

Verslag van het openbare gedeelte van de bijeenkomst van de Vereniging voor belastingwetenschap op donderdag 26 april 2007 in Sociëteit De Witte in Den Haag, waarin de discussie handelde over het proefschrift "Leasing in de vennootschapsbelasting. Een nieuwe kijk op 'economische eigendom'" van dr. W. Bruins Slot.

## **1. Opening door de voorzitter mr. J.W. van den Berge**

Dames en heren, ik open de vergadering en heet u van harte welkom.

U hebt in de kranten van maandag jl. kunnen lezen dat een week geleden, op donderdag 20 april, is overleden de heer Geelhoed. De heer Geelhoed was tot het najaar van 2006 advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in Luxemburg. In december 2006 hebben wij als Vereniging voor Belastingwetenschap een gezamenlijke vergadering gehouden met de Nederlandse Vereniging voor Europees recht, van welke vereniging de heer Geelhoed sinds begin 2006 voorzitter was. In die vergadering heeft hij een inleiding gehouden over de vraag naar de soevereiniteit van de lidstaten van de EG op het terrein van de directe belastingen, een onderwerp waardoor hij, zoals hij mij vertelde toen ik hem daarvoor benaderde, gedurende zijn werk als advocaat-generaal meer en meer geboeid was geraakt. Dat bleek ook – degenen van u die er op 14 december in Amsterdam bij zijn geweest zullen dat beamen – uit zijn inleiding die hij toen voor ons heeft gehouden. Het was een indrukwekkende inleiding. Wie zal toen hebben gedacht dat hij, nog zo vol van plannen voor de toekomst, ons een paar maanden later zou ontvallen. De gedachten die hij toen over het onderwerp heeft geuit zullen worden gepubliceerd in het verslag van die bijeenkomst, dat zal verschijnen als geschrift nr. 230 van onze vereniging. Ik beveel lezing daarvan van harte aan.

Al weer bijna een jaar geleden, op 7 juni 2006, promoveerde de heer Bruins Slot aan de Universiteit van Tilburg op een proefschrift dat de titel droeg "Leasing in de vennootschapsbelasting. Een nieuwe kijk op 'economische eigendom'". Het doet ons als bestuur van onze vereniging genoegen dat de heer Bruins Slot bereid is gevonden, zijn opvattingen over die nieuwe kijk op de 'economische eigendom', of zoals hij het in zijn boek ook wel noemt de nieuwe visie op het begrip 'fiscale eigendom' in een vergadering van onze vereniging in het kort uiteen te zetten en toe te lichten. Daarna komt een debat, dat zal worden geopend door de heer Bavinck, raadsheer in de Hoge Raad. Hij is bij u allen bekend, want hij is al geregeld in allerlei kwaliteiten opgetreden voor onze vereniging. Wij zijn hem dankbaar dat hij tijd heeft kunnen vrijmaken om vandaag met de heer Bruins Slot in debat te treden. De tweede debater van vanmiddag is de heer Postma, partner bij Ernst & Young in New York. Wij hebben hem met name gevraagd vanmiddag enige opmerkingen te maken gebaseerd op het Engelse en Amerikaanse (belasting)recht.

Ik geef nu het woord aan de heer Bruins Slot.

## 2. Inleiding van dr. W. Bruins Slot

*Dr. W. Bruins Slot*

Mijnheer de voorzitter, dames en heren. Toen ik enige tijd geleden een collega van mij van deze bijeenkomst vertelde, glimlachte hij meewarig en zei hij: je krijgt dus een tweede kans, daarmee suggererend dat ik mijn eerste kans enigszins had verbruikt. Ik zie het zelf anders, namelijk als een tweede gelegenheid om datgene wat ik graag wil zeggen naar voren te brengen en daarbij het accent te verleggen van leasing naar datgene waar het bij mij uiteindelijk om gaat, namelijk de economische eigendom. Ik heb die nieuwe visie in mijn proefschrift willen toepassen op het leasen. Het proefschrift droeg als titel "Leasing in de vennootschapsbelasting. Een nieuwe kijk op 'economische eigendom'", maar het had eigenlijk moeten heten: Een nieuwe kijk op de economische eigendom, toegepast op leasing.

De vennootschapsbelasting is een belasting die, anders dan bijvoorbeeld in veel gevallen de overdrachtsbelasting, aansluiting zoekt bij de economische werkelijkheid. Het is een wet bij welke uitleg de rechter, daar waar niet expliciet formele criteria worden genoemd – het 5%-criterium van de deelnemingsvrijstelling bijvoorbeeld – aan de inhoud een hoger belang toekent dan aan de vorm, aan de schijn minder dan aan het wezen. Zo'n benadering kan enkel worden toegejuicht. Slechts de werkbaarheid van een wet kan er de oorzaak van zijn dat 'de vorm' bij hoge uitzondering van groter belang wordt geacht dan 'de inhoud'.

Een van de grootste stappen die de rechter in deze materieel-economische richting heeft gezet is de introductie van het begrip 'economische eigendom' al in de jaren '50. Wanneer één partij naar de inhoud ('materieel', ook wel 'economisch') eigenaar van een object is en een andere partij slechts naar de vorm, dan krijgt de 'economisch eigenaar' fiscaal de voorrang. Iemand is economisch eigenaar, aldus de Hoge Raad, indien hij (nagenoeg) geheel het economische belang heeft. We zijn al jaren aan het soebatten over de vraag of de rechter nu zegt dat iemand 100% economisch belang moet hebben of dat hij kan volstaan met 95% o.i.d., maar hoe het ook zij, welk percentage we ook nemen: de rechter introduceert impliciet een getalsmatig, een *formeel*, criterium, zo lijkt het. En dat nota bene bij het uitleggen van een materieel begrip: 'economische eigendom'. Als een partij 100% economisch belang heeft, is hij economisch eigenaar en prevaleert zijn eigendom boven die van de juridische eigenaar. Maar als hij 'slechts' 99% economisch belang heeft, dan herwint de juridisch eigenaar in één klap zijn oorspronkelijke glans: de glans van fiscaal eigenaar.

Een systeem waarin de verschuiving of het niet hebben van 1% economisch belang een verschuiving van 100% van de fiscale eigendom kan bewerkstelligen is 'juridisch vloeken in een economische kerk'. Ik ben praktiserend lid van de Bond tegen *dit* vloeken. De Hoge Raad, kortom, geeft in zijn eerste aanzet aan dat de economische eigendom prevaleert boven de juridische eigendom, dat het meer om de inhoud gaat dan om de formele kant van de zaak. Dat is een welkome ontwikkeling. Maar hij maakt zijn werk niet af. Waarom gaat de inhoud nu *niet* voor de vorm als men 99% van het economische belang heeft? Waarom is men dan niet voor 99% economisch en dus ook fiscaal eigenaar? Waarom keert men bij een manco van 1% op alle eerdere forse schreden terug en legt men de fiscale eigendom bij de juridisch eigenaar die maar 1% heeft van datgene wat men eerder zó belangrijk vond dat men het de voorkeur gaf boven de juridische eigendom: het volledige economische belang, de economische eigendom? Waarom ben je wel fiscaal eigenaar als je 100% van het economisch belang hebt en waarom ben je dat niet als je minder bent?

Het ongerijmde van de alles-of-niets-benadering vormde de inspiratiebron voor mijn zoektocht naar alternatieve eigendomsconcepten. Hoe kan de Hoge Raad, als hij economisch denkt, nu aan 100% zoveel meer waarde toekennen dan aan 99% en – nog erger, nog innerlijk tegenstrijdiger met een materieel-economisch concept – aan 1% meer betekenis toekennen dan aan 99%? Mijn bron van inspiratie, de gewraakte alles-of-niets-benadering, is voor mij dermate gewichtig dat ik mijn standpunt daaromtrent in de volgende stelling heb gevat:

**De introductie van de economische eigendom is hét bewijs van de materieel-economische inslag van een belasting als de vennootschapsbelasting. De alles-of-niets-benadering bij de toedeling van de fiscale eigendom is dé inbreuk op deze inslag.**

In mijn proefschrift ben ik op zoek gegaan naar goed te beredeneren alternatieven voor die 'alles-of-niets-benadering'. En ik heb bij het formuleren daarvan nauwkeurig onderzocht of mijn conclusies niet al eerder getrokken waren, niet zozeer door andere beoefenaars van de belastingwetenschap als wel door de Hoge Raad zelf. Maar versta mij goed: eerst formuleerde ik mijn nieuwe eigendomsconcept – kort gezegd komt dat erop neer dat alle economisch belanghebbenden naar rato van hun economisch belang bij een bedrijfsmiddel een bedrijfsmiddel activeren – en daarna zocht ik een antwoord op de vraag of elementen van dat concept misschien al dan niet versluiert al in de rechtspraak terug te vinden waren. Was dat niet het geval geweest, dan had ik mijn concept gewoon recht overeind gehouden. Een wetenschapper laat zich bij de uitkomsten van zijn onderzoek niet leiden door de mening van anderen. Maar zou ik elementen van mijn concept toch terugvinden in de rechtspraak, dan zou dat onmiskenbaar als voordeel hebben dat de kloof tussen het oude eigendomsconcept en het nieuwe wellicht *voor anderen* zo smal was dat het overspringen naar gene zijde tot de mogelijkheden gaat behoren.

Zij die mijn dissertatie tot zich namen weten inmiddels dat ik voor vrijwel ieder element van mijn nieuwe concept de sporen in de jurisprudentie heb teruggevonden. Vaak ten dele of versluiert. Ware dat anders geweest, dan zou de *huidige* fiscale eigendomsleer – de juridisch eigenaar is fiscaal eigenaar, tenzij het gehele economisch belang bij een ander komt te berusten, dus de juridisch eigenaar met een pietsje economisch belang is fiscaal eigenaar – immers de *gangbare* fiscale eigendomsleer ook niet meer zijn. Desondanks zie ik in twee arresten – ze hadden niets met bedrijfsmiddelen en leasing te maken en het is wellicht daarom dat ze tot op heden in de fiscale eigendomsleer buiten beschouwing zijn gebleven – mijn nieuwe concept geheel en al terug. Ik kom daar verderop nader over te spreken.

Tot zover mijn onvrede met de huidige stand van de jurisprudentie. Het aardige is dat als je zo duidelijk weet waar het in een bestaand eigendomsconcept aan schort, je er ook niet zoveel moeite mee hebt om het in jouw ogen enig juiste alternatief te schetsen. Ik hoefde daar ook geen onderzoek naar te doen. Ik heb wel onderzoek gedaan, maar dat richtte zich meer op de vraag of dat nieuwe fiscale eigendomsconcept niet al in rudimentaire vorm bestond. Het antwoord op deze vraag luidde, zoals ik u reeds schetste, bevestigend.

Maar terug nu naar dat nieuwe fiscale eigendomsconcept. Het is het enige concept dat naadloos aansluit bij het materieel-economische uitgangspunt dat wij bij de uitleg van de Wet op de vennootschapsbelasting hebben gekozen. Het is ook een concept dat een logisch sluitstuk vormt op het proces dat de Hoge Raad zelf in gang zette toen hij de economische eigendom liet prevaleren boven de juridische. 100% Economisch belang, de economische eigendom, is sterker dan de juridische eigendom.

Om te voorkomen dat we nu met termen gaan smijten die voor meer dan één uitleg vatbaar zijn, wil ik eerst kortstondig stilstaan bij het begrip 'economisch belang'. Dat is door de Hoge Raad in eerste instantie geïdentificeerd als het belang bij waardeveranderingen en tenietgaan. Ik laat dat belang bij het tenietgaan verder buiten beschouwing, omdat het naar mijn heilige overtuiging thans bij het bepalen van het economisch belang geen rol van betekenis meer speelt. In feite is de rol van het risico van tenietgaan, omdat het risico doorgaans wordt verzekerd en dus materieel niet bestaat, uitgespeeld. Dat zie je niet alleen bij de vennootschapsbelasting maar nota bene juist bij de toepassing van een formeel getinte belasting als de overdrachtsbelasting! Opmerkelijk is dat de staatssecretaris, als hij die rol bij de overdrachtsbelasting definitief de nek omdraait, zegt dat het uiteraard ook voor andere belastingmiddelen geldt.

'Economisch belang' als belang bij waardeveranderingen dus. Het meest in het oog springende belang bij waardeveranderingen manifesteert zich in het belang bij de restwaarde. Als ik een machine verhuur merk ik iets van een waardedaling op het moment dat ik het verhuurde terugkrijg en ik het weer moet verhuren of wil verkopen. Het is dus evident dat de verhuurder economisch belang heeft bij de restwaarde. Maar is dat alles? Als je dat belang bij de restwaarde nou hebt, heb je dan al het economisch belang? Giele vroeg zich dat destijds al af en hij stelde verwonderd vast dat als dat inderdaad het geval was, het toch wel behoorlijk eigenaardig in elkaar zat. Bij leasing, waarbij vaak sprake is van contracten met een lange looptijd en dus een lage restwaarde, zou, wanneer onder 'economisch belang' 'belang bij de restwaarde' moest worden verstaan, iemand die belang had bij die veelal verwaarloosbare restwaarde, al het economische belang hebben. Dat kon niet waar zijn en dat was het ook niet. In alle belangrijke jurisprudentie rond eigendomsvragen bij ter beschikkingstelling

blijkt dat ook *de huurder* economisch belang wordt toegedicht. Maar ik geef toe, dit gebeurt steeds impliciet.

