

31. Van een opstalrecht naar een appartementsrecht

MR. DR. M. ALBERS

De staatssecretaris van Financiën heeft het besluit 'Overdrachtsbelasting. Belastbaar feit' herzien. Het herziene besluit (besluit van 23 april 2021, nr. 2021-64240) is gepubliceerd op 6 mei 2021 (Stcrt. 2021, 22617). Nieuw in het besluit is onder meer het onderdeel dat ziet op de omzetting van een recht van opstal naar een appartementsrecht. In deze bijdrage wordt hier nader op ingegaan. Ook wordt stilgestaan bij de levering van de hoofdgerechtigdheid aan de (gezamenlijke) appartementsrechteigenaren in erfpachtsituaties.

Het besluit

De staatssecretaris keurt (onder voorwaarden) goed dat ingeval een opstalhouder afstand doet van het recht van opstal, dat is gevestigd ten laste van een gedeelte van een onroerende zaak, tegen verkrijging van een onverdeeld aandeel in dezelfde onroerende zaak, een tegemoetkoming wordt verleend ten bedrage van de verschuldigde overdrachtsbelasting.

Deze algemeen geformuleerde tegemoetkoming wordt vervolgens (aanzienlijk) beperkt door de voorwaarden die aan deze tegemoetkoming worden gesteld. De tegemoetkoming wordt namelijk alleen verleend indien wordt voldaan aan vier voorwaarden:

- De afstand van het recht van opstal en de verkrijging van het onverdeeld aandeel in de onroerende zaak vinden plaats in het kader van een daaropvolgende splitsing in appartementsrechten van de betrokken onroerende zaak.
- De afstand van het recht van opstal, de verkrijging van het onverdeeld aandeel, de splitsing in appartementsrechten en de toedeling daarvan vinden op dezelfde dag plaats.
- Het door de appartementsgerechtigden verkregen appartementsrecht geeft recht tot gebruik van hetzelfde gedeelte van de onroerende zaak dat de opstalhouder en de (blote) eigenaar direct voor de wijziging in hun onderlinge rechtsverhouding in gebruik hadden. Voor zover de mate van gerechtigdheid tot de onroerende zaak toeneemt, is over de meerwaarde daarvan overdrachtsbelasting verschuldigd.
- De voormalige opstalhouder was ter zake van het destijds ten behoeve van hem gevestigde recht van opstal verschuldigd hetzij overdrachtsbelasting welke niet in mindering heeft gestrekt van schenk- of erfbelasting, hetzij niet aftrekbare omzetbelasting.

De voorbeelden

De (ruim) geformuleerde goedkeuring wordt dan ook beperkt tot die gevallen waarin er sprake is van een 'omzetting' van een recht van opstal naar een appartementsrecht. In de toelichting geeft de staatssecretaris het voorbeeld van een perceel grond met een beneden- en bovenwoning, waarbij de bovenwoning op grond van een opstalrecht aan een derde toekomt. Wanneer partijen besluiten om het opstalrecht te beëindigen, het perceel grond met beide woningen te splitsen in appartementsrechten en de beide woningen toe te delen aan de gerechtigden tot de beneden- en bovenwoning, zou de afstand van het opstalrecht en de toedeling aan de (voormalig) opstalhouder leiden tot heffing van overdrachtsbelasting. Voor wat betreft de afstand zal van een verkrijging door de hoofdgerechtigde sprake zijn en de toedeling aan de voormalig opstalhouder, zal bij hem als verkrijging belast zijn.

Het hiervoor geschetste voorbeeld van het besluit zal ook van toepassing kunnen zijn op andere situaties. Denk bij wijze van voorbeeld aan transformatorstations of installaties voor de warmte-koude-opslag die zijn gerealiseerd in het gebouw van een ander, waarvoor een opstalrecht is gevestigd. Ook kan gedacht worden aan het vakantiepark waarbij ten behoeve van de gerechtigden een opstalrecht is gevestigd om op de grond van de eigenaar een vakantiehuisje in eigendom te hebben.

Let bij deze voorbeelden goed op. Er wordt immers als voorwaarde gesteld dat bij de verkrijging door de opstalhouder, hetzij overdrachtsbelasting verschuldigd was welke niet in mindering heeft gestrekt van schenk- of erfbelasting, hetzij niet aftrekbare omzetbelasting. In de door mij geschetste voorbeelden zal de opstalhouder de in rekening gebrachte omzetbelasting aftrekken wanneer hij de opstallen zal aanwenden voor belaste prestaties, hetgeen voor de

hand ligt bij transformatorstations, WKO-installaties en vakantiehuisjes.

