

PROBLEMEN ROND INVESTERINGSAFTREK EN ECONOMISCHE EIGENDOM

door T. J. Korthof

De ondernemer, die nieuwe of vervangende duurzame produktiemiddelen voor zijn bedrijf nodig heeft kan verschillende wegen bewandelen om deze te verwerven. Hij kan de produktiemiddelen kopen of huren; hij kan ook een of andere tussenvorm kiezen, bijv. huurkoop.

Welke keuze hij tenslotte zal doen is afhankelijk van vele omstandigheden, zoals de vaste gebruiken, de liquiditeitspositie, de kredietmogelijkheden, het verdere investeringsprogramma enz. Een van de factoren die bij de keuzebepaling een rol spelen is sedert 1 april 1953 ook de investeringsaftrek. Verwerft de ondernemer immers zelf de eigendom van een duurzaam produktiemiddel - fiscaal-technisch aangeduid met de naam bedrijfsmiddel ¹⁾ - dan heeft hij in het algemeen recht op investeringsaftrek, hetgeen volgens de thans geldende voorschriften wil zeggen, dat hij in het jaar van bestelling en het daarop volgende jaar zijn fiscale winst mag verminderen met 5 % van de geïnvesteerde som ²⁾. Huurt hij echter het produktiemiddel op normale huurvoorwaarden dan ontgaat hem dit voordeel.

Uit de jurisprudentie van de afgelopen jaren is gebleken, dat het voor de verkrijging van aanspraak op investeringsaftrek niet per se nodig is, dat de ondernemer (terstond) de volledige eigendom van de bedrijfsmiddelen verwerft. Volgende is reeds dat hij economisch eigenaar wordt. Aan de economische eigendom van bedrijfsmiddelen en de problematiek die deze voor de investeringsaftrek medebrengt is dit artikel gewijd.

Economische eigendom

Het begrip „economische eigendom” is niet in verband met de investeringsaftrek ontstaan. Deze term is voor het eerst in de jurisprudentie van de Hoge Raad gebruikt in de sfeer van de landbouwwijziging van art. 6, tweede lid, van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941. Een tuinder wenste deze vrijstelling van toepassing te zien op de waardevermindering die een door hem op gepachte grond gebouwde schuur in de loop der jaren had ondergaan. Deze schuur was door natrekking juridisch het eigendom van de verpachter geworden. De rechtsverhouding tussen pachter en verpachter was echter van dien aard dat alle waardeveranderingen van deze schuur economisch de pachter aangingen. De Hoge Raad besliste nu bij zijn arrest van 19 okt. 1955, BNB 1955/377, dat de pachter de vrijstelling toekwam als ware hij de zakelijk gerechtigde tot het goed. De Hoge Raad gebruikte bij deze beslissing onder meer de overweging, „dat de omstandigheid, dat iemand eigenaar is van en als zodanig gerechtigd is tot enig goed, niet uitsluit, dat economisch het belang daarbij een ander toekomt, terwijl dit belang - hetwelk men de

¹⁾ Omtrent het begrip bedrijfsmiddel schreef Prof. M. J. H. Smeets instructieve annotaties onder de arresten van 11 febr. 1953, BNB 1953/72, 11 maart 1953, BNB 1953/119 en 26 okt. 1960, BNB 1960/333. Prof. J. E. A. M. van Dijk gaf een indringend totaaloverzicht in het Weekblad voor Fiscaal Recht van 28 okt. 1961, no. 4576. Een zakelijke schematische behandeling kan men vinden in hoofdstuk III (blz. 19-31) van mijn boekje *Fiscale Investeringsfaciliteiten*, ultimo 1962 verschenen bij N.V. Kluwer te Deventer; aan het slot van dit boekje is een alfabetische lijst van bedrijfsmiddelen opgenomen.

²⁾ De investeringsaftrek geldt niet voor ongebouwde eigendommen, woonhuizen en effecten. Voor luchtvaartuigen geldt een percentage van 8 %. Overzichten van percentages die voorheen golden en thans nog van belang zijn bij vervreemding van bedrijfsmiddelen zijn te vinden in het in noot 1 bedoelde boekje *Fiscale Investeringsfaciliteiten*.

economische eigendom zou kunnen noemen - deel kan uitmaken van het bedrijfsvermogen van een ander”.

Prof. H. J. Hellema schreef in zijn noot onder het arrest in de BNB, dat dit arrest in het vervolg wel als een van de schoolvoorbeelden zou gelden, dat de rechter zich bij de toepassing van het fiscale recht losmaakt van het civiele recht. Als zodanig geldt dit arrest thans inderdaad. Niettemin was de gedachte waarop dit arrest steunt niet volslagen onbekend in het fiscale recht, zij het ook dat de term economische eigendom voor het eerst in het tuindersarrest van 1955 werd gebruikt. Een half jaar eerder - arrest van 30 maart 1955, BNB 1957/16 - had de Hoge Raad nl. reeds ten aanzien van een huizenexploitant overwogen „dat de omstandigheid, dat de onroerende goederen waren gekocht door en stonden ten name van belanghebbendes echtgenote - - - - - geenszins uitsluit dat het belang daarbij belanghebbende aanging”. Men ziet in deze overweging een treffende gelijkenis met de benadering in het tuindersarrest. Slechts de slottirade met de tussenzin „hetwelk men de economische eigendom zou kunnen noemen” ontbreekt. Een zelfde gelijkenis is terug te vinden in een enkele jaren ouder arrest - dat van 29 oktober 1952, B. no. 9298 - waarin wij kunnen lezen, „dat de omstandigheid, dat een goed eigendom is van de één niet uitsluit, dat economisch gezien het belang daarbij een ander kan aangaan, alsmede dat het inbrengen van een goed in een vennootschap aldus kan geschieden, dat het betrokken goed eigendom van de inbrenger blijft, doch de waarde daarvan tot het bedrijfsvermogen van de vennootschap gaat behoren, zodat de waardevermeerdering of de waardevermindering daarvan voor rekening van de vennootschap komt”. Nog weer enkele jaren eerder - arrest van 29 maart 1950, B. no. 8802 - had de Hoge Raad in een geval van een makelaar dat overeenkomst vertoonde met dat van de hiervoor bedoelde huizenexploitant ook een beslissing in gelijke zin gegeven door te overwegen, „dat belanghebbende de huizen ten name van zijn echtgenote deed stellen, geenszins uitsluit, dat het belang daarbij belanghebbende aanging”. Tenslotte kan men aan het veel oudere huurkooparrest van 2 april 1941, B. no. 7316, ook de - overigens onuitgesproken - gedachte van de economische eigendom ten grondslag leggen; de huurkoper mocht immers volgens deze beslissing op de in huurkoop verworven zaken afschrijven, omdat de waardevermindering van die zaken op hem drukte. Dit is nader besproken onder het hoofd „huurkoop” hierna.

