

ROERENDE ZAKEN ALS ZEKERHEID: LEVEN IN DE BROUWERIJ!?

1 *Inleiding*

Er is weer leven in de brouwerij op het gebied van de zakelijke zekerheden¹ op roerende zaken! De beroering wordt niet gewekt door de klassieke vraag of roerende zaken 'stil' - dat wil zeggen niet aan derden kenbaar - in zekerheid kunnen worden gegeven. Op deze vraag is door de rechter al lang geleden en door de wetgever kort geleden een bevestigend antwoord gegeven. De centrale vraag is thans of de wet ondanks het op 1 januari 1992 ingevoerde 'verbod' van de zogenaamde 'fiducia cum creditore' naast de mogelijkheid om roerende zaken 'stil' te verpanden nog andere vormen van ('stille') zakelijke zekerheid op roerende zaken toestaat.

De onderstaande bijdrage valt in twee delen uiteen. In het eerste deel worden het landschap van de Nederlandse zekerheidsrechten met betrekking tot roerende zaken² geëxploreerd en de sporen geïnventariseerd die het 'fiducia-verbod'³ daarin heeft getrokken. In het tweede deel worden aan de hand van de 'sale and lease-back'-figuur en het recente 'Sogelease-arrest' de omvang en werking van dat 'fiducia-verbod' nader besproken.

DEEL I: EXPLORATIE EN INVENTARISATIE

2 *Van zekerheidsoverdracht naar stille verpanding*

2.1 Zekerheidsoverdracht

In navolging van de Code civil⁴ kende het oude Burgerlijk Wetboek van 1838 - verder aangeduid als OBW - slechts één mogelijkheid tot het vestigen van een zakelijk zekerheidsrecht op een roerende zaak, namelijk vuistpand oftewel pignus.⁵ Daarvoor was krachtens art. 1198 lid 1 OBW vereist dat de te verpanden zaak uit de macht van de

1. Het begrip zakelijke zekerheid ziet op zekerheid die wordt gevonden in het vermogen van de schuldenaar. Dit in tegenstelling tot persoonlijke zekerheid, waar voor de zekerheid wordt gevonden in het vermogen van een derde.

2. Bedoeld zijn roerende zaken, niet-registergoederen. In deze bijdrage wordt kortweg van roerende zaken gesproken.

3. Van een 'fiducia-verbod' *sec* is geen sprake (par. 2.3). Aan de orde komt in hoofdzaak het verbod inzake de 'fiducia cum creditore' (de overdracht tot zekerheid voor voldoening van een vordering). De 'fiducia cum amico' blijft op een enkele opmerking na onbesproken. Korteidshalve wordt - het spraakgebruik volgend - verder van het 'fiducia-verbod' gesproken, waar als regel het verbod van de 'fiducia cum creditore' wordt bedoeld.

4. Vgl. art. 2076 Cc.

5. Een hypotheek of notarieel verband op roerende zaken zoals het Rooms-Hollandse Recht dat kende was in navolging van de Code civil derhalve niet mogelijk.

pandgever werd gebracht.⁶ De traditionele verklaring voor deze eis was dat wanneer men de schuldenaar het gebruik liet van de tot zekerheid dienende zaken hij zich eenvoudig kredietwaardiger kon voordoen dan hij in werkelijkheid was. Hierdoor konden de overige deelnemers in het handelsverkeer worden misleid. De wet vereiste voor zekerheidstelling op roerende zaken immers geen andere wijze van publiciteit.

Door de toename van de kredietbehoefte, vooral na de Eerste Wereldoorlog, en de omstandigheid dat roerende zaken steeds meer kapitaal gingen vertegenwoordigen werd de eis van art. 1198 OBW door de praktijk als te knellend ervaren. Een bedrijf dat financiering behoeft van (uitbreiding van) zijn bedrijfsactiviteiten, wordt immers in zijn economische mogelijkheden beperkt, indien het tot zekerheid van zijn financiering bedrijfsmiddelen uit zijn macht dient te brengen. Dit strekt niet alleen hem, maar ook zijn andere schuldeisers tot nadeel omdat die uit de bedrijfsopbrengsten moeten worden betaald. Macro-economisch kan in deze eis van art. 1198 OBW een belemmering worden gezien voor een verdere ontwikkeling van de economie.

In de praktijk werden constructies populair die erop neerkwamen dat aan de kredietgever tot zekerheid van terugbetaling van het door hem verstrekte krediet de eigendom van zaken van de kredietnemer werd overgedragen.⁷ Door voor de vereiste levering bovendien gebruik te maken van het *constitutum possessorium* bleven de zaken in handen van de kredietnemer, terwijl zij door de overdracht aan de kredietgever aan verhaal door andere schuldeisers waren onttrokken.⁸ Als bijkomend voordeel werd gezien dat het aan derden niet kenbaar was dat men krediet nodig had en dat men om dat te verkrijgen zaken in zekerheid diende te geven.

Aanvankelijk was het onduidelijk of langs deze weg wel zekerheid kon worden verkregen. Weliswaar was de levering(svorm) *constitutum possessorium* reeds in 1841 door de Hoge Raad erkend⁹, maar de vraag was of deze in combinatie met de titel zekerheidstelling wel

6. Lid 2 bepaalde daarenboven nog eens uitdrukkelijk dat pandrecht niet bestaanbaar is op zaken, die in de macht van de pandgever worden gelaten of met de wil van de pandhouder daarin terugkeren.

7. En zo werd weer teruggekeerd naar de oudste Romeinsrechtelijke vorm van zekerheidstelling de 'fiducia cum creditore'. Deze overdracht, die zowel roerende als onroerende zaken kon betreffen, geschiedde in het vertrouwen, dat de schuldeiser de zaak na voldoening van de vordering zou terugoverdragen. De overdracht vond daarom al dan niet stilzwijgend onder een '*pactum fiduciae*' plaats. Aan dit vertrouwen (fiducia) dankt deze rechtsfiguur haar naam: fiduciaire overdracht. Toen later de zakelijke rechten van pand en hypotheek tot wasdom waren gekomen, was de fiducia een overbodige rechtsfiguur geworden. Uiteindelijk verving Justinianus bij zijn codificatie het woord fiducia in de bronnen door pand en/of hypotheek. Fiduciaire overdrachten verdwenen echter niet geheel uit beeld. Zo kwam in de zestiende en zeventiende eeuw de fiduciaire overdracht weer in opmars, omdat de zakelijke zekerheidsrechten niet geheel aan de behoeften van de praktijk voldeden. In het algemeen zou men kunnen stellen dat zodra het objectieve recht bij maatschappelijke ontwikkelingen dreigt achter te raken of eisen stelt waaraan de praktijk zich niet wenst te storen, dikwijls weer op fiduciaire verhoudingen wordt teruggegrepen.

8. De hoofdregel van het verhaalsrecht van art. 1177 OBW voorzag slechts in verhaal op het vermogen van de schuldenaar. Voor het huidige recht geldt hetzelfde, zie art. 3:276 BW.

9. HR 26 november 1841, W 249.

tot een geslaagde eigendomsoverdracht leidde. Kwam zij niet in strijd met de regel van de 'paritas creditorum' en het gesloten stelsel van zakelijke zekerheidsrechten? Was er geen sprake van 'fraus legis'? In verband hiermee werd de transactie zekerheidshalve dikwijls ingekleed als een koop en in het bijzonder een koop met recht van wederinkoop, waarbij de zekerheidsgever ten titel van bruikleen de feitelijke beschikking hield over de zaak.¹⁰ In navolging van het Duitse recht erkende de Hoge Raad in 1929 in een tweetal arresten de mogelijkheid om roerende zaken door middel van constitutum possessorium tot zekerheid over te dragen. In het bekendste arrest, het 'Bierbrouwerij-arrest', doorzag de Hoge Raad de door Heineken aangewende constructie van koop met recht van wederinkoop als een overeenkomst strekkende tot eigendomsoverdracht van zaken tot zekerheid van een vordering door middel van constitutum possessorium.¹¹ Bij zijn erkenning van deze constructie naast die van het wettelijk vuistpand gaf de doorslag dat verpanding

'om voor de hand liggende redenen van practischen aard in dit geval voor partijen te eenen male ondoeltreffend en dus uitgesloten was.'

In het tweede arrest, dat bekend is onder de naam 'Luxe autoverhuurondernemer' was een auto ten titel van zekerheidstelling in eigendom overgedragen.¹² De Hoge Raad oordeelde dat niet valt in te zien waarom de titel zekerheidstelling geen rechtsgeldige titel voor eigendomsoverdracht zou opleveren.

Voor de zekerheidsoverdracht was kenmerkend dat, hoewel partijen in wezen slechts beoogden om zakelijke zekerheid te verschaffen voor het geval de schuldenaar onverhoopt zijn verplichtingen niet nakwam, daartoe in de vorm van eigendom het meest omvangrijke zakelijke recht werd overgedragen. Er was daarom sprake van een zakenrechtelijke overbedeling. Dit terwijl de schuldeiser in wezen niet meer behoefde dan een pandrecht, waarbij de zaak in de macht van de schuldenaar/pandgever bleef. Er zette dan ook een

10. Art. 1493 OBW e.v., resp. art. 1555 OBW e.v.

11. HR 25 januari 1929, NJ 1929, p. 616: Een zekere Bos, koffiehuishouder te Sneek, had geld geleend van Heineken's Bierbrouwerij Maatschappij. Deze lening werd heel listig gesecureerd door verkoop door Bos van de caféinventaris aan Heineken met een recht (en verplichting) tot wederinkoop tegen de koopprijs bij terugbetaling van de lening door Bos (vgl. noot 71). De verkochte zaken werden daarbij door Bos door middel van constitutum possessorium aan Heineken geleverd. Gedurende de looptijd van de lening verkreeg Bos de inventaris in bruikleen, welke overeenkomst door Heineken kon worden opgezegd indien Bos niet aan zijn afbetalingsverplichtingen voldeed.

12. HR 21 juni 1929, NJ 1929, p. 1097: Hakkers, een luxe autoverhuurondernemer, had van Van Tilburg geld geleend. Van Tilburg wilde hiervoor een auto tot zekerheid. Partijen kozen thans niet voor de omweg van verkoop met het recht van wederinkoop. De auto werd rechtstreeks ten titel van zekerheid aan Van Tilburg overgedragen, waarbij werd overeengekomen dat deze zijn eigendomsrecht niet zou uitoefenen zolang Hakkers aan zijn afbetalingsverplichting voldeed en dat de auto bij volledige betaling weer in eigendom op hem zou overgaan. Toen Hakkers zijn afbetalingsverplichting niet nakwam vorderde Van Tilburg op grond van zijn eigendomsrecht afgifte van de auto. Hakkers weigerde stellende dat zekerheidsstelling geen rechtsgeldige titel voor eigendomsovergang is.

rechtsontwikkeling in, waarbij de niet-wettelijke zekerheidseigendom werd ingebed in het wettelijk stelsel van de verhaalsrechten en de zakelijke zekerheden en waarbij de overbedeling die de zekerheidseigendom voor een schuldeiser meebracht werd ingeperkt. Dit heeft onder het oude recht geleid tot het navolgende systeem.

Allereerst mocht de zekerheidseigenaar zijn eigendom niet uitoefenen als een gewoon eigenaar, doch slechts voor zover dit voor verhaal van zijn vordering nodig was. Bij het zoeken van verhaal diende hij zich - aldus de Hoge Raad - te gedragen naar analogie van een pandhouder.¹³ Hij mocht derhalve bij tekortschieten van de schuldenaar de tot zekerheid overgedragen zaken niet behouden, maar hij diende ze in het openbaar te verkopen, teneinde zich op de opbrengst te verhalen (vergelijk het in art. 1200 resp. 1223 OBW neergelegde toeëigeningsverbod voor de pand- respectievelijk hypotheekhouder). Het overschot kwam aan de zekerheidsgever of in diens faillissement de boedel toe.

Daarnaast had eigendomsoverdracht van roerende zaken, uitsluitend tot het verschaffen van zekerheid en *zonder feitelijke overgave* van de zaken, *niet* volledig dezelfde rechtsgevolgen als een 'normale' eigendomsoverdracht. Er *kon* - aldus de Hoge Raad - aanleiding bestaan de zekerheidsoverdracht buiten beschouwing te laten voor zover zulks nodig was voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak werd gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende zaken.¹⁴

Tot slot gold het vermoeden dat de overdracht tot zekerheid was geschied onder de ontbindende voorwaarde van voldoening van de vordering die de schuldenaar/vervreemder had op de schuldeiser/verkrijger. Voldoening van de gecureerde vordering had op deze wijze van rechtswege tot gevolg dat de eigendom terugviel aan de vervreemder.¹⁵

De zekerheidseigendom had hiermee de kenmerken van een zekerheidsrecht gekregen. De eigendom strekte ertoe dat de kredietgever zich met 'voorrang'¹⁶ boven andere schuldeisers op de overgedragen zaak kon verhalen. Zij kende daarmee een hybri-

13. Vgl. HR 3 januari 1941, NJ 1941, 470 (Hazerswoude/Los); HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer & Kalf); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary); HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 (INB/Mr. Klützow q.q.); HR 19 mei 1995, NJ 1996, 118 (Mr. Keereweert q.q./Sogelease).

14. Vgl. HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433 (Van Wessem/Traffic); HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 (Van Gend & Loos); HR 3 oktober 1981, 60 (Ontvanger/Mr. Schriks q.q.); HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock); HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary).

15. HR 3 oktober 1980, NJ 1981, 60 (Ontvanger/Mr. Schriks q.q.); HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (Nijverdal Ten Cate/Mr. Wildervank q.q.).

16. In wezen is er sprake van 'oneigenlijke' voorrang. De vraag naar voorrang doet zich slechts voor in geval van samenloop van verschillende verhaalsrechten terwijl de executieopbrengst onvoldoende is. De schuldeiser met een recht van voorrang heeft recht op voldoening vóór de schuldeisers die geen voorrang hebben. Bij zekerheidsoverdracht wordt niet aan samenloop van verhaalsrechten en a fortiori niet aan voorrang in strikte zin toegekomen, doordat de zaak uit het vermogen van de schuldenaar is gebracht. Het resultaat is echter dat de zekerheidseigenaar bij het zoeken van verhaal voorgeeft. Vgl. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht* (1994), nr. 743.

de karakter: enerzijds eigendom¹⁷, anderzijds een verhaalsrecht zoals een pandrecht.

