

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebuikte afkortingen / IX

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

HOOFDSTUK 2

Economische eigendom in fiscale zin / 3

- 2.1 Hoeveel economisch belang is vereist? / 4
- 2.2 Risico van tenietgaan / 14
- 2.3 Genot/baten en lasten / 20
- 2.4 Macht / 30
- 2.5 Conclusie / 36

HOOFDSTUK 3

Specifieke (rechts)figuren / 37

- 3.1 Certificering / 37
- 3.2 Erfpacht / 39
- 3.3 Aanmerkelijk belang / 41

HOOFDSTUK 4

Economische eigendom in civielrechtelijke context / 47

- 4.1 Positie/bescherming van de economische eigenaar / 49
 - 4.1.1 Is de economische eigenaar bezitter? / 49
 - 4.1.2 Bescherming van de economische eigenaar / 60
 - 4.1.3 Obligatoire overeenkomst / 62
 - 4.1.4 Conclusie / 67
- 4.2 Overdracht en overdraagbaarheid van economische eigendom / 67
 - 4.2.1 Wijze van overdracht / 68
 - 4.2.2 Overdraagbaarheid van economische eigendom / 71

Literatuuroverzicht / 73

Jurisprudentieregister / 81

Trefwoordenregister / 85

HOOFDSTUK1

Inleiding

Economische eigendom is een veel gebruikt, maar weinig gedefinieerd begrip. Het is eigenlijk een verzamelterm voor uiteenlopende situaties, die gemeen hebben dat het economische belang bij een bepaald goed toekomt aan een ander (de economische eigenaar) dan de juridische eigenaar/rechthebbende.¹ Bij economische eigendom kan gedacht worden aan onder meer de volgende gevallen:

- a) certificering van goederen;
- b) een lastgevingsverhouding, waarbij de lasthebber een goed op eigen naam, maar voor rekening en risico van de lastgever verkrijgt;
- c) de tot 31 maart 1995 vrij veel voorkomende situatie dat een onroerende zaak verkocht werd en feitelijk in de macht werd gebracht van de koper, maar waarbij de levering achterwege bleef² (de 'klassieke econoom');
- d) de rechten van bijvoorbeeld een huurder of erfpachter die zaken of verbeteringen aanbrengt aan het door hem gehuurde of gepachte, welke nagetrokken worden door de zaak van de verhuurder/verpachter, maar die de huurder/pachter economisch blijven toebehoren³;
- e) de (sinds 1 januari 1992 verboden⁴) figuur van de zekerheidseigendom (*fiducia cum creditore*), waarbij een goed werd overgedragen tot zekerheid van de betaling van een schuld, maar het economische belang bij het goed bij de schuldenaar bleef berusten;
- f) de koper die gekocht heeft onder eigendomsvoorbehoud⁵;

1 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, 2013/581.

2 Het doel hiervan was het voorkomen van de heffing van overdrachtsbelasting, aangezien tot 31 maart 1995 de verkrijging van de economische eigendom van een onroerende zaak geen belastbaar feit was. Met de invoering van artikel 2 lid 2 WBR is dit gewijzigd en werd koop van de economische eigendom van een onroerende zaak weinig aantrekkelijk. Het fiscale voordeel verviel, terwijl de positie van de economische eigenaar minder zeker is dan die van een juridische eigenaar.

3 Zie het vergoedingsrecht voor de erfpachter van artikel 5:99 BW met betrekking tot door hem aangebrachte of overgenomen gebouwen, werken en beplantingen, welke door natrekking eigendom van de verpachter geworden zijn, en het wegnemingsrecht van de huurder met betrekking tot door hem aangebrachte zaken van artikel 7:216 BW.

4 Zie artikel 3:84 lid 3 BW.

5 Artikel 3:92 BW. Schoordijk is overigens van mening dat bij verkoop onder eigendomsvoorbehoud (en zekerheidseigendom) geen sprake is van economische eigendom bij de koper (respectievelijk debiteur die een goed tot zekerheid heeft overgedragen), aangezien deze eigenaar onder opschortende voorwaarde is en daarmee meer heeft dan een obligatoir recht (zie H.C.H. Schoordijk, 'Economische eigendom, vooral in het licht van Beslag-, Executie- en Bewijsrecht', in: *Economische eigendom* (Ars Notariatus XXIV), Deventer: Kluwer 1981, pagina 18). Hetzelfde kan van de huurkoper gezegd worden. Zie tevens W.G. Huijgen, *Economische eigendom*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 5. Hoewel het naar mijn mening juist is dat in deze gevallen sprake is van eigendom onder opschortende voorwaarde, doet dit er mijns inziens niet aan af dat in de periode tot aan het vervullen van de voorwaarde sprake is van economische eigendom (waarbij gezegd kan worden dat men deze economische eigendom heeft onder ontbindende voorwaarde, te weten van het niet voldoen aan de betalingsverplichtingen).

- g) huurkoop⁶;
- h) financial lease.