Waarover wordt wel overdrachtsbelasting geheven?

De staatssecretaris geeft aan dat met de omzetting van het opstalrecht naar het appartementsrecht, de (voormalig) opstalhouder ook gerechtigd wordt tot een aandeel in de ondergrond. Deze stelling is juist. Immers, hiertoe was hij voorheen als houder van het recht van opstal juridisch niet gerechtigd. Terzake van (ten minste) de verkrijging van het aandeel in de grond dient de voormalig opstalhouder overdrachtsbelasting te betalen. Zijn aandeel in de grond zou overeenkomen met zijn breukdeel in de splitsingsgemeenschap. In het geval de opstalhouder na de splitsing gerechtigd wordt tot een appartementsrecht dat het 30/100ste onverdeelde aandeel uitmaakt van de splitsingsgemeenschap, zou terzake van de overdracht van het appartementsrecht over 30/100ste gedeelte van de waarde van de grond overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Het geldende tarief en de wijze waarop de grond gewaardeerd moet worden, zijn niet vermeld in het besluit. Op grond van art. 9 juncto art. 52 Wet op belastingen van rechtsverkeer zal de grondslag moeten worden gebaseerd op de waarde van de grond in het economische verkeer ten tijde van de omzetting. In dergelijke gevallen zou gedacht kunnen worden aan de bepaling van de residuele grondwaarde (ten tijde van de omzetting). De residuele grondwaarde zal worden bepaald op het verschil tussen enerzijds de waarde van de grond en opstellen en anderzijds de som van alle (bouw)kosten, heffingen, leges en (gebruikelijke) winsten voor het bouwen van de opstellen. Ofwel de residuele grondwaarde zal gelijk zijn aan de prijs die een projectontwikkelaar bereid is te betalen voor de grond. Hierbij geldt dat de waardering alsmede de schatting van de kosten geschiedt ten tijde van de omzetting. Hiermee wordt de residuele grondwaarde bepaald ten tijde van de omzetting. Uiteraard zijn ook andere waarderingmethoden denkbaar.

Wat valt hier op af te dingen?

De besluitgever beschrijft slechts zeer summier de door hem aangereikte tegemoetkoming. Er kunnen omstandigheden zijn die de maatstaf van heffing beperken.

Aftrek van de waarde van de gekapitaliseerde retributie

Het opstalrecht leidt er toe dat de wettelijke natrekking wordt voorkomen, zodat de (grond)eigenaar niet van rechtswege ook eigenaar wordt van de opstellen die door de opstalhouder worden aangebracht. Met het opstalrecht zal de opstalhouder als eigenaar gerechtigd worden (en blijven) van de betreffende gebouwen, werken of beplantingen. Daarnaast heeft de opstalhouder, behoudens andersluidende bepalingen in de akte van vestiging, ten aanzien van de zaak waarop zijn recht rust, de bevoegdheden die voor

het volle genot van zijn recht nodig zijn. Dit brengt met zich mee dat de rechten en bevoegdheden die zijn toegekend bij de vestiging van het recht van opstal kunnen leiden tot de conclusie dat de opstalhouder mede gerechtigd wordt tot de waarde van de grond, op gelijke wijze als een erfpachter die het (mede)gebruik zou hebben van de grond. Het gebruik van de grond zal dan onderdeel zijn van het aan hem toekomende beperkt zakelijk recht. De mate waarin de opstalhouder voor de heffing van overdrachtsbelasting gerechtigd is tot deze waarde, is bij en krachtens de wet voorgeschreven. Bij een marktconforme retributie wordt de waarde van het recht van opstal bepaald op de waarde van de gekapitaliseerde retributie.

De staatssecretaris heeft in het besluit aangegeven dat er bij de omzetting van het opstalrecht naar het appartementsrecht overdrachtsbelasting verschuldigd is over ten minste het aandeel dat de opstalhouder verkrijgt in de grond. Dit lijkt mij in beginsel juist, met dien verstande dat het voor de hand ligt dat op de grondslag van heffing in mindering wordt gebracht het aandeel dat hij reeds heeft in de waarde van de grond, op grond van het opstalrecht. Ofwel: de waarde van het opstalrecht (met in begrip van de waarde van de gekapitaliseerde retributie) zou in mindering moeten komen op de waarde van de volle eigendom van de grond. Alsdan zou bij de verkrijging van het appartementsrecht overdrachtsbelasting verschuldigd zijn over de waarde van de volle eigendom van het aandeel dat de (voormalig) opstalhouder verkrijgt in de grond, verminderd met de waarde van het opstalrecht. Bij een opstalrecht met een marktconforme retributie, zou dit leiden tot een aftrek van de waarde van de gekapitaliseerde retributie, overeenkomstig de bijlage behorend bij het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer.

