

MASTER'S THESIS

Schenken bij Scheiden

hoe waardeer je wat je niet verwacht? Een onderzoek naar wanneer er bij scheiding wordt geschonken en welke waarde die schenking heeft.

Hermus, L.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

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 at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 09. Sep. 2021



Schenken bij scheiden:

hoe waardeer je wat je niet verwacht?

Een onderzoek naar wanneer er bij scheiding wordt geschonken en welke waarde die schenking heeft.

Masterscriptie	Rechtsgeleerdheid profiel Fiscaal Recht Open Universiteit
Naam	Lisa Hermus (851373141)
Begeleider	mr. W. Verstijnen
Tweede lezer	mr. dr. S.M.H. Dusarduijn
Datum	24 november 2020
Aantal woorden	15.704

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	1
Lijst van gebruikte afkortingen	3
Hoofdstuk 1	4
1.1 Inleiding	4
1.2 Operationalisering en deelvragen	7
1.3 Relevantie van het onderzoek	9
1.3.1 <i>Wetenschappelijke relevantie</i>	9
1.3.2 <i>Maatschappelijke relevantie</i>	10
Hoofdstuk 2 De afspraken die partijen bij scheiding met elkaar maken	11
2.1 Inleiding	11
2.2 De bepaling van de omvang van de gemeenschap van goederen van partijen	12
2.3 Het afwikkelen van een verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden	13
2.4 Welke afspraken maken partijen over hun pensioen en welke mogelijkheden hebben zij tot verrekening van pensioen met een overbedeling?	16
2.5 De mogelijke afspraken over partneralimentatie en verrekening van een partneralimentatie afkoopsom met een overbedeling	17
Hoofdstuk 3 De waarde van de afspraken	20
3.1 Inleiding	20
3.2 De waarde van de onderneming	21
3.1.1 <i>Hoe wordt de onderneming gewaardeerd bij scheiding?</i>	21
3.3 De waarde van de woning	24
3.4 De waarde van belastinglatenties	25
3.5 De waardering van het recht op verevening van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen	26
3.6 De waarde van het recht op partneralimentatie	28
3.7 De waarde in het economische verkeer en de redelijkheid en billijkheid	29
3.8 Enkele bijzonderheden ten aanzien van de fiscale waarde en de waarde welke in aanmerking genomen wordt bij de bepaling van een belaste schenking	30

Hoofdstuk 4 De voorwaarde voor een belaste schenking	32
4.1 Inleiding	32
4.2 De beoordeling van de elementen verrijking en verarming bij overbedeling bij scheiding	33
4.3 De beoordeling van het element van de bevoordelingsbedoeling	35
4.4 De familierechtelijke context	37
Hoofdstuk 5 Reflectie en conclusie	39
5.1 Inleiding	39
5.2 Beantwoording van de deelvragen	39
5.2.1 <i>Beantwoording van de deelvraag: Welke afspraken maken partijen met elkaar bij hun scheiding en welke keuzes en mogelijkheden hebben zij bij het maken van de scheidingsafspraken?</i>	39
5.2.2 <i>Beantwoording van de deelvraag: Hoe dienen partijen bij hun scheiding de goederen die behoren tot de gemeenschap of welke betrokken worden bij een verrekenbeding te waarderen en welke ruimte tot afwijken hebben zij daar, civiel en fiscaal, bij?</i>	41
5.2.3 <i>Beantwoording van de deelvraag: Hoe wordt bij scheiding de toets voor een belaste schenking gedaan?</i>	42
5.3 Beantwoording van de hoofdvraag	44
5.4 Aanbevelingen	45
Bronnen	46
Jurisprudentie	48

Lijst van gebruikte afkortingen

APV-methode	Adjusted Present value-methode
B.V.	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DCF-methode	Discounted cashflow-methode
DGA	Directeur Grootaandeelhouder
EB	Echtscheidingsbulletin
FOR	Fiscale oudedags reserve
Hof	Gerechtshof
Hoge Raad	Hoge Raad der Nederlanden
o.a.	Onder andere
ODV	Oudedagsvoorziening
p.	Pagina('s)
PEB	Pensioen in eigen beheer
SW 1956	Successiewet 1956
resp.	Respectievelijk
RJ-uiting	Raad voor de Jaarverslaglegging – uiting
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering
V&A	Vraag en Antwoord
VOF	Vennootschap onder firma
Wet IB 2001	Wet op de Inkomstenbelasting 2001
WOZ	Waarde onroerende zaak
WVPS	Wet verevening pensioenrechten bij scheiding
Zvw	Zorgverzekeringswet

Hoofdstuk 1

1.1 Inleiding

Het geven van cadeautjes is een belangrijk onderdeel van vele rituelen in ons leven. Verjaardagen en feestjes worden ermee opgeluisterd, ouders doen hun best hun kinderen een erfenis na te laten en geliefden betuigen met een presentje hun liefde aan elkaar. Zelfs bij een verdrietige gebeurtenis, zoals een overlijden, worden pannenkoeken en hartige taarten naar nabestaanden gebracht. Bij de scheiding van twee mensen eindigt die vrijgevigheid naar elkaar vaak plotsklaps. Partijen willen in de regel, op zijn best, alles 50/50 delen. Uiteraard zijn er uitzonderingen op die regel en partijen juist bewust afspraken maken waarbij één partij meer krijgt dan hem toekomt.¹ Vaker is de overbedeling onbedoeld of wordt deze voor lief genomen. Dit laatste wanneer partijen het oneens zijn over de waarde van een scheidingsonderdeel en één partij ter beëindiging of voorkoming van een lange en kostbare juridische strijd toegeeft. Waarbij hij ermee akkoord gaat om het gezamenlijke goed voor de lagere prijs te verdelen dan dat hij denkt dat dit waard is. Die partij neemt dan maar voor lief dat de ander er mogelijk beter van wordt, als hijzelf in ieder geval zijn belangen maar gediend ziet. Een overbedeling kan ook ontstaan vanwege waarderingfouten van partijen of wanneer een onjuiste belastinglatentie wordt gehanteerd.² Eenzelfde problematiek bestaat wanneer partijen een te ruime (of juist te enge) uitleg of toepassing geven aan hun huwelijkse voorwaarden. Dit bijvoorbeeld bij de bepaling welk vermogen betrokken wordt in een periodiek of finaal verrekenbeding, welke inkomen tot het inkomensbegrip behoort of welk vermogen in de huwelijksgoederengemeenschap valt.³ Ook een onjuiste vaststelling van hetgeen tot de wettelijke algehele of beperkte gemeenschap of tot een eenvoudige gemeenschap behoort kan tot overbedeling leiden. Tot slot kan het, in dit onderzoek verder niet te bespreken, wijzigen van het huwelijksgoederenregime tot overbedeling leiden.⁴ Deze opsomming is niet geheel limitatief maar geeft de omvang van de onderdelen van een (echt)scheiding aan waar overbedeling kan ontstaan, zelfs zonder dat partijen daar soms notie van hebben.

De wet geeft aan scheidende partijen om te kunnen scheiden niet de verplichting hun gemeenschappelijk vermogen te verdelen, noch de verdeling schriftelijk vast te leggen in bijvoorbeeld een convenant.⁵ Zij hebben in het civiele recht en dus ook bij een scheiding, de

¹ Daar waar ik van 'hem', 'hij' of 'zijn' spreek mag de lezer ook 'haar', 'zij' of 'haar' lezen. Voor de leesbaarheid van de tekst neem ik niet steeds hem/haar of hij/zij op.

² Parket Hoge Raad 30 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2396, Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:281 r.o. 3.3.2.

³ De Bruijn 2019, p. 345-347.

⁴ Stcr. 2018, 10850.

⁵ De Bruijn 2019, p. 207 .

vrijheid om afspraken met elkaar te maken, ook al leidt dat tot overbedeling van één der partijen.⁶ Fiscaalrechtelijk kan, als één van de partijen wordt overbedeeld, op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 Successiewet 1956 (SW 1956) echter wel een belaste schenking ontstaan.⁷

Uit artikel 1 lid 7 SW 1956 blijkt dat het fiscale schenkingsbegrip feitelijk bestaat uit het ruime begrip van de civiele gift zoals bedoeld in artikel 7:186 lid 2 BW.⁸ Dat betekent dat niet alleen schenkingen uit een overeenkomst om niet als belaste schenking voor de SW 1956 kunnen worden aangenomen. Tevens elke andere handeling die er toe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander, ten koste van zijn eigen vermogen verrijkt. De voorwaarden voor een belaste schenking zijn – in fiscale zin - drieledig.⁹ Er moet sprake zijn van (i) verarming van de schenker, (ii) verrijking van de begiftigde en (iii) de schenker moet dat doen uit vrijgevigheid, ook wel de bevoordelingsbedoeling.¹⁰ Uit de jurisprudentie blijkt dat bij overbedeling bij scheiding een belaste schenking ontstaat.¹¹ Vanzelfsprekend wordt dan, als één partij wordt overbedeeld, deze partij verrijkt, ten koste van de andere partij. Partijen verdelen of verrekenen immers met elkaar.¹² Uit de jurisprudentie blijkt tevens dat geen overbedeling ontstaat wanneer partijen afspreken het ouderdomspensioen niet conform de wet te verdelen maar een alternatieve afspraak te maken. Zelfs als dat betekent dat één partij geheel afziet van zijn recht op het pensioen van zijn ex partner.¹³ Ook wanneer partijen een hogere of lagere partneralimentatie overeenkomen dan uit de alimentatieberekening blijkt leidt dat niet tot overbedeling. Dit is op zich niet bijzonder: de wet voorziet in de mogelijkheid om alternatieve afspraken te maken over ouderdomspensioen en partneralimentatie.¹⁴ Het is wel opvallend dat partijen een overbedeling kunnen ‘neutraliseren’ door deze weer te verrekenen met de waarde van het ouderdomspensioen en of de partneralimentatie afkoopsom.¹⁵

Een kort voorbeeld om dit te illustreren: Marie en Jan hebben bij hun scheiding een woning te verdelen met een overwaarde van € 100.000. De woning wordt aan Marie toebedeeld. Zij wordt daarmee voor € 50.000 overbedeeld. Voor een gelijke verdeling van de goederengemeenschap, en het voorkomen van een belaste schenking van € 50.000 door Jan aan Marie, moet Marie aan Jan € 50.000 voldoen. Nu vinden Jan en Marie dat zij ‘onder aan de

⁶ Van Riemsdijk 2013, p. 182. Zie artikel 3:40 BW.

⁷ Van Vijfeijken 2018, p. 147.

⁸ Sonneveld 2017, p. 81 en artikel 1 lid 1 onder 7 SW 1956.

⁹ Artikel 7:175 lid 1 BW jo artikel 1 lid 1 onder 2 SW 1956.

¹⁰ Van Vijfeijken 2018, p. 148 - 152

¹¹ Jansen-Verbakel 2020, p. 139 en 142, Hoge Raad 10 oktober 2014 ECLI:NL:HR:2014:2931, NJ 2014/440, r.o. 3.7.

¹² Jansen-Verbakel 2020, p. 125, De omvang van de gemeenschap van goederen is geregeld in artikel (nieuw) 1:94 BW. Hoge Raad 22 november 2013 ECLI:NL:HR:2013:1393 r.o. 3.3.2.

¹³ Vlaardingerbroek 2014, p. 167. Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584 r.o. 4.6.

¹⁴ Vlaardingerbroek 2014, p. 167.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5743 r.o. 4.1.

streep' evenveel moeten hebben én zij willen voorkomen dat Marie aan Jan € 50.000 moet betalen. Zij hebben daarom tevens bepaald dat Jan aan Marie partneralimentatie moet betalen omdat zij behoeftig is. De partneralimentatieafkoopsom hebben zij bepaald op € 50.000.¹⁶ Tot slot komen zij overeen dat Marie de woning krijgt en Jan geen partneralimentatie hoeft te betalen. De eenvoudige rekensom leert: Marie moet € 50.000 aan Jan betalen en Jan moet € 50.000 aan Marie betalen. Zij verrekenen deze bedragen met elkaar en voilà! beiden hebben evenveel. Zou Marie aan Jan € 50.000 ter verdeling van de woning hebben betaald en, hoewel zij behoeftig is, hebben afgezien van partneralimentatie, dan zou dat evenwel niet tot overbedeling van Jan hebben geleid.

Dit voorbeeld is geen exoot in de scheidingspraktijk. Regelmatig wordt de overbedeling van een partij verrekend met de waarde van de partneralimentatieafkoopsom of de waarde van het te verevenen ouderdomspensioen.

De derde voorwaarde voor een belaste schenking is de bevoordelingsbedoeling.¹⁷ De schenker moet de verrijking van de begiftigde hebben gewild.¹⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat de reden waarom de schenker de begiftigde wil bevoordelen niet van belang is.¹⁹ Uit een arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 blijkt verder dat de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld.²⁰ De Hoge Raad overweegt daarbij wel dat voor de wil tot bevoordeling, het onvoldoende is dat een partij de bevoordeling van de ander voor lief neemt.²¹

Bij hun scheiding maken partijen afspraken die gezamenlijk een complex vormen en door hen in het licht van de scheidingsafwikkeling als totaalpakket gezien wordt. De vraag is dan ook in hoeverre de context van de scheiding een rol speelt in de beoordelingsruimte en de keuzemogelijkheden die partijen hebben bij het maken van afspraken over hun vermogensbestanddelen. Welke rol spelen overige afwegingen zoals emotionele- en financiële belangen bij het al dan niet ontstaan van een overbedeling? Wanneer kunnen partijen erop vertrouwen dat geen van hen wordt overbedeeld? De hier aangehaalde onduidelijkheden over wanneer een overbedeling bij scheiding kan ontstaan hebben niet alleen negatieve gevolgen voor de rechtszekerheid van partijen maar brengen ook praktische nadelen met zich mee. Partijen kunnen bij hun scheiding niet met zekerheid weten of hun verdeling en verrekening niet tot een belaste schenking leidt. Dat ontnemt hen de mogelijkheid om afspraken eventueel te wijzigen en geeft vooral voor de overbedeelde partij nadeel, omdat deze rekening moet houden

¹⁶ Als fictief voorbeeld: partijen komen een bruto afkoopsom overeen van € 100.000 met een belastingdruk van 50% uitgaande van fiscaal partnerschap en mogelijkheid toedeling gezamenlijke vermogensbestanddelen op grond van artikel 2.17 Wet IB 2001.

¹⁷ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

¹⁸ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

¹⁹ Janssen-Verbakel 2020, p. 58, en zie o.a. Hoge Raad 15 juni 1994 ECLI:NL:HR:1994:ZC5687.

²⁰ Hoge Raad 12 juli 2002 ECLI:NL:HR:2002:AD7272

²¹ Rb. Gelderland 18 september 2018 ECLI:NL:HR:RBGEL:2018:4002

met een te verwachten schenkbelastingaanslag. Voor de overheid is het bovendien van belang dat een partij weet dat hij wordt overbedeeld. Dit gezien het feit dat schenkbelasting een belasting op aangifte is. De fiscus is voor het opleggen van de aanslag afhankelijk van de aangifte door een overbedeelde partij.²²

Het bovenstaande strekt tot de beantwoording van de volgende onderzoeksvraag: *Welke afspraken tussen partijen, en tegen welke waarde, kunnen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling door de Inspecteur der belastingen of sprake is van een overbedeling die leidt tot een belaste schenking op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 Successiewet 1956?*

1.2 Operationalisering en deelvragen

De onderzoeksvraag zal worden beantwoord door gebruik te maken van de traditionele juridische methode, waarin rechtswetenschappelijk onderzoek wordt gedaan op basis van de wet, regelgeving, literatuur en jurisprudentie. Hierbij zal met name aandacht worden besteed aan de jurisprudentie nu deze van grote invloed is geweest op de inkleuring van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 SW 1956, de ontwikkeling van het juridische begrip van de waarde van een goed en de waarderingsmethoden van de vermogensbestanddelen bij scheiding.²³ Dit onderzoek richt zich in beginsel op scheidingsafspraken tussen echtgenoten²⁴ en samenwoners die uit elkaar gaan. Het zwaartepunt zal echter liggen bij scheidingsafspraken tussen echtgenoten omdat de wet voor echtgenoten de pensioenverevening en partneralimentatie regelt terwijl dat voor samenwoners niet zo is. Tevens valt de goederengemeenschap die samenwoners kunnen hebben niet onder de werking van boek 1 BW.²⁵ In dit onderzoek zal, tenzij expliciet de huwelijksgoederengemeenschap van artikel 1:94 BW wordt bedoeld, over goederengemeenschap worden gesproken welke zowel de (beperkte) huwelijksgoederengemeenschap als de eenvoudige gemeenschap van artikel 3:166 lid 1 BW omvat.²⁶ Daar waar van belang wordt onderscheid gemaakt tussen de wettelijke algehele gemeenschap van goederen en de na 1 januari 2018 ontstane wettelijke beperkte gemeenschap van goederen.²⁷ Bovenstaande onderzoeksvraag zal na antwoord op de volgende deelvragen worden beantwoord.

²² Van Vijfeijken 2018, p. 301.

