

## WBR

In dit artikel wil ik nader ingaan op de totstandkoming en de betekenis van het begrip economisch eigendom zoals dat thans geformuleerd is in art. 2, lid 2, WBR. Dit betekent dat ik geen aandacht zal besteden aan de overige aspecten van het verwerven van economisch eigendom in de WBR, de AWR en in de Invorderingswet.

drs. W.J.A.  
Ambergen

### 1. WETTEKST EN JURISPRUDENTIE

#### 1.1. Ontstaan wettekst

Oorspronkelijk heeft de wetgever in wetsvoorstel 24 172 de navolgende wettekst aan het parlement gepresenteerd.

... 'Onder economisch eigendom wordt verstaan *elk*<sup>1</sup> belang bij de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat als gevolg van een overeenkomst waarbij rechten en verplichtingen – waaronder het risico van waardeverandering en tenietgaan – worden *overgedragen*, toekomt aan een ander dan de eigenaar ...'

Op deze definitie is veel commentaar gekomen. Professor Moltmaker<sup>2</sup> maakte, na een hierna te bespreken<sup>3</sup> analyse van het begrip 'belang', een juridisch zuiverder geformuleerde wettekst:

'Onder economisch eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en verplichting met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat *een* belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt, dat tenminste het risico van waardeverandering en tenietgaan *inhoudt* en toekomt aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde.'

Moltmaker wil in zijn alternatieve wettekst tot uitdrukking brengen dat ingeval economisch eigendom afgesplitst wordt van het volle eigendom, er sprake is van een afsplitsing en niet van een overdracht. Daarnaast maakte hij duidelijk dat verplichtingen – naar hun aard – niet zomaar kunnen worden 'overgedragen', zoals de oorspronkelijke wettekst lijkt te suggereren.

Bij (eerste) nota van wijziging komt de wetgever met de navolgende wettekst die tot 12 november 1999 heeft gegolden:

'Onder economisch eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en verplichting met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten

minste enig risico van waardeverandering en tenietgaan en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde.'<sup>4</sup>

In de toelichting bij de nota van wijziging meldt de staatssecretaris dat het artikel van Moltmaker voor de staatssecretaris aanleiding was de eerder voorgestelde definitie te herdefiniëren. 'Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd' met de aangepaste wettekst.

Los van een tekstuele, op zich inhoudsloze, aanpassing van de tekst, verschijnt dus met de nota van wijziging het begrip 'enig' in de wettekst waardoor duidelijker is dat ook een overdracht van een (economisch) belang met een kleine, partiële, overgang van waarderisico/tenietgaan risico, een econoom vormt.

#### 1.2. Totstandkoming actuele wettekst in 1999

In het arrest van 3 november 1999<sup>5</sup> werd duidelijk dat er geen sprake is van een economische eigendomsverkrijging bij een overgang van een geheel economisch belang van een pand, waarbij echter ook afgesproken wordt dat *slechts* het recht op tenietgaan bij de verkoper blijft.

De wetgever reageert onmiddellijk en op 12 november wordt een wetswijziging bij de Tweede Kamer ingediend die geleid heeft tot de thans ook nog actuele wettekst:

'Onder economisch eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde onroerende zaken en rechten waaraan deze zijn onderworpen, dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering en komt toe aan een ander dan de eigenaar of beperkt gerechtigde. De verkrijging van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als verkrijging van economisch eigendom.'

Alhoewel ik begrip heb voor de noodzakelijke alertheid van de wetgever, zal hierna toch blijken dat de wetaanpassing van 1999 tot onnodig onduidelijke wettekst heeft geleid die – in mijn visie – de werkelijke bedoeling van de wetgever ook niet adequaat weergeeft.

Uit r.o. 3.3 in HR 10 augustus 2007<sup>6</sup> meen ik te mogen afleiden dat ook de Hoge Raad moeite heeft met de logische interpretatie van de hierna blijkende tegenstrijdigheid van de slotzin van art. 2.2 WBR en de toelichting in de MvT waaruit blijkt dat een (voorlopige) koopovereenkomst geen econoom is.

