

# 585. Echtscheidingsconvenant, schenkbelasting en fiscus

MR. W. VERSTIJNEN

In een goed echtscheidingsconvenant wordt een fiscale paragraaf opgenomen waarin de fiscale afspraken over bijvoorbeeld de partnerregeling in het jaar van echtscheiding, de afstemming van aangiftes en de draagplicht van heffingen zijn opgenomen. In dergelijke paragrafen wordt vaak een (standaard)bepaling opgenomen die betrekking heeft op de heffing van schenkbelasting.

In dit artikel neem ik de aspecten van schenkbelasting bij echtscheiding aan de hand van zo'n standaardbepaling onder de loep en zie ik in hoeverre de Belastingdienst de gemaakte afspraken kan toetsen. Ook wordt ingegaan op een aantal specifieke vraagstukken en worden tips voor de praktijk gegeven.

Voordat ik inhoudelijk inga op de schenkbelastingclausule in het echtscheidingsconvenant beschrijf ik het fiscale begrippenkader van een schenking of gift en de voldoening aan een natuurlijke verbintenis.

## Verkrijging krachtens schenking en gift

Heffing van schenkbelasting komt aan de orde over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen van iemand die ten tijde van de schenking in Nederland woonde.<sup>1</sup> Onder schenking wordt in dit kader verstaan de gift zoals uitgewerkt in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.<sup>2</sup> Dit betekent dat zowel de formele schenking als de gift binnen het bereik van de schenkbelasting valt.<sup>3</sup> De belangrijkste criteria voor een belaste schenking zijn daarmee (i) de verrijking van een begiftigde, (ii) de verarming van de schenker en (iii) het feit dat de bevoordeling van de begiftigde moet hebben plaatsgevonden uit vrijgevigheid van de schenker. Het fiscale inwonerschap wordt bepaald aan de hand van alle omstandigheden, waarbij voor de heffing van schenkbelasting (en erfbelasting) voor Nederlanders in beginsel een fictief inwonerschap van tien jaar na emigratie geldt. Voor eenieder die uit Nederland emigreert geldt voor de heffing van schenkbelasting een fictief inwonerschap van één jaar na emigratie.<sup>4</sup>

## De natuurlijke verbintenis

De natuurlijke verbintenis wordt bij wijze van fiscale fictie als belaste schenking aangemerkt. Tegelijkertijd kent de

Successiewet een vrijstelling van schenkbelasting voor schenkingen die strekken tot voldoening aan een natuurlijke verbintenis.<sup>5</sup> Een natuurlijke verbintenis is een dringende morele verplichting van zodanige aard dat naleving daarvan, hoewel rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt. Bij de voldoening aan een natuurlijke verbintenis is geen sprake van vrijgevigheid.

## Schenkbelastingclausule in convenant

In het vervolg van dit artikel wordt de volgende standaardclausule uit een echtscheidingsconvenant als leidraad genomen.

### 'Geen bevoordelingsbedoeling

Partijen stellen vast dat zij, voor zover in dit echtscheidingsconvenant niet anders is bepaald, over en weer niet de bedoeling hebben om elkaar in het kader van de afwikkeling van hun huwelijk en de regeling omtrent de gevolgen van de scheiding te bevoordelen. Partijen zijn van mening dat de regeling zoals omschreven in deze overeenkomst in lijn is met de onderlinge wettelijke rechten en plichten. Indien en voor zover de regeling zoals beschreven in deze overeenkomst desondanks naar objectieve maatstaven als een bevoordeling van één der partijen wordt aangemerkt, is sprake van de voldoening van een natuurlijke verbintenis. Mocht de belastingdienst desondanks een belaste schenking constateren en tegen dit oordeel zijn alle rechtsmiddelen uitgeput, dan beroepen partijen zich op toepassing van het echtgenotentarief dat volgt uit onderdeel 2 het besluit

1 Art. 1-1-2 SW 1956.

2 Art. 1-7 SW 1956 jo. art. 7:186-2 BW.

3 In dit artikel wordt uitsluitend de term 'schenking' gebruikt, maar daarmee wordt mede bedoeld op de gift.

4 Art. 3 SW 1956.

5 Art. 33-12 SW 1956 jo. art. 6:3-2-b BW.

van de staatsecretaris van Financiën, de dato 5 juli 2010 (nummer DGB2010/872).<sup>6</sup>

