WFR 2014/246

Erfpacht- en opstalrechten in de eigenwoningregeling civiel en fiscaal bezien

[redacted] MSRE, datum 18-02-2014

Datum: 18-02-2014

Auteurs: [redacted] MSRE[1]

Vakgebied(en): Vastgoed / Koopovereenkomst/Inkomstenbelasting / Inkomen uit werk en woning (box 1) - niet-winst/Agrarisch recht / Pachtrecht

Wetingang: art. 5:85 en 5:101 BW; art. 5:86 BW; art. 5:99 BW; art. 3.111 Wet IB 2001

Er is de laatste tijd de nodige jurisprudentie verschenen over de toepassing van de eigenwoningregeling bij een erfpachtstructuur. De tot op heden gepubliceerde uitspraken zien op de vraag of een erfpachtcanon, en de eventuele opstalretributie, in aftrek kunnen worden gebracht van het box 1-inkomen. Het merendeel van de procedures heeft betrekking op de constructiebestrijding als bedoeld in het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 13 november 2006. Erfpachtstructuren, al dan niet in combinatie met een (afhankelijk) opstalrecht, kunnen op diverse manieren zijn vormgegeven. In deze bijdrage gaan de auteurs nader in op deze rechtspraak, waarbij de fiscale gevolgen van diverse mogelijke erfpacht- en opstalcombinaties aan de orde komen in relatie tot de toepassingsvereisten van de eigen woning.

1 Inleiding

Er is de laatste tijd de nodige jurisprudentie verschenen over de toepassing van de eigenwoningregeling bij een erfpachtstructuur. Alhoewel een aantal van de te bespreken structuren inmiddels aan de Hoge Raad is voorgelegd, is het onderwerp dermate actueel dat een verkennende bespreking naar onze mening zinvol is. In onderdeel 2 bespreken wij in hoofdlijnen de civielrechtelijke aspecten van erfpacht- en opstalrechten, combinaties hiervan en de eigenwoningregeling in relatie tot erfpacht. In onderdeel 3 voorzien wij het erfpacht/opstalarrest van 17 februari 2012[2] van commentaar, alsook een aantal recente erfpachtuitspraken van rechtbanken en gerechtshoven. Indachtig de besproken civielrechtelijke aspecten en gewezen jurisprudentie worden de toepassingsvereisten voor de eigenwoningregeling in onderdeel 4 nader tegen het licht gehouden. De methode van rechtsvinding, die in een aantal uitspraken centraal staat (fiscale (her)kwalificatie), komt in onderdeel 5 aan de orde. Wij sluiten in onderdeel 6 af met een conclusie.

2 Erfpacht en opstalrecht

2.1 Erfpachtrecht

In dit onderdeel volgt een civielrechtelijke beschrijving van het erfpachtrecht en het — hiermee vaak gecombineerde — opstalrecht. Het recht van erfpacht is geregeld in art. 5:85 t/m 5:100 BW. Het is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft een ander zijn onroerende zaak te houden en te gebruiken. Erfpacht doorbreekt echter niet de natrekking wanneer een erfpachter een gebouw sticht op de grond die hem in erfpacht is gegeven. Het gebouw wordt eigendom van de erfverpachter.

2.1.1 Looptijd (art. 5:86 BW)

Het recht van erfpacht eindigt (anders dan bij een vruchtgebruik) niet bij het overlijden van de gerechtigde (erfpachter). Erfpacht kan tijdelijk, voortdurend of eeuwigdurend zijn. Bij een voortdurende erfpacht is de duur weliswaar voor onbepaalde tijd, maar vindt periodiek aanpassing plaats van de verschuldigde canon aan de gestegen of gedaalde waarde van de onroerende zaak. Ook het canonpercentage kan periodiek worden gewijzigd. Het belang bij de waardeontwikkeling van de onroerende zaak blijft in beginsel bij de eigenaar ("bloot eigenaar") berusten. Bij een eeuwigdurend recht van erfpacht vindt een dergelijke aanpassing aan een (gestegen) grondwaarde niet plaats. In de praktijk komt het regelmatig voor dat de erfpachtcanon wordt afgekocht. In dat geval komt bij een eeuwigdurend recht van erfpacht het economische belang bij de waardeontwikkeling van de onroerende zaak (nagenoeg) geheel bij

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

de erfpachter te liggen. Bij een tijdelijk recht van erfpacht staat vast dat na afloop van de termijn de bloot eigenaar weer volledig eigenaar wordt. Het belang bij de waardeontwikkeling blijft dan in principe bij de bloot eigenaar berusten.