2.2 Stil pandrecht

Het huidige BW komt aan het onder het oude BW gerezen bezwaar tegen het pandrecht tegemoet. Naast de klassieke mogelijkheid van art. 3:236 lid 1 BW om een zaak in 'vuist-pand' te geven door de zaak uit de macht van de pandgever te brengen, kent art. 3:237 lid 1 BW de geheel nieuwe mogelijkheid om een pandrecht op een zaak te vestigen

zonder dat de zaak [...] wordt gebracht in de macht van de pandhouder of van een derde.

Dit pandrecht wordt gevestigd bij een authentieke (in de praktijk notariële) of geregistreerde onderhandse akte.¹⁸ Genoemde eis beoogt het tijdstip van vestiging vast te leggen.¹⁹ Antedatering zoals wel gebeurde bij de levering constitutum possessorium²⁰ wordt zo voorkomen.²¹ De eis van *registratie* van een onderhandse akte betekent niet dat het aldus gevestigde pandrecht aan derden kenbaar is. Het register, waarin de registraties worden bijgehouden, is *niet* openbaar.²² Er is dus geen sprake van een registerpandrecht, want daarvoor is inschrijving in een 'openbaar' register - zoals bij hypotheek - juist het kenmerk.²³

17. De Hoge Raad heeft nooit de onder het oude recht wel verdedigde zienswijze overgenomen dat bij zekerheidsoverdracht de eigendom over de zekerheidsgever en zekerheidsnemer wordt verdeeld en wel in die zin dat de zekerheidseigenaar slechts een beperkt eigendomsrecht zou verkrijgen - namelijk een verhaalseigendom dat neerkomt op een 'stil' pandrecht - en de zekerheidsgever als het ware de 'blote' eigendom behield. Een dergelijk standpunt zou ook in strijd zijn met het continentale stelsel dat slechts een ongedeelde eigendomsrecht op een zaak kent.

18. In het laatste geval is registratie bij één van de door de aanbieder te kiezen Inspecties der Registratie en Successie constitutief. Krachtens art. 3 Registratiewet 1970 dient ook een notariële akte te worden geregistreerd bij de Inspectie der Registratie en Successie. Dit is echter geen constitutief vereiste voor de vestiging.

19. Vóór 1874 vereiste het BW van 1838, naast buitenmachtstelling, voor de geldigheid van een pandrecht, gegeven voor een vordering van meer dan honderd gulden, een akte met zekerheid van dagtekening. Dit betekende de facto een authentieke of een geregistreerde onderhandse akte. De praktijk had veel moeite met deze eis. In verband hiermee werd deze eis in 1874 geschrapt.

20. Vgl. de zgn. 'Deurwaardersenquête' door E.M. Meijers, *Correspondentie-blad van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, deel 39 (1936), p. 237-284 (preadvies voor de Jaarlijksche Algemeene Vergadering van de Broederschap der Notarissen in Nederland te Arnhem op 24 juni 1936), opgenomen in de *Bibliographie der geschriften van Prof. Mr. E.M. Meijers* (1957), p. 250 e.v.

21. Behalve dat antedatering wordt voorkomen, vereenvoudigt het vaststaan van de datum bovendien de oplossing van die collisies met rechten van derden, waarbij het tijdstip van vestiging van het pandrecht een rol speelt (bijvoorbeeld in het geval van meerdere ('stille') pandrechten).

22. Art. 1 en 10 Registratiewet 1970. Derden hebben geen inzage in het register van registratie. Aan partijen, hun erfgenamen of rechtverkrijgenden, alsook aan de curator in faillissement van een partij bij de akte wordt desgevraagd wel inzage verleend, dan wel een uittreksel afgegeven (art. 10 Registratiewet 1970).

23. Het aan het huidige BW ten grondslag liggende Ontwerp-Meijers uit 1954 voorzag wel in de mogelijkheid tot het vestigen van een registerpandrecht op roerende zaken. Het voorstel daartoe ondervond grote kritiek in de volksvertegenwoordiging. Het voordeel van kenbaarheid aan derden woog volgens haar niet op tegen het

Had onder het oude BW reeds een mogelijkheid tot 'stille' verpanding²⁴ bestaan, dan zou de overdracht tot zekerheid waarschijnlijk niet tot ontwikkeling zijn gekomen²⁵. De erkenning daarvan door de Hoge Raad vond immers haar verklaring in het vereiste dat de zaak uit handen van de pandgever diende te worden gebracht. Bij hypotheek op onroerende zaken is daar geen sprake van en hier heeft zich de zekerheidsoverdracht dan ook niet ontwikkeld.²⁶ Gelijk een hypotheekrecht biedt een al dan niet als 'stil' gevestigd pandrecht²⁷ precies dat wat een schuldeiser nodig heeft.²⁸

Om te beginnen is aan het verhaalsrecht van de pandhouder *het recht van parate executie* verbonden. Anders dan een gewone schuldeiser heeft hij bij verzuim van de schuldenaar de bevoegdheid om zonder executoriale titel en zonder inleidend executoriaal beslag uit eigen hoofde tot executoriale verkoop van de zaak over te gaan ten einde zich op de opbrengst daarvan te verhalen.²⁹ Het overschot komt aan de pandgever toe, waardoor het aan de mogelijkheid van verhaal van diens overige schuldeisers blootstaat.

Bovendien heeft het pandrecht *absolute werking*. De aan het pandrecht verbonden bevoegdheden, met name die tot parate executie, kunnen worden ingeroepen tegen degenen die *na* de verpanding door overdracht of bezwaring een recht op de zaak hebben verkregen, alsmede tegen de schuldeisers van de pandgever.³⁰ Het absolute karakter doet

bezwaar van administratieve omslachtigheid (V.V. II (1958), Parl. Gesch. Boek 3, p. 723). Daarnaast voorzagen dat publikatie kredietbehoevenen zou weerhouden om krediet op te nemen. Het registerpandrecht sneuvelde uiteindelijk in 1971, ruim voor de invoering van het nieuwe BW. In 1993 werd door R.D. Vriesendorp en J.M. Barendrecht in een gezamenlijke oratie nog een warm pleidooi voor het registerpandrecht gehouden (*Zekerheid door wetenschap* (1993)). Vgl. ook W.J. Zwalm, *WPNR* 6185 (1995), p. 393.

24. Deze vorm van verpanding wordt 'stil' genoemd, omdat voor de verpanding geen kenbaarheid voor derden is vereist zoals bij 'vuistpand' dat aan derden kenbaar kan zijn doordat de zaak uit de macht van de pandgever dient te worden gebracht. De ook wel gebruikte benaming 'bezitloos pandrecht' heeft geen onderscheidend vermogen daar naar geldend Nederlands recht de vuistpandhouder evenmin bezitter van de in pand gegeven zaak is (vgl. art. 3:110 BW). Uit historisch oogpunt lijkt de benaming 'hypotheek' aangewezen. Vgl. A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed* (1970); en W.J. Zwalm, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, deel 1 Inleiding en zakenrecht (1993). De wetgever heeft de naam hypotheek in art. 3:227 lid 1 BW echter uitsluitend gereserveerd voor registergoederen. Geen wonder: het 'bezitloze' zekerheidsrecht was ooit beperkt tot onroerend goed.

25. Of het zou moeten zijn dat men de eis van registratie zou willen ontlopen. Vgl. noot 19.

26. W. Snijders is van oordeel dat ook onder het oude BW de regeling van het hypotheekrecht een dusdanige uitstraling heeft dat zekerheidsoverdracht van registergoederen niet tot de mogelijkheden behoort (Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' op 10 maart 1989, p. 76 en 77).

27. Het stille pandrecht is een verschijningsvorm van het pandrecht. Op stil pandrecht zijn derhalve in beginsel de algemene regels van pandrecht van toepassing, zoals neergelegd in art. 3:227 e.v. BW. Het stille pandrecht biedt de pandhouder dezelfde bevoegdheden als vuistpand en is als regel niet minder sterk. Voor de toepassing van bepaalde wetsartikelen maakt de wet soms onderscheid tussen een pandrecht waarbij de zaak uit de macht van de pandgever in die van de pandhouder is gebracht en een pandrecht waarbij dit nog niet is gebeurd.

28. Zie voor het verhaalsrecht van de pandhouder art. 3:227 BW.

29. Art. 3:248 e.v. BW.

30. Dit vloeit voort uit zijn aard als beperkt recht: het pandrecht wordt afgesplitst van de absolute aanspraak die de eigenaar op de zaak heeft (vgl. art. 3:98 jo. 3:8 BW). Door de afsplitsing kan de rechthebbende nog slechts onder bezwaar van het pandrecht over de vordering beschikken, terwijl het afgesplitste pandrecht het absolute karakter mee overneemt.

zich eveneens gelden indien de pandgever na de verpanding failliet wordt verklaard of derdenbeslag op de vordering wordt gelegd. De pandhouder blijft in die gevallen tot zelfstandige executie bevoegd.³¹

Tot slot is aan het verhaalsrecht van de pandhouder *voorrang* verbonden.³² Dit voorrangsrecht geeft de pandhouder bij samenloop van verhaalsrechten recht op voldoening uit de opbrengst van de zaak voor de andere, 'gewone' schuldeisers. Deze samenloop doet zich vóór in faillissement van de pandgever of bij executoriaal verhaalsbeslag door een derde.

Bij dit alles geldt dat het 'stille' pandrecht, anders dan de niet-wettelijke zekerheidsoverdracht onder het oude recht, een uitgebreide wettelijke regeling kent. Bij het opstellen daarvan heeft door de wetgever een evenwichtige belangenafweging plaatsgevonden, tussen de pandhouder, de pandgever/schuldenaar, diens overige schuldeisers en derden.

2.3 Het 'verbod van de fiducia cum creditore'

De mogelijkheid van verpanding, waarbij de zaak in de macht van de pandgever blijft, doet de grond aan de erkenning van de zekerheidsoverdracht ontvallen. Die was daarin gelegen dat de enige in de wet voorziene wijze om zekerheid op roerende zaken te vestigen - vuistpand - om praktische redenen ongeschikt was geworden. Het huidige BW voorziet evenwel in de vorm van een 'stil' pandrecht in een uitstekend zakelijk zekerheidsrecht op roerende zaken, niet-registergoederen. Het is dan ook in dit opzicht geheel consequent van de wetgever dat hij - tegelijk met de invoering van het 'stille' pandrecht op 1 januari 1992 - het gesloten stelsel van zakelijke zekerheidsrechten en voorrangsrechten³³ effectueert door in art. 3:84 lid 3 BW de weg van de overdracht tot zekerheid af te sluiten. Naast stille verpanding de mogelijkheid van zekerheidsoverdracht te behouden zou leiden tot een onnodige en verwarringwekkende *doublure*. Steeds weer opnieuw zouden vragen aan de orde komen naar de werking van de zekerheidseigendom, vragen die veelal door de wet voor het stille pandrecht zijn beantwoord.³⁴ Is op de zekerheidsoverdracht de wettelijke regeling van het stille pandrecht naar analogie van toepassing of zijn er verschillen omdat de constructie ten enen male verschillend is?³⁵ Kunnen schuldeisers van de *zekerheidseigenaar* verhaal zoeken op de aan hem overgedragen eigendom?

31. Vgl. art. 57 Faillissementswet.

32. Art. 3:227 lid 1 jo. 3:278 lid 1 BW.

33. Art. 3:81 lid 1 jo. 3:277 lid 1 jo. 3:278 lid 1 BW.

34. Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 727.

35. Wordt bij zekerheidsoverdracht de zaak uit het vermogen van de schuldenaar gebracht zodat deze niet meer aan verhaal door andere schuldeisers blootstaat, bij stille verpanding blijft de zaak, zij het belast met het pandrecht, in het vermogen van de pandgever. Dit betekent dat de zaak ook aan de mogelijkheid van verhaal door andere schuldeisers blijft blootstaan. Daartegenover staat dat de pandhouder een verhaalsrecht op de zaak heeft dat in vele opzichten sterker is dan dat van andere schuldeisers.

Kan naar analogie van pandrecht een zaak ten tweede male in zekerheid worden overgedragen?³⁶ Gelden bij het zoeken van verhaal voor de zekerheidseigenaar dezelfde regels als voor de (stille) pandhouder?

Aan deze controverse ware wellicht te ontkomen door een automatische *conversie* van de zekerheidseigendom in (stil) pandrecht, zoals dat ook vanuit de Tweede Kamer is voorgesteld.³⁷ De wetgever is daartoe overgegaan voor zaken die voor 1 januari 1992 tot zekerheid waren overgedragen: krachtens art. 86 van de Overgangswet is met ingang van die dag bestaande zekerheidseigendom van roerende zaken vervangen door een pandrecht. De Minister heeft er echter niet in algemene zin aangewild, omdat hij het:

‘... uit rechtspolitiek oogpunt ongewenst [achte (W.R.)] om door deze conversie aan hen die tegen de strekking van de wet in trachten eigendomsoverdracht tot zekerheid te bewerkstelligen, de gerustheid te geven dat zij bij de voor hen minst gunstige afloop toch altijd nog een bezitloos pandrecht zullen realiseren.’³⁸

Art. 3:84 lid 3 BW luidt als volgt:

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

Duidelijk zal zijn dat - anders dan het spraakgebruik wil - van een ‘fiducia-verbod’ *sec* geen sprake is. Enkel de titel ‘zekerheidstelling’ en de niet tot ‘werkelijke’ overdracht strekkende titel worden tot nietige titels verklaard. In combinatie met het in art. 3:84 lid 1 BW uitgedrukte causale stelsel maakt dit de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid evenwel onmogelijk.³⁹

36. Dat dit onder het oude recht op grond van de ‘art. 592 OBW-formule’ onmogelijk werd geacht, wil niet zeggen dat de discussie niet opnieuw gevoerd zou worden. Vgl. voor het oude recht o.a. HR 21 juni 1985, NJ 1986, 306 (LDM/Brock); HR 18 september 1992, NJ 1993, 455 (Rabobank/Sinke); HR 24 maart 1995, NJ 1996, 158 (Hollander’s kuikenboerderij). De in deze arresten aan de orde zijnde vragen vinden met betrekking tot het stille pandrecht rechtstreeks oplossing in de wet.