### 1.3. Motivering invoering economen in MvT

Voor de invoering van de econoom werden in de MvT uit 1995<sup>7</sup> vier redenen genoemd:

1. Invoering econoom was noodzakelijk als flankerende maatregel om btw-structuren te bestrijden.
2. Volgens de wetgever zou al jarenlang gestreefd worden naar de invoering van een heffing voor economen. Het stoorde de wetgever dat een overeenkomst die geheel lijkt op een juridische eigendomsverkrijging, maar waarbij slechts de formaliteit van de juridische levering achterwege wordt gelaten, niet tot heffing leidt.
3. De wetgever wil economen op dezelfde wijze belasten als juridische eigendomsverkrijging. Dit geldt immers ook voor andere belastingwetten.
4. De econoom is een rechtsstructuur die niet geregistreerd werd en dus buiten de ogen van de autoriteiten bleef en daarmee een rol speelde bij het witwassen van criminele activiteiten.

## 2. GRAMMATICALE INTERPRETATIE VAN DE WETTEKST

Duidelijk zal zijn dat een louter grammaticale interpretatie van de actuele wettekst slechts tot de conclusie zal leiden dat vele vormen van overeenkomsten al een econoom vormen.

Elke overeenkomst waarin een prijsrisico 'verdeeld' wordt en die ook iets meer is dan een recht op een toekomstige levering, voldoet aan de tekst.

De meest simpele koopovereenkomst in de trant van: 'Jan verkoopt per vandaag zijn woonhuis in Utrecht aan Piet voor een prijs van euro 300.000. Levering over een maand bij notaris Jansen, betaling koopsom bij levering.' is al een econoom volgens de letter van de wet.

Immers:

- Piet gaat een samenstel van rechten en verplichtingen aan (recht op levering en verplichting betaling koopsom).
- Het risico van waardeverandering gaat over bij sluiten van de koopovereenkomst.
- Er wordt meer geleverd/toegezegd dan alleen het recht op levering, immers Piet zegt ook toe om de koopsom te gaan betalen en tevens wordt afgesproken dat bij notaris Jansen het eigendom geleverd gaat worden.

Een standaard NVM-koopovereenkomst zal dan ook zeker een econoom zijn bij een grammaticale interpretatie van art. 2.2 WBR. Immers in de standaard NVM-overeenkomst krijgt de koper ook direct een aantal garanties van de verkoper.

Uit r.o. 4.6 van de uitspraak nr. AWB 06/923 van Rechtbank Breda, blijkt ook dat Rechtbank Breda<sup>8</sup> van mening is dat een standaard (NVM-)koopovereenkomst nog geen econoom is voor de overdrachtsbelasting.

Ook een geldleningsovereenkomst met een hypothecaire zekerheid zal – bij een grammaticale interpretatie van art. 2.2 WBR – tot een econoom leiden:

- er is een samenstel van rechten en verplichting;
- die betrekking heeft indirect (de geldlening) en direct (de hypothecaire zekerheid) op vastgoed;
- de geldverschaffer krijgt een indirect belang bij de prijsontwikkeling van de zaak: bij een waardedaling van het vastgoed vermindert wellicht de aflossingscapaciteit van de debiteur, terwijl de hypothecaire zekerheid van de crediteur ook wegsmeelt.

In par. 3.4. zal ik nader toelichten waarom in ieder geval een indirect belang bij een prijsrisico onvoldoende lijkt om van een econoom te kunnen spreken.

## 3. BEDOELING VAN DE WETGEVER

De wetgever heeft steeds aangegeven dat hij een ruime definitie van een economische eigendomsverkrijging voorstaat. Het is echter naar mijn mening ook volstrekt duidelijk dat de bedoeling van de wetgever toch beperkter is dan de louter grammaticale interpretatie van art. 2.2 WBR.

Ik wil aan de hand van de kernbegrippen uit de wettelijke definitie van de economische eigendomsverkrijging de bedoeling van de wetgever duidelijker uitwerken.

### 3.1. VERKRIJGING/SAMENSTEL VAN RECHTEN EN VERPLICHTINGEN/ UITSLUITEND RECHT OP LEVERING

Het hebben/constateren van een economisch eigendom ten aanzien van een onroerende zaak is op zich geen belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De overdrachtsbelasting komt pas aan de orde als er sprake is van de 'verkrijging' van een samenstel van rechten en verplichtingen. Alleen het verkrijgen van een recht levert dus geen belastbaar feit op, het accepteren van een verplichting ook niet. Alleen al om die reden is de laatste zin van de wettekst al zinledig. De verkrijging van uitsluitend een recht op levering is immers niet de verkrijging van een samenstel van rechten en verplichtingen.

