

WFR 2020/55

“Economen” Sommige verjaren, andere komen over de dood heen

PROF. MR. DR. BERNARD M.E.M. SCHOLS¹

Er is er een jarig, hoera hoera. Dat kun je wel zien dat is hij. Over feestelijke en juridische verjaring in 2020 gesproken. Dan hebben we het uiteraard over het dogmatisch interessante verbintenrechtelijke fenomeen economische eigendom, maar ook over een vleugje fiscale romantiek. De oudjes weten het nog. Het was niet zo heftig als het eerdere fiscaal turbulente WIR-weekend, maar toch: 31 maart 1995, 18.00 uur. Er werd die dag in de namiddag per persbericht aangekondigd dat de economische eigendomsoverdracht met overdrachtsbelasting belast zou gaan worden. En zo geschiedde, de teller staat opeens 25 jaar verder na de geboorte van dit “nieuwe” belastbaar feit. Een kleine fiscale kroniek, met onderweg onder andere een virtuele botsing met juridische leerstukken als verjaring en het denken over de dood heen.

1 Prelude

Op het klassieke civielrechtelijk verkrijgen werd nog een etage gebouwd, een in het onroerendgoedverkeer belangrijk wetsartikel. Een fiscale rariteit, zo mag wel gezegd worden:² art. 2 lid 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer (WBR). Pak deze gelaagde tekst, om een fiscaal schepsel, te weten economische eigendom, te kooien voor de heffing van overdrachtsbelasting, althans een poging daartoe, er maar snel bij. Voor docenten een heerlijk artikel om college over te mogen geven. Zweven tussen verbintenissenrecht en goederenrecht en dan ook nog met een fiscale achtergrond. Sluit uw ogen en laat het op u inwerken: “een samenstel van rechten en verplichtingen dat een belang vertegenwoordigt”. Ik heb het, (destijds) als jong kandidaat-notaris, allemaal (in het echt) mogen meemaken, en wel op vrijdagmiddag 31 maart 1995 om 18.00 uur. Niet naar de kroeg, maar een weekendje nablijven om nog zo veel mogelijk economen het levenslicht te doen zien. Na de

geboorte zagen we wel verder. Er was immers nog geen wettekst. Nu zijn we een kwart eeuw verder en is nog steeds niet exact aan te geven waar de grenzen van dit bijzondere fiscale verschijnsel lopen. Er is heel wat over geschreven. Niet vreemd als men bedenkt dat een in juridische zin niet bestaand economisch begrip genesteld wordt in een civielrechtelijke omgeving.

In “no time” ontwikkelde zich de “quasi-econoom”. We herinneren ons dat er in eerste instantie ook enig risico van tenietgaan verkregen moest worden om de verkrijging een belastbaar feit te doen zijn. Was het echt zo eenvoudig? Als de verkoper het risico van tenietgaan behield, verkreeg de koper geen economische eigendom? Ja, zo eenvoudig is het, liet de Hoge Raad rechtspraak per omgaande weten.³ Overigens speelde hierbij ook nog de vraag of kale grond überhaupt teniet kon gaan. Zoals te verwachten greep de wetgever spoedig in. De misbruikgevoelige woorden “risico van tenietgaan” werden geschrapt. Maar ja dan leverde ieder “voorlopig” huis-tuin-en-keuken-koopcontract al een econoom op. Dat was toch ook niet de bedoeling? Want dan moest de overdrachtsbelasting op straat geïnd worden, en zou het gemak van de inning via de (hoofdelijke aansprakelijkheid van de) onbezoldigde rijksontvanger, de notaris, verloren gaan. Hier moest iets op gevonden worden. Voilà. We sluiten de “normale” (alledaagse) koopovereenkomst gewoon uit van het belastbare feit (zie de laatste zin van art. 2 lid 2 WBR). En hiermee was de quasi-quasi-econoom geboren. De Hoge Raad relativeerde de woorden “uitsluitend het recht op levering” waardoor de achterdeur weer een beetje opstond voor “economen”.⁴ Al betaalde men de koopsom vooruit, het bleef een “normale” koopovereenkomst. En ons hoogste rechtscollege gaf de rechtspraak ook de hint dat al was er al sprake van een “econoom”, het nog steeds zo kon zijn dat er nog een voorwaarde vervuld

¹ Hoogleraar notarieel belastingrecht Centrum voor Notarieel Recht (CNR) Radboud Universiteit Nijmegen.

