

De bevoordelingsbedoeling bij een schenking of gift: wanneer is daar sprake van?

EB 2021/32

De rechtsfiguren 'schenking' en 'gift' spelen in het familierecht een belangrijke rol. Het maken van verdelingsafspraken bij het einde van het huwelijk en bij transacties tussen (ex-) echtgenoten, zijn voorbeelden van situaties waarbij de Belastingdienst op het vinkentouw zit om te stellen dat er sprake is van een schenking met oplegging van een aanslag schenkbelasting tot gevolg. Kijkend naar de (recente) jurisprudentie is dit een actueel thema en voer voor talrijke gerechtelijke procedures tot aan de Hoge Raad en terug. Aan de hand van het juridisch kader zal ik twee uitspraken bespreken. Ik zal vervolgens een zijstap maken naar het erfrecht. Welke erfrechtelijke gevolgen kan een schenking hebben? Waar moet in dat verband op worden gelet? Ik zal afsluiten met een conclusie en met de lering die getrokken kan worden voor familierechtpraktijk.

1. 'Iedere schenking is een gift, maar niet iedere gift is een schenking'

De begrippen 'schenking' en 'gift' komen op verschillende plaatsen in ons wetboek voor en zijn allerminst uitwisselbare termen, alhoewel in sommige gevallen de term 'schenking' als 'gift' moet worden uitgelegd. Dit kan tot verwarring leiden. Hoe zit het ook alweer?

1.1 Civielrechtelijk begrip

Het civielrechtelijke begrip van een gift is 'iedere handeling die er toe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt'.² Het civielrechtelijke begrip 'schenking' kent dezelfde definitie,³ zij het dat daaraan is toegevoegd het vereiste van 'een overeenkomst om niet'. Iedere schenking is dus een gift, maar niet iedere gift is een schenking. Onder oud recht werd het verschil tussen beide aangeduid als formele schenking (thans het begrip schenking) versus materiële schenking (thans het begrip gift).⁴

1.2 Fiscaal begrip

Hoe zit dit fiscaal? Schenkbelasting wordt geheven over de waarde van al wat krachtens schenking wordt verkregen.⁵ Alhoewel hiermee de indruk wordt gewekt dat alleen een schenking een belastbaar feit is, is dat niet het geval. 'Onder schenking wordt voor de toepassing van deze wet [de Successiewet] verstaan de gift als bedoeld in artikel 186, tweede

lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek'.⁶ Met het begrip 'schenking' wordt hier dus bedoeld 'gift'.

1.3 'Overeenkomst om niet'

Naast de vereisten die worden gesteld aan het begrip gift moet een schenking dus ook voldoen aan het vereiste van 'een overeenkomst om niet'. Onder 'overeenkomst' worden begrepen zowel een obligatoire verbintenisscheppende overeenkomst tot een geven, tot een doen⁷ of een niet-doen⁸, een liberatoire (bevrijdende) overeenkomst⁹ als een vaststellingsovereenkomst.¹⁰ En 'om niet' houdt in dat er tegenover de prestatie van de schenker in het geheel geen, of een verwaarloosbare lage,¹¹ tegenprestatie staat.

1.4 Overkoepelende vereisten

De overkoepelende vereisten waaraan zowel een schenking als een gift dienen te voldoen zijn:

- verarming van de schenker;
- verrijking van de begiftigde;
- bevoordelingsbedoeling.

De vereisten van verarming en verrijking spreken voor zich. Het is goed zich te realiseren dat de verarming en de verrijking weliswaar tegenover elkaar staan, maar niet met elkaar behoeven te corresponderen,¹² dat beide elementen objectief dienen te worden vastgesteld,¹³ en dat van zowel verarming als verrijking pas sprake is bij een voltooide vermogensverschuiving.¹⁴

Het derde en laatste vereiste van zowel een schenking als een gift, is de bevoordelingsbedoeling die de schenker moet hebben gehad. Bij het bepalen of een rechtshandeling een schenking of gift is, geeft dit vereiste voer voor discussies.

