

7. Een startende erfpachter

MR. DR. M. ALBERS

Op 27 november 2020 werd de Memorie van Antwoord gepubliceerd waarin de staatssecretaris van Financiën antwoord geeft op een aantal vragen in verband met de wijziging van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wet differentiatie overdrachtsbelasting). Hierna is op 2 december 2020 de Nota naar aanleiding van het verslag verschenen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de antwoorden op vragen over de toepassing van de startersvrijstelling bij afkoop van de canonverplichting en bij verlenging van een recht van erfpacht. Deze antwoorden zijn mede aanleiding om breder in te gaan op het weerbarstige thema van het recht van erfpacht en de overdrachtsbelasting. Ook wordt een recente uitspraak van rechtbank Noord-Holland besproken.

Startersvrijstelling en de afkoop tijdens de looptijd van het recht van erfpacht

Een aantal gemeenten maakt gebruik van het recht van erfpacht bij haar grondbeleid. Hierbij geldt veelal dat de erfpachter uitsluitend een canon betaalt voor het gebruik van de grond, terwijl aan hem de economische eigendom van de opstallen toekomt. Deze canon, die ziet op het gebruik van de grond, dient in beginsel periodiek te worden voldaan, maar kan ook (in overleg met de grondeigenaar) voor een aantal jaar (of de gehele duur van het recht) worden afgekocht.

Bij de vestiging en bij de overdracht van een bestaand recht van erfpacht wordt, behoudens een vrijstelling, overdrachtsbelasting geheven. Deze overdrachtsbelasting is verschuldigd in verband met de verkrijging van het recht van erfpacht alsmede de verkrijging van de economische eigendom van de aanwezige opstallen. De wet heeft bij de bepaling van de heffingsgrondslag als uitgangspunt, dat het waardedrukkend effect van de canonverplichting op de koopsom geneutraliseerd dient te worden. De verkrijger van een recht van erfpacht zal er immers in de onderhandelingen over de koopsom rekening mee houden dat hij de verplichting zal hebben om een canon te voldoen aan de grondeigenaar. Het effect dat deze canonverplichting heeft op de koopprijs dient binnen het systeem van de wet gecorrigeerd te worden om tot de juiste grondslag van heffing te komen. De grondslag van heffing zou dan gelijk zijn aan het geval waarin de canon voor de resterende duur van het recht is afgekocht.

Hoewel civielrechtelijk van een verkrijging geen sprake is, wordt voor de heffing van overdrachtsbelasting, bij wijze

van fictie, in art. 6 lid 2 WBRV bepaald dat de wijziging van een recht van erfpacht beschouwd wordt als de afstand van het recht tegen verkrijging van een nieuw recht. De belasting wordt echter berekend over het verschil tussen de waarde van het oude recht en het nieuwe recht. Wanneer de waarde van het recht toeneemt zal sprake zijn van een (fictieve) belaste verkrijging bij de erfpachter. Wanneer de waarde van het recht afneemt zal deze verkrijging worden onderkend bij de grondeigenaar. Indien uitsluitend de canonverplichting wordt afgekocht, zal het verschil in waarde tussen het oude recht en het nieuwe recht altijd nihil zijn. De wet gaat immers voor zowel het oude recht als ook voor het nieuwe recht uit van een waarde waarbij het waardedrukkend effect van de canonverplichting is geneutraliseerd. Deze waarde zal dan voor het recht van erfpacht waarvan de canon nog niet is afgekocht gelijk moeten zijn aan de waarde van het recht van erfpacht waarbij de canon wel is afgekocht.

Met verbazing heb ik dan ook kennisgenomen van de Memorie van Antwoord (*Kamerstukken I 2020/21, 35576, C, p. 2*) behorende bij de 'Wijziging van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (Wet differentiatie overdrachtsbelasting)'. Hierbij geeft de staatssecretaris van Financiën desgevraagd aan dat de startersvrijstelling gebruikt kan worden bij de afkoop van de canonverplichting. Ik zou de vrijstelling als starter liever op zak houden, omdat een beroep op de vrijstelling zinledig is. Zoals ik hiervoor al aangaf, zal de grondslag van heffing sowieso nihil bedragen. In de latere Nota naar aanleiding van het verslag heeft de staatssecretaris van Financiën dit ook erkend (*Kamerstukken I 2020/21, 35576, F, p. 2*). Wellicht had de staatssecretaris deze duidelijkheid al bij de Memorie van Antwoord kunnen geven.