37. V.V. II (1958), Parl. Gesch. Boek 3, p. 727.

38. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 731. Het is wel mogelijk dat de rechter onder omstandigheden binnen de begrenzing van de algemene regeling van de conversie in art. 3:42 BW tot een omzetting komt. Complicerende factor daarbij is dat art. 3:237 BW voor een geldig ‘stil’ pandrecht een authentieke of een *geregistreerde* onderhandse akte vereist. Is de levering niet met machtsverschaffing gepaard gegaan, dan zal de conversie in een pandrecht waarschijnlijk op deze eis afstuiten.

39. Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken. ‘Overdracht’ duidt in deze bepaling op een resultaat, namelijk de bewerkstelligde rechtsovergang. Met ‘levering’ wordt de voor overdracht noodzakelijke handeling van partijen aangegeven. Onder ‘titel’ wordt verstaan de rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en deze rechtvaardigt. Zie over de begrippen ‘overdracht’ en ‘levering’ Parl. Gesch. Boek 3, p. 308 en bijv. Pitlo/Reehuis-Heisterkamp, *Goederenrecht* (1994), nr. 100.

Het 'fiducia-verbod' gaat terug op het Ontwerp-Meijers voor het nieuwe BW uit 1954. E.M. Meijers was een verklaard tegenstander van de erkenning door de Hoge Raad van de zekerheidsoverdracht.⁴⁰ Art. 3.4.2.2 lid 3 van zijn ontwerp luidde als volgt:

'Een rechtshandeling, die de overdracht van een recht tot zekerheid van een schuld of tot uitoefening van het over te dragen recht in het belang van de vervreemder of van een derde ten doel heeft, is geen geldige titel van overdracht van dat recht.'

Het verbod had in het eerste deel van de bijzin de 'fiducia cum creditore' en in het tweede deel van de bijzin de 'fiducia cum amico' op het oog. Het wordt in zijn toelichting op het Ontwerp als volgt geëxpliciteerd:

'[...] fiduciaire titels worden niet erkend als geldige titels voor overdracht van een goed. Wie een goed tot zekerheid van een schuld wil overdragen, moet een pandrecht vestigen; wie hem toekomstige goederen door een ander wenst te laten beheren, moet deze goederen onder bewind stellen. De fiduciaire eigendomsoverdracht, in onze rechtspraak erkend door de arresten van de Hoge Raad van 25 Januari 1929, N.J. 1929 p. 616, W.11951, alsmede van 14 en 21 Juni 1929, N.J. 1929 p. 1434 en 1096, W. 12009 en 12010, is steeds een middel geweest om dwingende bepalingen, die de praktijk als verouderd beschouwde, te omzeilen. Het recht wordt echter veel beter gediend door in zodanige gevallen de verouderde dwingende wet te veranderen dan door toe te laten dat door wetsontduiking het gezag van dwingende bepalingen wordt ondermijnd.'⁴¹

In het Gewijzigd Ontwerp⁴² uit 1971 kreeg art. 3:84 lid 3 BW zijn huidige vorm. De passage die zag op de 'fiducia cum amico' werd vervangen door de huidige passage die rechtshandelingen treft die geen daadwerkelijke rechtsovergang beogen. De Minister merkte daarover op:

'Rechtshandelingen waarbij partijen in de vorm van overdracht de ander slechts beperkte bevoegdheden ten aanzien van het goed willen geven, kunnen dus niet tot een geldige overdracht leiden.'⁴³

Duidelijk zal zijn dat men ook om deze reden voorzichtig moet zijn om van een 'fiducia-verbod' te spreken: het 'verbod' ziet slechts op de 'fiducia cum creditore'. Met betrek-

40. Vgl. zijn artikel 'Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken' (WPNR 1997-1999 (1908), herdrukt in: E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, deel II, Leiden 1955, p. 27 e.v.); preadvies voor de Broederschap van Notarissen uit 1936 (*Correspondentie-blad van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, deel 39 (1936), p. 237-284, herdrukt in *Bibliographie der geschriften van Prof. Mr. E.M. Meijers*, Leiden 1957, p. 250 e.v.), alsmede zijn *Algemene begrippen* (Leiden 1948), p. 89 e.v.

41. T.M. (1954), Parl. Gesch. Boek 3, p. 317.

42. Parl. Gesch. Boek 3, p. 319.

43. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 319.

king tot de ratio van dit verbod in het derde lid van art. 3:84 BW merkt de Minister op dat deze ligt in de gedachte

'[...] dat de in die bepaling bedoelde overdrachten tot zekerheid van een schuld aan de verkrijger in beginsel meer recht zouden verschaffen dan zijn belang rechtvaardigt. Wanneer behoefte bestaat aan een zogenaamd bezitloos zekerheidsrecht op roerende zaken, dan behoort de wetgever een zodanige zekerheid toe te laten, maar ook niet meer dan dat. In deze gedachtengang is een bezitloos pandrecht op zijn plaats [...] maar niet een eigendomsoverdracht tot zekerheid, die immers de crediteur niet alleen verhaal en voorrang geeft, maar hem ook tot eigenaar maakt.'⁴⁴

Vanuit het bedrijfsleven en de financiële wereld is nog tot kort voor de invoering van het nieuwe BW op schraping van het 'fiducia-verbod' aangedrongen.⁴⁵ Het stille pandrecht zou aan de schuldeisers een geringere zekerheid gaan bieden dan de tot dan bestaande zekerheidseigendom en - mede daardoor - zou een belangrijke inbreuk ontstaan op de bestaande financieringspatronen. Desgevraagd door de Tweede Kamer verklaart de Minister in 1985⁴⁶ dat de strekking van het nieuwe stelsel niet is om de tot dan bestaande zekerheidseigendom te vervangen door een stil pandrecht dat de schuldeisers minder bescherming biedt. Integendeel, er is gekozen voor een regeling waarmee praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt.

'Kort samengevat komt het er op neer dat de afdelingen 3.9.1 en 3.9.2 aldus zijn opgezet dat bestaande financieringspatronen, ondanks de wetstechnische andere opzet van de nieuwe regeling, onder het nieuwe recht zonder moeilijkheid kunnen worden gecontinueerd.'⁴⁷

Dat de nieuwe regeling niet minder zekerheid biedt dan de zekerheidseigendom wordt gestaafd door de in de literatuur gemaakte vergelijkingen tussen het stille pandrecht en de zekerheidseigendom, zoals deze in de jurisprudentie was beperkt.⁴⁸ Wel doet zich als nieuwe vraag voor wanneer een overdracht in het kader van een krediettransactie wordt getroffen door art. 3:84 lid 3 BW.

44. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

45. Bij adres van 8 november 1984 maakte het Nederlands Genootschap voor Bedrijfsjuristen zijn bezwaren kenbaar aan de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer. Zie voor de hoofdlijnen J. Spier, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1985/1, p. 1 e.v.

46. M.v.A. II (1985), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197 e.v.

47. M.v.A. II (1985), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197 e.v.

48. Zie O.K. Brahn, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud* (vijfde druk, 1986) en W.H.M. Reehuis, *Stille verpanding* (1987), waarin ook een afgeronde beschrijving van de zekerheidsoverdracht is opgenomen.

3 *Eigendomsvoorbehoud*

Ook een toeleverancier kan als kredietgever optreden. Daarvan is reeds sprake wanneer hij 'op krediet' levert, dat wil zeggen zonder betaling te hebben ontvangen. Om de verkoper bij levering op krediet voldoende zekerheid te verschaffen, werd onder het oude recht het eigendomsvoorbehoud ontwikkeld. Eigendomsvoorbehoud kon niet alleen ('stil') worden bedongen voor de vordering uit koopovereenkomst, maar tevens voor willekeurig welke andere vordering, ja zelfs voor toekomstige vorderingen uit welken hoofde dan ook.

De bij de levering voorbehouden eigendom heeft onmiskenbaar kenmerken van een zekerheidsrecht; de eigendom dient tot zekerheid van de vordering tot betaling van de koopprijs. Een logische vraag is derhalve hoe het eigendomsvoorbehoud zich verhoudt tot het 'fiducia-verbod' van art. 3:84 lid 3 BW. Het Ontwerp-Meijers, noch het Regeeringsontwerp voor het nieuwe BW - beiden uit 1954 - voorzagen in een regeling van het eigendomsvoorbehoud. Wel kenden zij een expliciete mogelijkheid tot het vestigen van een 'stil' pandrecht voor vorderingen wegens aan de pandgever ten behoeve van zijn bedrijf geleverde goederen.⁴⁹ Dit leek in combinatie met het 'fiducia-verbod' een eigendomsvoorbehoud uit te sluiten. In 1971 werd in het Gewijzigd Ontwerp art. 3.2.4.5b - het huidige art. 3:92 BW - opgenomen, waarin het eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk werd erkend.⁵⁰ Voor de verkoper voldoet het bedingen van een 'stil' pandrecht niet, aldus de Minister⁵¹,

'De verkoper heeft niet slechts behoefte aan een zekerheidsrecht, maar ook aan het behoud van zijn eigendomsrecht zelf.'

Hij kan immers bij wanprestatie in plaats van nakoming ook voor ontbinding kiezen, hetgeen hem een recht op teruggave van de zaak verschaft teneinde daarover weer vrij en volledig te beschikken. In het verlengde hiervan versterkt het eigendomsvoorbehoud zijn zakenrechtelijke positie. Voorts, dient aldus de Minister, de verkoper zich te kunnen wapenen tegen de omstandigheid dat op de door hem geleverde zaken een door de koper bij voorbaat gevestigd pandrecht komt te rusten.

Krachtens art. 3:92 lid 1 BW wordt het eigendomsvoorbehoud vermoed te zijn geconstrueerd als een in de overeenkomst opgenomen opschortende voorwaarde. Ingevolge deze voorwaarde wordt de koper door de levering nog geen eigenaar. Pas wanneer hij de koopprijs heeft voldaan gaat de eigendom van rechtswege over, zonder dat daartoe een

49. Art. 3.9.2.2, Parl. Gesch. Boek 3, p. 746. Vgl. ook de bijbehorende toelichting.

50. Parl. Gesch. Boek 3, p. 387.

51. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

nadere (leverings)handeling noodzakelijk is.⁵²

Het kenmerk van een 'echt' zakelijk zekerheidsrecht dat door het nemen van verhaal wordt uitgeoefend, geldt naar oud noch naar huidig recht voor eigendomsvoorbehoud. Bij niet-betaling door de koper kan de verkoper met beroep op zijn eigendomsrecht de zaak opeisen, waarna hij daarover weer vrijelijk en volledig kan beschikken. Van uitoefening van verhaal is geen sprake. De wet kent geen expliciete bepaling die tegen mogelijke bevoordeling van de verkoper waakt indien hij de zaak terugneemt nadat reeds een gedeeltelijke betaling heeft plaatsgehad, maar de koper voor het overige deel in gebreke blijft. Veelal wordt evenwel verdedigd dat in dat geval verrekening dient plaats te vinden.⁵³ Wetgever noch doctrine hebben de voor de overdracht ten titel van zekerheid ingezette lijn voor het eigendomsvoorbehoud willen doortrekken.⁵⁴ Er bestaat dan ook een belangrijk verschil. Bij eigendomsvoorbehoud behoudt de leverancier zich zijn reeds *bestaande* eigendomsrecht van een zaak voor, terwijl bij de eerste figuur een zaak tot zekerheid in eigendom wordt overgedragen.

Toch heeft de gedachte achter het 'fiducia-verbod' haar sporen nagelaten. De mogelijkheid om een geldig eigendomsvoorbehoud te bedingen wordt in art. 3:92 lid 2 BW beperkt. Aanvankelijk kon zij slechts worden bedongen terzake van een tezelfdertijd overeengekomen tegenprestatie, kortweg de 'koopprijs'. De achterliggende idee was dat de sterke positie die een leverancier zich door middel van een eigendomsvoorbehoud kan verschaffen alleen is gerechtvaardigd voor het eigenlijke 'leverancierskrediet', dat wil

52. Dit is het resultaat van een nauw samenspel tussen art. 3:92 BW, art. 3:91 BW en art. 3:84 lid 4 BW, zie Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht* (1994), nr. 963 en verder Asser-Mijnssen, *Zakenrecht* III (1994), nr. 417 e.v.; *Mon. Nieuw BW B-6a* (Brahn) (1992), p. 45 e.v.; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud* (1991); Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, diss. Groningen (1985); Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht*, diss. Nijmegen (1985).

53. Welke gevolgen de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud voor de betalingsverplichting van de koper heeft is niet in algemene zin in de wet geregeld. In geval van huurkoop, een benoemde vorm van verkoop met eigendomsvoorbehoud, bepaalt art. 7A:1576s BW dat terugneming ontbinding van de koopovereenkomst tot gevolg heeft. In het algemeen wordt bij de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud buiten het geval van huurkoop ook ontbinding aangenomen. Door deze ontbinding wordt de koper van zijn verplichting tot betaling bevrijd. Uitoefening van het eigendomsvoorbehoud heeft zo verbintenisrechtelijk eenzelfde gevolg als het invoeren van het reclamerecht op de voet van art. 7:39 BW. Heeft de koper reeds gedeeltelijk betaald dan zal de verkoper het reeds betaalde moeten teruggeven. Zijn er meerdere zaken geleverd dan kan hij ervoor kiezen een evenredig deel daarvan terug te nemen (vgl. art. 7:39 lid 2 en lid 3 BW; art. 6:265 jo. 6:270 jo. 6:271 BW; zie ook art. 7A:1576t BW, vgl. par. 12). Vgl. o.a. Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht* (1994), nr. 970; *Mon. Nieuw BW B-6a* (Brahn) (1992), p. 51; Brahn, *Stille verpanding en eigendomsvoorbehoud* (1991), p. 39 en 135; Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud*, diss. Groningen (1985), p. 66 e.v.; Mezas, *Eigendomsvoorbehoud*, diss. Nijmegen (1985), p. 13 e.v.