De rechter spreekt bij leasecontracten bijvoorbeeld niet alleen over 'belang bij restwaarde' maar ook over een 'belang dat van aanvang af' bij de huurder lag. En wanneer de Hoge Raad moet oordelen over de vraag wie fiscaal eigenaar van een ter beschikking gestelde boerderij is, geeft hij aan dat het belang bij de boerderij belanghebbende – de gebruiker – *zeker niet volledig* aangaat. Impliciet afgegeven signalen, maar wel slechts voor een uitleg vatbaar.

En dan komt het Falconsarrest, een arrest dat in meer dan één opzicht van grote waarde is bij het beantwoorden van de fiscale eigendomsvraag. De Hoge Raad definieert ongevraagd weer eens wat onder 'economische eigendom' moet worden verstaan en bij deze gelegenheid breidt hij dat begrip expliciet uit: "De economische eigendom van de aandelen, *waaronder het recht op dividend*". Een uitbreiding, waarvoor we ons – om haar te begrijpen – niet eens in zoveel bochten hoeven wringen. Een aandeel heeft bij aanvang een waarde, wordt na verloop van tijd meer of minder waard en zodra er dividend wordt uitgekeerd heeft dat weer invloed op de waarde van het aandeel. De dividendgerechtigde snoept als het ware een deel van de waarde van het aandeel op, hij consumeert, hij verbruikt waarde. Het dividend als vorm van economisch belang kan zeer wel vallen onder de definitie van 'economisch belang' als zijnde 'belang bij waardeontwikkeling'.

Nadat de Hoge Raad dus talloze malen de huurder impliciet als economisch belanghebbende had geduid, komt hij met het Falconsarrest wel heel dichtbij het nadrukkelijk noemen van de huurder als economisch belanghebbende. Want wat is nu eigenlijk het verschil tussen de dividendgerechtigde van een aandeel en de huurder van een bedrijfsmiddel? Ook de huurder gebruikt door het uitoefenen van zijn huurrecht waarde, hij onttrekt waarde aan het bedrijfsmiddel. Na zijn huurperiode is het bedrijfsmiddel gesleten, er zijn nutseenheden gebruikt en in die zin zal het bedrijfsmiddel minder waard zijn geworden. De parallel met de dividendgerechtigde is treffend. Met andere woorden: 'belang bij waardeontwikkelingen' heeft niet alleen hij die de ontwikkeling van de restwaarde in zijn portemonnee voelt, belanghebbende bij waardeontwikkelingen is men ook wanneer men waarde verbruikt. Met het Falconsarrest stelt de Hoge Raad dus ook de definitie van 'economisch belang' bij of – zo u wilt – hij vult haar duidelijker in, zodat we nu eindelijk weten om welke reden de huurder – die al zo lang *impliciet* als economisch belanghebbende werd geduid – werkelijk economisch belanghebbende is. Het leidt tot mijn tweede stelling:

**De huurder als veroorzaker van waardeveranderingen, als rechthebbende op (een deel van) de in het bedrijfsmiddel besloten waarde, is in de door de Hoge Raad bedoelde zin economisch belanghebbende, heeft economisch belang, kan ook al het economisch belang hebben en dus ook economisch eigenaar zijn.**

Het voorlopige beeld dat we nu hebben van de verdeling van het economisch belang is dus dat de eigenaar die zijn object terugkrijgt na de vaste huurperiode economisch belanghebbende is in verband met zijn belang bij de restwaardeontwikkeling, dat de huurder economisch belanghebbende is doordat hij tijdens de huurperiode waarde verbruikt. En we wisten al langer dat ook opties economisch belang vertegenwoordigen. Met opties verleg je het economisch belang voor zover die waarde uitstijgt boven de uitoefenprijs bij een calloptie en voorzover de waarde daalt beneden de uitoefenprijs van de putoptie. En dat betekent dat we het economisch belang bij de restwaarde van de eigenaar/verhuurder in veel gevallen verder ingeperkt zien, omdat die eigenaar de huurder een calloptie heeft gegeven of omdat hij zijn restwaarderisico deels bij derden heeft afgedekt door een putoptie te bedingen. En zo zien we in een redelijke standaardsituatie van ter beschikkingstelling dat vier vormen van economisch belang verdeeld zijn over drie partijen, partijen die belang hebben bij de waardeontwikkeling, partijen die economisch belanghebbenden zijn en tezamen dus het volledige economische belang bij het object hebben.

Tot op heden valt het met 'het nieuwe' van mijn kijk op de economische eigendom wel mee of het zou het 'expliciteren' zijn van de huurder als economisch belanghebbende. Een stap verder gaan we met het bepalen van de partijen die economisch belang hebben bij een object, partijen dus die tezamen als economisch eigenaar kunnen worden aangemerkt.

Wie zijn die partijen? Tot op heden hebben we vier vormen van economisch belang kunnen ontdekken: het huurdersbelang dat de huurder heeft gedurende de vaste huurperiode, het belang bij de

restwaarde dat de eigenaar heeft na afloop van die vaste huurperiode, het belang dat de huurder kan hebben bij die restwaarde via een door hem verkregen calloptie en het belang dat bijvoorbeeld de leverancier kan hebben bij de restwaarde als hij een restwaardegarantie afgeeft aan de eigenaar. Vier vormen van economisch belang, de laatste drie vormen hebben betrekking op de restwaarde. Is er nu nog een vijfde categorie economisch belang? Volgens sommigen is dat het geval: de *verhuurder* zou economisch belang bij het object kunnen hebben *via zijn ontvangen huurpenningen*. Het is een gedachte die is opgekomen na het memorabele arrest van 8 oktober 2004, waarin de Hoge Raad moest beslissen over een geval waarin een BV een pand ter beschikking heeft gesteld aan haar aandeelhouder. Die heeft een calloptie tegen een bepaalde uitoefenprijs en de BV heeft een putoptie tegen dezelfde uitoefenprijs. Als altijd oordeelt de Hoge Raad dat zowel het opwaartse als het neerwaartse risico van waardeverandering van het pand bij de aandeelhouder berust. "Maar", zo vervolgt de Hoge Raad: "daaruit volgt nog niet dat" de aandeelhouder "zolang de optie niet is uitgeoefend, als economisch eigenaar van het pand dient te worden aangemerkt".

Een uitermate opmerkelijk arrest. Opties in niet-uitgeoefende staat vertegenwoordigen sinds mensenheugenis economisch belang. In dit arrest lijkt dat economische belang plotseling pas realiteit te worden als de opties uitgeoefend zijn. Uitoefening van opties echter bewerkstelligt in de fiscale theorie tot op heden geen verschuiving van economisch belang meer (dat is in niet-uitgeoefende staat al verschoven), maar juist *alleen maar* een verschuiving van de juridische eigendom. Om onverklaarbare redenen doen zij dat hier niet. Het aardige is dat heel Nederland dan op zoek gaat naar een eventuele verklaring van deze inbreuk op de door de Hoge Raad zelf geformuleerde hoofdregel. En zo komen enkele schrijvers tot de slotsom dat de huurder met zijn huurdersbelang en zijn belang bij de restwaarde door de combinatie van put en call plotseling niet al het economisch belang heeft. Wat hem *ontbreekt* en wat de verhuurder *heeft*, is het economisch belang bij het object *via de huurpenningen*. En volgens die andere hoofdregel – de juridisch eigenaar met enig economisch belang is fiscaal eigenaar – zou de BV als juridisch eigenaar van het pand met het economisch belang via de huurpenningen dan terecht door de Hoge Raad als fiscaal eigenaar van het pand zijn aangemerkt.

Deze theorie gaat in mijn optiek niet op. Het belang via de huurpenningen is geen economisch belang in de door de Hoge Raad bedoelde zin. Waarom niet? Het brengt mij tot mijn derde stelling:

**Het recht op huurpenningen is geen economisch belang bij het object. Als het recht op huurpenningen een economisch belang bij het verhuurde object zou vertegenwoordigen, zou een huurder nooit het volledige economische belang bij het verhuurde object kunnen hebben.**

Toch zien wij heel regelmatig dat de huurder door de Hoge Raad als economisch eigenaar wordt gezien, als degene die al het economisch belang heeft.

We hebben nu in kaart gebracht wie er wel en wie er geen economisch belang bij een verhuurd object hebben. Het wordt tijd om deze wijsheid te benutten als hoeksteen voor mijn nieuwe kijk op de economische eigendom. Zoals ik u al meldde past het niet in de materieel-economische benadering van de vennootschapsbelasting – en is dit ook zo door de rechter beslist – om de juridische eigendom in rangorde boven de economische eigendom te stellen. Welnu, een volgende stap – en een laatste stap op weg naar mijn ideaalbeeld – wordt gezet als wij als economisch eigenaar niet enkel één partij aanvaarden, maar alle partijen die gezamenlijk 100% van het economisch belang bezitten. Al die partijen gezamenlijk zijn economisch eigenaar en hun gezamenlijke totaalbelang overstijgt de fiscale betekenis van de juridische eigendom.

U zult mij moeten toegeven dat een dergelijke theorie eigenlijk volgt uit de ook door de rechter aanvaarde gedachte dat we bij het toepassen van de Wet op de vennootschapsbelasting niet materieel-economisch genoeg te werk kunnen gaan. Mijn daaruit getrokken conclusie is daarom wel logisch, maar voor velen wellicht ook nieuw.

Toch is hij dat niet. Ik moet toegeven: in negen van de tien gevallen hanteert de rechter bij fiscale eigendomsvraagstukken de aloude theorie dat de juridisch eigenaar met een deel van het economisch belang volledig fiscaal eigenaar is en niet slechts naar evenredigheid met de omvang van zijn economisch belang. Maar diezelfde rechter beslist ook anders, niet bij terbeschikkingstellingen van bedrijfsmiddelen – de meest voorkomende casus – maar elders.

Een fraai voorbeeld is andermaal het Falconsarrest. Een partij heeft via optieverlening belang gekregen bij de waardeontwikkeling van aandelen die tot een deelneming behoren. De

waardeontwikkeling van dat belang kan onder de deelnemingsvrijstelling vallen, volgens de Hoge Raad, omdat het belang bij de optie eigenlijk economisch belang bij de waardeontwikkeling van het aandeel vertegenwoordigt. Om voor de deelnemingsvrijstelling in aanmerking te komen moet men hetzij juridisch eigenaar van de aandelen zijn, hetzij economisch eigenaar. De houder van de falcons is geen juridisch eigenaar van de aandelen. Hij is evenmin economisch eigenaar van de aandelen, want hij heeft lang niet al het belang bij de waardeontwikkeling, hij heeft slechts belang bij *een deel* van de waardeontwikkeling van het aandeel. In het Falconsarrest erkent de Hoge Raad de gedachte dat de houder van de falcons weliswaar niet als 100% belanghebbende bij de waardeontwikkeling van het aandeel moet worden gezien, maar wel als 100% economisch belanghebbende bij een deel van de waardeontwikkeling. En op dat deel is dan de deelnemingsvrijstelling van toepassing. Het brengt mij tot de volgende stelling:

**Iemand die een deel heeft van het economisch belang, heeft niet 100% economisch belang bij het geheel (en kan om die reden geen economisch eigenaar van het geheel zijn). Hij kan echter als 100% economisch belanghebbende bij een deel, wel economisch eigenaar van een deel zijn.**

Niet alleen het Falconsarrest vormt een bevestiging van deze theorie. Ik heb er bovendien van nature enige moeite mee om het Falconsarrest als breekijzer te gebruiken wanneer het om andere zaken dan de deelnemingsvrijstelling gaat. Het zou namelijk best eens zo kunnen zijn dat de Hoge Raad in het Falconsarrest van de gangbare fiscale eigendomsdoctrine afwijkt omdat hij het ne bis in idem-beginsel prioriteit geeft. Dus het zou mooi zijn als we elders bewijs vonden voor de stelling dat men ook fiscaal eigenaar van een deel van een bedrijfsmiddel kan zijn, omdat men ook maar een deel van het economisch belang heeft. Die bewijzen treffen we met regelmaat aan in de vof-sfeer, waarin ondernemers die in de vof het economisch belang bij een bedrijfsmiddel hebben, ieder voor zich voor een deel als economisch eigenaar worden gezien. Toch gebruik ik die jurisprudentie niet als meest overtuigende bewijs voor het feit dat mijn theorie al latent in de jurisprudentie verborgen zit.