Na de verschijning van het tuindersarrest in 1955 is het begrip economische eigendom in de jurisprudentie verder uitgewerkt. Het meest duidelijk is die uitwerking aangegeven in het arrest van 24 december 1957, BNB 1958/84. Het ging in dat geval om de vraag of de op een landbouwer drukkende kosten van de verbetering van de aansluiting van zijn boerderij op het lichtnet van de N.V. Provinciale Zeeuwse Electriciteitsmaatschappij voor hem een bedrijfsmiddel in de vorm van de economische eigendom van de electriciteitskabel opleverde. Het antwoord luidde ontkennend, omdat de landbouwer niet voldoende risico's voor die kabel liep. Wil iemand - zo sprak de Hoge Raad - als „economisch eigenaar” van een zaak, waarvan de eigendom naar burgerlijk recht aan een ander toebehoort, kunnen worden aangemerkt, dan is vereist, *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.*

In deze omschrijving vinden wij een essentieel kenmerk van het begrip economische eigendom, dat als toetssteen kan fungeren. In de jurisprudentie zijn inder-

daad verschillende situaties met wisselende uitkomst aan dit criterium getoetst. Zo werd wel als economisch eigenaar beschouwd de lid-bewoner van een coöperatieve flat (arrest van 23 januari 1957, BNB 1957/67, waarin overigens de formele aanduiding „economische eigendom” ontbreekt), doch niet de apotheker, die in het pand van zijn echtgenote zijn apotheek had gevestigd en zijn echtgenote slechts een garantie tegen waardeachteruitgang had gegeven (arrest van 29 mei 1957, BNB 1957/220) en evenmin de ondernemer die in het door hem gehuurde pand een automatische huistelefooninstallatie door de P.T.T. liet aanleggen, omdat hij krachtens het contract niet onder alle omstandigheden het risico van de waardeveranderingen en het eventueel tenietgaan van de installatie droeg (Hof 's-Gravenhage 3 februari 1960, BNB 1961/47).

Inhoud en terminologie

Het hiervoor aangeduide essentiële kenmerk - het dragen van alle risico's - geeft nog niet een volledig inzicht in het begrip „economische eigendom”. Kenmerkend is bij deze figuur, dat er een splitsing is tussen macht en belang. De juridische eigenaar oefent de macht uit over de zaak, de economische eigenaar is evenwel materieel belanghebbende. Prof. H. J. Hellema heeft dit helder belicht in de fraaie inleiding, die hij onder de titel „Juridische perspectieven van de economische eigendom” op 12 mei 1962 voor de Vereniging voor Belastingwetenschap heeft gehouden ³⁾.

Het gebruik van het woord „eigendom” noopt welhaast tot de conclusie, dat er slechts dan sprake kan zijn van economische eigendom, indien het belang betrekking heeft op een zaak waarvan in beginsel ook juridische eigendom mogelijk is, dat wil dus zeggen op een lichamelijke zaak. In deze zin oordeelt Mr. J. Hollander in zijn noot op het arrest van 29 mei 1957, BNB 1957/220. Prof. H. J. Hellema gaat hier in zijn zojuist aangehaalde inleiding ook vanuit door te stellen, dat er een zelfstandig te waarden zaak moet zijn, die voorwerp van zakelijk recht kan zijn. Is deze zaak er niet, zo gaat Prof. Hellema voort, dan kunnen wij met een *economisch goed* te maken hebben. Een dergelijk „economisch goed”, dat als bedrijfsmiddel geldt, wordt in de jurisprudentie aanwezig geacht met betrekking tot een huur- of pachtrecht, ingeval de huurder of pachter belangrijke investeringen in het gehuurde of gepachte verricht, waardoor het gebruiksrecht een bijzondere waarde verkrijgt ⁴⁾.

De Hoge Raad heeft evenwel deze logische systematiek met betrekking tot de

³⁾ Geschrift no. 108 van de Vereniging voor Belastingwetenschap; uitgave N. Samsom N.V., Alphen aan de Rijn.

⁴⁾ O.a. in de arresten van 23 januari 1957, BNB 1957/68, 6 maart 1957, BNB 1957/123, 15 mei 1957, BNB 1957/209 en 21 mei 1958, BNB 1958/213. In die gevallen heeft de Hoge Raad de verbouwing of inrichting zelf niet als *bedrijfsmiddel* aangemerkt met als redengeving - zie vooral het eerste arrest - dat de waardevermindering daarvan door de contractuele verhouding (oplevering van het gehuurde bij het einde van het contract in de staat waarin huurder het heeft gebracht) niet ten laste van de gebruiker maar ten laste van de eigenaar kwam. Volgens Prof. Hellema (blz. 8 van de eerder genoemde inleiding) is er in deze gevallen geen sprake van *economische eigendom van de verbouwing*, omdat de verbouwing ook voor de eigenaar zelf niet een *zelfstandig verhandelbaar object* vormt. In de redengeving van de Hoge Raad wordt echter geen woord aan het vereiste van een zekere zelfstandigheid gewijd, terwijl niettemin de formulering er op wijst, dat de Hoge Raad zich heeft afgevraagd of de verbouwing of inrichting als economische eigendom kon gelden. Zulks laat de mogelijkheid open dat de H.R. de zelfstandigheidseis voor de economische eigendom niet te zwaar neemt. Overigens acht Prof. Hellema (blz. 7 van de inleiding) het een gewrongen constructie dat de H.R. het huurrecht en niet de *verbouwingskosten* als economisch goed heeft aangemerkt. Mogelijk spreekt hieruit echter een zekere beduchtheid van de Hoge Raad om „kosten” als fiscale „zaken” te erkennen.

economische eigendom reeds eenmaal doorbroken door bij zijn arrest van 7 juni 1961, BNB 1961/314, de feitelijke vaststelling van een gerechtshof, volgens welke goodwill (en relaties) mede onder de economische eigendom werden begrepen, te volgen. En goodwill is geen lichamelijke zaak, zelfs geen civielrechtelijke zaak in de zin van arrest 555 B.W. Ook de omzichtige wijze waarop de Hoge Raad veelal het economisch belang een naam geeft - hetwelk men de economische eigendom zou kunnen noemen (BNB 1955/377); het tussen aanhalingstekens plaatsen van de woorden economische eigenaar (BNB 1958/84) - zou er op kunnen duiden, dat de hoogste rechter hier niet wil uitgaan van een strenge dogmatiek. De grondgedachte, dat het gaat om een splitsing tussen macht en belang maakt dit ook in het geheel niet nodig en m.i. zelfs niet gewenst. Daarom acht ik het niet onwaarschijnlijk dat de zojuist genoemde doorbraak van de logische systematiek in de toekomst door andere gevolgd zal worden, zodat bijv. ook de economische eigendom van onlichamelijke zaken als vorderingen zal worden erkend, indien macht en belang inderdaad uit elkaar zijn getrokken en dus bij verschillende personen berusten. Derhalve lijkt mij juist de opvatting van Prof. J. E. A. M. van Dijk, die reeds in het *Weekblad voor Fiscaal Recht* van 1 juni 1957, no. 4353, stelde dat hij geen enkele reden ziet de economische eigendom van rechten onmogelijk te achten. Zelfs de economische eigendom van een economisch goed is volgens deze schrijver mogelijk. M.i. is dat juist, want ook bij een economisch goed is splitsing van macht en belang niet uitgesloten, bijv. bij overdracht in huurkoop van een bedrijf, waartoe een waardevol huurrecht behoort.

Waar de grenzen van het begrip „economisch goed” liggen is ook in deze opvatting moeilijk aan te geven. Vooralsnog zou ik dit begrip willen reserveren voor de gebruiksrechten (civielrechtelijke zaken dus) die door belangrijke investeringen van de gebruiker waardevol zijn gemaakt. Het is mogelijk dat de Hoge Raad in de toekomst ook andere factoren dan civielrechtelijke zaken tot economisch goed zal verklaren, ik denk bijv. aan het zo langzamerhand ingeburgerde begrip „know-how”⁵⁾, doch bij het trekken van conclusies op dit punt blijft grote voorzichtigheid geboden⁶⁾.