Hieronder bespreek ik de kenmerken van economische eigendom. Aangezien 'economische eigendom' van oorsprong een fiscaal begrip is, zal ik eerst ingaan op de ontstaansgeschiedenis in dit verband en vervolgens op de civielrechtelijke aspecten. Hierbij zij opgemerkt dat het navolgende betrekking heeft op economische eigendom voor de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting, alsmede de schenk- en erfbelasting.⁷ Voor de overdrachtsbelasting geldt een eigen begrip, terwijl voor de omzetbelasting niet zozeer het begrip 'economische eigendom' van belang is, als wel of sprake is van een levering.⁸ Overigens valt op dat het begrip 'economische eigendom' behalve in artikel 2 lid 2 WBR niet gedefinieerd wordt in de fiscale wetgeving, terwijl hier wel in verschillende bepalingen⁹ aan gerefereerd wordt. Hiervoor is het begrip zoals ontwikkeld in de jurisprudentie derhalve van belang, evenals uiteraard voor het in aanmerking nemen van fiscale gevolgen die gebaseerd zijn op de gelijkstelling van economische eigendom met juridische eigendom.¹⁰

In het volgende hoofdstuk bespreek ik allereerst deze jurisprudentie en de daaruit voortvloeiende kenmerken van economische eigendom in fiscale context. Vervolgens ga ik in hoofdstuk 3 in op een aantal specifieke (rechts)figuren, in het licht van deze kenmerken van economische eigendom. In hoofdstuk 4 behandel ik ten slotte economische eigendom in civielrechtelijke context, alsmede de overdraagbaarheid van economische eigendom, alsmede de wijze waarop deze overgedragen kan worden.

-
- 6 Huurkoop is zelfs het onderwerp van het eerste (fiscale) arrest van de Hoge Raad waarin economische eigendom wordt erkend, zij het niet als zodanig benoemd (HR 2 april 1941, B 7316).
 - 7 Uit HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3392, *BNB* 2008/203 volgt mijns inziens dat de Hoge Raad het in inkomstenbelasting- en vennootschapsbelasting ontwikkelde begrip 'economische eigendom' ook toepast in de context van de Successiewet 1956.
 - 8 Voor de overdrachtsbelasting op grond van artikel 2 lid 2 WBR. Overigens zijn de elementen van deze wettelijke definitie wel dezelfde als de criteria die voor economische eigendom voor de inkomsten- en vennootschapsbelasting gelden, maar de mate waarin daaraan voldaan moet zijn wijkt af (zie ook paragraaf 2.2).
Voor de omzetbelasting is van belang of sprake is van een levering. In jurisprudentie is dit ingevuld als de overdracht van de macht om als eigenaar over een goed te beschikken, waarbij juridische levering niet vereist is (zie HR 19 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3924, *BNB* 1988/335, HvJ EG 8 februari 1990, nr. C-320/88, ECLI:EU:C:1990:61, *BNB* 1990/271, en HR 4 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:BH7227, *BNB* 1990/272). Deze casus betrof een economische eigendomsoverdracht, welke op basis van voornoemd criterium als levering werd aangemerkt. Later werd met de formulering van artikel 3 Wet OB 1968 hierbij aangesloten.
 - 9 Zie bijvoorbeeld artikel 1.2 lid 1 onder d Wet IB 2001, artikel 3.30a lid 6 Wet IB 2001, artikel 3.111 lid 1 onder a Wet IB 2001 (in de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling wordt ook expliciet opgemerkt dat het begrip economische eigendom volgens de gangbare juridische definitie geïnterpreteerd dient te worden, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 7, pagina 191), artikel 15 lid 1 Wet VPB 1969 en artikel 2b lid 1 onder d Uitvoeringsbeschikking VPB 1971.
 - 10 Althans de juridische eigenaar met ten minste enig economisch belang, zodat deze juridische eigenaar tevens als economische eigenaar beschouwd wordt, zie HR 8 mei 1985, *BNB* 1986/75, rechtsoverweging 4.1 (nader besproken in paragraaf 2.1).

HOOFDSTUK 2

Economische eigendom in fiscale zin

Economische eigendom is voor het eerst opgekomen in een arrest van het Duitse Reichsgericht¹ en komt vanaf de jaren '40 van de vorige eeuw voor in fiscale jurisprudentie van de Hoge Raad. In 1955 wordt voor het eerst de economische eigendom gedefinieerd, in de volgende rechtsoverweging²:

“dat de omstandigheid, dat iemand eigenaar van en als zodanig zakelijk gerechtigd is tot enig goed, niet uitsluit, dat economisch het belang daarbij een ander toekomt, terwijl dit belang – hetwelk men den economischen eigendom zou kunnen noemen – deel kan uitmaken van het bedrijfsvermogen van dien ander”;

In 1957 is nader inhoud gegeven aan de economische eigendom, aangezien de Hoge Raad toen besliste dat hier alleen sprake van is indien degene met een economisch belang bij een goed zowel de waardestijgingen als de waardedalingen aangaan³:

“dat, aangezien als gevolg van hetgeen blijkt de uitspraak van den Raad van Beroep door belanghebbende en zijn echtgenote is overeengekomen het belang bij het onderhavige pand slechts gedeeltelijk, immers alleen ten aanzien van het risico van den achteruitgang van de verkoopwaarde, belanghebbende, doch overigens zijn echtgenote aanging, de Raad van Beroep terecht heeft beslist, dat belanghebbende niet als 'economisch eigenaar' kan worden beschouwd en dit [...] niet als bedrijfsmiddel van belanghebbende kan worden aangemerkt.”