54. Onlangs hield W.J. Zwolve in *WPNR* 6185 (1995) evenwel nog een gloedvol betoog dat de tijd is gekomen om de verkoper onder eigendomsvoorbehoud het recht te ontzeggen om bij wanprestatie van de koper de door hem verkochte zaak eenvoudigweg te separeren en hem de verplichting op te leggen te executeren, evenals de 'stille' pandhouder dat moet.

zeggen voor vorderingen die met de levering van de zaak door de leverancier samenhangen. In de gedachtengang van de wetgever dient de vervreemder zich buiten deze vorderingen om geen bevoorrechte positie te kunnen verschaffen ten opzichte van andere schuldeisers enkel en alleen op grond van de omstandigheid dat hij in de toevallige positie verkeerde dat hij de eigendom kon voorbehouden. Buiten het eigenlijke leverancierskrediet geldt de ratio van art. 3:84 lid 3 BW.⁵⁵ Na kritiek uit het bedrijfsleven werd bij de Invoeringswet de mogelijkheid verruimd in die zin dat het eigendomsvoorbehoud zich mede kan uitstrekken tot de 'koop prijs' van andere leveranties, alsmede tot in het kader van de leveranties verrichte of te verrichten werkzaamheden.⁵⁶

De ratio van het 'fiducia-verbod' geldt krachtens art. 3:92 BW voor de in lid 2 aangegeven vorderingen niet voor voorbehouden eigendom. Hoewel deze uitzondering wordt ingegeven door de specifieke behoeften van de toeleverancier die zaken op krediet levert, zet art. 3:92 BW de deur open naar allerlei constructies waarbij ook andere kredietgevers dan leveranciers de eigendom tot zekerheid kunnen gebruiken. Dit kan in het bijzonder in het kader van aankoopfinanciering door derden. De meest eenvoudige constructie is de volgende. Een ondernemer wenst een machine te kopen. De toeleverancier wil slechts tegen contante betaling leveren. De ondernemer wendt zich vervolgens tot een kredietinstelling voor het verkrijgen van krediet. Deze komt met de ondernemer overeen dat zij de desbetreffende machine van de toeleverancier zal kopen (en betalen), waarna ze de machine onder eigendomsvoorbehoud aan de ondernemer doorverkoopt. Het eigendomsvoorbehoud geldt voor de door de kredietinstelling in rekening gebrachte 'koop prijs'. Die 'koop prijs' bestaat uit het benodigde krediet, de daarover te betalen rente en een winststopslag. De parlementaire geschiedenis laat zich over deze voor de hand liggende constructie niet uit. Wel is duidelijk dat art. 3:92 BW niet is geschreven voor kredietinstellingen. Voor hen geldt de ratio van art. 3:84 lid 3 BW en voorziet de wet in een stil pandrecht als zekerheid voor de door hen verstrekte kredieten. Daar staat tegenover dat wanneer een leverancier een zaak aan een tussenhandelaar verkoopt, deze laatste haar onder eigendomsvoorbehoud kan doorverkopen. Wat staat er dan aan in de weg dat de leverancier de zaak aan een kredietinstelling verkoopt, die haar vervolgens aan een derde onder eigendomsvoorbehoud levert?⁵⁷

55. Vgl. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 388.

56. Vgl. M.v.A. II (1985), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1240.

57. Het kan ook ingewikkelder. Partijen kunnen bijvoorbeeld ook overeenkomen dat de ondernemer rechtstreeks bij de leverancier koopt, dat de leverancier bij de levering zich de eigendom voorbehoudt, dat de leverancier de vordering tot betaling van de koop prijs aan de kredietinstelling cedeert en dat hij de voorbehouden eigendom aan haar overdraagt. Dat de verkoper tot overdracht van de voorbehouden eigendom bevoegd is, is onlangs nog bevestigd in het arrest HR 28 april 1989, NJ 1990, 252 (Van Essen/NMB; puinbreekinstallatie). Vgl. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241-1242, waar overdracht van voorbehouden eigendom in geval van cessie of subrogatie mogelijk wordt geacht d.m.v. levering langs de weg van art. 3:90 BW. Dat voorbehouden eigendom niet als afhankelijk recht met de vordering mee overgaat vindt bevestiging in HR 18 februari 1994, NJ 1994, 462 (Nijverdal Ten Cate/Wilderink q.q.). Uit de 'nemo plus-regel' vloeit voort dat de kredietinstelling de eigendom

4 Lease

4.1 Inleiding

Met de economische groei in de jaren zestig ontstond in de vorm van 'leasing' een nieuwe vorm van financiering van bedrijfsactiviteiten. Deze uit de Verenigde Staten overgewaaid constructie kreeg voet aan de grond door de toegenomen behoefte aan vernieuwing en uitbreiding van bedrijfsmiddelen. 'Leasing' vormde daarbij een alternatief voor de traditionele wijzen van financiering, die - zo luidde het bij haar aanbeveling - niet optimaal in deze behoeften zouden kunnen voorzien. 'Leasing' heeft in de jaren daarna een grote vlucht genomen. Zij heeft als zodanig nooit een regeling in de wet gekregen, ook niet in het nieuwe BW. Het is in de eerste plaats een economische figuur, ingegeven door economische motieven. Bij de keus voor financiering door middel van 'lease' spelen balanstechische overwegingen, fiscale motieven of subsidieregelingen vaak een rol.

Het grondpatroon bij 'leasing' is dat door de 'lessor' (de financier) een bepaald bedrijfsmiddel tegen een bepaalde vergoeding voor een bepaalde tijd aan de 'lessee' in gebruik wordt gegeven. De leaseprijs, die in termijnen moet worden betaald, wordt berekend aan de hand van de investeringskosten, de rente daarover en een winstopslag. 'Lease' is aldus primair een vorm van 'object-financiering', waarbij 100% financiering mogelijk is. Economisch kunnen twee hoofdvormen van 'lease' worden onderscheiden, afhankelijk van de vraag op wie het economische risico met betrekking tot de geleasede zaak drukt. Daarbij moet niet zozeer worden gedacht aan tenietgaan van de zaak, maar aan versnelde economische veroudering daarvan (denk bijvoorbeeld aan computerapparatuur die door een nieuw processortype wordt achterhaald).⁵⁸ Drukt dit risico op de 'lessee' (de kredietnemer) dan spreekt men van 'financial lease', drukt dit risico op de 'lessor' dan spreekt men van 'operational lease'.

onder dezelfde ontbindende voorwaarde verkrijgt, als waaronder hij nog bij de verkoper aanwezig was.

Komt de overdracht van de voorbehouden eigendom niet in strijd met art. 3:84 lid 3 BW omdat zij tot zekerheid strekt dan wel de strekking mist om de eigendom in het vermogen van de kredietinstelling te doen overgaan? Tegen de eerste bedenking kan worden ingebracht dat de strekking van de overdracht van de voorbehouden eigendom *niet* is om een nieuw zekerheidsrecht te creëren; er vindt overdracht van een bestaand eigendomsrecht plaats. Daarnaast vindt de constructie van het voorbehoud in art. 3:92 BW een uitdrukkelijke wettelijke basis. De strekking is niet de zaken tot zekerheid aan de kredietinstelling over te dragen, doch dat deze van de leverancier naast de vordering de aan hem toekomende eigendom overgedragen krijgt. De kredietinstelling krijgt dus niets anders dan wat de leverancier reeds had. Er wordt geen nieuwe zekerheidseigendom gecreëerd. Tegen de tweede bedenking kan worden ingebracht dat het wel terdege de bedoeling is de eigendom van de afgeleverde zaak, zij het onder ontbindende voorwaarde, in het vermogen van de kredietinstelling te doen vallen. Het is immers de bedoeling dat na de overdracht niet meer de leverancier, maar de kredietinstelling zich bij niet-betaling van de op haar overgegangene vordering op het eigendomsvoorbehoud kan beroepen.

58. De mogelijkheid van waardevermeerdering speelt slechts een geringe rol.

4.2 Juridische kwalificatie

Hoewel met de term 'lease' de associatie van huur is verbonden volgt uit het bovenstaande dat 'leasing' zich niet eenvoudig juridisch laat duiden. 'Lease' is vooral een economisch begrip. Wat de aan een 'lease' van een zaak ten grondslag liggende rechtsverhouding is moet aan de hand van het onderliggende contract worden vastgesteld. Zeer globaal kan bij de juridische karakterisering van 'leasecontracten' worden teruggegrepen op twee in de wet geregelde, 'benoemde' contracten: de 'huurovereenkomst' en de 'huurkoopovereenkomst'. Ook in het Engelse recht wordt 'lease' vaak herleid tot een 'hire agreement' of een 'hire-purchase agreement'. Vaak zijn de contracten opgesierd met tal van extra voorzieningen, zoals op het gebied van service, verzekeringen e.d. Het aantal verschijningsvormen is groot. Soms vertonen 'leasecontracten' kenmerken van beide rechtsfiguren. Een enkele keer omvat een 'leasecontract' slechts een pure kredietovereenkomst tegen zekerheidstelling door middel van een stil pandrecht, waaraan om marketing-technische redenen de benaming 'lease' wordt gegeven: het 'verkoopt' beter.

4.3 Huurvariant

Een huurovereenkomst wordt daardoor gekenmerkt dat een zaak tegen een bepaalde vergoeding (de huurprijs) voor een bepaalde tijd in gebruik wordt gegeven.⁵⁹ Huur strekt niet tot eigendomsovergang. Een leaseovereenkomst waarbij de 'lessee' een zaak tegen betaling van leasetermijnen slechts *tijdelijk* in gebruik krijgt voldoet aan deze kenmerken. Dit heeft tot gevolg dat op een dergelijke overeenkomst de bepalingen omtrent de huur van roerende zaken van toepassing zijn. De kwalificatie als huur heeft voor de vrijheid van partijen om de inhoud van hun contract te bepalen geen grote consequenties. Op een enkele bepaling na zijn de huurbepalingen met betrekking tot roerende zaken niet van dwingendrechtelijke aard.⁶⁰

Bij een 'leasecontract' waarvan de basis als huur is aan te merken, is het in beginsel de 'lessor' die de zaak voor haar risico en haar rekening als verhuurder exploiteert. De 'lessee' verkrijgt slechts een tijdelijk gebruiksrecht. Na afloop van de leaseovereenkomst zal de 'lessee' als huurder de zaak aan de leasemaatschappij moeten afgeven. Economisch kan van 'operational lease' worden gesproken. De bepalingen van het 'leasecontract' kunnen echter van dien aard zijn dat er geen sprake is van een 'operational lease', maar van een 'financial lease'. Is de totale leaseperiode gelijk aan de economische levensduur van de zaak dan ligt het economische risico immers in feite bij de 'lessee'. Stel er wordt een spuitgietmachine voor een vaste leaseperiode van *tien* jaar gelaesd. De

59. Vgl. art. 7A:1584 BW.

60. De huur van roerende zaken is geregeld in de artt. 7A:1584-1623 BW, met uitzondering van een aantal artikelen die naar hun aard alleen op huur van onroerende zaken van toepassing zijn. Art. 7A:1612 BW waarin de regel 'koop breekt geen huur' is neergelegd is wel dwingendrechtelijk van aard.

(geschatte) economische levensduur van de machine is *tien tot twaalf* jaar, waarna nog een behoorlijke restwaarde te verwachten valt. Zoals gebruikelijk bij een dergelijke lease wordt in die tien jaar de investering in de machine in de regel geheel in de leaseprijs verrekend, terwijl de risico's contractueel bij de 'lessee' worden gelegd. De vaste leaseperiode, waardoor vroegtijdige opzegging van de leaseovereenkomst niet mogelijk is, en de volledige verrekening van de investeringskosten in de leaseprijs hebben tot gevolg, dat het risico van tussentijdse versnelde economische veroudering en/of waardevermindering van de zaak geheel voor rekening van de 'lessee' komt. Economisch komt dit neer op een 'financial lease'. Onder deze omstandigheden is de vraag gerechtvaardigd of er sprake is van 'huurkoop' in plaats van 'huur'. Hieronder wordt daarop teruggekomen.

4.4 Huurkoopvariant

Anders dan 'huur' strekt 'huurkoop' tot eigendomsovergang. Art. 7A:1576h lid 1 BW definieert huurkoop als de koop en verkoop op afbetaling, waarbij partijen overeenkomen, dat de verkochte zaak niet door enkele aflevering in eigendom overgaat, maar pas door vervulling van de opschortende voorwaarde van algehele betaling van wat door de koper uit hoofde van de koopovereenkomst verschuldigd is. Aldus is huurkoop een nader in de wet geregelde benoemde vorm van verkoop met levering onder eigendomsvoorbehoud.⁶¹ De huurkoopregeling is ten tijde van de economische crisis in de dertiger jaren ingevoerd. Ze beoogt de koper een bepaalde mate van bescherming te bieden tegen een te lichtvaardig aangaan van een huurkoop alsmede tegen een te eenzijdig sterke positie van de (huur)verkoper. De kwalificatie 'huurkoop' heeft voor het contract ingrijpender gevolgen dan die van huur. De huurkoopregeling is op een enkele bepaling na dwingendrechtelijk van aard.⁶²

Bij een 'leasecontract' dat een huurkoopovereenkomst omvat ligt het economische risico bij de 'lessee'⁶³; hij is het die de door hem geleaste zaak voor eigen rekening en risico exploiteert. In de regel wordt de zaak ook op zijn balans vermeld. Op de 'lessor' drukt slechts het financieringsrisico. Economisch is er sprake van 'financial lease'. Het financieringsrisico van de 'lessor' wordt afgedekt door het eigendomsvoorbehoud.

