

Focus op economische eigendom anno 2020

Jaap Hijma en ondergetekende delen een interesse in het onderwerp 'koop'. Daarbij is de focus van Jaap breder dan mijn focus omdat Jaap, met name in zijn Asserdeel inzake koop en ruil, zich bezighoudt met dat onderwerp in den brede terwijl de ondergetekende zich in zijn monografie Koop en verkoop van onroerende zaken beperkt tot de problematiek van koop van onroerend goed. In de gedeelde interesse wat betreft de koop en verkoop van onroerende zaken besteden wij beiden ook aandacht aan een aantal bijzondere koopfiguren die zich in de praktijk hebben ontwikkeld. De bijzondere rechtsfiguur waarop ik in deze bijdrage wil focussen betreft de economische eigendom. In Asser Hijma 2019 komt dit onderwerp in de nummers 251 tot en met 254 aan de orde. De passage uit Asser Hijma 2019 nummer 252 die mij inspireerde tot de navolgende bijdrage luidt als volgt:

"Economische eigendom. De belangrijkste van deze in de praktijk gegroeide rechtsfiguren was ooit de 'economische eigendomsoverdracht'. Deze bestaat hierin, dat een onroerende zaak wordt verkocht maar vooralsnog niet wordt geleverd, zodat de eigendom bij de verkoper blijft berusten (de benaming 'overdracht' is misleidend), terwijl contractueel zoveel mogelijk de financiële situatie wordt benaderd waarin de koper reeds eigenaar zou zijn. Economische eigendom is geen eigendom, aldus bondig HR 5 maart 2004, NJ 2004/316 Vagobel/Geldnet, r.o. 3.3.1."

Het begrip economische eigendom

De Hoge Raad mag in het arrest Vagobel/Geldnet overwegen dat economische eigendom geen eigendom is maar de vraag rijst wat economische eigendom dan wel is? Om de Hoge Raad in genoemd arrest recht te doen laat ik hier de volledige volzin volgen waarin de Hoge Raad aangeeft dat economische eigendom geen eigendom is. De Hoge Raad overweegt in voormeld arrest:

"Aan dit een en ander doet niet af dat Onniré wel economisch eigenaar van het pand is geweest, nu economische eigendom geen eigendom is en met dit begrip slechts wordt bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben."

In de literatuur wordt wel aangesloten bij deze omschrijving van het begrip economische eigendom.ⁱ Vanaf het begin heb ik een andere omschrijving van het begrip economische eigendom voorgestaan omdat een begripsbepaling zoals de Hoge Raad die geeft in het genoemde arrest Vagobel/Geldnet mij iets te vaag is. In de kern geeft de Hoge Raad in

genoemd arrest immers niets anders aan dan dat economische eigendom geen eigendom is en dat het begrip slechts bestaat uit een aantal obligatoire rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak die bovendien niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben. In feite kan men hier vele (benoemde) overeenkomsten onder scharen. Immers, contracten als: koop, ruil, huur of bewaarneming geven geen eigendom maar omvatten een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak die niet in alle gevallen dezelfde inhoud hebben. Kortom, ik zou tot een scherpere definiëring van het begrip economische eigendom willen komen om dit begrip beter af te grenzen ten opzichte van andere – met name – obligatoire rechtsfiguren en het begrip 'economische eigendom' ook goederenrechtelijk meer reliëf willen geven dan uitsluitend de negatieve kwalificatie dat het geen eigendom is.

Om met het laatste te beginnen: inderdaad is economische eigendom geen eigendom in de zin van art. 5:1 lid 1 BW. Daarmee is echter niet alles gezegd. In het verleden is er discussie geweest over de vraag of een economisch eigenaar bezitter van de zaak is.ⁱⁱ In de Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe BW is deze opvatting niet gevolgd. Daar wordt juist geconstateerd – mijns inziens terecht – dat de positie van een economisch eigenaar berust op een obligatoire overeenkomst tussen hem en de juridisch eigenaar. Daarmee is de economisch eigenaar houder van de zaak maar geen bezitter.ⁱⁱⁱ Ik sluit mij aan bij de visie uit de Parlementaire Geschiedenis maar merk op dat het arrest Leune Bouw/Hoogheemraadschap Schieland^{iv} in dit verband enige vragen oproept die in de voorlaatste paragraaf van deze bijdrage nog aan de orde zullen komen.