Ik gebruikte daarvoor het arrest van 12 oktober 1983, BNB 1984/87. Het arrest komt mij namelijk op twee manieren te hulp. Niet alleen oordeelt de Hoge Raad namelijk dat twee partijen die beide 50% van het economisch belang bij een pand hebben beide voor 50% als fiscaal eigenaar moeten worden beschouwd, ook is één van die twee economisch belanghebbenden *de juridische eigenaar*. Twee vliegen in één klap dus: twee economisch belanghebbende hebben ieder hun deel in de fiscale eigendom en: de juridisch eigenaar met – nota bene – 50% economisch belang is toch geen fiscaal eigenaar van het geheel, maar slechts van de helft. Dit arrest onderscheidt zich dus van alle andere omdat er ook een juridisch eigenaar in het spel is, een juridisch eigenaar wiens juridische eigendom totaal geen gewicht meer in de schaal legt. Het brengt mij tot een stelling die ziet op de fiscale eigendomsproblematiek:

**De juridische eigendom speelt bij het verdelen van de fiscale eigendom geen rol van betekenis meer.**

Dat is niet de huidige situatie, maar het is in mijn optiek de gewenste situatie.

We hebben nu een nieuw fiscaal eigendomsconcept, waarin de fiscale eigendom in meer dan één hand kan zijn en wordt verdeeld op basis van het economisch belang bij het object. Gaan we dit nieuwe concept nu ongebreideld op iedere situatie toepassen? Gaan we – kortom – de fiscale eigendom van *ieder* bedrijfsmiddel nu zo verdelen?

Men zou de nieuwe theorie als complicerend kunnen ervaren. Een bedrijfsmiddel komt niet meer op één balans, maar wordt op verschillende balansen opgevoerd. Men bedenke dan echter wel dat ik weliswaar een stap heb gezet in dit complicerende proces, maar dat veruit de grootste stap al veel eerder door de Hoge Raad is gezet met het openstellen van de fiscale eigendom voor anderen dan de juridisch eigenaar. Kennelijk heeft de Hoge Raad die stap niet te groot geacht. Het is een stap die in andere landen niet wordt gezet en dat gebeurt dan vaak met name juist uit vrees voor onduidelijke situaties waarover ellenlange discussies kunnen ontstaan. Zo'n wetgever kiest dan openlijk voor een simpele, maar soms niet op de realiteit geënte belastingheffing. Wij deden dat niet, bewust niet.

Maar desondanks streef ik geen ongenueanceerde toepassing van mijn ideeën na. Omdat het bij een materieel-economische benadering past om alleen handelend op te treden indien belangen

materieel zijn – d.w.z. getalsmatig groot en bovendien met wezenlijke fiscale consequenties – zou mijn theoretisch zuivere doch mogelijk praktisch complexe theorie toegepast moeten worden bij relatief of absoluut langlopende terbeschikkingstellingen en op terbeschikkingstellingen waarbij investeringsfaciliteiten in het geding zijn. Het zou ook moeten in situaties waarin de fiscale belangen groot zijn, bijvoorbeeld bij het beantwoorden van de vraag of een bank die voor een ander beursfonds aandelen inkoopt, eigenaar van die aandelen is geweest wanneer de aandelen daags erna ter amortisatie aan de beursvennootschap worden aangeboden. Niet dus voor bijvoorbeeld kortlopende autoleases, die door dit alles nu eenmaal niet worden gekenmerkt.

Als we het dan toch over factoren als complexiteit en werkbaarheid in de fiscale praktijk hebben: leidt de (voorgestelde) commerciële behandeling van bijvoorbeeld leasecontracten daaromtrent dan tot een andere conclusie? Ook commercieel zoekt men naar alternatieven voor de gangbare alles of niets-benadering. Van een operational lease zien we op de balans van de lessee niets terug. De stemmen worden luider dat wanneer een onderneming langlopende huurverplichtingen aangaat voor een pand dat oorspronkelijk in eigendom werd gehouden, zo'n sale and lease back-transactie niet tot een flatterende balansverkorting mag leiden. Ook commercieel neigt men tot voorstellen waarbij een dergelijk leasecontract op de balans van zowel de lessor als op die van de lessee zal verschijnen. Iedere balans zou dan een deel van het economisch belang bij het object moeten weergeven. Maar anders dan fiscaal – waar men geneigd is hierbij *de kostprijs* te verdelen – maakt men commercieel de verdeling *op basis van cashflows*: ieder activeert de verwachte contante waarde van de toekomstige kasstromen die in verband met het ter beschikking gestelde object worden gegenereerd. Het verschil tussen beide benaderingen is dat men in de commerciële benadering al bij aanvang alle winst op het contract – exclusief rentewinst – lijkt te nemen, terwijl dit fiscaal tot op heden geen usance is.

Ondanks het feit dat de nieuwe kijk op details afwijkt van de voorstellen om commercieel tot een meer realistische voorstelling van zaken te komen, verschillen zij niet op het belangrijkste punt: de wens om terzake van langlopende terbeschikkingstellingen iets op te nemen op de balans van verhuurder én huurder. Dit leidt tot mijn laatste stelling.

### **Ontwikkelingen op het gebied van de commerciële jaarverslaggeving vormen voor 'de nieuwe kijk op de economische eigendom' in de fiscale praktijk een steun in de rug.**

Mijnheer de voorzitter, ooit richtte ik in mijn studententijd binnen mijn dispuut een select genootschap op dat als het 'Syndicat des oignons', het 'uiensyndicaat', door het leven zou gaan. Als motto voor dit gezelschap – dat zich ten doel stelde om de ui in zowel voor-, hoofd- als nagerecht prominent aanwezig te doen zijn – bedacht ik "Wie wind zaait zal storm oogsten". Het is aan de heren Bavinck en Postma om te bepalen of deze zinsnede slechts een episode uit mijn studententijd markeert.

*De Voorzitter mr.J.W. van den Berge:* Dank u wel, mijnheer Bruins Slot. Het woord is thans aan de heer Bavinck.

### **3. Debat**

*Mr.C.B.Bavinck*

Mijnheer de voorzitter, dames en heren. Zoals u ziet moet er met het oog op mijn inleiding wat oude apparatuur worden geïnstalleerd, een overheadprojector, waarschijnlijk afkomstig uit de kelder. Aangezien wij normaal ook het recht uit de vorige eeuw toepassen, leek het mij gepast om gebruik te maken van apparatuur uit de vorige eeuw. Die apparatuur heeft ook het voordeel dat zij altijd werkt. Ik zal er overigens een spaarzaam gebruik van maken.

Hoewel men wellicht iets anders van mij had verwacht, begin ik met het maken van complimenten aan het adres van de heer Bruins Slot voor zijn gedachten en zijn proefschrift, dat ik helemaal heb gelezen. Het is niet mijn gewoonte om de tegenwoordige proefschriften van 700 tot 800 bladzijden helemaal te lezen maar dit proefschrift laat zich goed lezen en het is ook zeer boeiend. Ik heb er interessante gedachten in gevonden die voor mij hier en daar eye openers waren. Om te worden geconfronteerd met eye openers lees ik graag wetenschappelijke literatuur. Dat gebeurde zeker bij

lezing van het proefschrift van de heer Bruins Slot. Ik heb er zonder meer van genoten. Dat neemt natuurlijk niet weg dat ik het niet op alle punten met hem eens ben.

De heer Bruins Slot heeft gekozen voor een sterk economische benadering en een dergelijke benadering spreekt mij – althans voor de vraagstukken die spelen in de winstsfeer – vaak aan. Bij fiscale vraagstukken speelt vaak de vraag: moet de juridische, vaak op de tekst van de wet gebaseerde, oplossing of een meer economische benadering prevaleren. Daarbij gaat het vaak om een afweging van enerzijds een heffing naar de economische realiteit en anderzijds heffing volgens een juridisch systeem dat vaak in een redelijk te voorspellen oplossing, dus meer rechtszekerheid, resulteert. Een interessant en moeilijk spanningsveld.

Nog één opmerking vooraf. Ik zal er niet aan kunnen ontkomen een enkel arrest van de Hoge Raad te behandelen. Zeker wanneer ik bij de totstandkoming van het arrest betrokken ben geweest, past mij terughoudendheid. Wanneer ik commentaar geef is dat mijn persoonlijke commentaar. Het is heel goed mogelijk dat ik in mijn hoedanigheid van rechter een ander geluid laat horen, bijvoorbeeld omdat een vaste lijn in de jurisprudentie soms van groter belang is dan de door mij gewenste bijstelling in de jurisprudentie. De gedachten die ik hier ontvouw hebben dus niets te maken met de “gedachten” van de Hoge Raad.

Moet er in het fiscale recht een uniform begrip economische eigendom gelden? Ik ben daar niet erg voor. Zo kennen wij in de overdrachtsbelasting een wettelijke regeling, maar ik denk niet dat die regeling moet worden overgeplant naar de rest van het fiscale recht. De wet Belastingen Rechtsverkeer bepaalt dat voor economische eigendom al “enig risico” in waardeveranderingen voldoende is. Veel schrijvers (recentelijk Leemreis en Hofman) concluderen (o.g.v. de wetsgeschiedenis) dat nagenoeg het gehele belang bij een zaak vereist is. De wettelijke regeling is echter specifiek voor de overdrachtsbelasting in het leven geroepen en is daarom minder geschikt in andere delen van het fiscale recht. Ik moet er niet aan denken dat bij de overdrachtsbelasting het door Bruins Slot voorgestelde systeem wordt ingevoerd: heffing van overdrachtsbelasting bij het gaan verhuren van een pand!

Maar zou een uniform begrip economische eigendom voor alleen de vennootschapsbelasting en de winstsfeer gewenst zijn? Ook daarvan ben ik geen voorstander. Iedere regeling heeft haar eigen behoeften aan een invulling bij welke belanghebbende die regeling moet worden toegepast. Soms zal een gedeeltelijk belang in een zaak, bijvoorbeeld opties, genoeg zijn om te kunnen gelden als (gedeeltelijk) belanghebbende bij die onderliggende zaak, soms is daarvoor het volledige belang – dat wordt dan de economische eigendom genoemd – nodig. Dat kan zijn omdat in die situatie de regels, vaak omwille van de uitvoerbaarheid, strakker moeten zijn. Het laten prevaleren van de economische realiteit vergt maatwerk.

Bruins Slot verdeelt het belang in een goed op mathematische wijze tussen de diverse belanghebbenden en splitst aldus iedere lease in een gemengde operational en financial lease. Bepalend is wie het risico loopt. Degene aan wie de waardemutaties toekomen, heeft ook in zoverre het economische belang bij de zaak. Belangrijk element bij zijn splitsing is dat de lessee gedurende de termijn van het contract – ik neem aan dat Bruins Slot daarbij uitgaat van een niet-opzegbaar contract – de belanghebbende is. Ik ben ik het daarmee eens, maar ik wil wel een kanttekening maken omdat ik niet zeker ben of Bruins Slot daar ook van uitgaat.

Het economische belang berust bij degene die het belang bij de waardemutaties heeft. Nu leren economen dat de waarde gesteld kan worden op de contante waarde van alle toekomstige kasstromen, de discount-and-cash-flow methode (DCF-methode). Wanneer een wijziging in de te verwachten nettobaten optreedt, wijzigt in beginsel ook de waarde. Bij wijziging van de restwaarde verandert derhalve ook de huidige waarde. Nu de huurder. De jaarlijkse bate van het object, bijvoorbeeld een pand, moet gesteld worden op de huurwaarde, die gelijk zal zijn aan de optimale huur die op dat moment bedongen zou kunnen worden. Wanneer de huurder een niet opzegbare huur heeft en de huur vooraf is vastgesteld, zal de huurder de belanghebbende zijn bij de mutaties tussen de huurwaarde en de door de huurder te betalen huur. Dan heeft de huurder dus een gedeelte van het economische belang bij het pand. Vereist is dus wel dat de huur niet opzegbaar is en dat de huurprijs vooraf is vastgesteld. Wanneer het betreffende object met een verwachte levensduur van 10 jaar en een contractsduur van 8 jaar kort na aanschaf zwaar verouderd is - de tijd gaat snel - is het risico voor de 8 jaren van het contract bij de huurder. Een groot gedeelte van het belang berust dus bij hem. Of anders gezegd: de verhuurder weet zich verzekerd van veruit het grootste gedeelte van zijn investering; de huurder moet



nog maar zien of hij de verschuldigde huurtermijnen kan terugverdienen. Het kan dus heel goed dat de huurder met een put- en een calloptie het gehele economische belang heeft. Of dat in het – in de ogen van Bruins Slot memorabele - arrest BNB 2004/437 het geval was, waag ik te betwijfelen. Het is voor de beantwoording van die vraag goed ook de uitspraak van het Hof te bestuderen.