Indien de grondeigenaar eerst een aandeel in de hoofdgerechtigdheid zou overdragen aan de opstalhouder wordt in ieder geval een gedeelte van de waarde van het opstalrecht (met inbegrip van de waarde van de gekapitaliseerde retributie) in mindering gebracht op de grondslag van heffing op grond van het bepaalde in art. 11 lid 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer. De gemeenschap (van eigendom) die met de overdracht ontstaat tussen de grondeigenaar en de opstalhouder zal immers gedeeltelijk belast zijn met het opstalrecht.

Indien echter de opstalhouder het genot van de onroerende zaak ontleent aan een andere rechtsverhouding, bijvoorbeeld een huurovereenkomst, dan zal de grondslag van heffing niet verminderd worden. Alsdan zal het recht van opstal er slechts toe strekken om de wettelijke natrekking te voorkomen en zou de opstalhouder niet medegerechtigd zijn in de waarde van de onroerende zaak. Veelal zal sprake zijn van een (huur) afhankelijk opstalrecht en dus niet van een zelfstandig opstalrecht. Bij de verkrijging door de (voormalig) opstalhouder van het appartementsrecht zal hij overdrachtsbelasting verschuldigd worden over het aandeel dat hij in de grond verkrijgt.

Alleen de grond of ook meer?

De staatssecretaris geeft aan dat bij de omzetting overdrachtsbelasting wordt geheven ten minste over het aandeel dat in de grond wordt verkregen. Hoewel de staatssecretaris niet aangeeft wat hij met ‘ten minste’ bedoelt, zou dit mogelijk uit de voorwaarden die gesteld worden aan de tegemoetkoming afgeleid kunnen worden. Als voorwaarde wordt gesteld dat de tegemoetkoming geldt voor zover het appartementsrecht recht geeft tot hetzelfde gebruik als de opstalhouder had op grond van het recht van opstal. Indien ten gevolge van de omzetting de mate van gerechtigdheid tot de onroerende zaak toeneemt, is over de meerwaarde daarvan overdrachtsbelasting verschuldigd.

Deze saldogedachte lijkt mij juist. Indien het recht van opstal zou worden gewijzigd waarmee het gebruik van de opstalhouder wordt verruimd, zal hij immers ook overdrachtsbelasting verschuldigd zijn.

Kan het ook eenvoudiger?

Hoewel het voor de belastingplichtige altijd plezierig is wanneer een besluit genomen wordt waarbij hij, onder voorwaarden, minder overdrachtsbelasting verschuldigd is, zou het nog plezieriger zijn als de regeling ook echt duidelijkheid verschaft. Dit zal in ieder geval gelden voor diegenen die zich in de praktijk met dergelijke omzettingen bezighouden.

Zelf dacht ik daarbij aan de mogelijkheid voor de staatssecretaris om te besluiten dat bij een dergelijke omzetting, de grondslag van heffing wordt gesteld op de waarde (van de volle eigendom) van het appartementsrecht dat bij de omzetting wordt verkregen, verminderd met de som van de waarde van de opstallen (waarvoor het opstalrecht is gevestigd) en de waarde van het recht van opstal (met inbegrip van de waarde van de gekapitaliseerde retributie). Hiermee zal de grondslag van heffing worden gesteld op de toename in waarde die ten gevolge van de omzetting ten gunste van de (voormalig) opstalhouder wordt gerealiseerd.

Nu we het toch hebben over beperkt zakelijke rechten en appartementsrechten

In de praktijk komt het geregeld voor dat een erfpachter door de verkrijging van de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) gerechtigd wordt tot de volle eigendom van de onroerende zaak. Met de verkrijging van de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) zal zijn recht van erfpacht door vermenging teniet gaan. Hij krijgt immers de volle eigendom van de onroerende zaak. De complexiteit neemt toe in die gevallen waarin de eigenaar dan wel de erfpachter het gebouw met de daarbij behorende grond heeft gesplitst in appartementsrechten. Ik zie twee veel voorkomende varianten waarop de splitsing in appartementsrechten is vormgegeven.