Wat valt er vanuit het verbintenissenrecht over het begrip economische eigendom te zeggen? Kan er iets meer gezegd worden dan de erg algemene omschrijving van de Hoge Raad in het arrest Vagobel/Geldnet dat het begrip economische eigendom slechts bestaat uit een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben? Naar mijn mening is dit inderdaad het geval. Hijma en ondergetekende delen de opvatting dat economische eigendom een aan de koop van (onroerende) zaken verwante rechtsfiguur is die zich met name in de praktijk heeft ontwikkeld. Hoewel economische eigendom als begrip in het Burgerlijk Wetboek niet voorkomt, is met name één wetsartikel uit titel 7.1 BW voor het begrip economische eigendom relevant. Ik bedoel hier art. 7:10 lid 1 BW. Dit artikellid luidt:

"De zaak is voor risico van de koper van de aflevering af, zelfs al is de eigendom nog niet overgedragen. Derhalve blijft hij de koopprijs verschuldigd, ongeacht tenietgaan of achteruitgang van de zaak door een oorzaak die niet aan de verkoper kan worden toegerekend."

Niet de enkele koop brengt de zaak voor risico van de koper maar wel koop en feitelijk levering (zogenaamde aflevering). Alsdan gaat het risico inzake waardeverandering en tenietgaan in beginsel over op de koper. Dit nu is precies de situatie bij economische eigendomsoverdracht. Immers, in zo'n geval laat de koper/economisch eigenaar de zaak aan hem afleveren in de zin dat hij er feitelijk voortaan over kan beschikken maar de zaak wordt aan hem niet geleverd in juridische zin. Men kan hier ook spreken over het op grond van een obligatoire overeenkomst van koop/economische eigendomsoverdracht tot stand brengen van een scheiding tussen juridische macht die bij de juridisch eigenaar blijft en het (volledige) economisch belang dat overgaat op de koper die de zaak aan zich laat afleveren.

In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn er inmiddels duidelijke aanwijzingen dat ook ons hoogste rechtscollege voor het concluderen tot 'economische eigendom' met name let op drie kernelementen. Vereisten voor het aannemen van economische eigendom zijn dan:

- (I) een obligatoire afspraak tussen partijen; op grond waarvan
- (II) de economisch eigenaar – mede op grond van het feit dat hij de feitelijke macht over de zaak heeft en die zaak aldus aan hem is afgeleverd – gehouden is om in beginsel *alle* verplichtingen met betrekking tot de zaak te voldoen en daartegenover ook alle rechten met betrekking tot die zaak kan doen gelden; maar
- (III) die zaak niet aan hem is geleverd in juridische zin.^v

Met het vorenstaande is – naar ik hoop – een scherper beeld ontstaan van het begrip economische eigendom. Het aardige is dat dit beeld in hoge mate correspondeert met twee definities uit bijzondere wetgeving waar het begrip economische eigendom door de wetgever is gedefinieerd terwijl het hier niet over fiscale begripsvorming inzake economische eigendom gaat. Ik wijs in dit verband op art. 1 sub aa van de Elektriciteitswet en art. 1 sub u. van de Gaswet waarin een bijna gelijklopende definitie van economische eigendom voorkomt die als volgt luidt:

"Economische eigendom: het krachtens een rechtsverhouding gerechtigd zijn tot alle rechten en bevoegdheden ten aanzien van een goed, met uitzondering van het recht op levering, en het gehouden zijn om alle verplichtingen ten aanzien van dat goed voor zijn rekening te nemen en daarmee het volledige risico van waardeverandering of tenietgaan van het goed te dragen, zonder dat het goed geleverd is."