2.1.2 Bestemming (art. 5:89 BW)

Het recht van erfpacht geeft de erfpachter het recht de onroerende zaak te gebruiken overeenkomstig hetgeen partijen in de akte van vestiging hebben vastgelegd. Daarbij mag de erfpachter zich als eigenaar gedragen met de bijkomende dwingendrechtelijke beperkingen.[3] Anders dan een eigenaar mag de erfpachter de bestemming van de onroerende zaak niet wijzigen zonder toestemming van de eigenaar.[4]

2.1.3 Canon (art. 5:85, lid 2, BW)

Er bestaat geen wettelijke verplichting om een canon te berekenen. Zakelijk bezien zal de eigenaar echter een vergoeding wensen te ontvangen. In geval van een periodieke vergoeding is dat een canon. Er bestaan geen wettelijke bepalingen die de hoogte ervan regelen. Het erfpachtrecht kan ook tegen betaling van een éénmalige koopsom worden gekocht. Alsdan is géén canon verschuldigd.

2.1.4 Het voorwerp van erfpacht en belang bij de opstal (art. 5:99 BW)

Het erfpachtrecht kan betrekking hebben op alleen de grond, maar ook op grond èn opstal. In het laatste geval ziet de canon eveneens op grond en opstal. Het is echter ook mogelijk om een koopsom te betalen voor de opstal. De (lagere) canon ziet dan alleen op de grond. In dat geval heeft de erfpachter wel een belang bij de waardeontwikkeling van de opstal. Bij het einde van het erfpachtrecht heeft hij namelijk recht op een schadevergoeding ter grootte van de waarde in het economische verkeer van de opstal.[5] Onder omstandigheden heeft de erfpachter daarnaast het recht om opstallen, die voor zijn rekening en risico zijn gesticht of door hem tegen betaling zijn overgenomen, weg te nemen.[6] Dit betreft een keuze, tenzij anders is bepaald. De erfpachter die een koopsom voor de opstal heeft betaald of deze voor eigen rekening en risico heeft gesticht, is hierdoor geen juridisch eigenaar van die opstal. Door natrekking komt de eigendom bij de erfverpachter. Ingevolge art. 5:99 BW heeft de erfpachter "slechts" een volledig economisch belang bij de opstal.

2.2 Opstalrecht

Het recht van opstal is geregeld in art. 5:101 t/m 5:105 BW). Het recht van opstal doorbreekt de hiervoor genoemde natrekking. De opstalgerechtigde (opstaller) wordt (juridisch) eigenaar van de opstal. Men vestigt een opstalrecht op een perceel zonder een opstal of op een perceel met een bestaande opstal. Bij een gecombineerd erfpacht- en opstalrecht heeft de erfpachter/opstaller de keuze om naast de canon voor de grond een periodieke vergoeding (retributie) voor het opstalrecht te betalen of een éénmalige koopsom voor de opstal. Betaalt de opstaller een koopsom voor een bestaande opstal (of sticht hij zelf een nieuwe opstal) dan heeft de opstaller bij het einde van het opstalrecht recht op een schadevergoeding.[7] Er is dan geen retributie verschuldigd voor het gebruik van de opstal.[8] Wanneer de opstaller géén koopsom heeft betaald voor de bestaande opstal, heeft hij evenmin recht op die schadevergoeding en heeft hij dus ook geen belang bij de waardeontwikkeling van de opstal. De opstaller is dan een eigenaar die geen belang heeft bij de waardeontwikkeling van hetgeen hij in eigendom heeft.

Bij een gecombineerd erfpacht- en opstalrecht zijn er dus twee (juridische) eigenaren: één van de grond (de erfverpachter of bloot eigenaar) en één van de opstal (de erfpachter/opstaller). Het is overigens niet noodzakelijk om voor het gebruik van de grond een erfpachtrecht te vestigen. Partijen kunnen in voorkomende gevallen volstaan met het vestigen van een opstalrecht. In dat geval betaalt de opstaller toch een retributie voor het gebruik van de grond.

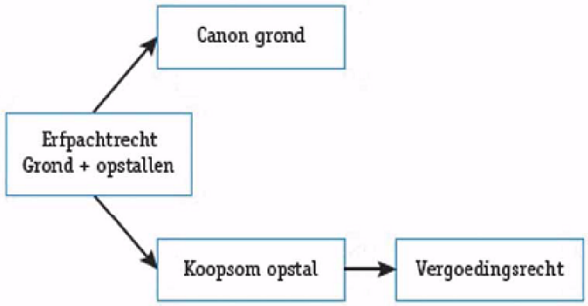
2.3 Mogelijke situaties erfpacht- en opstalrecht

Hieronder volgt een zestal mogelijke "erfpacht-/opstalsituaties".

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

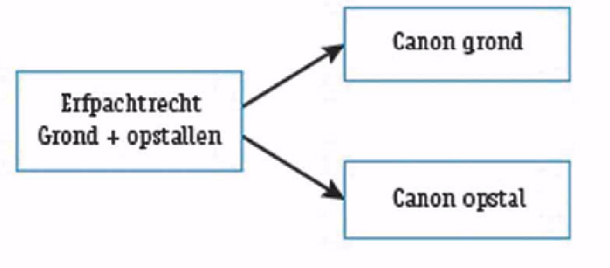
Situatie 1

De grond wordt in erfpacht uitgegeven en de erfpachter betaalt een koopsom voor de aanwezige opstal. Daarnaast is een jaarlijkse canon verschuldigd. De erfpachter heeft uit hoofde van art. 5:99 BW bij beëindiging van de erfpacht recht op een vergoeding voor de door hem betaalde opstal.



