

Tilburg University

Echtscheiding en de eigen woning

Hoogeveen, M.J.

Published in:
Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding

Publication date:
2012

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Hoogeveen, M. J. (2012). Echtscheiding en de eigen woning. In I. J. F. A. Vijfeijken (Ed.), *Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding* (pp. 143-193). (Fiscale geschriften; No. 13). SDU-uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

6 Scheiding en de eigen woning

mr. dr. M.J. Hoogeveen

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de gevolgen van echtscheiding voor de eigen woning. Voor een goed begrip van de gevolgen van echtscheiding voor de eigen woning, moet duidelijk zijn wat de Wet IB 2001 onder een eigen woning verstaat, zowel voor wat betreft het hoofdverblijf (§ 6.2), als in geval van de echtscheidingsregeling (§ 6.3), wie het inkomen uit de eigen woning geniet (§ 6.4), bij wie de rente aftrekbaar is en op welk moment (§ 6.5), alsmede de werking van de bijleenregeling (§ 6.6). In § 6.7 worden de conclusies gegeven die uit de voorgaande paragrafen kunnen worden getrokken. Daarna ga ik in op de gevolgen bij echtscheiding. Ik ga er daarbij steeds van uit dat de echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In § 6.8 sta ik kort stil bij het moment van duurzaam gescheiden gaan leven. § 6.9 gaat over de periode van onverdeeldheid en in § 6.10 wordt ingegaan op de gevolgen van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap. Vervolgens besteed ik in § 6.11, voorzover afwijkend, afzonderlijk aandacht aan de situatie dat de woning niet tot enige huwelijksgemeenschap behoort.¹ § 6.12 gaat over het afkopen van de alimentatie door de overdracht van de eigen woning. Ik sluit het geheel af met een korte conclusie in § 6.13.

De kapitaalverzekering eigen woning wordt besproken in § 8.2.

Met het begrip partner wordt in dit hoofdstuk bedoeld de fiscale partner in de zin van art. 5a AWR jo. art. 1.2 Wet IB 2001. Hieronder vallen dus²:

1. de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, tenzij een verzoek tot scheiding van tafel en bed respectievelijk ontbinding van het huwelijk is ingediend én de echtgenoten niet (meer) op hetzelfde adres staan ingeschreven in de basisadministratie van de gemeente³, en
2. de ongehuwd meerderjarige samenwonenden die samen op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven en:
 - a. een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan, of
 - b. voldoen aan één van de objectieve criteria die zijn opgenomen in art. 1.2, tweede lid, Wet IB 2001.

6.2 Eigen woning: hoofdverblijf

6.2.1 Algemeen

De definitie voor de eigen woning is opgenomen in art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001. Met ingang van 1 januari 2001 is de hoofdregel dat slechts sprake is van een eigen woning indien de woning de belastingplichtige of personen die behoren tot zijn huishouden anders dan tijdelijk als *hoofdverblijf* ter beschikking staat op grond van het *eigendomsrecht*. Bovendien moet de *belastingplichtige of zijn partner* de voordelen genieten, moeten de *kosten en lasten op de belastingplichtige of zijn partner drukken* en moet de waardeverandering hen *grotendeels* aangaan.

Of sprake is van een hoofdverblijf moet naar de feitelijke omstandigheden worden beoordeeld; een belastingplichtige heeft daarin dus geen vrije keuze. Een belastingplichtige en zijn partner kunnen op grond van art. 3.111, achtste lid, Wet IB 2001 slechts één hoofdverblijf hebben en dus ook maar één eigen woning hebben in de zin van art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001.⁴ Hij kan echter naast zijn hoofdverblijf wel meerdere eigen woningen hebben, namelijk in het geval één van de fictiebepalingen van art. 3.111 Wet IB 2001 van toepassing is. De fictie die geldt bij echtscheiding bespreek ik in § 6.3.

De woning moet de belastingplichtige ter beschikking staan op grond van een eigendomsrecht, waaronder begrepen de economische eigendom. De wetgever heeft met de toevoeging ‘of zijn partner’ willen bewerkstelligen dat de woning ook voor de partner een eigen woning is zonder dat hij enig eigendomsrecht heeft. De partner die geen eigendom heeft, wordt als het ware meegetrokken in de eigenwoningregeling door zijn partner die wel de eigendom heeft. Zelfs in de situatie dat de woning en de schuld tot het vermogen van één van de echtgenoten behoren en de

¹Ter voorkoming van herhaling heb ik geen aparte paragraaf opgenomen voor de ongehuwd samenwonenden die uit elkaar gaan. De fiscale positie van ongehuwd samenwonenden is in de eigenwoningregeling gelijk aan die van gehuwden in koude uitsluiting.

²Zie voor een uitgebreide beschrijving van het partnerbegrip met ingang van 1 januari 2011, N.C.G. Gubbels, Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet’, *WPNR* 2011/6685 en – specifiek voor (echt-)scheiding – hoofdstuk 2 van dit boek.

³Geregistreerde partners worden met echtgenoten gelijkgesteld (art. 2, zesde lid, AWR).

⁴Of dit doel helemaal wordt bereikt in geval van duurzaam gescheiden levende echtgenoten wordt besproken in § 6.3.6.

andere echtgenoot de rente betaalt, is volgens de wetgever de rente bij die belastingplichtige aftrekbaar omdat op de rentebetalder de eigenwoningregeling van toepassing is op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001.⁵

Voorbeeld 1

X en Y zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd en er is sprake van een finaal verrekenbeding. De woning die hun hoofdverblijf vormt, is alleen eigendom van X. Weliswaar heeft Y recht op een verrekening van de waarde van de woning bij het einde van het huwelijk, maar dat is 'slechts' een vordering in geld en geen eigendomsrecht. Zie nader § 6.11.4. Zowel X als Y hebben een schuld die zij zijn aangegaan ter verwerving van de woning, en zij betalen beiden rente. De woning is in elk geval een eigen woning voor X op basis van zijn eigendomsrecht. Ondanks het feit dat Y geen eigendomsrecht heeft, is de woning voor Y ook een eigen woning. X trekt zijn partner Y de eigenwoningregeling binnen. Dit betekent dat de rente die Y betaalt op de schuld voor de eigen woning, eigenwoningrente is.

Voorbeeld 2

X en Y wonen ongehuwd samen in een pand dat eigendom is van X. Indien X en Y voldoen aan de partnerschapscriteria van art. 5a AWR jo. art. 1.2 Wet IB 2001 is de woning een eigen woning voor beiden. Indien dat niet het geval is, is de woning alleen een eigen woning voor X. Indien Y rente zou betalen, is deze rente bij Y niet aftrekbaar als eigenwoningrente.⁶

De waardeverandering moet de belastingplichtige grotendeels aangaan. Dit betekent voor meer dan 50%. Gehuwden die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, lijken op grond van de letterlijke tekst van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 geen eigen woning te hebben als de woning tot de huwelijksgoederengemeenschap behoort. Immers, ieder van hen komt slechts 50% van de waardeverandering van de woning toe. In de parlementaire geschiedenis is echter aangegeven dat het grotendeelscriterium ziet op het gedeelte van de woning waartoe men is gerechtigd.⁷ De woning is dus voor beiden een eigen woning. Dit geldt ook voor buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoten en voor ongehuwd samenwonenden die fiscaal partner zijn. Hierbij maakt het niet uit wat de eigendomsverhouding ten aanzien van de woning is.

6.2.2 Investeren in de woning van de ander

Als een buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot vermogen van de andere echtgenoot gebruikt om een vermogensbestanddeel te verwerven of een schuld af te lossen waarmee een goed is aangeschaft, verkrijgt de laatstgenoemde 'investerende' echtgenoot een recht op vergoeding (art. 1:87, lid 1, BW).⁸ De bijdrage van de andere echtgenoot geeft aanspraak op een gedeelte van de uiteindelijke waarde van het goed, evenredig aan het gewicht van de investering.⁹ De investerende echtgenoot krijgt dus een 'aan de waarde van het goed gekoppelde verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de subjectief gerechtigde tot de betrokken zaak of het betrokken goed.'¹⁰ Voor de omvang van de vergoeding moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat wordt geïnvesteerd in het goed als zodanig of door middel van een aflossing van de schuld. In het eerste geval is de waarde van het goed ten tijde van de investering wel van belang en in het tweede geval niet.¹¹ Hierna geef ik drie voorbeelden.¹² De eerste twee voorbeelden hebben betrekking op een investering in het goed als zodanig en het derde op een aflossing van de schuld waarmee het goed is aangeschaft.

Voorbeeld 1

A koopt een woning voor € 400.000 en betaalt hiervan € 300.000 uit eigen privémiddelen en € 100.000 uit door zijn echtgenote B beschikbaar gestelde privémiddelen. De woning wordt eigendom van A. B heeft recht op een vergoeding die gelijk is aan een kwart van de waarde van de woning op het tijdstip waartegen de vergoedingsvordering wordt afgerekend.

⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 3, p. 144 en 145.

⁶ Wellicht dat deze rente wel aftrekbaar is bij X, in het geval het 'zijn' schuld betreft. Zie § 6.5.3.2.

⁷ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 727, nr. 3, p. 145.

⁸ Voor in gemeenschap van goederen gehuwden, waarbij (een van) de echtgenoten over eigen vermogen beschikken (beschikt), regelt art. 1:95 en 1:96, vierde lid, BW iets soortgelijks. Art. 1:87 BW geldt alleen indien partijen niets anders hebben geregeld.

⁹ Art. 1:87, tweede lid, BW. Zie voor kritiek Labohm die van mening is dat de huidige wetgeving zal leiden tot uitvoeringsproblemen in de echtscheidingspraktijk. A.N. Labohm, *Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen: een gebrekkige regeling*, *EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2012/1. Tot 1 januari 2012 gold voor vergoedingsrechten het nominale stelsel, tenzij een nominale vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (HR 12 juni 1987, NJ 1988/150 (Kriek/Smit) en Hof 's-Gravenhage 4 november 1988, NJ 1989/540). In het nieuwe art. 1:87 BW wordt voor de omvang van de vergoedingsrechten dus uitgegaan van de beleggingsleer. De beleggingsleer geldt op grond van het overgangsrecht voor vergoedingsrechten die met ingang van 1 januari 2012 ontstaan.

¹⁰ M.J.A. van Mourik, *Vernieuwd huwelijksvermogensrecht*, *WPNR* 2012/6913, § 2.2. Er is sprake van 'economische deelgerechtigdheid, zodat naar de mening van Van Mourik in art. 1:87 BW ten onrechte van een vergoeding wordt gesproken.

¹¹ Ook is van belang of de investering al dan niet heeft plaatsgevonden met toestemming van de echtgenoot. Indien geen toestemming is gegeven, heeft de investerende echtgenoot minimaal recht op een vergoeding van de nominale waarde van het geïnvesteerde bedrag. De echtgenoot deelt in dat dus niet in de negatieve waardeontwikkeling (art. 1:87, lid 3, BW).

¹² Het eerste en derde voorbeeld zijn ontleend aan de memorie van antwoord, waarin overigens nog meer voorbeelden zijn opgenomen. Zie *Kamerstukken I*, 2008/2009, 28 867, nr. C, p. 14-18.

Indien A na tien jaar overgaat tot vergoeding en de waarde van de woning dan € 1.000.000 bedraagt, is de vergoeding voor B € 250.000. Indien A echter al na twee jaar tot voldoening was overgegaan en de waarde van de woning op dat moment gedaald was naar € 200.000, had B slechts recht op € 50.000 vergoeding.

Voorbeeld 2

Stel dat echtgenoot A een woning met een waarde van € 200.000 heeft gekocht en op eigen naam heeft verkregen. De woning is volledig aangeschaft uit zijn privévermogen. Na enige jaren is de woning € 300.000 waard. Vervolgens vindt er een verbouwing plaats van € 100.000 die wordt betaald vanuit het privévermogen van echtgenote B. In deze situatie is de waarde van de woning ten tijde van de verbouwing bepalend voor het aandeel van B in de woning. Zij investeert € 100.000 in een goed met een waarde van € 300.000, zodat zij een belang verkrijgt van 25%. Indien op het moment van echtscheiding de woning € 500.000 waard is, heeft zij dus recht op een vergoeding van € 125.000.

Voorbeeld 3

Stel dat echtgenoot A een woning met een waarde van € 500.000 heeft gekocht en op eigen naam heeft verkregen met € 300.000 uit zijn privévermogen en met € 200.000 uit een lening van een derde. Na enige jaren blijkt de waarde van de woning sterk gedaald van € 500.000 tot € 190.000. Als op dat moment de schuld van € 200.000 wordt afgelost met privémiddelen van echtgenote B, verkrijgt B een recht op vergoeding. Indien de aflossing met haar toestemming heeft plaatsgevonden, krijgt zij een belang in het goed. De omvang van dit belang wordt als volgt bepaald. B heeft van de totale tegenprestatie ad € 500.000, € 200.000 voor haar rekening genomen. Zij krijgt dan een belang van 40% in het goed (200.000/500.000). De waarde van het goed ten tijde van de aflossing (in casu € 190.000), is dus niet van belang. Is de waarde van de woning uiteindelijk € 750.000, dan heeft B derhalve aanspraak op vergoeding van 40% van € 750.000 is € 300.000. Zou de woning uiteindelijk echter nog slechts € 180.000 waard zijn, dan bedraagt de vergoeding € 72.000.

Het lijkt op het eerste gezicht redelijk om geen rekening te houden met de waarde van het goed ten tijde van de aflossing. Indien in voorbeeld 3 wel rekening zou worden gehouden met de waardedaling op het moment dat B de lening aflost, zou B recht hebben op de hele waardeontwikkeling. Immers, zij investeert € 200.000 in een goed met een waarde van € 190.000. Daarmee zou worden miskend dat A ook € 300.000 in de woning heeft geïnvesteerd. Toch kunnen er situaties ontstaan waarbij de toegepaste berekeningsystematiek tot onredelijke uitkomsten leiden.¹³

Voorbeeld 4

Man en vrouw zijn met uitsluiting van iedere gemeenschap getrouwd. In de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden is geen verrekenbeding opgenomen. De man sluit bij de bank een overeenkomst van geldlening af van € 250.000. Met dit bedrag koopt hij een woning. In de loop der jaren stijgt de waarde van het pand naar € 500.000. De man raakt als gevolg van de kredietcrises zijn baan kwijt. De vrouw betaalt uit haar privévermogen de lening van de man af. Op het moment van de aflossing van de lening heeft de woning een waarde van € 500.000. Door de aflossing is uiteindelijk de vrouw de enige die in de woning heeft geïnvesteerd. Zij heeft de volledige investering ad. € 250.000 voor haar rekening genomen. Stel dat de woning op het moment van de echtscheiding een waarde heeft van € 750.000. Indien wordt uitgegaan van de toelichting die de minister hier heeft gegeven, heeft de vrouw op de man een vergoedingsvordering van € 750.000.

Labohm merkt naar mijn mening terecht op dat deze uitkomst niet redelijk is:¹⁴

‘Als het vergoedingsrecht door een economische bril wordt gezien investeert de vrouw in een goed dat een waarde heeft van € 500.000. Haar investering van € 250.000 dient gerelateerd te worden aan de waarde van het goed op het moment van de investering en dat is € 500.000. Als de beleggingsleer economisch wordt gezien bedraagt haar vergoedingsrecht: $(€ 250.000 : € 500.000) \times € 750.000 = € 375.000$. Een dergelijk resultaat lijkt mij redelijker. De wetgever doet er verstandig aan om bij wetgeving met een economische betekenis advies in te winnen bij economen en niet alleen af te gaan op de goed bedoelde adviezen van juristen. Juristen en rekenen geeft geen garantie voor een goede uitkomst.’

Hoe dan ook, uit de voorbeelden blijkt dat de echtgenoot een economisch belang krijgt in het goed waarin hij investeert. Hij deelt zowel in de positieve als in de negatieve waardeontwikkeling van het goed.¹⁵ Anders dan bij de verrekenvordering uit hoofde van het verrekenbeding, ontstaat de ‘vordering’ zodra het goed wordt aangeschaft. Bovendien is de ‘vergoedingsvordering’ specifiek gekoppeld aan het aangeschafte goed. De echtgenoot heeft in dit geval dus - anders dan bij een vordering uit hoofde van een verrekenbeding (zie § 6.11.4) - wel het directe economische belang in het vermogensbestanddeel. Het direct economische belang kan in de inkomstenbelasting gevolgen hebben voor de eigenwoningregeling. Door de investering in de woning van een ander of aflossing van (een deel van) de eigenwoningsschuld van een ander, kan via de aan de waardeontwikkeling van de woning gekoppelde

¹³ Voorbeeld ontleend aan A.N. Labohm, Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen: een gebrekkige regeling, *EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2012/1.

¹⁴ Zie vorige noot. Zie voor een soortgelijk voorbeeld M.J.A. van Mourik, Vernieuwd huwelijksvermogensrecht, *WPNR* 2012/ 6913, § 2.2.

¹⁵ Indien de investering zonder toestemming plaatsvindt, deelt de echtgenoot alleen in de positieve waardeontwikkeling. De ‘vordering’ blijft dus minimaal nominaal. In een dergelijk geval ontstaat geen economisch belang, omdat de negatieve ontwikkeling van het goed de echtgenoot niet aangaat.

vergoedingsrechten een economisch belang bij de woning ontstaan en daarmee een eigen woning voor de investerende echtgenoot.¹⁶ In het eerste en tweede hiervoor gegeven voorbeeld heeft de investerende echtgenote B 25% van het economische belang, in het derde voorbeeld 40% en in het vierde voorbeeld 100%. Voor die delen heeft B uit eigen hoofde een eigen woning. Een mogelijk gevolg van het voorgaande is dat de juridische eigenaar een hogere eigenwoningsschuld heeft dan zijn aandeel in de eigen woning. Voor het surplus heeft hij geen recht op renteaftrek, omdat in zoverre geen sprake is van een eigenwoningsschuld (zie ook § 6.5.2). Ook kan het nieuwe huwelijksvermogensrecht gevolgen hebben voor de toepassing van de bijleenregeling. Gedurende het fiscaal partnerschap speelt e.e.a. geen rol, omdat de echtgenoten elkaar op grond van hun juridische dan wel economische eigendom de eigenwoningregeling intrekken (§ 6.2.1). Na het verbreken van het fiscaal partnerschap kunnen de gewijzigde eigendomsverhoudingen wellicht wel een rol spelen bij de toepassing van de eigenwoningregeling. Roelvink-Verhoeff betreft het naar mijn mening dan ook terecht dat bij de invoering van het nieuwe huwelijksvermogensrecht aan de fiscale gevolgen daarvan voor de inkomstenbelastingheffing ten aanzien van de eigen woning geen aandacht is besteed.¹⁷ Hierdoor is het onduidelijk hoe hiermee in de praktijk moet worden omgegaan. Het zou wenselijk zijn als de wetgever of de staatssecretaris van Financiën hierover zo spoedig mogelijk duidelijkheid schept.¹⁸

6.3 Eigen woning: fictie bij echtscheiding en verbreking samenleving

6.3.1 Inleiding

Op de hoofdregel dat alleen in geval van eigendom in combinatie met een hoofdverblijf sprake is van een eigen woning bestaat een aantal uitzonderingen. Deze uitzonderingen betreffen situaties waarin het maatschappelijk ongewenst is om belastingplichtigen de eigenwoningregeling te onthouden. Een van die uitzonderingen is de fictiebepaling van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 die een verzachtende rol speelt bij echtscheidingen. Op grond van deze bepaling is de oude echtelijke woning tot ten hoogste twee jaar na het verlaten van de woning voor de woningverlater toch een eigen woning, mits de woning zijn gewezen partner als hoofdverblijf ter beschikking staat. Onder gewezen partner wordt in dit verband verstaan de duurzaam gescheiden levende echtgenoot. Zonder de fictiebepaling zou de eigenwoningregeling op het moment dat bijvoorbeeld de man het huis verlaat om bij zijn minnares in te trekken, voor de man niet meer van toepassing zijn. Immers, de woning staat hem niet meer als hoofdverblijf ter beschikking.¹⁹ Hierdoor zou de rente die de man in de praktijk doorgaans (voorlopig) blijft betalen, niet meer aftrekbaar zijn tot aan de definitieve verdeling van de eigendom. In de turbulente tijd van het uit elkaar gaan, waarbij het veelal ook niet direct duidelijk is wat er met de eigen woning gaat gebeuren, heeft de wetgever gemeend belastingplichtigen enige ruimte te moeten geven om hun financiële zaken te regelen. In de eerste volzin van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is de bedoeling van de wetgever als volgt verwoord:

‘Een woning wordt voor *ten hoogste twee jaren* na het tijdstip waarop de woning de belastingplichtige niet langer anders dan tijdelijk als hoofdverblijf ter beschikking staat mede aangemerkt als een eigen woning indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat gedurende die periode de woning zijn *gewezen partner anders dan tijdelijk als hoofdverblijf* ter beschikking staat’ (cursief: MJH).

Deze wettelijke bepaling roept de volgende drie vragen op:

1. Wat is ten hoogste twee jaren (§ 6.3.2)?
2. Wat betekent gewezen partner (§ 6.3.3)?
3. Wat betekent anders dan tijdelijk als hoofdverblijf (§ 6.3.4)?