² B.M.E.M. Schols, ‘De econoom is dood, leve de econoom!’, *Rariteiten in de belastingen*, Fiscaal Praktijkblad 2013/7.

³ HR 3 november 1999, BNB 2000/23 (de quasi-econoom).

⁴ HR 9 oktober 2009, BNB 2010/46 (uitsluitend het recht op levering).

moest worden.⁵ Er moest bijvoorbeeld nog een sloopvergunning verkregen worden. Art. 8 lid 2 WBR bepaalde immers dat er – in geval van een opschortende voorwaarde – pas verkregen werd zodra de voorwaarde vervuld is. De praktijk wist hier wel raad mee. De “economen” hebben nog meer meegemaakt. Er werden op een gegeven moment opstallen in economische eigendom verkregen zonder dat civielrechtelijk een recht van opstal gevestigd werd. Belast zo zou men op het eerste gezicht denken. Neen hoor, zei de Hoge Raad. Als ik de opstal niet in civielrechtelijke zin kan verkrijgen, dan kan ik dit ook niet in economische zin. Ook hier weer een snelle ingreep van de wetgever. U ziet in de wettekst het civielrechtelijke woordje bestanddeel flonkeren.⁶ Ook bestanddelen kunnen thans (economisch) verkregen worden. Niet ieder bestanddeel, maar een “zelfstandig” bestanddeel? Hebben we het al over een fiscale lappendeken?

En toen gebeurde het. De “economen” waren immers ondertussen op leeftijd en we hadden al vele jaren ons mooie nieuwe BW. De Hoge Raad orakelde dat “economen” onder omstandigheden aan verjaring onderhevig kunnen zijn, zelfs als ze te kwader trouw waren. En laat inderdaad in art. 3 lid 1 onderdeel a WBR vermeld staan dat *verjaring* niet onder het verkrijgingsbegrip valt.⁷ Zijn hiermee “alle” “economen” in rook opgegaan oftewel verjaard? De vraag die wel nog speelt is of iedere “econoom” wel bezitter is (en niet slechts houder). Hierover hierna in onderdeel 3 meer. En (onder omstandigheden) is er uiteraard ook nog het goedkope 2%-woontarief, maar dat terzijde.

De “econoom” wordt overigens ook nog steeds in “de liefde” ontzien, getuige in eerste instantie de besluitvorming. Verrekenbedingen in huwelijkse voorwaarden en samenlevingscontracten, alsmede vergoedingsrechten als bedoeld in art. 1:87 BW worden in beginsel niet als “economen” gezien.⁸

Toen er een nieuwe Koning werd geïnstalleerd, mocht men verwachten dat er algehele amnestie zou komen voor de oude “economen”. Dat viel tegen. Minister Opstelten was hiertoe niet bereid:⁹ “Ten slotte kunnen belastingplichtigen die – vrij van overdrachtsbelasting –

voor 31 maart 1995, 18.00 uur de economische eigendom hebben gekregen door de amnestieregeling in een voordeligere positie terecht komen, dan de belastingplichtigen die na deze datum – belast met overdrachtsbelasting – de economische eigendom hebben gekregen, hetgeen *niet* het doel van een amnestieregeling kan zijn.”

Wat er van de afwijzing van een amnestieregeling ook zij, eens komt echter de dag dat: ...de oude “econoom” daadwerkelijk komt te *overlijden* (althans zijn ouder). En dan kent de WBR wel degelijk een generaal pardon, een onbelaste verkrijging voor “iedereen” art. 3 lid 1 onderdeel a WBR. Als verkrijging wordt immers niet aangemerkt die “*krachtens erfrecht*”. De gedachte aan het “voorwaardelijk afstandslegaat” en ander testamentair gegoochel komt vanzelf bovendien. Hierna in onderdeel 4 besteed ik aandacht aan (redelijk) recente rechtspraak over het fenomeen economische eigendom “over de dood heen”. Eerst nog even wat ruimte voor de prachtige analyse van Wattel.