Deze clausule sluit aan op het hiervoor geschetste schenkingsbegrip van de Successiewet en beoogt in het echtscheidingsconvenant vast te leggen dat een essentieel onderdeel van de schenking, te weten de bevoordelingsbedoeling, ontbreekt. Als ‘vangnet’ voor de onverhoopte constatering van een schenking door de Belastingdienst wordt gesteld dat sprake is van een natuurlijke verbintenis. Mocht ook dit niet slagen, dan wordt een beroep gedaan op de toepassing van het ‘voordelige’ partnertarief in de schenk- en erfbelasting. In het navolgende ga ik nader in op de verschillende onderdelen en de positie van de Belastingdienst in dezen.

### Fiscale toetsing bevoordelingsbedoeling

Echtscheidingen zijn situaties waarin veel en uiteenlopende zaken aan de orde komen. Het totaal aan afspraken wordt aan het einde van een scheidingsproces in een echtscheidingsconvenant gevat. De partners hebben onderhandeld en op bepaalde aspecten, financieel of anderszins, toegegeven dan wel gelijk gekregen om tot integrale overeenstemming te komen. Scheidende partners geven elkaar niet graag cadeautjes en zullen zich er niet in herkennen als een bevoordelingsbedoeling zou worden gesteld. Hoe dit fiscaal wordt gezien, wordt hierna uitgewerkt.

### Er is slechts ruimte voor een andersluidende uitleg van de inspecteur indien de uitleg van partijen in redelijkheid niet kan worden volgehouden

De lijn in de fiscale jurisprudentie ten aanzien van de bevoordelingsbedoeling is dat degene die de handeling heeft verricht en is verarmd de verrijking van de ander moet hebben gewild. Het motief waarmee de bevoordeling geschiedt doet niet ter zake. In een casus waarbij een van de echtgenoten bij echtscheiding uit morele verplichtingen een ongelijke verdeling voorstond oordeelde de Hoge Raad dat de bevoordelingsbedoeling ‘in objectieve zin dient te worden verstaan, aldus dat – aangenomen dat er ook werkelijk een bevoordeling tot stand komt – partijen zich bewust zijn van het feit dat er bevoordeling plaats vindt en hun wil is gericht op het tot stand brengen daarvan’.<sup>6</sup> De bewustheid van bevoordeling en de wil tot bevoordeling moeten zelfstandig worden beoordeeld.<sup>7</sup> Doorgaans zal iemand die zich bewust is van een bevoordeling ook de wil tot bevoordeling hebben. Echter, in een casus waarin een ex-echtgenote zeven jaar na de scheiding van haar man certificaten van aandelen ver onder de waarde aan haar ex-man (terug)verkochte oordeelde Rechtbank Gelderland

dat er geen sprake was van de wil om te bevoordelen.<sup>8</sup> Mevrouw verkeerde namelijk in acute geldnood en besloot, zelfs tegen het advies van haar advocaat in, om het aanbod van haar ex-man te accepteren. De wil tot bevoordeling ontbrak volgens de rechtbank, aangezien mevrouw geld op korte termijn blijkbaar verkoos boven een mogelijk hogere opbrengst op langere termijn.

Bij veel scheidingen is de uitleg en toepassing van huwelijksvoorwaarden een belangrijk punt van discussie. De Belastingdienst is in principe gebonden aan de uitleg die partijen aan huwelijksvoorwaarden geven, zeker in geval partijen ter zake een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten. Er is slechts ruimte voor de uitleg van de Belastingdienst indien de uitleg van partijen in redelijkheid niet kan worden volgehouden. Gubbels brengt hierbij wel de nuance aan dat tekstuele uitleg het vertrekpunt is en partijen met een andersluidende uitleg op basis van de (oorspronkelijke) bedoelingen de tekst niet opzij kunnen zetten.<sup>9</sup> Dat de Belastingdienst kans van slagen heeft om de uitleg van partijen te betwisten blijkt uit een recente uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 3 januari 2019. De echtgenoten hadden tijdens huwelijk een vaststellingsovereenkomst gesloten ‘ter uitvoering van het verleden bij periodiek verrekenbeding’. Het hof heeft de Belastingdienst gelijk gegeven in zijn stelling dat sprake was van een schenking. De Belastingdienst had, kort gezegd, met succes, betoogd dat nagenoeg het hele vermogen van de man afkomstig was uit voorhuwelijks vermogen en er zodoende geen vermogen was dat voor verrekening in aanmerking kwam. Met de gedingstukken had de Belastingdienst ook aangetoond dat er sprake was van een bevoordelingsbedoeling.