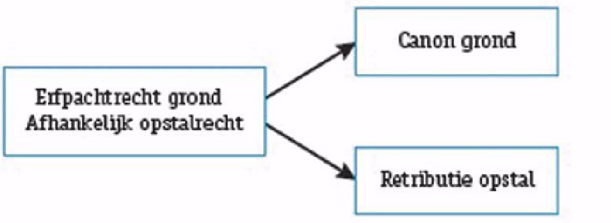
Situatie 2

De grond en de opstal worden in erfpacht uitgegeven en de erfpachter betaalt een jaarlijkse canon voor de grond èn de aanwezige opstal. Er bestaat geen recht op een vergoeding bij beëindiging van de erfpacht. Deze situatie is vergelijkbaar met een huursituatie ("huuranaloog").



Situatie 3[9]

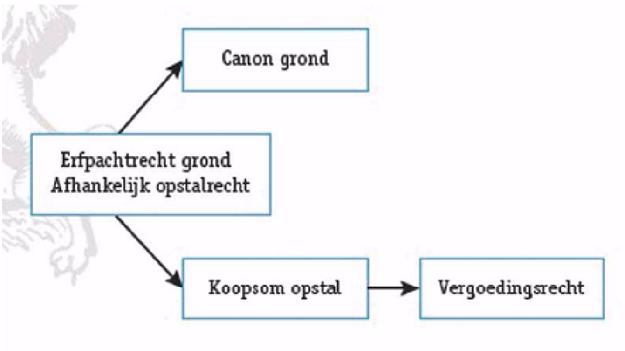
De grond wordt in erfpacht uitgegeven en de erfpachter betaalt een jaarlijkse canon voor de grond. Daarnaast is een afhankelijk[10] opstalrecht gevestigd. De opstaller is een retributie verschuldigd voor de aanwezige opstal. Verschil met situatie 2 is dat de erfpachter/opstaller juridisch eigenaar wordt van de opstal.



Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

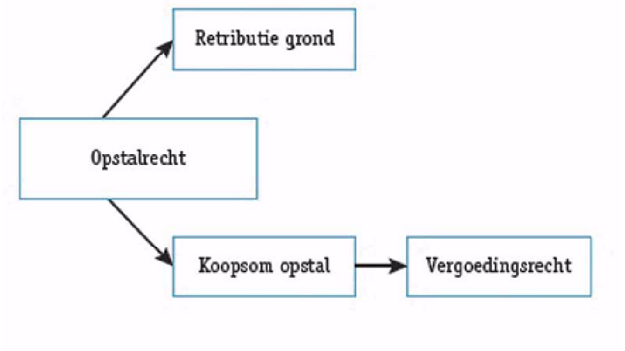
Situatie 4

Net als situatie 3, alleen wordt ter zake van het opstalrecht géén retributie betaald maar een koopsom. In dit geval bestaat voor de erfpachter/opstaller recht op een vergoeding bij beëindiging van het opstalrecht.



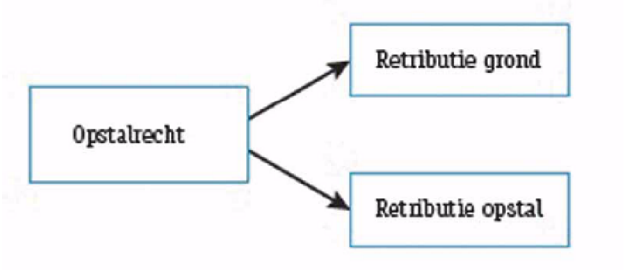
Situatie 5

Er wordt géén erfpachtrecht gevestigd, maar enkel een opstalrecht. Het opstalrecht bewerkstelligt de eigendom van de bebouwing en de beplantingen (de tuin). De opstaller betaalt een koopsom voor de opstal en een retributie voor het gebruik van de grond. In dit geval bestaat voor de opstaller recht op een vergoeding bij beëindiging van het opstalrecht.



Situatie 6

Net als situatie 5, maar in dit geval heeft de retributie betrekking op zowel de grond als de opstal. Deze situatie is sterk vergelijkbaar met situatie 3.



Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

2.4 Waardering

Hiervoor hebben wij aangegeven in welke situaties de eindwaarde van de opstal in beeld komt bij de erfpachter. Voor de erfpachter bestaat de waarde van het erfpachtrecht uit twee componenten. Ten eerste betreft dit de waarde van de opstal te realiseren bij verkoop van het erfpachtrecht of te realiseren bij afloop van het recht (in geval van een tijdelijk erfpachtrecht). Ten tweede ziet het op de waarde die ontstaat als de feitelijk betaalde canon afwijkt van (lager is dan) een marktconforme canon.[11] Daarnaast is er de waardering van de bloot eigendom. Wanneer de erfpachter geen belang heeft bij de opstal, groeit de bloot eigendom uiteindelijk aan tot volle eigendom. Dit geldt voor zowel de grond als de opstal. Als de bloot eigenaar bij een tijdelijk erfpachtrecht aan het einde van de looptijd een vergoeding aan de erfpachter is verschuldigd, kan de bloot eigenaar alleen de aangroei van de grondwaarde toucheren. In een dergelijk geval bestaat de waarde van de bloot eigendom dus alleen uit de contante waarde van de (nog) te ontvangen canons/retributies en de contante waarde van de toekomstige grondwaarde.[12]

2.5 Eigenwoningregeling en erfpacht

Voor toepassing van de eigenwoningregeling[13] moet sprake zijn van eigendom of economische eigendom. Voorts moet de (economische) eigenaar alle voordelen genieten. Tot slot moeten alle kosten en lasten op hem drukken en moet het belang bij de waardeontwikkeling hem grotendeels aangaan.

Ook een woning die alleen in erfpacht is uitgegeven, kan als eigen woning in de zin van de eigenwoningregeling kwalificeren. Dat lijkt onlogisch aangezien een erfpachter zonder opstalrecht geen eigenaar van de woning en/of ondergrond is. In het besluit van 24 november 2009[14] zijn echter de voorwaarden kenbaar gemaakt waaronder een erfpachtwoning toch als eigen woning kwalificeert. De belangrijkste voorwaarde is dat de erfpachter een koopsom moet hebben betaald voor de opstal (zie situatie 1 hiervoor). De erfpachter heeft dan uit hoofde van zijn recht op de schadevergoeding het belang bij de waardeontwikkeling van de opstal. De toekomstige meerwaarde van de grond gaat de erfpachter/opstaller echter nog steeds niet aan.[15]

Een tweede (opvallende) voorwaarde is de vereiste minimale looptijd van 25 jaar. Een motivering voor deze termijn ontbreekt.[16] Op basis van de voorwaarden van het besluit is de erfpachter géén eigenaar, ook niet in economische zin. Door het betalen van een koopsom wordt de erfpachter echter materieel gelijkgesteld aan een economische eigenaar, hetgeen blijkbaar in de ogen van de staatssecretaris voldoende is.

De erfpachter geeft het eigenwoningforfait aan.[17] Een verschuldigde canon komt in aftrek.[18] Behoudens bij een gefinancierde koopsom voor de opstal, is verder van een eigenwoningschuld géén sprake. Periodieke betalingen op grond van een recht van erfpacht of opstal zijn uitdrukkelijk in de wet als aftrekbare kosten aangemerkt. Doordat in zoverre géén sprake is van een eigenwoningschuld, heeft een erfpachter voor het erfpachtdeel niet te maken met de beperking van de aftrek tot een periode van dertig jaar en evenmin met de zogenoemde "bijleenregeling".[19] Bij verkoop van de woning kan dan géén eigenwoningreserve ontstaan, die een latere rente in aftrek beperkt. De bepalingen over vooruitbetaalde rente en geldleningen tussen partners zijn evenmin doorgetrokken naar erfpachtsituaties.[20] Dit vormt een opvallende bevoordeling van een erfpachter ten opzichte van iemand die de volle eigendom van een eigen woning heeft. Ingeval de canon is afgekocht, is aftrek hiervan (uiteraard) niet mogelijk. Wel kan de eventueel verschuldigde financieringsrente over de afkoopsom in aftrek worden gebracht.

3 Jurisprudentie

Hierna bespreken wij allereerst HR 17 februari 2012. Aan het arrest gaan uitspraken van de Rechtbank Breda[21] en het Hof 's-Hertogenbosch[22] vooraf. In beide gevallen werd de inspecteur in het ongelijk gesteld.

3.1 Casus arrest

Een besloten vennootschap geeft aan haar aandeelhouders/natuurlijk persoon een woning in erfpacht. Om na 2001 de woning als "eigen woning" te laten kwalificeren, zet men het recht van erfpacht op grond en opstal om in een erfpachtrecht voor de grond en een afhankelijk recht van opstal voor de bestaande opstal. De aandeelhouders

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

betalen voor het erfpachtrecht een canon en voor het opstalrecht een retributie. In de opstalvoorwaarden is een meerwaardeclausule opgenomen, waardoor de opstallers een belang krijgen bij de waarde van de onroerende zaak. Het geschil zag met name op de vraag of was voldaan aan het eigendomsvereiste en het vereiste belang bij de waardeontwikkeling.