Ik begrijp Bruins Slot heel goed als hij bij de toekenning van de investeringsfaciliteiten hierbij wil aansluiten. Wanneer een investeringsfaciliteit moet toekomen aan de partij die daadwerkelijk investeert – ondernemingsrisico's neemt, en dat ligt voor de hand – werkt het voorstel van Bruins Slot goed uit. Het voorstel van Bruins Slot lijkt nogal gericht te zijn op de problemen met betrekking tot de verdeling van de investeringsfaciliteiten. Deze worden in zijn systeem verdeeld over lessor en lessee op basis van ieders belang in het betreffende bedrijfsmiddel. Veelal zal een groot gedeelte van de faciliteiten toekomen aan de lessee.

Ik ben het dus in beginsel met Bruins Slot eens dat onder omstandigheden de lessee economisch belang heeft. Ik heb echter niet zo veel behoefte aan een gesplitste activering van de geleasede zaak en een dienovereenkomstige verdeling van de investeringsfaciliteiten.

Een eerste reden daarvoor is dat ik veel problemen voorzie in de wijze van splitsing. Zoals: hoe moet de verwachte levensduur worden bepaald en hoe de te verwachten restwaarde? Wat te doen wanneer de leasevergoeding niet geheel vast staat en wat wanneer de lease tussentijds tegen een vergoeding kan worden opgezegd? Moeten partijen altijd vooraf een verdeling overeenkomen? Is de fiscus daaraan dan gebonden? En hoe loopt de afschrijving van een over twee partijen verdeelde boekwaarde? Hoe werkt de Wet op de vennootschapsbelasting 2007 met haar bodemwaarde voor de afschrijving daar op in? Hoe werkt de splitsing internationaal? Er zal geen land zijn met een gelijke verdeling en er zal dus in ieder geval sprake zijn van óf een distorsie óf een dubbeldip. Veel vragen die veel onzekerheden zullen oproepen. Hierbij dienen wij ons te realiseren dat de belangen van lessor en lessee niet parallel lopen. Dubbele procedures kunnen het gevolg zijn.

Meer principieel is mijn bezwaar tegen de verdeling van het belang over de gebruiks jaren. Is het risico dat het rendement in een later jaar zal verschillen ten opzichte van de leasetermijn niet veel groter dan dat risico voor de eerste termijn?

Bruins Slot wil de praktische problemen ondervangen door zijn systeem niet bij massale lease, zoals de autolease, toe te passen. Dat lijkt mij weinig consequent. Bij de autolease kunnen de belangen bovendien zeer groot zijn. In het systeem van Bruins Slot worden in ieder geval de lasten van de lessee in de eerste jaren hoger. Immers de lasten van een auto nemen in de loop der jaren af in verband met lagere rentelasten, terwijl bij een lease de lasten gelijk blijven.

De verdeling van de investeringsfaciliteiten wordt beheerst door het leasearrest. Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de lessor fiscaal geacht moet worden in een bedrijfsmiddel te investeren, tenzij op grond van de inhoud van het leasecontract moet worden aangenomen dat het gehele economische belang bij het object is komen te berusten bij de lessee. Dat is een duidelijke uitspraak, waarbij men nog wel de vraag kan stellen wat het gehele economische belang precies inhoudt. Is dat gelijk aan nagenoeg geheel, of is het vrijwel geheel (een recentelijk door de Hoge Raad in een ander verband gebruikte omschrijving). De praktijk heeft, naar ik mij heb laten vertellen daarna zijn weg gevonden, o.a. door het treffen van convenanten, waar naar ik meen ook Bruins Slot bij nog betrokken is geweest. Hier doet zich naar mijn mening nu zo'n situatie voor dat de rechter er wijs aan doet een hard and fast rule te stellen in plaats van allerlei verfijningen die misschien meer aansluiten bij de economische realiteit. Ik vind het lease arrest verstandig en handig in een situatie waarin belangen zeer tegenstrijdig kunnen zijn en je niet in het moeras terecht moet komen van verdelingen die niet duidelijk zijn.

Bruins Slot meent in de jurisprudentie aanknopingspunten te kunnen vinden voor zijn voorstel. Dat zie ik toch anders. In het arrest BNB 1984/87 was het belang bij een pand verdeeld over de juridische eigenaar voor 50% en de financier die als aflossing 50% van de waarde van het pand zou ontvangen. Dan is er sprake van een gedeeld belang, maar in die zin dat de financier het volledige belang van de onverdeelde helft heeft zoals dat ook bij een maatschap het geval kan zijn. Dat de financier niet het juridische belang bezit, is geen belemmering om hem voor 50% de fiscale eigendom toe te rekenen. Dat is toch iets anders dan het verdelen van het economische belang tussen huurder en eigenaar.

Het andere arrest waarin Bruins Slot steun denkt te vinden is het Falconsarrest. Daarop ga ik hierna verder in. Ik kom nu toe aan het gebied van de financiële instrumenten. In hoeverre levert dat

een rechtstreeks economisch belang bij of wellicht economische eigendom van de onderliggende waarden? Indien een objectieve vrijstelling in het geding is, zoals de deelnemingsvrijstelling, is de vraag of die vrijstelling van toepassing is. Het belang is dan evident. Maar ook wanneer geen vrijstelling in het geding is, kan er een belang zijn. Denk bijvoorbeeld aan de vraag of een tussentijdse – bij afwikkeling van het financiële instrument – winstneming moet plaatsvinden. Ik beperk mij in eerste instantie tot het bespreken van de gevolgen van een calloptie. Ik zal daarbij een aantal vormen bespreken waarbij geleidelijk de binding met de onderliggende waarde geringer wordt. Het "papieren" gehalte neemt dan toe.

Ik begin bij een eigenaar van een bedrijfsmiddel, bijvoorbeeld een pand, die aan een derde een optie verstrekt om het pand gedurende een periode voor een bepaalde prijs te mogen kopen. De optie kan om niet worden verleend, als een soort van 'service' van de verkoper aan de potentiële koper, maar het komt ook voor dat voor die optie betaald wordt. Laten we van het laatste geval uitgaan.

Waarde pand 1 mln

Verkoper verleent voor 10.000 een optie met uitoefenprijs 1 mln

Waarde pand bij uitoefening optie: 1,1 mln

Vraag: Wat wordt de kostprijs voor de koper?

Mogelijkheid 1: Aankoopsom optie	10.000
Optieuitoefenprijs	<u>1.000.000</u>
Totaal	1.010.000

Mogelijkheid 2: Waarde pand	1.100.000
Betaald	<u>1.010.000</u>
Winst optie	90.000

Door de optie verkrijgt de optiehouder een belang in het te kopen pand. Immers, wanneer de waarde stijgt boven de optie-uitoefenprijs is het voordeel voor hem. Wat is nu voor de optiehouder de kostprijs van het pand wanneer hij de optie uitoefent? Ik denk niet dat daarover veel discussie mogelijk is: de kostprijs bestaat uit de voor de optie betaalde prijs vermeerderd met de bij de uitoefening van de optie betaalde prijs voor het pand. Het ligt voor de hand dat die uiteindelijke kostprijs voor het pand lager is dan de waarde van het pand ten tijde van de verkrijging van het pand. Dat wordt veroorzaakt door de waardemutatie van de optie en het belang dat de koper toen, als houder van de optie, in het pand bezat. Dat belang wordt bij de koop als het ware vermeerderd tot 100% zonder dat dit op dat moment tot een heffing leidt over de winst ter zake van de optie. De optie vormde bij de houder een rechtstreeks belang bij het pand dat door de uitoefening daarvan alleen maar wordt uitgebreid.

Bij de verkoper zal de opbrengst van het pand ook uit deze elementen bestaan. In de optiefase is er dus sprake van een, ook in de boekhoudkundige verwerking tot uitdrukking komende, verdeling van het belang in het pand. Zoals dus Bruins Slot voorstaat. In dit kader zou ik niet willen spreken van economische eigendom. De optiehouder is geen economische eigenaar, maar wel rechtstreeks belanghebbende bij het pand. Daardoor vinden er in de verwervingsfase/ vervreemdingsfase geen tussenstappen met een afzonderlijke resultaatverantwoording plaats.

Bij bovenstaande casus gaat het om de hoogte van de jaarwinst; de totaalwinst speelt geen rol. In een soortgelijke casus met betrekking tot een deelneming is dat wel het geval. Hoe moet dan de deelnemingsvrijstelling worden toegepast? Twee vragen spelen een rol: de vraag of sprake is van een deelneming – de kwaliteitseis – en de vraag voor welk bedrag die vrijstelling moet worden toegepast. Die vragen moeten uit elkaar worden gehouden, maar de vragen lopen ook door elkaar heen. Bij de laatste vraag gaat het met name om de bepaling van de verkrijgingsprijs en de vervreemdingsprijs. Ik begin met deze vraag: wat is de kostprijs van de deelneming en wat is de vervreemdingsprijs? Dit is een vraag die normaal gesproken door goed koopmansgebruik wordt beslist, maar het betreft hier de bepaling van de totale winst.

Een interessante vraag is of dan wel de regels van goed koopmansgebruik kunnen gelden. Ik wou daar voorshands maar wel van uitgaan. Een leuk onderwerp voor een studie.

Stel het geval van een calloptie op een 100% belang in een deelneming. Ligt het niet voor de hand dan op gelijke wijze te handelen als bij het voorbeeld van het bedrijfsmiddel door de kostprijs van de deelneming voor de koper te stellen op de optiepremie + optie-uitoefenprijs? Indien de optie in waarde is gestegen, heeft de verkoper een lagere (vrijgestelde) winst dan hij zou hebben gehad bij een vervreemding zonder voorafgaande verstrekking van een calloptie. De koper heeft een lagere kostprijs voor de deelneming en daardoor t.z.t. een hogere (vrijgestelde) winst. De eventuele waardeinstijging boven de optieuitoefenkoers valt bij de koper onder de deelnemingsvrijstelling; bij de verkoper zal het verlies op de optie in de deelnemingsvrijstelling onder gaan. Hierdoor wordt ook voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling het belang bij de deelneming in de optiefase over de verkoper, de houder van de deelneming, en de koper verdeeld. In feite is er in deze situatie weinig aan de hand omdat zowel koper als verkoper een deelneming hadden, respectievelijk verwerven en daardoor voldoen aan de voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling vereiste *kwaliteit*. Dat neemt echter niet weg dat bij de koper een waardeinstijging onder de deelnemingsvrijstelling valt die plaatsvond op een moment waarop hij nog niet voldeed aan de kwaliteitsvereisten. Daarom valt tegen bovenstaande benadering in te brengen dat de comparimeteringsleer leert dat de deelnemingsvrijstelling wordt beperkt tot de waardemutatie tijdens de deelnemingsfase. Dan zou de deelnemingsvrijstelling moeten worden beperkt tot de waardemutatie tussen het moment van verkrijging en het moment van vervreemding, dus gedurende de periode dat bij de houder van het belang in de deelneming dit belang de kwaliteit van een deelneming bezit. Dat is voor de koper in de optiefase nog niet het geval. In die leer zou bij de koper de winst op de calloptie belast zijn. Of het verlies voor de verkoper aftrekbaar zou zijn, valt te bezien. Maar zou de compartimeteringsleer dan niet erg ver worden doorgetrokken?

In deze sfeer ligt de casus van BNB 2000/21, een arrest dat in vergelijking tot het Falconsarrest opvallend weinig aandacht heeft gekregen. In die zaak had een belastingplichtige A een calloptie op een pakket ter grootte van 1/3 van het totale kapitaal van een deelneming aan een derde verleend, terwijl hij een putoptie voor een gelijk bedrag kreeg. Bovendien werd afgesproken dat geen dividend zou worden uitgekeerd. Het Hof stelde vast dat de risico's van het pakket in zeer overwegende mate bij de derde kwamen te berusten. Die verkreeg echter kennelijk niet de economische eigendom. A kocht na enige tijd de opties af en wilde de betaling als een verlies claimen (bij de derde was de opbrengst kennelijk belast). Hof en Hoge Raad oordeelden dat de betaling bij A bij de kostprijs van de deelneming moest worden gevoegd. Kennelijk kocht A het rechtstreekse belang van de derde bij de deelneming af. Falcon avant la lettre.

Dan nu het Falconsarrest. Het belangrijkste verschil met bovenstaand voorbeeld is dat de falcons verhandelbare optiebewijzen waren die aan de Amsterdamse effectenbeurs waren genoteerd. Het betrof dus niet zozeer een optie gericht op de verwerving van een deelneming, maar een financieel instrument, bestemd voor beleggers. De falcons hadden echter wel betrekking op een concreet pakket aandelen, ondergebracht bij een administratiekantoor. Het betrof dus opties op reële aanwijsbare aandelen. Het is daarom de vraag of het op de beurs verhandelbaar zijn van de falcons een van belang zijnd verschil is. Daarom ligt het doortrekken van de omschreven keuze naar de falcons wel voor de hand.

Het bijzondere van het Falconsarrest ligt dan niet zozeer in de berekening van de hoogte van de vrijgestelde winst bij verwerving (en vervreemding) van een deelneming die met gebruikmaking van een optierecht is verworven (vervreemd), maar in de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op gevallen waarin het in het geheel niet komt tot de vervreemding van de deelneming waarop de optie betrekking heeft. Dan wordt bij de houder van de optie de deelnemingsvrijstelling toegepast zonder dat hij ooit aandeelhouder is geworden. Heeft hij ooit de kwaliteit van houder van een deelneming gehad: vormt de calloptie een deelneming of wordt bij hem de deelnemingsvrijstelling toegepast omdat het resultaat op de optie bij uitoefening ook onder de deelnemingsvrijstelling zou zijn gevallen? Gebeurt dit op grond van een redelijke wetstoepassing? Een open vraag. Ik zal mij niet aan bespiegelingen wagen. Feit is in ieder geval dat met het Falconsarrest de deelnemingsvrijstelling wordt gesplitst over de belanghebbenden. In de lijn met Bruins Slot dus, zou ik zeggen. De motivering van die splitsing wordt gevonden in de doelstelling van de deelnemingsvrijstelling: ne bis in idem. Het kan heel goed zijn dat bij een andere objectieve vrijstelling, de landbouwvrijstelling, deze verdeling niet moet worden toegepast. Die vrijstelling heeft een andere achtergrond (geen ne bis in idem) waardoor de jurisprudentie m.b.t. de deelnemingsvrijstelling niet 1 op 1 toepasbaar is. Zie bijvoorbeeld BNB 1969/201 (rouwkooparrest) en BNB 2004/419.

Geldt de deelnemingsvrijstelling wanneer de hoofdsom van een vordering afhankelijk is gesteld van de waardeontwikkeling van een 5%-pakket in een vennootschap? Zowel debiteur als crediteur behoeft in een dergelijke situatie geen aandelen in de desbetreffende vennootschap te bezitten. De waardeontwikkeling van de onderliggende aandelen is een rekengrootheid voor de vaststelling van de omvang van de vordering. Moet daarvoor de deelnemingsvrijstelling gelden? Dat lijkt mij van niet. In het Falconsarrest ging het om een aandeelhouder die voldeed aan de kwaliteitseisen voor de deelnemingsvrijstelling. De falcons hadden ook betrekking op werkelijke pakketten aandelen. Ik verwijs ook nog naar BNB 2005/254 waarin wordt overwogen: "Het Hof heeft geoordeeld dat de overeenkomst tussen A en B gericht is geweest op de verkrijging door B van aandelen in C tegen uitreiking van aandelen in B aan A, nadat A haar distributieactiviteiten aan C zou hebben overgedragen." Geen cash settlements dus.

Er moet een scherp onderscheid gemaakt worden tussen het geval waarin het financiële instrument een rechtstreeks belang creëert in de onderliggende waarde en dat waarin sprake is van een loutere rekengrootheid. In BNB 1984/87 was kennelijk sprake van een rechtstreeks belang bij het pand en niet van een indirect belang waarbij de waardeontwikkeling van het pand een rekengrootheid vormt voor de hoogte van de aflossingsverplichting. De financier had een rechtsbetrekking met de juridische eigenaar bij wie het pand (gedeeltelijk) juridisch was gesteld.

Zou de beslissing gelijklopend zijn geweest indien de vordering was geïndexeerd aan de waardeontwikkeling van een pakket aandelen Royal Dutch? Wordt de crediteur dan economisch eigenaar van die aandelen Royal Dutch die de debiteur misschien in het geheel niet in zijn bezit heeft? Dan lijkt mij louter sprake van een rekengrootheid. Hetzelfde geldt bij een koppeling van de vordering aan de prijsindex gezinsconsumptie. Dan is er sprake van rente (BNB 1974/273).

Leemreis heeft in zijn bijdrage aan de Van Brunschot-bundel verdedigd dat economische eigendom niet moet worden aangenomen wanneer het uitsluitend om een cash settlement gaat. Een belang bij een zaak – anders dan de volledige economische eigendom van die zaak - kan aan die onderliggende zaak worden toegerekend met eventueel ook het fiscale regime dat daar bij hoort, wanneer dat belang gericht is op de verkrijging van die zaak, zo betoogt hij. Ik ben het daarmee eens.

Dat leidt mij tot de vraag of een SAR, een Stock Appreciation Right, moet worden gelijkgesteld met een recht om aandelen in de desbetreffende vennootschap te verkrijgen. Dan zou een betaling uit hoofde van een SAR-verplichting vallen onder de uitsluiting van aftrek van art. 10, lid 1, letter j, Wet Vpb (2007). Ook hier aarzel ik om de loutere betalingsverplichting met de – in waarde op gelijke wijze muterende – onderliggende zaak gelijk te stellen. De houders van de SAR kunnen toch moeilijk worden gelijkgesteld met de houders van een optie op de desbetreffende aandelen? De onderliggende aandelen vormen slechts een rekengrootheid. De SAR creëert echter geen rechtstreeks belang bij die aandelen.

Dat brengt mij bij BNB 2005/260: de uitbetaling van de waarde van een conversierecht werd op gelijke wijze behandeld als een conversie in aandelen. In die casus had de vennootschap echter in geval van conversie de keuze tot conversie in aandelen of een betaling in geld. Er stond dus niet vooraf vast dat er een cash settlement zou plaatsvinden. Of de beslissing gelijklopend zou zijn geweest indien altijd een betaling in geld zou plaatsvinden en het conversierecht uitsluitend een rekengrootheid zou zijn, waag ik te betwijfelen.

Ook bij stocklending kan er sprake zijn van 'papieren' economische eigendom. Wanneer A aan B 100 aandelen Royal Dutch leent (tegen vergoeding van dividend + opslag) en B die aandelen verkoopt aan C, is er één juridische eigenaar die ook economische eigenaar is en één economische eigenaar (A). Hoe kan dat? Dat komt doordat B 100 aandelen short staat en dus een negatieve economische eigendom heeft. Hoe moet hiermee worden omgegaan? Ook hier zou ik een oplossing willen vinden afhankelijk van de aan de orde zijnde vraag. Wanneer het om de dividendbelasting gaat, lijkt mij alleen de positie van C relevant is. Hij ontvangt het dividend van de vennootschap. Maar voor de waardering van de aandelen bij A mag ervan worden uitgegaan dat A zijn aandelen niet heeft vervreemd. Hij mag ze gewoon op zijn balans laten staan. Ik ga verder maar niet in op de betaling tussen B en A.

Ik kom tot een conclusie. Ik heb geen behoefte aan een allesomvattend concept van wie fiscaal als eigenaar moet worden aangemerkt. Ik voel meer voor een oplossing per probleemgebied. Ik besprak de investeringsfaciliteiten en enkele financiële instrumenten. Bij financiële instrumenten is het niet eenvoudig de grens te trekken tussen een rechtstreeks belang bij de onderliggende zaak en een indirect belang waarbij de onderliggende zaak slechts als rekengrootheid dient. In dat laatste geval is sprake van een zelfstandig – los van de onderliggende zaak staande – zaak. Mijnheer de voorzitter, boeiende, maar ook moeilijke materie.

*De Voorzitter mr.J.W. van den Berge:* Dank u wel, mijnheer Bavinck. Het woord is aan de heer Postma.

*Drs. A.J. Postma:*

Voorzitter. Ik moet beginnen met u teleur te stellen. Er is zoveel interessant materiaal te vinden op het Nederlandse gebied dat ik mij niet heb gewaagd aan het Amerikaanse. Ik feliciteer de heer Bruins Slot met zijn promotie en met het door hem uitgebrachte boek. Het heeft mij op bepaalde gebieden een andere kijk op de dingen gegeven. Dat wil nog niet zeggen dat ik zijn conclusies helemaal volg.

Ik zou vanmiddag graag beginnen met de vraag of er, zoals de heer Bruins Slot stelt, nu werkelijk zoveel gesoebat is over de mate van economisch belang die nodig is voor de toepassing van "substance over form" bij fiscale eigendom. Ik heb mij daarbij geconcentreerd op uitspraken van de Hoge Raad en bewust de rechtspraak van de hoven en de rechtbanken genegeerd. Het valt mij dan op dat het voor een juridisch eigenaar moeilijker is om zijn fiscale eigendom kwijt te raken dan voor een niet juridische eigenaar om als fiscaal eigenaar aangemerkt te worden. Een voorbeeld waarin voor juridische eigendom een sterk aanknopingspunt bleek te vinden is het al gememoreerde arrest over de put/call over een vastgoed. De verschillende behandeling van juridische en niet juridische eigenaren leidt mij tot de eerste stelling:

**De eisen voor fiscale eigendom door een juridische eigenaar sluiten niet naadloos aan op de eisen voor fiscale eigendom door een niet juridische eigenaar.**

Met andere woorden, in voorkomende gevallen kunnen er gelijktijdig twee volledig fiscaal eigenaren zijn, dit in tegenstelling tot het betoog van de heer Bruins Slot die uit de jurisprudentie afleest dat er gelijktijdig meer deeleigenaren kunnen zijn.

Dat is wel heel boud, hoor ik u al denken. Jurisprudentie opgedeeld in zaken aangaande juridische eigendom en fiscale economische eigendom geeft toch interessante resultaten. Er zijn wellicht ook wat witte raven ter ondersteuning van mijn stelling. Uit twee arresten uit 1985 blijkt bijvoorbeeld dat een verkoop onder voorbehoud nog geen realisatie met zich hoeft te brengen, terwijl een koop onder voorbehoud al wel een investering is. Deze arresten werden binnen een week van elkaar gewezen, door de Hoge Raad in dezelfde samenstelling. Lang daarvoor besliste de Hoge Raad dat voor de juridische eigenaar van een onroerende zaak deze zaak een bron van inkomen is, ondanks een door hem afgesloten verkoopovereenkomst. Daartegenover wordt de onroerende zaak voor de koper ook een bron van inkomen.

Iedere fiscalist heeft zich wel eens verbaasd over de opmerking van de Hoge Raad in BNB 1986/118 waarin deze zegt "niet *slechts* de juridische eigenaar is aandeelhouder maar *tevens* degene die...". Maar het meest sprekend is voor mij toch het geval waarin iemand een stuk grond verkocht met het recht om het tegen een geïndexeerd bedrag terug te kopen. De juridische eigendom en het volledige risico voor prijsdaling waren bij de koper. De Hoge Raad gaf de verkoper de keuze om de grond als verkocht aan te merken of de grond op zijn balans te houden en het ontvangen bedrag als lening aan te merken (BNB 1996/274). De behandeling bij de koper is niet bekend maar ik kan mij toch nauwelijks voorstellen dat de keuze van de verkoper maatgevend is voor de fiscale behandeling bij de koper.

Wat zijn dan die eisen voor de juridisch eigenaar? Wij komen hier bij de door de heer Bruins Slot met alles-of-niets-benadering aangeduide situatie. Een juridische eigenaar is fiscaal eigenaar indien hij enig belang heeft bij de zaak, waaronder niet alleen het risico van waardedaling maar ook dat van tenietgaan. Kan dit ook in het eerder genoemde put/call-arrest een impliciete rol hebben gespeeld: de omstandigheid dat de juridische eigenaar van het pand ten slotte het risico van tenietgaan draagt? Kortom, anders dan de heer Bruins Slot, ben ik van mening dat de rol van het risico van tenietgaan helemaal niet is uitgespeeld. Ik kom hierop nog terug.

De eisen voor de economische eigenaar zijn in de jurisprudentie meer diffuus. Dit is naar mijn mening geen tekortkoming in het systeem: het geeft de rechter armslag. Een terugkerend thema lijkt wel het aangaan van een verplichting, in juridische zin dan wel in de zin van een waarschijnlijke economische urgentie. Een ander terugkerend thema voor de economische eigenaar lijkt de relatie die moet bestaan met de juridische eigenaar. Ik zou dit graag als tweede stelling naar voren brengen:

**Een niet juridische eigenaar kan slechts als fiscaal eigenaar worden aangemerkt op grond van zijn juridische verhouding met de zakenrechtelijke eigenaar.**

Deze eis wordt duidelijk gesteld in het zogenaamde lease arrest (BNB 1986/75) maar ook in het bekende arrest over de deelnemingsvrijstelling voor certificaten (BNB 1986/118). Daarom trek ik de bewering van de heer Bruins Slot dat een economische eigenaar die een verzekering heeft afgesloten geen economische eigenaar meer is, sterk in twijfel. Immers, zo beweert hij, zo handelend verliest de economische eigenaar zijn risico van tenietgaan. Hij verliest daarbij uit het oog dat het slechts de verhouding tussen de juridische en de economische eigenaar is die geldt en niet hun overeenkomsten met derden. Het kan toch niet zo zijn dat als ik met mijn broer afspreek dat hij aan mij tegen een vergoeding vooraf de waardeontwikkeling van het huis van de heer Bruins Slot vergoedt, ik plotseling dat huis fiscaal moet activeren, of zelfs maar dat een dergelijk contract overdrachtsbelastinggevolgen zou hebben!