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat de afwezigheid van een bevoordelingsbedoeling objectief onderbouwd moet kunnen worden wil deze de toets van de Belastingdienst kunnen doorstaan. Het loutere feit dat het echtscheidingsconvenant een resultante is van een onderhandeling tussen twee scheidende partners is niet voldoende. Het motief dat aan een bevoordelingsbedoeling ten grondslag ligt is immers niet relevant. Indien een van beide echtgenoten in het kader van de onderhandeling binnen een totaalregeling op vermogensrechtelijk vlak bijvoorbeeld ‘water bij de wijn zou doen’ om anderszins gelijk te krijgen, of gewoon om ‘van het gedoe af te zijn’, kan objectief bezien sprake zijn van een bevoordelingsbedoeling belaste schenking. In zeer specifieke omstandigheden kan daarbij mogelijk nog worden gesteld dat er, ondanks de bewustheid van de bevoordeling, geen sprake is van de wil tot bevoordeling.

### Waardering en schenking

Naast de uitleg en toepassing van huwelijksvoorwaarden, is ook de waardering van vermogen een veel terugkomend punt van discussie tussen scheidende partners. Voor

6 HR 15 juni 1994, nr. 28 840, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687.

7 In gelijke zin bepaalde de Hoge Raad ook in HR 12 juli 2002, nr. 36 902, ECLI:NL:HR:2002:AD7272.

8 Rb. Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002.

9 N.C.G. Gubbels, ‘Samenwonen/trouwen en scheiden van de AB-houder’, TFO 2019/160.2.



de heffing van schenkbelasting geldt ook hierbij dat een belaste schenking pas aan de orde komt als aan de civiele vereisten, waaronder de aanwezigheid van een bevoordelingsbedoeling, wordt voldaan. In zoverre niets nieuws ten opzichte van het voorgaande.

### Partijen kunnen met een anders-luidende uitleg op basis van de (oorspronkelijke) bedoelingen de tekst niet opzij zetten

Echter, ten aanzien van waarde en schenkbelasting dient men zich te realiseren dat de Successiewet fiscale waarderingsvoorschriften kent. De hoofdregel is dat voor de heffing van schenkbelasting wordt uitgegaan van de waarde in het economische verkeer ten tijde van de verkrijging.<sup>10</sup> Voor bepaalde vermogensbestanddelen, zoals woningen<sup>11</sup> en ondernemingsvermogen<sup>12</sup>, zijn specifieke waarderingsvoorschriften opgenomen. Ten aanzien van woningen is bepaald dat de WOZ-waarde leidend is. Voor ondernemingsvermogen geldt de zogeheten *going-concern*-waarde, tenzij de liquidatiewaarde van een onderneming hoger is. Een overdracht voor een hogere of lagere waarde dan deze fiscale waardes leidt echter niet per definitie tot een belaste schenking. Om namelijk toe te komen aan toepassing van de waarderingsvoorschriften van de Successiewet, moet eerst civielrechtelijk worden getoetst of sprake is van een schenking.

Als bijvoorbeeld een woning met een WOZ-waarde van € 500.000 voor de werkelijke waarde van € 400.000 in een finale verrekening wordt betrokken, is geen sprake van een verarming, verrijking en bevoordelingsbedoeling en wordt aan heffing van schenkbelasting niet toegekomen. Wordt echter van de werkelijke waarde afgeweken en is sprake van een bevoordelingsbedoeling, dan komt heffing van schenkbelasting aan de orde. In dat geval is ook het waarderingsvoorschrift van de Successiewet leidend. Als voornoemde woning voor € 350.000 in een finale verrekening zou worden betrokken en er sprake zou zijn van een schenking, wordt de hoogte van de belaste schenking bepaald aan de hand van het verschil tussen € 350.000 en de WOZ-waarde van € 500.000.