3.1.1 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad is van mening dat bij aanwezigheid van juridische eigendom niet noodzakelijkerwijs ook sprake moet zijn van economische eigendom. Uit de tekst van de wet in combinatie met de toelichting hierop volgt volgens de Hoge Raad dat een woning de belastingplichtige ter beschikking staat op grond van (juridische) eigendom indien deze zijn eigendomsrecht ontleent aan een recht van opstal. In een zodanig geval hoeft niet te worden onderzocht of tevens sprake is van economische eigendom. Zowel bij een retributie als bij een koopsom leidt het opstalrecht tot juridische eigendom van de opstal bij de opstaller. Alleen in geval van een koopsom heeft de opstaller zonder meer een economisch belang bij de waardeontwikkeling van de opstal. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat niet is vereist dat het belang bij de waardeontwikkeling wordt ontleend aan het opstalrecht zelf. Voldoende is dat de bepaling hierover is opgenomen in de erfpacht-/opstalakte. Doordat de opstaller door de meerwaardeclausule een voldoende belang bij de waardeontwikkeling heeft gekregen, kan volgens de Hoge Raad — ondanks dat sprake is van een retributie voor de opstal — niet worden gesproken van een "huuranaloge situatie" en is sprake van een eigen woning.

3.1.2 Commentaar

De juridische eigendom van de aandeelhouders leverde hen géén belang op bij de waardeontwikkeling van de onroerende zaak. Er was sprake van een retributie en niet van een koopsom. Weliswaar hebben partijen het gemis van een belang bij de waardeontwikkeling "gerepareerd" door het opnemen van een meerwaardeclausule in de opstalvoorwaarden, maar wij betwijfelen of de wetgever een dergelijk belang voor ogen heeft gehad bij de formulering van de (vereisten voor de) eigenwoningregeling. De overweging dat blijkens de wetsgeschiedenis de juridische eigendom voldoende is, overtuigt ons niet. Uit diezelfde wetsgeschiedenis kan naar ons oordeel evenmin worden opgemaakt dat de wetgever ook deze vorm van het opstalrecht voor ogen heeft gehad toen werd gesproken over de juridische eigendom van een onroerende zaak.[23]

A-G Niessen gaat in zijn conclusie bij het arrest in op de economische betekenis van een opstalrecht waarbij de opstaller geen koopsom heeft betaald voor de bestaande opstal en evenmin de opstal heeft gesticht.[24] Hij concludeert echter ten onrechte dat een recht van opstal de opstalhouder op grond van art. 5:101 lid 1 BW het eigendom van de woning en daarmee ook het recht op waardeverandering van de woning geeft. Aangezien de opstaller de opstal niet heeft overgenomen tegen vergoeding van de waarde en evenmin zelf heeft gesticht, had deze géén vergoedingsrecht. Van een belang bij de waarde van de opstal uit dien hoofde kan alsdan géén sprake zijn.

De vraag rijst of de Hoge Raad voor de beoordeling van de rechtsverhouding (ten onrechte) is uitgegaan van de juistheid van de conclusie van de advocaat-generaal. In dat geval hoeft immers niet meer te worden onderzocht of belanghebbende naast juridisch eigenaar ook als "economisch eigenaar" kon worden aangemerkt. Doordat de Hoge Raad tevens oordeelt dat de meerwaardeclausule een onderdeel uitmaakt van de erfpacht- en opstalvoorwaarden, zou een juiste kwalificatie van voornoemde rechtsverhouding de uitkomst waarschijnlijk niet hebben veranderd. De opgenomen meerwaardeclausule compenseerde het "gebrek" aan een economisch belang. Deze uitkomst blijft echter onbevredigend.[25]

3.2 Lagere jurisprudentie[26]

Naast de uitspraken die hebben geleid tot BNB 2012/201 is er inmiddels een aantal uitspraken gedaan door de rechtbanken te 's-Gravenhage en Haarlem over de aftrek van een canon bij een erfpachtstructuur met de eigen woning. Op een deel van deze uitspraken is in hoger beroep uitspraak gedaan door de gerechtshoven te 's-Gravenhage en Amsterdam. Nagenoeg al deze procedures zijn een uitvloeisel van de aan de Belastingdienst

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

opgedragen bestrijding van een specifieke erfpachtconstructie.[27] Wij volstaan hieronder met een korte beschrijving in hoofdlijnen van de betreffende structuren, aangevuld met een enkele opmerking van onze zijde.

3.2.1 Belangrijkste kenmerken

Uit het in de uitspraken opgenomen feitencomplex blijkt een aantal opvallende kenmerken. Ten eerste is sprake van een "hoog/laag-constructie" voor de canon. De eerste tien jaren is de (vaste) canon hoog, daarna laag. Ten tweede betreft het voornamelijk eeuwigdurende erfpachten, waarbij partijen een afspraak hebben gemaakt over de prijsvorming van de bloot eigendom gedurende de gehele looptijd van de erfpacht. De te betalen prijs nam af in de eerste tien jaren en bleef daarna gelijk. De gelijkblijvende prijs was gelijk aan de contante waarde van de toekomstige eeuwigdurende canon. Er vond derhalve geen herziening plaats, noch van het canonpercentage noch van de (oorspronkelijke) grondwaarde.