In een volgende uitspraak is hierbij het risico van tenietgaan van het goed benoemd⁴:

“dat, wil iemand als 'economisch' eigenaar van een zaak, waarvan de eigendom naar burgerlijk recht aan een ander toebehoort, kunnen worden aangemerkt, vereist is, dat economisch het belang bij die zaak geheel aan hem toekomt, hetgeen insluit, dat het risico van de waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van de zaak ten volle door hem wordt gedragen;”

Kortom, naar de stand van de jurisprudentie op dat moment is vereist dat de economische eigenaar het volledige economische belang bij een goed heeft, bestaande uit (in elk geval) het risico van waardeveranderingen (zowel opwaarts als neerwaarts), alsmede het risico van tenietgaan. Naar aanleiding van latere jurisprudentie zijn echter vragen gerezen over de kenmerken van economische eigendom. Zo is een vraag of het volledige economische

1 Overigens in een civielrechtelijke zaak. Zie P.W. van der Ploeg, 'Het nieuwe Burgerlijk Wetboek bewind', WPNR 4286 en bijvoorbeeld ook W.J. Slagter, *Juridische en economische eigendom* (diesrede 1968), Deventer: Kluwer 1968, pagina 41.

2 HR 19 oktober 1955, ECLI:NL:HR:1955:AY2586, BNB 1955/377. Zie voor arresten waar het begrip economische eigendom wel terugkomt, maar niet expliciet wordt genoemd HR 2 april 1941, B 7316, HR 29 maart 1950, B 8802 en HR 29 oktober 1952, B 9298. Overigens spreekt de Hoge Raad in HR 1 oktober 1952, B 9256, ook al van economische eigendom, echter zonder een definitie van dit begrip te geven.

3 HR 29 mei 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1893, BNB 1957/220.

4 HR 24 december 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1099, BNB 1958/84.

belang vereist is. Daarnaast is twijfel gerezen in hoeverre het risico van tenietgaan nog van belang is en of de Hoge Raad een derde element aan het begrip economische eigendom heeft toegevoegd, te weten de eis dat de economische eigenaar ook het genot van het goed moet hebben. Ik ga hieronder op deze vraagpunten in. Voorts bespreek ik of het voor de (aspirant) economische eigenaar noodzakelijk is dat deze ook de macht over het desbetreffende goed heeft.

2.1 Hoeveel economisch belang is vereist?

Het vereiste van het volledige economische belang komt terug in meerdere latere arresten⁵ en dit lijkt derhalve een bestendige lijn te zijn.⁶ Desalniettemin zijn er enige ogenschijnlijk afwijkende uitspraken geweest, die de indruk kunnen wekken dat bijvoorbeeld nagenoeg het gehele economische belang ook voldoende is:

- a) In HR 15 oktober 1958⁷ sprak de Hoge Raad van het economische belang dat de belanghebbende 'in aanmerkelijke mate' moest aangaan. Dit arrest gaat echter over de vraag of sprake was van een bron van inkomen en niet zo zeer over economische eigendom. Mijns inziens is dit arrest daarom niet te beschouwen als een afwijking van de, in latere jurisprudentie ook voortgezette, lijn dat voor economische eigendom vereist is dat een ander dan de juridische eigenaar het volledige economische belang bij een goed heeft.
- b) HR 17 april 1991⁸ betrof een belanghebbende die een café-restaurant in huurkoop had gekocht en ter zake daarvan een investeringsbijdrage kreeg. Het risico van tenietgaan bleef achter bij de verkoper. Toen de huurkoop werd ontbonden rees de vraag of een desinvesteringbetaling gedaan moest worden, waarvoor van belang was of sprake was van de ingebruikname van een bedrijfsmiddel. De Hoge Raad overwoog dienaangaande:

"Nu het cafe-restaurant krachtens de huurovereenkomst [...] in feite in gebruik is genomen en het belang daarbij in overwegende mate – met name ook voor wat betreft de waardeveranderingen – bij belanghebbende berust, is er sprake van een in gebruik nemen [...]"

