessee van rechtswege het eigendomsrecht van het leaseobject. Andere (rechts)handelingen zijn niet nodig en het eigendom is overgedragen conform art. 3:84 BW.

Voor de curator is het wenselijk dat het leaseobject in eigendom toebehoort aan de lessee. Alleen dan kan de curator het leaseobject vervreemden en zodoende gelden ontvangen ten behoeve van de faillissementsboedel. Uiteindelijk profiteren de crediteuren van het faillissement hiervan. Door de financial leaseovereenkomst als huurkoopovereenkomst te kwalificeren verkrijgt de lessee een andere rechtspositie ten opzichte van het leaseobject. Hij heeft dan namelijk een voorwaardelijk eigendomsrecht op het leaseobject. Stel, de leaseovereenkomst wordt gekwalificeerd als huurkoopovereenkomst. Welke mogelijkheden biedt deze rechtspositie dan voor de curator ten tijde van een faillissement?

4.3.1. Toepassing van artikel 38a Faillissementswet

Bij analoge toepassing van de wettelijke regeling huurkoop op de financial leaseovereenkomst vervult de lessee de positie van huurkoper en de lessor die van huurverkoper. In artikel 38a FW is een speciale regeling opgenomen voor het faillissement van de huurkoper – dus de gefailleerde lessee. Volgens deze regeling *kan* de curator net als de huurverkoper de huurkoop ontbonden verklaren.²¹⁴ Artikel 38a FW geldt alleen voor roerende zaken die geen registergoederen zijn en vindt uitsluitend toepassing bij een faillissement van de huurkoper.²¹⁵

De huurkoopovereenkomst ontbinden is echter niet zonder gevolgen. Door ontbinding van de overeenkomst vervalt het voorwaardelijk eigendomsrecht van de huurkoper en kan de

²¹³ Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/522.

²¹⁴ Wessels Insolventierecht II, par. 2502, Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 2 bij art. 38a Faillissementswet.

²¹⁵ Polak Pannevis, Insolventierecht 2011, p. 96, Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 1 bij art. 38a Faillissementswet.

huurverkoper als eigenaar het leaseobject revindicieren. Maar ook kan de huurverkoper die de overeenkomst ontbindt in een betere vermogenstoestand te geraken.

Bij een naderend afloop van de leaseovereenkomst resteert een gering aantal aflossingen. Het overgrote gedeelte van de waarde van het leaseobject heeft de lessee reeds terugbetaald door middel van aflossingen – inclusief rente – aan de lessor. Stel de lessor ontbindt op grond van artikel 38a FW de overeenkomst. Dan vindt er geen overdracht van het leaseobject aan de lessee plaats en blijft het eigendomsrecht hiervan toekomen aan de lessor. De aflossingen dienden er in eerste instantie toe de lessee uiteindelijk het eigendom van het leaseobject te verwerven. Echter, door ontbinding behoudt de lessor het eigendom. Dit heeft tot gevolg dat de lessor in een betere vermogenstoestand geraakt dan voorheen. De aflossingen én het leaseobject vallen nu immers in zijn vermogen.

De huurverkoper die in een betere vermogenstoestand verkeert bij ontbinding van de huurkoopovereenkomst wordt geconfronteerd met verrekening.²¹⁶ Op grond van artikel 7A:1576t BW vindt verrekening plaats indien de overeenkomst wordt ontbonden.²¹⁷ Voor verrekening is vereist dat de overeenkomst wordt ontbonden wegens niet nakoming van de huurkoper *en* dat de huurverkoper in een betere vermogenspositie geraakt dan bij het in stand blijven van de overeenkomst. Uit de memorie van toelichting bij dit artikel blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat de huurverkoper nooit meer mag ontvangen dan hij zou hebben ontvangen bij correcte nakoming van de overeenkomst van huurkoop.²¹⁸ In het bovenstaande voorbeeld is de situatie geschetst waarin de huurverkoper duidelijk in een betere vermogenspositie geraakt.²¹⁹

Artikel 7A:1576t BW is ook van toepassing bij ontbinding op grond van artikel 38a FW.²²⁰ Derhalve heeft de curator met artikel 7A:1576t BW een rechtsmiddel tot verrekening in handen.²²¹ Hij vraagt hiermee compensatie voor de betere vermogenspositie waar de

²¹⁶ Polak Pannevis, *Insolventierecht* 2011, p. 96.