In deze structuren is de canon na tien jaar eeuwigdurend gefixeerd. Hierdoor bestaat geen relatie meer tussen de canon en de onderliggende grondwaarde en blijft het belang bij de waarde van de grond in feite bij de erfpachter liggen (verdisconteerd in de waarde van het erfpachtrecht, dat daarmee waardevol wordt). Aldus bezien is er door (of ondanks) de erfpachtstructuur in economische zin géén verandering opgetreden voor de belanghebbende. Doordat de canon na jaar 10 gelijk blijft, blijft ook de waarde van de bloot eigendom gelijk. Dat betekent dat bij afname door de erfpachter van de bloot eigendom van de bank het verschuldigde bedrag niet gerelateerd is (of zal worden) aan de (veel hogere) grondwaarde, maar het karakter heeft van een restschuld. Hierdoor wekt het oordeel dat in de gegeven feiten en omstandigheden de canon gedurende de eerste tien jaren de eigenschappen van een annuïteit bezit geen verbazing.

In de procedure voor Rb. 's-Gravenhage[28] was overigens géén sprake van een eeuwigdurend recht van erfpacht, maar van een tijdelijk erfpachtrecht. In dat geval bestaat de waarde voor de bloot eigenaar (in principe) uit de contante waarde van de canons èn de eindwaarde van de grond (anders dan bij een eeuwigdurend recht van erfpacht). Het uiteindelijke belang bij de waarde van de grond ligt bij een tijdelijk erfpachtrecht dus bij de bloot eigenaar. Hierdoor ligt het niet voor de hand om de betreffende erfpachtstructuur als een annuïteit te kwalificeren. Wel zou in de hoge canon gedurende de eerste tien jaren een vooruitbetaling kunnen worden gezien. Het voorgaande betekent dat de looptijd van het erfpachtrecht bepalend kan zijn voor de fiscale duiding van de erfpachtstructuur.

In de procedures voor Rechtbank 's-Gravenhage[29] en Hof 's-Gravenhage[30] was sprake van een erfpacht- en opstalstructuur met een stichting, waarvan de belastingplichtige de enige bestuurder was. De canon werd in aftrek geweigerd. De rechtbank was van mening dat in fiscale zin sprake was van een schenking. Het hof komt eveneens tot niet-aftrekbaarheid, maar de motivering verschilt: de canon heeft niet gedrukt op belanghebbende en kan om die reden niet in aftrek worden gebracht. Er is blijkbaar sprake van een "transparante" stichting.

In de procedure voor Rechtbank Haarlem[31] was sprake van een recht van erfpacht dat betrekking heeft op zowel grond als opstal (situatie 3; een huuranaloge situatie). Hierdoor hadden de erfpachters geen belang bij de waardeontwikkeling van de onderliggende onroerende zaak en was uit dien hoofde de eigenwoningregeling niet van toepassing. Dit lijkt ons een juist oordeel.

4 Belangrijkste aandachtspunten

Indachtig hetgeen in de voorgaande onderdelen is besproken, worden de belangrijkste aandachtspunten voor de eigenwoningregeling hieronder nog eens van commentaar voorzien.

4.1 Kwalificerend eigenaar

Een erfpachter is geen eigenaar. Een opstaller is wel eigenaar van de opstal, maar niet zonder meer belanghebbende bij de waardeontwikkeling van de opstal. Alleen wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van art. 5:105 BW jo. art. 5:99 BW is voldaan, heeft de opstaller een uit de wet voortvloeiend belang bij de waarde van de opstal. Het vereiste belang bij de waardeontwikkeling kan naar het oordeel van de Hoge Raad ook worden verkregen via de

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

erfpachtvoorwaarden. De vraag of een dergelijke bepaling alleen obligatoire werking heeft of ook goederenrechtelijk een onderdeel gaat uitmaken van het erfpachtrecht, is in dit kader blijkbaar niet relevant. Een erfpachter is naar het oordeel van de staatssecretaris nooit een economisch eigenaar in de zin van de eigenwoningregeling. In het eerdergenoemde besluit van 24 november 2009 geeft hij echter aan dat een erfpachter onder omstandigheden materieel gelijk behandeld kan worden als een economisch eigenaar. Naar wij menen, is hier sprake van begunstigend beleid.

4.2 Wie geniet de voordelen (huuranalogie)

De eigenaar/bewoner van een woning kan worden beschouwd als iemand die een woning aan zichzelf heeft verhuurd.[32] Om die reden wordt het eigenwoningforfait (als representant van de economische huurwaarde van een woning) als inkomen in aanmerking genomen, zijnde het rendement dat de belastingplichtige zou hebben genoten bij verhuur aan een derde. Bij afwezigheid van een aan een derde verschuldigde huurvergoeding geniet men zelf de voordelen van die woning. De verhuurder van een woning geniet de voordelen hiervan en niet de huurder; deze betaalt immers — evenals een erfpachter — voor het gebruik van die woning een (periodieke) gebruiksvergoeding.