- 5 Zie voor een uitgebreid overzicht van jurisprudentie inzake economische eigendom tot en met november 2001 P.H.J. Essers e.a., *Fiscale aspecten van leasing* (Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 217), Deventer: Kluwer 2001, paragraaf 2.2.
- 6 Zie HR 17 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AX4624, *BNB* 1974/170, HR 12 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AW8785, *BNB* 1984/87, HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:BH4845, *BNB* 1986/118 (waarin overigens niet expliciet van economische eigendom gesproken wordt), HR 13 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8160, *BNB* 1986/4, HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5692, *BNB* 1994/264 (waarin het hof economische eigendom aanneemt op basis van het 'vrijwel gehele' economische belang, belanghebbende zich erop beroept dat dit niet overeenstemt met de criteria in HR 8 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0360, *BNB* 1986/75 en de Hoge Raad casseert), HR 10 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:BI5514, *BNB* 1996/274 (zie tevens de analyse van de Commissie Leasing van de Vereniging voor Belastingwetenschap in Geschriften VBW nr. 217, paragraaf 2.2.), HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3232, *BNB* 1997/194, HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3520, *BNB* 2004/437 en ten slotte HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:702, *BNB* 2016/158.
In HR 12 oktober 1983, *BNB* 1984/87, wordt bovendien weer de nadruk gelegd op het risico van tenietgaan als element van de economische eigendom, waarbij de omstandigheid dat dit risico verzekerd is, niet afdoet aan de omstandigheid dat het risico voor de verzekerde blijft (zie in dit verband tevens HR 22 april 2016, *BNB* 2016/158, nader besproken in paragraaf 2.1). Ten slotte volgt uit dit arrest dat economische eigendom van een aandeel in een goed ook mogelijk is (maar het economische belang bij dit aandeel moet de economische eigenaar dan wel voor 100% aangaan).
- 7 HR 15 oktober 1958, ECLI:NL:HR:1958:AY1244, *BNB* 1958/321.
- 8 HR 17 april 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4561, *BNB* 1991/181.

Deze uitspraak kan de indruk wekken dat de Hoge Raad nu genoeg neemt met een kleinere mate van economisch belang dan 100%. Tevens lijkt de factor risico van tenietgaan een minder grote rol te spelen. In een later arrest⁹ heeft de Hoge Raad echter expliciet aangegeven dat dit arrest betrekking heeft op de uitleg van het begrip 'in gebruik nemen'. In de desbetreffende latere casus was echter de vraag of zich een vervreemding voordoet en daar is volgens de Hoge Raad pas sprake van indien het gehele economische belang bij de koper is komen te berusten.

- c) De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot een niet-exclusief en niet-overdraagbaar in tijd onbeperkt gebruiksrecht voor computerprogrammatuur, verkregen tegen een eenmalige betaling, dat sprake was van een bedrijfsmiddel.¹⁰ Dit kan wellicht de suggestie wekken dat de Hoge Raad economische eigendom aanwezig acht, terwijl de (vermeende) economische eigenaar niet het volledige economische belang heeft. Hoewel niet ontkend kan worden dat belanghebbende een economisch belang heeft bij de programmatuur, omdat het risico bij het tempo van veroudering hiervan bij hem lag, heeft de juridische eigenaar echter ook economisch belang. Beter gezegd, de juridische eigenaar heeft in principe het volledige economische belang, omdat de waardeontwikkeling van de programmatuur hem ook aangaat en hij vrij is de programmatuur aan andere afnemers ter beschikking te stellen en daarvoor van hen een vergoeding te ontvangen.¹¹

Dit arrest heeft naar mijn mening echter geen betrekking op economische eigendom, doch slechts op de vraag of sprake is van een bedrijfsmiddel. Noch hof, noch Hoge Raad reppen in hun arrest over economische eigendom. Voorts is het in casu het gebruiksrecht van de software dat als bedrijfsmiddel wordt aangemerkt en niet de onderliggende software zelf. Indien men al zou willen aannemen dat sprake is van economische eigendom, dan heeft dit mijns inziens betrekking op de software. Voor het gebruiksrecht is het ook niet nodig of überhaupt mogelijk om (uitsluitend) economische eigendom

9 HR 7 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3232, *BNB* 1997/194.

10 HR 26 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2939, *BNB* 1995/46. Er is overigens in de ogen van de Hoge Raad geen sprake van een bedrijfsmiddel indien de betaling voor het gebruiksrecht in termijnen geschiedt in plaats van ineens, vergelijk HR 27 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4327, *BNB* 1990/263. Zie tevens HR 25 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:AA3056, *BNB* 1995/146, waarin de Hoge Raad inzake een gebruiksrecht van software verkregen tegen betaling van een bedrag ineens alsmede jaarlijkse termijnen oordeelt dat geen sprake is van een bedrijfsmiddel. De reden voor dit verschil in kwalificatie tussen beide situaties wordt niet duidelijk, maar wellicht dat dit gelegen is in het grotere economische belang dat de belanghebbende in *BNB* 1995/46 had: aangezien daar een eenmalige koopsom betaald was voor een onbeperkt gebruiksrecht, stond reeds vast hoeveel het gebruiksrecht de belanghebbende zou kosten. Dit is echter niet het geval voor de belanghebbende in *BNB* 1995/146, vanwege de aanvullende jaarlijkse betaling. In zoverre is de belanghebbende van *BNB* 1995/46 te vergelijken met een huurder die de huur afgekocht heeft. Deze huurder is overigens mijns inziens geen economische eigenaar, zie nader paragraaf 2.3.