Zowel in MvT 1995 als in de toelichting op de derde nota van wijziging bij het wetsvoorstel in 1999 merkt de wetgever op dat de (voorlopige) koopovereenkomst geen belastbaar feit vormt. Dit is de redding voor de in de vorige paragraaf beschreven casus van Jan en Piet. Het onbelast laten blijven van de (voorlopige) koopovereenkomst is in de toelichting bij de wetwijziging van 1999 de reden voor het toevoegen aan de wettekst dat de (uitsluitende) verkrijging van het recht op levering geen belastbaar feit is. De bedoeling van de wetgever is dus kennelijk 'soepeler' dan een grammaticale interpretatie van de wettekst. Uit r.o. 4.6 van de in par. 3 genoemde uitspraak van de rechtbank Breda blijkt dat in ieder geval ook Rechtbank Breda de interpretatie in de MvT 1999 laat prevaleren boven een grammaticale interpretatie van de slotzin van art. 2.2 WBR.

Opmerkelijk is dat de wetgever in 1995 en in 1999 consequent spreekt van de 'voorlopige koopovereenkomst'. Bij mijn weten tracht het Nederlandse notariaat al tientallen jaren de makelaars ervan te overtuigen dat een voorlopig koopovereenkomst gewoon een koopovereenkomst is en geen 'voorlopig' of anderszins uitgesteld karakter heeft. Nergens blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetge-

ver met een voorlopige koopovereenkomst' iets anders heeft bedoeld dan een 'normale' koopovereenkomst.

Ook blijkt nergens uit de parlementaire geschiedenis dat de voorlopige koopovereenkomst slecht beperkt wordt tot een standaard koopovereenkomst voor woningen zoals de NVM of de KNB die hanteert. Dus ook een zuivere koopovereenkomst van een kantoorpand kan naar mijn mening niet als een econoom aangeduid worden. De heer Stevens merkt in de mondelinge behandeling in 1999<sup>9</sup> in de Eerste Kamer van de wetwijziging van 1999 ook op: 'Een standaard voorlopige koopovereenkomst houdt veel meer in, zoals opschortende en ontbindende voorwaarden en garantiebepalingen. Het gaat dus verder dan uitsluitend het recht op levering.'

De dag daarna merkt Stevens nog eens op<sup>10</sup>; 'We moeten voorkomen dat een obligatoire koopovereenkomst sec de vraag oproept of het sluiten van die overeenkomst al aanleiding geeft tot het heffen van overdrachtsbelasting, omdat dit al een economische eigendomsoverdracht zal zijn.'

Uit de reeds twee keer gememoreerde uitspraak van Rechtbank Breda blijkt ook van deze mening te zijn dat er ook geen sprake is van een econoom bij een complexe koopovereenkomst, waarbij de verkoper en de koper ook nog afspreken dat de verkoper de op de kavel aanwezige opstallen voor de levering, voor eigen rekening en risico, gaat slopen. Ook opmerkelijk is in die uitspraak dat het complex een woonhuis en een cafébedrijf bevat. De genoemde rechtbank vindt dus kennelijk ook dat een complexe koopovereenkomst van een bedrijfsgebouw geen econoom hoeft op te leveren.<sup>11</sup>

Gezien het bovenstaande houd ik het voor juist dat een koopovereenkomst, ook een complexe koopovereenkomst waarin vele afspraken, rechten en verplichtingen worden afgesproken, in beginsel geen belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting. Daarbij komt ook nog dat de wetgever, anders dan bij de hierna te bespreken koopoptie, nergens in de parlementaire geschiedenis, een voorbehoud maakt dat een (voorlopige) koopovereenkomst onder omstandigheden wel een belastbaar feit kan zijn voor de overdrachtsbelasting.

In 1995 worden ook nadrukkelijk in de MvT een koopoptie en een huurovereenkomst benoemd als contracten die op zich niet tot een belastbaar feit leiden. Overigens, begrijpelijk, meldt de wetgever in de MvT dat een koopoptie als onderdeel van een meer opvattende overeenkomst (bijvoorbeeld een financial lease-overeenkomst) wel de trigger kan zijn die leidt tot een belastbaar feit.

In de nota naar aanleiding van het verslag bij wetsvoorstel 27 030<sup>12</sup>, meldt de wetgever dat de wetwijziging van 1999 niet is bedoeld om een andere invulling te geven aan het begrip eigendom dan in 1995 bedoeld is. Daarom mag aangenomen worden dat de koopoptie en de huurovereenkomst ook thans geen belastbaar feit vormen.