²¹⁷ Zie bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, *JOR* 2010/45, Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 3 bij art. 38a Faillissementswet, Zie ook: Van Hees 1997, *Serie Onderneming en Recht*, p. 184.

²¹⁸ MvT bij art. 1576t BW, *Handelingen der Staten-Generaal*, Bijlagen 1933/34, nr. 431. 3

²¹⁹ Zie ook: Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, *JOR* 2010/45.

²²⁰ Polak *Insolventierecht* 2011, p. 96, Wessels *Insolventierecht II*, par. 2506 – 2507, Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. 3 bij art. 38a Faillissementswet.

²²¹ De wettelijke regeling van huurkoop kent bijzondere bepalingen betreffende ontbinding die als *lex specialis* gelden ten opzichte van de bepalingen uit Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

huurverkoper/lessor in verkeert nadat de overeenkomsten is ontbonden.²²² Doch, de curator kan dit rechtsmiddel alleen gebruiken indien de financial leaseovereenkomst wordt aangemerkt als zijnde huurkoop.

Gezien het voorgaande is het wenselijk dat de wettelijke regeling van huurkoop van toepassing is op de financial leaseovereenkomst. Hoe kan de curator dit bewerkstelligen?

Paragraaf 3.2.1. beschrijft welke gronden van belang zijn om de financial leaseovereenkomst aan te merken als zijnde huurkoop. In de lijn van jurisprudentie lijkt de rechterlijke macht de meeste waarde te hechten aan het feit of een redelijk handelende partij naar alle waarschijnlijkheid zal overgaan tot het verwerven van het eigendomsrecht. Met name de hoogte van het koopoptiebedrag lijkt hierin een doorslaggevende rol te spelen. Maar ook andere stukken waaruit de intenties van partijen tot overdracht blijken, neemt de rechtspraak mee in haar beoordeling. Deze punten in acht genomen, kan de curator een vruchtbaar beroep doen op analoge toepassing van de wettelijke regeling huurkoop op de onderhavige financial leaseovereenkomst. Vervolgens beroept de curator zich op artikel 7A:1576t BW en vraagt compensatie aan de lessor.²²³

Wenst de lessor niet mee te werken aan compensatie door middel van verrekening, dan kan de curator de revindicatie blokkeren op grond van artikel 7A:1576u BW. De curator kan hiermee de lessor ertoe bewegen als nog plaats te nemen aan de onderhandelingstafel.

Mocht uiteindelijk blijken dat op grond van artikel 7A:1576t BW verrekening niet op zijn plaats is, dan voorziet de wet nog in een vangnetbepaling. Te weten artikel 6:212 BW, ongerechtvaardigde verrijking.²²⁴

4.3.2. Belastingdienst als boosdoener

Heeft de gefailleerde lessee aanzienlijke belastingschulden dan is de kwalificatie van leaseovereenkomst als zijnde huurkoop minder gewenst. De belastingdienst oefent zijn bodemrecht uit op goederen van de gefailleerde. Juist omdat de zaak onder titel van huurkoop

²²² Zie ook: Van hees 1997, Serie Onderneming en Recht, p. 196.

²²³ Zie paragraaf 3.2.1.

²²⁴ Van Vliet, NTBR 2008, 43.

aan de gefailleerde is geleverd kunnen partijen zich *niet* met succes hiertegen verzetten. Paragraaf 3.2.2. beschrijft wanneer en onder welke voorwaarden de belastingdienst zijn bodemrecht kan uitoefenen.

Beroept de curator zich op de wettelijke regeling huurkoop, dan verliest hij naar alle waarschijnlijkheid het leaseobject aan de fiscus doordat er geen sprake is van reëel eigendom.²²⁵ De fiscus dient dan wel op zijn beurt gebruik te maken van zijn bodemrecht.

Gezien het voorgaande ontstaat een spanningsveld wanneer de lessee aanzienlijke belastingschulden heeft en hij een financial leaseovereenkomst is aangegaan waar de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst weer volledig en vrijelijk over het leaseobject kan beschikken. Dat de belastingschulden over het algemeen op voorhand niet zijn te bepalen, maakt het des te lastiger voor de curator juist te handelen.