11 Het risico van tenietgaan speelt bij een goed als software naar mijn mening geen rol, omdat deze in principe niet als zodanig teniet kan gaan. Het minder bruikbaar of onbruikbaar worden van de software wordt door marktomstandigheden veroorzaakt en valt dus onder het risico van waardeveranderingen.

te constateren: als contractspartij is de gebruiker reeds zowel juridisch als economisch rechthebbende ter zake van het gebruiksrecht.¹²

Voorts zou de conclusie dat belanghebbende de economische eigendom van de software heeft tot het ongerijmde effect leiden dat naast de juridische eigenaar iedere afnemer die vergelijkbare voorwaarden heeft als belanghebbende economisch eigenaar van de software is en het aantal economisch eigenaren van dezelfde zaak dus theoretisch oneindig is.¹³ Dit is mijns inziens strijdig met het idee van economische eigendom: de juridische eigenaar heeft zelf niet langer het economische belang bij het goed (of dit nu geheel of ten dele is), maar dit berust bij een ander. Daar is in casu geen sprake van: de juridische eigenaar heeft (eveneens) het economische belang bij de software en, door de mogelijkheid om aan meerdere afnemers te leveren, ook een meer omvattend belang dan die afnemers. Er is naar mijn mening dus maar een persoon die de economische eigendom heeft: de juridische eigenaar.

Ook dit arrest brengt mijns inziens derhalve geen afwijking van de algemene lijn uit de jurisprudentie inzake economische eigendom met zich mee.

- d) Hof Arnhem¹⁴ oordeelde de omstandigheid dat een gebruiker ‘volledig dan wel ten minste in overwegende mate’ het economische belang bij een softwarepakket verworven had, voldoende om deze aan te merken als economische eigenaar. De staatssecretaris heeft afgezien van cassatie, met de toelichting dat dit criterium naar zijn mening in het algemeen¹⁵ onvoldoende is om economische eigendom te constateren. Aangezien hij echter van mening is dat het hof hiermee tot uitdrukking heeft gebracht dat de leverancier weliswaar formeel risico loopt, maar dit risico feitelijk betekenis mist

12 Dat dan de situatie ontstaat waarin wel sprake is van een bedrijfsmiddel, maar niet van economische eigendom is naar mijn mening geen probleem. Het uiteenlopen van economische eigendom en de kwalificatie ‘bedrijfsmiddel’ doet zich ook voor bij bijvoorbeeld een huurrecht waarin een zodanige investering is gedaan dat dit kwalificeert als een economisch goed. Zie tevens P.H.J. Essers, *Cursus Belastingrecht* IB.3.2.18.E.f1, waarin wordt opgemerkt dat een gebruiksrecht dat als gevolg van een betaling ineens als een bedrijfsmiddel wordt aangemerkt het karakter van een economisch goed heeft en de ondernemer niet de economische eigendom van het onderliggende activum heeft.

Overigens lijkt ook A-G Van Soest er van uit te gaan dat wel sprake is van een bedrijfsmiddel, maar niet van economische eigendom. Dit wordt althans geïmpliceerd door punt 6.2 van zijn conclusie bij *BNB* 1995/46, waar hij opmerkt dat het onderdeel van het cassatiemiddel, dat inhoudt dat belanghebbende niet de economische eigendom van de programma’s zelf heeft verworven, niet als een klacht is op te vatten.

13 In casu doet zich nog wel het punt voor dat eenzelfde investering voor meerdere personen een bedrijfsmiddel kan vormen, die hiervoor allen investeringsbijdrage kunnen claimen. Zie in dit verband tevens de, mijns inziens terechte, kritiek van Slot in zijn noot onder het arrest in *BNB*. Zie voorts de uitspraak van Hof Den Haag voorafgaand aan HR 3 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4645, *BNB* 1992/93 (rechtsoverweging 5.8 van het hof), inzake de vraag of het gebruiksrecht op films een bedrijfsmiddel vormden voor de exploitant van een filmverhuurkantoor. Het hof is van mening dat dergelijke gebruiksrechten geen bedrijfsmiddelen kunnen zijn, omdat dan tweemaal investeringsaftrek zou worden verleend over de investeringskosten, eenmaal bij de producent van de film en eenmaal bij de (gezamenlijke) distributeurs van de film, zonder dat sprake is van een desinvestering bij de producent. De Hoge Raad heeft in het desbetreffende arrest niet over dit punt geoordeeld, maar wel aangegeven dat de betalingen uit de licentieovereenkomsten gebruiksvergoedingen zijn voor een in ruimte en tijd beperkt gebruiksrecht en geen investeringen in een bedrijfsmiddel. Blijkens *BNB* 1995/46 heeft de Hoge Raad echter kennelijk onder bepaalde omstandigheden aanvaard dat meerdere malen investeringsbijdrage voor dezelfde investering mogelijk is.