Ten aanzien van de koopoptie kan dit ook gemotiveerd worden vanuit de gedachte dat een koopoptie feitelijk slechts een partiële koopovereenkomst is. Feitelijk krijgt de koper met een koopoptie veelal het recht om een koopovereenkomst op een later moment pas definitief te maken. Als een koopovereenkomst geen belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting dan kan de koopoptie dus zeker geen belastbaar feit vormen.

In 1995 merkt de wetgever in de MvT en ook in de verdere parlementaire behandeling wel steeds op dat een huurkoopovereenkomst belast moet worden krachtens art. 2.2 WBR.

### 3.2. Onroerende zaken/rechten waaraan deze zijn onderworpen/gedeeltelijk economisch eigendom

De wetgever wil slechts in Nederland gelegen onroerende zaken belasten via de economisch en juridische eigendomsverkrijging. De juridische verkrijging van beperkt zakelijke rechten is ook een belastbaar feit. In de MvT merkt de wetgever op: 'deze rechten kunnen dus ook weer onderwerp van economisch eigendom zijn.' Bedoeling van de wetgever is dus om te gaan spreken van 'economisch eigendom van een recht van vruchtgebruik', en dus niet van een 'verkrijging van 'economisch vruchtgebruik'.

In de MvT wordt ook gemeld: 'Wel kunnen verkrijgingen van een gedeelte van de economisch eigendom eronder vallen, zowel in de zin van een gedeelte (percentage) van de volledige economische eigendom als de verkrijging van een zodanig samenstel van rechten en verplichtingen, inclusief risico van tenietgaan en van waardeverandering – dat de volledige economisch eigendom benadert.'

Dus naast het volledige economisch eigendom van een pand kan slechts als een econoom worden aangemerkt:

- economisch eigendom van beperkt zakelijke rechten;
- de economische variant van mede-eigendom, alsmede,
- volledig economisch eigendom 'met een klein gebrek'.

Andere vormen van een beperkt recht op economisch eigendom zijn geen belastbaar feit. Opmerkelijk is dat de Wetgever niet duidelijk heeft gemaakt hoe groot het 'kleine gebrek' moet zijn zodat er geen sprake meer is van economisch eigendom als bedoeld in art. 2.2 WBR. In de MvT merkt de wetgever ter verduidelijking nog wel op: 'Er wordt een ruime definitie gegeven van de economische eigendom, teneinde te voorkomen dat – bij een te beperkte definitie – de kans wordt aangegrepen met een kleine afwijking daarvan alsnog aan de heffing van overdrachtsbelasting te ontkomen.'

Een te 'klein gebrek' is ook precies de reden voor Hof Amsterdam om een overeenkomst van koophuur niet als een economische eigendomsverkrijging aan te merken. Bij koophuur krijgt een koper slechts de 'eigendom' van de binnenkant van een woning en 'huurt' hij het casco.<sup>1</sup>

Opmerkelijk is dat de staatssecretaris een toelichting geeft bij deze uitspraak en aangeeft zich te kunnen verenigen met de uitspraak.

Naar mijn mening zou bij een grammaticale interpretatie van art. 2.2 WBR de verkrijging van een koophuurovereenkomst een belastbaar feit opleveren voor de overdrachtsbelasting. Slechts door de hierboven geciteerde passage in de MvT wordt duidelijk dat de staatssecretaris een beperktere uitleg van art. 2.2 WBR voor ogen moet hebben gehad.

In de nota naar aanleiding van het verslag in 1995<sup>13</sup> merkt de wetgever nog op dat de economische eigendom van een studeerkamer een belastbaar feit kan vormen voor de overdrachtsbelasting. Opmerkelijk is dat de staatssecretaris deze opmerking over de studeerkamer geen reden vond vormen om alsnog het cassatieberoepschrift voort te zetten in de juist beschreven uitspraak van Hof Amsterdam.

Ik moet het derhalve voor juist houden dat een verkrijging van economisch eigendom van een studeerkamer in een

woning slechts alleen een belastbaar feit kan vormen voor de overdrachtsbelasting indien de betreffende woning vatbaar zou zijn voor de splitsing in appartementsrechten en de studeerkamer een apart appartementsrecht zou kunnen zijn.