Kortom de curator doet er verstandig aan zorgvuldig en doordacht met leaseovereenkomsten om te gaan, wil hij de meest gunstige situatie voor de faillissementsboedel creëren. De kwalificatie van de leaseovereenkomst als zijnde huurkoopovereenkomst levert profijt op doordat de curator gebruik maakt van de specifieke bepaling van verrekening.²²⁶ Mengt ook de fiscus zich in een faillissementsprocedure, dan verdient de voorkeur dat de wederkerige overeenkomst c.q. leaseovereenkomst in zijn huidige vorm blijft omdat de fiscus anders zijn bodemrecht kan uitoefenen en hij het leaseobject onttrekt aan de faillissementsboedel.

4.4. Praktische overweging

Ontbinding van de leaseovereenkomst creëert niet altijd de meest gunstige situatie voor de faillissementsboedel. Resteren er op grond van de leaseovereenkomst nog een gering aantal periodieke terugbetalingen, dan kan dit voordeel opleveren voor de faillissementsboedel als de curator deze voldoet. Dit komt doordat de curator hierna door gebruik van de koopoptie uit de leaseovereenkomst de eigendom van het leaseobject verwerft. Doordat het eigendom daarom in de faillissementsboedel valt, kan de curator het leaseobject vervreemden aan een

²²⁵ Zie paragraaf 3.2.2.

²²⁶ Zie paragraaf 3.2.2.

derde tegen een geldelijke prestatie. Op deze manier worden gelden voor de faillissementsboedel verzameld die uiteindelijk bij uitdeling toekomen aan de crediteuren.

Wil de curator dit realiseren dan zal hij gebruik moeten maken van de koopoptie. Uit paragraaf 4.2. blijkt dat de overeenkomst in beginsel in stand blijft. Mijns inziens is de curator bevoegd de overeenkomst na te komen door gebruik te maken van de koopoptie. Hij wenst in dat geval de overeenkomst gestand te doen. Let wel, hiervoor dient de curator toestemming te hebben van de rechter-commissaris ex. artikel 68 lid 2 FW.

Weliswaar komen de resterende terugbetalingen ten laste van de faillissementsboedel, maar de opbrengsten uit verkoop kunnen deze lasten overtreffen. Hiervoor dient de curator zich rekenschap te geven van de aantal en hoogte van de periodieke terugbetalingen die resteren en de waarde van het leaseobject op dat moment.

5. Conclusie en aanbevelingen

Leaseconstructies komen in verschillende hoedanigheden voor. De bekendste daarvan zijn de operational en financial lease. Deze leaseconstructies worden in overeenkomsten opgenomen. Zowel de financial als operational leaseovereenkomst kenmerkt zich doordat de ene partij, de lessor, zich verplicht om de andere partij, de lessee, in staat te stellen tijdens de duur van de overeenkomst gebruik te maken van het object van de leaseovereenkomst, in ruil voor een – veelal geldelijke – tegenprestatie van de lessee. Leaseovereenkomsten zijn derhalve wederkerige overeenkomsten in de zin van artikel 6:261 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”).

De financial lease is echter een geval apart. Bij deze leasevorm wordt contractueel niet louter het gebruik over het object aan de lessee verschaft. De financial leaseovereenkomst wordt contractueel zo opgesteld, dat het volledig economische belang tot het leaseobject verschuift naar de lessee. Daar de lessor als juridische eigenaar nochtans het eigendomsrecht op het leaseobject heeft. Aan het einde van de leaseovereenkomst kan de lessee door de koopoptie in te roepen de eigendom van het leaseobject verwerven.

Contractuele verdeling over partijen van belangen en rechten is in strijd met het gesloten goederenrechtelijke systeem tenzij zij dit wettelijk toelaat. Dat de verdeling van belangen en rechten over verschillende partijen niet gewenst is, komt met name tot uitdrukking in het fiduciaverbod. De financial lease is een variant die niet is gecodificeerd en ook niet (volledig) aansluit op een wettelijke regeling. Hierdoor ontstaan voor de financial leaseovereenkomst in het bijzonder kwalificatie problemen.