Daarmee zijn wij dan eigenlijk aanbeland in de wereld van de derivaten of, in het Nederlands, afgeleide rechten. Naar mijn overtuiging wordt in het proefschrift en in het zojuist gehouden betoog van de heer Bruins Slot te gemakkelijk een verbinding gemaakt tussen het vraagstuk van de fiscale eigendom en het fenomeen economisch goed. Ik zou met betrekking tot economisch goed willen stellen dat:

**Een wezenskenmerk van een economisch goed is dat het een belang is bij een zaak die, of een recht dat, een ander toebehoort.**

Dus de economischgoedhouder is per definitie geen fiscaal eigenaar. Ik zou ook willen voorstellen om Falcons (BNB 2003/34, BNB 2006/7, BNB 2007/61) als een economischgoedarrest te beschouwen. In Falcons wordt de optiehouder door de Hoge Raad niet als een aandeelhouder aangemerkt. De winst of het verlies uit het optierecht zelf is wat toegang geeft tot de deelnemingsvrijstelling. Dit blijkt nog sterker uit de omstandigheid dat een cash settling van de opties al toegang tot de deelnemingsvrijstelling geeft. De heer Bavinck heeft zo-even geponeerd dat het nog open is of, als iemand zijn optie verkoopt, dat al dan niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. Volgens mij is in het zeer recente arrest BNB 2007/67, waarin een belanghebbende een optie die hij op aandelen had zelf verkocht, door de Hoge Raad beslist dat dit ook onder de deelnemingsvrijstelling viel. Uit niets valt op te maken dat de optiehouder als een aandeelhouder moet worden aangemerkt.

Met de term "belang" bedoel ik wel aan te duiden dat er een juridische schakeling moet bestaan met de persoon aan wie de zaak of het recht toebehoort. Deze eis is waarschijnlijk minder strikt dan de rechtstreekse juridische koppeling waarover ik eerder sprak bij de economische eigendom. Maar een koppeling met de civielrechtelijke eigenaar, al dan niet met de tussenstap van bijvoorbeeld de economische eigenaar, is mijns inziens vereist. Als deze mening wordt gevolgd, volgt daaruit dat Falcons slechts ziet op die situaties waarin de optie is verstrekt of gekocht door de aandeelhouder die de deelneming heeft die het onderwerp is van de opsplitsing. Daarnaast moeten, bij uitoefening van de optie, de aandelen bij de verkrijger een deelneming kunnen vormen: een dubbele deelnemingseis. Dit lijkt mij ook alleszins redelijk. Anders zou op dezelfde deelneming gelijktijdig oneindig vaak het ne bis in idem kunnen worden toegepast. Elke financiering in Nederland zou de vorm krijgen van een derivaat op basis van een pakket aandelen. De Hoge Raad gaat, gezien de bewoording van de Falconsarresten, volgens mij dan ook van de genoemde koppeling met de eigenaar c.q. aandeelhouder uit. Een verdere bevestiging hiervan zie ik in het putwarrantarrest (BNB 1996/365c\*). In dat arrest verkocht belanghebbende een deelneming. Tegelijkertijd schreef hij een recht aan de kopers om de aandelen terug te mogen leveren. Dit recht werd gewaardeerd op f. 1,65 per aandeel. Toen de putoptie expireerde wilde belanghebbende dit bedrag onder de deelnemingsvrijstelling brengen maar de Hoge Raad weigerde dit en de putpremie werd belast.

Interessant is dat de Hoge Raad het putwarrantarrest in het Falconsarrest ter sprake brengt en aangeeft dat beide arresten in elkaars verlengde liggen. Dit is in het licht van de dubbele deelnemingseis ook logisch. Immers, de houders van de putwarrant hadden zelf geen deelneming. Aan de dubbele deelnemingseis werd derhalve niet voldaan en daarom kon, onder de Falconsdoctrine, de premie bij de schrijver van de putwarrant niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen.

Dit brengt mij bij mijn laatste punt, wellicht een klein uitstapje van het thema, namelijk de toepassing van de deelnemingsvrijstelling op conversiewinst bij converteerbare obligaties. Zoals besproken vereist de Falconsdoctrine dat de schrijver van de call dan wel de koper van de put het belang bij een deelneming opsplijst. Dit betekent dan ook dat de principes van Falcons volgens mij niet van toepassing kunnen zijn op het conversieoordeel. Immers, de uitgever van de convertible heeft geen deelneming in zichzelf. Daarom wordt als gevolg van het in de convertible belichaamde callrecht geen belang bij een deelneming opgesplijst.

Is er enige andere reden voor het vrijstellen van de conversiewinst? Op het eerste gezicht lijkt er iets voor te zeggen. De bewoordingen die door de Hoge Raad worden gehanteerd in de werknemersoptiearresten (BNB 2001/160 en BNB 2001/161) en het kasvariantarrest (BNB 2005/260) geven daarvoor zeker aanleiding. En dan is er nog de beslissing die ik maar even het Zwitserse AG-arrest ga noemen (BNB 2005/254). Maar ik meen dat hiermee toch met de nodige voorzichtigheid moet worden omgegaan. Vandaar de laatste stelling:

### **Koerswinst op converteerbare obligaties is belast: BNB 1982/72 is de hoofdregel.**

De verwarring is ontstaan door een vijf jaar later gewezen arrest (BNB 1987/201) waar een belanghebbende converteerbare obligaties uit de markt kocht om – ik citeer de Hoge Raad -: "te voorkomen dat derden dat recht zouden krijgen of verkrijgen." Ook uit de rest van de beslissing valt op te maken dat de Hoge Raad in dit specifieke geval het verlies op het conversierecht toerekent aan de al bestaande deelneming van belanghebbende en niet aan de aandelen die uit de conversie ontstaan, en ook overigens BNB 1982/72 als hoofdregel aanhoudt. Ik heb verder geen enkele aanleiding gevonden om aan te nemen dat de Hoge Raad van zijn beslissing uit 1996 (BNB 1996/299c\*), dat een conversierecht geacht moet worden deel uit te maken van het in de obligatie belichaamde vermogensrecht, is teruggekomen.

De werknemersoptiearresten en het kasvariantarrest zien, ondanks hun algemene bewoordingen, slechts op de uitgever van de opties en niet op toepassing van de deelnemingsvrijstelling bij de houder van de optie. Daarmee wordt het toepassen van de deelnemingsvrijstelling op conversiewinst volledig opgehangen aan het Zwitserse AG-arrest. Deze zaak betrof een situatie waarin belanghebbende een deelneming vervreemdt en als tegenprestatie aandelen verkrijgt in de koper van de deelneming. Het interessante aan deze zaak is dat de koper deze aandelen niet meteen uitgaf maar pas anderhalve maand later. Daarmee had belanghebbende gedurende deze periode niet de aandelen zelf maar een vorderingsrecht op de aandelen. De Hoge Raad besliste dat, nu het de bedoeling van partijen was om een aandelenruil tot stand te brengen, ook de waardeontwikkeling van het tijdelijke vorderingsrecht onder de deelnemingsvrijstelling moest vallen. Dit is een volkomen begrijpelijke beslissing. Om daar vervolgens in te lezen dat conversiewinst op converteerbare obligaties ook onder de deelnemingsvrijstelling valt en dat de hoofdregel van BNB 1982/72 is verlaten voert mij iets te ver.

Ik sluit af en vat samen. Er zijn verschillen tussen de zienswijze van de heer Bruins Slot, de manier waarop hij de jurisprudentie leest en de manier waarop ik de jurisprudentie lees. Niettemin heb ik een paar extra kopieën van zijn boek gekocht. Ik ben van plan deze naar de inspectie onroerende zaakbelasting te sturen ter ondersteuning van een verzoek om een nieuwe waardevaststelling van mijn huis. Doordat ik het pand flink heb verzekerd is er volgende dit proefschrift immers een deel van de eigendom van het pand naar de verzekeringsmaatschappij gegaan. Ik ben benieuwd naar hun reactie.

#### 4. Beantwoording van de debaters

*Dr. W. Bruins Slot:*

Mijnheer de voorzitter. Ik heb in de pauze niet meer zoveel hoeven nadenken, omdat het merendeel van de oppositie mij reeds van tevoren kenbaar was gemaakt. De discussie kan daardoor op een wat hoger niveau worden gebracht.

De heer Bavinck is geen voorstander van een uniforme uitleg van het begrip economische eigendom in het fiscale. Daar zijn wij vlug uit, want dat ben ik ook niet. Ik heb al meteen gezegd dat ik mij – niet omdat ik er geen verstand van heb, maar omdat het een heel andere belasting is – niet bezighoudt met de overdrachtsbelasting. De angst die is geschetst dat de huurder ook te maken zou krijgen met de overdrachtsbelasting is in mijn theorie absoluut niet gegrond. Mijn theorie is voornamelijk beperkt tot de winstsfeer. Dat is in mijn optiek niet onlogisch, omdat juist de winstsfeer noopt tot een economische benadering. Die economische benadering is niet noodzakelijk bij een belasting die nu juist niet materieel is, maar aansluit bij de formele gang van zaken, zoals de overdrachtsbelasting.

Iets anders, waarover de heer Bavinck wellicht met mij van mening verschilt, is een uniforme toepassing van het begrip economische eigendom in de winstsfeer. De heer Bavinck acht die niet wenselijk. Hij noemt impliciet drie voorbeelden: de deelnemingsvrijstelling, waar een bepaalde uitleg aan het begrip economische eigendom zou moeten worden gegeven, al het andere en de investeringsfaciliteiten. Het grappige is dat ik zijn conclusie deel dat die drie categorieën verschillend behandeld zouden moeten worden. De weg waarlangs wij tot die gemeenschappelijke conclusie komen verschilt echter. In de praktijk zijn de verschillende uitleggen ook te zien. Dat gebeurt doordat bij het toepassen van investeringsfaciliteiten het begrip economische eigendom geen doorslaggevende rol speelt. Een investeringsfaciliteit als de vroegere WIR, de huidige investeringsaftrekken, de EIA en de NIA wordt namelijk niet toegekend aan de economisch eigenaar maar aan degene die investeert. Dat is ook de conclusie van mijn proefschrift. Ik wil niet zeggen dat die opzienbarend is, maar het staat er wel in. Ik heb er lange tijd over gedaan om te ontdekken dat investeren iets anders is dan activeren. Activeren doe je als economisch eigenaar. Uit de jurisprudentie blijkt dat je vaak investeert als je economisch eigenaar bent, maar soms ook niet als je economisch eigenaar bent. Daarom kun je bij investeringsfaciliteiten tot de conclusie komen dat het niet de economisch eigenaar is die investeert, maar een ander. Dat betekent niet dat je bij investeringsfaciliteiten het begrip economische eigendom anders duidt dan in andere gevallen, maar het betekent dat het begrip economische eigendom daar minder relevant is dan in andere situaties.

De deelnemingsvrijstelling is in mijn optiek een verhaal apart. Voor een deelnemingsvrijstelling is het uiteraard van belang dat je bijvoorbeeld economisch eigenaar bent. De rechter moet rekening houden met het begrip economische eigendom, maar een uitleg van het Falconsarrest zou kunnen zijn dat men het normale begrip economische eigendom wel niet verandert, maar wel ondergeschikt maakt aan iets anders, waaraan men een hogere prioriteit toekent, bijvoorbeeld het ne bis in idem-beginsel. De Hoge Raad zou in het Falconsarrest tot de slotsom kunnen zijn gekomen, dat de optiehouder misschien geen economisch eigenaar is van een stukje optie, maar dat die hoewel hij niet voldoet aan de criteria voor de deelnemingsvrijstelling die deelnemingsvrijstelling toch wel krijgt, omdat daarmee recht wordt gedaan aan het ne bis in idem-beginsel. Dit leidt mij nog steeds niet tot de conclusie dat wij in diverse segmenten van onze vennootschapsbelasting het begrip economische eigendom verschillend interpreteren. De interpretatie van het begrip economische eigendom is eenduidig, maar in de ene situatie hebben wij het over investeren en in de andere situatie hebben wij het over een hoger belang, namelijk de toepassing van het ne bis in idem-beginsel. Het resultaat is hetzelfde als wat de heer Bavinck signaleert en wenselijk acht, namelijk dat in de drie segmenten niet alles op dezelfde manier wordt behandeld.