In § 6.3.5 wordt de werking van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 praktisch weergegeven. § 6.3.6 handelt over de vraag of in geval van echtscheiding duurzaam gescheiden levende echtgenoten beiden een hoofdverblijf kunnen hebben.

6.3.2 Wat is ten hoogste twee jaren?

6.3.2.1 Ratio

¹⁶ Zie ook N.C.G. Gubbels, Fiscale aandachtspunten van het nieuwe huwelijksvermogensrecht, *WPNR* 2012/6913 die de gevolgen bespreekt voor de IB-ondernemer, de terbeschikkingsteller en de aanmerkelijkbelanghouder, welke gevolgen zij overigens onwenselijk acht. Albert is van mening dat de aanvang en de beëindiging van het economische belang geen gevolgen heeft voor de terbeschikkingsteller en de aanmerkelijkbelanghouder. G.H. Albert, De invloed van art. 1:87 BW (vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten) op tbs-resultaat en ab-inkomen, *WFR* 2012/678.

¹⁷ A. Roelvink-Verhoeff, Fiscaal partnerschap, de eigen woning en alimentatie in 2012, *EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2012/52, § 2.

¹⁸ Zie voor een uitgebreidere beschouwing, N.C.G. Gubbels, Fiscale aandachtspunten van het nieuwe huwelijksvermogensrecht, *WPNR* 2012/6923.

¹⁹ Dat de man en zijn echtgenote nog wel partner kunnen zijn, bijvoorbeeld omdat het verzoek om echtscheiding nog niet is ingediend, brengt hierin geen verandering. De woning vormt geen hoofdverblijf meer voor de vertrokken echtgenoot en daarmee kan art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 niet op hem van toepassing zijn.

De fictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is ten hoogste twee jaar van toepassing. Na deze termijn heeft de woningverlater geen recht meer op renteaftrek.²⁰ De vraag is wat onder ‘ten hoogste twee jaar’ moet worden verstaan. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het vierde lid is bedoeld voor de periode tot de formele afwikkeling van de huwelijksgoederengemeenschap. In de memorie van toelichting is dit als volgt verwoord²¹:

‘Bij echtscheiding is meestal enige tijd gelegen tussen het materiële moment van scheiding en de formele afwikkeling van de huwelijksgoederengemeenschap. Zonder aanpassing vervalt vanaf het eerste moment de eigenwoningregeling terwijl deze pas bij de definitieve toescheiding van eigendom kan herleven. Om deze periode te overbruggen is een tijdelijke voorziening opgenomen.’

Later heeft de staatssecretaris in zijn rol van uitvoerder een soepeler standpunt ingenomen, in die zin dat de fictie ook van toepassing blijft indien de toedeling van de eigendom binnen de tweejaarstermijn heeft plaatsgevonden.²² Hierop wordt nader ingegaan in § 6.3.2.2.

De echtscheidingsregeling van art 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 brengt echter niet met zich mee dat in geval van echtscheiding de volledige aftrek van hypotheeklasten per definitie gedurende een periode van 24 maanden gewaarborgd blijft. Deze bepaling is niet van toepassing op de belastingplichtige, stel de man, die in de woning blijft wonen (Rechtbank Haarlem 20 januari 2010, *NTRF* 2010/2265). Indien de man ook de rente betaalt die juridisch gezien voor rekening van de woningverlater moet komen en de rente evenmin als alimentatie kan worden aangemerkt, hetgeen in voornoemde casus het geval was, gaat de renteaftrek dus deels verloren indien de vrouw niet alsnog de rente aan haar ex-man betaalt.²³

Ten slotte kan met betrekking tot de tweejaarstermijn nog worden gewezen op de volgende situatie.²⁴ Stel dat een woning in een huwelijksgoederengemeenschap valt en dat de echtgenoten uit elkaar gaan. De vrouw blijft in de woning wonen en de man verlaat de woning. De vrouw heeft een eigen woning op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 en de man gedurende maximaal twee jaar een fictieve eigen woning op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Vervolgens verlaat de vrouw tegen het einde van de tweejaarstermijn de woning en gaat de man in de woning wonen. Hij heeft een eigen woning op grond van art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001. Naar de letterlijke tekst van de wet heeft de vrouw ook voor een periode van twee jaar een fictieve eigen woning op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Naar de mening van Van Mourik verzet de ratio van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 zich echter tegen toepassing daarvan in deze situatie, tenzij de man de fictie nog geen twee jaar heeft gebruikt. Gewezen partners kunnen dus naar zijn mening gezamenlijk maximaal twee jaar gebruik maken van de echtscheidingsregeling, waarbij het niet uit maakt wie van hen gedurende die periode in de woning woont.

6.3.2.2 Formele afwikkeling

De echtscheidingsregeling is bedoeld om de periode te overbruggen tussen de materiële scheiding en de formele afwikkeling daarvan. Met de formele afwikkeling is dus bedoeld de definitieve toedeling van de eigendom van de woning, omdat pas dan het recht op renteaftrek kan herleven. De inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand binnen twee jaar na het duurzaam gescheiden gaan leven, heeft geen gevolgen voor de toepassing van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Weliswaar ontstaat bij het indienen van het verzoek tot echtscheiding een ontbonden gemeenschap en betekent de inschrijving het einde van het huwelijk, maar beide echtelieden zijn nog steeds in gelijke mate gerechtigd tot de ontbonden gemeenschap.²⁵ Zolang deze ontbonden gemeenschap bestaat, heeft geen definitieve toedeling van de eigendom plaatsgevonden, zodat partijen gebruik kunnen blijven maken van de fictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001.

Met de parlementaire geschiedenis in de hand zou een toedeling van de woning binnen de tweejaarstermijn wel het einde van de fictie betekenen. In zijn besluit van 30 november 2001 zag de staatssecretaris echter ook in een toedeling van de eigendom binnen de tweejaarstermijn geen reden om de fictie te beëindigen²⁶:

‘B.3.6.bb. Eigenwoningregeling; tweejaarstermijn bij echtscheiding

Vraag. Als ingeval van echtscheiding de boedelscheiding heeft plaatsgevonden binnen twee jaar nadat de belastingplichtige de woning heeft verlaten, heeft die belastingplichtige dan nog een eigen woning?

²⁰ De tekst van de wet is op dit punt helder. Zie voor een procedure waarin dit is bevestigd Rechtbank Haarlem 7 mei 2009, 08/05711, *NTRF* 2009/1111.

²¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 79, p. 7.

²² Besluit van 30 november 2001, onderdeel B.3.6.bb, *NTRF* 2001/1729 en *V-N* 2001/65.2.

²³ Overigens is in hoger beroep op andere gronden toch renteaftrek verleend. Zie § 6.4.

²⁴ Ontleend aan M.J.J.R. van Mourik, *.....*, § .. nog te verschijnen in *WPNR*.

²⁵ Art. 1:149 BW jo. art. 1:99, eerste lid, BW en art. 1:100, eerste lid, BW.

²⁶ Besluit van 30 november 2001, onderdeel B.3.6.bb, *NTRF* 2001/1729 en *V-N* 2001/65.2.

Antwoord. Ja. In art. 3.111, vierde lid, van de Wet IB 2001 wordt een termijn van twee jaar genoemd. Gedurende die gehele periode heeft degene die de eigen woning heeft verlaten nog een eigen woning. Vereist is wel dat de ex-partner de woning als hoofdverblijf bewoont. Indien de ex-partner de woning in eigendom heeft, is er ook voor de ex-partner sprake van een eigen woning in de zin van de eigenwoningregeling.’

In de literatuur is kritiek uitgeoefend op de laatste zin van het gegeven antwoord. De redactie van Vakstudie Nieuws stelt onomwonden dat de slotzin van het gegeven antwoord onjuist is:²⁷

‘Het thans gegeven antwoord lijkt ons correct indien de boedelscheiding tot gevolg heeft gehad dat de eigendom van de woning is komen te berusten of is blijven berusten bij degene die de woning heeft verlaten. De slotzin van het antwoord heeft echter betrekking op de situatie dat de eigendom is overgegaan naar de partner die in de woning is blijven wonen, terwijl aan de vertrekkende partner kennelijk een deel van de schuld is toebedeeld. In die situatie heeft de vertrekkende partner niet meer een woning en kan er dus ook geen sprake zijn van een situatie waarbij een woning als eigen woning wordt bestempeld.’

Gubbels gaat ervan uit dat de laatste zin uit het antwoord betrekking heeft op de situatie dat de eigendom binnen de tweejaarstermijn *mede* is toegedeeld aan de bewoner.²⁸ Er zijn ook andere geluiden te horen. Rijkers meent dat de tekst weliswaar over het doel heen schiet, omdat de band tussen schuld en woning geheel is verbroken, maar dat daar mee te leven valt omdat de tekst praktischer is dan het doel.²⁹ Van Mourik acht de gegeven goedkeuring juist, omdat de goedkeuring volledig strookt met de tekst van art. 3.111, lid 4, Wet IB 2001 en omdat hierdoor gelijkheid ontstaat met de belastingplichtige die gedurende de tweejaarsperiode volledig eigenaar wordt van de woning en degene die dat reeds was vanaf het moment van zijn vertrek uit de woning.³⁰

Naar mijn mening verdient het gegeven antwoord van de staatssecretaris op dit punt heroverweging. Uit het gegeven antwoord blijkt dat in het geheel niet meer van belang is of en zo ja, wanneer de verdeling van de eigendom tussen de ex-echtgenoten heeft plaatsgevonden: de fictie is per definitie twee jaar van toepassing, mits – uiteraard – de woning nog het hoofdverblijf van de gewezen partner is. Mij is niet duidelijk wat deze goedkeuring nog te maken heeft met de ratio van de fictie. Zodra de eigendom van de woning conform de afspraak tussen de gewezen partners bij de juiste persoon is terechtgekomen, zou naar mijn mening de fictie moeten vervallen. De fictie is in die situatie immers niet meer nodig.³¹ Het besluit kan bovendien tot bijzondere uitkomsten leiden.

Voorbeeld

X en Y zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. Y verlaat op 1 mei van jaar 1 definitief de eigen woning. De woning heeft op dat moment een waarde van € 390.000 en de eigenwoningschuld bedraagt € 250.000. Verder omvat de huwelijksgoederengemeenschap een effectenportefeuille met een waarde van € 250.000. Op 1 augustus van jaar 2 verdelen de echtelieden de huwelijksgoederengemeenschap. De woning heeft op dat moment een waarde van € 400.000 en de eigenwoningschuld bedraagt € 250.000. Na de verdeling behoort tot het vermogen van:

- X de woning (€ 400.000);
- Y de effectenportefeuille en de oude hypothecaire schuld (per saldo nihil).

X wordt voor € 200.000 overbedeeld. Om Y te kunnen betalen, leent X € 200.000 bij de bank. X heeft hierdoor een eigenwoningschuld van € 200.000. De rente op deze schuld is bij X aftrekbaar in box 1 als eigenwoningrente. Y ontvangt € 200.000 van X in verband met de onderbedeling. Y lost, vooralsnog en met instemming van de bank, de oude schuld ad € 250.000 op de woning niet af. Op grond van het antwoord van de staatssecretaris lijkt Y tot 1 mei van jaar 3 ook recht te hebben op aftrek van rente in box 1 op de oude schuld van € 250.000, ook al heeft de verdeling plaatsgevonden en heeft hij geen eigendom meer.³²

De vraag is of de staatssecretaris het standpunt inmiddels heeft verlaten. In het begin 2006 verschenen verzamelbesluit over de eigen woning is dit onderdeel namelijk vervallen met als reden dat het zijn belang heeft verloren.³³ Mij is niet helemaal duidelijk wat de staatssecretaris hiermee bedoelt. Nog steeds kan zich immers de

²⁷Zie de aantekening bij onderdeel B.3.6.bb, V-N 2001/65.2.

²⁸N.C.G. Gubbels, Inkomstenbelasting en de eigen woning (deel I: tijdens leven), WPNR 2003/6542, p. 584.

²⁹A.C. Rijkers, Echtscheiding en eigen woning, *Tribuut* 2006/04.

³⁰M.J.J.R van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 86.

³¹Ook de redactie van Vakstudie Nieuws acht in haar aantekening het gegeven antwoord opmerkelijk soepel. Zie de aantekening bij onderdeel B.3.6.bb, V-N 2001/65.2.

³²Van Mourik is eveneens van mening dat in deze situatie de man nog steeds een eigenwoningschuld heeft, ondanks dat hij geen eigendom heeft. Het betreft immers een fictie. M.J.J.R van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 87.

³³Besluit van 27 januari 2006, nr. CPP2005/2574M, NTFR 2006/197. In de later verschenen besluiten met betrekking tot de eigen woning waarvan laatstelijk het Verzamelbesluit van 29 november 2009, nr. CPP2009/998M, NTFR 2009/2612 is dit onderdeel evenmin teruggekomen. Van Mourik gaat ervan uit dat een en ander nog gewoon van toepassing is. M.J.J.R. van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 86-87.

situatie voordoen dat de woning binnen de tweejaarsperiode is toegedeeld aan één van de twee echtgenoten. De vraag of de eigenwoningregeling in dat geval wel of niet van toepassing is op degene die geen eigendom meer heeft, maar wel nog een eigenwoningschuld, speelt dus nog steeds. Ook de vraag op welk moment de bijleenregeling in werking treedt, hangt van de gekozen interpretatie af. Is dat in het gegeven voorbeeld 1 augustus van jaar 2 (waarde van de eigen woning € 390.000), of, zoals de staatssecretaris in zijn besluit stelt, 1 mei van jaar 3 (waarde van de eigen woning € 400.000)? Zie hierover nader § 6.10.2.1.

6.3.2.3 Verlenging termijn mogelijk?

In art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 staat dat de eigenwoningregeling nog ten hoogste twee jaar van toepassing is. Korter kan dus wel, namelijk als de woning geen hoofdverblijf meer vormt voor de gewezen partner, maar langer kennelijk niet. De termijn van twee jaar voor de verdeling van de huwelijksgemeenschap komt op meer plaatsen in de Wet IB 2001 terug. Zo moet bij de aanmerkelijkbelangregeling de verdeling van de huwelijksgemeenschap ook binnen twee jaar plaatsvinden, wil de doorschuifregeling van art. 4.17 Wet IB 2001 nog kunnen worden toegepast. Zie § 7.4.3.2. Ten aanzien van deze doorschuifmogelijkheid heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat in geval van bijzondere omstandigheden de termijn van twee jaar kan worden verlengd. Hierbij denkt de staatssecretaris met name aan situaties waarin sprake is van overmacht, waarbij in geval van een vertraging die is veroorzaakt door de Belastingdienst, een verzoek om termijnverlenging steeds wordt gehonoreerd.³⁴ Ten aanzien van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is deze goedkeuring (nog) niet gegeven. De vraag is of belastingplichtigen in voorkomende gevallen met een beroep op de goedkeuring met betrekking tot art. 4.17 Wet IB 2001 de termijn van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 verlengd kunnen krijgen. Van den Berg en Kock menen dat dit in bijzondere omstandigheden mogelijk moet zijn.³⁵ Aan de ene kant sluit ik me bij hun mening aan: overmacht is overmacht en waarom zou dit in de ene situatie wel tot termijnverlenging kunnen leiden en in de andere situatie niet? Aan de andere kant zijn beide wettelijke bepalingen niet zonder meer met elkaar te vergelijken. Bij art. 4.17 Wet IB 2001 gaat het 'slechts' om het doorschuiven van een fiscale claim en raakt de fiscus uiteindelijk niets kwijt als bijvoorbeeld pas na drie jaar wordt verdeeld. Bij art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 ligt dit anders, omdat bij termijnverlenging belastingplichtigen langer in box 1 de rente kunnen aftrekken. Deze bepaling is daarom misbruikgevoeliger dan art. 4.17 Wet IB 2001. Om deze reden heeft de wetgever tijdens het wetgevend proces ook aangegeven een uitzondering op de hoofdregel van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 slechts beperkt te willen toestaan.³⁶ Toch mag de mogelijkheid van misbruik niet de doorslaggevende reden zijn om iedereen en altijd een termijnverlenging te onthouden. In geval van overmacht zou naar mijn mening met een beroep op de hardheidsclausule ex art. 63 AWR verlenging van de tweejaarstermijn mogelijk moeten zijn.³⁷ Eventueel misbruik is te voorkomen door aan de verlenging van de termijn een zware bewijslast te verbinden. Overigens laat een situatie van overmacht zich niet snel denken. Indien de woning niet kan worden verkocht, is in ieder geval geen sprake van overmacht zoals hier bedoeld. Indien de vertraging van de verdeling is te wijten aan de Belastingdienst is wel sprake van overmacht en zou ook voor de echtscheidingsregeling een termijnverlenging mogelijk moeten zijn.

Zoals aan het begin van deze paragraaf is opgemerkt, kan de tweejaarstermijn wel worden verkort. Dit doet zich voor als de woning geen hoofdverblijf meer vormt voor de gewezen partner die in eerste instantie in de woning is blijven wonen. De staatssecretaris heeft echter goedgekeurd dat aansluitend nog wel gebruik kan worden gemaakt van de verhuisregeling³⁸:

'De zogenoemde echtscheidingsregeling geldt voor de belastingplichtige die zijn eigen woning heeft verlaten zolang zijn ex-partner de woning als hoofdverblijf heeft. De eigenwoningregeling wordt dan nog maximaal twee jaar toegepast (artikel 3.111, vierde lid, van de Wet IB 2001). Bij toepassing van de echtscheidingsregeling wordt het eigenwoningforfait normaal toegepast (artikel 3.112 van de wet IB 2001). Als de voordelen hoger zijn dan de aftrekbare kosten, geldt de aftrek wegens geen of geringe eigenwoningschuld (artikel 3.123a van de Wet IB 2001).

Als de ex-partner binnen die twee jaren de woning verlaat, is niet voldaan aan de voorwaarden van de verhuisregeling. De woning was voor de eigenaar al geen hoofdverblijf meer (voor zijn deel). De woning stond immers na het vertrek van de eigenaar niet leeg.

³⁴Onderdeel 4.10 van laatstelijk het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *NtFR* 2012/2189.

³⁵J.E. van den Berg en C.J.J.M. Kock, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Deventer: Academie Financiële Planning 2001, p. 28-29.

³⁶*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 122, p. 14 en 15.

³⁷Ten aanzien van woningen die in verband met de explosie in Enschede niet bewoonbaar zijn, heeft de staatssecretaris, onder meer, goedgekeurd dat deze woningen vanaf de datum van de vuurwerkcramp tot aan de oplevering blijven vallen onder eigenwoningregeling. Een mogelijke beperking op grond van de termijn van art. 3.111, derde lid, Wet IB 2001 is dus niet aan de orde. Besluit staatssecretaris van Financiën 6 maart 2002, nr. DGB2002/941, *V-N* 2002/14.3. Dit besluit is op een ander onderdeel aangepast bij besluit van 30 mei 2002, nr. DGB2002/2811M, *V-N* 2002/30.3.

³⁸Onderdeel 4. van laatstelijk het Verzamelbesluit inzake de eigen woning van 29 november 2009, nr. CPP2009/998M, *NtFR* 2009/2612. In het besluit wordt gesproken van de ex-partner. In art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is bepaald dat het moet gaan om de gewezen partner, de duurzaam gescheiden levende echtgenoot daaronder begrepen. Zie § 6.3.3.

Voorbeeld

Een echtpaar gaat op 1 juli 2005 duurzaam gescheiden leven. De vrouw verhuist. De woning is haar eigendom. De man blijft tot 1 maart 2007 in de woning wonen. Na zijn verhuizing wordt de woning te koop gezet en verkocht op 1 september 2007. Tot 1 maart 2007 geldt voor de vrouw de scheidingsregeling. Die bepaling geldt niet meer als de voormalige partner verhuist. Na 1 maart 2007 kan ook de verhuisregeling niet gelden.

Goedkeuring

Ik vind deze situatie niet gewenst. Daarom keur ik met toepassing van artikel 63 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (de hardheidsclausule) goed dat de verhuisregeling ook van toepassing is als de woning aansluitend aan de echtscheidingsregeling leeg te koop wordt gezet. De periode waarover de echtscheidingsregeling is toegepast, wordt voor de toepassing van de verhuisregeling aangemerkt als leegstand. De overige voorwaarden en uitgangspunten van de verhuisregeling gelden onverkort. In het voorbeeld betekent dit dat de verhuisregeling tot uiterlijk 31 december 2007 van toepassing kan zijn. De woning is echter eerder verkocht op 1 september 2007 zodat de verhuisregeling geldt tot de verkoopdatum.'