Door de literatuur en de jurisprudentie wordt de financial lease in verband gebracht met de bijzondere wettelijke regelingen van huur en huurkoop. De financial lease vertoont echter ook gelijkenissen met juridisch eigendom. Dit komt doordat het leaseobject op de balans van de lessee wordt vermeld en zo het vermoeden van kredietwaardigheid en eigendom wekt. Maar nog belangrijker, doordat de waardeverminderingen in de sfeer van de lessee vallen, loopt hij dezelfde risico's als een juridische eigenaar. De rechtspositie van de lessee is derhalve vergelijkbaar met die van de juridische eigenaar. Desondanks wijken de kenmerken van de financial lease zodanig af van de bijzondere wettelijke regelingen van huur, huurkoop dan wel eigendom, dat die niet van toepassing zijn op de financial leaseovereenkomst.

Als gevolg hiervan moet de financial leaseovereenkomst worden beoordeeld naar haar primaat in het thans geldende goederenrechtelijke systeem. De rechtspositie van de lessee tot het leaseobject kwalificeert zich derhalve niet anders dan houderschap. De lessor is de juridisch eigenaar van het leaseobject.

De kwalificatieproblematiek maakt het lastig voor de curator te ageren op een financial leaseovereenkomst. De kwalificatie van de leaseovereenkomst heeft vergaande gevolgen voor een faillissementsprocedure.

De rechten en verplichtingen uit wederkerige overeenkomsten worden niet gewijzigd door de faillietverklaring van de lessee. Louter bijzondere wettelijke bepalingen uit de Faillissementswet kunnen hier verandering in aanbrengen. Op de financial leaseovereenkomst is geen van deze bepalingen van toepassing.

Artikel 37 Faillissementswet is een algemene bepaling uit de Faillissementswet die de onzekere rechtssituatie, ontstaan door faillietverklaring, probeert weg te nemen. Voor toepasselijkheid van artikel 37 van de Faillissementswet is vereist dat geen van de partijen de overeenkomst volledig is nagekomen. Of de overeenkomst volledig is nagekomen moet worden beoordeeld naar het moment van faillietverklaring.

De financial leaseovereenkomst heeft een voorlopig karakter doordat de overeenkomst een koopoptie bevat. Wenst de lessee of de curator gebruik te maken van de koopoptie uit die overeenkomst dan is door de wederpartij niet langer volledig aan de overeenkomst voldaan. In dat geval zijn er immers rechtshandelingen vereist voor de overdracht van het leaseobject aan de lessee. Doordat de lessor niet langer volledig aan de overeenkomst heeft voldaan, is artikel 37 Faillissementswet van toepassing. Hiervan is echter alleen sprake op het moment dat de koopoptie voor faillietverklaring wordt ingeroepen.

Roept de lessee voor faillietverklaring de koopoptie in dan scheidt artikel 37 van de Faillissementswet de bevoegdheid voor de lessor, maar ook voor de curator, uitsluitel te verkrijgen van de wederpartij of de overeenkomst al dan niet zal worden nagekomen.

Wordt de koopoptie niet ingeroepen voor faillietverklaring dan is de lessor de leaseovereenkomst volledig nagekomen door aan de lessee het recht op gebruik over het leaseobject te verschaffen. Artikel 37 Faillissementswet vindt dan geen toepassing. Hierdoor blijft de leaseovereenkomst in stand.

Desondanks behoeft de curator de verplichtingen voortvloeiend uit de leaseovereenkomst die is aangegaan voor faillietverklaring gedurende een faillissementsprocedure niet na te komen. Dit volgt uit de Nebula nuancering. Zou hier wel sprake van zijn dan zou dit het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van crediteuren op onaanvaardbare wijze doorbreken.

Gezien het voorgaande kan de lessor geen rechten uitoefenen jegens de faillissementsboedel. Wel heeft hij de mogelijkheid zich te verhalen op het vermogen van de gefailleerde dat buiten de faillissementsboedel valt. Na afloop van het faillissement kan de lessor zich wederom verhalen op het vermogen van de lessee, omdat het einde van het faillissement de niet-voldane verbintenis intact laat.

Een nog belangrijker gevolg van een faillissement voor de financial leaseovereenkomst is de mogelijkheid voor de lessor als eigenaar tot revindicatie van het leaseobject, zonder compensatie voor de lessee voor zijn gedane periodieke betalingen/aflossingen, over te gaan. Analoge toepassing van de wettelijke regeling huurkoop kan uitkomst bieden. Maar zoals eerder beschreven is de financial lease niet altijd te kwalificeren als huurkoop. Gaat de lessor over tot revindicatie, dan staan de curator en crediteuren van het faillissement met lege handen. Dit komt doordat een vergelijkbare wettelijke regeling tot compensatie als bij huurkoop, ontbreekt voor de financial lease. Mijns inziens zou een dergelijke regeling wenselijk zijn. De hierboven beschreven leemte in de wet leidt tot de aanbeveling een wettelijke bepaling op te nemen die in deze situatie voorziet en rechtvaardiger is voor alle betrokken partijen.

