

10 Proefschrift 'Het beperkt zakelijk recht en enkele belastingen'

Op 12 januari van dit jaar verdedigde de Amsterdamse notaris Martijn Albers aan de Rijksuniversiteit Groningen zijn proefschrift getiteld 'Het beperkt zakelijk recht en enkele belastingen'. De redactie heeft hem gevraagd om enkele van zijn conclusies die van belang zijn voor de notariële praktijk te verwoorden in een bijdrage.

Inleiding

In mijn proefschrift heb ik mijn onderzoek beschreven naar de heffing van omzetbelasting, overdrachtsbelasting en (in beperkte mate) inkomstenbelasting ter zake van beperkt zakelijke rechten. Beperkt zakelijke rechten worden in deze heffingen betrokken, zoals ook onroerende zaken hierin worden betrokken. Toch verschillen ze in belangrijke mate van elkaar. Daarnaast verschillen ook de beperkt zakelijke rechten onderling van elkaar, zowel in omvang als ook in toepasbaarheid. De omvang van de rechten wordt bepaald door de voorwaarden en bepalingen waaronder de rechten worden uitgegeven. In mijn onderzoek ben ik nagegaan in hoeverre bij de bedoelde heffingen rekening is gehouden met de vorenbedoelde verschillen en of er thans sprake is van een evenwichtige heffing. Met de constatering dat de heffing niet in alle gevallen evenwichtig is, heb ik ook enige aanbevelingen gedaan om tot een meer evenwichtige heffing te komen. Bij mijn aanbevelingen heb ik gestreefd om te komen tot een vereenvoudiging van de regelingen. In deze bijdrage bespreek ik een paar geconstateerde knelpunten en oplossingen.

Omzetbelasting

Verhuuranalogie

Voor de heffing van omzetbelasting wordt de vestiging, overdracht, wijziging, afstand en opzegging als levering van goederen aangemerkt indien de omvang van de vergoeding voldoet aan de voorwaarde van artikel 3, lid 2, Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB). Indien niet aan deze voorwaarde wordt voldaan, dan zal de prestatie worden aangemerkt als dienst. In dat kader bepaalt artikel 11, lid 1, sub b, ten 5°, Wet OB dat onder verhuur mede wordt begrepen iedere andere vorm waarin de onroerende zaak voor gebruik, anders dan als levering, ter beschikking wordt gesteld. Deze fictie gaat echter voorbij aan de unierechtelijke voorwaarden die gelden voor het begrip 'verhuur van

onroerende zaken'. Bij de vestiging van een recht van erfpacht en opstal zal in beginsel wel aan deze voorwaarden worden voldaan. Bij de vestiging van een erfdiensbaarheid zal dat vaak niet het geval zijn.

Indien de vestiging dan wel overdracht van een beperkt zakelijk recht wordt aangemerkt als verhuur van onroerende zaken, dan zal deze in beginsel niet belast zijn met omzetbelasting. Ook niet indien het beperkt zakelijk recht is of wordt gevestigd op een nieuw vervaardigde onroerende zaak of bouwterrein. Onder voorwaarden kunnen partijen echter kiezen voor de heffing omzetbelasting bij de vestiging en overdracht van het beperkt zakelijk recht dat als verhuur van onroerende zaken wordt aangemerkt. Om te kunnen kiezen voor heffing, zal de afnemer gerechtigd moeten zijn om de hem in rekening gebrachte omzetbelasting (nagenoeg) geheel in aftrek te brengen. Hiernaast gelden ook andere voorwaarden aan de keuze voor heffing. Deze voorwaarden zijn echter geschreven voor een reguliere verhuursituatie en zijn vaak moeilijk toepasbaar bij beperkt zakelijke rechten. Denk hierbij aan de verplichting om binnen de gestelde periode de onroerende zaak in gebruik te nemen. De bedoelde keuze voor heffing kan opportuun zijn in die gevallen waarin de eigenaar dan wel de vervreemder de hem in rekening gebrachte omzetbelasting in aftrek wil brengen of houden. Dit zal dan kunnen gaan om omzetbelasting die de eigenaar of vervreemder in rekening is gebracht bij zijn aankoop, dan wel in verband met het bouwrijp maken van het perceel. Deze keuze voor heffing kan een voorwaarde zijn om gebruik te kunnen maken van de samenloopregeling bij de heffing van overdrachtsbelasting.

De economische vestiging van een beperkt zakelijk-recht

De keuze voor de heffing van omzetbelasting in verband met de fictieve huur van een onroerende zaak kan van belang zijn indien partijen vooruitlopend op de civielrechtelijke vestiging reeds feitelijk uitvoering

geven aan de overeenkomst tot uitgifte. Alsdan zal er onder omstandigheden sprake kunnen zijn van de economische vestiging van een beperkt zakelijk recht. Deze economische vestiging zal volgens de Hoge Raad (27 september 2002, zaak 34631, *BNB* 2003/41 m.nt. Van Kesteren, ECLI:NL:HR:2002:AE8145) niet als levering van goederen aangemerkt kunnen worden. Indien deze economische vestiging als verhuur van onroerende zaken kwalificeert, zullen partijen onder voorwaarden, de mogelijkheid hebben om voor deze economische vestiging voor de heffing van omzetbelasting te kiezen. De opvolgende juridische vestiging zal wel als levering van goederen kunnen worden aangemerkt, indien wordt voldaan aan de voorwaarde die de wet stelt aan de omvang van de vergoeding. In mijn proefschrift heb ik stilgestaan bij de consequenties van de civielrechtelijke vestiging op de keuze voor heffing ter zake van de economische vestiging. Naar mijn mening zullen overigens de economische en de civielrechtelijke vestiging in beginsel beschouwd moeten worden als één enkele, ondeelbare, economische handeling, waarvan splitsing kunstmatig zou zijn. Hiermee zou de economische en civielrechtelijke vestiging als één handeling aangemerkt moeten worden. Het moment van de economische vestiging zou moeten gelden als moment waarop voor de heffing van omzetbelasting de prestatie plaatsheeft. Partijen waren er immers op gericht om het perceel ter beschikking te stellen aan de gerechtigde onder gehoudenheid tot (onder meer) de voldoening van een canon of retributie.

Het opheffen van het onderscheid tussen de economische en de civielrechtelijke vestiging van het beperkt zakelijk recht zal de heffing vereenvoudigen. Dit is echter nog niet verankerd in wetgeving dan wel bevestigd in rechtspraak. De praktijk zal (vooralsnog) rekening moeten houden met bedoeld verschil en (tijdig) dienen te kiezen voor de keuze van heffing bij de economische vestiging van het beperkt zakelijk recht.

Omvang van de vergoeding als voorwaarde

Door het stellen van de hiervoor bedoelde voorwaarde aan de omvang van de vergoeding heeft de wetgever beoogd om onder meer de vestiging en overdracht van een beperkt zakelijk recht als levering van goederen aan te merken uitsluitend indien (nagenoeg) het gehele belang bij de onroerende zaak overgaat. Deze voorwaarde past in de destijds gekozen opzet om misbruik te bestrijden. Door de Btw-richtlijn wordt deze voorwaarde echter niet gesteld. Recentelijk heeft de wet- en besluitgever bepaald dat bij voortdurende rechten, die niet afhankelijk zijn van het leven van de gerechtigde, de waarde van de schuldplichtigheid wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak waarop het recht betrekking heeft

(zie *FBN* 2015, nr. 1). Hierdoor zal bij de vestiging en de overdracht van het voortdurend recht in beginsel worden voldaan aan de gestelde voorwaarde. Deze fictieve bepaling van de waarde van de schuldplichtigheid geldt ongeacht de omvang van het beperkt zakelijk recht. Dit zal er dan ook toe leiden dat bij een beperkt zakelijk recht met een beperkte omvang, de grondslag van heffing te hoog wordt vastgesteld (voor zover dit niet al per definitie het geval is). Dit is onjuist en leidt naar mijn mening tot strijd met de Btw-richtlijn. Let wel, indien de verplichting tot voldoening van canon of retributie is afgekocht voor de resterende duur van het voortdurende recht, dan zal de vergoeding nog uitsluitend worden gevormd door de koopsom of eenmalige vergoeding en komt aan de fictie geen waarde toe. Ook dit leidt tot een onwenselijk verschil. Overigens geldt dat een forfaitaire waardering van de schuldplichtigheid zoals deze wordt gehanteerd voor tijdelijke rechten onder omstandigheden in strijd is met de Btw-richtlijn. De forfaitaire waarde dient overeen te komen met de waarde van de daadwerkelijk ontvangen en te ontvangen betalingen.

Het stellen van een voorwaarde aan de omvang van de vergoeding is een onderdeel geweest van een meeromvattende wetwijziging die onder meer misbruik beoogde te bestrijden. In mijn proefschrift heb ik aangegeven dat dit onder omstandigheden niet wordt bereikt, in bepaalde gevallen zelfs het tegenovergestelde. Wat betreft de gestelde voorwaarde heb ik aangegeven dat het maar de vraag is of deze voorwaarde onder alle omstandigheden stand kan houden. Hierbij ben ik ingegaan op het *Centralan*-arrest van het Hof van Justitie waarin (onder meer) is bevestigd dat zich meerdere leveringen kunnen voordoen ter zake van hetzelfde goed. Hiermee zou onder omstandigheden de gestelde voorwaarde terzijde geschoven kunnen worden. Overigens heb ik er voor gepleit om de gestelde voorwaarde geheel af te schaffen en het beperkt zakelijk recht per definitie aan te merken als lichamelijke zaak, meer in het bijzonder als aandeel in de onroerende zaak zelf. Dan zou ook bijvoorbeeld de vestiging van een recht van erfpacht voor een periode van vijf jaren worden aangemerkt als levering van goederen. Hiermee wordt meer recht gedaan aan het rechtskarakter van de heffing en wordt de heffing vereenvoudigd.

Overdrachtsbelasting

Waardering schuldplichtigheid

Bij de verkrijging van een beperkt zakelijk recht wordt beoogd de grondslag van heffing vast te stellen op de waarde van het recht, waarbij het waardedrukkend effect van de canon of retributie is geneutraliseerd.

Hiertoe wordt de waarde van de schuldplichtigheid opgeteld bij de koopsom of eenmalige vergoeding. Bij de waardering van de schuldplichtigheid wordt gebruik gemaakt van een forfaitaire berekeningsmethode (Bijlage A sub b Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer). Dit geldt zowel voor tijdelijke rechten als ook bij voortdurende rechten waarvan de canonverplichting gedeeltelijk is afgekocht. De lopende discussies over de invloed van toekomstige indexering en aanpassing van de canon of retributie maken het voor de praktijk niet eenvoudiger. Hiernaast zal bedacht moeten worden dat bij de totstandkoming van de wetgeving is aangegeven dat de forfaitaire berekening overeen dient te komen met de maatschappelijke werkelijkheid. Dit wordt thans in veel gevallen niet bereikt. Hierbij zal bedacht moeten worden dat het huidig forfait uitgaat van een rekenrente van 6%, hetgeen niet past in het huidig financieel klimaat. Ik heb betoogd om ook voor de heffing van overdrachtsbelasting de waardering van de schuldplichtigheid en (daarmee) de waarde het beperkt zakelijk recht over te laten aan de markt dan wel deskundigen. Als uitgangspunt zal gelden dat de grondslag wordt gesteld op de waarde van het recht, zonder dat rekening wordt gehouden met de verplichting tot voldoening van een canon of retributie. Een forfait zou evenwel gehandhaafd kunnen worden voor zover de waardering overeenkomt met de maatschappelijke werkelijkheid.

Afkoop

Partijen hebben bij de vestiging van een beperkt zakelijk recht, maar ook gedurende de looptijd van het recht, de mogelijkheid om de verplichting tot voldoening van een canon of retributie af te kopen. In de praktijk is dit niet ongebruikelijk. Alsdan zal overeenstemming worden bereikt over de twee belangrijkste elementen, zijnde periode en het bedrag van de afkoop. Dit afkoopbedrag en de periode waarvoor de afkoop plaatsheeft, staan in direct verband met elkaar. Het bedrag wordt door partijen op economische gronden bepaald en zal niet overeen hoeven te komen met de waarde zoals deze forfaitair wordt berekend overeenkomstig Bijlage A behorende bij het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer 1971. Dit brengt met zich dat het afkoopbedrag weleens (veel) hoger of lager kan zijn dan de forfaitaire waarde van het besluit. Bij een opvolgende verkrijging zal echter uitsluitend rekening worden gehouden met de periode waarvoor de canon is afgekocht en niet het bedrag dat daarvoor eerder is betaald.

De afkoop zelf kan overigens niet leiden tot heffing van overdrachtsbelasting. Het betreft immers slechts een vooruitbetaling van toekomstige termijnen en kan niet worden aangemerkt als een (belaste) verkrijging. Ook

de wijziging van de canon of retributie van een bestaand beperkt zakelijk recht kan niet aangemerkt worden als verkrijging. Het betreft slechts de actualisering van de schuldplichtigheid die niet leidt tot een hogere waarde van het totale recht (waarbij de waarde van de schuldplichtigheid van de canon of retributie is geneutraliseerd). Indien ook andere elementen van het recht worden gewijzigd kunnen die wel leiden tot een belaste verkrijging. Dit doet zich voor indien de totale waarde van het recht wijzigt. Denk bij wijze van voorbeeld aan de wijziging van de bestemming. Het notariaat doet er dan ook verstandig aan om bij het opstellen van een akte van wijziging duidelijk te maken welk gedeelte van de aanpassing van de canon of retributie ziet op het actualiseren van de canon en welke gedeelte ziet op de overige wijzigingen. Hiermee zou een onterechte heffing voorkomen moeten worden.

Cumulatie van omzetbelasting en overdrachtsbelasting

De gebreken van het huidige systeem laten zich zeker zien bij de cumulatie van omzetbelasting en overdrachtsbelasting. Bij wijze van voorbeeld zal ik stilstaan bij de economische en daaropvolgende civielrechtelijke vestiging van een recht van erfpacht.

De economische vestiging wordt voor de heffing van omzetbelasting aangemerkt als verhuur van onroerende zaken. Indien de (toekomstig) erfpachter de onroerende zaak gaat aanwenden voor onbelaste prestaties, zullen partijen niet kunnen kiezen voor de heffing van omzetbelasting. De eigenaar zal eventuele door hem in aftrek gebrachte omzetbelasting dienen te herzien nu ook hij de onroerende zaak gaat aanwenden voor de onbelaste 'verhuur' aan de (toekomstig) erfpachter. De verkrijger zal bij de economische vestiging overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. De samenloopregeling vindt geen toepassing door gebrek aan cumulatie van beide heffingen. Bij de latere civielrechtelijke vestiging zal er sprake kunnen zijn van een vestiging die wel van rechtswege belast is met omzetbelasting omdat er sprake is van een levering van goederen. Alsdan zal de eigenaar alsnog een gedeelte van de hem in rekening gebrachte omzetbelasting kunnen aftrekken en zal er voor de heffing van overdrachtsbelasting een beroep gedaan kunnen worden op de samenloopregeling. Hiermee, zal, het geheel overziende, de verkrijger zowel omzetbelasting (bij de civielrechtelijke vestiging) als overdrachtsbelasting (bij de economische vestiging) verschuldigd zijn. Deze cumulatie werd door de staatssecretaris als bovenmatig geoordeeld. Bij besluit (31 oktober 2012, nr. BLKB2012/1752M, *Stcrt.* 2012, nr. 22696, onderdeel 2.2.4) heeft hij bepaald dat onder voorwaarden ook bij de economische vestiging een beroep op de samenloopregeling kan worden gedaan. Hieraan stelt hij echter wel de voorwaarde dat de eigenaar bij de economische vestiging omzetbelasting op aangifte voldoet, als ware

deze vestiging als levering van goederen aangemerkt overeenkomstig het bepaalde van artikel 3, lid 2, Wet op de omzetbelasting 1968. Deze voorwaarde is echter niet houdbaar nu de economische vestiging thans als verhuur van onroerende zaken wordt aangemerkt en zal delen in de vrijstelling.

Hierbij speelt nog iets anders. Indien bij de civielrechtelijke vestiging niet wordt voldaan aan de voorwaarde die de wet stelt aan de omvang van de vergoeding zal ook de civielrechtelijke vestiging onbelast dienen te blijven van omzetbelasting. Partijen zullen dan geen gebruik maken van het besluit van de staatssecretaris. Alsdan zal bij de economische vestiging overdrachtsbelasting verschuldigd zijn en bij de civielrechtelijke vestiging zal gebruik gemaakt kunnen worden van het bepaalde in artikel 9, lid 4 en eventueel artikel 13, Wet op belastingen van rechtsverkeer. De totale belastingdruk zal dan bestaan uit de geheven overdrachtsbelasting te vermeerderen met de omzetbelasting die de eigenaar niet in aftrek heeft kunnen brengen. Hiermee zou de anti misbruikwetgeving leiden tot een keuzemogelijkheid voor partijen die zullen kiezen voor de laagste belastingdruk. Dit zal mogelijk niet de opzet van de wet- en besluitgever zijn geweest.

Zoals hiervoor al aangegeven zou naar mijn mening de economische en de civielrechtelijke vestiging als één ondeelbare rechtshandeling aangemerkt dienen te worden. Ook zou het beperkt zakelijk recht per definitie als lichamelijke zaak, meer in het bijzonder als aandeel in de onroerende zaak, aangemerkt kunnen worden. Daarmee zal ter zake van deze ondeelbare handeling omzetbelasting geheven worden over de vergoeding. De samenloopregeling zou alsdan ook toepassing dienen te vinden. Dit leidt mogelijk uitzondering indien de onroerende zaak als bedrijfsmiddel in gebruik is genomen en de verkrijger gerechtigd is de hem in rekening gebrachte omzetbelasting in aftrek te brengen.

Inkomstenbelasting

Eigen woning

Indien een woning voor heffing van inkomstenbelasting wordt aangemerkt als 'eigen woning' en wordt betrokken in de eigenwoningregeling, zal de belastingplichtige forfaitair bepaalde voordelen die het bezit van de eigen woning oplevert tot zijn inkomsten moeten rekenen. Hier staat tegenover dat hij in aftrek mag brengen bepaalde renten en kosten van de eigen woningschuld, alsmede bepaalde periodieke betalingen op grond van de rechten van erfpacht, opstal en beklemming met betrekking tot die eigen woning.

Om van een 'eigen woning' te kunnen spreken zal de woning de belastingplichtige in eigendom moeten toekomen. Hieronder wordt mede verstaan de economische eigendom van de woning. De staatssecretaris (Besluit van de staatssecretaris van financiën van 24 november 2009, nr. CPP2009/2342M, *Stcrt.* 2009, 18386) heeft aangegeven onder welke voorwaarden een woning, die is gerealiseerd op grond die aan de belastingplichtige in erfpacht is uitgegeven, kwalificeert als eigen woning. De voorwaarden beogen te voorkomen dat de eigenwoningregeling wordt toegepast in gevallen die sterke gelijkens vertonen met de huur van de woning. Bedacht zal moeten worden dat onder specifieke omstandigheden een woning als 'eigen woning' kan worden aangemerkt wanneer niet (geheel) wordt voldaan aan de door de staatssecretaris gestelde voorwaarden. Wel zal de erfpachter gerechtigd moeten zijn tot de economische eigendom van de woning.

Aftrek canon en retributie

De aftrek van canon en retributie komt voort uit de parallel die werd getrokken met de aftrek van hypotheekrente. Een belangrijk verschil is echter ontstaan doordat voor de aftrek van hypotheekrente de eis wordt gesteld dat de lening (ten minste) annuïtair afgelost dient te worden in maximaal dertig jaar. Deze voorwaarde geldt niet voor de aftrek van canon en retributie. Het verschil heeft partijen, blijkens rechtspraak, er toe gebracht om een woning over te dragen onder voorbehoud van een recht van erfpacht, teneinde hiermee aanvullende aftrek te genereren. De koopsom die de belastingplichtige in de onderliggende casus ontving heeft hij vervolgens (gedeeltelijk) geschonken. Het Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat bij de berekening van zijn aftrek, de belastingplichtige rekening dient te houden met de aldus ontstane eigenwoningreserve. Met deze uitspraak wordt de parallel die ooit is voorzien tussen de aftrek van canon/retributie en de hypotheekrente enigszins hersteld. Wil men tot een verder herstel willen komen dan zou ook de aftrek van canon en retributie in de tijd beperkt moeten worden, zoals dit ook geldt voor de aftrek van hypotheekrente.

Tot slot

Hiervoor heb ik getracht een klein doorkijkje te geven naar een paar geschetste onderdelen van mijn proefschrift. Voor een beter en volledig beeld verwijs ik naar mijn proefschrift dat kan worden gedownload op www.avtn.nl/proefschrift.

Mr. dr. M. Albers
Notaris te Amsterdam