2. De bevoordelingsbedoeling nader bezien

2.1 Kader

Het vereiste van de bevoordelingsbedoeling – ook wel eis van vrijgevigheid genoemd – volgt uit de wettekst: '[Als gift wordt aangemerkt iedere handeling] die ertoe strekt [een

1 Mr. M.G. Hees is advocaat/partner bij Banning Advocaten.

2 Artikel 7:186 lid 2 BW.

3 Artikel 7:175 lid 1 BW.

4 Van Mourik, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 631.

5 Artikel 1 lid 1 sub 2 Sw.

6 Artikel 1 lid 7 Sw.

7 Bijvoorbeeld tot overname of betaling van de schuld van de begiftigde aan een derde. Zie Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013, p. 290-291.

8 Bijvoorbeeld tot het niet gebruiken van een recht of bevoegdheid. Zie Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013, p. 290-291.

9 Kwijtschelding. Zie Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Deventer: Kluwer 2013, p. 291.

10 Ploeger, *Tekst & Commentaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, aantekening 1 bij artikel 7:175 BW.

11 HR 6 december 1968, NJ 1969/301 (*Erven Jongbloed*).

12 Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Kluwer, 2017/256, ECLI:NL:PHR:2019:1083.

13 ECLI:NL:PHR:2019:1083.

14 Asser/Perrick, *Erfrecht en schenking*, Kluwer, 2017/256, ECLI:NL:PHR:2019:1083.

ander ten koste van eigen vermogen te verrijken.¹⁵ Wat wordt hiermee bedoeld? Meerdere betekenissen circuleren,¹⁶ en ik sluit mij aan bij deze omschrijving: 'De gezindheid van de schenker, gericht op bevoordeling om niet van de begiftigde met de wetenschap van het ontbreken van elke gehouwenheid daartoe.'¹⁷

De toelichting op artikel 7.3.1. Ontwerp BW¹⁸ geeft het speelveld aan van de concrete invulling van de bevoordelingsbedoeling: enerzijds is het enkele feit dat de schenker zich bewust is dat hij een ander bevoordeelt niet voldoende en anderzijds is niet vereist dat de schenker het oogmerk¹⁹ heeft de ander te beoordelen.

Het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 geeft hier concreet kleur aan.²⁰ 'Bewustzijn van bevoordeling' is niet afdoende. Daarnaast is nodig dat er sprake is van 'de wil tot bevoordeling'. Dit zien wij terug in het arrest van de Hoge Raad uit 2019²¹ en in de conclusie van A-G Wissink van 25 oktober 2019.²² Het gaat dus om (i) twee verschillende vereisten, (ii) die ieder zelfstandig beoordeeld moeten worden, (iii) dat de wil tot bevoordeling niet kan worden afgeleid louter uit de aanwezigheid van bevoordelingsbewustheid bij de schenker,²³ en (iv) dat de achterliggende redenen, bedoelingen of motieven niet relevant zijn.²⁴

Of aan beide vereisten is voldaan, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.²⁵ Een bevoordeling die zich heeft voorgedaan in de familiesfeer kan wijzen op de aanwezigheid van de bevoordelingsbedoeling.²⁶ En de rechter kan evenzeer op die basis een weerlegbaar bewijsvermoeden aannemen.²⁷

Met betrekking tot de eis van 'bewustzijn van bevoordeling' is nog relevant op te merken het bestaan van de zogeheten 'toerekeningsregel': de kennis en inzichten van de door de schenker ingeschakelde deskundige(n) worden aan hem toegerekend.²⁸ Toepassing van deze regel heeft zodoende

gevolgen voor de verdeling van de bewijslast en/of het door de rechter aan te nemen weerlegbaar bewijsvermoeden.