### 3.3. BELANG/TENMINSTE ENIG RISICO WAARDEVERANDERING

Vele schrijvers melden, in navolging van MvT, 1995 dat de overgang van het waarderisico (en toen ook nog het tenietgaanrisico) de 'essentie van de definitie' is van art. 2.2 WBR. Zelf ben ik tot de conclusie gekomen dat het begrip 'belang' eigenlijk het echte sleutelwoord is in de definitie van het begrip economisch eigendom. Naar mijn idee moet de verkrijger van economisch eigendom vooral het *economisch* belang verkrijgen. Onderdeel van dit economisch belang is uiteraard de overgang van enig prijsrisico, maar er moet ook meer zijn. Ware dat niet zo dan zou het woord 'belang' geen betekenis hebben binnen de wettelijke definitie. Naar mijn idee geeft het begrip 'enig waarderisico' slecht een essentiële randvoorwaarde om van een 'belang' te kunnen spreken. Naar mijn idee is er pas sprake van een 'belang' indien ook een vorm van *economisch genot* overgaat. Naar mijn idee is dit ook voor de wetgever zo voor de hand liggend geweest, dat hij dit verder heeft uitgewerkt.

Beseffende dat de introductie van het begrip (economisch) genot een wellicht nieuwe wending geeft aan de definitie van economisch eigendom, is het goed om een en ander nader te onderbouwen.

#### 3.3.1. Algemene aanwijzingen

Art. 5:2 BW: Het staat de eigenaar vrij, met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken.

Art. 5:3 BW: De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten.

Uit deze twee 'basisartikelen' in het Burgerlijk Wetboek blijkt dat het 'genot' van de vruchten van een zaak tot de essentialia behoort van ons begrip eigenaar/eigendom.

#### 3.3.2. Aanwijzingen in wetsgeschiedenis en in besluiten van de staatssecretaris

In de MvT uit 1995 stelt de wetgever dat een definitie van economisch eigendom moeilijk is te geven. '... maar er bestaat algemene overeenstemming over het volgende. Bij economisch eigendom is er steeds sprake van een splitsing tussen *macht* (in juridische betekenis) en *belang* (in *economische* betekenis) ... De rechten en verplichtingen ten aanzien van dat goed en het risico van waardeverandering ... komen aan de ene partij (economisch eigenaar) toe, terwijl het goed niet zijn eigendom is. De facto is hij *genothebbende*, de jure niet.' Ook voor de fiscale wetgever is dus duidelijk dat er zonder een vorm van economisch genot geen sprake kan zijn van economisch eigendom.

Dit valt ook op te maken uit de opmerkingen over huurkoop. In de MvT 1995 wordt nog gemeld dat bij huurkoop het economisch eigendom overgaat op het moment van het aangaan van het contract. Diverse kamerfracties komen vervolgens met vragen. De Tweede Kamer fractie van het CDA vraagt zich o.a. af: 'is het wel reëel om iemand die wellicht het eigendom nooit zal verwerven overdrachtsbelasting ver-

schuldigd te laten zijn.' De wetgever komt vervolgens gelijk in de nota naar aanleiding van het verslag in 1995 met een correctie. Niet het aangaan van het contract levert een econoom op, maar 'het moment dat de huurkoper de beschikking krijgt over de onroerende zaak.' Kennelijk is in de ogen van de wetgever bij huurkoop de aanvang van het feitelijk *economisch genot* het moment van de eigendomsverkrijging en dus niet het moment van de totstandkoming van de contractuele verbintenis (lees de koopovereenkomst).

Vorig jaar<sup>14</sup> heeft de staatssecretaris nog in een toelichtende mededeling aangegeven dat bij een openbare executoriale veiling de akte van gunning geen econoom is voor de overdrachtsbelasting. Ondanks het feit dat bij het tekenen van de akte van gunning er sprake is van een overgang van een complex van rechten en verplichtingen en dat op dat moment ook het waarderisico overgaat, is er in de ogen van de staatssecretaris geen econoom. De staatssecretaris constateert dat pas de latere juridische levering een belastbaar feit vormt voor de overdrachtsbelasting. Ik kan dit besluit slechts begrijpen indien ook in de visie van de staatssecretaris er geen sprake kan zijn van een econoom zonder dat het recht op economisch genot overgaat. Deze mededeling was, zoals ik hierboven reeds heb gemeld, slechts een toelichting van de staatssecretaris en geen 'toezegging' voor een fiscaal vriendelijk beleid.