Geniet een erfpachter, die overigens geen belang heeft bij de waarde van de woning, dan wel de voordelen van die woning? In geval van een canon voor grond en opstal voldoet een dergelijke "huuranaloge" situatie naar onze mening reeds daarom al niet aan het eerstgenoemde vereiste voor de eigenwoningregeling. Deze constatering zou op zich voldoende moeten zijn om toepassing van de eigenwoningregeling uit te sluiten.

4.3 Op wie drukken de lasten?

Hierover kan blijkens de uitspraak van de rechtbank te Haarlem[33] discussie bestaan. De rechtbank verwijst hierbij terecht naar de werking van art. 5:96 BW. Voor de eigenwoningregeling moeten de kosten op de belastingplichtige drukken. Dit duidt op een betalingsverplichting. De betaling zelf is irrelevant. De redigatie van de erfpachtvoorwaarden speelt hierbij dus — met inachtneming van de civielrechtelijke spelregels — een belangrijke rol.

4.4 Het belang bij de waardeontwikkeling

Bij een tijdelijk en voortdurend erfpachtrecht van een perceel grond heeft de erfpachter in zijn algemeenheid géén belang bij de waarde ervan. Dat is anders bij een eeuwigdurend erfpachtrecht, waarvan de canon eeuwigdurend is afgekocht. Van een belang bij de opstal is sprake wanneer de erfpachter de opstal van de eigenaar overneemt tegen vergoeding van de waarde of voor eigen rekening sticht.

Ook een opstaller heeft in zijn algemeenheid geen belang bij de waarde van de grond en evenmin een belang bij de waarde van de opstal, tenzij sprake is van een opstal die tegen vergoeding van de waarde is overgenomen of voor eigen rekening is gesticht.

4.5 De canon als annuïteit

De aftrek van een canon is gerechtvaardigd omdat deze vanuit een economisch perspectief per saldo door de wetgever vergeleken is met het betalen van een rente (op een aflossingsvrije lening).[34] Aan deze interpretatie van de canon ligt de gemeentelijke erfpacht ten grondslag. Hierbij heeft de erfpacht alleen betrekking op de grond. De vraag is vervolgens waarom de canon vanuit deze perceptie dan niet (meer) kan worden vergeleken met een rente, wanneer deze canon betrekking heeft op de grond èn de opstal. Waarom is in dat geval sprake van een 'huuranaloge' situatie? Duidelijk is dat degene die in die huuranaloge situatie verkeert niet alle voordelen van de eigen woning geniet. Waarom de canon in dat geval als periodieke gebruiksvergoeding zien en niet als rente?[35]

5 Rechtsvinding

Wij plaatsen een korte opmerking over de wijze van rechtsvinding in de hiervoor genoemde rechterlijke uitspraken. Bij de meeste erfpachtstructuren die zijn opgezet met een bancaire instelling hanteert de rechter het leerstuk van de fiscale (her)kwalificatie. De rechter past voor de relevante feiten "substance over form" toe. Is de erfpachtstructuur

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

wel echt een erfpacht of ligt er nog een andere werkelijkheid verborgen in de gepresenteerde feiten en omstandigheden? En zo ja, tot welke fiscale gevolgen moet dit leiden? Het doel van de fiscale (her)kwalificatie is om rechtstreeks tot een vaststelling van de feiten te komen, die ten grondslag moeten worden gelegd aan de belastingheffing. Daarbij spreekt de rechter géén oordeel uit over de civielrechtelijke verhouding tussen partijen.[36] In casu oordeelt de rechter dat voor de toepassing van het fiscale recht sprake is van een annuïtaire geldlening. De betaalde (hoge) canon in de eerste tien jaar wordt ge(her)kwalificeerd tot een bedrag aan rente en aflossing. Voor de jaren erna is sprake van een aflossingsvrije geldlening met een vaste restschuld. Dientengevolge is art. 3.120 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001 (tekst 2014) ook niet langer relevant. De canon is rente en aflossing. De relevante vraag is dus of de betaalde "rente" in aftrek komt op grond van art. 3.120 Wet IB 2001. Van belang daarvoor is of de "schuld" is aangegaan ter zake van de aanschaf, het onderhoud of de verbetering van een eigen woning.

6 Conclusie

Erfpachtstructuren met de eigen woning staan volop in de belangstelling. Op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie kunnen de geldende risico's worden geformuleerd. Hoewel de Hoge Raad zich nog dient uit te spreken over de voorliggende zaken, mag voor de fiscale praktijk intussen wel duidelijk zijn dat het opzetten van erfpachtstructuren, waarbij economisch gezien weinig tot geen wijziging wordt aangebracht ten opzichte van de situatie van vóór de betreffende erfpachtstructuur, niet zonder meer tot het gewenste resultaat — aftrek van een canon en/of retributie — hoeft te leiden. Desalniettemin bestaan nog de nodige vraag- en discussiepunten, waarover in de komende jurisprudentie hopelijk de nodige duidelijkheid wordt verschaft.