Startersvrijstelling en de wijziging van het recht van erfpacht

Een geheel ander geval is de wijziging van het recht van erfpacht waarbij de duur van het recht wordt aangepast. De verlenging van de duur van het recht zou moeten leiden tot een heffing van overdrachtsbelasting ten laste van de erfpachter en een verkorting van de duur van het recht zou moeten leiden tot een heffing van overdrachtsbelasting ten laste van de grondeigenaar. In de hierboven vermelde Memorie van Antwoord bevestigt de staatssecretaris van Financiën dat de startersvrijstelling ook kan worden ingezet indien er door een verlenging van het recht overdrachtsbelasting verschuldigd zou zijn. Wat mij betreft een logisch uitgangspunt. Het vreemde aan het antwoord is echter dat de staatssecretaris als voorwaarde voor de toepassing van de vrijstelling (vanaf 1 april 2021) stelt dat de waarde van het gewijzigde recht van erfpacht (vermeerderd met de waarde van de canon, indien niet afgekocht) niet mag uitkomen boven € 400.000. Ik zou menen dat hij had moeten antwoorden dat de waarde van het gewijzigde recht van erfpacht (vermeerderd met de waarde van de canon, indien niet afgekocht) *vermeerderd met de waarde van de woning* niet mag uitkomen boven € 400.000.

Het recht van erfpacht krijgt een waarde doordat de verschuldigde canon lager is dan als marktconforme vergoeding wordt beschouwd voor het gebruik/genot van de grond. Een opvolgende erfpachter zal bereid zijn om een koopsom te betalen voor het recht van erfpacht als hij een lagere canon moet gaan betalen dan dat op dat moment marktconform is. Deze waarde te vermeerderen met de waarde van de canonverplichting wordt als waarde van het recht van erfpacht aangemerkt, waarbij het waardedrukkend effect van de canonverplichting is geneutraliseerd.

De waarde van de (economische eigendom van de) woning is niet begrepen in de waarde van het recht van erfpacht. Aan de woning komt een afzonderlijke waarde toe. Naar ik aanneem zal de staatssecretaris bedoeld hebben dat de waarde van het recht van erfpacht (te vermeerderen met de waarde van de canon) vermeerderd met de waarde van de woning niet zal mogen uitkomen boven het bedrag van € 400.000. Zie in dit kader ook art. 1A onder B ten eerste van het gewijzigd wetsvoorstel (*Kamerstukken I 2020/21, 35576, A*).

Overigens zal onder het nieuwe recht gelden dat als het recht van erfpacht zodanig wordt uitgebreid, dat de tuin behorend bij de woning wordt vergroot, overdrachtsbelasting verschuldigd is tegen een tarief van 8%, waarbij de startersvrijstelling niet kan worden toegepast.

Ik zal niet ingaan op het gedeelte van de Memorie van Antwoord dat ziet op de administratieve lasten voor het notariaat, anders dan dat ik de staatssecretaris wil uitnodigen om eens een maand mee te lopen in de notariële praktijk.

Afkoop van de canonverplichting bij de vestiging van het recht van erfpacht

Hiervoor gaf ik aan dat de erfpachter, in overleg met de grondeigenaar, de jaarlijkse canonverplichting kan afkopen. De gemeente Amsterdam geeft haar erfpachters de mogelijkheid om over te stappen van een voortdurend recht van erfpacht naar een eeuwigdurend recht van erfpacht. In essentie betreft dit hoofdzakelijk het vervallen van de mogelijkheid voor de gemeente om aan het einde van het lopende tijdvak (van 50 jaren) de voorwaarden waaronder het recht is gevestigd, met inbegrip van de canon, aan te passen. Hierbij wordt de erfpachters, die gerechtigd zijn tot een recht van erfpacht met bestemming woning, een aantal mogelijkheden voorgeschoteld. De keuze varieert van de betaling van een jaarlijkse canon tot een eeuwigdurende afkoop van de canon.