#### 3.3.3. Meer indirecte aanwijzingen

Molmaker heeft in zijn artikel in *WFR* in 1995<sup>15</sup> de basis gelegd voor de wettekst van 1995. Ook in zijn voorstel van wettekst wordt wel melding gemaakt van de noodzaak van de aanwezigheid van een 'belang ... dat tenminste het risico van waardeverandering en tenietgaan inhoudt...'. Ook hij maakt in zijn definitie geen melding van de noodzaak van een overgang van het economisch genot van een zaak. Toch is in zijn artikel overduidelijk dat het genot in zijn visie belangrijk is. Molmaker schrijft:

'dit economisch belang heeft die ander indien hij:

- a) het genot heeft van het goed;
- b) het voor- en nadeel heeft van waardeveranderingen van het goed en
- c) het risico van tenietgaan loopt.'

Daarna omschrijft hij genot voor de economisch eigenaar als 'het ten goede komen van baten en de door hem te dragen lasten'.

Kennelijk achtte ook Molmaker de overgang van het genot dermate vanzelfsprekend dat de overgang van het genot niet als randvoorwaarde in de wettelijke definitie van art. 2.2 WBR opgenomen hoefde te worden.

In de nota naar aanleiding van het verslag uit 1995 blijkt dat de wetgever van mening is dat de jurisprudentie in de IB en VPB duidelijke aanwijzingen bevatten voor de verkrijgers van economen. Eijkenduijn en Rozendaal geven een duidelijke interpretatie van het in de jurisprudentie voor de IB en VPB uitgekristalliseerde begrip economisch eigendom<sup>16</sup>. Zij komen tot de conclusie dat ook voor de IB en VPB er pas sprake kan zijn van economisch eigendom als het waarderisico, het tenietgaanrisico en het *economisch genot* overgaan op de nieuwe economische eigenaar.

In HR BNB 2004/437 zien zij ook een bevestiging voor hun visie.

Alhoewel weinig schrijvers ook maar iets opmerken over de noodzakelijke overgang van het genot zie ik mijn visie ook bevestigd worden door Hofman<sup>17</sup> en Gassler<sup>18</sup>.

### 3.4. Rechtstreeks risico

Art. 2.2 WBR spreekt over de overgang van 'tenminste enig risico van waardeverandering' dat toekomt aan een ander dan de eigenaar. Eerder in dit artikel is al duidelijk geworden dat niet elk (indirect) risico van waardeverandering een econoom veroorzaakt. Inmiddels is in het arrest van de Hoge Raad<sup>19</sup> en een uitspraak van Hof Amsterdam<sup>20</sup> duidelijk geworden dat alleen een overgang van een rechtstreeks risico van waardeverandering een econoom kan veroorzaken. Een verkrijging van een indirect prijsrisico, zoals dat het geval is bijvoorbeeld bij het verstrekken van een met hypotheek verzekerde geldleningovereenkomst leidt dus nooit tot een econoom.

In verdere jurisprudentie zal moeten blijken of ook (winstdelende) geldleningovereenkomsten die een rentevergoeding kennen die direct gelieerd is aan de waardeontwikkeling van een onroerende zaak, ook als een econoom kunnen kwalificeren. Ik meen dat er goede argumenten zijn om dit soort leningen niet als een econoom aan te merken, doch ik besef ook dat alleen de Hoge Raad hier een kwalificerend oordeel over kan geven.

## 4. ANDERE BEDOELINGEN VAN DE WETGEVER

### 4.1. Betaling

Thans wordt door belastinginspecteurs aan belastingplichtigen gemeld dat de *koop met uitgestelde levering, waarbij de koopsom wel direct betaald wordt*, een econoom oplevert. Dit vooral als gevolg van de betaling van de koopsom. Naar mijn mening kan echter nergens in de wettekst en ook niet in de parlementaire geschiedenis een aanknopingspunt gevonden worden voor een dergelijke stelling. Hierboven heb ik duidelijk kunnen maken dat slechts de verkrijging van een belang, waardoor het recht op waardeverandering en het recht op de economische vruchten overgaat, fiscaal relevant is.

Duidelijk is dat er dus bij de toegelichte structuur geen sprake kan zijn van een econoom. Immers het genot is door de betaling van de koopsom niet overgegaan naar de koper. Eerder andersom zelfs: alleen de verkoper geniet bij betaling van zijn centen.

Uit r.o. 4.5 van de reeds herhaald aangehaalde uitspraak van Rechtbank Breda (zie noot 11) blijkt dat in ieder geval Rechtbank Breda van mening is dat een vooruitbetaling van de koopsom (dus vooruitlopend op de juridische levering) geen econoom veroorzaakt omdat deze betaling geen overgang veroorzaakt van een belang of van een prijsrisico op een ander dan de eigenaar.