De heer Postma komt met de stelling dat twee partijen allebei fiscaal eigenaar zouden kunnen zijn. Hij duidde dat zelf aan als een boude stelling. Ik denk dan: dat moet niet kunnen. Waar zit dan de fout, om het eerbiedig te zeggen? Ik weet niet of het fout is, maar ik heb wel kanttekeningen bij zijn redenering. Hij constateert dat in sommige jurisprudentie sprake is van verkoop onder voorbehoud, zonder dat er sprake is van vervreemding. Men heeft de eigendom niet overgedragen. Er is echter wel



sprake van een investering. Dat sluit naadloos aan bij wat ik eerder stelde, namelijk dat eigenaar zijn absoluut iets anders is dan investeerder zijn. Je bent eerder investeerder dan eigenaar. Als de ene partij nog niet heeft vervreemd en de eigendom dus niet is overgegaan, kan de andere partij toch recht hebben op een investeringsfaciliteit. De heer Postma vergelijkt daar twee begrippen die niet hetzelfde zijn. Dat is het opmerken waard.

Het is altijd buitengewoon lastig om te zeggen wat de Hoge Raad heeft bedoeld, dus de volgende opmerking maak ik met een slag om de arm. Ik wil wat relativeren. De heer Postma zegt dat de Hoge Raad de belastingplichtige een keuze laat, of die nu activeert of niet. In mijn optiek kan dat heel goed betekenen dat de Hoge Raad meent dat voor beide wat te zeggen is. Bepaal maar wat je wilt! Dat is toch iets anders dan dat de Hoge Raad zegt dat de een het zus mag zien en de andere partij hetzelfde contract weer zo mag aanmerken. De Hoge Raad heeft het daar over één belastingplichtige, die de keuze heeft, omdat beide standpunten pleitbaar zijn. Ik zie niet, zoals de heer Postma, een bevestiging dat de Hoge Raad een situatie onderkent waarin twee partijen recht op hetzelfde hebben.

Ik maak een kanttekening bij de opmerking van de heer Postma over de dubbele fiscale eigendom, namelijk dat volgens hem de Hoge Raad uitsprekt dat men niet slechts fiscaal eigenaar, aandeelhouder, kan zijn maar dat tevens een ander economisch belanghebbende kan zijn. Uit 'niet slechts de een, maar ook een ander' leidt de heer Postma af dat dit twee partijen zijn die terzelfder tijd eigenaar zouden kunnen zijn. Ik zie dat anders. Ik zie het niet cumulatief, maar meer nevenschikkend. De Hoge Raad zegt dat een partij die juridisch eigenaar is fiscaal eigenaar kan zijn, maar dat ook een partij die economisch eigenaar is fiscaal eigenaar kan zijn. Er is sprake van een van die twee situaties. Dat past helemaal in de lijn van bijvoorbeeld het leasearrest, waarin aangegeven wordt dat de juridische eigenaar in beginsel fiscaal eigenaar is, tenzij het gehele economische belang bij de ander is komen te berusten. Het is dus de een of de ander.

Omdat het zo'n elementair onderdeel van mijn gedachtegang is, is het plezierig dat Bavinck in zekere zin de gedachte omarmt dat ook de huurder economisch belanghebbende is. Het is wel leuk dat hij een andere weg kiest. Hij zegt dat de huurder economisch belanghebbende is omdat die, als eenmaal een vaste huurtermijn is afgesproken, merkt dat de waarde van het huurrecht dat hij heeft verandert. Hij merkt dat dit huurrecht meer waard is geworden als de prijs van het onroerend goed is gestegen. Ik heb heel lang op dezelfde gedachte gezeten, als bewijs dat daarmee de huurder economisch belanghebbende is. Hij voelt de waardeverandering van het object in zijn portemonnee. Zijn huurrecht wordt meer of minder waard. Uiteindelijk had ik daar toch een probleem mee, omdat ik bedacht dat de huurder dan wel voelt in zijn portemonnee dat het object in waarde is gestegen, omdat de waarde van zijn huurcontract is gestegen, maar dat de verhuurder dat ook voelt. Die heeft weliswaar niet het positieve gevoel van de huurder als de prijzen zijn gestegen, maar hij heeft het negatieve gevoel, want zijn verhuurrecht krijgt een minderwaarde. Bij een economisch belang gaat het er niet alleen maar om dat je het risico – wij zien risico altijd als iets negatiefs – ervaart, maar ook de positieve kanten, feitelijk ook een risico. Als je de theorie aanhangt dat iemand economisch belanghebbende is omdat zijn contract in de vaste huurperiode meer of minder waarde krijgt, geldt dat ook voor de verhuurder. Ik kwam dus tot de conclusie dat de achterliggende gedachte niet kon zijn dat de huurder economisch belanghebbende was en dat het iets anders moest zijn. Daarom kwam het Falconsarrest mij zo buitengewoon goed uit. Daarin wordt namelijk aangegeven dat de dividendgerechtigde – in mijn geval betreft het dan de huurder – economisch belanghebbende bij waardeverandering is omdat hij een stuk van de waarde afsnoept. Wij komen wederom tot een vergelijkbare conclusie maar langs een andere weg. Het is goed, te memoreren dat onder risico niet alleen een negatief risico moet worden verstaan, iets wat ik een beetje proefde in de woorden van de heer Bavinck. Risico is voor mij belang bij waardeveranderingen. Dat wordt vertaald in waarderisico. Belang bij waardeveranderingen kan ook een belang bij positieve veranderingen zijn. Wij komen in zekere zin toch bij elkaar.

De heer Bavinck vindt de economische benadering wel mooi en passen in een belasting als de vennootschapsbelasting maar hij ziet veel praktische nadelen. Ik moet toegeven dat die er ook zijn. Je moet een theorie echter vrij kunnen poneren, zonder je heel de tijd te hoeven afvragen hoe zij wordt toegepast. Als extraatje, niet wetenschappelijk, heb ik daarom gezegd: als jullie het niet toepasbaar vinden heb ik wel een paar varianten waardoor die theorie toch toepasbaar is. Bij Bavinck proef ik een beetje dat hij het jammer vindt en dat hij mij niet consequent acht. Het is van twee-en een. Ik begrijp uit de woorden van Bavinck dat hij er toch wel veel voor voelt om het concept als theoretisch zuiver te

kwalficeren. Wij hebben er echter niets aan als het niet is te hanteren. Ik vind het niet helemaal juist dat hij mij dan toch enigszins verwijt dat ik, om het zaakje werkbaar te maken, op het concept wat aanpassingen pleeg die niet in mijn theorie passen. Overigens zijn de aanpassingen minder strijdig met de theorie dan Bavinck wellicht denkt. Gezegd wordt dat het niet geldt voor een massaproduct als autoleases en dat dit maar goed is ook omdat het een onwerkbaar situatie zou geven. Waarom gaat de theorie niet op voor autoleases? De reden daarvoor is dat ik meen dat ik bij het beperken van de reikwijdte van de toepasbaarheid van deze theorie aansluit bij het in mijn visie commerciële criterium van ons als accountants, dat langlopende verplichtingen op de balans horen te staan. Ik vind het een winstpunt van een fiscale theorie, zeker in een tijd waarin men voortdurend roept dat wij fiscaal tegen het commerciële moeten aanschurken, dat daaraan ook aandacht wordt besteed. Wat is er nu mooier dan fiscaal aan te sluiten bij de commerciële redenen om iets op je balans te krijgen als verhuurder, namelijk een langlopend huurcontract. Dat heb ik als leidraad genomen. Vervolgens heb ik geconstateerd dat autoleases geen langlopende verplichtingen zijn. Drie of vier jaar is natuurlijk niet niks maar ik denk dat accountants met name het oog hebben op clubs die hun onroerend goed van de balans halen en dan voor 20 jaar huren. Ik kan mij voorstellen dat zij de consequenties daarvan op de balans willen terugzien. Mijn aanpassingen zijn dan ook minder pragmatisch dan wordt gesuggereerd.

Bavinck zegt dat het moeilijk is als wij afhankelijk worden van allerlei discutabele criteria als de restwaarde en de economische levensduur, die in mijn theorie van groot zijn bij het verdelen van het economisch belang. Ik ontken niet dat het lastig is maar wijs erop dat wij in de huidige situatie precies hetzelfde hebben. In de huidige situatie, met pragmatische convenanten als de leaseregeling, is er ook altijd een discussie tussen de inspecteur en de belastingplichtige. Tegen de belastingplichtige die er een operational lease van wil maken zegt de inspecteur dat hij dan wel wil weten hoe de vaste leaseperiode zich verhoudt tot de totale economische levensduur. Zijn die twee gelijk dan is er geen sprake van operational lease. Is de restwaarde veel hoger dan de optieprijs dan is er ook geen sprake van operational lease. Ook in de huidige situatie hebben wij te maken met begrippen die – ik geef het Bavinck toe – tot discussie kunnen leiden.

De voorzitter *mr. J.W. van den Berge*: Om nog wat ruimte te laten voor het vrije debat verzoek ik u nog één punt te behandelen waarvan u echt vindt dat u er vandaag op in wil gaan.

*Dr. W. Bruins Slot*: Wij hebben gepoogd hier wat wetenschap te bedrijven. Ik wil echter ook nog iets doen aan kennisoverdracht. Ik doel dan op de theorie van de heer Postma over het conversierecht. Volgens hem is BNB 1982/72 dienaangaande nog steeds leidend. Mijns inziens is daarvan geen sprake. Niet zo lang geleden is namelijk voor het Hof van Amsterdam geprocedeerd over de vraag of het conversievoordeel al of niet onder de deelnemingsvrijstelling is te brengen. Refererend aan het Falconsarrest heeft het Hof die vraag bevestigend beantwoord. De staatssecretaris van Financiën heeft tegen die uitspraak cassatie aangetekend maar heeft dat verzoek ingetrokken na kennis genomen te hebben van het arrest inzake de convertible die niet is uitgeoefend maar cash is gesetteld. Dat was voor de staatssecretaris aanleiding om zich definitief neer te leggen bij de gedachte dat het conversievoordeel onder de deelnemingsvrijstelling viel. Daarmee is duidelijk dat BNB 1982/72 is achterhaald. Merkwaardigerwijs is die uitspraak van het Hof niet gepubliceerd, laat staan de overwegingen van de staatssecretaris. Ik weet dit uit eigen wetenschap.

## 5. Vrij debat

De voorzitter *mr. J.W. van den Berge*: Ik nodig de aanwezigen uit tot deelname aan het vrije debat.

*Mr.O.C.R.Marres*: Begrijp ik nu goed dat het enige bezwaar dat de heer Bavinck heeft tegen de economische benadering van de heer Bruins Slot is dat het minder goed werkbaar is en dat hij, als er oplossingen zouden worden gevonden voor die onwerkbaar aspecten, het met de heer Bruins Slot eens is dat het wenselijk is dat de Hoge Raad afstapt van de huidige benadering van de economische eigendom?

Mijn tweede vraag betreft het tweede voorbeeld dat de heer Bavinck gaf, over de deelnemingsvrijstelling in opties. Daarin werd gesuggereerd dat de twee benaderingen een verschillend resultaat zouden hebben. Volgens mij impliceert dit dat het resultaat van de optieplichting niet is vrijgesteld. Hoe verhoudt zich dat in de opvatting van de heer Bavinck tot het Falconsarrest?

*Mr. C.B. Bavinck:* De laatste vraag begrijp ik niet helemaal. Ik heb opgebouwd naar het Falconsarrest. Het is duidelijk dat in dat arrest is beslist dat de waardemutatie van de optie in de deelnemingsvrijstelling ondergaat, dat met andere woorden is gekozen voor mogelijkheid 1. Mogelijkheid 2 is verworpen. Het resultaat op de optie is niet belast en het valt zowel bij de verkoper, die daardoor een lagere verkoopprijs heeft – hij heeft geen aftrekbaar verlies op zijn optie – als bij de koper, die mag uitgaan van de lage kostprijs en later bij vervreemding een hogere deelnemingsvrijstelling heeft. In de opbouw van mijn betoog heb ik dat nog als vraag geponeerd maar in het Falconsarrest is dat duidelijk beslist. Daarover wil ik persoonlijk geen onduidelijkheid laten bestaan.

Ik kom dan bij de eerste vraag van de heer Marres. Ik ben niet zo langdurig ingegaan op de praktische problemen die ik zie. Zeg je dat je het economisch belang moet verdelen en verdeeld moet activeren over alle betrokkenen bij het geheel, dan houdt dat ook in dat ik een desinvestering doe als ik een pand verhuur. Moet ik dan boekwinst nemen? De huurder moet activeren, aangezien hij een deel van het belang heeft. Hoe doet hij dat? Schrijft hij af? Je creëert in ieder geval een enorme hoeveelheid problemen. Ongetwijfeld kun je daarvoor oplossingen bedenken maar ik vraag mij af of zij het dat allemaal wel waard zijn. Bruins Slot heeft terecht gezegd dat wij het voor een belangrijk deel met elkaar eens zijn. De variomatic die hij met een aantal onderwerpen heeft deel ik. Ik noem het Falconsarrest en de opties in het kader van goed koopmansgebruik. In een groot aantal gevallen kom ik op hetzelfde resultaat uit. Wat ons verdeeld houdt is echter de manier waarop je moet omgaan met de investeringsfaciliteiten wanneer er vervroegde afschrijving moet worden genomen. In mijn optiek moet er maar één zijn die activeert. Ik heb bezwaar tegen een gesplitste activering over verschillende partijen. In dit soort situaties is er één de economische eigenaar. Ik kies lang niet altijd voor de alles-of-nietsbenadering maar af en toe moet het om de zaak werkbaar te houden.