De term „economische eigendom” gebruik ik in het vervolg voor alle gevallen

⁵⁾ Men vergelijk het arrest van 7 okt. 1959, BNB 1959/343, waarin de wetenschap omtrent patronen, kwaliteiten, finish en opmaak, door de Hoge Raad voor de koper daarvan tot bedrijfsmiddel werd bestempeld; zulks onder opmerking „welke naam men ook aan hetgeen belanghebbende aldus voor zich verkreeg moge willen geven”. De Hoge Raad gebruikte hierbij niet de term „economisch goed” evenmin als de Hoge Raad dat heeft gedaan met betrekking tot goodwill. In het arrest van 7 okt. 1953, BNB 1953/277, heeft de Hoge Raad niettemin de goodwill zeer duidelijk tot fiscale zaak bestempeld. Tot de zaken waarop afschrijving mogelijk is kunnen nl. volgens dit arrest „naast hetgeen naar het burgerlijk recht onder zaak pleegt te worden verstaan, slechts zodanige een bedrijf of praktijk betreffende factoren worden begrepen, welke, zoals het geval is met de zakelijke goodwill, de waarde van een bedrijf of praktijk verhogen, onafhankelijk van de persoonlijke eigenschappen of bevoegdheden van de persoon die het bedrijf uitoefent of de praktijk bezit”.

⁶⁾ Voorzichtigheid vooral i.v.m. de door mij aan het slot van noot 4 gesignaleerde mogelijkheid, dat bij de Hoge Raad een zekere beduchtheid aanwezig is om kosten als fiscale „zaken” aan te merken; men kan concluderen dat de Hoge Raad in eigen bedrijf gemaakte kosten bij voorkeur koppelt aan een civielrechtelijke zaak, die dan tot bedrijfsmiddel wordt verheven. Zo gezien is de bestaansruimte voor niet civielrechtelijke „economische goederen” die als bedrijfsmiddel kunnen gelden zeer beperkt. In de literatuur is naar voren gebracht een uitgebreide op meerdere jaren afgestemde reclamecampagne of research; noot van Mr. J. Hollander onder arrest BNB 1957/68; verg. ook Prof. J. E. A. M. van Dijk in *Weekblad* no. 4576 (28 okt. 1961). Mr. J. Hollander (noot onder H.R. 29 mei 1957, BNB 1957/220) meent dat de term „economisch goed” wordt gebruikt, indien er sprake is van wat men zou kunnen noemen een op geld waardeerbaar belang, dat

waarin het materiële belang bij enig goed in handen is van een ander dan degene die juridisch rechthebbende is. Het zal blijken, dat het meestal gaat om het belang bij een lichamelijke zaak, zodat de vrijheid die ik neem door het woord „eigendom” als element van „economische eigendom” ruimer te interpreteren dan een streng logische systematiek gedooft, voor de te bespreken problemen niet van al te grote betekenis is. Men kan bezwaren aanvoeren tegen het oneigenlijk gebruik van het woord „eigendom” - beter zou mogelijk zijn het eenvoudig te houden bij „belang” - evenals men bezwaren kan aanvoeren tegen de gehele term „economische eigendom”. Deze bezwaren zijn ook van verschillende zijden naar voren gebracht. Mr. Ch. P. A. Geppaart heeft hiervan een overzicht gegeven in het *Weekblad voor Fiscaal Recht* van 17 november 1962, no. 4629. Wat deze bezwaren betreft sluit ik mij echter aan bij Prof. Hellema, die in zijn reeds gememoreerde inleiding opmerkt, dat men dit ingeburgerde begrip wel kan handhaven, mits men goed duidelijk stelt, dat economische eigendom ook een juridisch begrip is, waaraan dus rechtsgevolgen zijn verbonden.

Investeringsaftrek en economische eigendom

Een ondernemer kan de economische eigendom van een zaak als deel van zijn bedrijfsvermogen verwerven. Heeft deze zaak de kenmerken die nodig zijn om haar in het bedrijf van deze ondernemer als bedrijfsmiddel te kunnen bestempelen, dan wordt de ondernemer derhalve economisch eigenaar van een bedrijfsmiddel. Terzake daarvan kan hij, naar men thans algemeen aanneemt, aanspraak maken op investeringsaftrek op dezelfde wijze als zou hij de volle eigendom (juridisch én economisch dus) hebben verkregen. Vervreemding van de economische eigendom moet als consequentie hiervan tot desinvesteringsbijtelling leiden; zie hetgeen hierna onder huurkoop is opgemerkt.

Verwerft een ondernemer uitsluitend de juridische eigendom, terwijl een ander de economische eigendom behoudt of verkrijgt, dan behoort deze juridische eigenaar, zo men tot een sluitend geheel wil komen, geen aanspraak te kunnen maken op investeringsaftrek. Het is immers onaanvaardbaar dat beide eigenaars voor hetzelfde object in dezelfde mate investeringsaftrek zou moeten worden verleend.

Bij de behandeling van de hiernavolgende onderwerpen ga ik van het vorenstaande uit.

Emballage

Wordt emballage in het bedrijf van de ondernemer slechts eenmaal voor de omzet gebruikt dan is deze emballage geen bedrijfsmiddel maar handelsgoed. Aldus oordeelde de Hoge Raad bij arrest van 11 dec. 1957, BNB 1958/22, over jute-zakken en houten kisten, gebruikt voor de verpakking van aardappels.

Met betrekking tot de zgn. meermalige emballage, waartoe vele soorten flessen, potten en kisten behoren, ligt de situatie echter anders. Gaat deze herhaaldelijk gebruikte emballage langer dan een jaar in de onderneming van de fabrikant mee, dan kan deze emballage wel degelijk een bedrijfsmiddel vormen. Tot voor kort

geen voorwerp van juridische eigendom kan zijn. Prof. van Dijk gaat nog veel verder. Deze rekt in Weekblad no. 4353 (1 juni 1957) tot het economisch goed iedere - stoffelijke en onstoffelijke - toestand, omstandigheid of feitelijkheid waaraan enige economische waarde kan worden toegekend. Elk bedrijfsmiddel, juridische zaak of niet, valt hieronder. Verg. ook J. Spaanstra in Weekblad no. 4565 (5 augustus 1961).

was de gangbare opvatting dat de mogelijkheid hiertoe afhing van de juridische figuur die zich in verband met het vragen van statiegeld in feite voerde. Nu is de juridische situatie ten aanzien van statiegeld niet bijzonder duidelijk. Men pleegt evenwel in hoofdzaak twee constructies te onderscheiden.

In de eerste plaats kan men in de afgifte van een fles of kist tegen statiegeld zien een overeenkomst van bruikleen tegen een waarborgsom. Alsdan blijft ook na de afgifte van de fles of kist de juridische eigendom bij de fabrikant berusten, zodat hij deze emballage als duurzaam bezit in het algemeen tot zijn bedrijfsmiddelen zal kunnen rekenen. Aanschaffing daarvan leidt alsdan tot investeringsaftrek. Deze juridische figuur achtte men doorgaans aanwezig bij grote objecten, zoals beschuikisten.