6.3.3 Wat betekent 'gewezen partner'?

In geval van gehuwden is met ingang van 1 januari 2011 sprake van een gewezen partner indien de gehuwden niet meer op hetzelfde woonadres staan ingeschreven in de GBA én een verzoek tot (echt)scheiding is ingediend. In de praktijk gaat vaak een periode van duurzaam gescheiden leven vooraf aan de indiening van het verzoek tot echtscheiding en aan de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding. Voor gehuwden zou dit tot gevolg hebben dat in de periode vóór het indienen van een verzoek tot echtscheiding de partner die de woning heeft verlaten geen recht meer heeft op de hypotheekrenteafrek. Immers, de echtgenoot die nog in de voormalige echtelijke woning woont, is geen gewezen partner in de zin van art. 5a AWR. De wetgever achtte dit geen wenselijke situatie.³⁹ Om die reden is in art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 bepaald dat onder de gewezen partner mede wordt verstaan de duurzaam gescheiden levende echtgenoot. Het gevolg van deze toevoeging is dat de scheidingsregeling bij gehuwden toch geldt vanaf het moment dat gehuwden duurzaam gescheiden gaan leven.⁴⁰ Daarnaast kunnen zij gedurende de periode van het duurzaam gescheiden leven beiden een hoofdverblijf hebben. Zie hierover nader § 6.3.6.

Vanwege het gebruik van het woord partners is de regeling niet beperkt tot echtelieden. Art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 geldt ook voor ongehuwd samenwonenden die vóór het vertrek van één van hen voldeden aan de partnerschapscriteria van art. 5a AWR jo art. 1.2, eerste lid, Wet IB 2001 en daarna niet meer.⁴¹

6.3.4 Wat betekent anders dan tijdelijk als hoofdverblijf?

In art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 staat dat de woning de achtergebleven gewezen partner anders dan tijdelijk als hoofdverblijf ter beschikking moet staan. Letterlijke toepassing van deze bewoordingen zou ertoe leiden dat op het moment waarop de echtelieden een datum hebben afgesproken waarop de echtgenoot de woning moet hebben verlaten, de fictie niet meer van toepassing is. Immers vanaf dat moment staat de woning de gewezen partner wel tijdelijk als hoofdverblijf ter beschikking; de einddatum is bekend. Deze bepaling moet echter niet zo worden opgevat. De terminologie 'anders dan tijdelijk' beoogt namelijk slechts aan te geven dat het moet gaan om de direct en volledig voor permanente bewoning ter beschikking staande woning en dat is in casu nog steeds het geval.⁴² Zonder deze uitleg zou anders ook een woning die is geleverd per 1 december van enig jaar, maar waarvan de koopovereenkomst is gesloten op bijvoorbeeld 15 juni van datzelfde jaar, vanaf 15 juni niet meer kwalificeren als een eigen woning. Daarmee zou de bepaling haar doel voorbij schieten. Uit onderdeel 1.3.2 van het Verzamelbesluit over

³⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 505, nr. 17, p. 2.

⁴⁰ Zie over het begrip duurzaam gescheiden gaan leven nader § 6.8.

⁴¹ Tot 1 januari 2011 konden ongehuwd samenwonenden jaarlijks kiezen voor het partnerschap. Hierdoor was het niet duidelijk wanneer bij ongehuwd samenwonenden iemand een 'gewezen' partner is. Was hiervan sprake indien zij ieder jaar waarin zij de keuze konden maken, deze keuze ook werkelijk hadden gemaakt, of indien zij die keuze in elk geval hebben gemaakt in het laatste jaar waarin zij die mogelijkheid hadden, of indien zij in enig jaar die keuze hebben gemaakt? Zie N.C.G. Gubbels, *Inkomstenbelasting en de eigen woning (deel I: tijdens leven)*, *WPNR* 2003/6542, p. 583. Uit laatstelijk het inmiddels vervallen besluit van 1 februari 2006, onderdeel 2.5, nr. CPP2006/195M, *NTFR* 2006/200 (voorheen besluit van 22 september 2004, nr. CPP2004/1376M, *V-N* 2004/52.6) blijkt dat de staatssecretaris het voldoende vond dat de ex-partners in een voorafgaand jaar elkaars fiscale partner waren.

⁴² In gelijke zin P.H.J. Essers en M.L.M. van Kempen, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, onderdeel 3.6.2.B.b4. Zie ook M.J.J.R. van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, *Fiscale Geschriften*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 23-24. De terminologie 'anders dan tijdelijk' is ook te vinden in art. 3.111, eerste lid, laatste deel van de eerste volzin en bestond ook al onder de Wet IB 1964 en heeft in deze bepalingen dezelfde betekenis.

de eigen woning van laatstelijk 29 november 2009 valt ook af te leiden dat het niet de bedoeling is dat de verkoper in deze situatie de eigenwoningregeling kwijtraakt. In dit besluit heeft de staatssecretaris te kennen gegeven dat het geen probleem is dat in de periode na de verkoopovereenkomst tot aan de datum van oplevering de verkoper de waardeontwikkeling van de woning niet meer aangaat.⁴³ Om dezelfde reden is ook art. 3.113 Wet IB 2001 bij echtscheidingen niet van toepassing. De woningverlater stelt de woning niet tijdelijk ter beschikking in de zin van die regeling.⁴⁴ Verhuur van de eigen woning aan de gewezen partner staat de echtscheidingsfictie ook niet in de weg. Hierbij hoeft de ontvangen huur niet gesaldeerd te worden met de betaalde rente.⁴⁵

4.1. Verhuur aan ex-partner

De echtscheidingsregeling geldt ook als de vertrekkende partner-eigenaar de voormalige eigen woning verhuurt aan de ex-partner. De regeling geldt immers (voor maximaal twee jaar) als de woning de gewezen partner anders dan tijdelijk als hoofdverblijf ter beschikking staat (artikel 3.111, vierde lid, van de Wet IB 2001). Het maakt daarbij niet uit onder welke voorwaarden de ex-partner die in de woning blijft wonen de woning gebruikt. Ik merk op dat de tijdelijke verhuurregeling van artikel 3.111, zevende lid, en 3.113, van de Wet IB 2001, niet geldt. De tijdelijke verhuurregeling is alleen van toepassing als de eigen woning het hoofdverblijf is gebleven. In dit geval heeft de vertrekkende ex-partner zijn hoofdverblijf verplaatst naar elders.

Voor de renteaftrek geldt als uitgangspunt dat de betaalde hypotheekrente niet hoeft te worden gesaldeerd met de huur. Ondanks de huurbetaling blijft de eigenwoningrente drukken op de vertrekkende partner. Huur is geen (directe) vergoeding voor de betaalde rente, maar een vergoeding voor het gebruik van de woning.⁷

6.3.5 Praktische uitwerking

Voorbeeld 1

X en Y zijn in gemeenschap van goederen gehuwd en wonen in een eigen woning in de zin van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001. Indien X de woning verlaat, is de woning voor X geen hoofdverblijf meer, omdat art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 ten aanzien van hem toepassing mist. Wel heeft X een eigen woning op grond van de fictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001, zolang de woning voor Y een hoofdverblijf vormt. Dit geldt overigens ook in de gevallen dat de echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In die situatie kan echter de eigendomsverhouding ten aanzien van de woning gevolgen hebben voor de renteaftrek (zie voorbeeld 2).

Voorbeeld 2

X en Y zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. Het hoofdverblijf is alleen eigendom van X. Zowel X als Y hebben een schuld die zij zijn aangegaan ter verwerving van de woning, en zij betalen beiden rente. De woning is een eigen woning voor X op grond van zijn eigendomsrecht en voor Y op grond van het feit dat zijn partner een eigen woning heeft. Dit betekent dat de rente die Y betaalt op de schuld voor de eigen woning, eigenwoningrente is. Indien X echter de woning verlaat, zich uit laat schrijven en een verzoek tot echtscheiding wordt ingediend, verandert de situatie. X heeft nog steeds een eigen woning, maar nu op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 en niet meer op grond van art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001. Y heeft niet uit eigen hoofde een eigen woning, omdat zij geen eigenom heeft. De 'gewezen' partner X heeft wel een eigen woning in de zin van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 maar dit lid bevat geen meetrekregeling voor gewezen partners. Hierdoor vervalt voor de achterblijver, naar mijn mening onbedoeld, de eigenwoningregeling met als gevolg dat de rente die hij op de schuld betaalt, niet aftrekbaar is als eigenwoningrente.⁴⁶ Ik meen dat dit gevolg niet de bedoeling van de wetgever is geweest. De echtelieden moeten juist de tijd krijgen om hun financiële zaken te regelen gedurende de echtscheidingsperiode. Ik zie geen reden waarom dat niet zou moeten gelden voor deze situatie. Op grond van de huidige wetttekst is deze situatie echter niet goed geregeld. Voor de toepassing van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is overigens niet vereist dat de belastingplichtige eigendomsrechten heeft van het gewezen hoofdverblijf. Indien dus Y de woning verlaat in plaats van X hebben beiden recht op renteaftrek.

6.3.6 Meerdere eigen woningen mogelijk?

In art. 3.111, achtste lid, Wet IB 2001 is bepaald dat twee partners slechts één hoofdverblijf kunnen hebben.⁴⁷ In geval van duurzaam gescheiden levende echtgenoten kan dit echter anders liggen. Onder de huidige partnerregeling is het zo dat gehuwden alleen geen partners meer zijn indien zij een verzoek tot echtscheiding hebben ingediend en niet meer staan ingeschreven op hetzelfde adres. Duurzaam gescheiden gaan leven is met ingang van 1 januari 2011 onvoldoende om het fiscale partnerschap te beëindigen. Dit zou echter betekenen dat in de situatie waarin de

⁴³ Besluit van 29 november 2009, nr. CPP2009/998M, *NTR* 2009/2612

⁴⁴ Ook op basis van de rangorde wordt niet aan dit artikel toegekomen. Art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 gaat voor art. 3.113 Wet IB 2001.

⁴⁵ Onderdeel 4.1. van laatstelijk het Verzamelbesluit inzake de eigen woning van 29 november 2009, nr. CPP2009/998M, *NTR* 2009/2612.

⁴⁶ Het vervallen van de eigenwoningregeling heeft geen gevolgen voor de bijeenregeling omdat de achterblijvende partner geen eigenaar is van de woning.

⁴⁷ In HR 10 juni 2011, *BNB* 2011/223 bepaalde de Hoge Raad terecht dat ingevolge art. 3.111, eerste en achtste lid, in verbinding met art. 1.2, eerste lid, aanhef en onderdeel a, Wet IB 2001 niet duurzaam gescheiden levende echtgenoten slechts één woning als hoofdverblijf in aanmerking kunnen nemen.

echtgenoot die de woning verlaat direct een eigen woning aanschafte er twee partners zijn met twee hoofdverblijven, althans zolang het verzoek tot echtscheiding nog niet is ingediend. Op grond van art. 3.111, achtste lid, Wet IB 2001 zouden zij maar één hoofdverblijf mogen aangeven. De wetgever heeft deze situatie ongewenst geacht en daarom in art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 bepaald dat voor de toepassing van art. 3.111, achtste lid, Wet IB 2001 de duurzaam gescheiden levende echtgenoot moet worden beschouwd als een gewezen partner. In de parlementaire geschiedenis is daarover het volgende opgemerkt⁴⁸:

‘Daarnaast wordt geregeld dat de duurzaam gescheiden levende echtgenoot ook voor de toepassing van het achtste lid van genoemd artikel 3.111 niet als partner wordt aangemerkt. Daarmee wordt voorkomen dat ingeval de duurzaam gescheiden levende echtgenoot die de woning heeft verlaten een nieuwe eigen woning heeft betrokken, anders dan onder de tot 1 januari 2011 geldende regeling, ook in de genoemde overbruggingsperiode alsnog slechts voor één van beide woningen in aanmerking zou kunnen komen voor renteaftrek.’

Gubbels merkt naar mijn mening terecht op dat de toelichting weliswaar suggereert dat de mogelijkheid om twee eigen woningen te hebben, alleen geldt tijdens de in de echtscheidingsregeling genoemde ‘overbruggingsperiode’ van twee jaar, maar dat dit voorbehoud in de wettekst niet wordt gemaakt. Immers, deze termijn staat alleen in art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 en niet in het achtste lid van dit artikel. Dit impliceert volgens Gubbels dat alle duurzaam gescheiden levende echtgenoten twee woningen in box 1 kunnen hebben, ook als geen sprake is van een echtscheidingssituatie en ook als de tweejaarstermijn van het vierde lid voorbij is. Zij acht het juist dat in het geval van echtscheiding een bijzondere voorziening wordt getroffen, maar deze zou beperkt moeten worden tot de genoemde tweejaarsperiode.⁴⁹

6.4 Wie geniet het inkomen uit de woning?

De belastingplichtige geniet het inkomen uit de woning in de mate waarin hij is gerechtigd tot de eigendom van de woning, de economische eigendom daaronder begrepen. Indien echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, genieten zij in beginsel beiden voor de helft de inkomsten uit de woning.⁵⁰ Immers, zij zijn fiscaal gezien beiden op grond van hun eigendomsrecht voor de helft gerechtigd tot de woning. Indien slechts één van de echtgenoten de vruchten feitelijk geniet (het woongenot van de woning), vallen deze vruchten in de gemeenschap en komen ze dus aan beide echtgenoten toe. Zolang er een eigen woning is genieten beiden dus de helft van het eigenwoningforfait als inkomen uit de eigen woning, ofwel op grond van art. 3.111, eerste lid, ofwel op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Zodra de tweejaarsperiode voorbij is, geniet de echtgenoot die de woning heeft verlaten nog steeds de helft van het inkomen uit de woning alleen wordt dit inkomen vanaf dat moment forfaitair in aanmerking genomen in box 3. Wel is het zo dat de echtgenoot die niet meer in de woning woont, de vrucht direct om niet afstaat aan de echtgenoot die in de woning is blijven wonen, zodat sprake kan zijn van alimentatie in natura. Het is dus kennelijk wel mogelijk dat de ene echtgenoot een bedrag kan onttrekken aan de gemeenschap en dat aan de andere echtgenoot kan geven. Zie HR 23 januari 1974, *BNB* 1974/55 en Hof Amsterdam 27 juni 2002, *V-N* 2002/36.2.16. Zie ook § 9.10.

Naar aanleiding van het arrest HR 10 maart 2006, *BNB* 2007/15 inzake het genieten van rente op een vordering is de vraag opgekomen of – in tegenstelling tot het hiervoor betoogde – de bestuursbevoegdheid met betrekking tot de woning doorslaggevend is voor de vraag wie het inkomen geniet. Heithuis meent bijvoorbeeld dat met betrekking tot het genieten van het inkomen niet moet worden aangesloten bij de juridische gerechtigdheid tot de woning, maar bij de bestuursbevoegdheid. In *BNB* 2007/15 besliste de Hoge Raad dat de rente op een vordering die tot een huwelijksgoederengemeenschap behoorde, werd genoten door degene die de bestuursbevoegdheid had van de vordering. Aangezien de eigen woning net als een vordering onder de Wet IB 1964 onderdeel was van de bron inkomsten uit vermogen, meent Heithuis dat ook voor de eigen woning de bestuursregeling geldt.⁵¹ Gubbels is de tegengestelde mening toegedaan. Zij baseert zich hiervoor op het feit dat in geval van vervreemding van de eigen woning toestemming van beide echtelieden is vereist en dat zij op grond van het civiele recht beiden zijn gerechtigd tot het gebruik en genot van de eigen woning.⁵² Hierdoor lijkt het bestuursrecht te ‘zwak’ om te kunnen leiden tot het genieten van de vrucht uit de woning. Vooralsnog lijkt de eigendomsverhouding meer bepalend voor het genieten van het inkomen dan het bestuur over de woning.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 505, nr. 17, p. 2.

⁴⁹ N.C.G. Gubbels, Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet, *WPNR* 2011/6685.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 727, nr. 79, p. 7.

⁵¹ E.J.W. Heithuis, Een tweetal kwesties met betrekking tot de eigen woning, *WFR* 2009/6833.

⁵² N.C.G. Gubbels, *Samenlevingsverbanden in inkomstenbelasting en de schenk- en erfbelasting*, (Tilburg: diss.), Deventer: Kluwer 2011, p. 381-383.

Toch is de eigendomsverhouding niet steeds doorslaggevend voor de vraag wie het inkomen geniet. Indien namelijk de ene echtgenoot rechtens kan afdwingen dat het woongenot enkel aan hem of haar toekomt, is hij degene die bij uitsluiting over dat inkomen kan beschikken en dus de genietter van het inkomen. Zie HR 3 december 1986, *BNB* 1987/57. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien het recht op het gebruik van de hele woning is neergelegd in het echtscheidingsconvenant of in een door de rechter getroffen voorlopige voorziening.

Zolang de huwelijksgoederengemeenschap nog niet is ontbonden, is civielrechtelijk gezien ieder van de echtgenoten gerechtigd in het geheel onder respectering van een gelijk deel van de andere echtgenoot. Dit heeft tot gevolg dat binnen een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap geen vermogensverschuivingen kunnen plaatsvinden van de ene naar de andere echtgenoot.⁵³ Dit wordt niet anders als echtelieden vóór de indiening van het verzoek tot echtscheiding overeenstemming bereiken over de verdeling van de huwelijksgemeenschap. Zolang de niet-ontbonden huwelijksgoederengemeenschap bestaat, zuigt deze alle baten en lasten aan.⁵⁴ Het laat zich dus eigenlijk niet denken dat tijdens het bestaan van een niet-ontbonden huwelijksgemeenschap reeds een voorschot wordt genomen op de verdeling. Indien in het echtscheidingsconvenant is overeengekomen dat het pand en de schuld zullen toekomen aan de man en dat hij vanaf dat moment de rentekosten voor zijn rekening neemt, is er sprake van een overeenkomst waarvan de werking is opgeschort tot het moment dat het huwelijk (en daarmee de huwelijksgoederengemeenschap) is ontbonden. Zolang die ontbinding niet heeft plaatsgevonden, komen de baten en lasten ten goede aan de echtelieden tezamen.⁵⁵ In de vorige druk van dit boek heb ik dan ook verdedigd dat gedurende het bestaan van de niet-ontbonden huwelijksgoederengemeenschap beide echtgenoten voor de helft het inkomen uit de woning genieten, ongeacht of er ter zake van de verdeling reeds andere afspraken zijn gemaakt.

Recentelijk heeft Hof Amsterdam 29 maart 2012, *NTFR* 2012/1284 echter anders beslist. In die casus speelde het volgende. Belanghebbende, mevrouw X, gaat scheiden van meneer Y. Ieder is op grond van de huwelijksgoederengemeenschap voor 50% gerechtigd tot de echtelijke woning. Y verlaat op 1 november 2003 de eigen woning. X, die in de woning blijft wonen, neemt vanaf dat moment de hypotheekrente voor haar rekening. Op 3 september 2004 wordt de echtscheidingsbeschikking ingeschreven. Bij vonnis van de rechtbank d.d. 28 juni 2006 wordt de woning en de daarop rustende hypotheekschuld aan X toegedeeld, naar de waarde per duurzaam gescheiden gaan leven, in casu 1 november 2003. De akte van verdeling en levering dateert van 8 september 2006. In geschil is het bedrag dat X in aftrek kan brengen als betaalde hypotheekrente voor de eigen woning. Partijen onderscheiden twee perioden: de periode tot 28 juni 2006 (moment duurzaam gescheiden gaan leven tot oordeel rechter inzake de verdeling: periode 1) en van 28 juni 2006 tot 8 september 2006 (moment oordeel rechter inzake de verdeling tot moment formalisering van de verdeling: periode 2).

Rechtbank Haarlem 20 januari 2010, *NTFR* 2010/2265 oordeelt dat eerst vanaf het moment dat de huwelijksgoederengemeenschap is verdeeld de economische eigendom is overgegaan naar X. Om die reden kan X vanaf 28 juni 2006 alle hypotheekrente in aftrek brengen. Dat de akte van verdeling en levering van latere datum is, is dus niet van belang. Vanwege het bestaan van de huwelijksgoederengemeenschap echter komt de rente die X tot en met 27 juni 2006 voor haar rekening heeft genomen, volgens de Rechtbank slechts voor de helft in aftrek als eigenwoningrente. Voor de toepassing van het eigenwoningforfait geldt mutatis mutandis hetzelfde.

Hof Amsterdam 29 maart 2012, *NTFR* 2012/1284 oordeelt echter anders. Naar zijn mening is, ondanks het bestaan van de huwelijksgoederengemeenschap, de economische eigendom met ingang van 1 november 2003 reeds gewijzigd. Omdat de woning aan X is toegedeeld naar de waarde per 1 november 2003 komt vanaf dat moment het risico van de waardeverandering geheel voor rekening van X. Het volledige woongenot en alle kosten en lasten komen eveneens vanaf dat moment voor haar rekening. X had volgens het hof dus vanaf 1 november 2003 de

⁵³ Vgl. art. 1:100 eerste lid BW.

⁵⁴ Zodra een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap ontstaat, wordt dit anders. In art. 1:99 BW is geregeld dat de huwelijksgoederengemeenschap van rechtswege wordt ontbonden op het tijdstip van indiening van het verzoek tot echtscheiding. De woning behoort dus ook tijdens het bestaan van de ontbonden huwelijksgemeenschap nog tot het vermogen van beide echtelieden en wel bij ieder voor 50%. Het verschil met een niet-ontbonden huwelijksgoederengemeenschap bestaat hierin dat vanaf het moment dat een ontbonden gemeenschap ontstaat de aanzuigende werking van de huwelijksgoederengemeenschap verdwijnt. De ontbonden gemeenschap vormt wel een afgescheiden vermogen. Goederen die na de ontbinding worden verkregen zijn eigen goederen en nieuw aangegane schulden zijn eigen schulden. Dit betekent dat ook afspraken tussen de echtgenoten waarbij bijvoorbeeld wordt overeengekomen dat bij de verdeling op een later moment naar de waarde nu wordt verdeeld meebrengt dat de huwelijksgoederengemeenschap als het ware in economische zin is verdeeld.