Voldoet de (huur)koper(/'lessee') niet aan zijn verplichting tot betaling van de (lease)termijnen, dan kan de (huur)verkoper(/'lessor') als eigenaar de zaak weer onder zich nemen. Art. 7A:1576t BW waakt tegen bevoordeling van de (huur)verkoper ten koste van de (huur)koper, wanneer deze de zaak op grond van zijn eigendomsvoorbehoud terugneemt:

61. Vgl. M.v.T. (1981), Parl. Gesch. Aanpassing BW, p. 386.

62. Art. 7A:1576a BW.

63. Het juridische risico ligt op de voet van art. 7:10 BW van het tijdstip van aflevering af eveneens bij de koper.

Indien bij ontbinding van de overeenkomst⁶⁴ wegens het niet nakomen door den koper van zijne verplichtingen de verkoper in beteren vermogenstoestand zou geraken dan bij het in stand blijven van de overeenkomst, vindt volledige verrekening plaats.

Voor het al dan niet van toepassing zijn van de huurkoopbepalingen is de in het contract gegeven kwalificatie 'lease' of 'huur' *niet* doorslaggevend. 'Lease' is geen juridisch begrip. Daarnaast heeft de wetgever willen uitsluiten dat de dwingendrechtelijke regeling van de 'huurkoop' eenvoudigweg kan worden omzeild, bijvoorbeeld door het contract in andere bewoordingen op te stellen en/of een andere vorm mee te geven. Daartoe bepaald art. 7A:1576h lid 2 BW:

Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, hetzij als huur en verhuur, hetzij onder anderen vorm of andere benaming aangegaan, worden als huurkoop aangemerkt.⁶⁵

Deze strekkingsbepaling komt bij door partijen onder de benaming 'lease' gesloten overeenkomsten in het zicht, indien het economisch risico van de zaak volledig bij de 'lessee' ligt, terwijl hij in de vorm van de leaseprijs de totale investering in de door hem geleasde zaak dient op te hoesten, zoals in het hierboven gegeven voorbeeld van de 'lease' van de spuitgietmachine. Economisch was daar sprake van een 'financial lease'. De 'lease' zal met name de kwalificatie van 'huurkoop' meekrijgen wanneer in de leaseovereenkomst een eigendomsovergang na afloop van de leaseperiode is geregeld, zij een *koopplicht* omvat of als er een *koopoptie* bestaat tegen een in vergelijking met de restwaarde symbolisch bedrag. In het tweede geval is er letterlijk sprake van 'huurkoop', in het laatste van een zogenaamde 'urgerende koopoptie'.⁶⁶ In alle drie gevallen strekt de overeenkomst tot eigendomsoverdracht onder de opschortende voorwaarde van betaling van de totale in rekening gebrachte prijs.

4.5 Derdenfinanciering bij lease; sale and lease-back

Vaak valt een 'gewone' leverancier niet te bewegen om een zaak (voor langere tijd) in 'lease' te geven. Omdat hij geen contant geld ziet, zou hij de transactie dienen voor te financieren. Daarnaast brengt het in 'lease' hebben van zaken de nodige rompslomp en

64. Vgl. art. 7A:1576s BW.

65. Zie over deze bepaling *Bijzondere Contracten* III (Kruyff-Gehrels), nr. 15 sub B, met vermelding van rechtspraak en literatuur.

66. Vaak ligt deze in de orde van rond de f 10,- tot f 100,-, welk zeer geringe bedrag in relatie met de reeds gedane investeringen en de omstandigheid dat de zaak anders moet worden teruggegeven geen andere reële keuze laten dan van de koopoptie gebruik te maken. Vgl. arrest Hof 's Gravenhage 25 januari 1985, te kennen uit HR 6 februari 1987, NJ 1987, 986 (Mavic/Dupree c.s.).

risico's met zich mee. Bij de inschakeling van een in 'lease' gespecialiseerde instelling hebben zowel de leverancier als zijn potentiële klant baat. De leverancier krijgt zijn geld, de klant zijn leaseovereenkomst. De leasemaatschappij⁶⁷ neemt daarbij de gehele (voor)financiering van het leaseobject voor zijn rekening, waardoor de leaseprijs een krediet-, een rentevergoedings- en een winstslagcomponent kent. Voorwaarde van de leasemaatschappij daarbij is dat zij de eigendom van de te leasen zaak verwerft. Het meest eenvoudig is dat zij daartoe de zaak van de leverancier koopt en aan zich laat leveren. De daarop aansluitende leaseovereenkomst kan 'operational' of 'financial' van aard zijn. Aan de positie van eigenaar ontleent de leaseinstelling vervolgens zekerheid, wanneer de 'lessee' niet aan zijn verplichtingen voldoet.

Voor aankoopfinanciering wordt ook wel van een andere constructie gebruik gemaakt: de zogenaamde 'sale and lease-back'. Deze figuur komt op het volgende neer. Een financiering zoekende koper van een zaak verkoopt op zijn beurt de zaak aan een leasemaatschappij en draagt deze door middel van een constitutum possessorium⁶⁸ aan haar over, tegelijkertijd krijgt hij haar ten titel van 'lease' weer van de leasemaatschappij in gebruik. Ook hier kan weer sprake zijn van 'operational lease' of 'financial lease'. Reden om deze weg te bewandelen kan belasting- of subsidietechnisch van aard zijn, maar het kan ook zijn dat de leasemaatschappij op deze wijze haar aansprakelijkheid als (huur)verkoper wil ontwijken. Soms is dit de enige weg omdat de leasemaatschappij pas is ingeschakeld nadat de zaak al aan de koper is overgedragen. Daartegenover staat dat de leasemaatschappij het risico loopt dat de zaak onder een reeds bij voorbaat gevestigd stil pandrecht valt.

De 'sale and lease-back' wordt niet alleen gebruikt als wijze van aankoopfinanciering, maar ook om in reeds aanwezige zaken opgesloten gelden liquide te maken. Door de verkoop van een bedrijfsmiddel legt dit niet meer langer beslag op het bedrijfskapitaal. De koopprijs kan worden aangewend om crediteuren af te betalen. De constructie vormt een populair middel om op korte termijn de balans van een bedrijf te verbeteren. In de boeken valt aan de actiefzijde het bedrijfsmiddel weg, aan de passiefzijde het bedrag waarmee hij was gefinancierd. De boekwinst kan voor andere zaken worden gebruikt. De lease heeft wel hogere lopende uitgaven tot gevolg hetgeen uiteindelijk een drukkend effect heeft op de bedrijfswinst.

4.6 Bestendiging van bestaande financieringspatronen bij lease?

Welke repercussies heeft art. 3:84 lid 3 BW voor de bestaande financieringspatronen bij

67. De leasemaatschappijen zijn veelal aan grote banken gelieerd.

68. Het constitutum possessorium is geregeld in art. 3:115 BW.

'lease'?⁶⁹ Vooral de 'sale and financial lease-back'-variant lijkt in strijd met het 'fiducia-verbod' te komen. Bij een dergelijke transactie hebben partijen immers niet de intentie dat de leasemaatschappij daadwerkelijk van de door haar verworven eigendom gebruik zal maken anders dan in het geval dat de 'lessee' tekortschiet in het betalen van de leasetermijnen. De titel koop ('sale') wordt gebruikt om de leasemaatschappij in de vorm van eigendom zekerheid te verschaffen voor de betaling van de volledige leaseprijs⁷⁰, terwijl ondanks de verkoop en overdracht aan de leasemaatschappij het economische en juridische risico met betrekking tot de zaak bij de verkoper/'lessee' blijft liggen en de zaak op diens balans vermeld blijft staan. De vraag of de figuur door het 'fiducia-verbod' wordt getroffen speelt nog meer indien zij niet bij wijze van aankoopfinanciering wordt gebruikt, maar wordt ingezet om geld dat 'vastzit' in reeds verworven zaken liquide te maken. Ze lijkt dan zeker niet meer dan een listige constructie om te verbloemen dat de overdracht tot zekerheid strekt, zoals in de twintiger jaren door Heineken de 'koop met het recht tot wederinkoop' werd gebruikt.⁷¹

Ook in het buitenland worden 'sale and lease-back'-constructies vaak voorzien als verkapte zekerheidstellingen. Dat geldt in het bijzonder ook voor de Angelsaksische landen. In het Engelse recht zijn rechters geneigd nauwgezet te onderzoeken of aan de eigendomsoverdracht van roerende zaken in het kader van een dergelijke transactie werkelijk een koop ten grondslag ligt en geen zekerheidstelling.⁷² In het laatste geval

69. De vraag werd expliciet aan de orde gesteld in een door W.M. Kleijn c.s. in 1989 aan de Vereniging 'Handelsrecht' uitgebracht preadvies over leasing. Zie voor een reactie van de regeringscommissaris voor het nieuwe BW, W. Snijders, de *Handelingen van de Vereniging 'Handelsrecht'*, p. 71 e.v. en 92 e.v. Vgl. ook Reehuis, 'Rechtsvraag (204) burgerlijk recht', *Ars Aequi* 40-2 (1991), p. 174 en p. 507-512. Het WPNR besteedde in 1994 een bijzonder themanummer (WPNR 6119) aan deze problematiek met bijdragen van H.W. Heijman, S.C.J.J. Kortmann en W.M. Kleijn. Voor verdere opgave van literatuur en jurisprudentie zij naar dit themanummer verwezen.

70. De daarop volgende 'financial lease' is op grond van art. 7A:1576h lid 2 BW dikwijls te herleiden tot huurkoop. In de regeling van art. 1576h lid 3 BW lijkt haar erkenning als wijze van aankoopfinanciering besloten te liggen. Krachtens deze bepaling is onder huurkoop mede begrepen 'de overeenkomst, waarbij ter zake van een koop en verkoop een derde, die den eigendom der zaak verwerft, aan den koper crediet verleent des dat het geheel van handelingen de strekking van huurkoop erlangt.' Deze bepaling stamt echter met de huurkoopregeling nog van ver voor de invoering van art. 3:84 lid 3 BW.

71. Vgl. m.b.t. het beding van wederinkoop als kredietmiddel, T.M. (1972), Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 15. Volgens de toelichting mag het gebruik van de figuur van het recht van wederinkoop niet in strijd met art. 3:84 lid 3 BW komen. Daarvan zal sprake zijn indien er niet alleen een recht op wederinkoop bestaat, maar (feitelijk) ook een verplichting tot wederinkoop. Een koop met een verplichting de zaak terug te kopen is een innerlijk tegenstrijdige figuur. Koop is gericht op ruil van een zaak tegen een geldsom. Moet de zaak worden teruggekocht dan zal ook de koopsom weer dienen te worden terugbetaald. Het resultaat komt er op neer dat de koopsom in leen wordt gegeven, waarvoor de verkochte en overgedragen zaak tot zekerheid dient. Vgl. de door Heineken in 1929 gebruikte constructie, par. 2.2 i.h.b. noot 11.

72. Vgl. R.M. Goode, *Commercial Law*, p. 715 e.v.; P.S. Atiyah, *The Sale of Goods*, p. 18 e.v.; Polsky v. S&A Serv. Ltd. [1951] 3 All ER 919; North Central Wagon Finance Co. Ltd v Brailsford [1962] 1 WLR 1288; Stoneleigh Finance Ltd v Philips [1965] 2 QB 537; Kingsley v Sterling Industrial Securities Ltd [1967] 2 QB 747, 780; Snook v London and West Riding Investments Ltd [1967] 2 QB 786. De twijfelachtigheid van de 'sale and lease-back' in het Engelse recht had eenvoudig kunnen worden gekend uit W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht*, deel 1 Inleiding en zakenrecht (1993), p. 429.

wordt de transactie behandeld als een *schijnkoop* en vrijwel altijd als ongeldig aangemerkt omdat zij strijdt met de Bills of Sale Acts of omdat registratie als vereist door de Companies Act 1948 ontbreekt. Ook in de Verenigde Staten wordt bij een 'sale' gevolgd door lease aan de verkoper onderzocht of er sprake is van een verkapte zekerheidstelling. Dit met het oog op de eventuele toepasselijkheid van 'Article 9 Security Interests' van de Uniform Commercial Code.⁷³ Komt zij op een zekerheidstransactie neer, dan voorziet de negende titel van de UCC in regels die de positie van de schuldenaar beschermen alsmede de positie van derden regelen, hoe partijen zich ook in bochten hebben gewrongen om deze consequenties te ontlopen. Er wordt in de Verenigde Staten dus strikt de hand gehouden aan het *strekingskarakter* van de bepalingen in 'Article 9 Security Interests'.

Bij de parlementaire behandeling van het 'fiducia-verbod' is de verhouding tot de bestaande leasepraktijk nimmer aan de orde geweest. Deze omissie van de wetgever wordt enigszins daardoor verzacht dat die problematiek - hoewel voorzienbaar - ook nooit door de leasemaatschappijen, verenigd in de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen, aan de orde is gesteld, bijvoorbeeld bij wijze van adres aan de Kamer.

DEEL II: DE 'SALE AND LEASE-BACK' EN ART. 3:84 LID 3 BW

5 Mr. Keerweer q.q./Sogelease

In 1995 heeft een 'sale and financial lease-back'-overeenkomst geleid tot een 'standaardarrest' van de Hoge Raad over de omvang en werking van het in art. 3:84 lid 3 neergelegde 'fiducia-verbod'.⁷⁴ De casus is gestroomlijnd als volgt.⁷⁵

Drukkerij 'De Zaaiers' heeft voor f 1.550.000,- (inclusief BTW) drukpersen gekocht van leverancier Mahez. De aanschaf van de drukpersen is door Sogelease gefinancierd door middel van 'sale and lease-back'. Daartoe heeft De Zaaiers de kort

73. Zie bijv. H.C. Sigman, *WPNR* 6214, p. 167, waarin ook een literatuuroverzicht. Vgl. ook W.J. Zwalm, *WPNR* 6185, p. 391, die ervoor waarschuwt dat men zich niet blind moet staren op het Anglo-Amerikaanse zekerheidensysteem. In tegenstelling tot ons continentale systeem kent dat van oudsher een vele malen groter aantal 'zakelijke' zekerheidsrechten op roerende zaken: 'pledges', 'chattel mortgages' (te onderscheiden in 'legal' en 'equitable mortgages'), 'charges' (te onderscheiden in 'fixed' en 'floating charges'), 'reservation of title clauses', 'liens' en nog veel meer, alle beheerst door verschillende vormvoorschriften en gekenmerkt door verschillende rechtsgevolgen. Ook na de invoering van 'Article 9 Security Interests' is het 'the sad truth that personal property security law is well on the way to becoming quite as fragmented and quite as complex as it ever was in the bad old days before the Code' (citaat ontleend aan Grant Gilmore, de geestelijke vader de 'Article 9 Security Interests', in 'Confessions of a Repentant Draftsman' (15 *Georgia Law Review* 605, p. 620).

74. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 118 (Mr. Keerweer q.q./Sogelease).

75. De door Sogelease met De Zaaiers gesloten 'sale and lease-back'-overeenkomst stamde van voor 1 januari 1992, de dag waarop de Boeken 3, 5 en 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in werking traden. Aan de Rechtbank werd de vraag ter beoordeling voorgelegd of de tussen Sogelease en De Zaaiers bestaande rechtsverhouding wordt beheerst door art. 86 lid 1 Overgangswet. Dit brengt de vraag mee of de overdracht in het kader van de tussen partijen gesloten overeenkomst als zekerheidsoverdracht valt te bestempelen. In dat geval zou de eigendom van Sogelease krachtens genoemde bepaling zijn 'omgezet' in een pandrecht.

daarvoor aan haar in eigendom overgedragen drukpersen voor f 1.600.000,- (exclusief BTW) aan Sogelease verkocht en door middel van een levering constituto possessorio in eigendom overgedragen, waarna de drukpersen door Sogelease aan De Zaaiers 'in lease' zijn gegeven voor de duur van zeven jaar. De lease-overeenkomst houdt onder meer in dat De Zaaiers een maandelijkse leasetermijn aan Sogelease betaalt en dat zij *het recht* heeft de drukpersen aan het eind van de periode van zeven jaar voor f 100,- *te kopen*. Het onderhoud van de drukpersen is voor rekening van De Zaaiers en ook *alle risico's* met betrekking tot de drukpersen komen voor haar rekening. De drukpersen worden niet door Sogelease, doch door De Zaaiers op *haar balans* geactiveerd. Verder is overeengekomen dat Sogelease in geval van wanprestatie van De Zaaiers op grond van de lease-overeenkomst de vrijheid heeft deze *te ontbinden*, waarna de drukpersen aan haar ter vrije beschikking zouden staan.⁷⁶ De Zaaiers gaat binnen twee jaar failliet en mr. Keereweer wordt als curator aangesteld. Deze vordert - voor zover hier van belang - voor recht te verklaren dat Sogelease op de datum van het faillissement van De Zaaiers geen eigenaar van de drukpersen was, omdat de overdracht door De Zaaiers aan Sogelease slechts tot zekerheid strekte hetgeen op grond van art. 3:84 lid 3 BW geen geldige titel voor overdracht is.

Volgens de Hoge Raad ligt de aan te leggen maatstaf voor de vraag of een overdracht tot zekerheid strekt besloten in de nauwe samenhang tussen het 'fiducia-verbod' van art. 3:84 lid 3 BW en het geboden alternatief van het stille pandrecht in art. 3:237 BW. Deze maatstaf moet, aldus de Hoge Raad,

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

Strekt daarentegen de rechtshandeling van partijen tot "werkelijke overdracht" (in geval van een zaak: tot eigendomsoverdracht) en heeft zij derhalve de strekking het goed zonder beperking op de verkrijger te doen overgaan - en deze aldus meer te verschaffen dan enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt - dan staat art. 3:84 lid 3 daaraan niet in de weg. Met

76. Dit laatste is althans door Mr. Keereweer niet bestreden.

name doet het dat niet, indien de overeenkomst ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen, anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts -voor wat betreft het gebruik- behoeft te ontbinden ten einde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken.

Dit geldt ook als de overeenkomst is gesloten in verband met de verstrekking van enigerlei vorm van crediet aan de overdrager, zoals bij een sale and lease back-overeenkomst, naar haar aard het geval zal zijn. [...].

Dat de wet dergelijke figuren - mits de rechtshandeling strekt tot "werkelijke" overdracht en niet enkel tot overdracht "ten titel van verhaal" - toelaat ondanks het daarbij voorzittende motief degene aan wie wordt overgedragen tevens een vorm van zekerheid te bieden, kan ook blijken uit de regelingen betreffende het eigendomsvoorbehoud (art. 3:92) en huurkoop (art. 7A:1576h e.v.).'

6 *Ontwijking van het 'fiducia-verbod' en het 'toeëigeningsverbod'*

In de aan de erkenning van de 'sale and lease-back' ten grondslag liggende overwegingen heeft de Hoge Raad de angel uit het 'fiducia-verbod' getrokken. Het 'Sogelease-arrest' is daarom bij de kredietinstellingen met gepaste instemming ontvangen. Nog liever hadden zij art. 3:84 lid 3 BW geheel buiten werking gesteld gezien.⁷⁷ Als van nature streeft een kredietinstelling de maximaal mogelijke zekerheid na. Zij wil uit haar aard meer, ook dan wanneer ze met iets minder eveneens uitstekend toegerust zou zijn geweest. Een eigendomsrecht waarover zij vrij kan beschikken is daarbij mooier dan - in de woorden van de Hoge Raad -

'enkel een recht op het goed, dat hem in zijn belang als schuldeiser beschermt', zoals het stille pandrecht. Door de vragende positie waarin een kredietzoekende verkeert, hebben kredietinstellingen de mogelijkheid om eenzijdig de voorwaarden waaronder krediet wordt verleend te dicteren. Derhalve valt te verwachten dat ook andere kredietgevers dan leasemaatschappijen zullen onderzoeken of zij van 'sale and lease-back'-achtige constructies gebruik kunnen gaan maken.'

De vraag is gerechtvaardigd of de 'sale and lease-back' niet in strijd komt met het

⁷⁷ Zie over dit arrest o.a. de noot daaronder in de NJ van W.M. Kleijn, de noot van Rank-Berenschot in *NTBR* 1995/8, p. 207-211; de noot van R.D. Vriesendorp in *Ars Aequi* 1995/11, p. 872-879; S.C.J.J. Kortmann/J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht', *NJB* 1995, p. 991-996; dezelfde, *WPNR* 6187 (1995), p. 455-457; J.B. Vegter, *WPNR* 6190 en 6191 (1995), p. 534-536 en 555-557; G.M.H. van Lokven, *NJB* 1995, p. 965-966; G.W. Mincke, *NTBR* 1995/8, p. 175-179; A.F. Salomons *WPNR* 6204 (1995), p. 820-822; *WPNR* 6237 (1996), p. 654-655; H.C. Sigman, *WPNR* 6214 (1996), p. 167-170; T.H.D. Struyken, *WPNR* 6215 (1996), p. 179-180; *WPNR* 6237 (1996), p. 655-658.

zogenaamde toeëigeningsverbod, zoals dat voor pand en hypotheek is neergelegd in art. 3:235 BW.⁷⁸ Krachtens deze bepaling is elk beding waarbij de pand- of hypotheekhouder bij wanprestatie van de schuldenaar de bevoegdheid wordt gegeven zich het verbonden goed toe te eigenen nietig. De onderhavige constructie verschaft de 'lessor' de bevoegdheid bij wanprestatie van de 'lessee' de zaak als zijn eigendom onder zich te nemen. Onder het oude recht werd het toeëigeningsverbod (neergelegd in art. 1200 resp. 1223 OBW) van overeenkomstige toepassing geacht op de zekerheidseigenaar. Volgens de Hoge Raad is voor het toeëigeningsverbod bij de 'sale and lease-back' geen rol weggelegd:

'De tegenwerping dat een overdracht in verband met een crediettransactie als zodanig altijd tot zekerheid strekt en dus op grond van art. 3:84 lid 3 ongeldig is, en dat zij niet kan worden geheeld door haar als een "werkelijke overdracht" in te kleden, omdat aldus ook nog het verbod van toeëigening wordt genegeerd, snijdt geen hout. De situatie dat het goed van de aanvang af toebehoort aan de credietverstrekker, is immers een andere dan die waarop art. 3:235 ziet, te weten dat hij desgewenst in plaats van het goed te gelde te maken en zich uit de opbrengst te voldoen, het goed op zich kan doen overgaan.'⁷⁹

De kredietgever krijgt zo bij een geslaagde 'sale and lease-back' meer recht dan voorheen bij een zekerheidsoverdracht het geval zou zijn geweest. De redengeving waarom het toeëigeningsverbod niet geldt wekt verwondering. Ook bij zekerheidsoverdracht hoort de zaak van *meet af aan* toe aan de kredietgever. Dit heeft echter de Hoge Raad niet verhinderd om bij wanprestatie van de schuldenaar de zekerheidseigenaar voor te schrijven dat hij niet kan volstaan met het separeren van de tot zekerheid overgedragen zaak, maar dat hij naar analogie van de pandhouder daarop verhaal dient te zoeken. Bij een 'sale and lease-back' kan de kredietgever, evenals de leverancier onder eigendomsvoorbehoud, bij wanprestatie de overeenkomst krachtens welke de zaak ter beschikking is gesteld ontbinden en de zaak als haar eigendom terugnemen, waarna deze tot haar vrije en volledige beschikking staat. Dit neemt evenwel niet weg dat zij in de praktijk de teruggenomen zaak veelal zal verkopen, maar ze is - geheel overeenkomstig haar (stille) wens - daarbij niet gebonden aan allerlei executieregels en aan een directe verantwoordingsplicht.

De vraag doet zich derhalve voor of hier niet opnieuw het oude probleem weer opdoemt dat vroeger bij de zekerheidsoverdracht speelde, namelijk dat kredietgevers zich een sterkere positie verwerven dan hun belangen als kredietgever rechtvaardigen. Die

⁷⁸ De regeringscommissaris voor het nieuwe BW, W. Snijders, merkt in het Verslag van de Vergadering van de Vereniging voor 'Handelsrecht' 1990, p. 60 e.v. op: 'Het moet natuurlijk niet zo zijn dat het enkele feit dat men bij het met de overdracht beoogde zekerheidsrecht ook nog het bij pand en hypotheek geldende toeëigeningsverbod overtreedt, [...] de zekerheidsoverdracht ineens geldig maakt.'

⁷⁹ De Hoge Raad getuigt hier van een zeer 'enge' opvatting met betrekking tot het toeëigeningsverbod. Vgl. de noot van W.M. Kleijn onder het arrest (met literatuurverwijzingen).

belangen rechtvaardigen slechts een verhaalsrecht met een hoge voorrang en *geen* eigendom. Het is de overwaarde aan recht die de Minister in 1971 immers als ratio gaf om de zekerheidsoverdracht in de ban te doen.⁸⁰

7 *Het 'fiducia-verbod' schrappen?*

In verband hiermee wordt in de literatuur voorgesteld om het verbod van de 'fiducia cum creditore' zo snel mogelijk te schrappen.⁸¹ De gedachtengang daarbij is klaarblijkelijk dat alsdan de onder het oude recht met betrekking tot de zekerheidsoverdracht ontwikkelde beperkingen evenzeer op de 'sale and financial lease-back' van toepassing zullen zijn. Dit is een nogal wonderlijke veronderstelling, daar onder het oude recht zich evenzeer de vraag voordoet of bij gebruikmaking van een dergelijke constructie slechts sprake is van een overdracht tot zekerheid dan wel van een 'werkelijke' overdracht. In het eerste geval geldt de ratio van het toeëigeningsverbod en dient de kredietgever naar analogie van een pandhouder verhaal uit te oefenen. In het tweede geval heeft hij een positie gelijk aan iemand die - al dan niet in de vorm van huurkoop - een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt. Bij het aanleggen van het door de Hoge Raad gehanteerde criterium tussen 'werkelijke' en zekerheidsoverdracht komt men tot hetzelfde oordeel: *geen* zekerheidsoverdracht en dus *geen* verhaal naar analogie van een pandhouder.

Het in ere herstellen van de titel zekerheidstelling zou, zo wordt betoogd, bovendien de mogelijkheid om de overdracht te relativieren vergroten. Ook dit is gebaseerd op een onjuiste inschatting. De relativering van de zekerheidsoverdracht was onder het oude recht gekoppeld aan de titel zekerheidstelling *in combinatie* met de niet-feitelijke leveringsvorm constitutum possessorium. In het nieuwe recht wordt de levering constitutum possessorium *sec* gerelativeerd. Art. 3:90 lid 2 BW bepaalt daaromtrent:

'Blijft de zaak na de levering in handen van de vervreemder, dan werkt de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft, eerst vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen.'

De suggestie om na schrapping van het 'fiducia-verbod' de relativering niet langer te koppelen aan de leveringsvorm, maar aan de titel zekerheidstelling, heeft niet meer mogelijkheden tot relativering van de 'sale and lease-back' tot gevolg. De Hoge Raad ziet immers een overdracht in dat kader *niet* als ten titel van zekerheid. Sterker nog: relativering van een niet-feitelijke levering krachtens een 'sale and lease-back'-overeenkomst is *onmogelijk*.

Het belangrijkste bezwaar tegen zo een voorstel is wellicht dat schrapping van het

⁸⁰. Zie par. 2.3.

⁸¹. Vgl. S.C.J.J. Kortmann/J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht', *NJB* 1995, p. 991-996; dezelfde, *WPNR* 6187 (1995), p. 455-457.

'fiducia-verbod' de facto betekent dat de figuur van de stille verpanding weer wordt ingeruild voor die van de zekerheidsoverdracht. Dit staat haaks op hetgeen de wetgever met de introductie van de figuur van het stille pandrecht beoogde te bereiken. Hij wilde juist de niet wettelijk geregelde zekerheidsoverdracht kwijt omdat daaraan overbedeling aan recht inherent was. Haar hybride karakter zal ook telkens weer nieuwe vragen oproepen. Het stille pandrecht daarentegen is eenduidig in de wet geregeld, waarbij een evenwichtige belangenafweging heeft plaatsgevonden tussen de kredietgever/pandhouder, de schuldenaar/pandgever, diens overige schuldeisers en derden.

Wil men bij 'sale and lease-back' de positie van de 'lessee', diens andere crediteuren en derden met een ouder recht op de zaak verdergaand beschermen dan zal men de grote tegemoetkomendheid van de Hoge Raad aan de wensen van leasemaatschappijen moeten bekritisieren (vgl. de volgende par.) of zijn toevlucht moeten zoeken tot andere leerstukken die hun positie inperken (vgl. par. 12).