Het is ook mogelijk dat men de afgifte van een fles of kist tegen statiegeld in een bepaald geval juridisch moet beschouwen als koop en verkoop van dit object, gepaard gaande met een bindend aanbod tot terugkoop van de zijde van de fabrikant. Is dit het geval dan is de fles of kist afwisselend het eigendom van de fabrikant en de afnemer. De fabrikant kan dan derhalve niet in de kwaliteit van juridische eigenaar duurzaam over de fles of kist beschikken, zodat hij uit dien hoofde geen bedrijfsmiddel kan hebben. Nochtans zou de emballage in die situatie een bedrijfsmiddel voor hem kunnen vormen, indien hij de periodieke intervallen in zijn juridische eigendom zou kunnen opvullen door economische eigendom. Het Hof 's-Gravenhage nam dit bij zijn uitspraak van 21 oktober 1959 (*Vakstudie-Nieuws* 1960, blz. 674) inzake een melkfabrikant evenwel niet aan, omdat het risico van breuk van de melkflessen in de perioden waarin deze flessen niet tot het vermogen van de fabrikant behoorden voor rekening van de afnemers kwam. Deze beslissing lijkt volkomen in overeenstemming met het hiervoor gesignaleerde essentiële kenmerk van het begrip economische eigendom, t.w. dat alle risico's van waardeveranderingen en tenietgaan van het object voor de economische eigenaar behoren te zijn. Niettemin heeft de Hoge Raad bij zijn arrest van 21 november 1962, BNB 1963/22, inzake de drankflessen van een drankfabrikant een beslissing in andere zin gegeven, waarbij het college zich distancieerde van de onderliggende juridische constructie. Alle feiten, die in dit geval wezen op de figuur van koop en verkoop werden n.l. door de Hoge Raad als niet terzake dienende beschouwd. Wel werd beslissend geacht „dat belanghebbende door telkens ledige flessen die haar afnemers onder zich hebben van hen weder in ontvangst te nemen en het gestorte statiegeld terug te betalen gemiddeld gedurende vijf jaren de flessen in haar bedrijf blijft gebruiken en daarvan het commerciële risico niet op haar afnemers afwentelt doch blijft dragen, behalve voorzover het teruggeven van flessen en de daaraan verbonden aanspraak op terugbetaling van het statiegeld achterwege blijven”.

Op deze grond rekende de Hoge Raad de flessen - per partij - tot de bedrijfsmiddelen, waarop artikel 8a van het Besluit op de Inkomstenbelasting 1941 van toepassing is. In het vervolg van de uitspraak besliste de Hoge Raad verder nog dat voor de desinvesteringsbijtelling mede moet worden gelet op de hoeveelheid flessen, die gemiddeld jaarlijks door de afnemers niet wordt teruggegeven en „dienengevolge als door belanghebbende tegen het alsdan aan haar verbeurde statiegeld vervreemd moet gelden”. In deze bewoordingen ligt een fictie en daarmee een verdere distanciering van het juridische gebeuren besloten. Waarbij sluit de Hoge Raad dan wel aan? Blijkens het eerder aangehaalde citaat bij het *blijven*

dragen van het commerciële risico tijdens de gebruiksperiode van vijf jaren. Naar mijn mening is de betekenis van de gecursiveerde woorden gelijk te stellen aan „economisch het belang bij de zaak hebben”. Volgens het hierboven geciteerde arrest BNB 1958/84 sluit economisch het belang bij de zaak hebben immers in, dat alle risico's voor de zaak worden gedragen. Zo gezien is het emballage-arrest gebaseerd op economische eigendom. En dan heeft de Hoge Raad - voor het geval dat juridisch sprake is van koop en verkoop - in dit arrest een inbreuk gemaakt op het essentiële vereiste, dat het risico voor de zaak *ten volle* bij belanghebbende moet berusten ⁷⁾. Het risico voor niet teruggeleverde flessen wordt immers, ook volgens de Hoge Raad, niet meer door de fabrikant gedragen. Blijkbaar heeft de Hoge Raad - en m.i. niet ten onrechte - dit risico van weinig betekenis geacht ten opzichte van andere risico's, die juist door de fabrikant worden gedragen, zoals dat van breuk en beschadiging in eigen bedrijf, van het onbruikbaar zijn van teruggenomen bij de afnemer beschadigde flessen en van het in onbruik raken van een bepaald soort flessen door modeverschijnselen of nieuwe ontwikkelingen op verpakkingsgebied. De toegelaten inbreuk op het 100 %-risico heeft echter tot een voor de praktijk uitermate bevredigende uitkomst geleid.

Huurkoop

In het hierboven reeds aangehaalde arrest van 2 april 1941, B. no. 7316, besliste de Hoge Raad met betrekking tot een huurkoopcontract: „dat toch een zodanig contract beoogt eigendomsverkrijging en niet tijdelijke verkrijging van het gebruik en genot van de zaken en dan ook de deswege te doene betalingen, in zover zij te boven gaan de prijs, welke bij verkoop tegen gereede betaling verschuldigd zou zijn geweest, eerder zijn te beschouwen als rentevergoeding en eventueel risico-premie dan als vergoeding voor vervroegd genot der betrokken zaken; dat bij een zodanig contract het tot zekerheid dienende tijdelijke voorbehoud van de eigendom niet belet, dat de verkregen zaken ten dienste van het bedrijf worden gebruikt en dat de daarmede gepaard gaande waardevermindering op de verkrijger drukt en krachtens het bepaalde in art. 10, lid 2, I.B. (thans art. 8, lid 1) als afschrijving ten laste van de winst mag worden gebracht”.

Tegenwoordig zouden wij in gevallen van huurkoop spreken van economische eigendom van de huurkoper. Zulks is ook met zoveel woorden geschied in het huurkooparrest van 7 juni 1961, BNB 1961/314, waarin de daar genoemde economische eigendom betrekking had op een geheel bedrijf met de goodwill, relaties, gebouwen, machines en inventaris ⁸⁾. De verwerving van de economische eigendom van de bedrijfsmiddelen geeft de huurkoper aanspraak op investeringsaftrek. Voor de huurverkoper betekent de afstand van de economische eigendom m.i., dat hij bedrijfsmiddelen vervreemdt, zodat te zijnen aanzien desinvesteringsbijtelling zal moeten worden toegepast, indien de daartoe noodzakelijke omstandigheden zich overigens voordoen. Dat hier inderdaad sprake is van

⁷⁾ In dezelfde zin Prof. M. J. H. Smeets in zijn noot onder het arrest BNB 1963/22. Verg. ook mijn artikel „De emballage in de investeringsaftrek” in *Weekblad* no. 4637 (19 januari 1963).

Een zekere beperking op de eis van het volle risico kan men ook vinden in arrest H.R. van 15 okt. 1958, BNB 1958/321; „dat dus sedertdien economisch het belang bij bedoeld pand *in aanmerkelijke mate* bij belanghebbende kwam te berusten”. I.c. ging het om het belang bij een door een particulier gekocht, maar nog niet geleverd pand, waaraan hij vóór het transport reeds onderhoudswerkzaamheden deed verrichten.

⁸⁾ P. den Boer merkt in zijn noot in de BNB terecht op dat het begrip huurkoop hier, geleet op art. 1576h e.v. B.W., buiten zijn eigenlijke grenzen wordt uitgebreid.

vervreemding kan geadstrueerd worden door het zojuist genoemde arrest BNB 1961/314, waarin werd beslist, dat de overdracht van de economische eigendom van het bedrijf, een overdracht in de zin van art. 20 van het besluit I.B. inhield, zodat overdrachtswinst naar voren kwam, die terstond moest worden belast.