⁵⁵ Zie in deze zin J.W. van den Berge, *Persoonlijke verplichtingen. Een onderhoudsuitkering ten laste van het gemeenschappelijk vermogen*, *WFR* 1974/5185, p. 589 en M.J.J.R. van Mourik, '.....', § .. nog te verschijnen in *WPNR*. Anders echter H.P.A.M. van Arendonk, *Echtscheiding onder de Wet IB 2001: eenvoudiger?*, *MBB* 2002/5, p. 123. Hij is van mening dat met een dergelijk convenant kan worden bewerkstelligd dat alle inkomsten en kosten aan één van beide echtelieden moeten worden toegerekend.

economische eigendom in de zin van art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001 van de woning.⁵⁶ Het volle bedrag van de hypotheekschuld is aan te merken als eigenwoningsschuld en aan belanghebbende komt aftrek toe van het volledige bedrag van de door haar betaalde hypotheekrente. Voor het eigenwoningforfait geldt hetzelfde. Het hof oordeelt dus dat het economische belang bij de eigen woning wel staande de niet-ontbonden huwelijksgoederengemeenschap kan verschuiven. Immers, de huwelijksgoederengemeenschap is pas ontbonden met ingang van 3 september 2004.

De vraag is nu wat rechtens is. Is slechts sprake van een gelegheidsuitspraak, of heeft het hof art. 3.111, eerste lid, Wet IB 2001 juist toegepast? Civielrechtelijk is het niet mogelijk om tijdens het bestaan van een niet-ontbonden huwelijksgoederengemeenschap afspraken te maken over de gerechtigdheid van beide echtgenoten tot het vermogen van de huwelijksgoederengemeenschap. Eerst bij ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap heeft deze afspraak werking. Echter, het hof stelt feitelijk vast dat partijen met ingang van 1 november 2003 de bedoeling hebben gehad om de economische eigendom van de woning bij de vrouw te leggen. Ook de schuld en de daarover verschuldigde rente komen met ingang van die datum ten laste van het vermogen van de vrouw. Een en ander in weerwil van het feit dat eerst met ingang van 3 september 2003 de huwelijksgoederengemeenschap is ontbonden en dus wordt verdeeld naar een waarde van vóór het ontstaan van de ontbonden gemeenschap.⁵⁷ Naar mijn mening moet daar voor de toepassing van de eigenwoningregeling bij worden aangesloten; voor de inkomstenbelastingheffing is de materiële werkelijkheid bepalend. De economische eigendom leidt bij de vrouw op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 volledig tot een eigen woning en niet slechts voor de helft. Bovendien behoort de schuld met ingang van 1 januari 2003 in economische zin tot het vermogen van de vrouw, zodat alleen zij een eigenwoningsschuld heeft. Ik acht de uitspraak van Hof Amsterdam dan ook juist.⁵⁸ Van belang is dat het Hof aan de verdeling die in 2006 plaatsvindt geen terugwerkende kracht toekent. De verdeling bevestigt slechts wat partijen met ingang van 1 november 2003 zijn overeengekomen. Zou deze feitelijke situatie niet zijn ontstaan met ingang van 1 november 2003 en wordt later wel verdeeld naar de waarde per die datum, dan moet daaraan voor het verleden geen fiscale gevolgen worden toegekend. Zowel de inkomsten uit de eigen woning als de rente op de eigenwoningsschuld blijven in die situatie bij beiden voor de helft in hun inkomen tot uitdrukking komen.⁵⁹ Zou dit anders zijn, dan zou dat in de praktijk overigens ook tot uitvoeringsproblemen leiden. De man zou dan in de periode voorafgaande aan de uitspraak van de civiele rechter in 2006, in ieder geval tot 1 november 2005 (einde tweejaarsperiode van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001), de rente voor de helft in aftrek hebben kunnen brengen op basis van zijn gerechtigdheid tot de huwelijksgoederengemeenschap. Indien aan de verdeling terugwerkende kracht zou worden verleend - hetgeen naar mijn mening dus niet mogelijk is - drukt de rente achteraf gezien echter niet op hem (§ 6.5.2), aangezien de rechter in 2006 bepaalt dat de schuld aan de vrouw moet worden toegedeeld en dat zij vanaf 1 november 2003 ook alle rente moet betalen. Dit zou dit betekenen dat bij de man in 2006 negatieve aftrekbare kosten in aanmerking moeten worden genomen (HR 15 september 1992, *BNB* 1983/33).

Indien echtgenoten buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd en de woning is gezamenlijk eigendom, genieten zij ieder de helft van het inkomen uit de woning. Is de woning volledig eigendom van één van hen, dan geniet alleen de eigenaar het gehele eigenwoningforfait. De aanwezigheid van een finaal verrekenbeding brengt hierin geen verandering, omdat een dergelijk beding alleen een vorderingsrecht tussen de echtgenoten doet ontstaan en geen eigendomsrecht of een economische eigendom met betrekking tot de eigen woning. Zie nader § 6.11.4.⁶⁰

De genietter van het inkomen uit de eigen woning hoeft overigens niet degene te zijn die uiteindelijk het inkomen aangeeft. Op grond van art. 2.17, tweede lid jo. 2.17, vijfde lid, Wet IB 2001 kunnen belastingplichtigen die het hele kalenderjaar partners zijn geweest, kiezen wie welk deel van het inkomen aangeeft, als zij in totaal maar 100% aangeven. Indien de echtelieden in enig jaar geen partner meer zijn, is de vrije toerekening van 2.17, tweede en vijfde lid, Wet IB 2001 niet meer van toepassing, behoudens in het jaar waarin het partnerschap eindigt. In dit jaar kunnen zij voor de inkomstoerekening kiezen om het gehele jaar als partner te worden aangemerkt, zodat zij nog wel vrij kunnen toerekenen (zie art. 2.17, zevende lid, Wet IB 2001). Zie over de inkomstoerekening nader hoofdstuk 3.

⁵⁶ De vraag is of deze constatering gevolgen heeft voor de overdrachtsbelasting. De verkrijging van de economische eigendom is in gevolge art. 2, tweede lid, Wet BRV 1970 een belaste verkrijging voor de overdrachtsbelasting. Als verkrijging wordt niet aangemerkt de verdeling van een huwelijksgemeenschap (art. 1, onderdeel b Wet BRV 1970). Indien de 'economische' verdeling daar ook onder moet worden begrepen (hetgeen naar mijn mening zeer redelijk is), is de verkrijging onbelast.

⁵⁷ In die zin zou ook worden kunnen gesteld dat geen sprake is van een overeenkomst onder opschortende voorwaarde van ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap, maar van een overeenkomst onder ontbindende voorwaarde dat men ook verdeeld zoals men is overeengekomen.

⁵⁸ Indien de man rente in aftrek heeft gebracht, moet deze worden nagevorderd voor zover dit mogelijk is op grond van art. 16 AWR.

⁵⁹ De vrouw heeft op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 een eigen woning en de man op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Overigens had de civiele rechter eind 2003/begin 2004 bepaald dat de vrouw bij uitsluiting gerechtigd was tot de eigen woning, zodat op grond van HR 3 december 1986, *BNB* 1987/57 zij het gehele eigenwoningforfait geniet.

⁶⁰ Zie voor de gevolgen van het nieuwe huwelijksvermogensrecht en de daarin opgenomen vergoedingsregeling § 6.2.2.

6.5 Wie heeft wanneer recht op renteaftrek?

6.5.1 Inleiding

Op grond van art. 3.120 Wet IB 2001 behoort de rente van de zogenoemde eigenwoningschuld, behoudens enkele aftrekbeperkingen, tot de aftrekbare kosten. Onder een eigenwoningschuld wordt kort gezegd verstaan de schulden die zijn aangegaan ter verwerving, verbetering en voor het onderhoud van de eigen woning, verminderd met de eigenwoningreserve en de genoten eigenwoningvrijstelling voor de schenkbelasting (art. 33, onder 5° en 6° SW 1956) en vermeerderd met de kosten ter verkrijging van de eigenwoningschuld (art. 3.119a, eerste t/m derde lid, Wet IB 2001). Voor zover de schulden hoger zijn, behoort het meerdere tot de grondslag van box 3. Voor zover het aandeel van de belastingplichtige in de schuld groter is dan zijn aandeel in de eigen woning, is evenmin sprake van een eigenwoningschuld. Indien echter sprake is van partners, zal de belastingplichtige door de eigendom van zijn partner wel volledig de eigenwoningregeling in worden getrokken (§ 6.2.1).

Voor de bepaling of een belastingplichtige recht heeft op renteaftrek is dus ten eerste van belang dat sprake is van een eigenwoningschuld en dat deze eigenwoningschuld tot zijn vermogen behoort. Hierop wordt ingegaan in § 6.5.2. Indien de rente op de eigenwoningschuld vervolgens wordt betaald, is deze rente ingevolge art. 3.110 Wet IB 2001 alleen aftrekbaar als de rente op de belastingplichtige drukt (§ 6.5.3). Het tijdstip waarop de rente in aftrek mag worden gebracht, is geregeld in art. 3.417 Wet IB 2001 (§ 6.5.4).

6.5.2 Eigenwoningschuld

Voor de vraag wie de rente kan aftrekken, moet feitelijk worden vastgesteld tot wiens vermogen de schuld behoort. Alleen en voor zover de eigenwoningschuld tot het vermogen van de belastingplichtige hoort (draagplicht schuld), al dan niet via een huwelijksgoederengemeenschap, is te zijner aanzien sprake van een eigenwoningschuld. In het algemeen zal degene die de schuld is aangegaan ook degene zijn tot wiens vermogen de schuld behoort. Dit hoeft echter niet steeds het geval te zijn. Indien een belastingplichtige trouwt in gemeenschap van goederen verschuift bijvoorbeeld 'de helft' van de schuld naar het vermogen van zijn echtgenoot. Vanaf dat moment hebben beiden voor de helft van de oorspronkelijke schuld een eigenwoningschuld.

De belastingplichtige tot wiens vermogen geen schuld behoort, heeft geen recht op renteaftrek. Immers, de schuld behoort niet tot zijn vermogen.⁶¹ Hoofdelijke aansprakelijkheid van de rentebetalers leidt om die reden evenmin tot renteaftrek voor zover de rentebetaling ziet op de schuld die tot het vermogen van een ander behoort. De rentebetalers is weliswaar hoofdelijk aansprakelijk, maar heeft geen eigenwoningschuld.⁶² Nadat iemand hoofdelijk aansprakelijk is gesteld en hij rente gaat betalen, is evenmin sprake van aftrekbare eigenwoningrente. Nog steeds is geen sprake van een eigenwoningschuld voor de hoofdelijk aansprakelijk gestelde.⁶³

Overigens zal de rentebetalers in de regel een regresvordering krijgen op degene die de rente eigenlijk verschuldigd is. In die zin drukt de rente evenmin op de rentebetalers. Immers, hij kan de rente verhalen (§ 6.5.3).⁶⁴ Mogelijk dat de rente in de voornoemde situaties wel aftrekbaar is bij degene die de rente eigenlijk zou moeten betalen. Hierop wordt ingegaan in § 6.5.3.

In geval van een huwelijksgoederengemeenschap gaat de schuld de beide echtgenoten voor de helft aan. Dit betekent dat zij beiden voor de helft een eigenwoningschuld hebben. Uit de uitspraak van Hof Amsterdam 29 maart 2012, *NTFR* 2012/1284, die uitgebreid is behandeld in § 6.4, blijkt dat indien de schuld feitelijk is verschoven naar het vermogen van één van de echtgenoten, de schuld alleen die ene echtgenoot aangaat. Dit betekent dat die ene echtgenoot de enige is met een fiscale eigenwoningschuld, althans voor zover die echtgenoot ook de (economische) eigendom van de woning heeft. Let op, dit is een andere situatie dan de situatie waarin op grond van een gerechtelijke uitspraak of een onderlinge afspraak wordt overeengekomen dat één van de twee echtgenoten de rente voor zijn rekening zal nemen. Zolang de draagplicht tot de schuld niet wijzigt, hebben beiden voor 50% een eigenwoningschuld. Op de vraag of een dergelijke renteaftrek mogelijk toch gevolgen heeft voor de eventuele renteaftrek, wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

6.5.3 Rente moet drukken

⁶¹ In gelijke zin M.J.J.R van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 265.

⁶² Zie ook laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, onderdeel 7.2 (voorbeeld 1) en 7.3.

⁶³ Zie laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, onderdeel 7.2 (voorbeeld 2).

⁶⁴ Indien verhaal niet mogelijk is, drukt de rente wel. Alleen dan blijft staan dat geen sprake is van een eigenwoningschuld.

6.5.3.1 Inleiding

Ingevolge art. 3.110 Wet IB 2001 is de rente op de eigenwoningschuld alleen aftrekbaar voor zover de rente op de belastingplichtige drukt. Dit betekent dat de rente ten laste moet komen van het vermogen van degene die de rente ook in juridische zin is verschuldigd. Dit zal in de regel het geval zijn voor zover de schuld ook tot het vermogen van de belastingplichtige hoort. Dit wordt niet anders als een ander de rente op de schuld betaalt (§ 6.5.3.2). Uit de jurisprudentie blijkt dat er twee situaties kunnen zijn waardoor geen sprake is van drukken, namelijk 1) de kosten kunnen met vrucht worden verhaald op een ander en 2) de kosten kunnen worden bestreken uit een vanuit de bron bezien onbelaste kostenvergoeding. Hierop wordt ingegaan in § 6.5.3.3 respectievelijk § 6.5.3.4. Ik sluit deze paragraaf af met een korte conclusie in § 6.5.3.5.

6.5.3.2 Betaling door een ander

In het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, onderdeel 7.1 is aangegeven dat fiscale partners de gezamenlijke inkomsten onderling kunnen verdelen op grond van art. 2.17 Wet IB 2001 en dat het daarbij niet van belang is hoe de fiscale partners onderling hun financiële situatie hebben geregeld. Hiermee wordt de suggestie gewekt dat een mogelijke onderlinge afspraak tussen echtgenoten of samenwonenden omtrent de wijze waarop zij de rente in hun onderlinge verhouding zullen dragen, betekenis toekomt. Hetzelfde geldt voor art. 1:84 BW waarin de draagplicht voor de kosten van de huishouding, waartoe de rente behoort, is geregeld.⁶⁵ Indien dergelijke afspraken inderdaad doorwerken naar de eigenwoningregeling, heeft dat consequenties op het moment dat geen sprake (meer) is van fiscaal partnerschap.

Naar mijn mening heeft een onderlinge afspraak tussen echtgenoten of samenwoners omtrent de rentebetaling in beginsel geen gevolgen voor het drukkencriterium. Indien bijvoorbeeld is bepaald dat de echtelieden de kosten van de huishouding betalen naar rato van hun inkomen, kan het zo zijn dat feitelijk de ene echtgenoot alle rente betaalt en de andere echtgenoot niets. Indien de eigenwoningschuld tot beider vermogens behoort, is en blijft de rente op beide echtgenoten voor de helft drukken. Of de andere echtgenoot op dat moment ook renteaftrek heeft, is afhankelijk van de vraag of zich een betalingsmoment in de zin van art. 3.147 Wet IB 2001 voordoet. Staande de gemeenschap van goederen komt de betaling ten laste van het gezamenlijke vermogen. Dit betekent dat zowel de man als de vrouw beiden de helft van de rente betalen. Zie ook § 6.9.3 hierna. Indien sprake is van buiten gemeenschap van goederen gehuwden of van samenwoners, wordt de rente uit het privévermogen voldaan. Er doet zich dan bijvoorbeeld een aftrekmoment voor indien een onderlinge verrekening plaatsvindt. Dit zal veelal in partnerschapssituaties het geval zijn. Indien dat niet aan de orde is, is de rente aftrekbaar bij de schuldenaar zodra hij overgaat tot betaling van de rente aan degene die de rente voor hem heeft betaald of indien de rente rentedragend is geworden (zie ook § 6.5.4).

Als ik onderdeel 7.2 van het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente goed begrijp, is de minister deze mening ook toegegaan. In het besluit is het volgende aangegeven:

‘7.2. Mede-eigenaren die geen fiscaal partner zijn

Als twee personen gezamenlijk een huis kopen, zijn zij meestal wederzijds hoofdelijk aansprakelijk of medeschuldenaar voor de totale schuld. Voor ieder is de eigenwoningschuld alleen het deel van de lening dat hij of zij zelf is aangegaan voor de verwerving van de eigen woning.

Voorbeeld 1

A en B, geen fiscale partners, kopen samen een woning voor € 200.000. A betaalt zijn aandeel contant. B wil € 100.000 lenen. De bank leent dat bedrag onder de voorwaarde dat A zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor die schuld. Daardoor wordt de lening niet (deels) de eigenwoningschuld van A. B is immers de lening aangegaan in verband met de verwerving van haar deel van de eigen woning. De schuldverhouding is ook niet afhankelijk van de eigendomsverhouding. De eigenwoningschuld van A is nihil.

De rente die A betaalt wordt aangemerkt als betaling door B. B kan de betaalde rente aftrekken. Dit is anders bij subrogatie (zie voorbeeld 2) of als de betaling door de één niet zal worden verrekend.

Voorbeeld 2

A en B zijn samen eigenaar van de echtelijke woning en hoofdelijk aansprakelijk voor de volledige eigenwoningschuld. A verhuist in het kader van echtscheiding. B kan de rente die betrekking heeft op de periode daarna, aftrekken over “haar helft” van de

⁶⁵ In het arrest *Schwanen/Hunscheid* (HR 27 januari 2006, *NJ* 2008, 564) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat rentebetaling met betrekking tot de echtelijke woning aangemerkt dient te worden als kosten van de huishouding.

eigenwoningschuld. Na zijn verhuizing blijft de woning voor A nog twee jaar eigen woning (artikel 3.111, vierde lid, van de Wet IB 2001). A kan nog twee jaar lang de rente aftrekken over “zijn helft” van de eigenwoningschuld. A weigert om de rente te betalen. De bank spreekt daarop B aan op grond van haar hoofdelijke aansprakelijkheid. B kan deze rente niet aftrekken. Ook A heeft geen recht op aftrek van de op B verhaalde rente. Hij heeft immers niets betaald. Pas als A de rente aan B heeft vergoed, kan voor hem sprake zijn van aftrek.’

Uit de twee gegeven voorbeelden en uitwerkingen kan naar mijn mening worden afgeleid dat 1) uitgangspunt voor de renteaftrek de eigenwoningschuld is, 2) de rente aftrekbaar is bij degene die de rente is verschuldigd, op 3) het moment dat deze wordt betaald in de zin van art. 3.147 Wet IB 2001. Dit laatste zit enigszins verdekt opgesloten in beide uitwerkingen.

6.5.3.3 Verhaal

Kosten drukken niet voor zover zij met vrucht kunnen worden verhaald op een ander. Ter zake van de aftrek van buitengewone lasten is bijvoorbeeld bepaald dat indien de betaler van de lasten, de lasten met vrucht kan verhalen op een ander in zoverre de buitengewone lasten niet in aftrek konden komen bij de betaler (HR 18 mei 1977, BNB 1977/152). Dit is ook juist, omdat er dan niets ten laste van het vermogen van de betaler komt. De buitengewone lasten drukken op diegene op wie zij verhaald kunnen worden. Indien de kosten niet met vrucht verhaald kunnen worden, drukken zij wel op de betaler van de kosten. Hierbij blijft staan dat alleen drukken van kosten niet leidt tot aftrek daarvan. Op grond van de wettelijke bepalingen moeten de kosten ten aanzien van de betaler wel aftrekbaar zijn. In geval van een rentebetaling op een eigenwoningschuld van een ander, die niet vruchtvol verhaald kan worden, is dus wel sprake van drukken bij de rentebetaler, maar toch is de rente bij hem niet aftrekbaar. Hij heeft immers geen eigenwoningschuld. Degene die de rente eigenlijk was verschuldigd omdat hij wel een eigenwoningschuld heeft, heeft evenmin recht op aftrek aangezien de kosten niet op hem drukken; een ander heeft betaald en verhaal op de eigenlijke schuldenaar van de rente is niet mogelijk. Indien in deze situatie de rente wel verhaald zou kunnen worden en de rentebetaler geen gebruik maakt van zijn verhaalsmogelijkheid, drukt de rente niet op de rentebetaler, maar op de schuldenaar. Zie voor het moment waarop de rente in aftrek kan komen bij de schuldenaar indien een ander de rente heeft betaald § 6.5.4.