14 Hof Arnhem 25 maart 1993, ECLI:NL:GHARN:1993:AV7934, *BNB* 1995/53.

15 Hetgeen overigens impliceert dat de staatssecretaris mogelijkheden voor een uitzondering ziet.

omdat het softwarepakket is toegesneden op de gebruiker en niet bruikbaar is voor een derde, verenigt hij zich voor het specifieke geval met de benadering van het hof. De Hoge Raad heeft derhalve niet de gelegenheid gekregen om zich hierover uit te spreken. Mede in het licht van de interpretatie van de staatssecretaris zie ik geen reden om dit arrest te zien als een afwijking van de algemene lijn dat voor economische eigendom 100% van het economische belang vereist is. Daarbij zij tevens opgemerkt dat het hof feitelijk had vastgesteld dat het risico van waardevermindering, tenietgaan en disfunctioneren van het softwarepakket geheel bij de gebruiker lag.

- e) HR 13 oktober 1999¹⁶ betrof een belanghebbende die een calloptie had verleend op aandelen in haar bezit en tevens een putoptie op deze aandelen verkreeg, indien de calloptie niet zou worden uitgeoefend. De uitoefenprijzen stemden overeen, de periode waarin de optie uitgeoefend kon worden echter niet volledig. Bovendien was overeengekomen dat de vennootschap gedurende de looptijd van de opties geen dividend zou uitkeren of een winstrecht toekennen en dat geen rechten op aandelen zouden worden toegekend. De vraag was of belanghebbende een afkoopsom ter beëindiging van de opties ten laste van haar winst mocht brengen. Hof Arnhem overwoog:

“5.1.2 Onder voormelde omstandigheden [van de optieovereenkomst, AEdL] was de kans dat noch de call-optie noch de put-optie zou worden uitgeoefend bijzonder klein.

5.1.3 Nu bovendien tijdens de optieperiode de BV geen winst mocht uitkeren en geen onttrekkingen mochten plaatsvinden, heeft Partner BV in wezen als gevolg van de optieovereenkomst het overwegende economische belang bij deze aandelen verkregen. Dat partijen van mening zijn dat niet het volledige economisch belang is overgegaan doet aan 's Hof's oordeel niet af.

5.1.4 Het voorgaande brengt mede dat belanghebbende met betrekking tot haar 100 aandelen waarop de optierechten betrekking hadden in overwegende mate het economisch belang had overgedragen.”

Het hof verbindt hieraan vervolgens de conclusie dat de afkoopsom beschouwd dient te worden als een deel van de kostprijs voor de aandelen en dus niet aftrekbaar was. Het hof stelde hierbij tevens dat zijn oordeel niet anders zou zijn geweest, indien het economische belang bij de aandelen voor een kleiner deel zou zijn overgedragen. De Hoge Raad overwoog dat het in cassatie bestreden oordeel (niet-aftrekbaarheid van de koopsom, maar toerekening aan de kostprijs deelneming) geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en overigens niet in cassatie getoetst kan worden, vanwege verwevenheid met overwegingen van feitelijke aard.

De mening van het hof lijkt derhalve te zijn dat ook minder dan het volledige economische belang voldoende kan zijn om economische eigendom te constateren. Dit oordeel geeft mijns inziens echter nog niet voldoende grond voor de conclusie dat met dit arrest is afgeweken van de lijn dat het volledige economische belang vereist is. De opties sloten namelijk zodanig nauw op elkaar aan, dat de kans dat niet één van beide uitgeoefend zou worden verwaarloosbaar is. Zie in dit verband tevens de opmerkingen van de Commissie Leasing van de Vereniging voor Belastingwetenschap¹⁷ ('Commissie Leasing') en van Juch in zijn noot onder het arrest in *BNB 2000/21*. Op basis van de feiten kan daarom naar mijn mening geconcludeerd worden dat het volledige economische

¹⁶ HR 13 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2926, *BNB 2000/21*.

¹⁷ Geschriften VBW nr. 217, paragraaf 2.2.

belang was overgegaan. De Hoge Raad laat zich bovendien niet als zodanig uit over de kwalificatie economische eigendom, maar oordeelt slechts dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. Gezien de feiten lijkt mij dit een conclusie die past binnen het vereiste dat 100% economisch belang noodzakelijk is voor economische eigendom en kan met dit arrest dus niet gezegd worden dat de Hoge Raad van dit vereiste afwijkt.

- f) In lagere rechtspraak is wel een aantal keer een ruimere definitie van het begrip economische eigendom gehanteerd, zoals de hierboven onder punten (d) en (e) aangehaalde zaken¹⁸, dan wel is de lagere rechter op zijn minst wat minder zuiver in de formulering van zijn definitie van economische eigendom geweest.¹⁹ Aangezien de Hoge Raad geen gelegenheid heeft gehad om zich over deze oordelen uit te spreken, dan wel deze niet in cassatie als zodanig aan de orde zijn geweest, is dit mijn inziens geen grond om aan te nemen dat de hoofdlijn uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, het vereiste van volledig economisch belang, niet langer geldend is. Voorts zijn er ook (meer recente) uitspraken van lagere rechters waarin wel wordt uitgegaan van het volledige economische belang.²⁰