### 4.2. Recht op levering versterkt door hypotheek

Ook wordt thans door een aantal belastinginspecteurs de stelling verdedigd dat een econoom aanwezig is bij het sluiten van een koopovereenkomst met uitgestelde levering, waarbij de koper (nader) verzekerd wordt van de levering. Die zekerheid bestaat dan in het verbeuren van een onmid-

dellijk opeisbare boete bij de verkoper bij niet-levering, welke boete weer verzwaard is met een hypothecair zekerheidsrecht.

Ook voor deze interpretaties van de belastinginspecteurs vind ik geen aanwijzing in wettekst en parlementaire geschiedenis. Doordat het genot bij het sluiten van een dergelijke koopovereenkomst nog niet overgaat naar de koper, kan er ook geen sprake zijn van een econoom.

Opvallend is ook dat een dergelijke boete met hypothecaire zekerheid ook opgenomen was in de akte van 'economisch eigendomsoverdracht' welke de feitelijke basis vormt voor HR 3 november 1999<sup>21</sup>. Alhoewel de staatssecretaris van deze boete melding maakt in zijn cassatieberoepschrift, verwerkt de staatssecretaris dit feit niet in zijn argumentatie om de uitspraak van Hof Den Haag te bestrijden. Ook het hof, de inspecteur in de hofprocedure en later de Hoge Raad vinden in de boete verzekerd door een hypotheek geen (extra) reden om te concluderen dat er wel sprake zou kunnen zijn van een economische eigendomsverkrijging.

In mijn visie is in deze ook art. 5 WBR van belang. Daarin staat dat een hypotheekrecht geen belastbaar feit kan zijn voor de overdrachtsbelasting.

### 4.3. Levering met opschortende voorwaarde

Recent heeft de Hoge Raad<sup>22</sup> een interessant arrest gewezen ten aanzien van de reikwijdte van de econoom in een geval waarbij gewerkt werd met een levering onder een opschortende voorwaarde van betaling van de koopovereenkomst. Het in dit arrest gecasseerde Hof Amsterdam overwoog dat ingeval een overeenkomst gesloten wordt (waarin een prijsrisico overgaat) en waarbij in de overeenkomst tevens afgesproken wordt dat de juridische levering overgaat onder de opschortende voorwaarde van het betalen van de koopsom, de koper – bij het sluiten van de overeenkomst – meer verkrijgt dan slechts alleen het prijsrisico. In de grammaticale interpretatie van het Hof Amsterdam levert het sluiten van een dergelijke overeenkomst al een econoom op. De Hoge Raad gaat in haar arrest voorbij aan deze grammaticale interpretatie van Hof Amsterdam en bepaalt dat bij het overeenkomen van een 'levering onder een opschortende voorwaarde van het voldoen van de koopsom', de opschortende voorwaarde moet worden geëerbiedigd. De aanvullende afspraak van de levering onder opschortende voorwaarde levert dus niet op zichzelf al een econoom op.

## 5. CONCLUSIE

Het zal duidelijk zijn dat ik van mening ben dat er pas sprake kan zijn van overgang van een belang in de zin van art. 2.2 WBR, indien naast enig prijsrisico ook het economisch genot overgaat. Pas dan heeft een koper recht op de toekomstige waardeverhoging/waardedaling en de toekomstige huurinkomsten/exploitatieverliezen.

Het is ook duidelijk dat de door velen gepleegde grammaticale interpretatie van art. 2.2 WBR tot een onjuiste interpretatie leidt van het door de wetgever bedoelde begrip 'economische eigendomsverkrijging'.

Het valt te betreuren dat de staatssecretaris, in zijn vrees voor slimme adviseurs,<sup>23</sup> zelf wel meent te kunnen volstaan met slordig, en onjuiste wetteksten, waarbij de wettekst zelf

ook duidelijke (onbedoelde) overkillbepalingen bevat en ook overbodige passages. Sterker nog in de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in 1995 bleek – in een discussie met Kamerlid Van Rey – dat de staatssecretaris zich ervan bewust is dat het wetsvoorstel niet de ‘schoonheidsprijs’ zal verdienen, maar dat hij toch van mening is dat het grote belang, namelijk het vullen van de schatkist, een dergelijk slordig wetsvoorstel rechtvaardigt.

Mij stoort daarbij ook het onzorgvuldig taalgebruik en vooral het volharden het gebruik van het begrip ‘voorlopige koopovereenkomst’.