8 *De maatstaf van de Hoge Raad*

De Hoge Raad gaf onder het oude recht partijen de vrije hand de figuur van de overdracht te gebruiken om de oude praktisch onwerkbaar eis van 'buitendemachtstelling' voor pandrecht - het enige wettelijke zekerheidsrecht op roerende zaken - te omzeilen. Daar stond echter een *ontwikkeling* in de rechtspraak tegenover die er in resulteerde dat aan de uit zekerheidsoverdracht verkregen eigendom een beperkte strekking werd toegekend, namelijk tot verhaal. Dit concretiseerde zich daarin dat de zekerheidseigenaar bij wanprestatie zich de zaak *niet* mocht 'toeëigenen', doch zich er 'slechts' op mocht verhalen.⁸² Was dit onder het oude recht een aan de gevolgen van de zekerheidsoverdracht gestelde beperking, thans keert de Hoge Raad het om bij de toetsing van de 'sale and lease-back' aan art. 3:84 lid 3 BW. Is in de overeenkomst de bevoegdheid van de verkrijger beperkt in die zin dat hij slechts bij wanprestatie van de vervreemder zich op de zaak mag verhalen, dan is er krachtens art. 3:84 lid 3 BW sprake van een ongeldige titel voor overdracht. Is van een dergelijke bevoegdheidsbeperking in de overeenkomst geen sprake en is zij op een 'werkelijke overdracht' gericht, dan staat art. 3:84 lid 3 BW niet aan de totstandkoming van de overdracht in de weg. Ook dan niet indien de overeenkomst erin voorziet dat de zaak tegen betaling aan de vervreemder in gebruik wordt gegeven, mits bij wanprestatie de verkrijger dit deel van de overeenkomst slechts behoeft te ontbinden teneinde over de zaak vrij en volledig te kunnen beschikken. Opmerkelijk is dat dit een vergelijkbare wijze is waarop onder het oude recht vele akten die zekerheidsoverdracht behelsden waren ingericht. Dat bij wanprestatie de (zekerheids)eigenaar na verkregen afgifte desondanks niet vrijelijk over de zaak kon beschikken en naar analogie van pandrecht verhaal op de zaak diende zoeken werd desondanks afgeleid uit de

82. Vgl. par. 2.1 en de jurisprudentie genoemd in noot 13.

jurisprudentie van de Hoge Raad en de daaraan in de literatuur gegeven uitleg.

9 *Hebben partijen geheel de vrije hand?*

Zet de formulering van de Hoge Raad voor kredietinstellingen de deur volledig open om door constructies de wetsbepaling van art. 3:84 lid 3 BW en daarmee het gesloten systeem van zakelijke zekerheidsrechten te omzeilen? Kunnen zaken weer tot zekerheid worden overgedragen, mits men de woorden 'tot zekerheid' niet gebruikt, de gevolgen *niet* ten voordele van de schuldenaar en diens overige schuldeisers zodanig regelt dat er verhaal moet worden gezocht naar analogie met het pandrecht, maar spreekt van een 'werkelijke' overdracht? Wint de contractsvrijheid het van de dwingende wetsbepaling van art. 3:84 lid 3 BW? Dit zou betekenen dat het 'fiducia-verbod' nog geen tweeëneenhalf jaar na de invoering van het nieuwe BW tot een dode letter is geworden.⁸³ Een dergelijke vergaande uitleg dat partijen door een andere constructie te kiezen het 'fiducia-verbod' kunnen omzeilen, komt niet alleen in strijd met de in de parlementaire geschiedenis weergegeven ratio van de dwingende wetsbepaling art. 3:84 lid 3 BW, maar ook met haar karakter van *strekkingsbepaling*. Het gaat er om of de door partijen gebruikte constructie tot overdracht ten titel van zekerheid *strekt*. Of dat het geval is, is naar *objectieve* maatstaven te beoordelen. De door partijen gekozen bewoordingen en/of uiterlijke vorm zijn derhalve *niet* doorslaggevend.

Dat partijen door een slimme constructie art. 3:84 lid 3 BW aan de kant kunnen zetten, is door de Hoge Raad ook niet gewild. De Hoge Raad waarschuwt dat een 'sale and lease-back' niet in alle gevallen als rechtsgeldig zal worden geaccepteerd:

'Een en ander sluit niet uit dat onder bijkomende omstandigheden waaruit moet worden afgeleid dat de bedoeling tot ontduiking van de in art. 3:84 lid 3 vervatte regel voorzat, van ongeldigheid uit hoofde van die bepaling sprake kan zijn.'

Wie verwacht dat de Hoge Raad enkele bijkomende omstandigheden zou noemen komt bedrogen uit. Hij houdt zijn kruit droog. Dat is jammer omdat de concrete invulling bepaalt welke speelruimte partijen hebben om in het kader van een krediettransactie de 'sale and lease-back' in te zetten, respectievelijk welk gebied exclusief aan de wettelijke zekerheidsrechten is toegewezen. Waarin kunnen deze gelegen zijn?

10 *De Hoge Raad is nogal ruimhartig*

Behalve volstreekte verwerping werd in het verleden bij de vraag naar de houdbaarheid van een 'sale and lease-back' wel de grens getrokken tussen de 'sale' die wordt gevolgd

⁸³. De voorspelling van J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen aan de vooravond van het Sogelease-arrest zou dan wel heel snel bewaarheid zijn geworden (*Tussen droom en daad* (1995)), p. 87).

door een 'financial lease-back', respectievelijk die wordt gevolgd door een 'operational lease-back'.⁸⁴ Bij een 'koop en terug-in-huurkoop', waarbij op de verkoper het economisch risico met betrekking tot de zaak blijft rusten en zij ook op diens balans wordt (blijft) opgenomen, wordt met de overdracht slechts het verschaffen van zekerheid beoogd. De door Sogelease gebruikte constructie lijkt in hoge mate op de aan de Hoge Raad in 1929 voorgelegde constructie van de 'koop met recht van wederinkoop', welke constructie door hem als een overeenkomst strekkende tot eigendomsoverdracht tot zekerheid van een vordering werd voorzien.⁸⁵ Het verschil is dat thans de *verhullende* Engeltalige benaming 'sale and financial lease-back' wordt gebruikt, die, wanneer zij in Engeland wordt gebruikt, bij de rechters het licht op rood doet springen. Ingevolge deze opvatting is in casu de overdracht van de drukpersen door De Zaaiers aan Sogelease als ten titel van zekerheid aan te merken. Bij een 'koop en terug-in-huur' behoeft in deze lezing overigens geen strijd met art. 3:84 lid 3 BW te bestaan indien een 'werkelijke' overdracht van de zaak is beoogd, zich daarin uitende dat de zaak na de overdracht voor rekening en risico van de leasemaatschappij komt, waar het ook op de balans komt te staan. In zijn conclusie voor het 'Sogelease-arrest' trekt Advocaat-Generaal A.S. Hartkamp een andere - deels ruimer, deels engere - grens. Hij acht een 'sale and lease-back' mogelijk in het kader van een *aankoop*financiering, daar waar ook een *eigendomsvoorbehoud* mogelijk is, indien de leverancier de zaak eerst aan de 'lessor' verkoopt en overdraagt, waarna deze haar ten titel van 'lease' aan de 'lessee' ter beschikking stelt. In deze uitleg is er sprake van een geslaagde overdracht aan Sogelease. In dit opzicht is het criterium van de Advocaat-Generaal ruimer. Het is enger voor zover ook de 'sale and operational lease-back' is beperkt tot aankoopfinanciering.

De Hoge Raad is nog ruimhartiger dan genoemde opvattingen. Hij ziet de overdracht van de drukpersen niet als ten titel van zekerheidstelling. Volgens hem behoeven de volgende vier omstandigheden er *niet* aan in de weg te staan om een 'werkelijke' overdracht in het kader van een 'sale and lease-back' aan te nemen:

- a) de overeenkomst is gesloten in verband met enigerlei vorm van krediet (hetgeen bij een dergelijke overeenkomst naar haar aard het geval zal zijn);
- b) de overeenkomst heeft betrekking op zaken die degene die financiering behoeft al voordien in eigendom had;
- c) de krachtens de verkoop aan de leasemaatschappij ontvangen gelden worden voor een ander doel dan voor aankoopfinanciering aangewend;
- d) een beding krachtens hetwelk onderhoud en risico voor rekening van de overdrager blijven.

84. W.M. Kleijn c.s. in 1989 aan de Vereniging 'Handelsrecht' uitgebracht preadvies over leasing, p. 9; W.M. Kleijn, *WPNR* 5974 (1990), p. 586-587; W.H.M. Reehuis, 'Rechtsvraag' in: *Ars Aequi* 1991, p. 509; E.B. Rank-Berenschot, *NTBR* 1994/1, p. 20; Pres. Rb. Roermond 16 juli 1992, NJ 1994, 482 (NMB Lease/Ontvanger); Pres. Rb. Utrecht 25 mei 1993, NJ 1994, 481 (TLT c.s./Ontvanger).

85. Vgl. noot 11. Vgl. m.b.t. beding van wederinkoop als kredietmiddel noot 71.

Zelfs wanneer alle opgesomde omstandigheden samen aanwezig zijn, behoeft een 'sale and lease-back' nog niet door het 'fiducia-verbod' te worden getroffen. Aldus lijkt ondanks het in art. 3:84 lid 3 BW bepaalde de volgende constructie in de ogen van de Hoge Raad genade te vinden. Een koffiehuisshouder wendt zich ter financiering voor een vakantie tot een kredietinstelling. De kredietinstelling komt - al mag het zo in de akte niet worden genoemd - tot zekerheid van de terugbetaling van het krediet met de koffiehuisshouder overeen, dat de laatste diens tien jaar oude caféinventaris aan de kredietinstelling verkoopt en levert. Dit onder de nadere afspraken dat de koffiehuisshouder de inventaris tegen het betalen van een periodieke vergoeding - lees betalingstermijnen - kan blijven gebruiken, dat hij na afloop van de overeengekomen gebruikstermijn de inventaris voor f 1,- kan terugkopen - huurkoop? - en dat de inventaris voor de duur van het gebruik voor rekening en risico van de koffiehuisshouder komt. Het vakantiekrediet wordt door de kredietgever in de vorm van de koopprijs ter beschikking van de koffiehuisshouder gesteld. De inventaris blijft ter plekke staan. De balans van de koffiehuisshouder vermeldt nog steeds de inventaris. Is dit nou niet het soort overeenkomst dat de wetgever met het 'fiducia-verbod' als titel van overdracht wilde bestrijden? Is een stil pandrecht voor de kredietgever niet de wettelijk aangewezen weg? Is de Hoge Raad gelet op *de ratio* van art. 3:84 lid 3 BW niet *te ver* doorgeschoten door op een dergelijke ruime wijze constructies als 'sale and lease-back' toe te staan?⁸⁶

De rechtvaardiging voor de ruimhartigheid van de Hoge Raad kan worden gezocht in de omstandigheid dat de 'sale and lease-back' een belangrijke rol in het zakelijke kredietverkeer zou vervullen. Het niet erkennen van een eigendomsoverdracht in dit kader zou het einde van deze financieringstechniek inhouden en daarmee een doorbreking van de tot 1992 bestaande financieringspatronen betekenen, met alle economische repercussies van dien. Ook wanneer empirisch onderbouwd kan worden dat de constructie een belangrijke rol in het kredietverkeer vervult, dient dit argument niet te worden overtrokken. Krediet met als zekerheidstelling een stil pandrecht vormt een wettelijk alternatief voor een 'sale and financial lease-back', zoals dit ook het geval is voor een door zekerheidsoverdracht afgedekt krediet. Mede met het oog op art. 3:84 lid 3 BW hebben verschillende leaseinstellingen dit alternatief doorgevoerd, bijvoorbeeld onder de benaming 'finance lease'. En na het 'Sogelease-arrest' wordt nog steeds van deze alternatieve route gebruik gemaakt. Nu zou men kunnen opmerken dat bij 'financial lease' - economisch bezien - 100% financiering mogelijk is, dit in tegenstelling tot stil pandrecht waarbij in beginsel de executiewaarde als maatstaf zou gelden. In de praktijk blijkt ook bij 'finance lease', waarbij gebruik wordt gemaakt van een stil pandrecht, 100% financie-

86. Dat de Hoge Raad een wel zeer open oog heeft voor de 'noden' van kredietinstellingen blijkt ook uit andere, na de invoering van het nieuwe BW, gewezen arresten. Vgl. HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 (Ontvanger-NMB Postbank); HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447 (Stichting Spaarbank Rivierland/Gispen q.q.); HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN); HR 16 juni 1995, NJ 1996, 508 (Ontvanger/Rabobank IJmuiden).

ring mogelijk. Dit behoeft ook niet te bevreemden omdat het verschil in de praktijk betrekkelijk gering is. Enerzijds kennen beide wijzen hetzelfde verloop met betrekking tot de afbetaling van het gegeven krediet. Anderzijds zal in de praktijk de leasemaatschappij ook bij eigendom in plaats van stil pandrecht bij wanprestatie van de schuldenaar de teruggenomen zaak verkopen teneinde de opbrengst aan te wenden om het geleden verlies door voortijdige beëindiging van het lease-contract te delgen.

De ruimhartigheid van de Hoge Raad getuigt van *pragmatisme* indien men de 'sale and financial lease-back' eenmaal toestaat. Het zal in de praktijk immers moeilijk zijn uit te maken of de overdracht geschiedt in het kader van een aankoopfinanciering of niet. Hoe kort dient het sluiten van het 'sale and lease-back'-contract op de levering van de leverancier te volgen. Hoe kan worden uitgemaakt waarvoor de uitbetaalde 'koopprijs' wordt gebruikt?