²³ Zie o.a. Hoge Raad 6 maart 1963 ECLI:NL:HR:1963:AX7927, Hoge Raad 16 oktober 2015 ECLI:NL:HR:2015:3082, Hoge Raad 16 februari 2018 ECLI:NL:HR:2018:218, Parket Hoge Raad 24 mei 2019 ECLI:NL:PHR:2019:636 Labohm 2018.

²⁴ Lees hier ook geregistreerde partners op grond van artikel 1:80a BW. Titels 6,7,8 BW zijn van overeenkomstige toepassing op geregistreerde partners op grond van artikel 1:80b BW.

²⁵ De Bruijn 2019, p. 394-395.

²⁶ De Bruijn 2019, p. 113.

²⁷ De Bruijn 2019, p. 226.

1. *Welke afspraken maken partijen met elkaar bij hun scheiding en welke keuzes en mogelijkheden hebben zij bij het maken van hun scheidingsafspraken?* In hoofdstuk 2 komt het conceptuele kader aan bod waarin de theorie en de praktische vraagstukken over hoe scheidingsafspraken tot stand komen, waar partijen afspraken over maken en welke keuzemogelijkheden zij daarbij hebben, wordt besproken. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen afspraken die de verdeling van de (huwelijks)goederengemeenschap en verrekening van verrekenbedingen betreffen en de afspraken over pensioen en partneralimentatie. De afspraken over de kinderen zullen daarbij onbesproken blijven nu deze, hoewel uiteraard in een scheiding zeer belangrijk, voor het onderzoek niet dienstig zijn vanwege hun niet in 'geld waardeerbaarheid'. Hierbij wordt wel opgemerkt dat (zorgen over) afspraken over de kinderen van invloed kunnen zijn op de overwegingen van partijen bij het maken van scheidingsafspraken.
2. *Hoe dienen partijen bij hun scheiding de vermogensbestanddelen die behoren tot de gemeenschap of welke betrokken worden bij een verrekenbeding te waarderen en welke ruimte tot afwijken daarvan hebben zij daar, civiel en fiscaal, bij?* Hoofdstuk 3 bevat de analyse van de door de wet, regelgeving, literatuur, rechtspraak én praktijk ontwikkelde waarderingsmethoden welke partijen dienen te of kunnen gebruiken voor de waardering van hun vermogensonderdelen. Hierbij wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de invloed van de familierechtelijke verhouding waarin een scheiding zich afspeelt op de wijze waarop partijen hun scheidingsonderdelen moeten waarderen.
3. *Hoe wordt bij een scheiding de toets voor een belaste schenking gedaan?* In dit vierde hoofdstuk wordt voortgeborduurd op de soorten afspraken die partijen maken en waarvan in hoofdstuk 3 duidelijk is geworden hoe partijen de vermogensbestanddelen dienen te waarderen. Deze afspraken worden gezien vanuit het fiscale oogpunt van de Successiewet 1956. Hierbij worden de drie elementen die ingevuld dienen te worden om een belaste schenking aan te kunnen nemen geanalyseerd. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan het complex aan afspraken dat partijen maken waardoor de elementen niet op één (rechtshandeling) worden getoetst maar op een eindresultaat van vele afspraken dat tot een finaal afsprakenpakket leidt.

Met de bevindingen uit deze hoofdstukken volgt in hoofdstuk 5 de reflectie en conclusie. De bevindingen uit de hoofdstukken 2, 3 en 4 worden daarbij kort samengevat, de deelvragen worden beantwoord en tot slot een antwoord wordt gegeven op de centrale onderzoeksvraag.

1.3 Relevantie van het onderzoek

1.3.1. *Wetenschappelijke relevantie*

De wet biedt voor een schenking bij scheiding geen specifiek artikel. Indien de fiscus een overbedeling bij scheiding als belaste schenking wil aanmerken zal zij dat moeten doen op basis van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 SW 1956. Het complex aan scheidingsafspraken wordt getoetst aan de elementen die ingevuld dienen te worden voor het aanmerken van een belaste schenking terwijl de scheiding zich in een bijzondere familierechtelijke context afspeelt waarin de redelijkheid en billijkheid een bijzonder aanvullende werking heeft.²⁸ Nu hiervoor in de wet onder meer geen bijzondere artikelen zijn gegeven ten aanzien van onder meer de waardering van vermogensbestanddelen, de bepaling van het inkomensbegrip kunnen partijen noch de fiscus terugvallen op geschreven positief recht voor de precieze invulling wanneer een overbedeling ontstaat. Tevens geeft de wet geen invulling aan de elementen van de belaste schenking welke ingevuld moeten worden om een overbedeling bij scheiding aan te merken als belaste schenking. In de wet, regelgeving, jurisprudentie en praktijk tekenen zich zeker contouren af. Deze zijn nog niet geconcretiseerd en specifiek geduid als het gaat over wanneer precies scheidingsafspraken tot een belaste schenking kunnen leiden. In dit onderzoek tracht ik daarover duidelijkheid te geven. Of als op basis van de huidige stand van het recht het niet mogelijk is om (geheel) antwoord te geven dit onder de aandacht te brengen. Na dit onderzoek is de kennis ten aanzien van het ontstaan van een belaste schenking bij een scheiding uitgebreid. Dit is voor de rechtszekerheid van partijen van groot belang doch zeker ook voor de overheid nu partijen zelf aangifte dienen te doen van een schenking en zij dat alleen kunnen doen als zij weten wanneer deze ontstaat.

1.3.2 *Maatschappelijke relevantie*

Het is van belang voor partijen om te weten of zij bij het maken van hun scheidingsafspraken één van de partijen overbedelen en of de belastingdienst die overbedeling als belaste schenking aanmerkt. Ten eerste omdat de overbedeelde partij schenkbelasting moet betalen over het geschonken bedrag en daar mogelijk rekening mee moet houden wegens het reserveren van de schenkbelasting. Ten tweede omdat partijen in dát stadium hun afspraken nog kunnen aanpassen om een overbedeling te voorkomen of afspraken te maken over de draagplicht van eventuele schenkbelasting.²⁹ Jaarlijks maken tienduizenden mensen afspraken over hun scheiding met elkaar. Er worden per jaar circa 34.000 echtscheidingen

²⁸ Labohm 2017, p. 139, 152-153, Van Wijk – Verhagen 2018, p. 309, zie o.a. Hoge Raad 18 juni 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO7004 Parket Hoge Raad 24 mei 2019 ECLI:NL:PHR:2019:556, Hof Amsterdam 12 mei 2005 ECLI:NL:GHAMS:2005:AU1454

²⁹ Artikel 36 Successiewet 1956.

uitgesproken.³⁰ Daarnaast gaat ruim 40% van de samenwoners op enig moment uit elkaar.³¹ In 85% van die scheidingsgevallen maken partijen afspraken over met elkáár in plaats van de beslissingen aan de rechter over te laten.³² Per 1 januari 2018 is de automatische algehele gemeenschap van goederen gewijzigd in de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen.³³ Dat betekent dat in de toekomst, veel vaker dan voorheen het geval was, partijen bij hun scheiding zowel privévermogen als gezamenlijk vermogen bezitten. Daardoor zal, de regelmatig niet eenvoudige bepaling, van wat tot het gezamenlijke vermogen behoort in meer gevallen aan de orde zal zijn. De problemen bij de bepaling van de omvang van de goederengemeenschap zullen zich meer en meer voordoen waardoor mogelijk regelmatig een overbedeling ontstaat. Een groot aantal mensen krijgt daardoor mogelijk regularer een overbedeling omdat hun scheidingsafspraken één van hen overbedeelt. Rechtszekerheid is een belangrijk beginsel. Dit met name daar waar voor burgers, in dit geval scheidende partijen, verplichtingen in het leven worden geroepen zoals het doen van aangifte van een schenking en betalen van schenkbelasting.

³⁰ Factsheet Ministerie van Justitie 2020-1 p.2 (inclusief ontbinding geregistreerd partnerschappen).

³¹ Wobma 2009, p.14.

³² Factsheet Ministerie van Justitie 2020-1 p.2., Vlaardingerbroek 2014, p. 162.

³³ De Bruijn 2019, p. 37 en 226-227.

Hoofdstuk 2 De afspraken die partijen bij scheiding met elkaar maken

2.1 Inleiding

Door de ontbinding van het huwelijk wordt de huwelijksgoederengemeenschap vatbaar voor verdeling. Dit terwijl een eenvoudige gemeenschap steeds vatbaar is voor verdeling.³⁴ In beginsel hebben (gewezen) echtgenoten op grond van artikel 1:100 lid 1 BW en overige deelgenoten op grond van artikel 3:166 lid 2 BW een gelijk aandeel in de (ontbonden) gemeenschap.³⁵ Partijen zijn evenwel vrij anders te bepalen bij overeenkomst of rechtsverhouding, Uiteraard zolang zij niet in strijd zijn met de goede zeden en openbare orde. De verdeling kan ook steeds plaatsvinden en zij verjaart niet.³⁶ Een verdeling waarbij één partij alles krijgt en de andere partij niets is derhalve mogelijk. Zolang geen van de partijen dwaalt (3:196 BW) komt een onaantastbare overeenkomst tot stand.³⁷ Dit betekent een ruime reikwijdte van de partijautonomie bij het maken van scheidingsafspraken.

Als partijen scheiden maken zij kort gezegd afspraken over de verdeling van hun gemeenschap, de afwikkeling van de in de huwelijkse voorwaarden opgenomen verrekenbedingen, de verdeling van het huwelijkse pensioen en partneralimentatie. Daarbij maken partijen een soort 'keten' van afspraken die uiteindelijk tot een finaal afsprakenpakket leidt. Een relatief eenvoudige keten is wanneer partijen in algehele gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd zijn. De eerste stap in de bepaling van de omvang van de goederengemeenschap. Dit door te bepalen wat het aanwezige vermogen is, of daarvan vermogen privé aan een der partijen toekomt en of een partij een vordering heeft op de gemeenschap of omgekeerd de gemeenschap op een partij (reprise resp. recompense).³⁸ Zodra de omvang van de te verdelen gemeenschap is vastgesteld wordt de waarde van de gezamenlijke vermogensbestanddelen bepaald en verdeeld. Weinig gemeenschapsgoederen lenen zich er in de praktijk voor om gezamenlijk te blijven, een e/o bankrekening of gedeeld vakantiehuisje kunnen hierop bijvoorbeeld de uitzondering zijn.³⁹ Zelden is de waarde van de aan partijen toe gescheiden vermogensbestanddelen precies gelijk. In de regel voldoet een partij dan aan de andere de helft van het verschil tussen beider toebedeelde waarde door betaling van een som ineens bij de feitelijke verdeling of de partij blijft (een deel van) het bedrag schuldig aan de andere partij.⁴⁰ Tot slot maken partijen afspraken over de verdeling van de

³⁴ De Bruijn 2019, p. 207

³⁵ Hoge Raad 22 november 2013 ECLI:NL:HR:2013:1393 r.o. 3.3.2. De Bruijn 2019, p. 194

³⁶ De Bruijn 2019, p. 207.

³⁷ De Bruijn 2019, p. 213-214.

³⁸ Artikel 1:94 lid 6 regelt het bewijsvermoeden en Artikel 1:94 lid 2 onder a en c, leden 3 en 4 BW.

³⁹ De Bruijn 2019, p. 207;

⁴⁰ De Bruijn 2019, p. 208. Hierop is artikel 15 SW 1956 van toepassing.

pensioenen en partneralimentatie. Ingewikkelde ketens ontstaan wanneer partijen huwelijkse voorwaarden hebben met een niet (geheel) uitgevoerd verrekenbeding⁴¹, er onzekerheid is over het inkomensbegrip in de huwelijkse voorwaarden⁴², het complex van vermogensbestanddelen bestaat uit bijvoorbeeld een onderneming of vermogensbestanddelen die uit allerlei bronnen is ontstaan maar waarvan gebrekkige administratie is bijgehouden en wanneer partijen vergoedingsvorderingen jegens elkaar hebben.

In de volgende paragrafen wordt eerst besproken hoe wordt bepaald wat de omvang is van de goederengemeenschap en welke afspraken partijen daarover kunnen maken. Daarna zal de uitvoering van verrekenbedingen worden besproken. De afspraken die partijen maken over hun huwelijkse pensioen en partneralimentatie zullen uiteen worden gezet en daarbij zal aandacht worden besteed aan de bijzondere kenmerken die zij hebben. De mogelijkheid om een overbedeling te voorkomen door deze te verrekenen met pensioenaanspraken of een partneralimentatieafkoopsom een partij is het sluitstuk van dit hoofdstuk.

2.2 De bepaling van de omvang van de gemeenschap van goederen van partijen.

De peildatum voor de bepaling van de omvang van de gemeenschap van goederen waarover partijen afspraken maken is de datum van de indiening van het (gezamenlijk) verzoek tot echtscheiding of bij een eenvoudige goederengemeenschap: de datum van de vordering tot verdeling van de gemeenschap.⁴³ De gemeenschap van goederen bij een scheiding bestaat uit de goederen in de eenvoudige- algehele- en beperkte huwelijksgoederengemeenschap.⁴⁴ Het regime wordt bepaald door het wettelijk systeem waarbinnen de gemeenschap zich voordoet. Als partijen huwen is in beginsel het wettelijk huwelijksgoederenregime, thans de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen, van toepassing. Zij kunnen daarvan afwijken door het opmaken van huwelijkse voorwaarden.⁴⁵ Samenlevers die gezamenlijk een goed bezitten, bijvoorbeeld een woning, hebben een eenvoudige gemeenschap van goederen. De wettelijke algehele gemeenschap van goederen, standaard tot 31 december 2017, omvat alle vermogen van partijen behoudens de in de wet genoemde uitzonderingen.⁴⁶ Per 1 januari 2018 is de wettelijke algehele gemeenschap van goederen vervangen door de wettelijke beperkte gemeenschap van goederen.⁴⁷ Voor huwelijken gesloten na die datum geldt dat het voorhuwelijkse vermogen van elk der partijen en hetgeen verkregen wordt uit schenkingen en

⁴¹ Artikel 1:141 lid 1 BW, De Bruijn 2019, p. 345 en p. 324-327.

⁴² De Bruijn 2018, p. 338-339.

⁴³ Respectievelijk artikelen 1:99 lid 1 onderdeel b BW en 3:178 lid 1 BW.

⁴⁴ Artikel 3:166 lid 1 BW: de eenvoudige gemeenschap bestaat uit de goederen die daartoe behoren.

⁴⁵ De Bruin 2019, p. 103.

⁴⁶ De Bruijn 2019, p. 113-126.

⁴⁷ De Bruijn 2019, p. 225-226.

erfenissen buiten de gemeenschap blijven alsmede enkele andere wettelijke uitzonderingen.⁴⁸ In (vrijwel) alle gevallen zijn er bij scheiding van partijen gehuwd na 1 januari 2018 drie vermogens te bepalen; het privévermogen van elk der partijen uit voorhuwelijks vermogen en privé verkrijgingen en hetgeen partijen gezamenlijk hebben aangebracht of verkregen hebben tijdens het bestaan van de gemeenschap. De Bruijn geeft aan dat vermogen een complex is van vermogensbestanddelen, dus ook het vermogen dat tot de (huwelijks)goederengemeenschap behoort.⁴⁹ Dat vermogen kan bestaan uit bijvoorbeeld een woning, de banksaldi, een hypotheekschuld, de waarde van aanmerkelijk belang aandelen, auteursrechten, de waarde van vruchtgebruik enzovoort.⁵⁰ Voor dit onderzoek ga ik niet inhoudelijk in op de/alle mogelijke vermogensbestanddelen omdat dat te ver voert, doch is het wel de bedoeling aan te geven dat de vaststelling van de precieze omvang van de goederengemeenschap door dat complex niet steeds eenvoudig is.

Als een partij een vergoedingsvordering op de gemeenschap heeft wegens de inbreng van privévermogen (reprise) of de gemeenschap heeft een vergoedingsvordering op een partij (recompense) dan zal die voordat partijen overgaan tot verdeling van de gemeenschap moeten worden vergoed of worden geïnd. Hierdoor neemt de waarde van de gemeenschap immers af of toe. De Hoge Raad heeft in haar uitspraak van 5 april 2019 duidelijk gemaakt wat de reikwijdte is van de reprise van echtgenoten en dat deze zich ook uitstrekt tot vergoedingsrecht in het geval een partij met privévermogen consumptieve bestedingen voor het huishouden zijn betaald.⁵¹ Indien partijen onzeker zijn of een goed tot de gemeenschap behoort of zij geen van beiden kunnen bewijzen dat het goed van een van hen is, dan wordt vermoed dat het goed aan de gemeenschap toebehoort.⁵²

2.3 Het afwikkelen van een verrekenbeding

Een belangrijk beginsel van het huwelijksvermogensrecht is de partijautonomie. Dit komt zeker ook tot uitdrukking in de mogelijkheid om bij huwelijksvoorwaarden een ander goederenregime te bepalen dat tijdens het huwelijk zal gelden.⁵³ Het staat partijen tevens vrij gedurende het huwelijk huwelijksvoorwaarden aan te gaan of te wijzigen.⁵⁴ Het wijzigen of aangaan van huwelijksvoorwaarden tijdens het huwelijk is door de Staatssecretaris onder

⁴⁸ De Bruijn 2019, p. 225.