Bij de vestiging van het recht van erfpacht met een commerciële bestemming heeft de erfpachter echter deze keuze niet. Deze erfpachter is verplicht om de canon voor de gehele duur van het recht af te kopen. De tussen partijen vastgestelde afkoopsom wordt berekend aan de hand van een tussen partijen overeengekomen jaarlijkse canon.

Zoals hierboven aangegeven wordt voor de heffing van overdrachtsbelasting de grondslag van heffing bij de verkrijging van een recht van erfpacht gesteld op de waarde van het recht van erfpacht, waarbij het waardedrukkend effect van de canonverplichting wordt geneutraliseerd. Bij de vestiging van een recht van erfpacht tegen een marktconforme canon zal er logischerwijs geen sprake zijn van een koopsom voor het recht, zodat de heffingsgrondslag beperkt blijft tot de waarde van de gekapitaliseerde canon. Bij het bepalen van deze heffingsgrondslag wordt de totale waarde niet hoger gesteld dan de waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak waarop het recht van erfpacht betrekking heeft.

De waardering van de gekapitaliseerde canon heeft de wetgever niet aan de markt willen overlaten, maar hiervoor is op grond van art. 11 lid 3 WBRV een waardebepalingssystematiek opgenomen in Bijlage A behorend bij de WBRV. Zowel bij een voortdurend als bij een eeuwigdurend recht van erfpacht wordt de waarde van de canonverplichting gesteld op het zeventienvoud van de jaarlijkse canon. Deze waardering gaat uit van een rekenrente van 6%. Deze rekenrente houdt wellicht onvoldoende rekening met de hedendaagse ontwikkelingen op de economische markten, maar deze is door de besluitgever (al dan niet bewust) ongewijzigd gelaten.

Tot zover geen discussie. Maar wat nu als de erfpachter bij de vestiging van het recht van erfpacht gelijktijdig overgaat tot afkoop van zijn canonverplichting?

Bij de bepaling van de afkoopsom zullen marktpartijen wel degelijk rekening houden met de ontwikkelingen op de economische markten. Op dit moment zie ik dat een canon-

percentage tussen 2% en 3% gebruikelijk is. Wanneer de waarde van de toekomstige canonverplichting wordt berekend aan de hand van dit percentage, kom je uit op een hogere afkoopsom (lees: waarde) dan dat je zou uitgaan van de rekenrente van 6% van Bijlage A. Wanneer, ten behoeve van de berekening van de verschuldigde belasting, de canon, op voorschrift, wordt berekend overeenkomstig Bijlage A, is de grondslag van heffing lager dan dat je zou uitgaan van de tussen partijen overeengekomen afkoopsom.

De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat bij de berekening van de grondslag van heffing uitgegaan moet worden van de (hogere) afkoopsom en niet van de waarde zoals deze berekend wordt overeenkomstig Bijlage A. Dit standpunt heeft de Belastingdienst ook ingenomen in de procedure die heeft geleid tot een uitspraak van de rechtbank Noord-Holland op 3 december 2020 (ECLI:NL:RBNHO:2020:10111). In de betreffende casus zijn partijen het er over eens dat de overeengekomen canon marktconform is en dat aan het recht van erfpacht (waarbij het waardedrukkend effect van de canonverplichting is geneutraliseerd) geen waarde toekomt. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake was van een canonvrije erfpacht, omdat blijken de voorliggende akten er wel degelijk een jaarlijkse canon was overeengekomen. Dit wordt niet anders in het geval de erfpachter de verplichting heeft om de canonverplichting geheel af te kopen. Tot hier volg ik de beoordeling van de rechtbank.