Ik sluit dit nummer af met de constatering dat deze definities in hoge mate overeenstemmen met mijn definitie uit 1995^{vi} alsmede met het bepaalde in art. 7:10 lid 1 BW met dien verstande dat door de wetgever in voormelde bijzondere (energie)wetgeving nu juist het recht op levering

niet is toegekend aan de economisch eigenaar. Dit houdt ermee verband dat in de Elektriciteitswet en Gaswet *blijvend* de economische eigendom bij de netbeheerder moet blijven, terwijl de juridische eigendom van die netten in beginsel bij de bevoegde aanlegger ligt.^{vii}

Praktijktoepassingen van economische eigendom anno 2020

Hijma constateert in Asser/Hijma 2019 nr. 252 terecht dat de populariteit van economische eigendomsoverdracht van onroerende zaken sterkt is geslonken. In 1995 is aan de constructie de belangrijkste drijfveer – het besparen van overdrachtsbelasting – komen te ontvallen.^{viii} De vorenstaande constatering is zonder meer terecht maar daarmee is – wederom – niet alles gezegd. Ook in de 21^e eeuw komt economische eigendom vaker voor dan men zo op het eerste gezicht zou verwachten. De vraag rijst waar men in de juridische praktijk zoal nog economische eigendom aantreft.

In dit verband wil ik in de eerste plaats wijzen op economische eigendom die mede op grond van wetsduiding is ontstaan zoals de economische eigendom van netbeheerders op grond van de hiervoor genoemde bepalingen uit de Elektriciteitswet en de Gaswet. Maar er is aanzienlijk meer. Zo valt er in de tweede plaats op te wijzen dat wanneer juristen met accountants om de tafel gaan zitten, het blijkt dat in allerlei maatschappelijke situaties sprake is van economische eigendom van roerende dan wel onroerende zaken. Dit is met name het geval indien de desbetreffende zaken – indachtig het bepaalde in art. 7:10 lid 1 BW – aan een koper zijn afgeleverd en de koopprijs door die koper (gedeeltelijk), al dan niet middels (hypothecaire) financiering, is voldaan maar die zaken juridisch niet zijn geleverd. Accountants wijzen juristen er dan op dat de hier bedoelde (professionele) kopers de desbetreffende zaken op hun balans activeren en er ook op afschrijven terwijl de juridische eigenaar dat niet doet. Een praktijkvoorbeeld waarbij economische eigendom is ontstaan aansluitend op de economische realiteit van de financiering van de desbetreffende bedrijfsmiddelen door de economisch eigenaar terwijl de zaken juridisch eigendom zijn van een ander, is de situatie bij tal van railvervoerders zoals ProRail N.V. als beheerder van het railnet alsmede ook wel bij lokale tramwegmaatschappijen die de infrastructuur zelf gefinancierd hebben terwijl die tramweginfrastructuur in beginsel door natrekking eigendom is geworden van de desbetreffende grondeigenaar, meestal de gemeente.^{ix}

Een derde belangrijke praktijktoepassing van economische eigendom in de 21^e eeuw zijn de talrijke situaties van economische eigendomsoverdracht van onroerend goed die – voordat economische eigendom onder het bereik van de overdrachtsbelasting werd gebracht door het nieuwe art. 2 lid 2 Wbrv uit 1995 – nadien nooit zijn afgewikkeld. Deze situatie komt veel vaker voor dan de juridische leek op dit gebied vermoedt. Een fraai voorbeeld van zo'n situatie waarbij een bouwperceel in economische

eigendom toekwam aan de ene partij sedert 1980 terwijl de juridische tenaamstelling van het perceel bleef bij een ander – aangetrouwd – familielid totdat de economisch eigenaar in de gelegenheid werd gesteld de onroerende zaak ook juridisch te verwerven in 2013(!), blijkt uit HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2068. Hierna kom ik in een volgend nummer terug op een aantal rechtsvragen die rijzen bij de afwikkeling van deze ‘oude economen’ wanneer die nu nog dient plaats te vinden.