⁴⁹ De Bruijn 2019, p. 115.

⁵⁰ De Bruijn 2019, p. 113-116, 121-127.

⁵¹ Hoge Raad, 5 april 2019 ECLI:NL:HR:2019:504, r.o. 3.3.4.

⁵² Artikel 1:94 lid 6 BW en artikel 194 lid 8 BW (nieuw na 1 januari 2018).

⁵³ De Bruijn 2019, p. 243.

⁵⁴ De Bruijn 2019, p. 245.

voorwaarden toegestaan zonder dat dat leidt tot een belaste schenking.⁵⁵ Partijen die niet in de wettelijke gemeenschap van goederen huwen kunnen in hun huwelijkse voorwaarden regelen dat zij aan het einde van het huwelijk deels of geheel delen wat zij tijdens het huwelijk hebben bijeengebracht door een verrekenbeding op te nemen.⁵⁶ Verrekenstelsels zijn onder te verdelen in periodieke en finale verrekenbedingen. Een periodiek verrekenbeding regelt dat partijen jaarlijks hun overgespaarde inkomen bij helfte met elkaar verrekenen zodat het vermogen van beide partijen met een gelijk bedrag toeneemt.⁵⁷ Twee kwesties bemoeilijken de afwikkeling van het periodieke verrekenbeding; (i) het vaststellen wat tot het genoten inkomen behoort is ondanks een inkomensbegrip in de huwelijkse voorwaarden vaak niet eenvoudig, en (ii) de praktijk is dat partijen maar zelden hun periodieke verrekenbeding jaarlijks uitvoeren. Beide kwesties leidt bij scheiding tot grote problemen omdat achteraf alsnog bepaald moet worden wat verrekend had moeten worden.⁵⁸ De Hoge Raad heeft over de situatie van een niet uitgevoerd verrekenbeding duidelijkheid gegeven door te bepalen dat als tijdens het huwelijk niet is afgerekend, de verplichting tot verrekening blijft bestaan en het saldo ontstaan door belegging en herbelegging van de niet verrekende inkomsten moet worden verrekend.⁵⁹ Thans is deze jurisprudentie gecodificeerd in artikel 1:141 BW. Wanneer partijen scheiden zal eerst vastgesteld dienen te worden of het periodieke verrekenbeding geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd. Het vaststellen van het precieze jaarlijkse inkomen van elk der partijen, wat daarvan is besteed aan de kosten van de huishouding, welk deel is overgespaard en wat er met dat inkomen is gedaan levert in de praktijk veel problemen op.⁶⁰ Er is geen wettelijk inkomensbegrip waardoor dit steeds uit de huwelijkse voorwaarden moet blijken.⁶¹ Wellicht kan de wetgever bijdragen aan duidelijkheid voor partijen en geschillen voorkomen als in de wet een inkomensbegrip voor periodieke verrekenbedingen wordt opgenomen.

Uiteraard kan worden teruggevallen op artikel 1:141 BW echter dat leidt in de praktijk ook tot onbevredigende uitkomsten, of nog belangrijker in het kader van dit onderzoek, onzekere situaties omdat het aanwezige vermogen ook (deels) kan zijn gevormd door belegd en herbelegd voorhuwelijks vermogen en ontvangen schenkingen. De bepaling van de omvang van het finaal verrekenbeding is in veel opzichten eenvoudiger omdat het huwelijk wordt afgerekend als ware men in gemeenschap van goederen is gehuwd en de kwestie welk

55 Stcrt. 2018, 10850. Zie ook Hoge Raad 28 januari 1959 ECLI:NL:HR:1959:AY1786. Hoge Raad 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX5018.

56 De Bruijn 2019, p. 323.

57 De Bruijn 2019, p. 324.

58 De Bruijn 2019, p. 325.

59 De Bruijn 2019, p. 345.

60 Jansen-Verbakel 2020, p. 169. Vergelijk Parket Hoge Raad 24 mei 2019 ECLI:NL:PHR:2019:118.

61 Jansen-Verbakel 2020, p. 169. *Kamerstukken II 2000/01, 27554, 3, p. 11 (MvT).*

vermogen uit overgespaard inkomen is voortgekomen niet beantwoord hoeft te worden.⁶² Met dien verstande dat ook voor het finaal verrekenbeding geldt dat de waarde van bepaalde vermogensbestanddelen buiten de verrekening kunnen blijven door uitsluiting van die vermogensbestanddelen zoals waarde van aandelen van de onderneming en ontvangen erfenissen en schenkingen.⁶³

De bepaling van de juiste omvang van te verrekenen vermogen is van belang om te voorkomen dat een overbedeling ontstaat.⁶⁴ Indien partijen onzeker- of het oneens zijn over de uitleg van de huwelijkse voorwaarden wordt steeds eerst gekeken naar de tekst van de huwelijkse voorwaarden. Mocht dat geen soelaas bieden omdat de tekst onduidelijk is of voor meerdere uitleg vatbaar blijkt dan geldt het Haviltex criterium en worden de huwelijkse voorwaarden uitgelegd aan de hand van alle omstandigheden van het geval.⁶⁵ Dit betreffen vaak zulke specifieke omstandigheden waarvan geen tot weinig bewijs geleverd kan worden door partijen en die daarom de juiste afwikkeling van het verrekenbeding bemoeilijken. De wetgever heeft bewust afgezien van de begrippen vermogen en inkomen in de wet te specificeren. De uitleg van deze begrippen zal derhalve moeten blijken uit de (redelijke en billijke partijuitleg van) huwelijkse voorwaarden.⁶⁶ Bij twijfel kunnen partijen hun beoogde verrekening ter goedkeuring aan de fiscus voorleggen. De fiscus is in beginsel gebonden aan de uiteindelijk door partijen overeengekomen uitleg van het inkomensbegrip en de vaststelling van de omvang van het vermogen dat in de verrekening betrokken dient te worden. Toch kan bij evident onjuiste uitleg van de huwelijkse voorwaarden of de verrekeningsom, welke niet kan worden teruggerekend met de feiten van het onderliggende geval en waarbij bij objectieve juridische uitleg een geheel andere verrekenuitkomst blijkt, wel een belaste schenking worden aangenomen.⁶⁷ De vraag is wat precies van partijen, gezien het ontbreken van een wettelijke bepaling voor inkomen en vermogen, verwacht kan worden teneinde voldoende zorgvuldigheid in acht te nemen bij de uitvoering van hun verrekenbeding. Een uitspraak uit 2011 geeft hiervan voorbeeld.⁶⁸ Partijen zijn onzeker over de omvang van het inkomensbegrip voor het verrekenbeding. De fiscus meent dat het netto inkomen van de man niet tot het te verrekenen inkomen behoort en legt een aanslag schenkbelasting op. Partijen twijfelen of de fiscus een juiste uitleg geeft van de huwelijkse voorwaarden en de uitleg van 1:141 BW en de kwestie wordt voorgelegd aan de rechter. Deze bepaalt dat partijen binnen de grenzen van de

⁶² De Bruijn 2019, p. 325.

⁶³ De Bruijn 2019, p. 326.

⁶⁴ Hoge Raad 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1873 r.o. 2.2.3.

⁶⁵ Hoge Raad 16 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158.

⁶⁶ Jansen-Verbakel 2020, p. 169. *Kamerstukken II* 2000/01, 27554, 3, p. 11 (MvT).

⁶⁷ Jansen-Verbakel 2020, p. 169.

⁶⁸ Rb. Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU8678.

redelijkheid en billijkheid blijven met de uitleg die zij geven aan hun huwelijkse voorwaarden en 1:141 BW en derhalve van schenking geen sprake is.⁶⁹ Deze uitspraak laat duidelijk zien dat bij de uitleg van de huwelijkse voorwaarden, ook als deze op grond van artikel 1:141 BW wordt afgewikkeld, partijen een ruimte toekomt die wordt bepaald door de redelijkheid en de billijkheid. Dit lijkt partijen een ruimere autonomie toe te kennen dan enkel de tekstuele en objectief juridische uitleg en de uitleg op basis van de bedoeling van partijen ten tijde van het opmaken van de huwelijkse voorwaarden. Als partijen zich overtuigen dat zij afspraken maken die binnen deze, evenwel niet eenvoudig vast te stellen, bandbreedte blijven zal de fiscus daaraan gebonden zijn. Het maakt evenzeer duidelijk dat het überhaupt niet eenvoudig is de precieze omvang van het tot de verrekening behorende vermogen te bepalen. In genoemde zaak, kwamen er twee partijen, hun advocaat, de fiscus én de rechter aan te pas om zekerheid te geven over de omvang van het te verrekenen inkomen.

2.4 Welke afspraken maken partijen over hun pensioen en welke mogelijkheden hebben zij tot verrekening van pensioen met een overbedeling?

Pensioenen hebben een bijzondere status bij een scheiding omdat zij, hoewel zij een groot vermogen kunnen vertegenwoordigen, in de regel niet in de goederengemeenschap vallen.⁷⁰ Pensioenen welke vallen onder de werking van de Wet verevening pensioenrechten bij scheiding (WVPS) vallen op grond van artikel 1:94 lid 2 onderdeel b BW buiten de huwelijksgoederengemeenschap.⁷¹ De pensioenen die niet vallen onder de WVPS vallen voor de waarde juist wel in de huwelijksgoederengemeenschap en dienen op grond van het arrest Boon/Van Loon te worden verrekend bij de verdeling van de goederengemeenschap.⁷² Deze laatste categorie laat ik even voor wat zij is aangezien deze nog slechts in weinig situaties voorkomt en waar ik hierna over pensioenen spreek bedoel ik pensioen dat valt onder de werking van de WVPS.⁷³ Het gaat dus expliciet niet over het recht op nabestaandenpensioen of andere oudedagsvoorzieningen.⁷⁴ De partijautonomie ten aanzien van afspraken over de huwelijkse pensioenen is zeer ruim.⁷⁵ Partijen spreken in de praktijk in vele gevallen af dat het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van elk van de echtgenoten wordt verevend. Uiteraard voor zover dit recht op verevening niet bij voorbaat bij huwelijkse

⁶⁹ Rb. Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU8678 r.o 2.8 – 2.9

⁷⁰ De Bruijn 2019, p. 415.

⁷¹ De Bruijn 2019, p. 408-409.

⁷² Hoge Raad 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271.

⁷³ De Bruijn 2019, p. 408.

⁷⁴ De Bruijn 2019, p. 415-417.

⁷⁵ Vlaardingebroek 2014, p. 167.

voorwaarden is uitgesloten.⁷⁶ Echter de WVPS biedt in artikel 4 de mogelijkheid om af te zien van verevening en alternatieve afspraken te maken over de vereveningsverhouding van het ouderdomspensioen en verevening over een andere relatieduur dan de huwelijkse periode.⁷⁷ Als partijen niets overeenkomen is de WVPS onverkort van toepassing, uitsluiting of afwijken van de WVPS zal derhalve expliciet overeengekomen moeten worden.⁷⁸ Bij pensioen dat in eigen beheer is opgebouwd door de directeur groot aandeelhouder (DGA) is de WVPS op grond van artikel 1 lid 4 onderdeel a WVPS onverkort van toepassing.

In de uitspraak van Gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2017 wordt de status van pensioen binnen de scheiding nog eens helder uiteengezet.⁷⁹ Pensioenen maken zoals hierboven vermeld geen deel uit van de huwelijksgoederengemeenschap. Civielrechtelijk ontstaat derhalve geen onder – of overbedeling als partijen afwijkende vereveningsafspraken maken zelfs als deze leidt tot het geheel afzien van pensioenverevening (en de werking van het arrest Boon/van Loon). Echter, partijen kunnen een situatie creëren waarbij de pensioenaanspraken worden uitgeruild tegen een vermogensbestanddeel in de gemeenschap.⁸⁰ Uit fiscaal oogpunt levert dit evenwel wel op dat partijen door verrekening zijn overgegaan tot pensioenverrekening zodat deze op grond van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001) wordt belast als periodieke uitkering.⁸¹ In hoofdstuk 3, paragraaf 5 ga ik in op de waarde van het ouderdomspensioen, dan komt tevens nader aan bod welke fiscale consequenties de pensioenverrekening heeft.

2.5 De mogelijke afspraken over partneralimentatie en verrekening van een partneralimentatie afkoopsom met de overbedelingssom

Het recht op partneralimentatie dat voortvloeit uit artikel 1:157 BW ontstaat bij echtscheiding. De echtscheidingsdatum is de datum van de inschrijving van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand.⁸² Deze onderhoudsverplichting in het levensonderhoud van de ex partner na beëindiging van het huwelijk kent volgens vaste rechtspraak zijn legitimatie in de levensverhouding zoals die door het huwelijk is geschapen.⁸³ Recht op partneralimentatie ontstaat als een partner na de scheiding niet voldoende inkomsten heeft om in het levensonderhoud te voorzien, en niet in

⁷⁶ De Bruijn 2019, P. 420-421 Op grond van artikel 5 WVPS kunnen pensioenen onder voorwaarden tevens geconverteerd worden.

⁷⁷ De Bruijn 2019, p. 422-423.

⁷⁸ De Bruijn 2019, p. 419.

⁷⁹ Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017 ECLI:NL: GHSHE:2017:5584 r.o 4.6 -4.8.

⁸⁰ Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL: GHSHE:2017:5584 r.o 4.8.

⁸¹ Albrechtse 2018, p. 788-789. Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584.

⁸² Artikel 1:163 lid1 BW.

⁸³ Vlaardingebroek 2014, p. 168-169.

staat is dat in redelijk te verwerven.⁸⁴ Partijen hebben op grond van artikel 1:158 BW veel vrijheid bij het vaststellen van onder meer de hoogte, voorwaarden en de duur van de partneralimentatie. Als in hun overeenkomst op een onderdeel, bijvoorbeeld over de duur, geen alternatieve afspraak wordt opgenomen dan geldt de wettelijke regeling onverkort.⁸⁵ Partijen kunnen tevens een afkoopsom voor de partneralimentatie overeenkomen.⁸⁶ Het is mogelijk om een overbedeling te verrekenen met een partneralimentatieafkoopsom. Uit de uitspraak van de Hoge Raad van 19 september 2003 blijkt dat onder een afkoopsom tevens wordt verstaan een overbedeling die is verkregen als compensatie van het prijsgeven van een partneralimentatiesom.⁸⁷ Daaruit blijkt dat een overbedelingsom kan worden verrekend met een partneralimentatiesom.⁸⁸ Bij de verrekening van partneralimentatie met een overbedeling dient voldaan te zijn aan twee voorwaarden. Ten eerste moet er wel aanleiding zijn tot partneralimentatie. Deze voorwaarde is niet nader gespecificeerd in de rechtspraak.⁸⁹ Te denken valt dat er wel enige draagkracht en behoefte dient te bestaan ten tijde van de scheiding. Ten tweede dient duidelijk te zijn dat er niet in het geheel wordt afgezien van partneralimentatie.⁹⁰ Het moet gaan om een situatie dat een partij afstand doet van een aanspraak op een (min of meer bepaalde) alimentatie uitkering. Dat blijkt ook uit de uitspraak van de Hoge Raad uit 2003 waarin uiteengezet werd dat het mogelijk is om ter compensatie van een overbedeling een partneralimentatieafkoopsom prijs te geven.⁹¹ Uit de rechtspraak blijkt wel dat dit wel zorgvuldig dient te gebeuren en aan regels gebonden is, anders gaat het mis. In een zaak uit 2013 waarin nogal gegoocheld wordt met getallen, wordt door de Inspecteur mogelijkheid van verrekening van overwaarde van de woning met een partneralimentatieafkoopsom op zich geaccepteerd.⁹² De constructie de partijen hebben bedacht slaagt in deze zaak evenwel niet. De rechtbank in eerste aanleg, en het Hof is het daarmee eens, meent dat partijen in hun scheidingsconvenant niet voldoende tot uitdrukking laten komen welke verdeling er nu feitelijk overeengekomen is, welke overbedeling daarbij is ontstaan en dat die overbedeling wordt verrekend met een partneralimentatieafkoopsom. In een andere zaak, ook uit 2013, kwamen partijen overeen dat de man aan de vrouw tot haar pensioendatum € 700 per maand zou voldoen. Bij zijn aangifte voerde hij dit bedrag, na een

⁸⁴ Vlaardingerbroek 2014, p. 169.

⁸⁵ Vlaardingerbroek 2014, p. 169-175.

⁸⁶ Vlaardingerbroek 2014, p. 176.

⁸⁷ HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2013:1393. Jansen-Verbakel, 2020, p. 109.

⁸⁸ Zie ook Jansen-Verbakel 2020, p. 139 en 141. Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584 r.o. 4.8. Hof Leeuwarden 10 februari 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV1718.

⁸⁹ Hoge Raad 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK8291, r.o. 3.3.

⁹⁰ Parket Hoge Raad 5 april 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2952.

⁹¹ Hoge Raad 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK8291.