2 Het “rijtje van vijf” van A-G Wattel

Een checklist die niemand mag missen, is het “rijtje van vijf” van A-G Wattel over de “econoom”. Hij schreef een fabelachtig mooie conclusie, ECLI:NL:PHR:2016:192, waarbij naast hoogstaand woordspel ook de dogmatiek zeker niet geschuwd wordt en met bijzondere aandacht voor het slot van art. 2 lid 2 WBR oftewel “De verkrijging van uitsluitend het recht op levering wordt niet aangemerkt als verkrijging van economische eigendom.”¹⁰ Deze – zeer cryptische – doch juridisch zwaar beladen zin met de klemtoon op “uitsluitend” prikkelt de creativiteit van de fiscaal jurist behoorlijk. Waar kan ik in de familiesfeer flexibel contracteren met betrekking tot “onroerend goed” en toch in de overdrachtsbelasting-vrije dimensie blijven. Waar speelt dit nog wel eens (zonder ondeugend te worden)? Bijvoorbeeld bij de koop met tot het overlijden uitgestelde levering (zie ook het slot van art. 11 lid 2 SW 1956).

In het arrest verwijst de Hoge Raad over het economen-vraagstuk naar gemelde interessante conclusie van Wattel, waar niet alleen deze grote rechtsgeleerde, maar ook gemelde laatste zin van het belastbare feit voor de overdrachtsbelasting, de hoofdrol opeist:

“Het middel faalt in zoverre op de gronden vermeld in de onderdelen 7.12 tot en met 7.14 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.”

⁵ HR 10 augustus 2007, BNB 2007/274 (opschortende voorwaarde).

⁶ HR 11 december 2009, BNB 2010/67 (economisch opstalrecht).

⁷ HR 9 september 2011, LJN BQ5989 (verjaring).

⁸ Zie thans art. 5e AWR, voorheen gedeeltelijk neergelegd in het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2011, NTFR 2012/306.

⁹ Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 14 december 2012, kenmerk 329692.

¹⁰ Zie ook Gomes Vale Viga, “Papieren sloopkogels en “economische eigendom”, FBN 2016/56, p. 12-16.

Niemand wil ik overigens de navolgende ludieke mijmering uit de conclusie van Wattel onthouden:

“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 wetgever met een ‘voorlopige koopovereenkomst’ iets anders heeft bedoeld dan een ‘normale’ koopovereenkomst.”

De clou is dan ook dat om van verkrijging van economische eigendom te kunnen spreken meer aan de hand moet zijn dan “uitsluitend het recht op levering”, oftewel dat meer toeters en bellen te horen moeten zijn dan het geval is in een normale, kale koopovereenkomst oftewel “voorlopige koopovereenkomst”. Ga er maar aan staan.

Wattel brengt gelukkig enig licht in deze fiscale duisternis:

“Zoals boven bleek (onderdeel 5.14 van de in onderdeel 5.1 geciteerde conclusie voor HR *BNB* 2010/46) laten zich bij ‘meer belang dan een recht op levering’ (cursive-ring auteur) de volgende verschijnselen denken:

- (i) het recht om reeds vóór levering als eigenaar over de zaak te beschikken;
- (ii) een onherroepelijke volmacht tot levering;
- (iii) het recht de onroerende zaak te gebruiken;
- (iv) het genot van de vruchten van de zaak;
- (v) bepaalde “sleutelverklaringen”.

Oftewel, er zal niet heel snel sprake zijn van een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting bij het aangaan van een koopovereenkomst. Pas als één van gemelde “verschijnselen”, één van de vijf plusjes, zich voordoet, heeft de fiscus beet. Hoewel het geen (keiharde) limitatieve opsomming behelst, kan deze waaier in de praktijk zonder meer als een praktische checklist fungeren om het silhouet van de belaste econoom te ontwaren. De conclusie van Wattel is een aanrader, want deze is de opmaat naar het voor de praktijk zo belangrijke arrest van de Hoge Raad uit 2016.

Op naar de finale. “Economen”, sommige verjaren en andere komen over de dood heen? We gaan het zien.

3 Verjaren “economen”? HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ:5989

Kunnen “economen” inderdaad verjaren? Zie zoals reeds hiervoor aangestipt art. 3 lid 1 onderdeel a WBR. Verjaring is wel een civielrechtelijke wijze van eigendomsverrijking maar geen verkrijging voor de over-

drachtsbelasting. Een civielrechtelijk aardigheidje is dat sinds 1992 een bezitter die *niet* als te goeder trouw wordt aangemerkt na 20 jaar eigendom kan verkrijgen door verjaring. Zie art. 3:105 BW en art. 3:306 BW. Hierover heeft de Hoge Raad op 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5989 (*Leune Bouw/Hoogheemraadschap*) een belangrijk arrest gewezen dat interessant perspectief voor oude “economen” biedt. Het draait daarbij allemaal om de klassieke vraag: Vinden wij een economisch eigenaar een houder of een bezitter? Houder is immers niet aan verjaring onderhevig, bezitter wel. In een eerdere publicatie parafraseerden wij het betreffende arrest als volgt:¹¹