Artikel 37 FW bevat een algemene bepaling voor wat betreft wederkerige overeenkomsten. Vervolgens voorziet de faillissementswet in specifieke duurovereenkomsten zoals in artikel 38 tot en met 40 FW is vermeld. Ook de leaseovereenkomst betreft een specifieke duurovereenkomst. Daarom verdient aanbeveling de codificatie van een specifieke bepaling

voor lease op te nemen bij de artikelen 38 tot en met 40 FW. De lease toont veel gelijkenissen met de huurkoopovereenkomst, waarin de Faillissementswet voorziet in artikel 38a FW.

Daarom zou de volgende bepaling artikel 38b FW, genaamd lease, als volgt opgenomen kunnen worden:

Art. 38b

- 1. Indien de gefailleerde lessee is, kan zowel de curator als de lessor de leaseovereenkomst ontbonden verklaren met inachtneming van de volgende leden.
- 2. Lid 1 kan pas dan worden ingeroepen wanneer de lessor niet in een onredelijk bevoordeelde positie komt te verkeren na het ontbonden verklaren van de leaseovereenkomst.
- 3. Lid 1 en 2 zijn niet van toepassing indien de curator de leaseovereenkomst wenst na te komen omdat de boedel hierbij gebaat is.
- 3. In uitzondering op lid 2 en 3 is lid 1 onverkort van toepassing als de curator namens de lessee niet binnen 21 dagen te rekenen vanaf dag van faillietverklaring schriftelijk kenbaar heeft gemaakt de overeenkomst al dan niet na te willen komen.

Door het voorgaande artikel in te voeren, ontnem je partijen niet de mogelijkheid middels een financial leaseovereenkomst een verbintenisrechtelijke fragmentatie van eigendom te bewerkstelligen. Goederenrechtelijk wordt die splitsing niet erkend en daarom is dat ook niet noodzakelijk. Het artikel heeft een meer praktische insteek en biedt een oplossing voor daar waar de financial lease merkbaar problemen veroorzaakt, bij faillietverklaring van de lessee. Het artikel schept namelijk de zekerheid voor de curator van de gefailleerde lessee – en daarmee indirect de crediteuren van het faillissement – dat het leaseobject niet zonder compensatie wordt gerevindiceerd in het geval dit een bevoordeelde situatie voor de lessor zou opleveren. De overeenkomst is immers afgesloten door de lessee met de intentie aan het einde van de overeenkomst de eigendom over het leaseobject te verwerven. Daarnaast gelden zijn periodieke terugbetalingen als aflossingen. Die aflossingen pretenderen vermogensopbouw en moeten daarom worden gecompenseerd. Met dien verstande dat in de compensatie voor de lessor rekening wordt gehouden met het feit dat de lessee zijn overeenkomst niet volledig nakomt voor wat betreft de achterstallige termijnen. Op deze wijze wordt een middenweg gezocht tussen de belangen van de lessor en de gefailleerde lessee.

Literatuurlijst

Boeken:

Asser/Hijma 5-I 2007.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Bijzondere overeenkomsten, Deel 5-I Koop en ruil, zevende druk, bewerkt door J.A.C. Hijma, Deventer: Kluwer 2007 (oude indeling).

Asser/Mijnssen-De Haan-Van Dam 3-I 2006.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Vermogensrecht algemeen, Deel 3-I Algemeen goederenrecht, vijftiende druk, bewerkt door F.H.J. Mijnssen, P. de Haan, C.C. van Dam en H.D. Ploeger, Deventer: Kluwer 2006 (oude indeling).

Asser/Mijnssen- Van Velten & Bartels 5* 2008.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Zakenrecht, Deel 5* Eigendom en beperkte rechten, vijftiende druk, bewerkt door F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten en S.E. Bartels, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Vermogensrecht algemeen, Deel 3-VI* Zekerheidsrechten, veertiende druk, bewerkt door A.I.M. van Mierlo en A.A. van Velten, Deventer: Kluwer 2010.

Beckman 2008.