⁹² Hof Den Haag 4 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3915 r.o. 4.3.1.

correctie van € 20, als onderhoudsverplichting op in de zin van artikel 6.3 lid 1 aanhef en onderdeel f wet IB 2001. Dit werd niet gehonoreerd door het Hof omdat uit het convenant bleek dat de betalingen betrekking hadden op de verdeling van de goederengemeenschap en deze niet voortvloeiden uit een alimentatieverplichting.⁹³ Hierdoor werd uiteraard geen belaste schenking aangenomen aangezien de betalingen voortvloeiden uit het (50/50) verdelen van de huwelijksgoederengemeenschap.

Een belangrijk aspect van partneralimentatie is dat deze in de regel aftrekbaar is voor de alimentatieplichtige, geregeld in artikel 6.3 wet IB 2001 en belast is bij de alimentatiegerechtigde, dit op grond van artikel 3.102 lid 1 Wet IB 2001.⁹⁴ Om te kwalificeren als een periodieke uitkering die rechtstreeks voortvloeit uit het familierecht, en dus aftrekbaar is, moet er sprake zijn van een rechtens afdwingbare verplichting, moet de partneralimentatie aan voorwaarden verbonden zijn, bijvoorbeeld een maximale duur én moet een bepaalde mate van onzekerheid kennen.⁹⁵ Anders kan de situatie ontstaan dat deze wel belast doch niet aftrekbaar is.⁹⁶ Voor de verrekening dient hiermee tevens rekening gehouden te worden.⁹⁷ Dat betekent dat als partijen de bruto partneralimentatieafkoopsom willen verrekenen met de overbedeling de partneralimentatieafkoopsom ook eerst netto gemaakt moet worden. Gezien artikel 3.101 wet IB 2001 dient de te betalen Inkomstenbelasting over de partneralimentatieafkoop te worden bepaald naar de belastingdruk van de ontvanger in het jaar van de ontvangst van de afkoopsom of de verrekening van de afkoopsom met een overbedeling.⁹⁸ Men verliest daarbij de premie Zvw niet uit het oog. De alimentatieplichtige kan het gelijke bedrag in aftrek brengen. In geval partijen fiscaal partner zijn kunnen zij gebruik maken van de toerekening op grond van artikel 2.17 lid 5 wet IB 2001.⁹⁹

⁹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8818.

⁹⁴ Jansen-Verbakel 2020, p. 107.

⁹⁵ Albregtse 2018, p. 784, 780 – 781.

⁹⁶ Jansen-Verbakel 2020, p. 78.

⁹⁷ Artikel 3:101 lid 1 onder b wet IB 2001.

⁹⁸ Albregtse 2018, p. 784.

⁹⁹ Albregtse 2018, p. 50 en 100.

Hoofdstuk 3 De waarde van de afspraken

3.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is besproken dat partijen afspraken maken over de omvang van hun goederengemeenschap en welke vermogen(sbestanddelen) in het verrekenbeding betrokken worden. Zodra de omvang is vastgesteld maken partijen afspraken over de civiele waarde van de vermogensbestanddelen. De hoofdregel is dat de waarde van de vermogensbestanddelen wordt bepaald per de datum van de feitelijke verdeling.¹⁰⁰ De waarde die aan vermogensbestanddelen wordt toegekend wordt tevens bepaald door eventuele belastinglatenties. Bij de verdeling van de goederengemeenschap worden de verschillende onderdelen van de gemeenschap gewaardeerd omdat partijen in de regel niet precies élk onderdeel letterlijk verdelen. Er worden geen tafels doorgezaagd, ook wordt vaak de woning of de onderneming niet verkocht maar toebedeeld aan een partij. Bij de uitvoering van een verrekenbeding wordt de waarde van een vermogensbestanddeel betrokken in de verrekening en niet het feitelijke goed waardoor altijd de waarde ervan dient te worden vastgesteld. Nu de wet niet bepaalt hoe een goed gewaardeerd dient te worden staan partijen zelf voor de taak daarvoor een passende wijze te kiezen.¹⁰¹ Daarbij worden allerlei keuzes gemaakt die, de rechter of de Inspecteur der belastingen wellicht niet, maar partijen misschien wel kiezen.¹⁰² Dat betekent evenwel niet dat elke willekeurige methode van waardering juist is. De Hoge Raad heeft daarover bij herhaling bepaald dat voor de verdeling van een goed de waarde in het economische verkeer wordt gehanteerd.¹⁰³ Daarmee wordt bedoeld: *'De prijs die bij aanbidding van een zaak ten verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde zou zijn besteed.'*¹⁰⁴ Gesteld kan worden dat, nu niet de waarderingmethode bij wet bepaald is, het resultaat telt en niet zozeer de weg ernaar toe. Interessant is het daarom, om wat dieper in te gaan op welke waarderingmethodes uiteindelijk de waarde in het economische verkeer opleveren en welke belastinglatentie rust op een vermogensbestanddeel. Tevens moet onderzocht worden of en zo ja onder welke omstandigheden de verplichting om te waarderen naar de waarde in het economisch verkeer wordt losgelaten. In de hierna volgende paragrafen zal ik ingaan op de waardering van de onderneming en de woning en de bepaling van de belastinglatentie van de vermogensbestanddelen bespreken en daarbij steeds de bovenstaande vragen trachten te

¹⁰⁰ Rb. Oost Brabant 29 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2386 r.o. 4.14.

¹⁰¹ Van Riemsdijk 2013, p. 162. Parket Hoge Raad 24 mei 2019 ECLI:NL:PHR:2019:636 r.o. 2.14.

¹⁰² Veldkamp 2008; p.143

¹⁰³ Hoge Raad 6 maart 1963, ECLI:NL:HR:1963:AX7927

¹⁰⁴ Hoge Raad 6 maart 1963, ECLI:NL:HR:1963:AX7927

beantwoorden. Voor dit onderzoek bespreek ik de waarderingsmethoden voor de onderneming en de woning omdat bij deze vermogensbestanddelen de waarderingsvraagstukken het meest relevant zijn. Tot slot wordt nog aan de waardering van pensioen en partneralimentatie aandacht besteed.

3.2 De waarde van de onderneming

In het BW en in andere wetgeving zijn geen bepalingen opgenomen op welke wijze de waarde van een onderneming¹⁰⁵, waaronder de waarde van de aandelen van een onderneming, moet worden bepaald.¹⁰⁶ Het staat partijen vrij om afspraken te maken over met welke methode - en eventueel door welke deskundige de waardering zal plaatsvinden. Vanwege de lijdelijkheid van de rechter is hij in beginsel gebonden aan deze partijafspraken.¹⁰⁷ De waarde van de onderneming is sterk afhankelijk van de context waarbinnen de waardering plaatsvindt. In het recht wordt met alle omstandigheden van het geval rekening gehouden.¹⁰⁸ Uit de literatuur blijkt dat met name in het familierecht de waarde van de onderneming sterk wordt beïnvloed door de redelijkheid en de billijkheid. Wat redelijk en billijk is dient te worden bepaald aan de hand van de objectieve maatstaven toegepast op alle omstandigheden van het geval.¹⁰⁹ Tevens speelt bij de waardebepaling van de onderneming bij een scheiding de samenhang van de waarde van de onderneming met de onderhoudsverplichtingen (kinder- en partneralimentatie) van- en pensioentoezeggingen aan de ondernemer een rol.¹¹⁰

3.2.1. Hoe wordt de onderneming gewaardeerd bij scheiding?

Er zijn meerdere methoden die worden gebruikt om ondernemingen te waarderen, ook bij scheiding. De methoden vallen uiteen in waardering naar intrinsieke- en liquidatiewaarde, economische waarderingsmethoden zoals rentabiliteitswaarde en de discounted cashflow-methode (DCF-methode), en marktwaarde-methodes. Met andere woorden waarderingsmethodes waarbij de waarde wordt afgeleid van de waarde van soortgelijke ondernemingen.¹¹¹ De DCF-methode wordt beschouwd als de meest zuivere methode voor de

¹⁰⁵ Daar waar ik spreek over de onderneming bedoel ik in beginsel zowel de eenmanszaak/VOF als B.V./N.V. tenzij anders vermeld. In de scheidingspraktijk is de voor een onderneming onderverdeeld in aandelen de BV de meest voorkomende, daarom spreek ik van B.V. i.p.v. N.V..

¹⁰⁶ Hof Den Haag 16 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5378. Hoge Raad 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Zeevisserarrest) r.o. 3.3. Labohm 2017, p. 28.

¹⁰⁷ Labohm 2017, p. 30. Rb. Noord Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277. Hoge Raad 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462 r.o. 4.1.1.

¹⁰⁸ Labohm 2017, p. 27.

¹⁰⁹ Labohm 2017, p. 139.

¹¹⁰ Labohm 2017, p. 139. Massart 2011, p. 27-31.

¹¹¹ Labohm 2017, p. 53-54.

waardering.¹¹² De inmiddels ontwikkelde Adjusted Present Value-methode (APV-methode) is een verbeterde versie van de DCF-methode.¹¹³ Het verschil met de DCF methode is gelegen in de mogelijkheid om bij de APV-methode rekening te houden met fluctuerende toekomstige vermogensverhoudingen. De DCF-methode gaat uit de benadering van de economische waarde op grond van de continuïteit van de onderneming. Dit betekent evenwel niet dat zelfs groot voorstanders van de DCF-methode zoals Labohm, raadsheer bij het Haagse Hof en auteur, deze methode als vast gegeven beschouwen. In onder anderen de uitspraken van 6 november 2013 en 28 maart 2018 herhaalt het Hof Den Haag dat de DCF-methode de meest geëigende wijze is voor de waardering van ondernemingen, en wijkt vervolgens in deze specifieke cases van haar eigen gebruikelijke standpunt af door de onderneming op basis van de intrinsieke waarde te waarderen.¹¹⁴ Dat is niet zonder kritiek gebleven. Van Spaendonck kan zich in het geheel niet vinden in de overweging van onder anderen Labohm om in de eerste uitspraak (van 6 november 2013) af te wijken van de DCF-methode, omdat hij van mening is dat ook in deze casus deze gewoon had kunnen worden toegepast.¹¹⁵

Een waardering op basis van de intrinsieke waarde geeft van een onderneming, of dat nu een eenmanszaak, aandeel in een VOF of de aandelen van een B.V. betreft, een juiste waarde als deze onderneming bijvoorbeeld naast wat liquide middelen, eventueel een FOR¹¹⁶ en mogelijk wat stille reserves, uitsluitend bestaat uit de persoon van de ondernemer en daarmee alleen persoonlijke goodwill¹¹⁷ bevat.¹¹⁸ Een groot voordeel van waardering naar intrinsieke waarde is dat dit een eenvoudige(re) boekhoudkundige, en dus minder kostbare en tijdrovende, methode is.¹¹⁹ Uiteraard dient er wel rekening gehouden te worden met stille reserves, wat op zichzelf al niet altijd even eenvoudig is.¹²⁰ Zoals voor alle vermogensbestanddelen van de gemeenschap, is de hoofdregel dat de onderneming voor de verdeling naar waarde in het economisch verkeer wordt gewaardeerd.¹²¹ Echter gegeven de familierechtelijke verhoudingen zal daarbij zonder meer rekening gehouden moeten worden met de objectieve feiten en omstandigheden van de scheiding en hetgeen partijen daarover met elkaar overeenkomen.¹²² Daardoor moet op basis van de redelijkheid en billijkheid veelal niet uit

¹¹² Labohm 2017, p. 71.

¹¹³ Labohm 2017, p. 84.

¹¹⁴ Hof Den Haag 16 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5378, r.o. 11. Hof Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:799 r.o. 11 en 12.

¹¹⁵ Van Spaendonck 2016, p. 32.

¹¹⁶ Fiscale oudedagsreserve op grond van artikel 3:37 Wet IB 2001.

¹¹⁷ Lankester 2014, p. 33.

¹¹⁸ Labohm 2017, p. 57.

¹¹⁹ De Bruijn 2013, p. 10.

¹²⁰ De Bruijn 2013, p. 9.

¹²¹ Lankester 2014, p. 34.

¹²² Hoge Raad 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462.

worden gegaan van hoogste mogelijke waarde maar van een lagere prijs waarbij de continuïteit van de onderneming en het inkomen van de ondernemer een belangrijke rol spelen.¹²³ De onderneming wordt immers niet verkocht maar in de meeste gevallen door een van partijen voortgezet en de omstandigheid is dan dat de onderneming tevens een toekomstige bron van inkomen is. Tot slot dient de bedrijfscontinuïteit een algemeen belang waarmee bij de waardering van de onderneming rekening gehouden kan worden.¹²⁴ In de uitspraak uit 2014 van de Hoge Raad mag bij bepaling van de waarde van de onderneming, ook als die (oa) bestaat uit onroerende zaken afwijken van waarde in het economische verkeer omdat de waarderingmethode ten eerste afhangt van de omstandigheden van het geval. Ten tweede mag de rechter acht slaan op: *'de omstandigheid dat de onderneming wordt voortgezet na de peildatum die is bepaald voor de vermogensrechtelijke afwikkeling van het huwelijk. Voorts mag de rechter bij zijn keuze voor de waarderingsmaatstaf betekenis toekennen aan hetgeen partijen daaromtrent naar voren hebben gebracht. Zoals blijkt uit het partijdebat, is zowel de vrouw als de man ervan uitgegaan dat de man op de peildatum niet het voornemen had zijn onderneming te beëindigen'*.¹²⁵ Dit gezegd hebbende is niet iedereen overtuigt van deze gedachtegang. Lankester stelt dat de waarde in het economisch verkeer ook bij scheiding de juiste waarde is waartegen verdeeld moet worden. Hij meent dat bij de waardering van de onderneming bij scheiding onderzoek gedaan dient te worden naar: *'de prijs waartegen de onderneming op peildatum naar verwachting verkocht of te gelde gemaakt kan worden'*. Voor Lankester spelen bijzondere omstandigheden bij een scheiding en afwegingen op grond van de redelijkheid en billijkheid zich af in de periferie van de waardering, terwijl die voor Labohm de kern vormen bij het vinden van de juiste waarde voor de verdeling bij scheiding.¹²⁶ Waar Lankester het weer eens wordt met Labohm is dat de waarde met een economische waardebepaling zoals de DCF-methode, bepaald dient te worden.¹²⁷

Hierboven is de civiele waardering van de onderneming besproken. Fiscaal bezien kan aan een onderneming of aandelen een andere waarde toekomen. In fiscale zin worden aandelen die niet beursgenoteerd zijn en een minderheidspakket vertegenwoordigen, bijvoorbeeld in een familie-B.V., van geval tot geval bepaald.¹²⁸ Bij de waardering van deze aandelen kunnen onder meer de intrinsieke waarde, de liquidatie waarde en de DCF-methode gebruikt worden.¹²⁹

¹²³ Labohm 2017, p. 150.

¹²⁴ Labohm 2017, p. 149-150. Zie ook artikel 3:185 BW.

¹²⁵ Hoge Raad 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462 r.o. 4.1.1.

¹²⁶ Lankester 2014, p.34.

¹²⁷ Lankester 2014, p. 35.

¹²⁸ Van Vijfeijken 2018, p. 190.

¹²⁹ Van Vijfeijken 2018, p. 191-193.

3.3 De waarde van de woning

Een korte verkenning van de ontwikkeling van de huizenprijzen de afgelopen jaren laat zien dat de waarde van een woning geen vast gegeven is.¹³⁰ Deze stijgt en daalt afhankelijk van economische- en maatschappelijke omstandigheden zoals hoog- of laag conjunctuur en een tekort aan woningen door de toenemende 1-persoons huishoudens. Toch dient voor de verdeling van de woning de waarde per de datum van de verdeling vastgesteld te worden. Daarbij is wederom de waarde in het economische verkeer het uitgangspunt. De Hoge Raad heeft in haar arrest van 2016 bepaald dat indien de waarde van de woning, bepaald naar waarde in het economisch verkeer, lager is dan de WOZ waarde de fiscus tevens gehouden is aan deze lagere waarde.¹³¹ Meer dan bij andere vermogensbestanddelen geldt voor de woning het adagium 'wat de gek ervoor geeft'. Een woning heeft blijkbaar een bijzonder 'emotionele' component, het moet 'als een goed thuis voelen'. Een koper die graag op een bepaalde plek wil wonen, snel moet verhuizen of gewoon verliefd is op het huis zal waarschijnlijk bereid zijn meer te betalen dan de getaxeerde waarde. Omgekeerd, aan een woning die lang te koop staat 'mankeert' wat en dat drukt de waarde. Al deze emoties spelen bij partijen die scheiden ook een rol omdat de woning meer is dan een stapel stenen maar een thuis, in de buurt van familie en de school van de kinderen. Deze eigenlijk niet in geld uit te drukken aspecten spelen een rol bij hoeveel partijen hun woning waard vinden. Partijen zullen bij hun scheiding een methode moeten kiezen om de waarde van de woning vast te stellen. De meest voor de hand liggende wijze is om deze door een taxateur te laten taxeren. De rechter zal bij het vaststellen van de verdeling tevens uitgaan van een taxatiewaarde van de woning. In de praktijk komen partijen regelmatig in onderling overleg een waarde overeen. Dit is onder meer ingegeven door het feit dat een taxatie geld kost en partijen in hun onderlinge verhouding vaak ook de hierboven genoemde aspecten meenemen in de waarde die zij aan de woning toekennen. Als de woning verkocht moet worden omdat geen der partijen er kan blijven wonen brengt dat naast kosten voor de verkoop ook onzekerheid met zich mee over de uiteindelijke opbrengst en de termijn waarop partijen over de overwaarde kunnen beschikken. Dat maakt dat partijen ten faveure van zekerheid en snelheid soms genoegen nemen met een lagere waarde. Omgekeerd, als een partij heel graag in de woning wil blijven wonen is hij eerder bereid een hogere waarde aan de woning toe te kennen. Daardoor kan betoogd worden dat dan de waarde in het economische verkeer tot stand komt. Bij een verdeling wordt de woning strikt genomen niet verkocht maar verdeeld, dat neemt evenwel niet weg dat die partij wel die prijs moet overhebben voor de

¹³⁰ <file:///C:/Users/lhermus/Downloads/2014-prijsindex-bestaande-koopwoningen-pub.pdf>.