*Mr. E. van der Stok*: Voorzitter. Bij alle drie de inleiders is de vraag aan de orde gekomen hoe belangrijk nu eigenlijk de juridische relatie met de juridische eigenaar is voor de economische eigenaar. In het betoog van Bruins Slot, die aansluit bij de economische eigendom, zou er eigenlijk geen verschil moeten zijn tussen het voorbeeld van de heer Postma dat ik met mijn broer afspreek dat de waardeontwikkeling van het huis van Bruins Slot mij toekomt en het feit dat ik dat met Bruins Slot zelf afspreek. Als je dat doortrekt kun je ook 2, 5 of 100 fiscale eigenaars van hetzelfde object hebben. De heer Postma lijkt zich daarbij aan te sluiten als hij zegt dat de juridische relatie tussen de juridische eigenaar en de fiscale eigenaar essentieel is. Tegelijkertijd lijkt hij echter ook ruimte te bieden voor twee of meer fiscale eigenaars en daarmee wellicht ook voor 5, 10 of 100. Dit sluit ook aan bij het voorbeeld van de heer Bavinck met de stockleningstransacties. In het voorbeeld waarin A uitleent aan B en B vervolgens doorverkoopt aan C raakt A wellicht zijn fiscale eigendom kwijt doordat B doorverkoopt aan C, zodat A juridisch geen relatie meer heeft met de juridische eigenaar van de aandelen. De vraag of hij dan winst moet nemen lijkt mij meer een vraag van goed koopmansgebruik dan de vraag wie de economische eigendom heeft. De vraag spitst zich dus toe op de kwestie hoe belangrijk in de visie van de sprekers de juridische relatie met de juridische eigenaar van het desbetreffende object is.

*Dr. W. Bruins Slot:* In alle bijdragen wordt gezegd, bijvoorbeeld naar aanleiding van het Falconsarrest, dat er een direct verband moet zijn tussen de optie en het object. Met andere woorden, het object waarop de optie wordt genomen moet ook te leveren zijn. De strekking van het Falconsarrest is dan dat deelnemingsvrijstelling alleen op de optie van toepassing is als met die optie al daadwerkelijk deelneming verkregen kan worden. Of zij ook verkregen wordt is een andere zaak en in mijn artikel niet relevant.

Dat zij verkregen moet kunnen worden is weer een bevestiging van de gedachte dat opties of andere rechten die als rekeneenheid fungeren de toepassing van het Falconsarrest moeten missen. Daarmee heeft de afspraak van de heer Postma met zijn broer over mijn huis niet het effect dat hij eraan toedichtte. De waardeontwikkeling van mijn huis kan zijn broer niet toekomen via het verkrijgen van mijn huis. Daarmee is het een rekeneenheid geworden. Als hij mijn huis kan krijgen en op die manier de waardeontwikkeling kan realiseren, is het een andere zaak. Als ik het contract zou afsluiten, was het een andere zaak.

*Drs. A.J. Postma:* Wat mij betreft, kunnen er maar twee zijn. In 99% van de gevallen, zo niet meer, is het er maar een. Heel nu en dan kunnen het er twee zijn, maar niet meer. Het voordeel van witte raven is dat zodra er een is ze bestaan. Ik begrijp de tegenwerpingen van de heer Bruins Slot, waarin ik ook een heel eind kan meekomen, vooral wat betreft het verschil tussen eigendom en investeren. Het arrest waarin de Hoge Raad een keuze biedt blijft volgens mij echter toch staan. Het is vreemd dat de keuze van een verkoper de fiscale behandeling van de koper zou bepalen.

*De voorzitter mr. J.W. van den Berge:* Het is maar goed dat paardenraces heel snel verlopen. Je hoeft de aankoop van lootjes en de gok wie er wint niet op je balans op te nemen. Denk je daaraan, dan ben je nog niet de economische eigenaar van het paard, maar je hebt er wel belang bij. Je kunt dat belang nog tussentijds overdragen ook.

*Mr. O.C.R. Marres:* Ik heb nog een vraag aan de heer Bruins Slot, over het belang dat de huurder heeft bij een zaak. De heer Bavinck had een andere benadering, die mij wel aansprak. Hij zei dat het belang van de huurder in gevallen waarin de huur niet direct opzegbaar is het verschil tussen de huurwaarde en de afgesproken huur is. De heer Bruins Slot zegt dat dit toch iets anders is. De huurder en de verhuurder hebben corresponderende belangen, want het verlies van de een is de winst van de ander. Hoe dan ook echter, de verhuurder kan na afloop hooguit zeggen dat hij een goede of een slechte deal heeft gesloten, maar hij heeft geen belang meer bij de stijging van de waarde van het genot van de zaak. Hij krijgt alleen een vast huurbedrag. De huurder heeft wel een belang bij de stijging van de waarde van het genot van de zaak, want hoe hoger die waarde is, hoe meer profijt hij daaruit trekt. Met andere woorden, het verlies voor de een kan wel de winst voor de ander zijn, maar dat neemt niet weg dat er maar een is die een feitelijk belang heeft bij de stijging van de waarde van het genot gedurende de looptijd van de huurovereenkomst.

*Dr. W. Bruins Slot:* Het hangt ervan af wat je onder belang verstaat. Het lijkt erop dat u onder belang iets positiefs verstaat. De huurder heeft bij een stijging van de waarde van het object als enige een positief gevoel bij die stijging. Belang behoeft echter niet als positief te worden geduid. Het kan net zo goed negatief zijn.

*Mr. O.C.R. Marres:* Ik zie ook wel dat er een negatief belang kan zijn. Maar de verhuurder heeft als het ware van te voren de mogelijke waardestijging al verkocht.

*Dr. W. Bruins Slot:* Zowel de huurder als de verhuurder heeft het voordeel van de zekerheid. De zekerheid van een vaste huurtermijn van vijf jaar is voor allebei een voordeel.

*Mr. O.C.R. Marres:* De huurstream is vast, maar het genot is niet vast. Het pand dat wordt gehuurd kan ineens een heel voordelige locatie blijken, waardoor het rendement veel groter kan worden. Hoe dan ook, de huurder heeft een directer belang bij de stijging van de waarde van het genot.

*Dr. W. Bruins Slot:* Die mening deel ik niet. Ik zie het verschil tussen het belang van de huurder en het belang van de verhuurder absoluut niet. Ik kan er lang over nadenken hoe ik economisch belang zo definieer dat het uiteindelijk bij de huurder terechtkomt, wat ik graag zou willen, als bevestiging van mijn theorie. Ik doe het simpeler. Ik wijs op de tendens die heel concreet blijkt uit het Falconsarrest, namelijk dat het economisch belang ook het recht op het gebruik van de zaak is. Eigenlijk was dat de enige vraag die mij restte.



*Mr. C.B. Bavinck:* Ik wil Marres toch wel bijvallen. Spreek je over een mutatie in de waarde als het beslissende kenmerk voor economisch belang en bereken je dat op basis van de DCR-methode, een praktische werkwijze, dan houdt de eigenaar het zelfde, want die krijgt gewoon de vaste huuropbrengst. De waarde daarvan muteert niet. Hij zal misschien denken: had ik het maar niet voor zoveel jaren verhuurd. Voor de huurder is er wel een mutatie, want hij heeft het grotere genot, terwijl hij maar een lage huur hoeft te betalen. Ik denk dat daar de mutatie plaatsvindt en niet bij de eigenaar, tenzij er voor de eigenaar nog een mutatie in de restwaarde is.

De heer Van den Stok had nog een vraag over de stock lending. Moet er een rechtstreekse relatie zijn tussen de economische eigenaar en de juridische eigenaar wil je fiscaal eigenaar zijn? Ik zou daar niet een eensluidend antwoord op durven te geven. In het voorbeeld van Van den Stok is er op het moment dat B zijn honderd aandelen verkoopt aan C geen relatie meer tussen A en B waarbij B nog aandelen heeft. Wanneer A ze terug wil, zal B ze moeten kopen. Dat neemt niet weg dat bij A de aandelen op de balans blijven staan. Ik zou dan zeggen dat hij economisch eigenaar van de aandelen is, althans voor de winstberekening. Dat noem ik dan maar economische eigendom. Ik vind het niet zo belangrijk hoe het wordt genoemd, maar het is van belang dat voor het goed koopmansgebruik ze op de balans blijven staan en resultaat niet op dat moment verantwoord behoeft te worden.

*Mr. M. Romyn:* Ik kom even terug op het arrest dat eerder werd aangeduid als het put en callarrest, BNB 2004/437. De heer Bruins Slot heeft daarover een column geschreven in het Weekblad voor Fiscaal Recht. Ik heb het cassatieberoep mogen instellen. Ik ben daar heel trots op, ook al werd ik niet geheel in het gelijk gesteld, omdat ik bij mijzelf een commerciële kwaliteit ontdekte waarvan ik het bestaan niet wist. Ik las over de procedure op Rechtspraak.nl.

Voor de toehoorders omschrijf ik de casus. Er was een stamrecht-BV met een directeur-groootaandeelhouder die in de veronderstelling verkeerde dat het geld in de BV niet aan hem mocht worden geleend. Waarschijnlijk verkeerde hij in de veronderstelling dat het niet mocht omdat Financiën het op een bepaald moment verbood. Met zijn adviseur had hij bedacht dat de directeur-groootaandeelhouder geld van de BV kon benutten om een pand te kopen, de BV een putoptie te geven versus mijnheer en mijnheer een calloptie jegens de BV. In de tussentijd zou huur worden betaald. De inspecteur meende dat er een uitdeling moest worden geconstateerd, omdat er waarde werd toegekend aan de calloptie, die niet verdisconteerd zou zijn. Deze mijnheer verloor de zaak voor het hof Den Haag.

Ik las daarover op Rechtspraak.nl, dat ik trouw op fiscale zaken scande. De belanghebbende was zoals gebruikelijk geanonimiseerd, maar het adres stond er wel bij. Ik vond uit dat op dat adres een in financiële kringen redelijk bekende Nederlander woonde, namelijk de directeur van een financiële instelling. Ik belde hem op en vroeg of hij in cassatie zou gaan. Hij had nog niet over de uitspraak gehoord, want Rechtspraak.nl was kennelijk sneller dan zijn adviseur. Ik zei hem dat ik hoopte dat hij zich niet in zijn privacy aangetast voelde, maar dat was geen probleem.

De stelling was dat het gehele belang bij het pand berustte bij mijnheer en niet bij de BV, omdat vaststaat dat de call en de put zullen worden uitgeoefend. In optiekringen wordt dat naar ik meen een conversie genoemd, maar niet een conversie in de zin van converteerbare obligaties. Wat er ook gebeurt, aan het einde van de rit oefent een van de twee partijen de optie uit en gaat het pand dus over. Het belang bij waardemutaties berust dus bij mijnheer en niet bij de BV.

De heer Bruins Slot vroeg zich in zijn column – ik begrijp dat hij dat standpunt nog steeds volhoudt – naar aanleiding van de reactie van de Hoge Raad dat mijnheer niet het eerste economische belang had, af hoe de Hoge Raad dat nu kon zeggen. De rechter is blij als de justitiabele die de zaak verliest begrijpt waarom hij de zaak verliest. Ik begreep dat ik verloor, want over de inkomsten stond eigenlijk niets vast. Wij hadden wel een poging gedaan om te suggereren dat dit wel het geval was, maar voor de Hoge Raad kon niet duidelijk zijn waar de inkomsten naartoe gingen. Als er staat dat het gehele belang bij iemand moet zijn, lees ik dat dit dan ook het belang bij de vrucht en het object is. Als ik de heer Bruins Slot goed begrijp, is hij het daar nog steeds niet mee eens.

*Dr. W. Bruins Slot:* Ik ben blij dat de heer Romyn zowel de Hoge Raad als mij begrijpt. Ik ben het niet met hem eens, want het impliceert dat de ontwikkeling van de huuropbrengsten een vorm van economisch belang is. Als dat zo is, heeft een huurder nooit het volledige economische belang, omdat het belang bij de huuropbrengsten bij de verhuurder ligt. Als de huurder nooit het gehele economische belang kan hebben, kan hij ook nooit als economisch eigenaar worden geduid. Toch wordt dat met grote regelmaat wel gedaan. Daaruit leid ik af dat het belang bij de huurpenningen geen economisch belang is.

## **6. Sluiting door de voorzitter**

De voorzitter *mr. J.W. van den Berge*: Dames en heren, wij kunnen terugzien op een plezierige middag. Ik dank de heer Bruins Slot hartelijk voor zijn inleiding. Ik dank beide debaters voor hun bijdragen en ik dank de mensen uit de zaal.