Ten slotte zou ik erop willen wijzen dat in het huwelijksvermogensrecht met name één situatie ook als economische eigendom in civielrechtelijke zin kan worden geduid. Ik bedoel dan de klassieke Modehuis Nolly situatie. Het gaat dan om het geval dat twee echtgenoten buiten iedere gemeenschap van goederen zijn gehuwd waarbij de ene echtgenoot onroerende zaken op zijn naam heeft laten leveren terwijl die onroerende zaken (mede) feitelijk in gebruik waren bij de andere echtgenoot en die andere echtgenoot die onroerende zaken *volledig* heeft betaald. Zoals bekend duidde de Hoge Raad de desbetreffende situatie als een (mogelijk) geval van lastgeving in die zin dat de man die de desbetreffende onroerende zaken op zijn naam had verkregen maar de vrouw de desbetreffende onroerende zaken (mede) in gebruik had en volledig had betaald een recht kon doen gelden op doorlevering uit hoofde van het zijn van lastgever van de man.^x Hij had immers op eigen naam gehandeld maar voor rekening en risico van de vrouw. Deze situatie uit het huwelijksvermogensrecht sluit nauw aan bij mijn hierboven weergegeven omschrijving van het begrip economische eigendom. Naar mijn mening ligt dit anders bij de beleggingsleer van art. 1:87 BW en de verrekenbedingen wanneer het daarbij gaat om een vorm van gemixte financiering in die zin dat beide echtgenoten hebben bijgedragen aan de kosten van verwerving van de onroerende zaak en die zaak beide gebruiken. In zo’n geval kan men niet met succes stellen dat de ene echtgenoot krachtens een obligatoire verhouding gerechtigd is tot *alle* rechten en verplichtingen ten aanzien van het onroerend goed terwijl de andere echtgenoot slechts formeel eigenaar is.

Ik sluit af met de opmerking dat het bij sommige auteurs niet ongebruikelijk is om ook allerlei elders in het Burgerlijk Wetboek benoemde rechtsfiguren (eveneens) aan te duiden als vormen van economische eigendom. Bij wijze van voorbeeld noem ik hier de positie van een huurkoper, iemand die geleverd kreeg onder eigendomsvoorbehoud, een certificaathouder of iemand die eeuwigdurend erfpachter is. Hoewel ik op zichzelf enig begrip heb voor het feit dat deze vormen van gerechtigdheid ook wel geduid worden als economische eigendom vertroebelt dit naar mijn mening de scherpe begripsvorming nodeloos. Immers, een aanduiding van iemand als huurkoper, verkrijger onder eigendomsvoorbehoud, certificaathouder of eeuwigdurend erfpachter zijn al voldoende duidelijk mede omdat zij expliciet in de wet zijn geregeld.^{xi}

Enige vragen rond de afwikkeling van 'oude economen'

Voor de juridische leek op dit gebied klinkt het wellicht onwaarschijnlijk maar ook na ruim 25 jaar vragen economische eigendomsoverdrachten van onroerend goed uit de tijd dat die nog niet belast was met overdrachtsbelasting – we hebben het dan over 'oude economen' van vóór 31 maart 1995 18.00 uur^{xii} – nog steeds de juridische aandacht. De afwikkeling van die 'oude economen' leidt ook nog steeds tot jurisprudentie.^{xiii} Hieronder wil ik aandacht besteden aan enkele civielrechtelijke vragen rond de afwikkeling van dergelijke 'oude economen'.