Het moge duidelijk zijn dat ik mij geheel kan vinden in het belasten van economen. De in par. 2.3 van dit artikel genoemde vier redenen voor het invoeren van de econoom zijn alle vier redelijk geslaagd.

De invoering van art. 2.2 heeft er ook voor gezorgd dat er vrijwel geen economen meer overeengekomen worden. Het is mijn ervaring dat er in de praktijk nog maar twee soorten economen voorkomen, namelijk:

- door verkoper en koper geconstateerde – btw-belaste – economen die vrij zijn van overdrachtsbelasting krachtens art. 15, lid 1, onderdeel a, WBR en;
- de achteraf bij navorderingsaanslag door een belastinginspecteur belaste overeenkomsten die in zijn ogen meer zijn dan een kale koopovereenkomst.

Ook heb ik er begrip voor dat HR 3 november 1999 een wetsaanpassing noodzakelijk maakt. In mijn visie is de in 1999 echter met te veel haast ingevoerde wetswijziging onzorgvuldig en te haastig geschied.

Soms hoop ik daarom dat de staatssecretaris dit inziet en met een zorgvuldiger wettekst en een zorgvuldiger toelichting komt. Dit hoop ik niet omdat dit een voordeel zou moeten opleveren voor mijn cliënten, maar slechts om mijn cliënten zorgvuldig en eenduidig te kunnen voorlichten over de fiscale rechtsgevolgen van een door hen gewenste overeenkomst.

#### **De auteur is als vastgoed fiscalist verbonden aan CMS Derks, Star, Busmann NV in Utrecht.**

- 1 De cursivering in dit artikel zijn van mijn hand, en dienen om een woord of tekstpassage te benadrukken, W.A.
- 2 WFR 1995/925.
- 3 Zie par. 4.3.3.
- 4 Zie eerste nota van wijziging.
- 5 HR 3 november 1999, BNB 2000/23.
- 6 HR 10 augustus 2007, nr. 42.315, V-N 2007/38.27.
- 7 Met deze aanduiding in de tekst bedoel ik de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 24 172 zoals aan het parlement aangeboden in mei 1995.
- 8 Voor zover mij bekend is de uitspraak niet in de vakpers gepubliceerd.
- 9 9e vergadering eerste kamer 13 december 1999, EK 9.
- 10 10e vergadering eerste Kamer 14 december 1999, EK 10.
- 11 Rechtbank Breda 14 augustus 2007, nr. AWB 06/923.
- 12 Kamerstukken II, 2000-2001, 27 030, nr. 6. De betreffende wetswijziging heeft/had overigens niets te maken met de wetswijziging van 1999, maar was wel het moment waarop de wetgever terug wilde blikken op de invoering van de econoom in 1995 en de aanvulling van 1999.

- 13 Nota naar aanleiding van het verslag wetsvoorstel 24 172, nr. 5, 23 augustus 1995.
- 14 Besluit 14 maart 2007, CPP2006/1574 M, Stcrt. Nr 58.
- 15 WFR 1995/925, prof.mr. J.K. Moltmaker De reparatiewetgeving op het gebied van de overdrachtsbelasting en de omzetbelasting(wetsvoorstel nr. 24 172).
- 16 WFR 2005/917 ‘Een nieuwe invulling van het begrip economisch eigendom’? Het begrip ‘economisch eigendom’ na HR 8 oktober 2004, BNB 2004/437.
- 17 WFR 6707, 1 maart 2007 Mr. P.W. Hofman, ‘Het belang van economisch eigendom’.
- 18 WFR 6614, 10 maart 2005, Mr. Y.E. Gassler, ‘Samenloop bij economische eigendomsverkrijging’.
- 19 Overweging 3.5 van HR 3 november 1999, nr. 34.829, BNB 2000/23c in combinatie met r.o. 6.4 van de gecasseerde uitspraak van Hof Den Bosch.
- 20 Hof Amsterdam 19 september 2001, nr. 00/0267, V-N 2002/11.26.
- 21 HR 3 november 1999 BNB 2000/23.
- 22 HR 10 augustus 2007, nr. 42315 V-N 2007/38.27.
- 23 Zie onder andere de, naar mijn mening, redelijk gekleurde en daarmee ook enigszins misplaatste opmerkingen van de staatssecretaris in mondelinge behandeling 10e vergadering Eerste Kamer 14 december 1999, EK en ook in de nota naar aanleiding van het verslag wetsvoorstel 27 030, nr. 6.