¹³¹ Hoge Raad 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:319 r.o. 2.3.4.

woning. Er komt zagezegd wel een afspraak tot stand gebaseerd op de feitelijke waarde van de woning gelaardeerd met emotionele aspecten, net zoals dat gebeurt bij de koop van een nieuwe woning.

De fiscale waarde van de woning nadat een partij bij de toedeling van de woning wel is overbedeeld wordt geregeld artikel 21 lid 5 SW 1956 . Voor de waarde van de woning dient dan aangesloten te worden bij de WOZ waarde.¹³² De peildatum die een partij kan kiezen is de WOZ van 1 januari van het voorgaande jaar aan het jaar van de verkrijging of, de WOZ van 1 januari van het jaar van de verkrijging.¹³³

3.4 De waarde van belastinglatenties

Bij de waardebepaling van een vermogensbestanddeel dat in de verdeling of verrekening wordt betrokken worden alle belastingschulden, dus ook de latente, in aanmerking genomen. De belastinglatentie is een belangrijke factor voor de waarde van bepaalde vermogensbestanddelen zoals van aanmerkelijk belang aandelen en lijfrenten. De maximale belastingdruk in bijvoorbeeld de inkomstenbelastingfeer in 2020 is immers 49,50% en zal dus de bruto waarde van het vermogensbestanddeel min of meer halveren. Uit de jurisprudentie blijkt de belastinglatentie voor onder meer lijfrenten, de waarde van de IB onderneming en pensioenen die partijen toe moeten passen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval waarbij bepalend is of de partijen de afkoop- of contante waarde op peildatum betrekken in hun verdeling of verrekening of dat zij afrekenen op grond van de afspraak dat belastingheffing pas in de toekomst plaatsvindt.¹³⁴ In dat eerste geval zal het nominale belastingtarief op het moment van peildatum moeten worden aangehouden. Omgekeerd geldt dat juist geen nominaal belastingtarief in aanmerking genomen dient te worden als niet de contante waarde wordt gehanteerd en er nu dus niet feitelijk belastingdruk is. Bij de waardebepaling van aanmerkelijk belang aandelen is de juiste bepaling van de belastinglatentie tevens van belang, omdat het in de praktijk gebruikelijk is dat de belastingclaim wordt doorgeschoven naar de partner die de aandelen krijgt toebedeeld.¹³⁵ De Jonge stelt dat de belastingclaim die rust op de doorgeschoven aanmerkelijk belang aandelen juist zeker niet op nominale waarde moet worden gewaardeerd, ook niet als de contante waarde van de aandelen wordt aangenomen. De belastinglatentie zal in ieder geval situationeel op basis van de contante waarde moeten worden bepaald. Daarna gaat hij een stap verder door te stellen dat de waarde van de claim

¹³² Van Vijfeijken 2018, p. 203.

¹³³ Van Vijfeijken 2018, p. 204.

¹³⁴ Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:281 r.o.3.3.2. Hoge Raad 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462 r.o. 4.2.2.

¹³⁵ De Jonge 2019, p. 222.

bepaald moet worden aan de hand van de reële optie. Deze wordt bepaald door de (mogelijk) te realiseren waardeverhoging van de geldmiddelen die de ondernemer, door de doorgeschoven belastingclaim, tot zijn exclusieve beschikking krijgt.¹³⁶ Hoewel het idee aantrekkelijk lijkt gaat hij hier mijn inziens voorbij aan het feit dat bij de waardebeoordeling, de vermogenspositie, liquide middelen en dus beschikbare te beleggen geldmiddelen al zijn betrokken. Daardoor neigt het aannemen van een lagere belastingclaim voor de aanmerkelijk belang aandelen dan het nominale tarief naar dubbeltelling. In de praktijk lijkt zijn werkwijze zeker geen gemeengoed. Uit een recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden blijkt dat de belastinglatentie voor aanmerkelijk belang aandelen, indien deze gewaardeerd zijn op de contante waarde, gelijk is aan het nominale belastingtarief (thans 26.25%).¹³⁷ Het Hof overweegt in haar uitspraak bovendien dat uitstel van de belasting gunstig is voor de liquiditeitspositie maar niet voor de vermogenspositie.¹³⁸

Wat evenwel regelmatig in de mediationpraktijk als een redelijke uitkomst wordt aangenomen door partijen, en wat wellicht gezien hetgeen de Hoge Raad in 2018 duidelijk heeft bepaald behoorlijk discutabel is, is een lagere belastinglatentie dan het nominale tarief indien partijen aantoonbaar weten dat op het feitelijke genietingsstip van bijvoorbeeld de lijfrente de belastingdruk (veel) lager is dan ten tijde van de verdeling. Of in dergelijke voorkomende gevallen een andere belastinglatentie gehanteerd zou kunnen worden is onzeker. Er is te weinig jurisprudentie van cases waarin partijen gemotiveerd alternatieve belastinglatenties toepassen om te kunnen bepalen wanneer afwijken wel en wanneer niet toelaatbaar is.

3.5 De waardering van het recht op verevening van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen.

In artikel 2 lid 1 WVPS is geregeld dat een echtgenoot na beëindiging van het huwelijk recht heeft op verevening van het tijdens het huwelijk opgebouwde ouderdomspensioen van de andere echtgenoot.¹³⁹ Partijen kunnen afwijken van het recht op verevening en kiezen voor andere wijzen van verdeling van het ouderdomspensioen.¹⁴⁰ Zoals vermeld kunnen partijen hun recht op verevening van het ouderdomspensioen uitruilen met een overbedeling.¹⁴¹

¹³⁶ De Jonge 2019, p. 227.

¹³⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8994 r.o. 2.5 – 2.6

¹³⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:8994 r.o. 2.7

¹³⁹ De Bruijn 2019, p. 416.

¹⁴⁰ De Bruijn 2019, p. 422.

¹⁴¹ De Bruijn 2019, p. 422

De waarde dient aan de hand van de volgende stappen te worden bepaald. Eerst wordt de toezegging van het tijdens het huwelijk opgebouwde jaarlijks pensioen bij het pensioenfonds opgevraagd. Bij de DGA staat de toezegging vermeld in de opgestelde pensioenbrief. Tevens dient de contante waarde van het huwelijkse pensioen bij het pensioenfonds te worden opgevraagd. Daarbij moet worden bedacht dat pensioenfonds geen correctie toepassen op de contante waarde bij: (i) een te lage dekkingsgraad, (ii) het feit dat de betaalde en nog te betalen premies te laag zijn om de uiteindelijke thans toegezegde pensioenuitkering uit te betalen. Te zijner tijd zal er alsdan waarschijnlijk een correctie komen op de uitkering en zal deze lager zijn dan thans toegezegd. En (iii) een te hoge rente waarmee wordt gerekend waardoor een groter rendement op het kapitaal van het pensioenfonds wordt aangenomen dan in de praktijk, gezien de lage rente en tegenvallende beleggingsrendementen, gerealiseerd wordt. Als het pensioenfonds geen of geen juiste contante waarde berekent dan zal de economische waarde aan de hand van de Benaderde Marktwaaarde methode worden berekend.¹⁴² Bij pensioen in eigen beheer (hierna PEB) wordt de fiscale waarde op grond van artikel 3:29 wet IB 2001 berekend. Echter de waarde in het economische verkeer wordt berekend aan de hand van het rekenmodel van de Benaderde Marktwaaarde methode (centraal aanspreekpunt pensioenen V&A 13-006). Een derde berekeningsmethode van de omvang van de pensioenverplichtingen is die op basis van RJ-uiting 2014-4, te weten de zogenoemde Best Practice (beste schatting). Deze waardering wordt toegepast in jaarrekeningen die zijn opgesteld op basis van commerciële grondslagen. In het kader van een echtscheiding kan op basis van de juiste motivering afwikkeling op basis van een van de drie voornoemde berekeningen plaatsvinden.

Zodra de contante waarde bepaald is, dient de belastingclaim welke de pensioenverrekening met zich meebrengt op grond van artikel 3.102 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001 te worden bepaald.¹⁴³ Immers als partijen pensioen verrekenen met bijvoorbeeld de overwaarde van de woning zal het bruto pensioen eerst netto moeten worden gemaakt om de uitruil te kunnen berekenen. Hof 's-Hertogenbosch heeft in 2017 in een arrest duidelijk uiteengezet wanneer sprake is van pensioenverrekening en hoe de belastingclaim daarvan bepaald wordt.¹⁴⁴ Het Hof erkent dat als partijen uitsluitend de toepasselijkheid van de WVPS bij scheiding buiten werking stellen dat in beginsel niet leidt tot pensioenverrekening noch tot een overbedeling van een partij en er derhalve geen heffing ontstaat. Hierbij zij wel vermeld dat het arrest Boon/Van Loon dan tevens uitgesloten dient te worden. Indien partijen conform de

¹⁴² <https://centraalaanspreekpuntpensioenen.belastingdienst.nl/publicaties/va-13-006-v190403/>.

¹⁴³ Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:281 r.o. 3.3.2.

¹⁴⁴ Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584.

wet verevenen of converteren, zelfs als dat in een andere verhouding plaatsvindt dan 50/50, leidt dat uiteraard niet tot pensioenverrekening, en ook niet tot overbedeling en dus geen heffing. Echter als partijen pensioen door of de toepasselijkheid van de WVPS bij scheiding buiten werking stellen of weliswaar verevenen (of converteren) in een andere verhouding dan 50/50 en dat vervolgens uitruilen tegen een vermogensbestanddeel van de gemeenschap leidt dat tot 'in wezen' pensioenverrekening. De partij welke zijn recht op verevening (deels) prijsgeeft ter uitruil van de overbedeling in de verdeling van de gemeenschap zal daarover inkomstenbelasting moeten betalen. De andere partij mag het verrekend pensioen in aftrek nemen.¹⁴⁵ Daarbij moeten partijen bedacht zijn dat het moment van de ondertekening van het convenant of de ontbinding van het huwelijk niet (persé) het tijdstip van de verrekening is.¹⁴⁶ Kenmerkend voor een verrekening is dat de verbintenissen van beide partijen tot hun gemeenschappelijk beloop tenietgaan. Bij pensioenverrekening met de overwaarde van de woning is dat het moment van de notariële levering van de woning aan een van partijen.¹⁴⁷

3.6 De waarde van het recht op partneralimentatie.

Over partneralimentatie komen partijen in de meeste gevallen een maandelijks bedrag overeen.¹⁴⁸ Ook kunnen partijen op grond van artikel 1:158 BW een afkoopsom voor de partneralimentatie overeenkomen. In dat geval zullen partijen het met elkaar eens moeten worden wat de bruto lumpsum wordt.¹⁴⁹ Er blijkt geen wettelijke methode te zijn om het afkoopbedrag voor de partneralimentatie te bepalen en ook uit de jurisprudentie blijkt geen methode of rekenformule. De reden hiervoor is dat de rechter op grond van artikel 1:157 BW alleen een maandelijks uitkering tot levensonderhoud kan vaststellen.¹⁵⁰ Als partijen de partneralimentatieverplichting willen verrekenen met overbedeling zal eerst een afkoopsom moeten worden bepaald. In de jurisprudentie is geen minimum of maximum gegeven voor wat betreft de afkoopsom voor partneralimentatie. Men zou kunnen betogen dat de maximale afkoopsom de uit een redelijke berekening volgende partneralimentatie maal 12 maanden maal de maximale duur van de partneralimentatie belooft. Met de wet herziening partneralimentatie per 1 januari 2020 is deze duur in de meeste gevallen ingrijpend verkort.¹⁵¹ Bij een afkoop van 12 maanden maal de maximale alimentatietermijn wordt geen rekening gehouden met alle

¹⁴⁵ Artikel 6.3 lid 1 onderdeel d Wet IB 2001 .

¹⁴⁶ Artikel 3.146 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

¹⁴⁷ Artikel 6:127 lid 1 BW.

¹⁴⁸ Vlaardingerbroek 2014, p. 176.

¹⁴⁹ Vlaardingerbroek 2014, p. 176.

¹⁵⁰ Vlaardingerbroek 2014, p. 169.

¹⁵¹ Artikel 1:157 BW nieuw geeft een maximale termijn van 5 jaren tenzij een van de uitzonderingen van toepassing is. Dat was tot 1 januari 2020 een maximale termijn van 12 jaren.

wijzigingsgronden die zich nog voor kunnen doen zoals het stijgen of dalen van de draagkracht of afnemen van de behoefte. Ook is dan de 'kans' dat de partneralimentatie eerder eindigt op grond van 1:160 BW doordat de alimentatiegerechtigde huwt of gaat samenwonen niet verdisconteerd in de afkoopsom. Dit lijkt dus onrealistisch. Het familierecht wordt zoals al genoemd bij de waardering van de onderneming beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Dat zou tevens kunnen gelden voor de afkoopsom voor partneralimentatie. Een situatie waarop evenwel bedacht moet zijn is als partijen overgaan tot verrekening van de overbedeling met een afkoop van de partneralimentatie terwijl de alimentatiegerechtigde reeds samenwoont als bedoeld in artikel 1:160 BW. Dan kan afkoopsom als belaste schenking worden aangemerkt omdat deze niet langer voortvloeit uit een familierechtelijke verplichting, en derhalve dus niet als verrekening van de overbedeling.¹⁵² Voor de partneralimentatieafkoopsom, of de daarmee gelijkgestelde overbedeling die is verkregen als compensatie voor het prijsgeven van een partneralimentatiesom, mits voldaan aan de voorwaarden, geldt dat deze door de alimentatieplichtige in aftrek kan worden genomen op grond van artikel 6:3 lid 1 onderdeel a Wet IB 2001. De alimentatieplichtige zal op grond van artikel 3.101 lid 1 onderdeel b wet IB juist Inkomstenbelasting over de 'ontvangen' som moeten betalen. Bij de berekening van de uitruil van de partneralimentatieafkoopsom met de overbedeling zal hiermee rekening moeten worden gehouden. Hiervoor geldt eveneens, zoals bij pensioenverrekening, dat het verrekenmoment het genietingsstip is en derhalve het tijdstip van de heffing bepaalt.¹⁵³

3.7 De waarde in het economische verkeer en de redelijkheid en billijkheid

Uit paragraaf 3.2.1. blijkt reeds dat de familierechtelijke context, de scheiding van 2 partijen, van invloed is op welke waarde een scheidingsonderdeel bepaald dient te worden. In met name de rechtspraak wordt de eis van de redelijkheid en billijkheid die voortvloeit uit de rechtssfeer van de scheiding, concreet toegepast op de waardebepaling. De vraag is daarom wat bij scheiding resteert van het uitgangspunt dat in het civiele recht een goed op de waarde in het economische verkeer gewaardeerd dient te worden. Hierop lijkt het antwoord gegeven in de eis van de redelijkheid en de billijkheid. In haar promotieonderzoek in 2018 beschrijft van Wijk-Verhagen dat rechterlijke instanties bij de waardebepaling van een goed op basis van een redelijke en billijke schatting de waarde in het economisch verkeer bepalen.¹⁵⁴ Tevens schrijft zij dat de rechtsverhouding tussen ex echtgenoten onder omstandigheden met zich mee kan brengen dat van een andere waarde moet worden

¹⁵² Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS4514.

¹⁵³ Artikel 3.146 lid 1 onderdeel b Wet IB 2001.