Alvorens aan die vragen toe te komen merk ik op dat er bij de afwikkeling van dergelijke 'oude economen' in beginsel drie situaties denkbaar zijn. In de eerste plaats is denkbaar dat de 'oude economisch eigenaar' zijn economische eigendom wil overdragen aan een opvolgende econoom. Deze figuur zal nog slechts zeer zelden voorkomen omdat een dergelijke opvolgende economische eigendomsoverdracht op zichzelf weer een belastbaar feit is voor de overdrachtsbelasting op grond van het bepaalde in art. 2 lid 2 Wbrv. In beginsel zijn er twee constructies die men in de praktijk in een dergelijke situatie wel zag worden toegepast. In de eerste plaats is denkbaar dat de 'oude econoom' zijn rechten uit de economische eigendomsoverdracht – met als kernrecht het recht op levering jegens de juridisch eigenaar – cedeert aan de opvolgende economisch eigenaar op grond van het bepaalde in art. 3:94 lid 1 of lid 3 BW. Bij een cessie als bedoeld in art. 3:94 lid 1 BW zal daarvan mededeling moeten worden gedaan aan de juridisch eigenaar terwijl indien de cessie plaatsvindt bij een daartoe bestemde authentieke of geregistreerde onderhandse akte de cessie van de rechten uit de 'oude econoom' naar de nieuwe economisch eigenaar ook kan plaatsvinden zonder dat de juridisch eigenaar daarvan een mededeling ontvangt. Het zal duidelijk zijn dat deze laatste constructie beslist niet de voorkeur verdient omdat voor de juridisch eigenaar dan verborgen blijft wie de nieuwe economisch eigenaar is en dit kan tot talloze misverstanden leiden. Bij wijze van voorbeeld noem ik slechts de situatie dat onduidelijk kan zijn wie de onroerende zaak nu tegen brand en andere calamiteiten verzekerd dient te houden.^{xiv} Uit een economische eigendomsoverdracht vloeien immers voor een economisch eigenaar ook verplichtingen voort. De in de praktijk wel gevolgde constructie dat een eerste economisch eigenaar zijn rechten cedeert aan een opvolgend economisch eigenaar is dan ook niet de meest wenselijke. Beter is dat er tussen de 'oude econoom' en de 'nieuwe econoom' een contractsovername zal plaatsvinden waarbij de 'oude econoom' de volledige rechtsverhouding die hij heeft tot de juridisch eigenaar met medewerking van laatstgenoemde 'overdraagt' aan de opvolgende economisch eigenaar in de zin van art. 6:159 BW.

Een tweede situatie waarin een 'oude econoom' wordt afgewikkeld kan voorts in nog twee vormen plaatsvinden die nauw aan elkaar verwant zijn.

Wanneer we er van uitgaan dat in veel 'oude economen' een onherroepelijke volmacht door de juridisch eigenaar was verleend aan de economisch eigenaar tot levering van die juridische eigendom aan zichzelf of aan een door de economisch eigenaar aan te wijzen derde dan zal die juridische eigendom na vele jaren in beginsel met behulp van die onherroepelijke volmacht ofwel inderdaad geleverd worden aan de economisch eigenaar dan wel aan een door deze economisch eigenaar aan te wijzen derde. In het eerste geval zal de economisch eigenaar zowel de economische als de juridische eigendom hebben verkregen. In het tweede geval zal de economisch eigenaar ook – zelf – de economische eigendom aan de derde 'overdragen' omdat die economische eigenaar – kort gezegd – de onroerende zaak wil verkopen en leveren en een blijvende splitsing tussen juridische eigendom en economische eigendom sowieso ongewenst is. Terzijde wijs ik er daarbij op dat indien de economische eigendom – zoals meestal – ontstaan was voor 31 maart 1995 (18.00 uur) in de eerstbedoelde situatie alsnog over de huidige waarde in het economisch verkeer van de desbetreffende onroerende zaak overdrachtsbelasting verschuldigd zal zijn op grond van het bepaalde in art. 2 lid 2 Wbrv j° art. 9 lid 4 Wbrv.¹ Ik behandel de beide hier bedoelde situaties hieronder nu verder tezamen in die zin dat ik voor het vervolg uitga van de meest voorkomende variant dat na vele jaren de economisch eigenaar met behulp van de in het verleden aan hem door de juridisch eigenaar verstrekte onherroepelijke volmacht de juridische eigendom aan zichzelf doet leveren.

Bij deze laatste levering van de juridische eigendom na vele jaren aan de economisch eigenaar rijzen een aantal vraagpunten. Zonder volledigheid te pretenderen, wijs ik op de volgende.