Een terugkerende discussie in het kader van waardering betreft de waardering van latente belastingverplichtingen in box 2 van de inkomstenbelasting. Moet worden uitgegaan van de nominale waarde of van de contante waarde? Behandeling van deze vraag gaat het bestek van dit artikel te buiten.<sup>13</sup> Wel vul ik graag aan dat er ook rondom dit

vraagstuk pas sprake kan zijn van de heffing van schenkbelasting als is voldaan aan de civielrechtelijke schenkingscriteria. De Successiewet bepaalt dat de inkomstenbelasting in box 2 voor 6,25% van de waarde in mindering mag worden gebracht op de verkrijging.<sup>14</sup> Aan dit percentage wordt uitsluitend toegekomen als er sprake is van een (belaste) schenking. Het forfaitaire percentage is dus niet automatisch (ook) van toepassing op de waardering die tussen partijen moet worden gehanteerd.

### Slagingskans van het vangnet natuurlijke verbintenis

Mocht de Belastingdienst er bij een objectieve toetsing in slagen om een bevoordelingsbedoeling aannemelijk te maken, dan wordt in de geciteerde voorbeeldclausule een beroep gedaan op de natuurlijke verbintenis. Naar mijn mening is de slagingskans van dit 'vangnet' beperkt. De voldoening aan de natuurlijke verbintenis wordt, zoals gezegd, in de Successiewet bij wijze van fictie aangemerkt als belaste schenking. De Successiewet kent daarnaast een vrijstelling voor de natuurlijke verbintenis. Door deze systematiek dient de belastingplichtige aannemelijk te maken dat is verkregen in verband met een natuurlijke verbintenis. Bij de beoordeling of sprake is van een dringende morele verplichting gaat het niet om het subjectieve inzicht van degene die de prestatie verricht, maar om een objectief oordeel.<sup>15</sup> Gesteld kan worden dat de dringende morele verplichting restrictief wordt uitgelegd. De redactie van de Vakstudie merkt daarbij op dat bij de jurisprudentie op dit vlak moet worden bedacht dat de maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag of en in hoeverre ex-echtgenoten elkaar nog iets zijn verschuldigd, in de loop van de tijd sterk zijn gewijzigd en voorts dat het civiele recht inmiddels ook is gewijzigd.<sup>16</sup> Met de aanstaande inwerkingtreding van de Wet herziening partneralimentatie wordt wat mij betreft (nog) meer benadrukt dat echtgenoten sterker op zichzelf zijn aangewezen. Uit arresten van de Hoge Raad kan bovendien worden opgemaakt dat mede acht moet worden geslagen op de omstandigheden van het geval, waaronder de wederzijdse welstand en behoefte van partijen.<sup>17</sup> Een clausule waarin standaard een beroep wordt gedaan op de natuurlijke verbintenis verhoudt zich wat mij betreft niet tot deze toets.

### Tegemoetkoming in tarief Successiewet

In het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 5 juli 2010 is een tegemoetkoming verleend in de tarieven van de schenk- en erfbelasting voor verkrijgingen door ex-echtgenoten en ex-partners.<sup>18</sup> Formeel is voor de bepa-

10 Art. 21-1 Successiewet 1956.

11 Art. 21-5 Successiewet 1956.

12 Art. 21-13 Successiewet 1956.

13 Voor een pleidooi voor de contante waarde wordt verwezen naar o.a.: N.C.G. Gubbels, 'Samenwonen/trouwen en scheiden van de AB-houder', *TFO* 2019/160.2. Voor een pleidooi voor de nominale waarde wordt verwezen naar o.a.: H. Hoeve, 'Latente' belastingpercentages: een hardnekkig misverstand met grote gevolgen', *FTV* 2018/3-13.

14 Art. 21-5-c en art. 21-6-d Successiewet 1956.

15 HR 26 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC4640.

16 *Vakstudie Successiewet 1956*, art. 33 SW 1956, aantekening 2.4 (onder 12), online bijgewerkt 28 augustus 2019.