Als tijdstip van investering en desinvestering moet bij huurkoop doorgaans overeenkomstig de algemeen geldende regel voor de toepassing van art. 8a I.B. gelden het tijdstip, waarop de obligatoire overeenkomst wordt gesloten. Zulks blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1960, BNB 1960/185, handelende over „huurkoop” van een nog te stichten fabriekshal, waarvan de koop som nog geenszins vaststond, omdat de aanbesteding van de hal door de huurverkoper nog moest geschieden. De verplichtingen werden hier volgens de beslissing van de Hoge Raad aangegaan op het tijdstip van wilsovereenstemming tussen huurkoper en huurverkoper, dat is dus op het tijdstip van de obligatoire overeenkomst. De Hoge Raad wees er in deze beslissing nog eens op, dat voor de bestaanbaarheid van een koopovereenkomst niet is vereist, dat reeds bij het aangaan van de overeenkomst de koopprijs vaststaat, doch slechts dat deze bepaalbaar is.

De verkoper van het nog te bouwen project, bedoeld in het arrest BNB 1960/185, was een gemeente. Deze gemeente trad door het sluiten van het „huurkoopcontract” tevens op als financieringsinstituut voor de ondernemer die in die gemeente een nevenbedrijf wilde stichten. Tegenwoordig zien wij wel het verschijnsel optreden, dat speciaal daartoe opgerichte financieringsmaatschappijen als verkoper op huurkoopbasis van nieuwbouwprojecten fungeren. Deze financieringsmaatschappijen moeten dan formeel ook als aanbesteders van het nieuwe project optreden, hoewel het veelal de koper is, die in feite voor de bouw overeenkomstig zijn wensen zorgdraagt. In verband daarmee worden dan in het contract tussen „huurkoper” en „huurverkoper” regels vastgelegd omtrent de wijze waarop en de voorwaarden waaronder de aanbesteding van het bouwwerk en de controle op de bouw zal plaats vinden, waarbij grote bevoegdheden in handen van de „huurkoper” worden gelegd. In gevallen van deze aard - waarbij niet de financieringsmaatschappij maar de „huurkoper” investeert - wordt het uiterst dubieus of voor de toepassing van de investeringsaftrek nog wel het tijdstip van het sluiten van de „huurkoopovereenkomst” als tijdstip van het aangaan van de verplichting door de „huurkoper” kan worden aangemerkt. Veeleer zal men de feitelijke situatie dan aldus moeten zien, dat het „huurkoopcontract” niet meer is dan een basiscontract, dat de hoofdregels bevat, die in acht zullen worden genomen, indien in werkelijkheid tot de bouw van een object wordt overgegaan of althans niet meer inhoudt dan een verplichting om in de toekomst op huurkoopbasis te zullen kopen tegen een pas later te bepalen of bepaalde prijs. Moet men de situatie aldus beoordelen dan ontstaat er in verband met het arrest van de Hoge Raad van 25 maart 1959, BNB 1959/164, voor de aspirant-koper geen aanspraak op investeringsaftrek op het tijdstip van het sluiten van het basiscontract, doch pas op een later tijdstip. Dat latere tijdstip is dan m.i. het tijdstip waarop de aanbestedingscontracten voor het nieuwe object worden gesloten. Pas dan kan men ook zeggen, dat de „huurkoper” werkelijk belang bij het object en derhalve de economische eigendom daarvan verwerft. Deze benadering is m.i. ook daarom reëel, omdat men anders tot de conclusie zou moeten komen, dat men door tussenschuiving van een huurkoopcontract voor een object, waarvan de contouren nog maar schim-

mig aan de kim van de gedachtenwereld beginnen te verrijzen, reeds aanstonds investeringsaftrek zou kunnen claimen, terwijl de ondernemer die zonder omwegen de volle eigendom - juridisch en economisch - van een dergelijk object wil verwerven pas aanspraak op investeringsaftrek kan maken op het tijdstip, waarop deze contouren een zodanig vaste vorm hebben aangenomen, dat hij tot aanbesteding kan overgaan. De vaststelling van het investeringstijdstip kan van groot belang zijn bij tussentijdse wijzigingen in het regime van de aftrek en heeft voorts betekenis bij tussentijdse passering van een jaargrens.

Het bedrag waarover investeringsaftrek kan worden toegepast is bij huurkoop de contante waarde van de aangegane verplichtingen. Voor de rentevoet kan aansluiting worden gezocht bij de rente, die bij de vaststelling van de huurkooptermijnen in acht is genomen.

Leasing

Met leasing doel ik hier op de financelease, een vorm van financiering, waarbij produktiemiddelen zoals machines en gebouwen op lange termijn aan een bedrijf worden verhuurd, terwijl de huur gedurende een minimumperiode onopzegbaar is. Dr. F. W. C. Blom schreef omtrent deze na de laatste wereldoorlog steeds meer in zwang komende financieringsvorm onlangs instructieve artikelen in diverse periodieken⁹⁾. Volgens deze schrijver spreekt men van saleleaseback, indien een financieringsinstelling onroerend goed, dat een bepaalde ondernemer wil gebruiken, koopt en dit vervolgens op een financelease-contract aan die ondernemer verhuurt. Aldus houdt deze ondernemer vermogen vrij voor nieuwe investeringen.

In *Het Financieele Dagblad* van 21 november 1962 schrijft Dr. F. W. C. Blom, dat het een essentieel punt bij de zuivere financelease is, dat het een echt huurcontract is en geen overeenkomst met het karakter van huurkoop. De verhuurder is z.i. - ook fiscaal - onbestreden juridisch en economisch eigenaar. Derhalve komt z.i. de investeringsaftrek toe aan de financieringsinstelling, die dit voordeel bij de calculatie van haar tarieven in aanmerking zal nemen.

De juistheid van het standpunt van Dr. F. W. C. Blom inzake de economische eigendom en derhalve ook inzake de investeringsaftrek is naar mijn mening echter niet boven alle twijfel verheven. De financelease is een zeer bijzonder huurcontract met bijzondere kenmerken, waarvan verschillende wijzen op een veel groter belang van de gebruiker bij het object dan bij normale huur het geval is.

Allereerst is het leasecontract wederzijds niet opzegbaar voor een zo lange termijn - de minimumperiode - dat de huurder in totaal in elk geval evenveel moet betalen als de aanschafprijs vermeerderd met rente bedraagt. De kostprijs van het object komt dus uiteindelijk geheel voor rekening van de huurder.

Vervolgens heeft de huurder gewoonlijk een optie tot verlenging van de huur na de minimumperiode tegen een sterk gereduceerde huurprijs. Meestal zal de huurder van deze optie gebruik maken, omdat dit voor hem voordelig is. Hij wordt immers aldus in staat gesteld het object, waarvan hij de aanschaffingsprijs reeds heeft voldaan, tegen een zeer matige vergoeding gedurende de resterende levensduur te gebruiken. Aldus komen de in het object besloten werkeenheden

⁹⁾ In *Bank- en Effectenbedrijf* van oktober 1962, in *Het Financieele Dagblad* van 20-22 november 1962, in *De Naamloze Vennootschap* van januari en augustus 1963 en in *T.V.V.S.* van juli/augustus 1962.

uiteindelijk geheel of nagenoeg geheel ten bate van de gebruiker, zodat er op dit punt geen groot verschil met volle eigendom van de gebruiker bestaat.