In de eerste plaats kan de vraag rijzen of het recht op levering dat de economisch eigenaar in het verleden heeft verkregen niet verjaard is? Hier zal men moeten onderscheiden tussen economische eigendomsoverdrachten waarin een leveringstermijn was opgenomen en economische eigendomsoverdrachten zonder een leveringstermijn. Bij economische eigendomsoverdrachten met een leveringstermijn zal er sprake zijn van verjaring vijf jaren na de dag waarop het recht op levering is ontstaan.^{xv} Bij economische eigendomsoverdrachten uit het verleden zonder een leveringstermijn zal er sprake zijn van verjaring 20 jaren na de dag waarop het recht op levering van de economisch eigenaar is ontstaan hetgeen doorgaans de dag zal zijn na het opmaken van de akte van economische eigendomsoverdracht.^{xvi} Uiteraard is stuiting van de verjaring mogelijk op grond van het bepaalde in artikelen 3:316 – 3:318 BW. Bij het hier gesignaleerde risico van verjaring van het recht op

¹ In de tweede situatie zal overdrachtsbelasting verschuldigd zijn over de waarde in het economisch verkeer op grond van art. 2 lid 1 Wbrv. Ik abstraheer hier verder van een mogelijke problematiek op grond van de omzetbelasting.

levering moet wel bedacht worden dat degene jegens wie het recht op levering in het verleden is ontstaan (juridisch eigenaar) zich wel op verjaring moet beroepen, wil daarvan sprake zijn. Indien de juridisch eigenaar dat inderdaad zou doen ontstaat er naar mijn mening in die zin een probleem dat de economisch eigenaar in beginsel geen nakoming meer kan vorderen van zijn recht op levering van de juridische eigendom en dat de (onherroepelijke) volmacht tot levering van de juridische eigendom niet langer bruikbaar zal zijn omdat die immers doorgaans strekt ter uitvoering van een *verplichting* van de juridisch eigenaar uit hoofde van een *recht* van de economisch eigenaar op levering.^{xvii} Zowel de rechtsvordering als de verplichting tot levering bestaat in dat geval echter niet meer.

Een andere vraag die kan rijzen is of de economisch eigenaar – wanneer zijn economische eigendom vele jaren heeft bestaan – zich wat betreft mogelijke verkrijging van de juridische eigendom zou kunnen beroepen op extinctieve verjaring als bedoeld in art. 3:105 lid 1 BW? Zoals hierboven al naar voren kwam wordt economische eigendom gezien als houderschap en in beginsel niet als bezit omdat economische eigendom nu juist berust op een overeenkomst tussen de juridisch eigenaar en de economisch eigenaar. Art. 3:111 BW inzake interversie van houderschap staat dan aan het vereiste van bezit – waaraan voldaan zou moeten zijn voor toepassing van art. 3:105 lid 1 BW – in de weg. Echter, het arrest van de Hoge Raad van 9 september 2011^{xviii} roept in dit verband vragen op. Kort samengevat, had in dat geval een rechtsvoorganger van Leune Bouw BV tientallen jaren eerder een perceel grond verkocht aan een rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap Schieland die daarop een gemaal had gebouwd zonder dat het perceel ooit juridisch aan die rechtsvoorganger van Schieland was geleverd. De Hoge Raad overweegt in genoemd arrest met zoveel woorden:

"dat zich gevallen kunnen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper jegens deze gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich over het verkochte daarover de feitelijke macht te verschaffen en deze op een zodanige wijze uitbeoefenen dat naar de in het verkeer geldende opvattingen de koper moet worden beschouwd als *bezitter* (cursivering W.H.) van het verkochte."

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat de rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap bezitter was geworden door inbezitneming van het perceel hetgeen met name bleek uit het feit dat de rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap zich in alle opzichten en ook naar buiten toe was gaan gedragen als rechthebbende met name door het bouwen van het gemaal op het desbetreffende perceel. Dat laatste was zonder nadere redengeving niet goed denkbaar volgens de Hoge Raad indien dat perceel door het Hoogheemraadschap slechts voor een ander (de rechtsvoorganger van Leune Bouw BV) werd gehouden op grond van de

koopovereenkomst met alle goederenrechtelijke natrekkingsperikelen van dien. Het gaat het bestek en de omvang van deze bijdrage te buiten om hier veel dieper op in te gaan maar het valt wel op dat de formulering van de Hoge Raad en de bijzondere omstandigheden van het hier aan de orde zijnde geval dusdanig zijn dat naar mijn mening niet snel mag worden aangenomen dat iemand die begonnen is een perceel grond te houden voor een ander zich op een gegeven moment als bezitter gedraagt. Er zal dan toch sprake moeten zijn van inbezitneming waarbij – zonder dat daar goede redenen voor zijn – een bezitter forse investeringen gaat doen in de onroerende zaak van een ander. Naar mijn mening zal dan ook niet snel geoordeeld kunnen worden dat een economisch eigenaar – ook al houdt hij de desbetreffende onroerende zaak reeds vele jaren voor de juridisch eigenaar – de bezitter daarvan is geworden op grond van het bepaalde in art. 3:105 lid 1 BW j° art. 3:306 BW.