Voorts verdient het zogenoemde 'Leasearrest'²¹ aandacht. Dit arrest heeft betrekking op een leasemaatschappij die aan een lessee (R) twee computers leaset gedurende twee jaar, op basis van twee verschillende contracten. Een verschil was onder meer dat R een optie had om de eerste computer na afloop van de leasetermijn te kopen, maar ter zake van de tweede computer niet. De rechtsvraag was of de lessor recht had op investeringsbijdragen. Het hof overwoog met betrekking tot de eerste computer:

"dat belanghebbende ten gevolge van deze met R gesloten overeenkomst en gelet op de bij het aangaan daarvan geschatte economische levensduur van de computerinstallatie van drie jaren, van de aanvang af het economische belang bij de desbetreffende computerinstallatie nagenoeg geheel heeft overgedragen aan R; dat dit alles leidt tot de gevolgtrekking, dat in dezen R het risico van waardeverandering draagt en derhalve als economisch eigenaar moet worden aangemerkt, terwijl belanghebbende in wezen slechts als financier is opgetreden [...]"

18 Zie Geschriften VBW nr. 217, paragraaf 2.3.1. Het daar tevens genoemde arrest HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5692, BNB 1994/264, is mijns inziens in elk geval geen indicatie van het kunnen aannemen van economische eigendom bij een kleiner dan volledig belang bij de waardeontwikkeling, aangezien de Hoge Raad oordeelt dat, anders dan het hof heeft aangenomen, geen sprake is van economische eigendom.

19 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 14 februari 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AB0409, V-N 2001/23.22, waarin het hof aangeeft dat voor het zijn van aanmerkelijkbelanghouder doorslaggevend is wie het economische belang bij de aandelen heeft, waarbij 'met name van belang is' dat de waardeveranderingen voor rekening en risico van deze persoon komen.

20 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 1 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3190, waarin het hof het volledige economische belang noemt en daarbij zelfs het oordeel van de rechtbank, dat ruimer was (en lijkt aan te sluiten bij de definitie van artikel 2 lid 2 WBR) corrigeert (zie rechtsoverweging 4.4.2). Zie voorts Hof Amsterdam 29 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0614, V-N 2012/32.14, en minder recent Hof Amsterdam 8 juni 2005, ECLI:NL:GHARN:2001:AB0409, V-N 2005/55.17 (waar overigens het een en ander valt af te dingen op het oordeel dat de juridische eigenaar geen economisch belang meer had, aangezien mijns inziens een deel van het risico op waardemutaties was achtergebleven) en Hof Den Haag 22 december 1982, ECLI:NL:GHSGR:1982:AX1909, V-N 1984/521.

21 HR 8 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0360, BNB 1986/75.

Het hof achtte kennelijk 'nagenoeg geheel' economisch belang voldoende voor economische eigendom. Dit oordeel is in cassatie niet ter discussie gesteld en de Hoge Raad heeft zich hier niet over uitgelaten.

Over de tweede computer oordeelde het hof als volgt:

“dat voor de periode daarna [volgend op de leaseperiode, AEdL] met betrekking tot deze computer niets met R is overeengekomen; dat de geschatte economische levensduur van deze computer drie jaren bedraagt, zodat na ommekeer van twee jaren belanghebbende naar verwachting naast haar juridische eigendom nog een aanmerkelijk economisch belang heeft bij deze computerinstallatie.”

Het hof concludeert vervolgens dat belanghebbende ten volle het risico van de waardeverandering en mogelijkheid van verdere exploitatie van de computer draagt en derhalve een voor investeringsbijdrage in aanmerking komende investering had gedaan. De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de tweede computer in cassatie:

“Deze feiten brengen mee dat de apparatuur moet worden gerekend tot de bedrijfsmiddelen waarin belanghebbende bij het drijven van haar onderneming heeft geïnvesteerd [...] tenzij op grond van de inhoud van het desbetreffende lease-contact moet worden aangenomen dat het gehele economische belang bij de apparatuur – aan te duiden als ‘economische eigendom’ – is komen te berusten bij de lessee.”

De Commissie Leasing ziet in het Leasearrest een aanwijzing voor de benadering van economische eigendom die zij voorstaat, te weten dat 'volledig of nagenoeg volledig' economisch belang voldoende is om van economische eigendom in fiscale zin te kunnen spreken. Overigens erkent de Commissie Leasing daarbij dat de Hoge Raad het begrip 'economische eigendom' in zijn jurisprudentie (inclusief het Leasearrest) uitlegt als 'het gehele economische belang'. De Commissie Leasing is evenwel van mening dat het ook niet de bedoeling van de Hoge Raad kan zijn om aan iedere afwijking van het 100%-belang fiscale consequenties te verbinden en dat er meer speelruimte in het begrip 'economische eigendom' moet zijn, om onaanvaardbare situaties te kunnen voorkomen.

Derhalve meent de Commissie Leasing dat het verantwoord is om te spreken van het 'volledige of nagenoeg volledige economische belang' en zij hier een aanknopingspunt voor vindt in de oordelen over de eerste computer in het Leasearrest. Ter zake hiervan oordeelde het hof dat de lessor het nagenoeg gehele economische belang had bij de computer en daarmee de economische eigendom. De Hoge Raad heeft niets over dit oordeel gezegd en dit wettigt naar het oordeel van de Commissie Leasing dat aan 'geheel' in de onderhavige context dezelfde betekenis mag worden toegekend als aan 'nagenoeg geheel'.