11 *Grenzen aan de 'sale and lease-back': de 'sale'*

Welke grenzen bestaan er na het 'Sogelease-arrest' aan het gebruik van 'sale and lease-back'? Het aan 'lease' ten grondslag liggende basisprincipe gaat ervan uit dat de 'lessor' bij het in gebruik geven van de zaak aan de 'lessee' eigenaar daarvan blijft. Hij stelt de zaak tegen betaling aan de 'lessee' beschikbaar. Eén en ander neemt niet weg dat 'lease' uiteindelijk op eigendomsovergang aan de 'lessee' gericht kan zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een tot huurkoop te herleiden 'financial lease'. De ratio van het 'fiducia-verbod' geldt krachtens art. 3:92 BW niet voor voorbehouden eigendom (vgl. art. 7A:1576h BW). Deze bepaling vormt de sleutel tot allerlei leaseconstructies. Wanneer een leverancier een zaak aan een tussenhandelaar verkoopt, kan de laatste deze onder eigendomsvoorbehoud doorverkopen. Wat staat er dan aan in de weg dat de leverancier de zaak aan een leasemaatschappij verkoopt, die haar vervolgens in het kader van een 'financial lease' aan een derde onder eigendomsvoorbehoud levert? Beide transacties van de leverancier zijn immers op daadwerkelijke overgang gericht.

Een stap verder gaat de 'sale and lease-back'. Zoals bij een gewone verkoop aan een koper die de zaak onder eigendomsvoorbehoud wil doorverkopen, wordt bij de 'sale' in het kader van een 'sale and lease-back' beoogd de leasemaatschappij tot eigenaar te maken. Dit is nodig om lease mogelijk te maken. Het verschil daarentegen is dat bij 'sale and lease-back' de zaak niet aan een derde, maar aan de verkoper zelf in 'lease' wordt gegeven, bijvoorbeeld in de vorm van 'huurkoop' bij een 'financial lease'. Daar is niets op tegen zolang er sprake is van een *reële* koop en de leasemaatschappij door van deze constructie gebruik te maken zich geen betere positie verwerft dan een leverancier die een zaak zonder tussenkomst van een leasemaatschappij in lease geeft. Is de koop *niet* als reëel te betitelen, doch slechts bedoeld om art. 3:84 lid 3 BW te omzeilen, dan is de constructie terzijde te stellen.

Een *reële* koop in het kader van een 'sale and lease-back' wordt daardoor gekenmerkt dat door verkoop van de zaak haar waarde in de vorm van de koopprijs liquide

wordt gemaakt. Er bestaat derhalve een rechtstreeks verband tussen de waarde van de overgedragen zaak en de 'financiering' door middel van lease. Een aanwijzing voor een *niet* reële koop in het kader van een krediettransactie ligt daarin dat aan de verkoper *geen* koopprijs wordt uitbetaald of de uitbetaalde koopprijs niet in een reële verhouding staat tot de 'marktwaaarde' van de door hem verkochte zaak.⁸⁷ Bij een 'echte' koop in het kader van een 'sale and lease-back' wordt door de koopprijs uit te betalen de aankoop van een nieuwe zaak gefinancierd, zoals in het onderhavige arrest, of wordt het geld vrijgemaakt dat opgesloten zit in een reeds aanwezige zaak. Bij een door 'sale and lease-back' gemaskeerde zekerheidsoverdracht zal de 'koopprijs' zelden door de marktprijs worden gedictieerd, maar zal zij worden bepaald door de hoogte van de door de 'verkoper' - lees kredietzoeker - benodigde krediet. Wel zal de marktprijs in de regel het maximum zijn waarvoor de leasemaatschappij de transactie wil aangaan.

Wordt onder de 'sale' in het kader van een krediettransactie ook in de toekomst te verkrijgen zaken begrepen, waarvan de aanschafwaarde zelfs nog niet bekend is omdat ze door de kredietzoeker nog niet zijn aangekocht, dan dient men ook extra bedacht te zijn op nietigheid op grond van art. 3:84 lid 3 BW. Niet op grond van de omstandigheid dat het koop van toekomstige zaken betreft, maar omdat er nog geen zaken zijn die tegen een reële marktwaaarde in het kader van een 'sale and lease back' liquide kunnen worden gemaakt. Twijfel rijst ook indien onder de 'sale' een groot aantal zaken is begrepen die niet individueel zijn bepaald, zoals bij een stil pandrecht op alle tot de onderneming behorende productieapparatuur en inventarisgoederen. 'Sale and lease-back' van een wisselende bedrijfs-/of handelsvoorraad zal op deze grond vrijwel altijd als een verkapte zekerheidstelling dienen te worden aangemerkt.

Een verdere aanwijzing is de omstandigheid dat bij een 'sale and financial lease-back' is overeengekomen dat de 'lessee' de zaak - al dan niet door het uitoefenen van een koopoptie - weer in eigendom terug verkrijgt indien een vordering uit geldlening of 'alle vorderingen, bestaande of toekomstige, uit welken hoofde dan ook' is voldaan. De constructie strekt alsdan klaarblijkelijk tot zekerheid van die vorderingen. Een dergelijke gevolgtrekking is ook op haar plaats wanneer de leaseprijs in relatie tot de waarde van de zaak op het tijdstip van de 'sale' onevenredig hoog is en dit niet kan worden teruggevoerd op de door de leasemaatschappij gemaakte investeringskosten, de rente daarover en een winstopslag alsmede een vergoeding voor andere geboden diensten. Het is alsdan mogelijk dat in de leaseprijs een aflossingscomponent voor andere leningen is verwerkt.

Een indicatie voor strijd met art. 3:84 lid 3 BW kan ook gelegen zijn in de omstandigheid dat de koop geen essentieel onderdeel uitmaakt van de financieringsconstructie, maar daaraan als addendum wordt toegevoegd. Dit was het geval in de aan het 'Bierbrouwerij-arrest' uit 1929 ten grondslag liggende casus. Daarin werd aan een geldlening in de vorm van 'koop met recht van wederinkoop' een constructie verbonden

87. De door De Zaaiers betaalde koopprijs bedroeg f 1.550.000, (inclusief BTW); de door Sogelease betaalde koopprijs f 1.600.000,- (exclusief BTW).

die tot zekerheid tot terugbetaling daarvan moest dienen.⁸⁸ In dit opzicht zit - ook na het 'Sogelease-arrest' - *geen leven* in de 'brouwerij(contracten)'.⁸⁹

Het bovenstaande impliceert dat 'sale and lease-back' als constructie ongeschikt is om krediet in rekening-courant af te dekken.

12 *Enige andere beperkingen aan de 'sale and lease-back': de 'lease-back'*

De vraag naar de overbedeling aan recht doet zich vooral voor in het geval de leasemaatschappij bij wanprestatie de zaak onder de 'lessee' terugneemt. De leasemaatschappij kan alsdan ten koste van de schuldenaar en diens overige schuldeisers in een betere positie komen te verkeren dan wanneer de 'lease' op een normale wijze wordt afgewikkeld. Dat zal vooral dan het geval zijn indien het waardeverloop van de zaak een andere is dan die in de leaseprijs is verrekend. Bij huurkoop waakt hiertegen art. 7A:1576t BW. Krachtens deze dwingendrechtelijke bepaling dient de huurverkoper bij terugname van de zaak zijn het eventuele voordeel te verrekenen. Deze bepaling zal indachtig de strekkingsbepaling van art. 7A:1576h lid 2 (jo. lid 3) BW bij een 'sale and financial lease-back' vaak rechtstreeks van toepassing zijn. Daarbij wordt niet alleen recht gedaan aan de aan het toeëigeningsverbod van art. 3:235 BW ten grondslag liggende gedachte dat ongerechtvaardigde verrijking van de pand-/hypotheekhouder dient te worden verhinderd, maar zij wordt ook voor het eigendomsvoorbehoud verdedigd.⁹⁰ Ook in de aan het arrest ten grondslag liggende casus is er alle reden om de 'lease-back' juridisch als huurkoop te kwalificeren. De investering door De Zaaiers in de drukpersen was voor tenminste tien jaren, terwijl de 'lease' tot zeven jaren was beperkt, waarbinnen alle investeringskosten door De Zaaiers aan Sogelease zijn terugbetaald. De overeenkomst voorziet dan ook in een koopoptie, die - in de woorden van de Hoge Raad -

'zo is ingekleed, dat zij in de praktijk wel steeds zal worden uitgeoefend [...].'

Uit de kwalificatie als huurkoop vloeit ook een andere beperking voort. Omdat zij wordt geconstrueerd als koop onder eigendomsvoorbehoud is ook art. 3:92 lid 2 BW toepasselijk. Dit betekent dat de leasemaatschappij zich de eigendom slechts kan voorbehouden met betrekking tot de in dat lid genoemde vorderingen. De sterkere positie van de leasemaatschappij is alleen gerechtvaardigd voor 'leverancierskrediet', dat wil zeggen voor vorderingen die met de 'lease' van de zaak door de leasemaatschappij samenhangen.

88. Vgl. noot 11.

89. Vgl. ook noot 71.

90. Vgl. noot 53.

13 *Het 'verbod van de fiducia cum amico'*

Hoewel geen onderwerp van deze verhandeling nog een korte opmerking over de tweede in art. 3:84 lid 3 BW aangelegde maatstaf voor een nietige titel, te weten die welke de 'de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen'. Dienaangaande merkt de Hoge Raad in het 'Sogelease-arrest' in een overweging ten overvloede⁹¹ op:

'dat deze maatstaf in de eerste plaats betrekking heeft op de fiducia cum amico, maar dat hij, indien in het onderhavige geval toegepast, niet tot ongeldigheid van een overeenkomst als waarvan hier sprake is, zou leiden. Deze maatstaf beoogt te voorkomen dat, in strijd met het gesloten stelsel van het zakenrecht, rechten met zakelijke werking in het leven worden geroepen op een niet door de wet voorziene wijze, maar hij verzet zich niet tegen een regeling waarbij een partij, in dit geval Sogelease, de volledige eigendom heeft, en de andere partij, in dit geval De Zaaiers, louter persoonlijke rechten en verplichtingen heeft, zoals een persoonlijk gebruiksrecht, een persoonlijke verplichting de leasetermijnen te betalen, alsmede een optie de zaken aan het eind van de leaseperiode in eigendom te verkrijgen.'

Deze opvatting is geheel in overeenstemming met de hierboven weergegeven parlementaire geschiedenis.⁹² De tweede in art. 3:84 lid 3 BW aangelegde maatstaf voor een nietige titel heeft 'slechts' als strekking buiten twijfel te stellen dat de uit eigendom van een zaak voortvloeiende bevoegdheden niet in de vorm van een 'geclausuleerde' overdracht op een andere wijze over de betrokkenen kunnen worden verdeeld dan door de wet of het stelsel van de wet wordt toegelaten.⁹³ In ons rechtsstelsel is een splitsing van de eigendom, zoals in het Angelsaksische recht bij trustverhoudingen in 'legal' en 'beneficial ownership', niet mogelijk.⁹⁴ Buiten het *gesloten* stelsel van de beperkte rechten⁹⁵ om kunnen onder het huidige recht door geclausuleerde overdrachten geen nieuwe 'beperkte' rechten worden gecreëerd. Het derde lid behoeft evenwel een overdracht ten titel van beheer ('fiducia cum amico') of ingevolge een 'sale and lease-back' niet te beletten, mits het de bedoeling van partijen is dat de verkrijger ook daadwerkelijk rechthebbende wordt.⁹⁶

91. Zie noot 75. Omdat zich bij art. 86 lid 1 Overgangswet slechts de vraag voordoet of de overdracht tot zekerheid strekt behoeft de vraag geen beantwoording of de tussen partijen gesloten overeenkomst, zo zij na 1 januari 1992 zou zijn gesloten, in strijd zou zijn met de in art. 3:84 lid 3 BW neergelegde maatstaf dat zij de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.

92. Par. 2.3. Vgl. ook Nota II Voortgang (1983), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273.

93. M.v.A. II (1971), Parl. Gesch. Boek 3, p. 318-319.

94. Vgl. noot 17.

95. Vgl. art. 3:81 lid 1 BW.

96. Nota II Voortgang (1984), Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273.

14 *Conclusie*

Kredietinstellingen waren zeer bevreesd dat zij door de inwerkingtreding van het nieuwe BW en daarmee het 'fiducia-verbod' op 1 januari 1992 te zeer zouden worden beknot in hun mogelijkheden om roerende zaken in zekerheid te verkrijgen. Deze vrees was onterecht. Niet alleen kent het nieuwe BW in de vorm van stil pandrecht een uitstekend wettelijk zekerheidsrecht, de Hoge Raad staat in de vorm van 'sale and lease-back' ook andere constructies toe, waarbij roerende zaken die in de handen van de schuldenaar kunnen blijven tot zekerheid kunnen dienen. Ongetwijfeld zullen kredietinstellingen met het arrest Mr. Keereweer q.q./Sogelease in gedachten zich met veel inventiviteit op nieuwe constructies werpen om in de vorm van eigendom de maximaal mogelijke zekerheid op roerende zaken binnen te halen. Het valt evenwel niet te verwachten dat de figuur van de 'sale and lease-back' het 'stille pandrecht' zal verdringen. Art. 3:84 lid 3 BW en de inhoud van de constructie beletten dit. De 'sale and lease-back' is als constructie bijvoorbeeld ongeschikt om tot zekerheid te dienen voor een krediet in rekening-courant. Art. 3:84 lid 3 BW dient niet te worden geschrapt. De idee dat de bepaling zoals die in het 'Sogelease-arrest' is uitgelegd rechtsonzekerheid in de hand werkt is vals. Het is niet de uitleg van de Hoge Raad die de onzekerheid in de hand werkt, maar de omstandigheid dat kredietinstellingen van nature geneigd zijn zo veel mogelijk zekerheid binnen te halen en daarbij steeds de grens van het mogelijke opzoeken. Een dergelijke grens is nooit een scherpe, haar zoeken betekent het risico haar te overschrijden. Daarbij komt dat de voor 1992 bestaande praktijk is gevormd door de grote geldschieters, die allicht minder oog hadden voor de belangen van hun schuldenaar, diens overige schuldeisers en derden. Bij de invoering van het nieuwe stelsel heeft de wetgever op een evenwichtige wijze de belangen afgewogen tussen de pandhouder, de pandgever/schuldenaar, diens overige schuldeisers en derden.

W.H.M. REEHUIS

GRONINGEN