Voorts roept de onherroepelijke volmacht die meestal is opgenomen in oude akten van economische eigendomsoverdracht en die strekt tot levering van de juridische eigendom aan de economisch eigenaar (of een door hem aan te wijzen derde), mede door het lange tijdsverloop nogal eens vragen op. In de eerste plaats zal erop moeten worden gelet dat wanneer de economisch eigenaar krachtens de onherroepelijke volmacht zowel voor zichzelf handelt als namens de juridisch eigenaar het selbsteintritt verbod als bedoeld in art. 3:68 BW niet geschonden wordt. Kortom, de inhoud van de te verrichten rechtshandeling zal in de volmacht zo nauwkeurig moeten vaststaan dat strijd tussen de belangen van juridisch en economisch eigenaar is uitgesloten. Een tweede aandachtspunt vormt het feit dat zal moeten worden nagegaan dat de juridisch eigenaar dan wel zijn rechtsopvolger – bijvoorbeeld diens erfgenamen – niet failliet zijn dan wel failliet geweest zijn omdat de onherroepelijke volmacht dan in beginsel eindigt.^{xix} Daarnaast zal bij gebruikmaking van de onherroepelijke volmacht ook moeten worden nagegaan of de juridisch eigenaar dan wel zijn rechtsopvolgers zoals zijn erfgenamen, ten tijde van de gebruikmaking van die onherroepelijke volmacht niet in een echtscheidingssituatie verkeren. Immers, indien de juridisch eigenaar of – na diens dood – zijn erfgenamen gehuwd was/waren in de gemeenschap van goederen die ontbonden is door echtscheiding en de onroerende zaak onder zijn/hun bestuur stond(en) en derhalve de onherroepelijke volmacht namens hem/hen verstrekt was dan wijzigt de bestuursregeling ten aanzien van de onroerende zaak door ontbinding van het huwelijk door echtscheiding.^{xx} In zo'n situatie van echtscheiding als hier bedoeld zal de notaris die de afwikkeling van de 'oude econoom' verzorgt, de andere echtgenoot die niet de onherroepelijke volmacht tot levering van de juridische eigendom na de 'eerdere econoom' verstrekt heeft bij die juridische levering moeten betrekken.

Tenslotte is er nog een typisch notarieel aandachtspunt bij de afwikkeling van 'oude economen'. Indien de notaris bij een levering van juridische eigendom na een eerdere – lang geleden – economische eigendomsoverdracht de juridisch eigenaar niet veiligheidshalve rechtstreeks bij de akte van levering van juridische eigendom betreft in die zin dat hij hem bij die akte laat verschijnen en geen gebruik maakt van de onherroepelijke volmacht, dan wel ruim vooraf een concept van die akte toestuurt, heeft hij een probleem. In dat geval voldoet hij vanuit het oogpunt van zijn informatie- en Belehrungspflicht – ook bij gebruikmaking van de onherroepelijke volmacht – niet aan zijn beroepsmatige verplichtingen indien hij niet tenminste in een brief of anderszins ruimschoots inhoud geeft aan zijn informatie- en Belehrungspflicht.^{xxi}

5. Conclusie

Asser/Hijma stipt de rechtsfiguur van economische eigendom ook in de laatste druk van 2019 terecht aan.^{xxii} Aldaar wordt op zichzelf ook terecht geconstateerd dat de populariteit van de economische eigendomsoverdracht van onroerende zaken sterk is afgenomen doordat de belangrijkste drijfveer – het besparen van overdrachtsbelasting – is komen te vervallen door invoering van art. 2 lid 2 Wbrv. Echter, uit het vorenstaande blijkt hopelijk voldoende dat enerzijds de rechtsfiguur van economische eigendom op grond van bijzondere wetgeving, jurisprudentie en rechtspraktijk ruimschoots nieuw leven is ingeblazen en anderzijds de afwikkeling van 'oude economen' tot op de dag van vandaag tot vele vragen en ook jurisprudentie leidt.

W.G. Huijgen

ⁱ Zie Asser/Bartels & Van Mierlo III-4 2013, nr. 581.

ⁱⁱ Zie daarover W.J. Slagter, Juridische en economische eigendom, Rede ter gelegenheid van de 55^e Dies Natalis der Nederlandse Economische Hogeschool, uitgesproken op 8 november 1968, Kluwer Deventer, p. 58 e.v.

ⁱⁱⁱ Zie eindverslag I, Parl. Gesch. 5, p. 17-18.

^{iv} HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5989; NJ 2012/312.

^v Zie in deze zin HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2068.

^{vi} Zie W.G. Huijgen, Economische eigendom, Studiepockets privaatrecht nr. 50, nr. 6, Kluwer Deventer.

^{vii} Zie daarover art. 5:20 lid 2 BW.

^{viii} Zie in dit verband art. 2 lid 2 Wbrv dat een ruim gedefinieerd begrip geeft van 'economische eigendom' – vanwege het tegengaan van fiscale ontgaansconstructies – en die economische eigendom aan de heffing van de overdrachtsbelasting onderwerpt.

^{ix} Zie over het vorenstaande mede A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, zesde druk, 2018, p. 448.

^x Zie in dit verband art. 7:414 BW.

^{xi} Zie voor de verschillende hier genoemde rechtsfiguren respectievelijk art. 7:101 BW e.v. (huurkoop van onroerende zaken), art. 3:92 (eigendomsvoorbehoud), de artikelen 2:117 en 2:227 BW inzake certificaten van aandelen en titel 5.7 inzake erfpacht.

^{xii} Zie daarover A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, zesde druk, 2018, p. 446.

^{xiii} Zie in dit verband bijv. Rb. Utrecht 1 april 2009, *NJF* 2009/255 en HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2068.

^{xiv} Zie daarover art. 6:174 BW en art. 7:10 BW alsmede W.G. Huijgen, *Economische eigendom, studiepockets Privaatrecht* nr. 50, nr. 12.1.

^{xv} Zie daarover art. 3:307 lid 1 BW.

^{xvi} Zie daarover art. 3:307 lid 2 BW.

^{xvii} Zie daarover ook T.F.H. Reijnen, *Van oude economen en rechten die voorbij gaan*, *FTV* 2015/31.

^{xviii} ECLI:NL:HR:2011:BQ5989; NJ 2012/312 (Mulder q.q./Hoogheemraadschap Schieland).

^{xix} ^{xix} Zie daarover art. 3:74 BW. Terzijde merk ik op dat hetzelfde zal gelden indien de onherroepelijke volmacht in de akte van economische eigendomsoverdracht was aangevuld met een privatieve last. Zie daarover art. 7:422 lid 2 j° 423 BW.

^{xx} Zie daarover art. 1:99 lid 1 sub b. BW j° art. 1:97 BW j° art. 3:189 lid 2 BW j° art. 3:170 lid 3 BW. Overigens kan deze problematiek – op een iets andere manier – ook spelen indien de gemeenschap van goederen waarin de juridisch eigenaar gehuwd was door latere huwelijkse voorwaarden wordt ontbonden (zie art. 1:99 lid 1 sub h. BW) en de onroerende zaak wordt toegedeeld aan de andere echtgenoot die niet de onherroepelijke volmacht verstrekt heeft. Zie over deze problematiek reeds mijn bijdrage: *Wat is de reikwijdte van de onherroepelijke volmacht?* JBN 1994/60.

^{xxi} Zie daarover expliciet Hof Amsterdam 18 september 2018; GHAMS:2018:3353.

^{xxii} Zie met name de nrs. 251 t/m 254.