“De koper die een door hem gekocht maar nog niet aan hem geleverd registergoed in gebruik neemt, is geen houder maar bezitter door *inbezitneming* indien (cumulatief):

- a. krachtens de *rechtsverhouding* tussen partijen de koper gerechtigd is zich over het verkochte de *feitelijke macht* te verschaffen, oftewel handelt met *instemming* van verkoper; en
- b. de koper de macht op zodanige wijze – oftewel in alle opzichten en *naar buiten toe* – uitoefent dat naar verkeersopvattingen de koper als bezitter moet worden beschouwd.”

Een “econoom” kan dus bezit opleveren en dus verjaren.¹² Een mooi voorbeeld van een toepassing van de verjaringsfilosofie van de Hoge Raad bij “economen” is Rechtbank Noord-Holland 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:7555:

“Aangezien [gedaagde] tot 2013 economisch eigenaar was, was hij tot dat moment geen bezitter van het perceel en kan hij ook niet bezitter van de strook zijn geweest, aldus Bino. Dit verweer faalt. In het arrest van 9 september 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BQ5989) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een dergelijke opvatting in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard, *omdat zich gevallen kunnen voordoen* dat een koper krachtens de rechtsverhouding met een verkoper jegens deze gemachtigd is zich, vooruitlopend op de levering van het verkochte, de feitelijke macht over het verkochte te verschaffen en deze macht op een zodanige wijze uit te oefenen dat naar de in het verkeer geldende opvattingen de koper moet worden beschouwd *als bezitter* van het verkochte. *Een dergelijk geval doet zich naar het oordeel van de rechtbank ook in deze zaak voor.*” (cursive-ring auteur)

¹¹ J. Bossers-Crossen & B.M.E.M.Schols, ‘De ene econoom is de andere niet? Van verjaring tot overdrachtsbelasting’, *FBN* 2011/64.

¹² Zie in dezen ook Hof ‘s-Hertogenbosch 24 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2033, A-G 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:705 en HR 9 november 2018, ECLI:HR:NL:HR:2018:2068.

Met als leerzaam gevolg in concreto:

“De uiterlijke omstandigheden zoals die uit de foto’s en de toelichting van [gedaagde] daarop blijken maken naar het oordeel van de rechtbank dat naar verkeersopvatting sprake is van *inbezitneming* van de strook door [gedaagde] in 1975 en dat het bezit sindsdien onafgebroken is voortgezet. Dat betekent dat in 1995 de verjaringstermijn van 20 jaar (art. 3:105 jo. 3:306 BW) is voltooid. In het midden kan dus blijven of [gedaagde] als bezitter al dan niet te goeder trouw was, want ook als hij niet te goeder trouw was, is hij in ieder geval in 1995 door verjaring eigenaar van de strook geworden.” (cursivering auteur)

Een leuk aardigheidje voor de praktijk “omdat zich gevallen kunnen voordoen...”. Let wel: 20 jaar zijn zo voorbij voor de oude “economen.” Dat is het probleem niet. Het staat en valt met het juridisch beladen woordje “bezit”.

“Economen” kunnen derhalve onder omstandigheden verjaren, maar wat gebeurt er als de juridisch eigenaar, de verkoper overlijdt? Krijgt het erfrecht dan grip op de “econoomb”?

4 Komt de fiscale econoom over de dood heen?

Zeer interessant is het navolgende arrest over de afwikkeling van de “econoomb” na overlijden. In het notariële belastingrecht wordt geopereerd op het snijvlak van erfrecht en fiscaliteit en is het derhalve van groot belang dit leerzame arrest, Hof Amsterdam 19 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2057, goed tot zich te nemen. Het arrest laat niet alleen zien dat een onherroepelijke volmacht in strategische zin “over de dood heen” ingezet kan worden, maar dat men daar ook huwelijksvermogensrechtelijk aan gebonden is.¹³

Opa heeft in 1992, aan zijn kleinzoon de economische eigendom van een onroerende zaak geleverd. Opa overleed in 2008 en oma in 2012. In de betreffende akte was de gebruikelijke onherroepelijke volmacht ten behoeve koper opgenomen om alle feitelijke handelingen en rechtshandelingen met betrekking tot het verkochte te verrichten als was hij eigenaar, ook met zichzelf als wederpartij. De twee kleinkinderen waren tot het

nalatenschapsvermogen gerechtigd. Met betrekking tot de volmacht was uitdrukkelijk bepaald:

“2. Deze volmacht vormt een *onverbrekelijk bestanddeel van de koopovereenkomst* en strekt uitsluitend in *het belang van koper* casu quo van degene die voor hem in de plaats is gesteld. Uit dit belang volgt dat zij niet zal eindigen door het overlijden of de onder curatelestelling van de volmachtgever, noch van de gevolmachtigde, alsmede niet door de herroeping door de volmachtgever.” (cursivering auteur)

In 2014 is de “lege juridische huls” met gebruikmaking van de betreffende onherroepelijke volmacht in een notariële akte aan de koper geleverd. De koper handelde in de akte:

- voor zich als economisch eigenaar van het woonhuis;
- als onherroepelijk gevolmachtigde van de oorspronkelijke juridische eigenaar van het woonhuis, te weten *erflater* dan wel diens rechtsopvolgers onder algemene titel;
- voor zich als verkrijger van de juridische eigendom van het betreffende registergoed.

In de akte van levering is onder meer opgenomen:

“De comparant verklaarde dat in het kader van de afwikkeling van de nalatenschappen van *erflater* en *erflaatster* de verhoudingen tussen de erfgenamen zodanig verstoord zijn, dat toedeling van de juridische eigendom of medewerking van de mede-erfgenaam aan de afgifte van het legaat van de eigendom – uitsluitend in juridische zin – niet aannemelijk is. De comparant verklaarde dat hij om deze reden er de voorkeur aan geeft de levering van de eigendom – uitsluitend in juridische zin – te laten plaatsvinden door gebruikmaking van de in de akte economische eigendomsoverdracht onherroepelijke volmacht.”

Voorts wordt de fiscale achtergrond heel eenvoudig uit de doeken gedaan. In de woorden van de notaris in de samenhangende tuchtrechtelijke zaak:¹⁴

“De notaris concludeert in de brief dat de regeling opgenomen in de testamenten van grootvader en grootmoeder een schoolvoorbeeld is van de uitwerking van de mogelijkheid om de juridische eigendom te verkrijgen zonder overdrachtsbelasting en erfbelasting verschuldigd te worden, dat de testamenten niet voor niets aansluitend op de akte van economische eigendoms-

¹³ In hoger beroep werd de uitspraak van Rb. Amsterdam van 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6672 bekrachtigd. Zie niet alleen de feiten in deze uitspraak, maar ook art. 3:74, 3:77 en 4:182 BW.

¹⁴ Hof Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2699. Eén van de klachten: “De notaris heeft in zijn hoedanigheid van boedelnotaris een partijdige en misleidende opiniebrief geschreven ten behoeve van de broer in een tussen de broer en klager lopende civiele procedure over de eigendom van de woning.” De klager wordt in het ongelijk gesteld.

overdracht zijn opgemaakt en dat zij hiervan een logisch sluitstuk vormen.”

Prachtig, zo’n testamentair sluitstuk: géén overdrachtsbelasting en géén erfbelasting. Van dit soort fiscaal-erfrechtelijk proza kunnen estate planners in ieder geval niet genoeg krijgen. De crux was dat in het testament de juridische eigendom van een woonhuis was gelegateerd onder de verplichting om in de nalatenschap in te brengen het recht op juridische levering van het registergoed, welk recht voortvloeit uit de akte houdende economische eigendomsoverdracht “op heden” verleden. In het voormelde arrest van 19 juni 2018 lezen wij: “Nu deze waardes gelijk waren, was per saldo geen successierecht verschuldigd.” En dat vindt niet iedereen erg.

5 Enfin

De “econoom” leeft nog steeds, ook 25 jaar na de geboorte als belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Hoe zou het met dit monstrum gesteld zijn over nog eens 25 jaar? Ik denk dat dit fenomeen tegen die tijd heeft te gelden als een amusante doch tevens leerzame juridische anekdote in het opleidingstraject voor toekomstig fiscale wettenmakers. De economische benadering van de ideale spelregel is nu eenmaal anders dan de juridische en omgekeerd. De mens is in ieder geval nooit te oud om te leren. En voor we weer vijf en twintig jaar verder zijn, zullen er zowel heel wat “economen” verjaard zijn als over de dood heen.