In de derde plaats zijn in het standaardcontract de kosten van onderhoud en verzekering en ook de praktische zorg daarvoor geheel voor rekening van de huurder. In verband met de eerste twee punten wordt hierdoor het belang van de huurder bij het object sterk geaccentueerd. Hij heeft belang bij goed onderhoud, omdat hij wat er ook gebeurt de gehele huursom over de minimumperiode, dat is dus de kostprijs, moet betalen; hij heeft ook belang bij goed onderhoud, omdat hij daardoor na de minimumperiode het object nog zo lang mogelijk kan gebruiken. Sprekender nog dan de onderhoudsverplichting is in dit opzicht de assurantieplicht. Als pendant bij de verplichting om te verzekeren behoort nl. (althans voorzover mij bekend) in het standaardcontract het recht van de huurder op de verzekeringspenningen in geval schade aan het object wordt toegebracht. Dat deze verzekeringspenningen bij een total-loss doorgaans allereerst moeten worden aangewend om de volledige huursom over de minimumperiode, dat is dus de kostprijs, aan de financieringsinstelling te voldoen, doet aan het principiële recht op deze penningen van de huurder niet af. Dit punt is eerder een bewijs te meer dat het risico voor het te niet gaan goeddeels aan de kant van de huurder ligt.

Niet ontkend kan worden, dat ook de verhuurder belang bij het object blijft behouden. Hij heeft vooral belang bij de residuwaarde, die na afloop van de minimumperiode nog aanwezig is, omdat hij deze residuwaarde hetzij door verkoop, hetzij door verlenging van de huur kan realiseren. Daarin vindt hij ook zijn winst bij deze financieringsvorm. Bij zeer gespecialiseerde objecten kan deze residuwaarde echter wel eens bijzonder gering zijn.

De conclusie moet dan ook zijn, dat het economisch belang bij het object bij financiering op lease-basis over huurder en verhuurder is verdeeld. De verdeling van dit belang over partijen kan van geval tot geval verschillend zijn. Een belangrijke factor is hierbij welke aanvullingen op of afwijkingen van het standaardcontract in concreto zijn gemaakt. In de praktijk komen vele variaties voor. Wordt het standaardcontract bijv. aangevuld met een koopoptie voor de huurder, volgens welke de huurder het object na de minimumperiode voor een in verhouding tot de waarde relatief lage som mag overnemen, dan kan het belang van de huurder de 100 %-grens naderen. In die gevallen zou het van realiteitszin getuigen eerder de gebruiker dan de eigenaar wegens verwerving van de economische eigendom aanspraak op investeringsaftrek te verlenen. Hiervoor zou ook pleiten, dat de Hoge Raad (althans naar mijn mening) in het emballage-arrest BNB 1963/22 niet een volledig belang heeft geeist ter verwerving van de economische eigendom, terwijl voorts in het in noot 7 bedoelde onderhoudsarrest BNB 1958/321 voldoende werd geacht, dat economisch het belang bij een pand „in aanmerkelijke mate” bij belanghebbende kwam te berusten.

In de fiscale jurisprudentie zijn enige gevallen aan de orde geweest, die min of meer met lease-verhoudingen zijn te vergelijken. Het Hof *Amsterdam* behandelde bij uitspraak van 23 december 1958, BNB 1959/335, een geval van huur op lange termijn (ruim 7 jaar) waarbij volgens het contract het gehele onderhoud en bijna alle lasten en het volledige risico voor rekening van de huurder waren, terwijl de huurder bovendien een koopoptie en in bepaalde gevallen zelfs een koopplicht had. De stelling van de huurder dat hij de economische eigendom had verworven en deswege aanspraak op investeringsaftrek werd niettemin door het Hof ver-

worpen en wel in hoofdzaak, omdat de juridische eigenaar ingeval van schade door brand of andere oorzaken de verzekeringspenningen zou ontvangen. Uit de feiten blijkt overigens niet of ook in dit geval tijdens de huurtermijn de gehele kostprijs van het onroerend goed aan de eigenaar zou worden vergoed. Wel mag worden geconcludeerd, dat dit geval aan de rand lag van verwerving van de economische eigendom door de huurder. Verder daarvan af bleef m.i. de huurder wiens zaak aan de orde kwam in het arrest van 30 september 1959, BNB 1959/340. Deze huurder had een lange-termijnhuurcontract (voor 10 jaar) gesloten op (wat ik zou willen noemen) afschrijvingsbasis met optie tot verlenging van de huur en bovendien een optie tot koop voor de kostprijs, verminderd met de in de huurtermijnen reeds betaalde afschrijvingen. Ook hier werd economische eigendom van de huurder verworpen. Daar was m.i. ook meer reden voor dan in het vorige geval, omdat de huurder pas na 40 huurjaren de kostprijs zou hebben betaald, terwijl ook overigens niet bleek, dat hij „eigenaarsrisico's” liep. Deze huur vertoonde dus meer kenmerken van een normaal huurcontract dan van een finance-lease.

Uit het vorenstaande moge blijken dat het bij financiering op lease-basis doorgaans onzeker is of de verhuurder dan wel de huurder als economisch eigenaar moet worden beschouwd. De belangen van partijen kunnen hierbij diametraal tegenover elkaar staan, indien zowel de verhuurder als de huurder menen aanspraak op investeringsaftrek te kunnen of moeten maken wegens het bezit van de economische eigendom. Het kan echter ook voorkomen, dat de huurder er de voorkeur aan geeft de huur als onkosten te boeken, omdat hij dan sneller grote bedragen ten laste van zijn (belastbare) winst kan brengen dan bij afschrijving het geval zou zijn. Dit alles maakt het voor de financieringsmaatschappij uiterst moeilijk te beoordelen of het verantwoord is in de tariefcalculaties uit te gaan van de gedachte, dat zij het is die aanspraak kan maken op de fiscale investeringsfaciliteiten. Vooraf contact opnemen met de fiscale autoriteiten lijkt voor haar geboden.

Komt men tot de conclusie dat de gebruiker in een concreet geval de economische eigendom verwerft, zodat hij recht heeft op investeringsaftrek, dan doen zich wat het tijdstip van investering betreft dezelfde vraagpunten voor als bij de huurkoop. Ook wat betreft de omvang van de investeringen is het onder het hoofd huurkoop opgemerkte hier maatstafgevend.

Overigens lijkt het in totaal bezien niet bevredigend bij deze financieringscontracten, waarbij het belang bij de zaak doorgaans over eigenaar en gebruiker is verdeeld, slechts dan investeringsaftrek aan de gebruiker toe te kennen, indien het economisch belang voor 100 % of nagenoeg 100 % bij hem berust. In de gevallen waarin dit percentage kleiner is wordt dit belang aldus fiscaal volkomen verwaarloosd, hoewel het economisch belang van de gebruiker bij de zaak naar mijn smaak in het algemeen toch groter is dan dat van de verhuurder. Men zou aan dit gevolg kunnen ontsnappen door direct rekening te houden met het partiële economisch belang van elk der partijen en de investeringsaftrek in verhouding van ieders partieel belang aan hen toe te meten. Een andere oplossing zou kunnen zijn het aanvaarden van een geleidelijke overgang van de economische eigendom van verhuurder op gebruiker. Alsdan zou primair de investeringsaftrek toekomen aan de verhuurder, doch secundair zouden - naarmate de huurbetalingen vorderen - desinvesteringsbijtellingen bij de verhuurder en investeringsafrekken bij de gebruiker

moeten worden toegepast¹⁰⁾. Bij elk van deze oplossingen zou fiscaal op evenwichtiger wijze rekening worden gehouden met de materiële situatie waarin partijen verkeren. Het behoeft evenwel geen betoog dat beide oplossingen op grote bezwaren van fiscaal-technische en praktische aard zouden stuiten. De middelen lijken erger dan de kwaal. De oorzaak ligt m.i. hierin, dat ons recht niet is ingesteld op deze bijzondere uit de Angelsaksische wereld overgewaaide figuren. Vooralsnog zal het alles of niets-systeem hier dus wel blijven gehandhaafd, met dien verstande dat naar ik verwacht, de „alles”-eis soepel zal worden gehanteerd, dat wil zeggen dat investeringsaftrek zal worden gegeven aan de ondernemer bij wie het economisch belang in aanmerkelijke mate berust.