¹⁵⁴ Van Wijk – Verhagen 2018, p. 306

uitgegaan. Zij spreekt van een ‘*corrigerende functie van de redelijkheid en de billijkheid*’¹⁵⁵. De rechtelijke uitgangspunten ‘waarde in het economisch verkeer enerzijds en de ‘eis van de redelijkheid en de billijkheid’ anderzijds zijn beiden van betekenis voor hoe een scheidingsonderdeel gewaardeerd dient te worden. Het ene uitgangspunt vult het andere uitgangspunt als het ware aan, zonder daarbij in te boeten op de betekenis van elk van deze uitgangspunten. Bovenstaande heeft tevens betekenis voor de waarde die een goed op grond van artikel 21 SW 1956 toekomt. Een belaste schenking wordt immers eerst aangenomen op basis van de civiele waarde. Bij de bepaling van de belastbare bedrag wordt vervolgens, behoudens de uitzonderingen, ook aangesloten bij de waarde in het economische verkeer. Uit de jurisprudentie blijkt dat de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid op het uitgangspunt dat de waarde in het economisch verkeer in aanmerking wordt genomen niet uitsluitend in het civiele recht zijn werking heeft.¹⁵⁶ Zij is niet afhankelijk van het rechtsgebied maar van de context waarbinnen de waardering plaatsvindt. Indien bij scheiding een partij wordt overbedeeld zal bij de bepaling van het belastbare bedrag de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid daarom tevens toegepast dienen te worden op de bepaling van de waarde van het verkregene. Gezien het groot aantal scheidingen zou het op de weg van de wetgever kunnen liggen om in het Burgerlijk Wetboek en de Successiewet te specificeren tot welke scheidingsafspraken en op welke wijze, de corrigerende werking van redelijkheid en billijkheid zich uitstrekt. Hierbij in het bijzonder aandacht voor de waardebepaling van een tot de gemeenschap behorend of in een verrekenbeding betrokken vermogensbestanddeel.

3.8 Enige bijzonderheden ten aanzien van de fiscale waarde en de waarde welke in aanmerking genomen wordt bij de bepaling van een belaste schenking.

De bepaling van de overbedeling is een civiele aangelegenheid aangezien partijen hun scheiding regelen binnen de civiele regels, en derhalve hun vermogensbestanddelen welke onderdeel zijn van de te verdelen gemeenschap of te verrekenen vermogen naar civiele regels bepalen en waarderen. Indien op basis van die partijafspraken geen overbedeling ontstaat is zowel de civiele rechter als de fiscus daar in beginsel aan gebonden. Dit is een uitvloeisel van het beginsel van de partijautonomie én de lijdelijkheid van de rechter.¹⁵⁷ Pas als partijen een evidente miskennis geven van de (juridische) feiten kan de rechter of fiscus een andere waarde of uitleg geven.¹⁵⁸ Ook een pas achteraf bekend geworden afwijkende waarde van een

¹⁵⁵ Van Wijk – Verhagen 2018, p. 308-309

¹⁵⁶ Zie ook Hoge Raad 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF1043. Van Wijk – Verhagen 2018, p. 306-311.

¹⁵⁷ Rb. Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU8678.

¹⁵⁸ Jansen-Verbakel 2020, p. 169.

vermogensbestanddeel kan tot correctie leiden van de waarde. Een sprekend voorbeeld is het Chinese pot arrest waarbij nabestaanden een Chinese pot lieten taxeren voor de erfbelasting en deze later bij veiling verkochten.¹⁵⁹ De taxatie van veilinghuis Christies gaf een waarde ad € 350.000 terwijl de uiteindelijke veilingopbrengst € 23.000.000 was. De fiscus nam op basis van schattingen (met terugwerkende kracht) aan dat ten tijde van het ontstaan van het belastbare feit de waarde dan dus ook al meer bedroeg dan de taxatiewaarde. De Hoge Raad was het daarmee eens waardoor de fiscus een naheffingsaanslag kon opleggen.¹⁶⁰

Zoals eerder in dit onderzoek vermeld leidt een afwijkende afspraak over pensioenen niet tot overbedeling en derhalve niet tot een belaste schenking. Een enkele uitzondering hierop, waarover zeer weinig literatuur en jurisprudentie over beschikbaar is, is de situatie waarbij de partner van de DGA geen deugdelijke compensatie verkrijgt terwijl de DGA het PEB omzet in een ODV.¹⁶¹ Indien aan de partner van de DGA de passende compensatie niet uiterlijk bij echtscheiding wordt voldaan kan dit leiden tot een belaste schenking.¹⁶²

Zodra een overbedeling is ontstaan en een belaste schenking is aangenomen dient vervolgens de fiscale waarde van het verkregen te worden bepaald. Artikel 21 SW 1956 bepaalt dat in beginsel de fiscale waarde van het verkregene ook de waarde in het economisch verkeer is.¹⁶³ Daarop zijn de waarde van de woning en de onderneming uitgezonderd.¹⁶⁴ Deze worden voor de bepaling van het belastbare bedrag tegen respectievelijk de WOZ waarde¹⁶⁵ en de waarde going concern, doch tenminste de liquidatiewaarde, in aanmerking genomen.¹⁶⁶ De SW 1956 geeft geen waarderingsmethode waarmee de ondernemingswaarde bepaald dient te worden. In de literatuur wordt in beginsel de intrinsieke waarde verhoogd of verlaagd met goodwill of badwill alsmede de DCF als methoden gegeven om de waarde going concern waarde te bepalen.¹⁶⁷ Omdat de fiscale waarde in voorkomende gevallen afwijkt van de civiele waarde kan het voorkomen dat aanvankelijk een belaste schenking kan worden aangenomen omdat op basis de waarde in het economische verkeer sprake is van overbedeling, terwijl bij de bepaling van het belastbare bedrag een van de uitzonderingen van artikel 21 SW 1956 van toepassing is en er in geen belastbaar bedrag resteert.

¹⁵⁹ Parket Hoge Raad 27 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8588 r.o. 3.3.1 - 3.3.3.

¹⁶⁰ Parket Hoge Raad 27 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8588 r.o. 3.3.4.

¹⁶¹ Holtermans 2018.

¹⁶² Holtermans 2018, p. 208 -211.

¹⁶³ Van Vijfeijken 2018, p. 185.

¹⁶⁴ Van Vijfeijken 2018, p. 190, 203-204, 195.

¹⁶⁵ Artikel 18 Wet Waardering onroerende zaken.

¹⁶⁶ Van Vijfeijken 2018, p. 195-196, artikel 21 lid 5 en lid 13 SW 1956.

¹⁶⁷ Van Vijfeijken 2018, p. 195.

Hoofdstuk 4 De voorwaarden voor een belaste schenking

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de voorwaarden voor een belaste schenking en wordt onderzocht welke afspraken van partijen in aanmerking worden genomen, op welke wijze de scheidingsafspraken aan deze voorwaarden worden getoetst en tegen welke waarde de fiscus scheidingsafspraken in aanmerking neemt. Ten eerste blijven afspraken over niet vermogensrechtelijke onderwerpen, bijvoorbeeld de verzorging van de kinderen, buiten beschouwing omdat een schenking voor de SW 1956 alleen kan worden aangenomen als er een vermogensverschuiving van de ene partij aan de andere partij plaatsvindt. Zoals eerder besproken ontstaat door het buiten werking stellen van de toepasselijkheid van de WVPS of afwijkende afspraken over het huwelijks pensioen en partneralimentatie geen overbedeling dus ook deze scheidingsafspraken blijven buiten de werking van de SW 1956.¹⁶⁸ Dan blijven tot slot alle overige afspraken over die partijen over de verdeling van hun gemeenschap en de afwikkeling huwelijkse voorwaarden maken. Indien de uitkomst van die afspraken leidt tot overbedeling kan de fiscus onder voorwaarden een belaste schenking aannemen. De voorwaarden worden in dit hoofdstuk besproken en daarbij wordt tevens onderzocht of de omstandigheid waarbinnen de vermogensverschuiving plaatsvindt, de familierechtelijk context, van invloed is op de beoordeling of een belaste schenking ontstaat.

Bij de beoordeling of een belaste schenking ontstaat wordt aan drie elementen getoetst; *(i) verrijking, (ii) verarming en (iii) de bevoordelingsbedoeling*.¹⁶⁹ Bij de beoordeling of een belaste schenking ontstaat door een overbedeling bij scheiding is dat niet anders. De elementen verrijking en verarming zijn niet persé elkaars spiegelbeeld. Een partij kan verarmen zonder dat de andere partij wordt verrijkt en omgekeerd. Men denke aan het voorbeeld van de vader die zijn zoon op een vakantie trakteert, de vader verarmt maar de zoon verrijkt niet.¹⁷⁰ De met schenkbelasting te belasten verrijking ontstaat als bij een handeling het vermogen van de begiftigde toeneemt ten koste van het vermogen van de schenker.¹⁷¹ Zoals in de inleiding reeds is besproken gaan de verrijking en verarming bij een scheiding wel hand in hand indien partijen hun gemeenschap anders dan 50/50 delen. Eén partij wordt overbedeeld en de verrijking ontstaat automatisch ten koste van de andere partij.

¹⁶⁸ De Bruijn 2019, p. 226.

¹⁶⁹ Parket Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272 r.o. 3.1.

¹⁷⁰ Van Vijfeijken 2018, p. 148 - 150

¹⁷¹ Sonneveldt 2017, p. 83.

De toets voor de bevoordelingsbedoeling bestaat eruit dat partijen zich bewust zijn van het feit dat een partij verrijkt ten koste van de ander en deze verrijking hebben gewild.¹⁷² De reden van de vrijgevigheid is niet van belang.¹⁷³ Zelfs als een partij vindt dat hij op morele gronden verplicht is de andere partij iets te geven, dan kan een belaste schenking worden aangenomen.¹⁷⁴ De invulling van dit element komt, bij de beoordeling of er een belaste schenking ontstaat door de afspraken die partijen bij hun scheiding, bijzondere aandacht toe. Dit vanwege het complex van scheidingsafspraken en de dynamiek tussen partijen.

Elke belaste schenking op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 SW 1956 vindt zijn oorsprong in artikel 7:175 BW en 7:186 lid 1 BW.¹⁷⁵ In artikel 7:175 BW zijn de specifieke voorwaarden voor een schenking opgenomen: *‘een overeenkomst om niet die er toe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van het eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt’*. De civielrechtelijke schenking is een species van het algemene begrip gift dat is geregeld in artikel 7:186 lid 1 BW. De gift kan ontstaan uit alle handelingen die ertoe strekken de ander ten koste van het eigen vermogen te bevoordelen. Een handeling kan ruim opgevat worden, bijvoorbeeld ook het afzien van een recht is een handeling die tot een belaste schenking kan leiden.¹⁷⁶ De vraag is of een handeling tevens kan bestaan uit het maken van een onjuiste keuze ten aanzien van welke waarde aan een vermogensbestanddeel toekomt, wat de omvang is van de te verdelen goederengemeenschap of welke belastinglatentie toegepast moet worden. Tevens dient te worden onderzocht of de handeling ‘het gevecht staken door toe te geven’ een handeling kan zijn welke kan leiden tot het doen van een gift. Dit zijn juist de omstandigheden welke bij een scheiding een overbedeling kunnen veroorzaken. In de volgende paragrafen worden de elementen van de belaste schenking geanalyseerd en toegepast op de afspraken die partijen bij scheiding maken.

4.2 De beoordeling van de elementen verrijking en verarming bij overbedeling bij scheiding.

Uit de wet en jurisprudentie blijkt thans dat allerlei bewuste handelingen waarbij de ene partij verarmt terwijl de andere partij verrijkt tot een belaste schenking kunnen leiden. Uit de jurisprudentie blijkt dat er sprake kan zijn van een belaste schenking wanneer de gemeenschap of vermogen dat onder de werking van een verrekenbeding anders dan 50/50 wordt verdeeld of

¹⁷² Van Vijfeijken 2018, p. 148.

¹⁷³ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

¹⁷⁴ Van Vijfeijken 2018, p. 150. Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2003, ECLI:NL:GHSCH:2003:AL1843. Rb. Zeeland-West-Brabant 5 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4072, Hof Arnhem 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2

¹⁷⁵ Van Vijfeijken 2018, p. 147.

¹⁷⁶ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

verrekenend.¹⁷⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat het steeds gaat over overbedelingen waarbij één partij meer dan de helft van het gemeenschappelijk vermogen krijgt, een verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden niet juist wordt uitgevoerd of dat privé vermogen van een partij aan de andere partij wordt toegescheiden. In een zaak uit 2019 die diende voor de rechtbank Zeeland/West Brabant werd bijvoorbeeld de overwaarde van de gezamenlijke woning anders dan 50/50 gedeeld. De woning werd door partijen toegescheiden aan de vrouw zonder dat een overbedelingsschuld van de vrouw aan de man werd vastgesteld. Zij werd overbedeeld voor een bedrag van € 112.500. De vrouw deed vervolgens aangifte van schenking met beroep op vrijstelling op grond van de natuurlijke verbintenis.¹⁷⁸ In deze zaak is het duidelijk dat de vrouw verrijkte ten koste van de man met € 112.500 ten koste van de man die datzelfde bedrag prijs gaf. Een daarop volgend geslaagd beroep op een vrijstelling voor de schenkbelasting doet daaraan niets af.¹⁷⁹ In een zaak uit 1994 werd ook het gezamenlijk vermogen anders dan 50/50 verdeeld.¹⁸⁰ In die scheiding werd de man overbedeeld met maar liefst f 20.178.540. De vrouw wenste maximaal f 5.000.000 toegescheiden te krijgen en weigerde het meerdere. De fiscus én de Hoge Raad merkten dit aan als belaste schenking. De man verrijkte met f 20.178.540 ten koste van de vrouw. Zij had immers recht op de helft van het totale vermogen nu zij in gemeenschap van goederen waren gehuwd.

In een zaak uit 2002 ontstond de overbedeling doordat een partij uit privé vermogen een bedrag aan zijn partner betaalde.¹⁸¹ Partners hadden in hun samenlevingsovereenkomst namelijk onder andere bepaald dat bij scheiding de ene partner aan de andere partner per samenlevingsjaar f 1.000 moest betalen. Bij het einde van de relatie beliep dit, en andere afspraken van partijen, een bedrag van f 140.000 (na inflatiecorrectie). De Inspecteur meende dat sprake was van een schenking onder opschortende voorwaarde, waarvan het gedeelte ad f 20.000 ter voldoening van een natuurlijke verbintenis kon worden beschouwd. Het Hof Amsterdam was het daarmee eens.¹⁸² Nu de betaling uit het privé vermogen van een partij aan de andere werd gedaan is het evident dat de begiftigde verrijkte ten koste van de gever.

De onjuiste afwikkeling van huwelijkse voorwaarden kan tevens tot een belaste schenking leiden. Dat blijkt uit een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem/Leeuwarden waar het om een zeer fors bedrag ging.¹⁸³ De kwestie bestond eruit dat partijen bij hun huwelijk in 1979 huwelijkse voorwaarden hadden opgemaakt zonder verrekenbeding. In 2009 hebben partijen

¹⁷⁷ Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1843 r.o. 4.5.

¹⁷⁸ Rb. Zeeland-West-Brabant 5 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4072.

¹⁷⁹ Artikel 33 sub 12 SW 1956.

¹⁸⁰ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, conclusie Moltmaker met noot van Laeijendecker.

¹⁸¹ Hof Amsterdam 12 december 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AF2409.

¹⁸² Hof Amsterdam 12 december 2002 ECLI:NL:GHAMS:2002:AF2409 r.o. 5.3 en 5.4.

¹⁸³ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2.

gezamenlijk een aanvulling gemaakt op de huwelijkse voorwaarden, zonder deze in een notariële akte te laten opnemen, waardoor deze nietig was.¹⁸⁴ In de aanvulling bepaalden partijen dat de vrouw een verrekeningsvordering van € 10.000.000 toekwam wegens verrekening van overgespaard inkomen. Het Hof oordeelde dat de vermogensverschuiving niet plaatsgevonden kon hebben op grond van hun huwelijkse voorwaarden en derhalve een schenking betrof.¹⁸⁵

Hierboven zijn de elementen verrijking en verarming besproken. Ik ga hier tevens nog kort in op de voor de gift ruime omschrijving van 'de handeling'. Duidelijk wordt dat in de jurisprudentie niet het geheel van mogelijke handelingen van partijen aan bod komt en daarvan wordt bepaald of dat, indien daar wellicht een overbedeling uit ontstaat, dus een handeling is welke leidt tot een belaste schenking. Bijvoorbeeld de handeling 'het erbij laten zitten' welke neerkomt op verder handelen nalaten in de situatie als een partij geen taxatie eist nadat de andere partij een (gemotiveerd) voorstel doet voor de waarde van de woning en partijen vervolgens de woning voor die prijs verdelen. Wat inmiddels wel regelmatig in de praktijk en jurisprudentie voorkomt is het samenstel van handelingen waarbij de overbedeling in de verdeling van de gemeenschap van goederen wordt gecompenseerd door middel van pensioenverrekening. Deze lijken onlosmakelijk met elkaar verbonden waardoor partijen per saldo onder aan de streep niet meer of minder krijgen waardoor dit samenstel derhalve niet kan leiden tot een handeling die kan worden aangemerkt als het doen van een schenking.¹⁸⁶

4.3 De beoordeling van het element van de bevoordelingsbedoeling

De bevoordelingsbedoeling is de derde voorwaarde voor een belaste schenking.¹⁸⁷ De schenker moet de verrijking van de begiftigde hebben gewild.¹⁸⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat de reden waarom de schenker de begiftigde wil bevoordelen niet van belang is.¹⁸⁹ In de conclusie van Moltmaker uit het arrest uit 1994 wordt uiteengezet dat het motief van de vrijgevigheid geobjectiveerd dient te worden beschouwd.¹⁹⁰ Uit een arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 blijkt verder dat de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld.¹⁹¹ De Hoge Raad overweegt daarbij dat voor de wil tot bevoordeling, het onvoldoende is dat een partij de bevoordeling van de ander voor lief neemt.¹⁹² In 2002 heeft Groeneveld in zijn

¹⁸⁴ Artikel 1:115 BW

¹⁸⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2 r.o. 4.8.