Ook Bruins Slot ziet in de omstandigheid dat de Hoge Raad in het Leasearrest het oordeel van het hof inzake de eerste computer niet ambtshalve casseert aanleiding om 'geheel' in de context van tot economische eigendom leidend economisch belang gelijk te stellen met 'nagenoeg geheel', met name in de gevallen waarin het verschil tussen beide zonder praktisch belang is.²² In zijn proefschrift verdedigt hij daarbij dat beide begrippen als

22 W. Bruins Slot, 'De Leaseregeling, de aanschrijving en de toekomst van de technolease', *WFR* 6118, paragraaf 4.3. Enzo A. Rozendal, 'De economische eigendom van onroerende zaken', *FTV* 2009/15, paragraaf 2.1.

synoniemen beschouwd kunnen worden en ogenschijnlijk tegenstrijdige jurisprudentie dus niet daadwerkelijk tegenstrijdig hoeft te zijn, op grond van drie mogelijke argumentaties: (i) de begrippen 'geheel' en 'nagenoeg geheel' kunnen aan elkaar gelijkgesteld worden, (ii) men kan het begrip 'geheel' materieel interpreteren en daarbij aannemen dat de rechter met 'nagenoeg geheel' eigenlijk 'materieel geheel' bedoelt, of (iii) men interpreteert 'nagenoeg geheel' als 'op de meest essentiële punten geheel'.²³ In de jurisprudentie is echter geen concrete aanwijzing voor de juistheid van een van deze mogelijke interpretaties te vinden en deze zijn dus in zoverre speculatief.

De Gunst heeft er mijns inziens bovendien terecht op gewezen dat het oordeel van het hof in het Leasearrest inzake de eerste computer in cassatie niet bestreden is en dat de omstandigheid dat de Hoge Raad dit oordeel ongemoeid laat niet de constatering wettigt dat aan de term 'geheel' dezelfde betekenis toegekend mag worden als aan 'nagenoeg geheel'.²⁴ Naar mijn mening kan aan de omstandigheid dat de Hoge Raad dit oordeel van het hof niet (ambtshalve) casseert inderdaad niet de conclusie verbonden worden dat hij niet meer van mening is dat het volledige economische belang noodzakelijk is om van economische eigendom te kunnen spreken. Hiervoor kan ook ondersteuning gevonden worden in twee latere arresten van de Hoge Raad:

- a) Allereerst is er het arrest van 15 juni 1994²⁵. Dit betrof een werknemer die deelnam aan een PC-personeelproject van zijn werkgever. Gedurende 36 maanden betaalde de werknemer een bedrag voor het gebruik en na deze periode kon de apparatuur overgenomen worden tegen vergoeding van de waarde in het economische verkeer. Gedurende de gebruiksperiode droeg de werkgever de kosten van onderhoud, reparatie en verzekering. Na een jaar betaalde de werknemer de resterende termijnen ineens en rees de vraag of hij hiermee de economische eigendom van de apparatuur had verkregen (en in verband daarmee of aftrek ineens van de betaling mogelijk was).

Het hof oordeelt dat het economische belang van de apparatuur vrijwel geheel bij de werknemer is komen te rusten, ondanks het feit dat de werkgever verantwoordelijk bleef voor het onderhoud en de verzekering. In het cassatieberoepschrift wordt vervolgens een beroep gedaan op het Leasearrest en de omstandigheid dat het criterium van het hof ('vrijwel geheel') afwijkt van het door de Hoge Raad in het Leasearrest gehanteerd criterium. Hoewel de Hoge Raad niet als zodanig ingaat op het Leasearrest, oordeelt hij wel dat geen sprake is van economische eigendom. Hiermee bevestigt de Hoge Raad mijns inziens impliciet dat het criterium uit het Leasearrest inderdaad het gehele economische belang is, wat er ook zij van het oordeel van het hof inzake de eerste computer.

23 W. Bruins Slot, *Leasing in de vennootschapsbelasting*, Baambrugge: Zacheüs 2006, paragraaf 5.3.

24 H. de Gunst, 'De risico's van economische eigendom, enige fiscale aspecten van leasing', *WFR* 6511, paragraaf 2. Bruins Slot heeft in dit verband opgemerkt dat De Gunst voorbijgaat aan de mogelijkheid van de Hoge Raad om ambtshalve te casseren (zie Bruins Slot, dissertatie 2006, paragraaf 5.3.1). Aangezien de Hoge Raad dit echter niet hoeft te doen, kan aan deze omstandigheid mijns inziens weinig worden ontleend (zie M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, pagina 371-372 en A.O. Lubbers, *Belastingarresten lezen en analyseren*, Amersfoort: SDU Fiscale & Financiële Uitgevers 2015, paragraaf 2.2).

25 HR 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5692, *BNB* 1994/264.