Vast goed fondsen

De laatste tijd neemt de belangstelling voor belegging in vast goed steeds toe. Om hieraan tegemoet te komen worden onder meer beleggingsfondsen in vast goed opgericht. De opzet is hierbij veelal de beleggers de economische eigendom van het onroerend goed te verschaffen. Het onroerend goed wordt gesteld op naam van een trust- of administratiekantoor, dat participaties uitdeelt welke recht geven op een evenredig gedeelte van het vermogen van het fonds. De zorg voor het beheer van het vermogen van het fonds en dus in het bijzonder van het onroerend goed wordt meestal in handen gelegd van een zelfstandige beheermaatschappij.

Indien inderdaad zodanige regelingen worden getroffen, dat alle risico's van het onroerend goed voor rekening van de participanten komen zijn zij gezamenlijk de economische eigenaren van dit onroerend goed. De jurisprudentie van de Hoge Raad biedt dan aanknopingspunten voor de conclusie, dat de particuliere participanten voor de heffing van de inkomstenbelasting niet moeten worden beschouwd als effectenbezitters, maar als bezitters van onroerend goed, zodat de belastingheffing niet gebaseerd moet worden op art. 31 I.B., maar op art. 30 I.B. De Hoge Raad besliste n.l. bij arrest van 5 dec. 1951, B. no. 9123, dat voor een deelnemer in een beleggingspool niet het aandeel in het totale vermogen, maar de samenstellende delen van dat vermogen bronnen van inkomen zijn, terwijl bij arrest van 23 jan. 1957, BNB 1957/67, werd uitgemaakt, dat een lid-bewoner van een coöperatieve flat inkomsten trok uit de flat zelf, welke flat economisch hem aanging. Deze belastingheffing op de voet van art. 30 I.B. is ook één van de belangrijkste doelstellingen van de gehele constructie, omdat daardoor wordt bereikt, dat de particuliere participanten worden gevrijwaard van de heffing van inkomstenbelasting over de gerealiseerde waardeinstijgingen van het onroerend goed. Winsten behaald bij de vervreemding van onroerend goed in de particuliere vermogenssfeer worden immers volgens het geldende Nederlandse belastingstelsel niet belast. Een nevenvoordeel van deze opzet is, dat het fonds, dat op zichzelf gezien materieel niets omvat, geheel ontsnapt aan de heffing van vennootschapsbelasting.

Ondanks de goede gronden die voor belastingheffing op basis van art. 30 I.B.

¹⁰⁾ In de hiervoor aangehaalde uitspraken BNB 1959/335 en BNB 1959/340 werd subsidiair door belanghebbenden iets dergelijks gesteld, nl. dat zij een *economisch goed* verwierven door een huursom te betalen die uitging boven een „normale” huurprijs. Door de rechters werd deze stelling op formele gronden verworpen. Aanvaarding van een economisch goed zou evenwel tot een dubbele aftrek kunnen leiden, nl. zowel bij verhuurder als bij gebruiker. Ter verkrijging van een sluitend systeem zou derhalve als pendant van de aftrek bij de huurder een bijtelling bij de verhuurder moeten worden toegepast. Een fiscaal-juridische basis hiervoor is echter moeilijk te vinden. Overgang van *economische eigendom* op de wijze als door mij aangegeven laat zich gemakkelijker denken.

pleiten, kleeft er naar mijn mening één groot bezwaar aan en wel dit, dat men zich ver verwijderd van de maatschappelijke opvatting. Ik meen n.l. dat men deze participaties - mede door het gevolgde uitkeringsbeleid - maatschappelijk veeleer als effecten dan als stukjes onroerend goed ziet ¹¹⁾). Het is mogelijk dat ik dit verkeerd zie, dan wel dat de maatschappelijke opvattingen zich in de door de fondsen beoogde richting zullen ontwikkelen. Zo niet, dan ligt m.i. hier in de maatschappelijke opvattingen een rem op de verdere doorwerking van de economische eigendom in het fiscale recht.

Ook ondernemers kunnen participaties in beleggingsfondsen verwerven. Volgen wij de gedachte, dat zij daarmee niet een effect, maar de economische eigendom van onroerend goed verwerven, dan is de volgende vraag of de verwerving van deze economische eigendom kan leiden tot aanspraak op investeringsaftrek. Allereerst is hiertoe noodzakelijk, dat de participaties tot het bedrijfsvermogen kunnen worden gerekend. Hieromtrent kunnen vooral ten aanzien van natuurlijke personen grote dubia rijzen, omdat het bezit van de participaties geen enkel verband met hun bedrijf behoeft te houden. Ik wijs o.a. op het arrest van 21 dec. 1955, BNB 1956/44, waarin werd beslist dat uit overtollige kasmiddelen aangeschafte incourante aandelen in een N.V., die een bedrijf voerde, dat met dat van belanghebbende niets had te maken, niet tot het bedrijfsvermogen mochten worden gerekend.

Voor een naamloze vennootschap vormen de participaties echter altijd bedrijfsvermogen. Dan moet de vraag worden beantwoord of deze participaties bedrijfsmiddelen kunnen zijn. De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt op dit punt hoopgevend. In het arrest van 11 maart 1953, BNB 1953/119, werden zelfs de als onderpand door een hypotheekbank ingekochte huizen als bedrijfsmiddelen van de hypotheekbank erkend, terwijl de Hoge Raad ook in het arrest van 2 febr. 1944, B. no. 7791, een ruim standpunt innam door gebouwen die werden aangewend om door verhuring opbrengst te verwerven tot de bedrijfsmiddelen te rekenen. Niettemin is er reden om op dit punt niet al te optimistisch te zijn. De Hoge Raad achtte n.l. in het zojuist genoemde arrest BNB 1953/119 voor het zijn van bedrijfsmiddel nodig, dat de huizen *bedrijfsmatig door verhuring werden geëxploiteerd*, dat wil zeggen op de wijze waarin dit in een op huizenexploitatie gericht bedrijf pleegt te geschieden. Het is de vraag of de wijze van exploitatie bij een beleggingsfonds aan dit vereiste voldoet. De naam „beleggingsfonds” duidt daar niet dadelijk op en evenmin de omstandigheid, dat het beheer van het onroerend goed aan derden wordt overgelaten.