De kosten en lasten moeten op de belastingplichtige drukken. In de situatie die speelde voor Hof Amsterdam 7 juli 2011, *NTFR* 2011/2033 hadden Rechtbank Zwolle en Hof Arnhem in de civiele echtscheidingsprocedure geoordeeld dat de kosten en lasten van de voormalige echtelijke woning voor rekening van de ex-vrouw kwamen en dat zij de rente volledig voor haar rekening moest nemen. De ex-vrouw woonde samen met hun zoon in de voormalige echtelijke woning. De man had de woning verlaten. Ondanks de uitkomst van de echtscheidingsprocedure had de man toch de rente betaald, omdat zijn ex-vrouw de rente niet tijdig/volledig had betaald. Hij stond als eerste geldlener in de hypotheekakte vermeld en hij wilde een BKR-vermelding vermijden. Op grond van deze feiten en omstandigheden stelt het hof vast dat belanghebbende ter zake een vordering op zijn ex-vrouw had verkregen. De kosten en lasten van de woning drukken dan ook niet op belanghebbende en er bestaat bij hem dan ook geen recht op renteaftrek. Bij de man is volgens het hof dus niets aftrekbaar. Naar mijn mening is dit onjuist. Bij de man zou de helft van de rente aftrekbaar moeten zijn, omdat de rente die de vrouw over zijn deel van de schuld moet betalen te kwalificeren is als een gebruiksvergoeding voor zijn deel van de woning (zie uitgebreider § 6.5.3.4 hierna). De positie van de vrouw was in deze casus niet aan de orde. Naar mijn mening heeft de vrouw recht op aftrek van rente voor de helft van de schuld. Voor de andere helft was voor haar geen sprake van een eigen woning en bovendien lijkt het erop dat de schuld voor de helft nog steeds tot het vermogen van de man behoort. In de civiele procedure was namelijk alleen bepaald dat de vrouw alle lasten en kosten van de woning moest dragen en alle rente voor haar rekening moest nemen en niet dat zij het economische belang bij de woning had gekregen en de schuld volledig voor haar rekening moest nemen. Ik kom hierop terug in de volgende paragraaf. De (helft van de totale) rente is bij de vrouw aftrekbaar indien zij haar ex-man betaalt, de rentevordering wordt verrekend of de vordering rentedragend is geworden (zie § 6.5.4).

6.5.3.4 Uit de bron gezien onbelaste kostenvergoeding

Er is evenmin sprake van drukken indien de kosten kunnen worden bestreken uit een vanuit de bron gezien onbelaste kostenvergoeding.⁶⁶ Indien de belastingplichtige een schenking ontvangt met het doel om daaruit de rente te betalen, is geen sprake van een vanuit de bron gezien onbelaste onkostenvergoeding. Een dergelijke schenking staat aan aftrek van de rentekosten niet in de weg. Zie HR 6 maart 1991, *BNB* 1991/146. Hof 's-Hertogenbosch had nog geoordeeld dat de kosten niet op de belastingplichtige drukten omdat deze konden worden bestreden uit van een familielid ontvangen bedragen welke niet tot het belastbare inkomen behoorden. Hierop overwoog de Hoge Raad:

⁶⁶ Als de kosten pas achteraf worden vergoed, zijn de kosten niet aftrekbaar indien op het moment van betalen al vaststaat dat de kosten onbelast worden vergoed. Indien dit pas op een later tijdstip bekend wordt, is op dat moment sprake van negatieve aftrekbare kosten.

‘Die opvatting is echter in haar algemeenheid niet juist, aangezien kosten niet ophouden op de inkomsten te drukken, en mitsdien hun karakter van aftrekbare kosten niet verliezen, indien zij kunnen worden bestreden uit in de persoonlijke sfeer ontvangen bedragen.’

Het enkele feit dat een bedrag onbelast wordt ontvangen, maakt dus niet dat de rente niet drukt, ook niet als dit bedrag wordt ontvangen met het doel om daar de rente van te gaan betalen. Indien van de gewezen partner huur wordt ontvangen voor het gebruik van de woning is evenmin sprake van een vanuit de bron gezien ontvangen onbelaste kostenvergoeding. De ontvangen huur hoeft niet gesaldeerd te worden met de betaalde rente.⁶⁷

‘Voor de renteaftrek geldt als uitgangspunt dat de betaalde hypotheekrente niet hoeft te worden gesaldeerd met de huur. Ondanks de huurbetaling blijft de eigenwoningrente drukken op de vertrekkende partner. Huur is geen (directe) vergoeding voor de betaalde rente, maar een vergoeding voor het gebruik van de woning.’

Dit antwoord laat de mogelijkheid open dat als er wel een directe vergoeding voor de rente wordt ontvangen, de rente in zoverre niet drukt. Hof Leeuwarden 2 september 2005, *NTFR* 2005/1220 heeft in deze zin geoordeeld in de situatie waarin de ex-vrouw aan de man op grond van een afspraak in het kader van hun echtscheiding de hypotheekrente vergoedde. Hierdoor was bij de man volgens het hof sprake van een onbelaste kostenvergoeding, zodat de rente niet op hem drukte. De situatie was als volgt. Twee echtelieden zijn met elkaar getrouwd in gemeenschap van goederen. De man woont tot 18 juli 2000 met de vrouw en hun twee kinderen aan de a-sstraat 8. Vanaf die datum woont de man op een ander adres. Op 15 december 2000 wordt het huwelijk ontbonden. Op 29 juni 2001 wordt vervolgens een akte van verdeling en levering opgemaakt. In de brief van 20 maart 2001 van de advocaat van de vrouw gericht aan de advocaat van de man wordt onder meer het volgende vermeld: ‘Partijen zijn onderling overeengekomen dat vooralsnog de door uw cliënt te betalen alimentatie wordt verrekend met de totale hypothecaire maandlast van f 1.210,-, die uw cliënt voldoet voor de voormalige echtelijke woning waarin cliënte met de kinderen woont.’ Uit de brief van 19 januari 2001 van de advocaat van de ex-echtgenote aan de rechtbank blijkt het volgende: ‘Het is de bedoeling dat de echtelijke woning aan cliënte wordt toebedeeld. Cliënte woont thans ook met de minderjarige kinderen in de voormalige echtelijke woning. Cliënte voldoet aan de man ter zake het gebruik van de woning een bedrag van f 710,- per maand. Dit bedrag is tussen partijen als volgt tot stand gekomen. De totale hypothecaire maandlast voor de woning bedraagt f 1.210,-, hetgeen door de man wordt voldaan. Met dit bedrag wordt verrekend de tijdelijke overeengekomen kinderalimentatie die de man aan cliënte voldoet, totaal f 500,-. Cliënte dient uiteindelijk aan de man te betalen het voornoemde bedrag van f 710,-.’ De vrouw maakt op grond van deze afspraken vanaf augustus t/m december 2000 maandelijks f 710 (€ 322) over aan de man. In geschil is of de hypotheekrente van f 1210 (€ 549) die de man maandelijks aan de bank betaalt, aftrekbaar is bij de man. Hof Leeuwarden oordeelt dat de hypotheekrente niet op de man drukt, omdat de rente kon worden voldaan uit de maandelijksse betalingen van de vrouw. Hieraan doet volgens het hof niet af dat de gerechtigdheid in de woning voor de man pas medio 2001 door de overdracht is opgehouden te bestaan. In HR10 oktober 2008, *NTFR* 2008/1980 oordeelt de Hoge Raad dat de middelen of klachten niet tot cassatie kunnen leiden (art. 81 Wet RO).

Deze uitspraak is naar mijn mening onjuist. Naar mijn mening zijn de fiscale gevolgen als volgt. De vrouw kan de helft van betaalde hypotheekrente aftrekken op grond van het feit dat zij voor de helft een eigenwoningschuld heeft. Voor de andere helft heeft zij geen eigenwoningschuld. Aangezien rente alleen aftrekbaar is voor zover sprake is van een eigenwoningschuld, is die andere helft niet bij haar aftrekbaar. De vergoeding die de vrouw aan de man betaalt, is naar mijn mening geen vergoeding voor de door hem verschuldigde rente, maar een vergoeding van de vrouw voor het gebruik van de helft van de woning waartoe de man op grond van de huwelijksgoederengemeenschap gerechtigd is. Weliswaar is de omvang van de vergoeding gerelateerd aan de omvang van de rente, maar dat maakt nog niet dat de vrouw feitelijk de rente vergoedt. Er bestaat ook geen enkele aanleiding voor partijen om een dergelijke overeenkomst te sluiten, terwijl het betalen van een gebruiksvergoeding wel voor de hand ligt. Hierdoor is de rente bij de man voor zijn aandeel in de schuld bij hem wel aftrekbaar omdat huur geen (directe) vergoeding is voor de betaalde rente, maar een vergoeding voor het gebruik van de woning. Om dezelfde redenen had de rechter naar mijn mening de man in Hof Amsterdam 7 juli 2011, *NTFR* 2011/2033 toch aftrek van de rente moeten verlenen. Deze uitspraak is in de vorige paragraaf reeds aan de orde gekomen. Kort gezegd bleef de vrouw op grond van de uitkomst van een civiele procedure in de woning wonen en moest zij alle rente betalen. Er was geen gebruiksvergoeding overeengekomen. Naar mijn mening is de rente die de vrouw moet betalen over het aandeel in de schuld van de man te kwalificeren als een gebruiksvergoeding, althans voor zover het een redelijke vergoeding is voor het gebruik. Stel dat het hele bedrag als een gebruiksvergoeding te kwalificeren is, dan zou de betaling van de vrouw aan de bank de facto kunnen worden gezien als een betaling in de zin van art. 3.147 Wet IB 2001 door haar man. De

⁶⁷ Onderdeel 4.1. van laatstelijk het Verzamelbesluit inzake de eigen woning van 29 november 2009, nr. CPP2009/998M, *NTFR* 2009/2612.

gebruiksvergoeding die de vrouw aan de man zou moeten betalen, wordt verrekend met haar betaling van zijn rente aan de bank. In casu betaalde de man overigens rechtstreeks aan de bank, omdat de vrouw weigerde de rente te betalen. Zoals aangegeven, verleende het hof geen renteaftrek aan de man, omdat de man recht had op verhaal bij de vrouw. Een andere beslissing was naar mijn mening ook mogelijk geweest.

Hoe dan ook, gegeven de stand van de rechtspraak doen partijen, en rechters, er goed aan om niet te bepalen dat de rente volledig voor rekening van een van de twee echtgenoten komt, maar dat een gebruiksvergoeding moet worden betaald voor het gebruik van de woning.

6.5.3.5 Conclusie

De conclusie is dat de rente drukt op degene tot wiens vermogen de eigenwoningschuld behoort. Dit is alleen anders indien een ander de rente betaalt en de ander de rente niet met vrucht kan verhalen op de eigenlijke schuldenaar. De rente drukt dan niet op de schuldenaar, omdat de rente niet ten laste van zijn vermogen gaat. De rente blijft dan drukken op de rentebetalder. Hij heeft echter geen recht op renteaftrek omdat hij in zoverre geen eigenwoningschuld heeft. De rente is evenmin aftrekbaar indien deze kan worden bestreken uit een vanuit de bron gezien onbelast verkregen kostenvergoeding. Een dergelijke situatie doet zich naar mijn mening bij de eigen woning niet voor, maar in de rechtspraak wordt een vergoeding van de ene echtgenoot aan de andere ter compensatie van de door hem te betalen eigenwoningrente als een onbelaste kostenvergoeding aangemerkt.

Het moment waarop de rente in aftrek kan worden gebracht, wordt beheerst door art. 3.147 Wet IB 2001. Hierop wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

6.5.4 Tijdstip van de renteaftrek

Aftrekbare kosten zijn aftrekbaar op het moment dat deze worden betaald, verrekend, ter beschikking worden gesteld of indien de renteschuld zelf rentedragend is geworden (art. 3.147 Wet IB 2001). Het meest gebruikelijke moment is het betalingsmoment. Op het moment dat de schuldenaar de rente aan de bank betaalt, is deze aftrekbaar. Indien een ander de rente betaalt, en een vruchtvol verhaal op de schuldenaar mogelijk is (§ 6.5.3.3), is de rente aftrekbaar op het moment dat de schuldenaar de rente vergoedt, door betaling of door verrekening (zie ook § 6.5.3.2). Het rentedragend worden van de regresvordering leidt ingevolge art. 3.147 Wet IB 2001 ook tot een aftrekmoment. In het besluit van 10 juni 2010, DGB 2010/921, *NTFR* 2010/1433 wordt alleen gesproken over vergoeden. Echter, in de voorloper van dit besluit, het besluit van 29 oktober 2009, CPP2009/2148M, onderdeel 7.2, gaf de staatssecretaris onder verwijzing naar HR 11 november 1998, *BNB* 1999/85 nog aan dat het rentedragend worden van de rente leidt tot renteaftrek:

‘Uitgaande van het hiervoor vermelde voorbeeld is de rente die zijn ouders voor hem betalen bij het kind (nog) niet aftrekbaar. De ouders krijgen door de betaling een regresrecht op hun kind. De rente is bij het kind aftrekbaar voor zover hij de voorgesloten rente aan zijn ouders voldoet. Ik merk op dat het arrest van 8 september 2006, nr. 41.273 niet van toepassing is op dit soort gevallen. De rente is aftrekbaar op het moment dat hij de rente betaalt, verrekent of ter beschikking stelt. De rente is ook aftrekbaar als de rente, op grond van het regresrecht, rentedragend is geworden. In dat geval wordt het in aftrek komende bedrag gesteld op de waarde in het economische verkeer van de ontstane (rente)schuld. Zie HR 11 november 1998, nr. 33 564, *BNB* 1999/85. Uiteraard kan alleen de rente over de eigenwoningschuld zelf in aftrek komen. De rente over die rente is niet aftrekbaar (artikel 3.120, vierde lid, onderdeel a, van de Wet IB 2001).’

Hoewel deze tekst in het nieuwe besluit inzake de eigenwoningrente van 10 juni 2010 nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 niet is teruggekomen, meen ik dat dit nog steeds geldend recht is. Art. 3.147 Wet IB 2001 is immers niet gewijzigd. Dit betekent dat ook het rentedragend worden van de vordering leidt tot een aftrekmoment, waarbij ingevolge *BNB* 1999/85 het in aftrek te brengen bedrag wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer van de ontstane (rente)schuld. Aangezien een regresvordering op grond van het regresrecht direct rentedragend wordt, is de rente direct aftrekbaar op het moment dat een ander betaalt. Mocht verhaal niet mogelijk zijn, dan bestaat geen recht op renteaftrek, omdat de waarde in het economische verkeer van de rentevordering in dat geval nihil is.

Zoals uit de opsomming van art. 3.147 Wet IB 2001 blijkt, wordt kwijtschelding niet als een aftrekmoment gezien. Om die reden is in Hoge Raad 8 juni 1994, *BNB* 1994/238 geoordeeld dat het kind geen recht heeft op renteaftrek indien de rente die het kind op een lening aan zijn ouders was verschuldigd direct wordt kwijtgescholden. Uit onderdeel 7.4 van het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, met als kopje ‘Lening ouders aan kind’ blijkt dat de minister deze mening nog steeds is toegedaan. Gubbels is van mening dat het de voorkeur zou hebben verdiend dat de goedkeuring was gegeven dat ook in geval van een dergelijke kwijtschelding renteaftrek bij het kind zou kunnen plaatsvinden. Er bestaat naar haar mening geen goede reden om onderscheid te maken tussen het ontvangen van een schenking gevolgd door een betaling aan de bank respectievelijk

een verrekening van de renteschuld.⁶⁸ Onder de Wet IB 1964 leidde de kwijtschelding evenmin tot een genietingsmoment bij de ouders. In die zin werd de kwijtschelding van de rente wel consistent behandeld. Onder de Wet IB 2001 behoort de vordering van de ouders tot hun box 3 vermogen. Zij worden dus wel fictief in de heffing betrokken over de kwijtgescholden rente. Ook dit kan een argument zijn om renteaftrek aan de kant van het kind thans wel toe te staan. Ik realiseer mij dat een kwijtschelding tussen partners zich in geval van een echtscheidings situatie niet snel zal voordoen. Mocht dit wel aan de orde zijn, dan is het in voorkomende gevallen beter om de rentebetaling aan de bank reeds als een gift aan te merken, danwel op een later moment eerst een gift te verrichten, waaruit vervolgens de regresvordering kan worden betaald of worden verrekend.

6.6 De bijleenregeling op hoofdlijnen

Met ingang van 1 januari 2004 heeft de wetgever de zogenoemde bijleenregel ingevoerd. Het gaat te ver om hier alle ins en outs van de regeling te bespreken. Ik beperk mij dan ook tot enige algemeenheden die nodig zijn om de gevolgen van echtscheiding voor de bijleenregel te kunnen begrijpen.⁶⁹ Kort gezegd komt de regeling erop neer dat voor zover bij de vervreemding van een eigen woning meer wordt ontvangen dan de omvang van de eigenwoningschuld, voor dat meerdere bij de aanschaf van een nieuwe woning geen eigenwoningschuld kan worden gevormd. De wetgever gaat ervan uit dat de vrije middelen (het vervreemdingsaldo) kunnen worden ingezet bij de aanschaf van de nieuwe woning. Het vervreemdingssaldo wordt in een eigenwoningreserve opgenomen. Als de belastingplichtige binnen drie jaar een nieuwe eigen woning verwerft, kan hij voor de omvang van de eigenwoningreserve geen eigenwoningschuld vormen. Gebeurt dat niet binnen drie jaar, dan vervalt de eigenwoningreserve.

Voorbeeld

A verkoopt zijn woning met een eigenwoningschuld van € 160.000 voor € 200.000. Hij heeft dus een eigenwoningreserve van € 40.000. Als A een nieuwe woning koopt voor € 250.000 en hij financiert deze woning geheel met vreemd vermogen, dan is voor € 210.000 sprake van een eigenwoningschuld en voor € 40.000 sprake van een box 3 schuld.

De bijleenregeling is van toepassing op het moment dat de woning ophoudt een eigen woning te zijn. Dit betekent dat de regeling niet alleen van toepassing kan zijn bij een normale verkoop, of bij de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap, maar bijvoorbeeld ook als de echtscheidingsfictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 niet meer van toepassing is. In een dergelijk geval wordt het vervreemdingssaldo bepaald door de waarde in het economische verkeer van de woning op dat moment minus de dan bestaande eigenwoningschuld. De bijleenregeling kan dus ook een rol spelen in geval van echtscheiding. Hieraan besteed ik nader aandacht in § 6.10 en § 6.11.

6.7 Tussenconclusie

In de hierna volgende paragrafen zullen de gevolgen bij echtscheiding worden besproken. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk is aangegeven, ga ik er daarbij steeds van uit dat de echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In § 6.8 sta ik kort stil bij het moment van duurzaam gescheiden gaan leven. § 6.9 gaat over de periode van onverdeeldheid en in § 6.10 wordt ingegaan op de gevolgen van de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap. Vervolgens besteed ik in § 6.11, voorzover afwijkend, afzonderlijk aandacht aan de situatie dat de woning niet tot enige huwelijksgemeenschap behoort. Bij deze bespreking zal steeds worden teruggegrepen op de theoretische uiteenzetting die in de vorige paragrafen heeft plaatsgevonden met betrekking tot de vraag wanneer sprake is van een eigen woning (bij echtscheiding), wie het inkomen geniet uit de eigen woning en bij wie de rente op welk moment aftrekbaar is. Voor een goed begrip zet ik eerst nog enige conclusies die uit het voorgaande getrokken kunnen worden op een rij:

Conclusie 1: er is sprake van een eigen woning in de zin van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 indien de woning de belastingplichtige als hoofdverblijf ter beschikking staat op grond van zijn (economische) eigendomsrecht en hij alle kosten en lasten voor zijn rekening moet nemen. Het inkomen wordt genoten naar mate van de gerechtigdheid tot de woning, welke gerechtigdheid naar mijn mening wordt afgemeten aan de eigendomsverhouding en niet aan de bestuursbevoegdheid.

Conclusie 2: rente is alleen aftrekbaar als eigenwoningrente voor zover sprake is van een eigenwoningschuld en de eigenwoningschuld behoort tot het vermogen van de belastingplichtige en voor zover de rente drukt (zie nader conclusie 4).

⁶⁸ N.C.G. Gubbels, Bij wie is de hypotheekrente aftrekbaar?, *WPNR* 2007/6702, § 3.3.3.

⁶⁹ Voor een uitgebreide bespreking verwijs ik naar M.J.J.R. van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, hoofdstuk 4.

Conclusie 3: de civielrechtelijke gerechtigdheid tot de woning respectievelijk de draagplicht tot de eigenwoningschuld is in het algemeen leidend voor de vraag voor welke 'omvang' sprake is van een eigen woning respectievelijk een eigenwoningschuld. In gemeenschap van goederen gehuwden hebben dus beiden voor 50% een eigen woning en voor 50% een eigenwoningschuld. Afspraken in het kader van echtscheiding omtrent de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap kunnen de juridische gerechtigdheid tot de woning en de draagplicht tot de schuld doorbreken. Indien bijvoorbeeld de woning en de schuld worden toegedeeld aan de achterblijver (stel de vrouw) naar de waarde ten tijde van het duurzaam gescheiden leven en zij alle kosten en lasten voor haar rekening moet nemen, heeft zij volledig een eigen woning vanaf het moment van duurzaam gescheiden leven, geniet zij uit dien hoofde het gehele eigenwoningforfait en heeft zij recht op renteaftrek voor het volledige bedrag.