¹⁸⁶ Bosch 2015, p. 2-5..

¹⁸⁷ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

¹⁸⁸ Van Vijfeijken 2018, p. 152.

¹⁸⁹ Janssen-Verbakel 2020, p. 58. Zie o.a. Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687.

¹⁹⁰ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687 conclusie Moltmaker 2.1.6 en 2.1.10.

¹⁹¹ Zie ook Parket Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272.

¹⁹² Rb. Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002 r.o. 21.

conclusie hierover het volgende gezegd.¹⁹³ Hij overweegt dat het vrijgevigheidsvereiste op twee wijzen benaderd kan worden.¹⁹⁴ De subjectieve wijze, waarbij de bevoordelingsbedoeling, en de intentie of het motief van de schenker als uitgangspunt dienen. En op objectieve wijze, die zich richt op de uiterlijke kenmerken van de gedragingen van de schenker. Dan zou aan het vrijgevigheidsvereiste zijn voldaan als naar objectieve maatstaven uit de gedragingen en andere omstandigheden van het geval blijkt dat de schenker de begiftigde wil bevoordelen. De Hoge Raad besliste echter al in 1994 dat het voor het aannemen van vrijgevigheid voldoende is dat degene die verarmd is de verrijking van de andere partij heeft gewild.¹⁹⁵ Hoewel hij erkent dat de wil een geestesgesteldheid is, zal voor de bepaling van de wil naar de objectieve feiten van het geval gekeken moeten worden.¹⁹⁶ Een uitgangspunt is dat het in beginsel niet normaal is dat iemand ten koste van zijn eigen vermogen een ander wil verrijken.¹⁹⁷ Na het bovenstaande lijkt de conclusie dat de bevoordelingsbedoeling ingevuld wordt als er een mate van 'wil' is om de ander te bevoordelen terwijl de beoordeling of er sprake van 'wil' is beoordeeld moet worden op basis van objectieve feiten in het specifieke geval. De invulling van de bevoordelingsbedoeling neemt bij een scheiding een bijzondere positie in. Bij een scheiding komt het regelmatig voor dat een partij uit zorgen over procedurekosten, oplopende conflicten met zijn ex partner of de angst zijn kinderen niet meer te zien op punten toegeeft waardoor objectief gezien een overbedeling van de ex partner ontstaat. In de rechtspraak is de situatie dat de fiscus een belaste schenking aanmerkte wegens overbedeling nadat een partij toegaf teneinde een einde aan het conflict te maken nog onvoldoende expliciet aan de orde geweest. Daardoor is niet te zeggen wat bij het maken van scheidingsafspraken waar de grens ligt tussen 'voor lief nemen' en de wil de ander te bevoordelen.

In de rechtspraak kunnen nog enkele voorbeelden gevonden worden die de toets voor de bevoordelingsbedoeling, specifiek bij scheiding, inkleuren. Uit een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2002 wordt mijns inziens het ontbreken van bevoordelingsbedoeling van partijen ten tijde en 3 jaar na de scheiding op bijzondere wijze terzijde geschoven.¹⁹⁸ In deze casus maken partijen in 1990 een echtscheidingsconvenant op waarin zij overeenkomen dat de aandelen aan de man worden toegescheiden. De waarde van de aandelen bedraagt op peildatum f 880.000. Partijen komen voorts overeen dat de man aan de vrouw f 110.000 voldoet. Drie jaar na de scheiding voelt de vrouw zich benadeeld en komen partijen bij notariële

¹⁹³ Zie ook Parket Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272.

¹⁹⁴ Parket Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272 r.o. 4.2.

¹⁹⁵ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, m.nt. Laeijendecker.

¹⁹⁶ Parket Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272 4.4 en 4.5.

¹⁹⁷ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687 conclusie Moltmaker r.o. 3.7.

¹⁹⁸ Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1843.

akte overeen dat de man aan de vrouw alsnog een bedrag ad f 110.000 voldoet en de vrouw verklaart, nogmaals, afstand te doen van haar rechten op een bedrag ad f 220.000. De man wordt in 1990 en vervolgens 1993 overbedeeld nu partijen in gemeenschap van goederen waren gehuwd. Hiervan is in 1990 of 1993 door de man geen aangifte gedaan wegens schenking door de vrouw aan de man. In 2000 meent de man dat hij alsnog aan de vrouw f 220.000 dient te voldoen. De vrouw doet daarop aangifte van schenking bij de Inspecteur. Na ontvangst van de aanslag maakt de vrouw echter bezwaar tegen de aanslag schenkbelasting. Kern van het bezwaar is dat de betaling door de man aan de vrouw in 2000 voortvloeit uit een dringende verplichting van moraal en fatsoen om de vrouw alsnog f 220.000 te voldoen. Het Hof gaat hierin mee, omdat zo stelt het Hof, de vrouw in de akte slechts afstand deed van haar recht tot afdwingbaarheid van de nakoming van het haar ten gevolge van de overbedeling toekomende bedrag. Het vorderingsrecht als zodanig bleef in stand.¹⁹⁹ Hoewel de man aan de vrouw niet verplicht was alsnog iets te betalen deed hij dat toch wegens voldoening van een natuurlijke verbintenis. Daarmee werd niet voldaan aan de bevoordelingsbedoeling en hoefde de vrouw geen schenkbelasting te voldoen.

In de eerder genoemde zaak uit 1994, waarbij de vrouw bij scheiding genoeg nam met f 5.000.000 terwijl zij recht had op f 21.178.540 meer was de bevoordelingsbedoeling tevens aan de orde. In deze casus hadden de man en de vrouw bij aanvang van het huwelijk geen noemenswaardig vermogen. De man vergaarde tijdens het huwelijk met zijn inspanningen een fortuin. De vrouw meende dat de overbedeling niet voortkwam uit vrijgevigheid maar uit op morele gronden berustende wensen om een deel van het vermogen niet toegescheiden te krijgen.²⁰⁰ De Hoge Raad overwoog dat: *'Voor het aannemen van vrijgevigheid is voldoende dat, (...) degene die verarmd is de verrijking van de andere partij heeft gewild.'*²⁰¹

4.4 De familierechtelijke context

De overbedeling bij de verdeling van de gemeenschap welke kan leiden tot een belaste schenking binnen de familierechtelijke context is niet persé gebonden aan de scheiding van twee partijen. Ook ander soortige deelgenoten van een gemeenschap, zoals vennoten van een firma onder vennootschap, die hun gemeenschap verdelen kunnen daarbij een partij overbedelen. De SW 1956 maakt geen onderscheid voor het aannemen van een belaste schenking in welke verhouding schenker en begiftigde tot elkaar staan. Pas nadát een belaste schenking is aangenomen wordt bij het tarief en de vrijstellingen in voorkomende gevallen

¹⁹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1843 r.o. 4.5.

²⁰⁰ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687 r.o. 3.2.

²⁰¹ Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687 r.o. 3.4.

onderscheid gemaakt.²⁰² De Staatsecretaris heeft in zijn besluit van 2010 goedgekeurd dat voor de bepaling van het tarief een schenking aan de ex echtgenoot, mits deze schenking is gedaan in het kader van de uitvoering van de echtscheidingsregeling, kwalificeert als schenking aan de partner.²⁰³ Een geslaagd beroep op de vrijstelling op grond van de natuurlijke verbintenis zal zich veel vaker voordoen tussen partijen die gehuwd zijn of een samenwonenrelatie hebben, dan wanneer sprake is van een andersoortige relatie zoals die van buren die voor elkaar zorgen.²⁰⁴ Voor een beroep op de vrijstelling voor het ondernemersvermogen is het geen voorwaarde dat de onderneming in het kader van een scheiding wordt geschonken. In de praktijk zal deze faciliteit uiteraard wel veel vaker benut worden door partijen die de onderneming in het kader van een scheiding verdelen of schenken in familieverbanden dan binnen andere relaties.²⁰⁵

In hoofdstuk 3 is wel reeds aan bod gekomen dat voor de bepaling van de waarde van een vermogensbestanddeel de familierechtelijke context van invloed is. Omdat de waarde van de vermogensbestanddelen bepaalt of en zo ja welke overbedeling ontstaat werkt de familierechtelijke context toch door in wanneer een belaste schenking ontstaat. De fiscus is zoals eerder opgemerkt in beginsel gehouden aan partijafspraken. Tot slot is de bevoordelingsbedoeling binnen familierechtelijke verhouding niet eenvoudig te duiden, ook al is er objectief een verrijking ontstaan van een partij. Ten eerste maken partijen bij scheiding een complex aan afspraken die met elkaar samenhangen en door hen als totaal beoordeeld worden of ieder krijgt waar hij recht op heeft. Daarbij worden talloze keuzes gemaakt waarbij eventueel fouten gemaakt kunnen worden, partijen onderhandelen en hechten meer waarde aan een goed dat zij toebedeeld willen krijgen en er verstrijkt tijd waardoor de waarde kan veranderen. Nu de beoordeling van de overbedeling gedaan wordt op het eindresultaat van alle afspraken is dus niet eenvoudig te bepalen of een partij ergens bedoeld heeft de andere te bevoordelen. Ten tweede werken ook niet vermogensrechtelijke aspecten, zoals conflicten of zorgen over de verdeling van de zorg voor de kinderen of de angst voor ellenlange juridische procedures, door in hoe en welke afspraken partijen met elkaar maken. Dit raakt aan de eerder besproken situatie dat een partij het voor lief neemt dat de ander er beter van wordt. Helaas is mij geen uitspraak bekend die zich specifiek over deze situatie bij scheiding uitsprekt.

²⁰² Van Vijfeijken 2018, p. 223 en 245 en 257-259.

²⁰³ Stcrt. 2010, 10783.

²⁰⁴ Van Vijfeijken 2018, p. 258.

²⁰⁵ Van Vijfeijken 2018, p. 271 – 272 en 281 – 282.

Hoofdstuk 5 Reflectie en conclusie

5.1 Inleiding

Bij een scheiding maken partijen met elkaar afspraken zodat zij afscheid van elkaar kunnen nemen. Niet gauw zijn ex partners genegen elkaar daarbij iets cadeau te doen. Ieder de helft is al meer dan men vaak redelijk acht. Toch ontstaat er bij scheiding regelmatig, mogelijk, een overbedeling van een partij welke leidt tot een belaste schenking. De oorzaken daarvan zijn dat partijen met elkaar een complex aan afspraken maken waarbij fouten gemaakt kunnen worden of andere keuzes gemaakt worden dan die de rechter of de fiscus gemaakt zouden hebben. De wet geeft geen waarderingsvoorschriften voor de waardering van vermogensbestanddelen waardoor waarderingsfouten ontstaan, noch is er een wettelijke omschrijving van inkomen of vermogen voor de vaststelling van het vermogen dat het verrekenbeding behoort. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Daardoor ontstaan in de praktijk situaties waarbij, zelfs onbewust, een partij wordt overbedeeld en de overbedeling als belaste schenking kan worden aangemerkt. Om tot de kern van deze oorzaken te komen, is in de voorgaande hoofdstukken beschreven welke afspraken partijen met elkaar maken en welke waarde zij toekennen aan hun vermogensbestanddelen. Daarna is onderzocht onder welke voorwaarden een overbedeling kan worden aangemerkt als belaste schenking. Hierdoor wordt duidelijk hoe het schenkingsrecht zijn werking heeft in de scheidingsafspraken die partijen met elkaar maken. Dit onderzoek heeft dan ook tot doel de volgende onderzoeksvraag te beantwoorden. *Welke afspraken tussen scheidende partijen, tegen welke waarde, kunnen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling door de Inspecteur der belastingen of sprake is van een overbedeling die leidt tot een belaste schenking op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel 2 Successiewet 1956?*

5.2 Beantwoording van de deelvragen

5.2.1 *Beantwoording van de deelvraag: Welke afspraken maken partijen met elkaar bij hun scheiding en welke keuzes en mogelijkheden hebben zij bij het maken van de scheidingsafspraken?*

In hoofdstuk 2 is gekeken naar de afspraken die partijen met elkaar maken en op welke wijze zij dat doen. Daaruit blijkt dat bij een scheiding een complex aan afspraken gemaakt wordt die met elkaar samenhangen en als een soort keten van keuzes en afspraken leidt tot een finaal pakket van afspraken. Daarbij is te onderscheiden; (i) de bepaling van de omvang van de te verdelen gemeenschap en de verdeling daarvan, (ii) de bepaling van het tot het

verrekenbeding behorende vermogen, (iii) de waardebepaling van de vermogensbestanddelen en (iv) de afspraken over pensioenen en partneralimentatie. Uit het onderzoek is gebleken dat ten eerste het beginsel van de partijautonomie een sterke invloed heeft op waar partijen afspraken over maken. Het staat partijen civielrechtelijk vrij om over de omvang en verdeling van hun gemeenschap of afwikkeling van hun verrekenbeding min of meer elke afspraak te maken die hen goeddunkt. De afspraken van partijen zullen door de rechter én de fiscus in beginsel gerespecteerd moeten worden, dit tevens voor wat betreft de bepaling van de omvang van de gemeenschap en het tot het verrekenbeding behorende vermogen. Het respecteren van de uitkomst van de door partijen gemaakte afspraak is evenwel begrenst. Indien partijen evident een miskennis geven van de juridische feiten bij de bepaling van de omvang van de te verdelen gemeenschap of het tot het verrekenbeding behorende vermogen zal de fiscus bij de bepaling of een overbedeling is ontstaan welke leidt tot een belaste schenking kunnen afwijken van partijafspraken. Voorts lijkt corrigerende de redelijkheid en billijkheid partijen een ruime marge toe te kennen bij onder andere de uitleg van hun huwelijkse voorwaarden. Dat betekent dat niet enkel de tekstuele of objectief juridische uitleg en zelfs de uitleg van de partijbedoeling ten tijde van het sluiten van de huwelijkse voorwaarden een rol spelen bij de afwikkeling ervan. Indien de partijuitleg van een verrekenbeding in de huwelijkse voorwaarden binnen de grenzen van de redelijkheid en de billijkheid blijft zal deze door de rechter en de fiscus gerespecteerd moeten worden. De precieze reikwijdte van de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid is evenwel onduidelijk.

De WVPS kent partijen veel ruimte toe bij het maken van afspraken over hun huwelijkse pensioen. Overtuigend is gebleken dat de afspraken die partijen maken over pensioenen in de regel niet kunnen leiden tot een afspraak die kan worden aangemerkt als belaste schenking omdat de heersende leer is dat bij afwijken van de WVPS geen over- of onderbedeling ontstaat. Uiteraard is de fiscus hier tevens aan gehouden. Een uitzondering op deze regel is het achterblijven van deugdelijke compensatie voor de partner van de DGA als het PEB is omgezet in een ODV. De uit de wet voortvloeiende mogelijkheden die aan partijen worden toegekend bij het maken van afspraken over de partneralimentatie zijn tevens zeer ruim en zullen in beginsel niet in aanmerking genomen kunnen worden voor de bepaling van een belaste schenking. De uitruilconstructie tussen partijen waarbij zij een overbedeling neutraliseren met pensioenverrekening of een partneralimentatieafkoop is in de praktijk veel voorkomend en geaccepteerd door zowel de Hoge Raad als de fiscus om daarmee een overbedeling te voorkomen. Deze handelingen worden door de rechter gezien als een samenstel van afspraken en dienen derhalve als geheel te worden beoordeeld. Indien dat ertoe leidt dat een

aanvankelijke overbedeling onder aan de streep toch leidt tot een 50/50 afsprakenpakket zal geen overbedeling resteren en dus op basis van de partij afspraken geen belaste schenking kunnen worden aangenomen.

5.2.2 Beantwoording van de deelvraag: Hoe dienen partijen bij hun scheiding de goederen die behoren tot de gemeenschap of welke betrokken worden bij een verrekenbeding te waarderen en welke ruimte tot afwijken hebben zij daar, civiel en fiscaal, bij?