H. Beckman, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Beek van den Boezem 2010.

F.E.J. Beek van den Boezem en C.E. Goosmann, 'Centraal pandregister voor roerende zaken schiet zijn doel voorbij!', in: *Bancaire zekerheid* door: N.E.D. Faber, H.J. Damkot, N.S.G.J. Vermunt, Ch.A.M. Domingus, Serie Onderneming en Recht deel 58, Deventer: Kluwer 2010.

Christiaans en Verstijlen 2008 (T&C), art. 20 Faillissementswet.

Christiaans en Verstijlen (T&C Insolventierecht), commentaar op art. 20 Faillissementswet.

Christiaans en Verstijlen 2008 (T&C), art. 23 Faillissementswet.

Christiaans en Verstijlen (T&C Insolventierecht), commentaar op art. 23 Faillissementswet.

Goederenrecht (Snijders/Rank-Berenschot).

H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, 5^e druk.

Harmsen e.a. 2007.

C.M. Harmsen e.a., *Lopende overeenkomsten en afkoelingsperiode*, Praktijkboek Insolventierecht Deel 2, Deventer: Kluwer 2007.

Hijma e.a. 2010.

Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel en W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, 6^e druk.

Hijma en Olthof 2011.

Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Huijgen 1995.

W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Jansen 2007.

C.J.H. Jansen, 'Fiduciaire rechtshandelingen in historisch perspectief', in: *Fiduciaire verhoudingen* door N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt, Serie Onderneming en Recht, deel 41, Deventer: Kluwer, 2007, p. 105 – 117.

Leasing: Verslag van de vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" 1989.

Verslag van de Vergadering van de Vereeniging "Handelsrecht" 10 maart 1989 over Leasing: naar aanleiding van de preadviezen van Prof. Mr. W.M. Kleijn c.s. en Mr. J.S. Rijkels, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

Lokin 2007.

J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in: *Fiduciaire verhoudingen* door N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen, N.S.G.J. Vermunt, Serie Onderneming en Recht, deel 41, Deventer: Kluwer, 2007, p.137-155.

MvT bij Van Der Feltz I (1896).

Memorie van Toelichting, zie G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896).

Meijers 1999.

E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht*, Leiden 1999.

Nieskens 1993.

B.W.M. Nieskens Ispording e.a., *Van Nieuw BW naar BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Olthof 2009, (T&C) 6:261 BW.

Olthof (T&C Vermogensrecht), commentaar op artikel 261 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

Oosterhuis-Smits & Behrendt 1971.

M.C. Oosterhuis-Smits en H.H. Behrendt, *Enige juridische aspecten van leasing*, Pre Adviezen (1971 : voor nieuw BW).

Parlementaire Geschiedenis Boek 3

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981.

Polak Pannevis, Insolventierecht 2011.

Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp.

A. Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht (deel 3), Goederenrecht (voorheen Het Zakenrecht) , dertiende druk door W.H.M. Reehuis en A.H.T. Heiserkamp, Deventer: Kluwer 2012.

Rank 1998.

W.A.K. Rank 'De (on)hanteerbaarheid van het Nederlandse recht voor de moderne financiële praktijk', in: *Serie Onderneming en Recht deel 12*, Deventer: Kluwer 1998.

Stein 2011, (GS) 3:227 BW.

P.A. Stein, GS Vermogensrecht, commentaar op art. 3:227 BW.

Struycken 2007.

T.H.D. Struycken en N.E.D. Faber, 'De numerus clausus in het goederenrecht', in: *Serie Onderneming en Recht, deel 37*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Galen 2004, (GS) 37 FW.

R.A. van Galen, GS Faillissementswet, commentaar op art. 37 FW.

Van Hees 1997, Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht.

J.J. Van Hees, 'Leasing Algemeen', in: *Vermogensrechtelijke aspecten van leasing. Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

Van Hees 1997, Serie Onderneming en Recht.

J.J. van Hees, 'Leasing', in: *Serie Onderneming en Recht, deel 8*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. X bij art. 37 Faillissementswet.

Van Sint Truiden (T&C Insolventierecht), commentaar op art. 37 Faillissementswet.

Van Sint Truiden 2010, (T&C In), aant. X bij art. 38a Faillissementswet.

Van Sint Truiden (T&C Insolventierecht), commentaar op art. 38a Faillissementswet.

Van Velten 1982.