Conclusie 4: rente drukt op degene tot wiens vermogen de eigenwoningschuld behoort. Wie de rente feitelijk betaalt, is in beginsel irrelevant voor het drukkencriterium. Indien een ander de rente heeft betaald en hij deze rente niet kan verhalen op de schuldenaar, drukt in zoverre de rente niet op de schuldenaar. Het ontvangen van huur staat de renteaftrek niet in de weg. De rente is evenmin aftrekbaar indien deze kan worden bestreken uit een vanuit de bron gezien onbelast verkregen kostenvergoeding. Een dergelijke situatie doet zich naar mijn mening bij de eigen woning niet voor, maar in de rechtspraak wordt een vergoeding van de ene echtgenoot aan de andere ter compensatie van de door hem te betalen eigenwoningrente als een onbelaste kostenvergoeding aangemerkt.

Conclusie 5: voor zover sprake is van eigenwoningrente is deze rente aftrekbaar op het moment dat de schuldenaar de rente aan de bank betaalt. Indien een ander de rente betaalt, is de rente aftrekbaar indien de regresvordering wordt afgelost, wordt verrekend of rentedragend wordt.

Conclusie 6: er is sprake van een fictieve eigen woning in de zin van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 indien de voormalige eigen woning de gewezen partner als hoofverblijf ter beschikking staat en wel voor een overbruggingsperiode van twee jaar. Deze overbruggingsregeling geldt ook voor de duurzaam gescheiden levende echtgenoten. Gedurende - ten minste - deze periode is het voor partners toegestaan om twee hoofdverblijven te hebben.

6.8 Moment van duurzaam gescheiden gaan leven

Het moment van duurzaam gescheiden gaan leven, is voor de beëindiging van het fiscale partnerschap met ingang van 1 januari 2011 niet meer relevant. Net als de aanvang van het partnerschap is de beëindiging daarvan afhankelijk van objectieve criteria, zoals het indienen van het verzoek tot echtscheiding en het uitschrijven uit het GBA. Voor de toepassing van art. 3.111, vierde en achtste lid, Wet IB 2001 heeft de wetgever bewust een uitzondering gemaakt. Voor die twee bepalingen is het moment van duurzaam gescheiden gaan leven toch van belang. Zie ook § 6.3.3 hiervoor. De tweejaarsperiode van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 begint te lopen op het moment dat partijen duurzaam gescheiden gaan leven. Van duurzaam gescheiden leven is volgens vaste jurisprudentie sprake indien⁷⁰:

'(...) zich te kunnen aanzien de toestand voordoet, dat ieder afzonderlijk zijn eigen leven leidt als ware hij niet met den ander gehuwd, en deze toestand door de echtgenoten, althans door één hunner, als bestendig is bedoeld'.

Of dit het geval is, zal in beginsel uit de feitelijke omstandigheden moeten worden afgeleid. In HR 21 februari 1973, *BNB* 1973/89 woonden de echtgenoten volgens de rechter duurzaam gescheiden omdat zij slechts nu en dan op het adres van een van beiden met elkaar een dag doorbrachten en op een ander ook wel een nacht en dat zij met elkaar uitgingen naar de schouwburg en dergelijke en gezamenlijk met vakantie gingen. De vraag of de situatie van gescheiden leven als bestendig is bedoeld, zal volgens Gubbels echter veelal niet afgeleid kunnen worden uit de feitelijke omstandigheden. Zij merkt op⁷¹:

'Als één van de echtgenoten in verband met huwelijksproblemen de echtelijke woning verlaat, zou tot het moment dat een echtscheidingsprocedure wordt gestart eraan getwijfeld kunnen worden of de situatie als bestendig is bedoeld. Indien dit niet uit de feiten kan worden afgeleid, zal moeten worden aangesloten bij het standpunt van de echtgenoten daaromtrent.⁷²

Hoe dan ook, het moment van duurzaam gescheiden gaan leven leidt dus tot een fiscale herkwalficatie, omdat de woning geen hoofdverblijf meer is van de woningverlater. Alleen indien de echtscheidingsfictie niet van toepassing is, bijvoorbeeld omdat beide echtelieden de eigen woning verlaten, komt mogelijk de bijleenregeling om de hoek

⁷⁰ HR 28 maart 1951, *B* 8968.

⁷¹ N.C.G. Gubbels, Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet, *WPNR* 2011/6685, § 3.2.

⁷² Hof Arnhem 15 juni 1983, *V-N* 1984, p. 1655. Zie ook Hof Amsterdam 24 oktober 2002, *NTFR* 2002/1742 waarin het hof zijn oordeel dat de echtgenoten ondanks het hertrouwen duurzaam gescheiden leven, baseert op een verklaring van een der partijen.

kijken.⁷³ Wel zullen de echtgenoten nog partners zijn, aangezien het partnerschap pas eindigt op het moment dat het verzoek tot echtscheiding is ingediend en de echtgenoot die de woning heeft verlaten niet meer staat ingeschreven op het oude adres. Art. 2.17 Wet IB 2001 is gedurende deze periode nog van toepassing. Voor het overige zijn de fiscale gevolgen gelijk aan die tijdens de periode van de onverdeeldheid. Hierop wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

6.9 De periode van onverdeeldheid

6.9.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de fiscale gevolgen tijdens de periode van de onverdeeldheid van de huwelijksgoederengemeenschap. Het gaat hier om de periode dat de echtelieden duurzaam gescheiden gaan leven tot het moment dat de huwelijksgemeenschap wordt verdeeld. Ik ga er telkens van uit dat e.e.a zich afspeelt binnen de tweejaarstermijn van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Deze periode kan uiteraard ook langer duren dan die twee jaar. Het overschrijden van deze twee jaar heeft tot gevolg dat de fictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 niet langer van toepassing is. Aan deze situatie besteed ik aandacht in § 6.9.5. Zie overigens ook § 6.3.2 en 6.3.3. In deze paragraaf ga ik er steeds van uit dat de vrouw in de woning achterblijft en de man de woning verlaat.

6.9.2 Eigen woning en inkomen uit de eigen woning

Op grond van de huwelijksgoederengemeenschap zijn beide echtgenoten voor de helft gerechtigd tot de eigen woning en tot de eigenwoningschuld. De vrouw heeft een eigen woning op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 en de man op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Zij genieten beiden de helft van het eigenwoningforfait. Het eigenwoningforfait wordt voor beiden berekend over de volle waarde van de woning en niet over 50% van de waarde. Pas nadat het forfait is berekend, wordt het forfait gesplitst over de echtgenoten.⁷⁴ Op het moment dat het verzoek om echtscheiding is ingediend, ontstaat een ontbonden gemeenschap, waarin beide echtelieden in gelijke mate zijn gerechtigd op grond van art. 1:100, eerste lid, BW. Zolang het pand niet is verdeeld, blijven beide echtelieden gerechtigd tot het pand en genieten zij ieder de helft van het eigenwoningforfait (zie voor overschrijding van de tweejaarstermijn § 6.6.6).

Dat de vrucht uit de woning in de gemeenschap blijft vallen, wil overigens niet zeggen dat degene die de woning heeft verlaten de facto ook belasting betaalt over de vrucht. In de regel kan die echtgenoot namelijk zijn deel van het eigenwoningforfait aftrekken als persoonsgebonden aftrek (art. 6.3, eerste lid, Wet IB 2001). Hij staat immers de vrucht direct om niet weer af aan zijn echtgenoot. De echtgenoot die in de woning blijft wonen, wordt belast voor het recht op woongenot en moet dit aangeven als alimentatie. Zie ook HR 23 januari 1974, *BNB* 1974/55 en meer recentelijk Hof Amsterdam 27 juni 2002, *V-N* 2002/ 36.2.16. Zie uitgebreider § 9.5.3. Er is overigens geen sprake van alimentatie voor zover de in de woning wonende echtgenoot een vergoeding moet betalen aan de uitwonende echtgenoot voor het gebruik van zijn deel van de woning. Vergelijk art. 1:165 BW waarin is bepaald dat de rechter op verzoek bij de echtscheidingsbeschikking of bij latere uitspraak kan bepalen dat degene die de woning bewoont deze gedurende zes maanden nog mag gebruiken tegen een redelijke vergoeding.⁷⁵

Het feit dat de vrouw de woning om niet mag gebruiken, zal meestal worden gekwalificeerd als een alimentatieverstrekking. De waarde van het woongenot bedraagt in die gevallen de helft van het eigenwoningforfait. Zie art. 3.101, eerste lid, onderdeel b jo. art. 3.101, tweede lid, Wet IB 2001.⁷⁶ De man kan hetzelfde bedrag aftrekken als persoonsgebonden aftrekpost (art. 6.3, eerste lid, Wet IB 2001). Hij staat immers de vrucht direct om niet weer af aan zijn echtgenote. Per saldo wordt degene die in de woning achterblijft voor het volledige woongenot belast en is bij de ander ter zake van de voormalige eigen woning niets belast. De regeling van art. 3.101, tweede lid en art. 6.3, tweede lid, Wet IB 2001 is van toepassing, tenzij aannemelijk is dat de burgerlijke rechter op basis van het familierecht een lagere verstrekking zou hebben toegewezen.⁷⁷

Voorbeeld

⁷³ Indien de woning te koop wordt gezet, is de fictie van art. 3.111, tweede lid Wet IB 2001 van toepassing.

⁷⁴ Zie ook § 3.6.2.1.2.

⁷⁵ De ontvangen respectievelijk betaalde vergoeding heeft verder overigens geen fiscale gevolgen. De vergoeding zit zowel bij de ontvangende echtgenoot als bij de betalende echtgenoot verdisconteerd in het eigenwoningforfait. De vergoeding is derhalve niet meer afzonderlijk belast of aftrekbaar. Bij de ontvangende en betalende echtgenoot verhoogt respectievelijk verlaagt de betaling slechts de rendementsgrondslag in box 3. Ook na de tweejaarstermijn heeft de betaling van de vergoeding geen bijzondere gevolgen. Voor de uitwonende echtgenoot verhuist de woning naar box 3. Zie § 6.6.6. Ook in deze box is het rendement forfaitair vastgesteld. In het veronderstelde rendement van 4% zijn derhalve ook de eventuele huuropbrengsten begrepen.

⁷⁶ Zie uitgebreider § 9.5.3.

⁷⁷ HR 2 juli 1986, *BNB* 1986/243. Zie ook § 9.4.4.2.

Tot het vermogen van de huwelijksgemeenschap behoort enkel een woning met een WOZ-waarde van € 180.000. Stel dat de man de woning verlaat. Voor de vrouw vormt de woning een eigen woning op grond van de hoofdregel en voor de man is sprake van een eigen woning op grond van de scheidingfictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Beide echtelieden moeten de helft van het eigenwoningforfait aangeven. Het eigenwoningforfait bedraagt 0,6% van de WOZ-waarde = € 1080. Zowel de man als de vrouw moet een eigenwoningforfait aangeven van € 540. Ditzelfde bedrag is bij de man aftrekbaar als persoonsgebonden aftrekpost en bij de vrouw belast als alimentatie.

Wellicht ten overvloede merk ik nog op dat degene die de woning heeft verlaten ook niets tot zijn rendementsgrondslag hoeft te rekenen, aangezien de woning voor diegene wel een eigen woning vormt zolang art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 van toepassing is. Om dezelfde reden treedt ook de bijleenregeling nog niet in werking.

6.9.3 Eigenwoningschuld en renteaftrek

Een eventuele schuld die is aangegaan ter verwerving van de eigen woning behoort tot de gemeenschap van goederen. Man en vrouw zijn fiscaal gezien ieder voor de helft gerechtigd tot de baten maar ook tot de lasten van de gemeenschap. De rente is daarom in beginsel bij ieder voor de helft aftrekbaar als eigenwoningrente. Het maakt daarbij niet uit of bijvoorbeeld de man de rente van 'zijn' salarisrekening betaalt. Beiden hebben fiscaal gezien ieder voor de helft een schuld. De voormalige partners moeten de lasten van de gemeenschap gezamenlijk dragen, zodat de rente op beide echtelieden drukt. De rente is dan ook bij zowel de man als de vrouw aftrekbaar op het moment dat de man betaalt. Dit wordt niet anders als (in bijvoorbeeld een echtscheidingsconvenant) is overeengekomen dat de man voorlopig het volledige bedrag aan rente zal betalen.⁷⁸ Het betoog dat door de overeenkomst de man alle rente betaalt en dat deze rente ook alleen op hem drukt en daarom ook alleen bij hem aftrekbaar is als eigenwoningrente is onjuist. De schuld gaat beide echtelieden immers nog steeds in gelijke mate aan. Bovendien is ook maar voor de helft van de woning sprake van een eigen woning voor de man. Zie ook Rechtbank Breda 22 februari 2007, *V-N* 2007/35.14 en Hof Amsterdam 7 juli 2011, *NTFR* 2011/2033.

Na de indiening van het verzoek om echtscheiding vormt de ontbonden gemeenschap een afgescheiden vermogen. Goederen die na de ontbinding worden verkregen zijn eigen goederen en nieuw aangegane schulden zijn eigen schulden. In de situatie waarin is bepaald dat één van de echtgenoten, bijvoorbeeld de man, de rente voor zijn rekening moet nemen, betaalt hij die vanaf dit moment uit zijn privévermogen. De fiscale gevolgen zijn echter niet anders dan hiervoor besproken. Vanwege zijn aandeel in de ontbonden gemeenschap gaat de schuld de man voor de helft aan. Voor die helft blijft sprake van een eigenwoningschuld (mits uiteraard binnen de tweejaarstermijn). De andere helft van de schuld behoort tot het aandeel van de vrouw. Als de man de rente die hierop betrekking heeft, betaalt, blijft de rente drukken op de vrouw (tenzij verhaal niet mogelijk is § 6.5.3.3). De rente is bij haar aftrekbaar zodra deze wordt verrekend (bijvoorbeeld als gevolg van een alimentatieverplichting; zie hierna), de vrouw de man betaalt of op het moment dat de vordering van de man op de vrouw rentedragend wordt (§ 6.5.4).

In veel gevallen zal de te veel betaalde rente als alimentatie kwalificeren (zie ook § 9.5.2). De man kan de teveel betaalde rente aftrekken als kosten van onderhoudsverplichting. Bij de vrouw is dit bedrag belast als aangewezen periodieke uitkering en bovendien brengt zij deze helft als 'haar' eigenwoningrente in mindering op haar box 1-inkomen.⁷⁹ Per saldo komt de rente in dat geval volledig in aftrek bij de man: voor de helft als eigenwoningrente en voor de helft als onderhoudsverplichting. De rente is in deze situatie dus niet volledig bij de man aftrekbaar als eigenwoningrente. Deze fiscale kwalificatie is van belang in de situatie waarin de man de persoonsgebondenaf trek niet volledig met zijn box 1 inkomen kan verrekenen.

Niet iedere betaling aan of namens de ex-echtgenoot vormt overigens alimentatie. Rechtbank Haarlem 7 mei 2009, *NTFR* 2009/1111 oordeelde bijvoorbeeld dat het voldoen van de aanslag IB/PVV van de ex-echtgenote geen persoonlijke verplichting is, omdat het geen onderdeel vormde van een reeks van uitkeringen en verstrekkingen en de betaling niet voortvloeide uit verplichtingen die belanghebbende had ten aanzien van zijn voormalige echtgenote. In Hof Amsterdam 7 juli 2011, *NTFR* 2011/2033 betaalde de man alle rente voor de vrouw, omdat zij weigerde te betalen. De rentebetaling was in dat geval niet te zien als een alimentatieverstrekking, omdat in het echtscheidingsvonnis juist was bepaald dat alle kosten en lasten van de woning voor rekening van de vrouw moesten komen en de man geen alimentatieverplichting had. Het hof oordeelde dat de rente bij de man niet aftrekbaar was, omdat hij de rente op de vrouw kon verhalen. In § 6.5.3.3 heb ik aangegeven dat deze uitspraak naar mijn mening onjuist is. Bij de man zou de helft van de rente aftrekbaar moeten zijn, omdat de rente die de vrouw over zijn deel van de schuld moet betalen te kwalificeren is als een gebruiksvergoeding voor zijn deel van de woning (zie ook § 6.5.3.4).

⁷⁸ Let op, dit is een andere afspraak dan die speelde in Hof Amsterdam 29 maart 2012, nr. 10/00106, *NTFR* 2012/1284. In die situatie was het economische belang van de woning en ook de schuld verschoven naar één van de twee echtgenoten. Zie § 6.4.

⁷⁹ Ondanks het bestaan van de huwelijksgoederengemeenschap kunnen echtgenoten kennelijk wel alimentatie betalen en ontvangen.

De andere helft van de rente is naar mijn mening aftrekbaar bij de vrouw. De man krijgt in deze situatie immers een regresvordering op de vrouw, die bij haar aftrekbaar is omdat deze vordering direct rentedragend wordt. Alleen als op dat moment duidelijk is dat verhaal onmogelijk is, is de waarde van de regresvordering nihil en kan de vrouw per saldo geen rente in aftrek brengen. Zie § 6.5.4.

Als de teveel betaalde rente door de man als schenking moet worden aangemerkt - hetgeen in de uitspraak van Hof Amsterdam waarschijnlijk niet aan de orde was -, zijn de fiscale gevolgen naar mijn mening niet anders. De rente blijft drukken op de oorspronkelijke schuldenaar en is dus bij de vrouw aftrekbaar (§ 6.5.3.4).

6.9.4 Inkomenstoerekening

Zolang het partnerschap bestaat, bepaalt art. 2.17 dat het inkomen uit de eigen woning vrij toerekenbaar is. Hetzelfde geldt voor de persoonsgebonden aftrek. De situatie kan zich dus voordoen dat de onderhoudsverplichting bij één en dezelfde persoon leidt tot aftrek en tot inkomen. Aan de ene kant ontstaat namelijk een persoonsgebonden aftrekpost en aan de andere kant ontvangen alimentatie (zie § 3.9.5.3). In het jaar van het beëindigen van het fiscale partnerschap, zijn de inkomsten uit de eigen woning en de persoonsgebonden aftrekpost vrij toerekenbaar indien partijen opteren voor toepassing van art. 2.17, zevende lid, Wet IB 2001. In theorie kan zich dus ook dan de situatie voordoen dat de onderhoudsverplichting bij één en dezelfde persoon leidt tot aftrek en tot inkomen. In de praktijk zullen partijen niet snel kiezen voor inkomenstoerekening aan de ex-partner al is het alleen maar omdat de emoties het niet toelaten. Maar ook al zijn er geen emotionele bezwaren, dan nog zullen zij niet snel in de situatie verkeren waarin inkomenstoerekening aan de ex-echtgenoot financieel gunstig zal zijn. Immers, de onderhoudsplichtige zal veelal over voldoende box 1-inkomen beschikken zodat hij a. zijn persoonsgebonden aftrek zelf kan effectueren en b. de alimentatiebetaling bij hem in de regel tegen een hoger tarief aftrekbaar zal zijn dan het tarief waartegen de alimentatie bij de alimentatiegerechtigde is belast. In de jaren na het jaar van het beëindigen van het fiscale partnerschap, is een beroep op art. 2.17, zevende lid, Wet IB 2001 in elk geval niet meer mogelijk omdat de gewezen partners in die jaren niet meer op enig moment als partner kunnen worden gekwalificeerd.

6.9.5 Tweejaarstermijn is voorbij

Tijdens het echtscheidingsproces kan de tweejaarstermijn verstrijken. Vanaf dat moment vervalt de fictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001.⁸⁰ Hierdoor is sprake van een fictieve vervreemding voor de bijleenregel (§ 6.6). Voor de bepaling van het vervreemdingssaldo moet worden uitgegaan van de waarde in het economische verkeer van het pand op het fictieve vervreemdingsmoment.

Het aandeel van degene die de woning verlaten heeft, behoort na de tweejaarstermijn tot zijn of haar rendementsgrondslag van box 3. De rendementsheffing van box 3 vervangt het eigenwoningforfait en de werkelijke renteaftrek. Het aandeel in de woning wordt in box 3 voor de waarde in het economische verkeer in aanmerking genomen. Vergelijk art. 5.19, eerste lid, Wet IB 2001. Hierbij mag geen rekening worden gehouden met enige waardedrukkende factor van de bewoning door de ex-echtgenoot. Zie art. 5.22, vierde lid, Wet IB 2001. De reden hiervoor is dat hiermee reeds bij de persoonsgebonden aftrek rekening wordt gehouden. Degene die in de woning achterblijft, geniet het eigenwoningforfait als alimentatie. Het einde van de fictie brengt hierin dus geen verandering. Het verschil zit de facto in de belastingheffing bij de achterblijver over de woning en de eigenwoningsschuld. Het saldo daarvan wordt bij hem immers belast in box 3.

6.10 Verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap

6.10.1 Inleiding

In de vorige paragraaf ben ik ingegaan op de gevolgen voor de eigenwoningregeling zolang de huwelijksgoederengemeenschap nog niet is verdeeld. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap.⁸¹ Bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap zijn er met betrekking tot de verdeling van de eigen woning drie mogelijkheden:

1. De woning wordt geheel toegedeeld aan degene die in de woning gaat wonen (§ 6.10.2).
2. De woning wordt geheel toegedeeld aan degene die er niet in gaat wonen (§ 6.10.3).
3. De woning blijft gemeenschappelijk eigendom (§ 6.10.4).