Naast dit objectieve bezwaar, liggend in de wijze van exploitatie van het onroerend goed, kan er ook een subjectief bezwaar, liggend in de functie van de participatie in het bedrijf van de participerende ondernemer, tegen het karakter van bedrijfsmiddel pleiten. Veelal zullen de participaties n.l. niet kunnen worden aangemerkt als vast kapitaal, dat duurzaam aan het bedrijf van de ondernemer is gebonden. De participaties zijn zo mobiel gemaakt, dat men ze vrijwel op ieder

¹¹⁾ Na de voltooiing van dit artikel kwam mij nog onder ogen de beschouwing over „Certificering van Onroerend Goed” door Th. Stubbé in de *De Naamloze Vennootschap* van september 1963, waarin melding wordt gemaakt van een „Proeve voor richtlijnen ten aanzien van de opneming in de Prijscourant van vastgoedfractiebewijzen”. In deze Proeve wordt een vastgoedfractiebewijs aangeduid als effect, terwijl Stubbé verder nog twee punten aanroert (belasten met hypotheek en royement) waarin de Vereeniging voor den Effectenhandel naar zijn mening te veel denkt in de sfeer van effecten. Kennisneming van deze feiten sterkt mij in de overtuiging dat de participaties (vastgoedfracties) maatschappelijk als effecten worden gezien.

gewenst tijdstip weer kan afstoten. Zo kan men overvloedige kasmiddelen tijdelijk beleggen door onroerend goed-participaties te kopen. In wezen hebben deze participaties dan dezelfde functie als effecten waarin de ondernemer zijn liquide middelen tijdelijk belegt. Een dergelijk effect is geen bedrijfsmiddel. Derhalve is er geen reden om deze participaties anders te behandelen.

Intussen behoeft dit subjectieve bezwaar niet altijd aanwezig te zijn. Indien de participaties het karakter krijgen van een deelneming in een complex onroerend goed, waarbij het bedrijf belang heeft, ligt de zaak anders. Evenals een deelneming in (de aandelen van) een andere N.V. een bedrijfsmiddel kan vormen, moet een dergelijke deelneming in een complex onroerend goed als zodanig kunnen gelden. Bij de normale op de particuliere belegger gerichte onroerend goed-fondsen zal zich deze situatie echter niet licht voordoen.

Overigens levert toepassing van investeringsaftrek in gevallen van deze aard technisch nog al wat bezwarende moeilijkheden op. Zo geldt de investeringsaftrek niet voor woonhuizen, terwijl woonhuizen tot de normale beleggingsobjecten van de fondsen behoren. Bij aankoop van een participatie in een fonds waartoe woonhuizen behoren kan dus niet de gehele aankoopssom voor investeringsaftrek in aanmerking komen. Ook andere afsplitsingen van de koopsom kunnen noodzakelijk zijn. Ik denk bijv. aan het in de aankoopssom van de participatie begrepen bedrag voor reeds verworven maar nog niet aan de participanten uitgekeerde opbrengsten van het onroerend goed of reeds uitgegeven maar nog niet op de participanten verhaalde exploitatie-uitgaven voor het onroerend goed. Bij afstoting van de participatie treden voor de toepassing van de desinvesteringsbijtelling soortgelijke splitsingsmoeilijkheden op.

Zelfs echter gedurende het rustige bezit van participaties, die als bedrijfsmiddelen zouden kunnen gelden, kunnen zich moeilijkheden voor de investeringsaftrek voordoen, n.l. indien binnen het fondsvermogen mutaties optreden. Indien het fonds bijv. een blok woonhuizen zou afstoten en daarvoor in de plaats winkels of andere bedrijfspanden zou aanschaffen, betekent dit dat zulks in wezen door en voor rekening van de economische eigenaren, dat zijn de bezitters van de participaties, gebeurt. De verwerving van de bedrijfspanden door het fonds moet dan leiden tot investeringsaftrek bij de participant-ondernemer. Omgekeerd moet hij een desinvesteringsbijtelling toepassen, indien juist bedrijfspanden worden vervangen door woonhuizen.

Al deze bezwaren van technische aard doen zien dat ons recht voor de consequente doorvoering van de splitsing tussen juridische en economische eigendom bij deze onroerend goed-fondsen (nog) niet goed hanteerbaar is.

Andere rechtsfiguren

Het al of niet ontbreken van het economisch belang bij een zaak kan een rol spelen bij allerlei rechtshandelingen en rechtsverhoudingen. Ik noem de verkrijging van een optierecht ¹²⁾, de verkrijging van een voorwaardelijk recht ¹³⁾ en de verwer-

¹²⁾ Verlening van een optie is volgens Prof. H. J. Hellema, „Juridische perspectieven van de economische eigendom”, blz. 7, geen overdracht van economische eigendom; bij waardevermindering maakt men immers van het optierecht geen gebruik.

Anders - m.i. ten onrechte - P. den Boer in de annotatie op het arrest van 21 jan. 1959, BNB 1959/85.

¹³⁾ Art. 1300 B.W.: Bij een verbintenis onder opschortende voorwaarde blijft de zaak voor rekening van de schuldenaar. Voor een onvoorwaardelijke koop vergelijk men het arrest BNB 1958/321, vermeld in noot 7.

ving of de afstand van een firma-aandeel ¹⁴⁾. Ik verwacht dat aan het facet van het economische belang bij figuren van deze aard in de toekomst meer aandacht zal worden besteed dan voorheen.

De doelbewuste splitsing tussen macht en belang wordt behalve bij de onroerend goed-fondsen ook nagestreefd in andere gevallen. Een bekend voorbeeld is het administratiekantoor, dat de macht over effecten uitoefent, terwijl de certificaathouders economisch de belanghebbenden zijn. In het internationale vlak ontmoet men soms iets dergelijks wanneer lichamen om te ontsnappen aan fiscale of andere overheidsmaatregelen bepaalde belangrijke zaken stellen ten name van een lichaam in een ander land, bijv. Nederland, terwijl niettemin zodanige regelingen worden getroffen dat het economische belang in het land van oorsprong blijft berusten. Consequente juridische erkenning van de economische eigendom zou in die gevallen moeten medebrengen, dat het Nederlandse lichaam, dat wezenlijk slechts formele betekenis heeft voor de tenaamstelling doch materieel een lege huls blijft, geen aanspraak op investeringsaftrek aan die tenaamstelling mag ontleen. Omgekeerd kan het voorkomen - ook in nationaal verband - dat men juist het economisch belang bij een bepaalde zaak of zelfs bij een geheel bedrijf wil overbrengen naar een lichaam, terwijl men formeel-juridisch de toestand bij het oude laat door de zaken te laten staan ten name van de personen of lichamen, die voorheen volle eigenaar waren. In deze gevallen zou consequente toekenning van rechtsgevolgen aan het economisch belang ertoe moeten leiden dat de oorspronkelijke eigenaar desinvesteringsbijtellingen moet toepassen en de nieuwe economische eigenaar investeringsaftrek kan claimen. De vraag mag echter worden opgeworpen in hoeverre de Nederlandse rechters bereid zullen zijn in dergelijke situaties rechtsgevolgen aan de economische eigendom toe te kennen. Tegen de achtergrond van ons Nederlandse rechtssysteem gezien kunnen in gevallen van deze aard namelijk nogal ongrijpbare zwevende situaties ontstaan. Deze situaties zijn beter te plaatsen in het Angelsaksische trustrecht dan in ons Nederlandse rechtssysteem. In welke mate wij in ons land in die richting zullen kunnen of moeten gaan zal de toekomst uitwijzen. Aangezien de investeringsaftrek bij het scheppen van nieuwe verhoudingen van deze aard dikwijls onmiddellijk een actueel punt vormt, mag worden verwacht dat rond investeringsaftrek en economische eigendom procedures zullen worden gevoerd, waarvan de uitkomst ons een nader inzicht zal geven in de koers die in ons land op dit punt zal worden gevaren.

¹⁴⁾ Men zie Prof. J. E. A. M. van Dijk in *Weekblad* no. 4353 (7 juni 1956) en in zijn noot onder het arrest van 9 dec. 1959, BNB 1960/32, alsmede Mr. J. Hollander in zijn noot onder het arrest van 2 nov. 1960, BNB 1961/72.