A.a. van Velten, *Kopers en economische eigenaars van onroerend goed*, Kluwer: Deventer 1982.

Van Velten 2009.

A.A. van Velten, *privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, in: *Serie Ars Notariatus 120*, Deventer: Kluwer 2009, p.215-225.

Van Zeben 1981.

Van Zeben, Du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek*, Boek 3: Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981, algemene opmerkingen over de boeken 3,5 en 6.

Wessels Insolventierecht I.

B. Wessels, *Faillietverklaring*, Deel I, Deventer: Kluwer 2009.

Wessels Insolventierecht II.

B. Wessels, *Gevolgen van Faillietverklaring* (1), Deel II, Deventer: Kluwer 2009.

Wessels Insolventierecht V, 3^e druk, 2011.

B. Wessels, *Verificatie van schuldvorderingen*, Deel V, Deventer: Kluwer 2011.

Bruins Slot, TFO 2007, 42.

W. Bruins Slot, 'Een nieuwe kijk op economische eigendom', *TFO* 2007, 42, p. 1 – 12.

Cordewener, WPNR 1998, 6334.

M.H.R.N.Y. Cordewener en B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Analoge toepassing van bepalingen rond huurkoop van roerende zaken op financial lease is uit de tijd' *WPNR* 1998, 6334, p. 701-704.

Eijkenduijn, WFR 2005, 917.

A.A. Eijkenduijn en A. Rozendal, 'Een nieuwe invulling van het begrip "economische eigendom"?', *WFR* 2005, 917, p. 1 – 4.

Giele, WFR 1966, 4789.

J.F.M. Giele, 'To lease or not to lease', *WFR* 1966, 4789, p. 141 – 145.

Heyman, WPNR 1994, 6119.

H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiduciaverbod', *WPNR* 1994, 6119, p. 1 – 14.

Jager en Van Veen, MAB, 2001.

J.H. Jager en H.B. van Veen, *Verwerking van leasecontracten in de jaarrekening*, Externe verslaggeving, Maandblad voor Accountancy en bedrijfseconomie (MAB), maart 2001, par. 2.1

Kleijn, WPNR 1994, 6119.

W.M. Kleijn, 'Conversie voor alle zekerheid', *WPNR* 1994, 6119, p. 15 – 17.

Kortmann, WPNR 1994, 6119.

S.C.J.J. Kortmann, 'Struikelt leasing over de dode letter van art. 3:84 BW?', *WPNR* 1994, 6119, p. 18 – 23.

Moltmaker, WFR 1966, 4789.

J.K. Moltmaker, 'Toepassing van de Registratie- en Zegelwet op leasecontracten', *WFR* 1966, 4789, p. 146 – 152.

Van Lokven, WFR 1999, 1356.

G.M.H. van Lokven, 'Heffing van omzetbelasting bij leasing', *WFR* 1999, 1356, p. 1- 7.

Van Vliet, NTBR 2008, 43.

L.P.W. van Vliet, 'Eigendom als zekerheidsmiddel: moet overwaarde verrekend worden?', *NTBR* 2008, 43.

Jurisprudentie:

HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119 (Sogelease).

HR 12 juli 2002, *LJN*: AE 2178.

HR 13 mei 2005, *LJN*: AT2650 (BaByXL).

HR 18 november 2005, *NJ* 2006, 151 (BTL-Van Summeren).

HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula).

HR 9 november 2007, *LJN*: BB5613.

HR 9 juli 2010, *LJN*: BM3868.

Hof Arnhem 16 augustus 2000, *LJN*: AA7850 .

Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2008, *RI*: 2008/90.

Rb. Den Bosch 13 juni 1997, *NJ* 1998, 432.

Rb. 's – Gravenhage 9 december 2009, *JOR* 2010/45.

Rb. Breda 19 januari 2011, *LJN*: BP1562.

Rb. Utrecht 30 maart 2011, *LJN*: BQ7824.

Rb. Roermond (pres.) 16 juli 1992, *LJN*: AD1718.

Internetbronnen:

<http://www.nvl-lease.nl> (Nederlandse Vereniging voor Lease Maatschappijen).

http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias17_en.pdf (IAS 17)

Lijst van afkortingen

art. : artikel

BW : Burgerlijk Wetboek

c.q. : casu quo

FW : Faillissementswet

m.i. : mijns inziens

MvT : Memorie van Toelichting