⁸⁰Dit is uiteraard ook het geval als binnen de tweejaarstermijn de woning niet langer het hoofdverblijf is van de ex-partner.

⁸¹Hierbij moet worden bedacht dat het ook mogelijk is te verdelen naar de situatie op een tijdstip dat ligt voor de ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap. Zie § 6.4. De gevolgen zijn naar mijn mening in dat geval niet anders.

In § 6.10.5 ga ik in op de verdeling van een eigenwoningreserve die reeds bestond op het moment dat het huwelijk werd aangegaan. § 6.10.6 gaat over de fiscale kwalificatie van een overbedelingsschuld. § 6.10.7 behandelt enige aspecten van bestaande schulden ten tijde van de verdeling. Tot slot ga ik in § 6.10.8 in op enige antimisbruikbepalingen die gelden tussen parnters met betrekking tot de renteaftrek.

6.10.2 De woning wordt toegedeeld aan de bewoner

6.10.2.1 Algemeen

Als de woning wordt toegedeeld aan degene die in de woning blijft wonen, vormt de woning voor die gewezen partner uiteraard volledig een eigen woning. Deze gewezen partner wordt niet geconfronteerd met de bijleenregeling. De andere gewezen partner echter wel. Hij of zij draagt immers zijn aandeel in de woning over, waardoor de woning ophoudt een eigen woning te zijn. Hierbij kan het nog een rol spelen of de toedeling binnen of buiten de tweejaarsemijn heeft plaatsgevonden.⁸² Indien de toedeling plaatsvindt voor afloop van de tweejaarsperiode heeft de niet-bewoner wellicht toch nog een eigen woning op grond van onderdeel B.3.6.bb van het vraag- en antwoordbesluit uit 2001 (zie hierover uitgebreider § 6.3.2.2). Stel dat het daar gegeven standpunt nog steeds werking heeft, dan zorgt dit standpunt er dan voor dat de woning ook een eigen woning blijft voor de toepassing van de bijleenregeling?⁸³ Laat ik deze vraag toelichten met een voorbeeld.

Voorbeeld

X en Y zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. Y verlaat op 1 mei van jaar 1 definitief de eigen woning. De woning heeft op dat moment een waarde van € 390.000 en de eigenwoningschuld bedraagt € 250.000. Op 1 augustus van jaar 2 verdelen de echtelieden de huwelijksgoederengemeenschap. De woning heeft op dat moment een waarde van € 400.000 en de eigenwoningschuld bedraagt € 250.000. Na de verdeling behoort tot het vermogen van X de woning (€ 400.000), de oude schuld (€ 250.000) en een overbedelingsschuld van € 75.000. Y bezit een onderbedelingvordering van € 75.000 op X. De tweejaarsperiode loopt af op 1 mei van jaar 3.

De omvang van de eigenwoningreserve wordt bepaald op het moment dat de woning ophoudt een eigen woning te zijn. Is dit in het hiervoor genoemde voorbeeld op 1 augustus van jaar 2, of op 1 mei van jaar 3? Dit kan van belang zijn indien op die momenten de woning verschillende waarden heeft. Zo is in het voorbeeld gegeven dat de woning op 1 augustus van jaar 2 € 400.000 waard is. Stel dat de woning op 1 mei van jaar 3 € 410.000 waard is, dan leidt het standpunt van de staatssecretaris tot een eigenwoningreserve die € 10.000 hoger is dan dat de reserve zou zijn geweest als de eigenwoningregeling met ingang van 1 augustus jaar 2 niet meer van toepassing zou zijn. Omgekeerd leidt een waardedaling in de periode tussen 1 augustus jaar 2 en 1 mei jaar 3 uiteindelijk tot een lagere eigenwoningreserve.

Naar mijn mening is het standpunt van de staatssecretaris niet in overeenstemming met de bedoeling van de bijleenregeling. Er is geen enkele noodzaak om de echtscheidingsfictie van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 van toepassing te verklaren op een woning waarbij de belastingplichtige geen enkele gerechtigdheid meer heeft.⁸⁴ Bovendien is het besluit van de staatssecretaris gegeven voordat de bijleenregeling was ingevoerd. Het besluit had alleen betrekking op de gevolgen voor de eigenwoningrente, waarbij een soepel standpunt is ingenomen. Indien dit soepele standpunt echter leidt tot een nadeel voor de toepassing van de bijleenregeling, bestaat er voor de belastingplichtige aanleiding om ter zake een ander standpunt in te nemen.⁸⁵ Komen zij met het standpunt van de staatssecretaris uit op een lagere eigenwoningreserve dan ligt dit uiteraard anders. Aangezien onderdeel B.3.6.bb niet meer is teruggekomen in het verzamelbesluit eigen woning van januari 2006 en ook niet in later verschenen besluiten, is het echter onduidelijk of dit ook allemaal nog geldt na die datum. Zie hierover nader § 6.3.2.2.

6.10.2.2 Omvang latente eigenwoningreserve

De feitelijke verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap kan van invloed zijn op de omvang van een latent aanwezige eigenwoningreserve. Dit laat zich het beste uitleggen aan de hand van een voorbeeld.⁸⁶

Voorbeeld

Man en vrouw zijn gehuwd in gemeenschap van goederen en gaan scheiden. De man verlaat de woning. Tot de huwelijksgoederengemeenschap behoren de volgende vermogensstanddelen met een totale waarde van € 350.000:

⁸² Een en ander kan naar mijn mening ook aan de orde komen indien tijdens de onverdeelde in economische zin de gerechtigdheid tot de woning en de schuld reeds is gewijzigd. De juridische verdeling is dan nog slechts een formaliteit.

⁸³ Art. 17a, eerste lid, onderdeel b, Uitv.reg. IB 2001 is in ieder geval niet meer van toepassing omdat er geen sprake meer is van echtgenoten in deze situatie.

⁸⁴ M.J.J.R van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 191.

⁸⁵ Indien de eigenwoningregeling voor de bijleenregeling toch pas eindigt op 1 mei in jaar 3, dan heeft dat tot gevolg dat de renteaftrek in de tussentijd niet door de bijleenregeling wordt getroffen.

⁸⁶ Ik besteed geen aandacht aan het mogelijke effect van onderdeel B.3.6.bb. Zie daarvoor § 6.7.2.1.

Waarde pand t.t.v. echtscheiding	€ 400.000
Eigenwoningschuld	€ 250.000
Effectenportefeuille	€ 200.000

Stel dat de huwelijksgoederengemeenschap als volgt wordt verdeeld:

Vrouw		Man	
Pand	€ 400.000	effecten	€ 175.000
Schuld	€ 250.000		
Effecten	€ 25.000		
Totaal	€ 175.000		€ 175.000

Voor de verdeling is de totale latente eigenwoningreserve € 150.000. Na de verdeling heeft de man een eigenwoningreserve van € 75.000; so far so good. De vrouw heeft na de verdeling echter een latente eigenwoningreserve van € 150.000 in plaats van € 75.000. Deze verhoging wordt veroorzaakt door het feit dat ze de helft van het pand van de man overneemt met eigen geld (effecten). Voor zover een eigen woning met eigen vermogen wordt gefinancierd, ontstaat voor dat deel een latente eigenwoningreserve. Aangezien een huwelijksgoederengemeenschap regelmatig meer zal omvatten dan alleen de eigen woning, kan dit gevolg veelvuldig optreden en zou men kunnen kiezen voor een andere verdeling. Men zou bijvoorbeeld de huwelijksgoederengemeenschap eerst partiëel kunnen verdelen. Bij deze partiële verdeling worden dan eerst het pand en de schuld verdeeld en gaat de vrouw een lening aan ter grootte van de overbedeling (€ 75.000). Alsdan lijkt sprake te zijn van een eigenwoningschuld. Met het geld dat zij leent bij de bank, lost zij haar ex-man af. Daarna wordt de rest van de huwelijksgemeenschap verdeeld: de man krijgt de effecten voor een waarde van € 175.000 toegedeeld en de vrouw voor een waarde van € 25.000. Nu wordt de man dus overbedeeld met € 75.000 en krijgt hij een schuld van € 75.000 aan zijn ex-vrouw. Aangezien hij net € 75.000 van haar heeft ontvangen, kan hij haar met dat bedrag aflossen. Na deze verdeling ziet het vermogen van de vrouw en de man er dan als volgt uit:

Vrouw		Man	
pand	€ 400.000	effecten	€ 175.000
schuld	€ 325.000	-	
effecten	€ 25.000	+	
overig vermogen	€ 75.000	+	
totaal	€ 175.000		€ 175.000

Het verschil met de eerst weergegeven verdeling is dat de vrouw een grotere schuld heeft aan de bank en dat zij voor € 75.000 aan overig vermogen heeft. De facto heeft zij dit overige vermogen ad € 75.000 gefinancierd met een lening en niet de eigen woning.

6.10.3 De woning wordt geheel toegedeeld aan niet-bewoner

Voor de fiscale gevolgen van deze mogelijkheid moet ook weer onderscheid gemaakt worden tussen de situaties waarin de toedeling plaatsvindt voor en na afloop van de tweejaarsperiode. Indien de toedeling plaatsvindt voor afloop van de tweejaarsperiode heeft de eigenaar / niet-bewoner wellicht toch een eigen woning op basis van vraag B.3.6.bb van het vraag- en antwoordbesluit uit 2001. Indien dat het geval is, moet hij het volledige eigenwoningforfait aangeven. Vervolgens is ditzelfde bedrag bij hem aftrekbaar als alimentatie en bij de in de woning wonende echtgenoot belast als alimentatie.⁸⁷ Of onderdeel B.3.6.bb ook effect heeft voor de bijleenregeling heb ik besproken in § 6.10.2.1, zodat ik hier volsta met een verwijzing daarnaar. Aangezien dit onderdeel niet meer is teruggekomen in het verzamelbesluit eigen woning van januari 2006 en ook niet in later verschenen besluiten, is het onduidelijk of dit ook allemaal nog geldt na die datum. Zie ook § 6.3.2.2.

Indien de toedeling plaatsvindt na afloop van de tweejaarstermijn, heeft de toedeling geen effect voor de toepassing van de eigenwoningregeling. Deze is immers al opgehouden op het moment dat de twee jaarstermijn van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 eindigt. Op dat moment vindt een vervreemding plaats voor de bijleenregeling en vormt de woning box 3-vermogen. Hetzelfde geldt voor een eventueel daaraan gekoppelde schuld. Zie ook § 6.9.5.

6.10.4 De woning blijft gemeenschappelijk eigendom

⁸⁷Dit is alleen anders indien de in de woning wonende echtgenoot een zakelijke vergoeding betaalt voor het gebruik van de woning. Deze vergoeding is niet afzonderlijk belast of aftrekbaar, maar valt weg in het eigenwoningforfait.

Als de woning (zowel juridisch als economisch) gemeenschappelijk eigendom blijft, blijft de woning volledig een eigen woning zo lang de tweejaarstermijn nog niet is verstreken. De bewoner heeft een eigen woning op grond van art. 3.111, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 2001 en de woningverlater op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Na afloop van deze twee jaar is sprake van een eigen woning voor de bewoner en sprake van box 3-vermogen voor de woningverlater. Ook vindt op dat moment een fictieve vervreemding plaats voor de bijleenregeling. De gevolgen zijn verder hetzelfde als besproken in § 6.9.5.

6.10.5 Bestaande eigenwoningreserve

De situatie kan zich voordoen dat bij het aangaan van de huwelijksgoederengemeenschap één van de partners een eigenwoningreserve ‘bezit’. Anders dan gebruikelijk binnen de eigenwoningregeling brengt het aangaan van het huwelijk hierin geen verandering; de eigenwoningreserve is en blijft volledig individueel bepaald. Dit heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat als de echtelieden een nieuwe eigen woning kopen, de hoofdregel is dat de eigenwoningreserve alleen moet worden ingezet op het deel van degene van wie de eigenwoningreserve is.

Voorbeeld

A verkoopt zijn woning 1 met een eigenwoningschuld van € 160.000 voor € 200.000. Hij heeft dus een eigenwoningreserve van € 40.000. A trouwt met B in gemeenschap van goederen en A trekt bij B in, in woning 2 die tot dan toe volledig eigendom is van B. A en B huwen in gemeenschap van goederen. Hierdoor wordt A gerechtigd tot de onverdeelde helft van woning 2, maar dit is op grond van art. 3.119a, zevende lid Wet IB 2001 geen reden om de eigenwoningreserve in te zetten. Na één jaar kopen zij samen een nieuwe woning, woning 3, met een waarde € 380.000, die zij volledig financieren. Ik ga ervan uit dat er met betrekking tot woning 2 geen eigenwoningreserve ontstaat omdat de waarde van die woning net zoveel is als de eigenwoningschuld. A moet nu op zijn aandeel in woning 3 zijn eigenwoningreserve inzetten. Zijn aandeel bedraagt € 190.000. De eigenwoningreserve van A bedraagt € 40.000. Zijn eigenwoningschuld bedraagt dan € 150.000. B hoeft niets in te zetten. De eigenwoningschuld van B bedraagt € 190.000.

De eigenwoningreserve blijft dus een individuele reserve. Opvallend is echter dat de wetgever partijen de mogelijkheid heeft gegeven om bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap een bij aanvang van het huwelijk reeds bestaande eigenwoningreserve overeenkomstig de onderlinge verhouding waarin de (gewezen) echtgenoten tot die gemeenschap gerechtigd zijn, te verdelen (art. 3.119a, tiende lid, Wet IB 2001 jo. 17a, eerste lid, onderdeel a, Uitv.reg. IB 2001). Het verzoek moet worden gedaan uiterlijk in het jaar waarin de huwelijksgoederengemeenschap is ontbonden.

Ik vraag mij af wat de realiteitszin is van deze bepaling, tenminste in het geval van echtscheiding.⁸⁸ Het zal niet vaak voorkomen dat een ex-echtgenoot bereid is om de helft van een eigenwoningreserve over te nemen. Het is ook opmerkelijk dat de wetgever een uitzondering heeft gemaakt op hetgeen ‘fiscaal normaal’ is bij de huwelijksgoederengemeenschap en de eigen woning, namelijk dat fiscaal ieder van de echtgenoten de helft aangaat.⁸⁹

6.10.6 Overbedelingsschulden

Bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap kunnen overbedelingsschulden en onderbedelingsvorderingen ontstaan. Deze laatste vorderingen behoren altijd tot het box 3-vermogen van de betrokken belastingplichtige. De schulden daarentegen moeten worden gekoppeld aan de bezittingen die daarmee zijn verkregen. Indien de huwelijksgoederengemeenschap alleen een eigen woning bevat, ziet de overbedelingsschuld alleen op het verkrijgen van een eigen woning zodat de schuld volledig aan de eigen woning moet worden toegerekend. Bevat de huwelijksgoederengemeenschap meerdere bezittingen, dan moet de toerekening van de overbedelingsschuld pro rata plaatsvinden.⁹⁰ Voor zover de overbedelingsschuld aan de eigen woning is toe te rekenen, is sprake van een eigenwoningschuld. Vergelijk onderdeel 3.9 van laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NFR* 2010/1433, inzake de eigenwoningrente:

‘3.9. Overname van het deel van de eigen woning van de ex-partner

De financiering van de overname van een deel van de woning van de ex-partner kan leiden tot een eigenwoningschuld. De eigenwoningschuld is maximaal de waarde in het economische verkeer van het overgenomen deel van de eigen woning op het moment van de ‘uitkoop’. Dit geldt ook als de woning in het kader van de boedelverdeling (bij echtscheiding) is toegewezen aan de partner die daardoor is overbedeeld. De overbedelingsschuld kan in beginsel worden aangemerkt als een eigenwoningschuld. Ik wijs in dat kader op het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 1988, *BNB* 1988/143, waarin is bepaald dat de overbedelingsschuld naar evenredigheid moet worden toegerekend aan de verkregen activa uit de boedel.

⁸⁸In geval van overlijden ligt dit uiteraard anders. Overheveling van de helft aan de overledene sorteert geen enkele pijn.

⁸⁹M.J.J.R van Mourik, *De eigen woning in de Wet IB 2001*, Fiscale Geschriften, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2006, p. 193.

⁹⁰Zie HR 20 januari 1988, *BNB* 1988/143.

Voorbeeld

De woning is op het moment van de verdeling van de huwelijkse boedel waard € 250.000. De eigenwoningschuld is op dat moment € 150.000. Tot de boedel behoort daarnaast een auto ter waarde van € 30.000. De waarde van de totale huwelijksgemeenschap bedraagt € 130.000 (huis € 250.000 plus auto € 30.000 minus eigenwoningschuld € 150.000). Bij de boedelverdeling wordt de auto aan de vertrokken partner toegewezen. Het huis en de eigenwoningschuld worden aan de blijvende partner toegewezen. De blijvende partner wordt hierdoor voor € 35.000 overbedeeld. Om deze overbedelingsschuld te voldoen, sluit de blijvende partner een lening af van € 35.000. De blijvende partner had zelf een eigenwoningschuld van € 75.000 en neemt het aandeel in de hypotheekschuld over van de vertrekkende partner (euro 75.000). De eigenwoningschuld van de blijvende partner wordt € 185.000.'

Het komt nogal eens voor dat de overbedelingsschuld die is ontstaan bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap wordt gefinancierd bij bijvoorbeeld een bank of bij de eigen bv. Deze schuld behoudt het karakter van eigenwoningschuld indien en voorzover dat karakter ook bestond ten aanzien van de afgeloste overbedelingsschuld.⁹¹ Zie voor verreken schulden § 6.11.4.

6.10.7 Bestaande schulden

6.10.7.1 Blijft het verband bestaan?

De vraag komt op of bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap het verband tussen de eigen woning en een bestaande schuld blijft bestaan, of dat de gerechtigden tot de ontbonden huwelijksgemeenschap bij de verdeling nieuwe verbanden leggen.

Voorbeeld

Tot een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap behoren de volgende vermogensbestanddelen: een eigen woning van € 500.000 en een eigenwoningschuld van € 500.000 en zowel de woning als de schuld worden aan de vrouw toegedeeld. Er bestaat geen twijfel: de schuld van € 500.000 is een eigenwoningschuld.⁹² Stel echter dat tot de huwelijksgoederengemeenschap ook nog een inboedel van € 50.000 en een effectenportefeuille van € 150.000 behoren en dat opnieuw alle vermogensbestanddelen aan de vrouw worden toegedeeld. Zij krijgt hierdoor een schuld van € 100.000 aan haar ex-echtgenoot. Hoe moet in die situatie worden omgegaan met de bestaande eigenwoningschuld van € 500.000 en met de overbedelingsschuld van € 100.000? Er laat zich een drietal mogelijkheden denken:

1. Het oude verband tussen de woning en de schuld verbreekt, zodat zowel de oude schuld als de overbedelingsschuld pro rata aan de bezittingen moeten worden toegerekend. De totale bezittingen hebben een waarde van € 700.000. De totale schulden bedragen € 600.000. De pro rata berekening leidt ertoe dat een eigenwoningschuld resteert van $600.000/700.000 * 500.000 = € 428.571$. Hiermee daalt de oude eigenwoningschuld beneden zijn oorspronkelijke waarde. De verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap leidt ertoe dat een deel van de bestaande eigenwoningschuld verdampt en dat lijkt mij onjuist.
2. Het oude verband tussen de schuld en de eigen woning blijft volledig bestaan en de overbedelingsschuld van € 100.000 moet pro rata worden toegerekend aan alle vermogensbestanddelen, dus ook voor een deel aan de eigen woning. In casu krijgt de vrouw in totaal € 700.000 aan bezittingen, waarvan € 500.000 ziet op de eigen woning; dit betekent dat $100.000/700.000 * 500.000 = € 71.429$ extra eigenwoningschuld ontstaat. Hiermee overstijgt de totale schuld de waarde van de eigen woning. Deze uitwerking lijkt mij evenals uitwerking 1 in strijd met de economische realiteit.
3. Het oude verband tussen de schuld en de eigen woning blijft volledig bestaan en de overbedelingsschuld van € 100.000 moet pro rata worden toegerekend aan alle vermogensbestanddelen en aan de woning voorzover deze de hoogte van de bestaande eigenwoningschuld overstijgt. In mijn voorbeeld speelt dit laatste overigens niet. Ik heb de waarde van de eigen woning en de hoogte van de schuld aan elkaar gelijkgesteld om te laten zien dat mogelijkheid 2 tot een uitkomst leidt die in strijd is met de economische realiteit. Nu in casu de

⁹¹Vergelijk vraag A.23 van het besluit van 11 mei 1998, V-N 1998/27.3, gewezen voor de toepassing van art. 45, vijfde lid, Wet IB 1964. A.23 *Herfinanciering overbedelingsschuld van een nalatenschap of een huwelijksgemeenschap*. Vraag: Ingevolge art. 45, vijfde lid, sub 4, Wet IB 1964 zijn de renten van schulden wegens overbedeling in verband met de verdeling van een nalatenschap of een huwelijksgemeenschap – onder voorwaarden – uitgezonderd van de aftrekbeperking van art. 45, vierde lid, Wet IB, voor persoonlijke-verplichtingenrenten. Geldt die uitzondering ook indien de overbedelingsschuld is afgelost uit een geldlening die is aangegaan bij een financiële instelling of bij een eigen bv? *Antwoord*: Ja, ook in dergelijke gevallen is de uitzonderingsbepaling van toepassing.