Voordat partijen gaan verdelen en verrekenen bepalen zij de waarde van de vermogensbestanddelen die tot de te verdelen gemeenschap of te verrekenen vermogen behoren. In hoofdstuk 3 is een analyse op hoofdlijnen gemaakt van de waarderingmethoden die in de rechtspraak, praktijk en literatuur worden genoemd als geëigende methoden waarmee de waarde kan worden bepaald. Ten eerste valt daarbij al op dat de wet geen voorschriften bevat welke waarderingmethoden daarvoor gebruikt moeten worden. De rechtspraak heeft daarvoor prima hanteerbare waarderingmethoden ontwikkeld die, in de regel, (goed) passen bij het te waarderen vermogensbestanddeel. Wel is het reeds lange tijd vaste rechtspraak dat de waarde bepaald dient te worden naar *de waarde in het economisch verkeer*. Uit de analyse van de bestaande waarderingmethoden die geschikt zijn voor de bepaling van de waarde in het economisch verkeer en de literatuur en jurisprudentie over op welke waarde een goed moet worden gewaardeerd blijkt dat op de basisregel dat de waarde in het economisch verkeer in aanmerking genomen dient te worden in het algemeen weinig afwijking mogelijk is. Echter, het blijkt dat bij de waardering van een scheidingsonderdeel de 'soep niet zo heet gegeten wordt...'. Hoewel partijen in beginsel tot taak staat een waarderingmethode te kiezen die de waarde in het economisch verkeer oplevert blijkt uit de rechtspraak, jurisprudentie en tevens de praktijk, dat daarop de redelijk en billijkheid van bijzondere betekenis is gezien familierechtelijke betrekkingen waarbinnen de waardering zich afspeelt. Dat betekent dat bij de waardering alle feiten en omstandigheden van het betreffende geval bepalen wat redelijk en billijk is. Dit geldt voor de onderneming in het bijzonder omdat daar tevens bij de waardering van de onderneming rekening moet worden gehouden met de samenhang tussen de waarde van de onderneming en de alimentatieverplichtingen en de pensioenvereveningsverplichting van de ondernemer. Uit de rechtspraak, vooral het ontbreken ervan, valt evenwel op te maken dat deze redelijkheid en billijkheid toets tevens geldt voor andere vermogensrechtelijke scheidingsonderdelen zoals de woning. Een belangrijke conclusie is dat het algemene uitgangspunt dat een goed op de waarde in het economisch verkeer gewaardeerd dient te worden ook bij scheiding van

toepassing is, de redelijkheid en billijkheid corrigeert uiteindelijk de waarde in het economisch verkeer bij scheiding zodat deze past binnen de familierechtelijke context waarin zij plaatsvindt.

Bij de waardering van pensioenaanspraken en de partneralimentatieafkoopsom wordt de waarde in het economisch verkeer in zijn geheel verlaten. Voor de pensioenaanspraken bij een pensioenfonds geldt dat de netto contante waarde de waarde van dat pensioen is. Door allerlei factoren zoals de dekkingsgraad, en de (te) lage premies is het toegezegde pensioen, waarop nu de contante waarde (mede) op wordt gebaseerd, allerm minst gegarandeerd. De waardebepaling van pensioen in eigen beheer treft weer een geheel ander lot, daar wordt de waarde bepaald aan de hand van de commerciële waarde. Zeker met de huidige lage rentestand loopt daardoor de netto waarde regelmatig duizelingwekkend op. Dat levert in de praktijk regelmatig onredelijke en onwerkbaar uitkomsten op. Ik kan echter thans niet anders concluderen dan dat partijen van goeden huize moeten komen willen zij afwijken van de door de belastingdienst en in de rechtspraak ontwikkelde methoden voor de waardering van pensioenen.

Over partneralimentatie tot slot kan geconcludeerd worden dat daarvoor geen enkel waarderingsvoorschrift geldt. Dat betekent evenwel niet dat partijen elke overbedeling kunnen verrekenen met een partneralimentatieafkoopsom of dat een partneralimentatieafkoopsom nimmer tot een belaste schenking kan leiden. Ten eerste is de begrenzing van de partneralimentatieafkoop gegeven in de voorwaarde dat uit het afsprakenpakket, in het convenant, duidelijk moet blijken dat met de afkoopsom een bepaalde overbedeling wordt verrekend. De partneralimentatieafkoopsom dient eerst een op zichzelf staand recht te zijn op basis van draagkracht en behoefte partijen. In het geval de alimentatiegerechtigde direct na de ontbinding van het huwelijk samenwoont met een nieuwe partner, bestaat er ten tijde van de echtscheiding geen recht op partneralimentatie waardoor een partneralimentatieafkoopsom als belaste schenking wordt aangemerkt en niet kan worden verrekend met een overbedeling. Ten tweede is de redactie van het convenant van belang, met name dat de alimentatiegerechtigde niet in het geheel afziet van partneralimentatie terwijl partijen wel een partneralimentatieafkoopsom verrekenen met de overbedeling.

5.2.3 Beantwoording van de deelvraag: Hoe wordt bij scheiding de toets voor een belaste schenking gedaan?

In hoofdstuk 4 is beschreven welke elementen ingevuld dienen te worden om tot een belaste schenking te leiden. Daarin is naar voren gekomen wat bij scheiding bij zowel de elementen verrijking en verarming als het element van de bevoordelingsbedoeling de

belangrijkste problemen zijn. Deze bevindingen zijn dienstig voor de duiding of en wanneer er een belaste schenking bij scheiding kán ontstaan. Immers als dat nimmer het geval is dan kunnen partijen, in ieder geval voor de Successiewet, alle afspraken maken die hen goedgevallen. In het hoofdstuk is allereerst onderzocht waarin in het algemeen een schenking zijn oorsprong vindt en hoe dit toegepast wordt op de afspraken die partijen bij een maken. Vervolgens zijn de elementen van een schenking: (i) *verrijking van de begiftigde*, (ii) *verarming van de schenker* en (iii) *de bevoordelingsbedoeling* in het algemeen en daarna in het bijzonder bij een scheiding geanalyseerd. Daarbij is geconcludeerd dat bij een scheiding de verrijking ontstaat als een partij meer krijgt dan waar hij recht op heeft. Bij scheiding gaan de verrijking en verarming steeds hand in hand waardoor de invulling van de elementen verrijking en verarming steeds gelijktijdig gebeurt. De verrijking kan ontstaan indien een partij wordt overbedeeld bij de verdeling van de goederengemeenschap of afwikkeling van het verrekenbeding. De verrijking zal door de fiscus, moeten worden beoordeeld naar de overbedeling die uiteindelijk resulteert uit het complex van de afspraken die partijen met elkaar maken. Bij de bij de beoordeling van de verrijking dient steeds naar de samenhangende rechtshandelingen worden gekeken. De fiscus is zoals gebleken gehouden aan deze partij afspraken tenzij deze een evidente miskennis geven van de juridische feiten, bijvoorbeeld als partijen de huwelijkse voorwaarden onjuist afwickelen of wanneer partijen in hun samenlevingsovereenkomst of de afwikkeling daarvan afspraken maken die geen wettelijke grondslag hebben. Omdat een evidente miskennis van de juridische feiten steeds afhankelijk is van de feiten van het geval is niet scherp bepaald wanneer daarvan precies wel of geen sprake is.

Niet voldoende te benadrukken is dat het vaste rechtspraak is dat afzien van (een deel van) het huwelijks pensioen of partneralimentatie niet leidt tot overbedeling en derhalve niet tot een belaste schenking.

Uit de analyse van het element van de bevoordelingsbedoeling blijkt dat de schenker de verrijking van de begiftigde moet hebben gewild en dat het motief daarbij niet van belang is. De wil moet naar objectieve maatstaven uit de gedragingen en andere omstandigheden van het geval ten tijde van de bewuste handeling blijken. Uit de jurisprudentie blijkt dat ook bij scheiding deze uitleg van de bevoordelingsbedoeling wordt gehanteerd. De situatie dat een partij het voor lief neemt dat de ander wordt overbedeeld is door de Hoge Raad als onvoldoende beoordeeld om de bevoordelingsbedoeling in te vullen. De situatie waarbij een partij het 'erbij laat zitten' om verdere (juridische) strijd te voorkomen en daardoor wellicht genoeg neemt met een lagere waarde van een vermogensbestanddeel is helaas in de jurisprudentie niet uitgewerkt. Daarom is daarop thans geen sluitend antwoord te geven waar precies de grens ligt tussen de ander

willen bevoordelen en 'voor lief nemen'. Ik kan mij voorstellen dat bij een scheiding het vaker voorkomt dan in een andere situatie dat een partij een mogelijke overbedeling voor lief neemt. De toets of uit het complex van handelingen en gedragingen ten tijde van het maken van de scheidingsafspraken objectief op te maken is of een partij de andere bewust wilde verrijken of vooral bezig was met zijn eigen belangen en de mogelijke verrijking van de ander voor lief nam is niet eenvoudig. Zoals gezegd is dat voor de invulling van de bevoordelingsbedoeling onvoldoende en dus kan gesteld worden dat de invulling van dit element bij overbedeling bij scheiding minder snel kan worden aangenomen dat deze *gewild* is.

5.3 Beantwoording van de hoofdvraag

Concluderend kan worden gesteld dat de Inspecteur der belastingen het resultaat van het complex van afspraken dat partijen bij hun scheiding maken over de verdeling van hun goederengemeenschap, hun verrekenbeding en de eventuele verrekening van een overbedeling met pensioen of partneralimentatie in aanmerking moet nemen voor de beoordeling of er sprake is van overbedeling die leidt tot een belaste schenking. Partijen hebben bij het maken van hun afspraken op grond van het beginsel van de partijautonomie een behoorlijke vrijheid bij de keuzes die zij maken over de omvang van hun goederengemeenschap en het tot het verrekenbeding behorende vermogen. Tevens geeft de wet hen de vrijheid af te wijken van de wettelijke regels over pensioen en partneralimentatie. De vermogensbestanddelen van de goederengemeenschap en het te verrekenen vermogen dienen in beginsel te worden bepaald naar de waarde in het economische verkeer. Echter wat ook blijkt, is dat binnen de familierechtelijke betrekking waarbinnen de afspraken worden gemaakt, de redelijkheid en de billijkheid een corrigerende werking heeft op het beginsel dat vermogensbestanddelen naar waarde in het economisch verkeer dienen te worden gewaardeerd. De redelijkheid en billijkheid dient uiteraard objectief te worden beoordeeld en geeft partijen zeker geen *carte blanche* maar eist voor de keuze van de waarderingmethode nog steeds grote zorgvuldigheid. De afspraken die partijen maken over pensioenverevening en partneralimentatie leiden, behoudens bijzondere uitzonderingen, in het geheel niet tot overbedeling van een partij.

In dit onderzoek is ook duidelijk geworden dat op een aantal kwesties nog geen duidelijk eenduidig antwoord gegeven kan worden. De ruimte die partijen hebben bij de overeenkomst tot de afkoop van partneralimentatie is thans niet wettelijk bepaald noch is daarover in de jurisprudentie uitsluitend gegeven. Tevens is niet bekend of op grond van de Successiewet 1956

een belaste schenking kan worden aangenomen wanneer partijen in bepaalde situaties, om voor hen moverende redenen, een alternatieve belastinglatentie toepassen.

Bij de toets van de bevoordelingsbedoeling indien een partij 'het erbij laat zitten' is de precieze grens van de wil tot bevoordelen versus 'voor lief nemen' niet duidelijk wegens het ontbreken van jurisprudentie daarover. Tot slot wellicht de belangrijkste onzekerheid is de precieze reikwijdte van de corrigerende werking van de redelijkheid en de billijkheid in de familierechtelijke verhouding bij scheiding. De werking van dit beginsel is niet afhankelijk van het rechtsgebied, civiel of fiscaal. Tevens is de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid niet slechts van toepassing als aanvulling op de rechtsregel dat de waarde in het economische verkeer in aanmerking wordt genomen maar toepasselijk op het gehele complex van scheidingsafspraken omdat deze allemaal binnen de familierechtelijke verhouding worden gemaakt. Ik zie de verdere inkleuring van deze corrigerende werking met belangstelling tegemoet omdat deze de rechtszekerheid voor partijen ten goede zal komen.

Kort en goed: Het resultaat van het complex van afspraken van partijen bij hun scheiding, tegen de waarde in het economische verkeer, met in achtneming van corrigerende werking van de redelijkheid en de billijkheid wegens de familierechtelijke verhoudingen waarbinnen de scheidingsafspraken worden gemaakt, kan door de Inspecteur der belastingen in aanmerking worden genomen voor de bepaling of een overbedeling ontstaat die leidt tot een belaste schenking op grond van artikel 1 lid 1 onder 2 Successiewet 1956.

Bronnen

Literatuur

Albregtse e.a. 2018

D.A. Albregtse e.a., *Cursus belastingrecht; Inkomsten belasting*, Deventer Wolters Kluwer 2018

De Bruijn e.a. 2019

A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlands Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Jansen-Verbrakel & Zuiderwijk 2020

S. Jansen-Verbrakel & J.C.L. Zuiderwijk, *Monografieën (echt)scheidingsrecht Deel 7 (Echt)scheiding en fiscale aspecten*, Den Haag: SDU uitgevers 2020

Labohm, Veerman & van der Zanden 2017

A.N. Labohm, W.T.M. Veerman & P.M. van der Zanden, *Waardering van ondernemingen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017

Van Riemsdijk 2013

A.M. van Riemsdijk, *Scheiden in Nederland*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2013

Sonneveldt 2017

F. Sonneveldt, *Wegwijs in de Successiewet*, Den Haag: SDU Uitgevers 2017

Van Vijfeijken & Gubbels 2018

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht; Schenk- en erfbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

Vlaardingerbroek e.a. 2014

P. Vlaardingerbroek e.a., *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014

Van Wijk – Verhagen 2018

E. van Wijk – Verhagen, *Redelijkheid en billijkheid in het personen- en familierecht, meer in het bijzonder in het huwelijks- en echtscheidingsvermogensrecht*, Den Haag: Boom juridisch

Tijdschriftartikelen

Bosch & Richelle WFR 2015/55

L.M.J. Bosch & F.M. Richelle, 'Verslag van de 38e Fiscale Conferentie 'Huwten en echtscheiden''. *WFR*, 2015/55, p. 2-5.

De Bruijn, EB 2013/1

A.R.P. de Bruijn, 'De netto waarde van de eenmanszaak.', *EB* 2013 afl. 1, p. 7-17

De Jonge, EB 2019/108

G.H.P. de Jonge, 'De vergeten waarde bij het doorschuiven van de aanmerkelijk belang belastingclaim bij echtscheiding.' *EB* 2019/108, p. 227-229

Holtermans, EB 2018/98

J.M.J. Holtermans, 'Fiscale gevolgen van compensatie partner bij uitfasering pensioen in eigen beheer.' *EB* 2018/98 p. 208-211

Lankester, Tijdschrift voor relatierecht en praktijk 2014/2

E.R. Lankester, 'Waardebepaling ondernemingen bij echtscheiding: waarde of prijs?' *Tijdschrift voor relatierecht en praktijk* 2014/2 – 144, p. 32-35.

Massart, EB 2011/2

I. Massart, 'Ondernemingsvermogen, privévermogen en alimentatie bij echtscheiding een (on)samenhangend geheel?', *EB* 2011/2 – 12, p. 27-32.

Van Spaendonck, Tijdschrift voor relatierecht en praktijk 2016/1

PH. M. van Spaendonck, 'Waardering van aandelen in het kader van de gemeenschap van goederen.' *Tijdschrift voor relatierecht en praktijk* 2016/1 – 70, p. 31-37.

Veldkamp & van den Barselaar EB 2008/9

J.M. Veldkamp & F. van den Barselaar, 'Schenken en Scheiden.', *EB* 2008/9, p. 143 – 146.

Wobma & de Graaf 2009

E. Wobma & A. de Graaf, *Scheiden en weer samenwonen*, Centraal Bureau voor de Statistiek 2009.

Overige

Kamerstukken II 2000/01, 27554, 3, p. 11 (MvT)

Besluit van 5 juli 2010, nr. 10783

Besluit van 29 maart 2018, nr. 45958

Factsheet Ministerie van Justitie 2020-1

Jurisprudentie

Hoge Raad

Hoge Raad 28 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY1786

Hoge Raad 6 maart 1963, ECLI:NL:HR:1963:AX7927

Hoge Raad 17 maart 1971, ECLI:NL:HR:1971:AX5018

Parket van de Hoge Raad 5 april 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2952

Parket van de Hoge Raad 16 januari 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4158

Hoge Raad 27 november 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4271 (Boon/Van Loon)

Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687, conclusie Moltmaker met noot van Laeijendecker

Hoge Raad 15 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5687

Hoge Raad 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0382 (Zeevisserarrest)

Hoge Raad 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272

Hoge Raad 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK8291

Hoge Raad 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7004

Hoge Raad 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658

Parket van de Hoge Raad 27 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ8588

Hoge Raad 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1393

Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2931

Hoge Raad 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3462

Hoge Raad 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3082

Parket van de Hoge Raad 30 november 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2396

Hoge Raad 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:319

Hoge Raad 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:218
Hoge Raad 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:281
Parket van de Hoge Raad 8 februari 2019, ECLI:NL:PHR:2019:118
Hoge Raad 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:504
Hoge Raad 19 april 2019, ECLI:NL:PHR:2019:636
Parket Hoge Raad 24 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:556
Hoge Raad 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1873
Hoge Raad 10 april 2020, ECLI:NL:PHR:2019:636

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 12 december 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AF2409
Hof 's-Hertogenbosch 16 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1843
Hof 's-Hertogenbosch 19 oktober 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AS4514
Hof Amsterdam 12 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU1454
Hof Leeuwarden 10 februari 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV1718
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8818
Hof Den Haag 9 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3915
Hof Den Haag 16 november 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5378
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5743
Hof Den Haag 4 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416
Hof 's-Hertogenbosch 14 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5584
Hof Den Haag 28 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:799
Hof Arnhem-Leeuwarden 3 januari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2

Rechtbanken

Rechtbank Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU8678
Rechtbank Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277
Rechtbank Gelderland 18 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 5 september 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:4072
Rechtbank Oost-Brabant 29 april 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:2386