De rechtbank bepaalt vervolgens dat zij het aannemelijk acht dat de waarde van een eeuwigdurend erfpachtrecht in een geval als het onderhavige omgekeerd evenredig is aan de waarde van de gekapitaliseerde canon, wat impliceert dat de waarde van het eeuwigdurend erfpachtrecht gelijk zou zijn aan die waarde in het geval het vestigen van een canonvrij erfpachtrecht zou zijn overeengekomen. Hiermee zou de grondslag van heffing moeten worden bepaald op de overeengekomen afkoopsom, als zijnde de hogere tegenprestatie voor het recht van erfpacht.

De hiervoor door de rechtbank aangenomen implicatie gaat naar mijn mening te snel. Bij de totstandkoming van de huidige wettelijke regeling is beoogd om de totale heffingsgrondslag te stellen op de waarde van het recht van erfpacht, waarbij het waardedrukkend effect van de canonverplichting is geneutraliseerd. Ofwel; dat sprake zou zijn van een canonvrije erfpacht. In dat licht zou het oordeel van de rechtbank begrijpelijk zijn.

Echter, de wijze waarop de canonverplichting moet worden gewaardeerd is forfaitair bepaald. Dit om de waardering niet aan de markt over te laten. Ik zou dan ook menen dat, in de regel, deze voorgeschreven waarderingmethode moet worden gevolgd. Het feit dat de afkoopsom in economische zin (veel) hoger is dan de waarde zoals deze wordt

berekend overeenkomstig Bijlage A behorend bij de WBRV is het gevolg van het feit dat de besluitgever de rekenrente al dan niet bewust ongewijzigd heeft gelaten. Het is aan de wetgever dan wel de besluitgever om de voorgeschreven waarderingmethode te laten vervallen, dan wel aan te passen, dan wel de rekenrente te actualiseren.

Daarbij leidt de uitspraak van de rechtbank tot een ongewenste ongelijkheid. De bepaling van de grondwaarde en de daaraan verbonden hoogte van de canon wordt voor woningen en commercieel vastgoed op (min of meer) dezelfde wijze vastgesteld. Het verschil bestaat slechts in de verplichting voor de commerciële erfpachter om de canonverplichting geheel af te kopen. Hiermee ontstaat naar mijn mening geen hogere waarde van het recht van erfpacht, maar leidt dit op grond van de uitspraak van de rechtbank wel tot een hogere heffingsgrondslag. Wanneer de erfpachter, die niet verplicht is om bij de vestiging van het recht van erfpacht de canonverplichting af te kopen, dit op een later moment (na de vestiging) doet, zal hij slechts overdrachtsbelasting betalen over de op grond van Bijlage A berekende waarde van de canonverplichting. De latere afkoop wordt immers niet belast.

In de voorliggende casus was de afkoop van de canonverplichting verplicht. Ik zou menen dat de uitkomst hetzelfde is als partijen dit onverplicht zijn overeengekomen. Partijen doen er dan ook verstandig aan om de canon niet bij de vestiging van het recht van erfpacht af te kopen, maar de afkoop van de canon op een later moment te doen.

Totdat in hoger beroep (of cassatie) anders wordt geoordeeld zullen wij het hiermee moeten doen. Tegen de uitspraak van de rechtbank is hoger beroep ingesteld.

Slot

Het gebruik van de startersvrijstelling bij de afkoop van de canonverplichting is zinledig omdat de afkoop sowieso niet tot heffing dient te leiden. Wanneer partijen besluiten om tot afkoop over te gaan bij de vestiging van het recht van erfpacht zullen partijen er rekening mee moeten houden dat dit leidt tot een hogere belastingdruk dan bij de vestiging van het recht van erfpacht met een jaarlijkse canonverplichting en een latere afkoop daarvan. De staatssecretaris van Financiën zou kunnen overwegen om de waarderingmethode, dan wel rekenrente nog eens tegen het licht te houden. De daarmee samenhangende verhoging van de grondslag van heffing zou mogelijk gecompenseerd kunnen worden met een lager tarief.

Over de auteur

Mr. dr. M. Albers

Notaris in Amsterdam