⁹²In deze zin ook B.3.6.c van het besluit van 25 augustus 2000, CPP2000/1313M, V-N BP21/13.2, p. 3541. Dit besluit is vervallen met het uitbrengen van het verzamelbesluit over de eigen woning in 2006. Uit het voorbeeld in onderdeel 3.9 van laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, NTFR 2010/1433, inzake de eigenwoningrente dat is besproken in de vorige paragraaf blijkt dat de staatssecretaris ook van ening is dat de band tussen de woning en de oude schuld blijft bestaan.

waarde van de eigen woning volledig gelijk is aan de bestaande eigenwoningschuld, moet de overbedelingschuld volledig aan de overige vermogensbestanddelen worden toegerekend. In casu ziet € 25.000 op de inboedel en € 75.000 op de effecten. Overigens sorteert deze toerekening fiscaal geen effect, aangezien de schuld in zijn geheel in box 3 in aanmerking moet worden genomen.

Naar mijn mening is mogelijkheid 3 de juiste uitwerking. De andere twee mogelijkheden zijn in strijd met de economische realiteit. Bovendien past mogelijkheid 3 in de zienswijze van de Hoge Raad ten aanzien van het verband tussen bestaande schulden en vermogensbestanddelen bij de verdeling van een nalatenschap. In HR 2 november 1960, *BNB* 1961/56 was het overlijden van de erflater voor de Hoge Raad geen reden om het historische verband tussen de schulden en de bezittingen te verbreken. In casu waren de schulden geen bronschulden geweest voor de erflater. De enkele stelling dat de erfgenaam door de aanvaarding van de nalatenschap die schulden zou zijn 'aangegaan' ter verkrijging van de activa der nalatenschap, zorgde er niet voor dat het karakter van de schulden voor de erfgenaam veranderde. De Hoge Raad oordeelde in algemene zin dat in het geval van een onverdeelde boedel:

'een overgang onder algemene titel geen wijzigingen brengt in het verband tussen de activa en passiva van de erflater waaraan de interest van zekere schulden het karakter van verwervingskosten kan ontleen'.

Er bestaat mijns inziens geen reden om in geval van de verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap bij leven een ander standpunt in te nemen.

6.10.7.2 Dertijaarsperiode

Met ingang van 1 januari 2001 kunnen belastingplichtigen de rente op schulden die betrekking hebben op de eigen woning nog maar gedurende ten hoogste dertig jaar aftrekken. Zie art. 3.120, tweede lid, Wet IB 2001.⁹³ Gedurende het huwelijk heeft aftrek plaatsgevonden en is dus een deel van de dertigjaarstermijn opgemaakt. Bij de echtscheiding komt de vraag op wie van de echtgenoten welk deel van zijn termijn is kwijtgeraakt. Is hiervoor bepalend wie van de echtelieden de rente daadwerkelijk heeft afgetrokken, of moet worden aangesloten bij de belastingplichtige tot wiens vermogen de schuld behoort? Uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 was de wetgever van mening dat bepalend was wie van de echtelieden de rente feitelijk in aftrek had gebracht.⁹⁴ Hierdoor zou gedurende de huwelijkse periode bij moeten worden gehouden wie van de echtelieden welk deel van de rente in aftrek heeft gebracht. Dit geldt ook voor de rente die in aftrek is gebracht tijdens de echtscheidingsperiode. Indien en voor zover de man of de vrouw renteaftrek heeft genoten op grond van art. 3.111 Wet IB 2001 jo. art. 3.120 Wet IB 2001, verkort dit de periode waarin zij recht hebben op renteaftrek eigen woning. In de vorige edities van dit boek heb ik mij afgevraagd of dit voor de praktijk niet onnodig complicerend is.⁹⁵ Aansluiting bij de juridische betalingsverplichting had meer voor de hand gelegen.⁹⁶ Inmiddels is de staatssecretaris op dit standpunt teruggekomen en is voor de toepassing van de 30-jaarstermijn bepalend tot wiens vermogen de eigenwoningschuld behoort. In het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente is daarover in onderdeel 3.12.2 het volgende opgenomen:

'Indien een belastingplichtige een eigenwoningschuld heeft, dan loopt bij hem de 30-jaarstermijn. De vaststelling van de aanwezigheid (en hoogte) van een eigenwoningschuld en van de in verband met die eigenwoningschuld in aanmerking te nemen aftrekbare kosten gebeurt op het niveau van een individuele belastingplichtige. De toerekening van inkomensbestanddelen tussen partners heeft, anders dan bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 is betoogd (verwijzende noot weggelaten; MJH), geen gevolgen voor de 30 jaarstermijn. Eerst nadat op individueel niveau, met inachtneming van de rente over de eigenwoningschuld, de (negatieve) belastbare inkomsten uit eigen woning zijn bepaald, komt de toerekening van deze inkomsten tussen partners aan de orde (artikel 2.17 Wet IB 2001). Wanneer partners per jaar afwisselend de belastbare inkomsten uit eigen woning in aanmerking nemen, leidt dit dus niet tot 60 jaar renteaftrek. Voor beide partners start de termijn bij aankoop van de woning en het aangaan van de eigenwoningschuld en eindigt 30 jaar later.'

6.10.8 Antimisbruikbepalingen

Vanwege de discrepantie tussen heffing in box 1 en heffing in box 3 heeft de wetgever in de Wet IB 2001 een aantal antimisbruikbepalingen opgenomen. Ook de eigenwoningregeling kent een aantal antimisbruikbepalingen. Twee daarvan kunnen in deze situatie van belang zijn, namelijk:

1. Art. 3.120, vierde lid, onderdeel c, Wet IB 2001 dat bepaalt dat indien de woning van de partner wordt gekocht, de rente op een eventueel ontstane excedentschuld niet aftrekbaar is in box 1; en
2. Art. 3.120, negende lid, Wet IB 2001 dat bepaalt dat de rente op een eigenwoningschuld aan de partner niet

⁹³Voor op 1 januari 2001 bestaande schulden begint deze periode pas te lopen vanaf deze datum. Art. AKb Invoeringswet Wet IB 2001.

⁹⁴*Kamerstukken I* 1999/2000, 26 727, nr. 202a, p. 50 en 51.

⁹⁵Zie ook H.P.A.M. van Arendonk, *Echtscheiding onder de Wet IB 2001: eenvoudiger?*, *MBB* 2002/ 5, p. 121.

⁹⁶ Daar komt bij dat in geval van gemeenschap van goederen het voordeel van de renteaftrek materieel aan beide echtelieden ten goede is gekomen.

aftrekbaar is in box 1.

In beide gevallen behoort de schuld op grond van art. 2.14, derde lid, onderdeel a, Wet IB 2001 tot het box 3-vermogen van de schuldenaar. De antimisbruikbepalingen gelden alleen tussen fiscale partners.

Deze twee antimisbruikbepalingen kunnen in geval van echtscheiding een rol spelen, zij het dat dit zich waarschijnlijk niet vaak zal voordoen. Stel dat de echtelieden na de verdeling van de huwelijksgemeenschap voorlopig in dezelfde woning blijven wonen, omdat er bijvoorbeeld nog geen andere geschikte woonruimte is gevonden, en dat in het kader van de toedeling van de woning aan de ene ex-echtgenoot, een overbedelingsschuld is ontstaan jegens de andere ex-echtgenoot. Aangezien de ex-echtgenoten nog op hetzelfde adres staan ingeschreven, is (een deel van) de woning gekocht van de fiscale partner. In dat geval is de rente over de overbedelingsschuld niet aftrekbaar op grond van art. 3.120, vierde lid, onderdeel c, Wet IB 2001, ook niet als de schuld is geherfinancierd bij de bank. Immers, niet de financiering is het probleem, maar het feit dat de woning van een partner is overgenomen. Geheel in overeenstemming met de ratio van de regeling raakt de schuld zijn besmetting overigens kwijt op het moment dat de ex-echtgenoot/niet-eigenaar zich uitschrijft uit de GBA.⁹⁷

Zolang de ex-echtgenoten op hetzelfde adres staan ingeschreven en de schuldenaar niet overgaat tot herfinanciering van de schuld, is de rente op de schuld aan de ex-echtgenoot overigens ook niet aftrekbaar op grond van art. 3.120, negende lid, Wet IB 2001.

Men kan zich afvragen of het wenselijk is dat in deze situaties – tijdelijk – de aftrek van de rente wordt beperkt. Immers, partijen zijn weliswaar fiscale partners, maar hebben de intentie deze situatie zo spoedig mogelijk, bijvoorbeeld als de nieuwe woning van de ex-echtgenoot klaar is, te beëindigen.⁹⁸ Weliswaar zal het hier niet om grote aantallen gaan, maar een en ander moet voor het incidentele geval ook goed geregeld zijn.

6.11 Buiten gemeenschap van goederen gehuwden

6.11.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de fiscale gevolgen met betrekking tot de eigen woning indien echtelieden gaan scheiden en het pand niet in enige huwelijksgoederengemeenschap valt. Ik ga er hierbij bovendien van uit dat de woning geheel toebehoort aan de man. Ik bespreek twee situaties. In de eerste situatie verlaat de man de woning (§ 6.11.2), in de tweede situatie verlaat de vrouw de woning (§ 6.11.3). In § 6.11.4 besteed ik aandacht aan een schuld die ontstaat uit hoofde van een finaal verrekenbeding, § 6.11.5 ten slotte handelt over de situatie waarin de ene echtgenoot investeert in een eigen woning van de ander. Indien de echtgenoten gezamenlijk de eigendom hebben van de woning, zijn de fiscale gevolgen hetzelfde als hiervoor beschreven bij de echtgenoten die zijn gehuwd in gemeenschap van goederen.

6.11.2 Situatie 1: man verlaat de woning

Aangezien de man de woning in eigendom heeft, vormt de woning voor de man een eigen woning op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001. Hij wordt belast met het eigenwoningforfait. Dit forfait is bij hem vervolgens aftrekbaar als persoonsgebonden aftrekpost en bij zijn vrouw belast als aangewezen periodieke verstrekking. De rente die de man op de lening betaalt, is aftrekbaar in box 1. De vrouw heeft geen eigen woning meer aangezien haar partner haar niet langer meer de eigenwoningregeling intrekt. In het, wellicht uitzonderlijke, geval dat zij wel een schuld ten aanzien van de eigen woning heeft, heeft zij naar de letterlijke tekst van de wet geen recht op renteaftrek in box 1. Naar mijn mening is deze uitwerking echter in strijd met de bedoeling van de wetgever (§ 6.3.5).

Indien na twee jaar geen wijziging in de situatie is gekomen, behoort de eigen woning en de schuld tot het box 3-vermogen van de man. Hij moet de waarde van de woning tot zijn box 3-vermogen rekenen, zonder rekening te houden met een waardedrukkende factor vanwege de bewoning door de ex-echtgenoot. Zie art. 5.22, vierde lid, Wet IB 2001. De reden hiervoor is dat hiermee reeds bij de persoonsgebonden aftrekpost rekening wordt gehouden, mits uiteraard sprake is van een alimentatieverplichting. Ook treedt op dat moment de bijleenregeling in werking; immers de woning houdt op een eigen woning te zijn voor de man. Er is sprake van een fictieve vervreemding. Voor de bepaling van het vervreemdingssaldo moet worden uitgegaan van de waarde in het economische verkeer van het pand op het fictieve vervreemdingsmoment. Aangezien de man de enige is die eigenaar is van de woning, komt de eigenwoningreserve geheel voor zijn rekening. Art. 3.119b, tweede lid Wet IB 2001 geeft partijen echter de

⁹⁷Zie laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, onderdeel 6.

⁹⁸In een soortgelijke situatie tussen ouders en kinderen heeft de staatssecretaris goedgekeurd dat de aftrekbeperking van 3.120, negende lid, Wet IB 2001 achterwege kan blijven. Zie laatstelijk het besluit van 10 juni 2010, nr. DGB2010/921, *NTFR* 2010/1433 inzake de eigenwoningrente, onderdeel 6.1. Deze situatie zal zich na 1 januari 2011 minder vaak voordoen, vanwege het feit dat het kind en de ouder alleen als partner kwalificeren indien zij voldoen aan de objectieve criteria in art. 1.2, eerste lid, Wet IB 2001. De goedkeuring geldt overigens niet voor de toepassing van art. 3.120, vierde lid, onderdeel a, Wet IB 2001.

mogelijkheid om aan te sluiten bij de economische werkelijkheid. Indien partijen zijn overeengekomen dat ook bij echtscheiding wordt verrekend als waren zij in gemeenschap van goederen gehuwd, kunnen zij op verzoek de helft van de eigenwoningreserve toerekenen aan de vrouw. Voor die helft staat de man zijn meerwaarde immers af. Dit is ook precies de situatie die de wetgever bij de invoering van art. 3.119b, tweede lid voor ogen heeft gehad.⁹⁹ De overheveling kan alleen plaatsvinden in de verhouding van de feitelijke gerechtigdheid tot het vervreemdingssaldo.¹⁰⁰ In de situatie van echtscheiding zal het uiteraard voorkomen dat de gewezen partner die geen eigenaar is van de woning helemaal niet wil meewerken aan het verzoek om overheveling van de eigenwoningreserve. Het is dan ook raadzaam om bij de opstelling van de huwelijkse voorwaarden ook iets te regelen over de toerekening van de eigenwoningreserve.

6.11.3 Situatie 2: vrouw verlaat de woning

De woning vormt voor de man een eigen woning op grond van zijn eigendomsrecht, zodat de rente op een eventuele eigenwoningsschuld die tot zijn vermogen behoort, aftrekbaar is in box 1. Hij moet het volledige eigenwoningforfait aangeven. De vrouw heeft ook een eigen woning, maar dan op grond van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001, tenzij ervan moet worden uitgegaan dat voor de toepassing van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 eigendomsrechten zijn vereist. In § 6.3.5 heb ik reeds aangegeven dat dit naar mijn mening niet het geval is. Mocht de vrouw een schuld hebben die ziet op de eigen woning, dan is de rente bij haar aftrekbaar in box 1. De vrouw hoeft geen eigenwoningforfait aan te geven aangezien zij niet is gerechtigd tot de inkomsten uit de eigen woning.

6.11.4 Verrekenschulden

Indien partijen huwelijkse voorwaarden overeenkomen, bestaan daartoe diverse varianten zoals een periodiek verrekenbeding, een finaal verrekenbeding en een huwelijksgoederengemeenschap ten aanzien van een aantal specifiek genoemde goederen zoals de eigen woning of aanmerkelijkbelangaandelen.¹⁰¹ Van deze varianten zijn de verrekenstelsels veruit het populairst.¹⁰² Bij beide verrekenbedingen moet goed voor ogen worden gehouden dat er nooit een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap ontstaat. De echtgenoten hebben alleen eigen vermogen¹⁰³ en verder ontstaan er over en weer vorderingen in geld.¹⁰⁴ Een schuld die ontstaat krachtens een finaal verrekenbeding waarbij de waarde van de woning moet worden verrekend, vormt dan ook geen schuld die betrekking heeft op de verkrijging van een eigen woning. De eigen woning dient slechts als rekengrootheid en er is geen sprake van de overdracht van enige eigendom ten aanzien van de woning. Om die reden kan er dan ook geen sprake zijn van een eigenwoningsschuld. Overigens waren onder de Wet IB 1964 verrekenschulden wel gelijkgesteld met overbedelingschulden in de zin van art. 45, vijfde lid, sub 4, Wet IB 1964. Hierdoor werd de verrekenschuld niet getroffen door de aftrekbeperking van art. 45, vierde lid, Wet IB 1964 en was de rente volledig aftrekbaar.¹⁰⁵ Deze goedkeuring heeft onder de Wet IB 2001 geen navolging gekregen. Zonder goedkeuring vormen de verrekenschulden per definitie box 3-vermogen, ongeacht het vermogensbestanddeel dat ten grondslag heeft gelegen aan de waardeverrekening.

6.12 Afkoop van alimentatie

De mogelijkheid bestaat dat de ene ex-echtgenoot de eigen woning overdraagt aan de andere ex-echtgenoot om aan de alimentatieverplichting te voldoen. Dit is een voldoening van een afkoopsom in natura. De overdracht van de eigen woning betekent een persoonsgebonden aftrek voor de waarde van de woning voor de alimentatieplichtige.¹⁰⁶ De alimentatiegerechtigde geniet alimentatie ter waarde van de woning, welke volledig is belast in box 1. Zie § 9.9.2. Nadat de woning is overgedragen, zal deze een eigen woning vormen voor de eigenaar mits uiteraard sprake is van een hoofdverblijf.

6.13 Conclusie

⁹⁹ *Kamerstukken II 2002/2003*, 29 210, nr. 3, p. 46.

¹⁰⁰ B.F. Schuver en M.H.C. Ruijschop, 'De bijleenregeling', *WFR* 2003/6553, p. 1803.

¹⁰¹ Zie voor een opsomming en een uitgebreide civielrechtelijke bespreking van alle varianten M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 277-291.

¹⁰² M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 279.

¹⁰³ M.J.A. van Mourik, *Regels voor verrekenbedingen*, *WPNR* 2002/6499, p. 557.

¹⁰⁴ A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, *Fiscale gevolgen van verrekenbedingen*, *FTV*, 2001/6, p. 13.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II 1996/1997*, 24 761, nr. 9, *V-N* 1996, p. 4024 e.v. en vraag A.24 van het besluit van 11 mei 1998, *V-N* 1998/27.3, gewezen voor de toepassing van art. 45, vijfde lid, onder 4, Wet IB 1964. Deze goedkeuring gold overigens niet voor rentebetalingen die echtgenoten onderling tijdens het huwelijk waren verschuldigd op grond van verrekenbedingen gedurende het huwelijk. Zie vraag A. 25 van hetzelfde besluit.

¹⁰⁶ Dit is (ten onrechte) anders voor ongehuwd samenwonende partners. Bij de ongehuwd samenwonende partner is de afkoopsom niet aftrekbaar. Zie HR 14 november 2008, *BNB* 2010/3.

In dit hoofdstuk zijn gevolgen voor de eigen woning in geval van echtscheiding beschreven. In § 6.2 tot en met § 6.6 is een theoretische verhandeling gegeven. De belangrijkste conclusies daaruit zijn weergegeven in § 6.7. Vervolgens is meer specifiek ingegaan op de gevolgen voor de praktijk, waarbij afzonderlijk aandacht is besteed aan de in gemeenschap van goederen gehuwden en de buiten gemeenschap van goederen gehuwden. Uit dit laatste blijkt dat de conclusies die zijn getrokken in § 6.7 een leidraad vormen voor de praktijk, zodat ik op deze plaats daar naar verwijs. Ik volsta hier met een paar belangrijke conclusies.

Uitgangspunt voor het genieten van inkomen uit de eigen woning is de (economische) eigendom van de eigen woning. Ten aanzien van de renteaftrek is ten eerste bepalend tot wiens vermogen de eigenwoningschuld (juridisch of economisch) behoort. Ten tweede moet de rente op de rentebetaler drukken. Indien de schuldenaar de rente betaalt, drukt de rente bij hem en is de rente dus bij hem aftrekbaar voor zover betrekking hebbend op die eigenwoningschuld. Indien een ander de rente voor zijn rekening neemt, is dat nooit eigenwoningrente voor die ander. Immers, hij heeft geen eigenwoningschuld. Mogelijk is wel sprake van alimentatie. De rente drukt in geval van betaling door een ander steeds op de schuldenaar, tenzij verhaal niet mogelijk is. De rente is bovendien direct aftrekbaar bij de schuldenaar, ook als een regresvordering ontstaat. Immers, deze wordt per direct rentedragend. Dit is alleen anders indien verhaal niet mogelijk is, omdat dan de waarde in het economische verkeer van de rentevordering nihil is.

Voor de praktijk is verder van belang dat indien in een civiele procedure is bepaald dat de ene echtgenoot alle rente voor zijn rekening moet nemen, de fiscale rechter daaruit afleidt dat de rente niet aftrekbaar is bij de andere echtgenoot ook al behoort de eigenwoningschuld, in geval van een gemeenschap van goederen, voor de helft tot het vermogen van die andere echtgenoot. Dit is naar mijn mening niet juist, omdat de ene echtgenoot weliswaar de gehele rente moet betalen, maar dat alleen maar moet doen omdat hij gebruik mag maken van de helft van de woning die tot het vermogen van de andere echtgenoot behoort. Met andere woorden, er is geen sprake van rente, maar van een gebruiksvergoeding voor de woning. Een gebruiksvergoeding staat renteaftrek niet in de weg. Gezien de stand van de jurisprudentie is het raadzaam om in echtscheidingsprocedures niet te vragen om een vergoeding van de rente, maar op een gebruiksvergoeding die qua omvang wordt gesteld op de helft van de verschuldigde rente. Hiermee is in ieder geval voor een periode van twee jaar de renteaftrek volledig gewaarborgd, hetgeen ook de bedoeling van de wetgeving met de echtscheidingsregeling van art. 3.111, vierde lid, Wet IB 2001 is geweest.