17 HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1808.

18 Besluit Staatssecretaris van Financiën, 5 juli 2010, nr. DGB 2010/872M, *Stcr.* 2010, 10783.

ling van de van toepassing zijnde tarieven de relatie op het moment van de verkrijging bepalend. Indien een schenking (of erfrechtelijke verkrijging) ingevolge een echtscheidingsregeling tot stand komt na de echtscheiding, zou het hogere tarief van tariefgroep II in de schenk- en erfbelasting van toepassing zijn. De Staatssecretaris van Financiën heeft met een beroep op de hardheidsclausule echter goedgekeurd dat het lagere echtgenotentarief in de schenk- en erfbelasting mag worden toegepast voor verkrijgingen in samenhang met een echtscheidingsregeling. Hoewel een formeel beroep op deze goedkeuring mijns inziens niet noodzakelijk is, kan het geen kwaad dat de geciteerde voorbeeldclausule dit beroep wel doet.

### Tot besluit

In dit artikel ben ik ingegaan op de aspecten van schenkbelasting bij echtscheidingen, het echtscheidingsconvenant en ook op de positie van de Belastingdienst hierin. Geconcludeerd mag worden dat de toets of sprake is van een schenking, meer in het bijzonder de bevoordelingsbedoeling, geobjectieerd moet worden beschouwd. Individuele motieven zijn in beginsel niet relevant. De Belastingdienst is in principe gebonden aan de uitleg die partijen geven aan de huwelijksvoorwaarden en kan deze slechts betwisten indien deze in redelijkheid niet kan worden volgehouden. Waar het de waardering van vermogensbestanddelen betreft, zal pas een schenking kunnen worden geconstateerd indien partijen voldoen aan de civielrechtelijke criteria voor een schenking en er dus ook een bevoordelingsbedoeling is.

### Louter de opname van een (standaard)clausule in het echtscheidingsconvenant is in het kader van de schenkbelasting onvoldoende

Er is dus ruimte voor een objectieve toetsing door de Belastingdienst. Vanuit dit oogpunt is het raadzaam dat echtgenoten deugdelijk kunnen onderbouwen dat de door hen overeengekomen regeling op een redelijke uitleg van hun

huwelijksvoorwaarden en een redelijke toepassing van het huwelijksvermogensrecht berust. Ook ten aanzien van de waardering van vermogensbestanddelen is een deugdelijke onderbouwing aan te raden. Louter de opname van een (standaard)clausule in het echtscheidingsconvenant is wat mij betreft dan ook onvoldoende. Het dossier zal een goede (juridische) onderbouwing moeten bevatten van de getroffen regeling. Ook is het zinvol om de afwegingen van partijen te documenteren, bijvoorbeeld aan de hand van besprekingsverslagen. Ook ten aanzien van de waardering van vermogensbestanddelen is het raadzaam om deze met stukken te kunnen onderbouwen.

Vanwege het feit dat een beroep op de natuurlijke verbintenis weinig kans van slagen heeft en afhankelijk is van de omstandigheden van het individuele geval, raad ik niet aan hier standaard een beroep op te doen. Zo'n beroep zal in de meeste situaties niet veel toevoegen, zeker niet als dit niet objectief onderbouwd wordt. Indien desalniettemin concreet rekening wordt gehouden met de mogelijkheid van een bevoordelingsbedoeling, raad ik aan om met de echtgenoten te spreken over de draagplicht ten aanzien van eventuele schenkbelasting. Schenkbelasting is in beginsel voor rekening van de begiftigde, maar partijen kunnen hierover een afwijkende afspraak maken. In de geciteerde voorbeeldclausule is van zo'n afwijkende afspraak geen sprake. In voorkomende gevallen raad ik aan om dit aspect wel in overweging te nemen.

In een artikel over belasting en echtscheiding kan tot slot een verwijzing naar de recente campagne van de Belastingdienst niet ontbreken.<sup>19</sup> De Belastingdienst constateert dat ex-partners veel fouten maken bij belasting- en toeslagzaken en adviseert om op het moment van uit elkaar gaan afspraken over fiscale zaken te maken en op papier te zetten. Een advies dat ik van harte onderschrijf.

#### Over de auteur

#### Mr. W. (Wouter) Verstijnen

Partner, belastingadviseur en mediator bij Arcagna B.V. in Amsterdam en Rotterdam, tevens docent schenk-, erf-, overdrachtsbelasting en estate planning aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>19</sup> <https://over-ons.belastingdienst.nl/campagne-scheiden/>.