Bij de eerste variant splitst de grondeigenaar het gebouw met de daarbij behorende grond in appartementsrechten, waarna hij de appartementsrechten in erfpacht uitgeeft. De eigenaar is hiermee gerechtigd tot de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) van de ontstane appartementsrechten, terwijl de erf-pachters gerechtigd zijn tot een recht van erfpacht van een appartementsrecht.

Bij de tweede variant splitst de erfpachter zijn recht op het gebouw met bijbehorende grond in appartementsrechten. De splitsing in appartementsrechten vindt dus plaats nadat de uitgifte in erfpacht heeft plaatsgehad. De eigenaar blijft gerechtigd tot de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) van het gebouw met de bijbehorende grond en het recht van erfpacht behoort de gezamenlijke gerechtigden tot de appartementsrechten in gemeenschap toe.

Indien bij de eerste variant de appartementsrechteigenaren gerechtigd moeten worden tot de volle eigendom van de appartementsrechten, zal op eenvoudige wijze de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) van de appartementsrechten overgedragen kunnen worden. Hiermee zal het recht van erfpacht door vermenging tenietgaan. De verkrijger zal gebruikmaken van het 2%-tarief indien het appartementsrecht recht geeft op het uitsluitend gebruik van een woning. Hierbij zal sinds 1 januari 2021 ook aan de overige gestelde voorwaarden voldaan moeten worden, zoals bijvoorbeeld de hoofdverblijfsfeis. Mocht echter de betreffende erfpachter van een appartementsrecht geen belangstelling hebben om gerechtigd te worden tot de volle eigendom, dan zal bij de verkrijging door iemand anders (bijvoorbeeld de vereniging van eigenaars) 8% verschuldigd zijn.

Indien bij de tweede variant de erf-pachters van de appartementsrechten gerechtigd moeten worden tot de volle eigendom is dat aanzienlijk lastiger. Om van het recht van erfpacht af te komen zal de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) overgedragen moeten worden aan de gezamenlijke gerechtigden tot de appartementsrechten, zodat de tussen hen bestaande gemeenschap uitgroeit van een recht van erfpacht naar de volle eigendom. Hierbij is de medewerking nodig van alle gerechtigden tot de appartementsrechten. De gezamenlijke gerechtigden tot de appartementsrechten verkrijgen gezamenlijk de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) van de grond met de bijbehorende opstallen. Hierbij zullen zij ieder een aandeel verkrijgen dat overeenkomt met hun aandeel in de splitsingsgemeenschap. In de praktijk leidt dit tot vragen over de tarifiering. Met name vraagt men zich af of er bij de gemeenschappelijke verkrijging van hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) wel sprake is van de verkrijging van een woning zodat, onder voorwaarden, gebruikgemaakt kan worden van het 2%-tarief. Dit zou naar mijn mening voor de hand liggen indien aan elk van de gerechtigden een aandeel in de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) wordt geleverd dat overeenkomt met het aandeel dat zij al hadden in de splitsingsgemeenschap. Een en ander is inherent aan de civielrechtelijke opzet van de splitsing in appartementsrechten waarbij de gerechtigde

mede gerechtigd wordt tot de splitsingsgemeenschap en van een specifiek gedeelte een exclusief gebruiksrecht heeft. Het zou de praktijk helpen als de staatssecretaris dit meeneemt bij een volgende aanpassing van het besluit.

Slot

Voor de conversie van het recht van opstal naar een appartementsrecht wordt thans goedgekeurd dat er overdrachtsbelasting verschuldigd is over de waarde van het aandeel in de grond die hiermee wordt verkregen. Het is spijtig dat de staatssecretaris van de mogelijkheid voor verdere verduidelijking geen gebruik heeft gemaakt om de wijze van bereke-

ning voor te schrijven. Hiervoor heb ik een suggestie aan de hand gedaan om dit alsnog te doen.

Als de staatssecretaris toch bezig is, zou hij gelijktijdig mijn verzoek kunnen inwilligen door te bepalen dat bij de verkrijging van een aandeel in de hoofdgerechtigdheid (bloot eigendom) waarmee de gezamenlijke gerechtigden gerechtigd worden tot de volle eigendom van de splitsingsgemeenschap het 2%-tarief geldt indien ook overigens aan de gestelde voorwaarden is voldaan.

Over de auteur

Mr. dr. M. Albers
Notaris in Amsterdam