Voetnoten

[1] Drs. N.M. (Nikolajev) Ligthart is fiscaal partner bij Horlings Accountants & Belastingadviseurs, onderdeel van Nexia Nederland en mr. H.K. (Henk) Nijkamp MSRE is werkzaam bij de Belastingdienst te Amsterdam. Hij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

[2] HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0651, BNB 2012/201.

[3] Art. 5:89 lid 1 BW.

[4] Art. 5:89 lid 2 BW.

[5] Art. 5:99 BW.

[6] Art. 5:8 lid 3 BW.

[7] Art. 5:105 jo. art. 5:99 BW.

[8] Bij aanwezigheid van een recht van erfpacht op de grond.

[9] Dit is de situatie in het arrest BNB 2012/201.

[10] Het opstalrecht eindigt zodra het recht van erfpacht eindigt.

[11] Dit onderdeel van de waarde kan ook negatief zijn bij een lagere marktcanon.

[12] Zie voor de onderlinge samenhang tussen de waarde van het erfpachtrecht en de bloot eigendom Concl. A-G Moltmaker HR 7 april 1993, NJ 1994/47.

[13] Art. 3.111 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001.

[14] Besluit van 24 november 2009, nr. CPP2009/2342M, BNB 2010/75.

[15] Dit is anders bij een eeuwigdurend recht van erfpacht, waarbij de canon eveneens eeuwigdurend is afgekocht. Gecombineerd met een koopsom voor de opstal heeft een dergelijke erfpachter nagenoeg altijd het volledige belang bij de onroerende zaak.

[16] Mogelijk dat aansluiting is gezocht bij art. 5:97 BW, waarin een termijn van 25 jaar wordt genoemd en/of heeft de staatssecretaris gemeend met een dergelijke minimumtermijn voldoende onderscheid met huur te bewerkstelligen.

[17] Art. 3.112 Wet IB 2011.

[18] Art. 3.120 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

[19] Art. 3.120 lid 2 Wet IB 2001 respectievelijk art. 3.119a Wet IB 2001.

[20] Art. 3.120 lid 5 en 9 Wet IB 2001.

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[21] Rb. Breda 7 september 2009, nr. 07/5200, NTFR 2009/2332.

[22] Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2010, nr. 09/00566, V-N 2011/29.1.2.

[23] Zo ook de Redactie Vakstudie Nieuws in V-N 2012/8.16, die van mening is dat een opzet als de onderhavige niet door de wetgever is onderkend en niet kan worden geacht te zijn aanvaard.

[24] Concl. A-G Niessen 6 december 2011, nr. 2011/00445, ECLI:NL:PHR:2012:BV0651.

[25] Idem J.P. (10)(2e), 'Betalingen voor erfpacht- en opstalrechten in de eigenwoningregeling', NTFR-B 2012/21.

[26] Rb. 's-Gravenhage 13 april 2011, ECLI:NL:2011:BQ3190, V-N 2011/38.12, Rb. 's-Gravenhage 28 juli 2011, ECLI:NL:2011:BT2407, NTFR 2012/302, Rb. 's-Gravenhage 26 juli 2011, ECLI:NL:2011:BT2235, Rb. Haarlem 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BV3499, Rb. Haarlem 19 april 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW3602, V-N 2012/44.1, Hof Amsterdam 2 mei 2013, nr. 12/00419/00420/00421, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA0082, en Hof 's-Gravenhage 24 juli 2013, nr. 11/00631, V-N Vandaag 2013/2028.

[27] Zie onderdeel 3.13 van het besluit van 13 november 2006, nr. CPP2006/412M, BNB 2007/23.

[28] Rb. 's-Gravenhage 24 oktober 2011, nr. 10/182, NTFR 2012/477.

[29] Rb. 's-Gravenhage 4 november 2011, nr. 09/802, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU9747.

[30] Hof 's-Gravenhage 24 juli 2013, nr. 11/00943, ECLI:NL:GHDHA:2013:3131.

[31] Rb. Haarlem 28 augustus 2013, nr. 12/5017 en 13/269, ECLI:NL:RBNHO:2013:7783.

[32] Zie onderdeel 4.1.2 van de conclusie van A-G Van Soest bij BNB 1995/62.

[33] Zie voetnoot 30.

[34] Hof Amsterdam 2 mei 2013, nr. 12/00419/00420/00421, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA0082. Indachtig de conclusie van A-G Van Soest bij BNB 1995/62 (zie voetnoot 32) zou de canon ook als een gebruiks(recht)vergoeding kunnen worden gezien. Vanuit dit perspectief bezien, ligt een huuranaloge behandeling meer voor de hand.

[35] In feite vormt ook rente een vergoeding voor het gebruik van de ter beschikking gestelde hoofdsom.

[36] Zou men dat laatste doen, dan gebruikt de rechter in feite het leerstuk van simulatie. De vraag daarbij is of partijen feitelijk géén canon maar een annuïteit zijn overeengekomen. Heeft men wel een erfpacht gewild of was de wil gericht op het annuïtair lenen van geld?

Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 28-02-2017. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl