

## De mantelzorgwoning in het landelijk gebied

Mr. J.F.V.N. Verploegen, datum 17-03-2022

**Datum**

17-03-2022

**Auteur**

Mr. J.F.V.N. Verploegen<sup>[1]</sup>

**JCDI**

JCDI:ADS638423:1

**Vakgebied(en)**

Belastingrecht algemeen (V)

De behoefte aan mantelzorg neemt door de vergrijzing de laatste jaren alleen maar toe. Een mantelzorgwoning in het landelijk gebied is daarom al lang geen onbekend fenomeen meer. In de regel kan een mantelzorgwoning zonder vergunning worden geplaatst, op grond van het besluit van 4 september 2014 (*Stb.* 2014, 333) tot wijziging van het Besluit omgevingsrecht (Bor). Toch heeft het nogal wat voeten in de aarde voordat een mantelzorgwoning gerealiseerd kan worden, omdat hier veel regelgeving aan te pas komt. In deze bijdrage wordt het begrip 'mantelzorgwoning' geduid en komen, aan de hand van een veelvoorkomende casuspositie, diverse civiele en fiscale aspecten aan bod.

### Het begrip 'mantelzorgwoning'

Het begrip 'mantelzorgwoning' is door de wetgever niet gedefinieerd. Een aanknopingspunt is te vinden in art. 1 lid 1 van bijlage II bij het Bor. Hierin is de volgende omschrijving opgenomen:

“huisvesting in of bij een woning van één huishouden van maximaal twee personen, van wie ten minste één persoon mantelzorg verleent aan of ontvangt van een bewoner van de woning.”

In de praktijk gaat het in dit kader om een wooneenheid die als zelfstandige woning functioneert. Dat wil zeggen een woning met een slaapkamer, badkamer en keuken, die is aangesloten op de nutsvoorzieningen. Deze wooneenheid kan kant-en-klaar op het terrein bij de hoofdwoning worden geplaatst of kan een aanbouw van de hoofdwoning zijn.

Om vrij van een omgevingsvergunning een mantelzorgwoning te mogen bouwen geeft het Bor mogelijkheden. Er moet dan voldaan worden aan de regels die in bijlage II bij het Bor zijn gesteld voor bijbehorende bouwwerken. Bij een 'bijbehorend bouwwerk' gaat het om een bouwwerk dat 'functioneel verbonden' is met het hoofdgebouw. Voor mantelzorgwoningen die bij een woning worden gebouwd is bepaald dat deze per definitie beschouwd worden als 'functioneel verbonden'. Daarnaast moet aan nog een aantal randvoorwaarden worden voldaan, die zijn genoemd in art. 2 lid 3 van deze bijlage, zoals:

- De mantelzorgwoning mag aan de achterzijde van de bestaande woning vast worden gebouwd of als apart bouwwerk in de achtertuin.
- De maximaal toelaatbare oppervlakte aan de mantelzorgwoning bij een hoofdgebouw is afhankelijk van de oppervlakte van het achtererf.
- Het bebouwingsgebied van de mantelzorgwoning bestaat uit het achtererfgebied plus eerdere uitbreidingen en aanbouwen bij het hoofdgebouw. Op grotere erven is vergunningsvrij meer toegestaan. Voor een mantelzorgvoorziening buiten de bebouwde kom zijn de mogelijkheden nog iets ruimer. Als voorwaarde geldt dan wel dat het gaat om een bijbehorend bouwwerk dat geheel of in delen kan worden verplaatst. Denk hierbij aan een woonunit, woonwagen of andersoortig verplaatsbaar gebouw.

In sommige gevallen is toch een omgevingsvergunning vereist, namelijk wanneer:

- de mantelzorgwoning betrekking heeft op een (Rijks)beschermd stadsgezicht of een monument; of
- sprake is van een zogenoemde premantelzorgwoning. Het gaat hier om de gevallen waarin verwacht wordt dat binnen tien jaar een mantelzorgsituatie zal ontstaan. Er zijn gemeenten die daarvoor specifiek premantelzorgbeleid hebben voor de in dit kader te realiseren mantelzorgwoningen. Na beëindiging van de premantelzorgsituatie moet de situatie van voor de premantelzorg hersteld worden. De mantelzorgwoning moet verwijderd worden of teruggebracht tot een bijgebouw bij de oorspronkelijke woning. Uitzondering hierop is dat de premantelzorgsituatie overgaat in een vergunningvrije mantelzorgsituatie als bedoeld in art. 2 onderdeel 3 en 22 van bijlage II Bor. In dat geval moeten de voorzieningen verwijderd worden na beëindiging van de mantelzorg.

Naast voormelde voorwaarde dient uiteraard ook rekening te worden gehouden met de regelgeving van de betreffende

gemeente voor bijbehorende bouwwerken.

Tot slot moet bij de realisatie van een mantelzorgwoning uiteraard wel sprake zijn van een mantelzorgsituatie. Art. 1 lid 1 van bijlage II bij het Bor geeft aan dat het moet gaan om niet professionele intensieve zorg en ondersteuning binnen een bestaande sociale relatie, die de gebruikelijke hulp overstijgt. Dit moet worden ondersteund met een medische verklaring.

## Roerend of onroerend?

Is een mantelzorgwoning duurzaam met de grond verenigd, dan gelden de regels van natrekking op grond van art. 3:3 BW, zal de eigenaar van de grond ook eigenaar zijn van de daarop gebouwde mantelzorgwoning en is deze woning dus onroerend. De duurzame vereniging met de grond is dus van belang om een mantelzorgwoning als roerend of onroerend aan te merken. Rechtbank Noord-Nederland oordeelde hierover op 27 augustus 2015 (ECLI:NL:RBNNE:2014:4103). De rechter vond in de berechte casus dat een mantelzorgwoning niet bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, omdat deze tijdelijk wordt geplaatst op basis van de afgegeven bouwvergunning en ontheffing van het bestemmingsplan tot het overlijden van bewoner van de mantelzorgwoning. Van natrekking zou volgens de rechter geen sprake kunnen zijn, waardoor de mantelzorgwoning dus roerend is.

De vraag is of aan deze uitspraak veel waarde moet worden toegekend. Het Portacabin-arrest (HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478) geeft immers duidelijke criteria om te bepalen of een gebouw duurzaam met de grond is verenigd, namelijk:

- a de zaak is naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven;
- b bij de beoordeling van het bovenstaande moet worden gelet op de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten kenbaar is;
- c de bestemming van de zaak om duurzaam ter plaatse te blijven moet naar buiten kenbaar zijn;
- d de verkeersopvattingen kunnen niet als een zelfstandige maatstaf worden gebezigd bij de beoordeling of een zaak roerend of onroerend is. Wel kunnen de verkeersopvattingen relevant zijn om te bepalen wat moet worden verstaan onder 'duurzaam', 'bestemd' en 'naar buiten kenbaar'. Hierbij moet worden gekeken naar de objectieve bedoeling van de bouwer.

Pas je deze criteria toe op een mantelzorgwoning, dan is deze in de regel onroerend. De geobjectiveerde bedoeling bij de realisatie van de mantelzorgwoning zal namelijk doorgaans gericht zijn op duurzame vereniging van de mantelzorgwoning met de grond. Verder zijn – meestal – de aard en inrichting van de mantelzorgwoning zodanig dat naar buiten kenbaar is dat de mantelzorgwoning duurzaam ter plaatse zal blijven. Dat de mantelzorg mogelijk door het overlijden van de zorgbehoevende op korte termijn zal eindigen, doet daaraan niet af. Dit is geen omstandigheid die de mantelzorgwoning zelf betreft. Dit is ook de heersende visie in de literatuur (zie M.N. Bende en A.C.M. de Vries, 'De mantelzorgwoning vraagt om een stabiel fundament op juridisch, fiscaal en financieel terrein', *WPNR* 2018/7201).

In dit kader kan ook nog steun gevonden worden in het Havenkranen-arrest, Hoge Raad 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3644. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de betreffende havenkranen onroerende zaken waren, ondanks de bedoeling van de eigenaar de kranen binnen enkele jaren te verplaatsen, nu de bedoeling van de eigenaar niet naar buiten toe kenbaar was. Bij een mantelzorgwoning is dit niet anders omdat het maar de vraag is wat er met de bebouwing gaat gebeuren na verloop van tijd.

Ook kan in dit kader de fiscale uitspraak van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4602, worden genoemd. Hierin oordeelt de rechter dat het zakelijk recht van gebruik en bewoning de mantelzorgwoning die verbonden is met de woning tot een afzonderlijk WOZ-object maakt en daarmee dus onroerend is.

## Vastlegging rechten voor de gebruiker van een mantelzorgwoning

Bij de bespreking van de vastlegging van de rechten voor de gebruiker van een mantelzorgwoning wordt hierna uitgegaan van een veelvoorkomende casus in het landelijk gebied.

### Casus

*De ouders dragen een perceel met een bestaande woning over aan het kind, waarop ten behoeve van de ouders een mantelzorgwoning is of zal worden gerealiseerd. Vaak is het de bedoeling dat de verkoopopbrengst of de waarde van de mantelzorgwoning toekomt aan andere kinderen dan het kopende kind, ingeval de mantelzorgwoning wordt ontmanteld bij overlijden van de ouders, of wanneer zij de woning metterwoon gaan verlaten.*

Vastlegging van de rechten en plichten die betrekking hebben op de mantelzorgwoning kan op verschillende manieren plaatsvinden, namelijk door middel van:

- een huurovereenkomst;

- een bruikleenovereenkomst;
- het vestigen van een vruchtgebruik;
- het vestigen van een recht van gebruik en bewoning;
- het vestigen een recht van opstal en/of erfpacht.

De belangrijkste civiele en fiscale aspecten van deze mogelijkheden zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

## Overdracht onder voorbehoud van een huurovereenkomst

### Civielrechtelijke gevolgen

Ingeval ervoor wordt gekozen de volle eigendom over te dragen aan het kind is het mogelijk ook de grond waarop de mantelzorgwoning is of wordt gebouwd in volle eigendom over te dragen, onder voorbehoud van een huurrecht. In art. 7:234 BW staat vermeld dat onder woonruimte wordt verstaan een gebouwde onroerende zaak voor zover deze als zelfstandige dan wel niet-zelfstandige woning wordt verhuurd. Een mantelzorgwoning zal dus in de regel kwalificeren als een dergelijke woonruimte waarop de (beschermings)regels van art. 7:232 e.v. BW van toepassing zijn. Deze bescherming houdt in dat de huur alleen door opzegging kan worden beëindigd als aan de wettelijke opzeggingsgronden en formaliteiten wordt voldaan. Praktisch houdt dit in dat een huurovereenkomst zelden kan worden beëindigd. In het kader van het Bor is het wel van belang vast te leggen dat de ouders de mantelzorgwoning niet door een ander laten gebruiken, danwel aan een ander verhuren.

### Gevolgen voor de overdrachtsbelasting

Voor de verkrijging van de volle eigendom door het kind, onder bezwaar van het huurrecht ten behoeve van ouders, zal in beginsel overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Op grond van art. 9 Wet op Belastingen van Rechtsverkeer (WBR) wordt de overdrachtsbelasting berekend over de waarde van de onroerende zaak of het recht waaraan deze is onderworpen, waarop de verkrijging betrekking heeft. De waarde is ten minste gelijk aan die van de tegenprestatie, waarbij rekening moet worden gehouden met het besluit van de *Staatssecretaris van Financiën van 22 februari 2017, nr. 2017-36415, Stcrt. 2017, 12449. De staatssecretaris heeft daarbij goedgekeurd dat voor de berekening van de maatstaf van heffing bij een overdracht van de volle eigendom, direct gevolgd door de totstandkoming van een huur- of pachtovereenkomst, wordt uitgegaan van de waarde van de onroerende zaak in de overeengekomen verhuurde of verpachte staat.*

Voor deze goedkeuring gelden de volgende drie voorwaarden:

- 1 Het huur- of pachtrecht is ten gunste van de verkoper overeengekomen in directe samenhang met de overdracht.
- 2 De huur of pacht gaat in op de dag van de overdracht van de eigendom.
- 3 De overeenkomst is reëel en tegen een zakelijke prijs en onder zakelijke voorwaarden.

De belasting bedraagt in beginsel 8% tenzij sprake is van een verkrijging door een natuurlijke persoon van een woning waarin hij anders dan tijdelijk als hoofdverblijf gaat verblijven. In dat laatste geval is het tarief 2%. De zogenoemde startersvrijstelling op grond van art. 15 lid 1 onder p WBR geldt voor de verkrijging van een dergelijke woning door een natuurlijk persoon jonger dan 35 jaar waarvan de waarde niet uitkomt boven € 400.000. Voor de toepassing van het tarief van 2% danwel de startersvrijstelling wordt bij de verkrijging van de woning inclusief de grond voor de mantelzorgwoning in mindering gebracht het deel dat ziet op de grond waarop de mantelzorgwoning zal worden gerealiseerd. Immers, de mantelzorgwoning kan niet als hoofdverblijf gebruikt worden, daarom wordt het tarief van 8% gehanteerd.

### Gevolgen voor de erfbelasting bij overlijden ouders

Verder dient bij de bepaling van de huurprijs rekening te worden gehouden met het bepaalde in de Successiewet (SW). Als een woning is overdragen onder het voorbehoud van een woonrecht (vruchtgebruik, recht van gebruik en bewoning of huurrecht) aan een bloed- of aanverwant tot in de vierde graad (of hun partners), dan geldt de fictiebepaling van art. 10 SW. Deze fictie is van toepassing als de ouder 180 dagen voor zijn overlijden nog in de mantelzorgwoning heeft gewoond en de ouder niet jaarlijks een vergoeding voor het genot daadwerkelijk heeft betaald. Deze huurvergoeding bedraagt ten minste 6% van de WOZ-waarde op jaarbasis, op grond van het Besluit van de Staatssecretaris van 18 oktober 2016, nr. BLBK2016/103M, *Stcrt. 2016, 57602*. Worden de huurtermijnen te laat betaald dan kan de heffing van art. 10 SW worden voorkomen door de huurtermijnen meer dan 180 dagen voorafgaand aan het overlijden van de ouder alsnog te betalen, vermeerderd met een samengestelde rentevergoeding van 6%.

### Gevolgen voor de inkomstenbelasting

De mantelzorgwoning zal bij het kind in box 3 worden belast. De ouders kunnen op grond van de Wet op de huurtoeslag aanspraak maken op huursubsidie/huurtoeslag, mits het vermogen lager is dan de rendementsgrondslag van art. 5.3. IB

aan het begin van het berekeningsjaar.

## Overdracht onder voorbehoud van een bruikleenovereenkomst

Om aan bescherming van de huurder te ontkomen, kan gekozen worden voor een bruikleenovereenkomst ex art. 7A:1777 e.v. BW. In dat geval mag er voor het gebruik van de mantelzorgwoning geen sprake zijn van een tegenprestatie, in welke vorm dan ook. De bruikleenovereenkomst kan worden aangegaan tot wederopzegging. Hier gelden de huurbeschermingsbepalingen van art. 7:232 e.v. BW niet en kan het kind de overeenkomst opzeggen, met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn. In het kader van het Bor is het ook van belang om vast te leggen dat de ouders de mantelzorgwoning niet door een ander laten gebruiken.

Het voordeel van de bruikleenovereenkomst is dat de ouders geen vergoeding hoeven te betalen voor het woongenot, maar daar tegenover staat dat de bescherming van hun woongenot zeer laag is.

Hetgeen hiervoor is vermeld over de gevolgen voor de heffing van de overdrachtsbelasting en de erfbelasting geldt ook onverkort wanneer gekozen wordt voor een bruikleenovereenkomst.

De mantelzorgwoning zal voor de inkomstenbelasting bij het kind in box 3 worden belast.

## Overdracht onder voorbehoud van een vruchtgebruik

Vruchtgebruik is geregeld in art. 3:201 e.v. BW. Het grote voordeel van een recht van vruchtgebruik ten opzichte van huur en bruikleen is dat het zaaksgevolg heeft en dat de ouders als vruchtgebruikers hun rechten kunnen uitoefenen ongeacht wie de eigendom van de woning in handen heeft. Ten opzichte van huur is dat verschil weliswaar wat groot, gezien het bepaalde in art. 7:226 lid 1 BW (koop breekt geen huur).

Vruchtgebruik biedt de ouders dus een grote mate van rechtszekerheid, zonder dat zij verplicht zijn een periodieke vergoeding te betalen voor het woongenot.

Daarnaast zijn er nog een aantal noemenswaardige gevolgen aan het vruchtgebruik verbonden:

- Het is een sterk recht ten opzichte van andere beperkt gerechtigden die later worden gevestigd. De rang van het recht van vruchtgebruik ten opzichte van andere beperkte rechten, denk aan hypotheek, wordt bepaald door het moment van vestiging van het recht. Ingeval het hypotheekrecht op de mantelzorgwoning later wordt gevestigd dan het recht van vruchtgebruik, dient dus het vruchtgebruik door de betreffende hypotheekhouder te worden geëerbiedigd. Deze rangorde kan middels rangwisseling op grond van art. 3:262 lid 1 BW worden 'omgedraaid'. Dit wordt in de regel in de hypotheekakte vastgelegd, doordat de ouders de hypotheekakte hiervoor ook ondertekenen. Het belang van de hypotheekhouder voor deze rangwisseling komt met name aan bod ingeval hij tot uitwinning van de mantelzorgwoning zou willen overgaan.
- Het recht van vruchtgebruik is weliswaar gebonden aan het leven van de ouders als vruchtgebruikers op grond van 3:203 lid 2 BW eerste zin, maar is wel overdraagbaar. Vaak wordt overeengekomen dat het recht van vruchtgebruik eerder eindigt, bijvoorbeeld wanneer de ouders failliet gaan of moeten worden opgenomen in een verpleeg- of verzorgingstehuis of elders permanent gaan wonen. Dit is met name van belang voor de gevolgen voor de erfbelasting, waarover hierna meer.
- Bij vruchtgebruik treedt zaaksvervanging op ex art. 2:213 BW. Dat betekent dat bij vervreemding van de mantelzorgwoning de ouder recht heeft op het vruchtgebruik van de ontvangen tegenprestatie, of op het vruchtgebruik van een vervangende mantelzorgwoning. Dit gevolg is meestal niet gewenst.
- De vruchtgebruiker heeft in beginsel de bevoegdheid de woning te verhuren op grond van art. 3:217 BW. Dit is echter in het kader van het Bor niet gewenst, zodat deze bevoegdheid bij de vestiging dient te worden uitgesloten.
- *Ius tollendi* (wegnemingsrecht) ex. art. 3:208 BW: zowel tijdens de duur van het recht als aan het einde daarvan kan de vruchtgebruiker de aangebrachte veranderingen en toevoegingen wegnemen. Hiervan kan in de akte van vestiging worden afgeweken. Voor de praktijk is het van belang de vastlegging hiervan uiterst zorgvuldig te doen in samenspraak met partijen. Met name dient duidelijkheid te worden gegeven over wie recht heeft op (de opbrengt van) de mantelzorgwoning als deze wordt afgebroken of wordt weggehaald. Ook dient een regeling te worden opgenomen wie de kosten van de investering zal dragen met een eventuele vergoedingsregeling.

## Gevolgen voor de overdrachtsbelasting

De gevolgen voor de overdrachtsbelasting met betrekking tot de verkrijging van de woning zijn gelijk aan hetgeen hierover vermeld is onder Overdracht onder voorbehoud van een huurovereenkomst.

De mantelzorgwoning kan voor het kind niet als hoofdverblijf gebruikt worden zodat hiervoor het tarief van 8% wordt gehanteerd. Het kind verkrijgt het blooteigendom, waarvan de waarde gelijk is aan de waarde van grond verminderd met de waarde van het vruchtgebruik. *De Staatssecretaris van Financiën heeft in zijn besluit van 22 februari 2017 omtrent de*

*heffing van de overdrachtsbelasting goedgekeurd* datbij de overdracht van een (mantelzorg)woning onder voorbehoud van een vruchtgebruik, voor de berekening van de maatstaf van heffing het vruchtgebruik wordt gewaardeerd naar een vast percentage van de waarde van de woning in vrij opleverbare staat. Hierbij kan worden uitgegaan van het in art. 10 van het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956 vermelde percentage (6%). Het op deze wijze berekende bedrag geldt als een periodieke schuldplichtigheid. De waarde van de periodieke schuldplichtigheid wordt voor de heffing van overdrachtsbelasting vastgesteld met inachtneming van de in de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit belastingen van rechtsverkeer opgenomen tabellen.

Voor deze goedkeuring gelden de volgende drie voorwaarden:

- 1 Degene die de woning overdraagt zet de bewoning daadwerkelijk zelf voort.
- 2 Het voorbehouden vruchtgebruik heeft reële betekenis. Er is bijvoorbeeld geen reële betekenis als het vruchtgebruik van korte duur zal zijn, bijvoorbeeld wanneer de ouder terminaal is en nog kort te leven heeft.
- 3 De gebruiksbevoegdheden van de vruchtgebruiker zijn niet beperkt tot bepaalde gedeelten van de woning.

Bij de overdracht van een woning onder voorbehoud van een vruchtgebruik, eindigt het vruchtgebruik op het moment van overlijden van de vruchtgebruiker. In de notariële akte kan echter de bepaling zijn opgenomen dat het vruchtgebruik ook eindigt bij het metterwoon verlaten van de woning door de vruchtgebruiker of op een daarmee verband houdend tijdstip. Deze metterwoon-clausule vormt een waardedrukkende factor, waarmee bij de waardering van het vruchtgebruik rekening moet worden gehouden. Bij de verkrijging van een woning onder voorbehoud van vruchtgebruik met een metterwoon-clausule, heeft de staatssecretaris goedgekeurd in gemeld besluit van 22 februari 2017 dat de waardedrukkende factor van deze metterwoon-clausule bij de verkrijging van de (mantelzorg)woning wordt gesteld op 25% van de waarde van het vruchtgebruik zonder de metterwoon-clausule. Voor deze goedkeuring gelden de hiervoor genoemde voorwaarden.

### **Gevolgen voor de erfbelasting bij overlijden ouders**

Als de mantelzorgwoning is overdragen onder voorbehoud van een vruchtgebruik aan een bloed- of aanverwant tot in de vierde graad (of hun partners), dan geldt voormelde fictiebepaling van art. 10 SW. Ook als de ouders een zakelijke vergoeding betalen, kan de fictie van toepassing zijn. Deze zakelijke vergoeding, bijvoorbeeld de betaalde koopsom voor het vruchtgebruik van de gebouwde mantelzorgwoning, mag wel op grond van art. 7 SW in mindering worden gebracht op de waarde van de mantelzorgwoning, te vermeerderen met een enkelvoudige rente van 6% op jaarbasis. Het betalen van een (zakelijke) vergoeding vermindert dus de op grond van art. 10 SW te betalen erfbelasting, maar voorkomt de toepassing van art. 10 SW niet. Het is daarom van belang in de vestigingsakte op te nemen dat het recht van vruchtgebruik eindigt bij het metterwoon verlaten van de mantelzorgwoning, om de heffing van erfbelasting in die situatie te voorkomen.

### **Gevolgen voor de inkomstenbelasting**

Het recht van vruchtgebruik wordt niet krachtens erfrecht verkregen, zodat de waarde van het vruchtgebruik bij de ouders in box 3 in aanmerking moet worden genomen. De waarde van het blooteigendom zal bij het kind in box 3 worden betrokken.

### **Overdracht onder voorbehoud van een recht van gebruik en bewoning**

Op een recht van gebruik en bewoning zijn de regels van het vruchtgebruik van toepassing. Art. 3:226 leden 2 tot en met 4 BW geven aan dat er wel afwijkende regels gelden voor het recht van gebruik en bewoning. De ouders mogen enkel de mantelzorgwoning gebruiken en bewonen voor zichzelf en hun gezin. Bij de vestiging zal dat recht moeten worden ingeperkt, door te bepalen dat de ouders er alleen zelf in mogen wonen.

Van groot belang is verder dat de ouders hun rechten niet kunnen vervreemden of bezwaren. Ook mogen zij de mantelzorgwoning niet door een ander laten gebruiken of laten bewonen.

Voor het overige zijn de opmerkingen onder Overdracht onder voorbehoud van een vruchtgebruik hiervoor ook van toepassing op een overdracht onder voorbehoud van een recht van gebruik en bewoning. Gezien het persoonlijke karakter van deze rechten wordt in de praktijk meestal de voorkeur gegeven aan het vestigen van deze rechten boven het vestigen van een recht van vruchtgebruik.

### **Overdracht onder voorbehoud van erfpacht of een recht van opstal**

Erfpacht is geregeld in art. 5:85 e.v. BW en geeft de ouders als erfpachters de bevoegdheid de mantelzorgwoning te houden en te gebruiken. Het recht van opstal is geregeld in art. 101 e.v. BW en geeft de ouders als opstallers de eigendom van de mantelzorgwoning.

In de praktijk komt men naast de overdracht onder voorbehoud van een erfpacht ook wel de overdracht onder voorbehoud van een zelfstandig recht van opstal of een combinatie van beide tegen.

Net als bij het vruchtgebruik en het recht van gebruik en bewoning heeft de erfpacht/het recht van opstal als voordeel dat dit

recht kan worden verhypothekend.

Daarnaast zijn er nog een aantal noemenswaardige gevolgen aan erfpacht/recht van opstal verbonden:

- Erfpacht/recht van opstal is een sterker beperkt recht ten opzichte van andere beperkte rechten die later worden gevestigd. Hetgeen hiervoor onder Overdracht onder voorbehoud van een huurovereenkomst is gemeld met betrekking tot de mogelijkheid van rangwisseling is hier ook aan de orde.
- Op grond van art. 5:86 BW zijn partijen vrij om de duur te regelen. Meestal wordt overeengekomen dat de erfpacht/het recht van opstal voor onbepaalde tijd wordt gevestigd. Anders dan bij vruchtgebruik of bij de rechten van gebruik en bewoning is de erfpacht/het recht van opstal dus niet gebonden aan het leven van (de langstlevende van) de ouder(s), tenzij men dit expliciet overeenkomt. Dat betekent dus dat bij overlijden van de ouders de erfpacht/het recht van opstal zal overgaan op hun erfgenamen of legatarissen en niet op het kind/de blooteigenaar. Wel zou kunnen worden overeengekomen dat de ouders verplicht zijn bij overlijden deze rechten aan te bieden aan het kind/de blooteigenaar. Ook is het mogelijk een legaat op te nemen in het testament ten behoeve van dit kind/deze blooteigenaar.
- Op grond van art. 5:94 BW zijn de ouders als erfpachters/opstellers bevoegd de mantelzorgwoning te verhuren. Deze bevoegdheid kan in de voorwaarden worden beperkt of uitgesloten. Bij een mantelzorgwoning zal dit wenselijk zijn.\
- In de akte van vestiging kan ingevolge art. 5:85 lid 2 BW en/of art. 101 lid 3 BW aan de erfpachter opstaller de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar een canon te betalen. In de praktijk wordt hiertoe meestal niet overgegaan.
- De erfpachter/opstaller heeft bij het einde op grond van art. 5:99 BW recht op vergoeding van de waarde van de mantelzorgwoning. In de akte van vestiging zou kunnen worden vastgelegd dat de erfpachter/opstaller geen recht heeft op deze vergoeding, ware het niet dat in lid 2 sub a. van dit artikel is bepaald, dat dit recht op vergoeding niet kan worden ontnomen bij grond die in erfpacht/opstal wordt (uit)gegeven en bestemd is voor woningbouw.

Ten aanzien van zaken die de erfpachter/opstaller mag wegnemen op grond van de overeengekomen voorwaarden heeft hij wel een keuze: óf wegnemen, óf de waarde vorderen. Die keuze tot wegnemen kan hem echter worden ontnomen op grond van art. 5:99 lid 2 sub d BW.

### **Gevolgen voor de overdrachtsbelasting**

De mantelzorgwoning kan voor het kind niet als hoofdverblijf gebruikt worden, zodat hiervoor het tarief van 8% wordt gehanteerd over de waarde van het blooteigendom. Als de erfpacht/het recht van opstal wordt gevestigd voordat de mantelzorgwoning is geplaatst, wordt de waarde vastgesteld naar de waarde van de kale grond. Let wel dat bij de berekening van deze waarde sinds 2016 geen rekening mag worden gehouden met de eventuele canonverplichting op grond van art. 11 lid 4 onder a WBR.

### **Gevolgen voor de erfbelasting bij overlijden ouders**

Voor de erfbelasting speelt de duur van de erfpacht een rol. Ingeval de erfpacht/het recht van opstal eindigt bij het overlijden, zal de vergoeding voor de aanwezige mantelzorgwoning in de nalatenschap worden betrokken. Ingeval de erfpacht is aangegaan voor onbepaalde tijd en niet eindigt bij overlijden, wordt de waarde van dit recht in de heffing van erfbelasting betrokken. Er zal ten slotte moeten worden gekeken of het hiervoor besproken art. 10 SW aan de orde is bij het overlijden van de ouders.

### **Gevolgen voor de inkomstenbelasting**

Omdat de ouders geen eigenaren van de mantelzorgwoning zijn, maar erfpachters, wordt dit voor de inkomstenbelasting gelijkgesteld met huur en wordt de mantelzorgwoning niet aangemerkt als eigen woning van de ouders. Dit zou anders kunnen zijn als de rechten op de mantelzorgwoning voor de inkomstenbelasting zouden worden aangemerkt als economische eigendom. De Staatssecretaris van Financiën heeft in het besluit van 24 november 2009, nr. CPP2009/2342M, onderdeel 1.2. nadere eisen gesteld. Een van de eisen is een minimale looptijd van de erfpacht van 25 jaar en dat is praktisch gezien de mantelzorgsituatie niet haalbaar. In de regel zal dus de erfpacht bij de ouders worden belast in box 3 terwijl het blooteigendom bij het kind belast wordt in box 3.

### **Slot**

Met deze bijdrage is gepoogd een overzicht te geven van de civielrechtelijke keuzes bij de realisatie van een mantelzorgwoning binnen familieverband en de fiscale gevolgen hiervan aan de hand van een casus, die zich met name in

het landelijk gebied veel voordoet. Iedere situatie is anders en aan het inwinnen van advies op financieel, fiscaal en juridisch gebied om te komen tot het gewenste resultaat valt niet te ontkomen. De betrokken adviseur(s) en de notaris zullen zich daarom goed moeten verdiepen in – onder meer – de privésituatie van de ouders en de kinderen om te komen tot een passende juridische constructie met de gewenste fiscale effecten.

Voetnoten

[1]

Mr. J.F.V.N. (Joost) Verploegen is notaris bij Bruggink & van Beek Notarissen Adviseurs, [j.verploegen@bvbnotarissen.nl](mailto:j.verploegen@bvbnotarissen.nl), [www.bvbnotarissen.nl](http://www.bvbnotarissen.nl).