2.2 Jurisprudentie

De eerste uitspraak die ik met u bespreek, is het arrest van de Hoge Raad van 29 november 2019.²⁹ De casus is als volgt. Man en vrouw zijn in 1979 op huwelijkse voorwaarden gehuwd met uitsluiting van elke huwelijksgoedengemeenschap. Staande huwelijk, in 2009, hebben zij een onderhandse overeenkomst met elkaar gesloten tot, kort gezegd, verrekening van het niet nageleefd periodiek verrekenbeding, met als gevolg dat de man aan de vrouw verschuldigd is € 10 miljoen. Op grond van een eveneens overeengekomen betalingsschema heeft de man in de periode 2009 tot en met 2012 ook allerlei betalingen aan de vrouw gedaan. De man is vervolgens in staat van faillissement verklaard en in 2016 oordeelde het hof in de zaak aangespannen door de curator van de man, dat de overeenkomst tussen de man en de vrouw nietig is. De overeenkomst zou namelijk een (vorm van) (periodieke) verrekening omvatten die afwijkt van de huwelijksvoorwaarden en dus nietig zijn, omdat niet is voldaan aan de vormvereisten van een (notariële) akte. De Belastingdienst zat op het vinkentouw en legde een schenkingsaanslag op van nagenoeg € 10 miljoen. Die aanslag werd in rechte aangevochten. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 dat er sprake is van een schenking, nu er (deels) uitvoering is gegeven aan de nietige overeenkomst, de man is verrijkt, de vrouw is verarmd en de bevoordelingsbedoeling wordt aangenomen 'op basis van de inhoud van de gedingstukken en de daarover afgelegde verklaringen'.³⁰ De Hoge Raad kan het hof hier niet in volgen, nu het hof als grondslag voor het aannemen van een schenking heeft gebruikt een nietige overeenkomst en zonder nadere motivering is dit oordeel onbegrijpelijk. De zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch en het is thans wachten op de uitspraak.

Voor het bepalen of er sprake is van een belastbare schenking, is het bestaan van een overeenkomst geen vereiste. Dat heb ik hiervoor aangegeven. Los van de (nietige) overeenkomst kunnen de betalingen van de man aan de vrouw als een belastbare schenking worden gekwalificeerd, als er maar is voldaan aan de hiervoor genoemde vereisten. De uitkomst van deze zaak kan dus nog steeds zijn dat er sprake is van een schenking. De vervolgvraag is dan wel wat de hoogte van die schenking is. Het gaat, zie hiervoor, om het bedrag van de voltooide vermogensverschuiving en dat is niet geweest de volle € 10 miljoen, maar mogelijk een deel daarvan.

De tweede relevante uitspraak betreft het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 19 september 2018.³¹ De casus is als volgt. Man en vrouw zijn in 1967 in algehele

15 Artikel 7:186 lid 2 BW jo 7:175 lid 1 BW.

16 Zie voor een opsomming de conclusie van A-G Moltmaker voor het arrest van 15 juni 1994 BNB 1994/261, m.nt. G. Laeijendecker, NJ 1995/577, m.nt. W.M. Kleijn.

17 H.A. Drielsma, 'Liberaliteit, causaliteit en finaliteit bij schenking', WPNR 1966/4898, p. 125.

18 Toelichting Wiersma, *Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek* van prof. mr. E.M. Meijers, Toelichting vierde gedeelte (Boek 7), Den Haag: SDU 1972, p. 894.

19 De bevoordeling van de ander behoeft dus niet het doel van de schenking te zijn.

20 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272.

21 ECLI:NL:HR:2020:262.

22 A-G Wissink 25 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1083.

23 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272; HR 14 februari 2019, ECLI:NL:HR:2020:262 en A-G Wissink 25 oktober 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1083.

24 Van Mourik, *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 644. Megchelsen & Vegter, 'Schenking volgens titel 7.3', WPNR 1995/6186, p. 415.

25 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7272 en onder hetzelfde nummer de conclusie van A-G Groeneveld van 14 november 2001.

26 Schuttevaer/Zwemmer, *Schenking*, 2002, p. 6, ECLI:NL:PHR:2019:1083.

27 ECLI:NL:PHR:2019:1083.

28 Conclusie A-G Groeneveld 14 november 2001, ECLI:NL:PHR:2002:AD7272.

29 HR 29 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1873.

30 ECLI:NL:GHARL:2019:2. De uitspraak maakt dit (helaas) niet verder duidelijk.

31 Rb. Gelderland 19 september 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4002.

gemeenschap van goederen gehuwd. In 2005 is de echtscheiding uitgesproken en in het kader van de verdeling wordt de man overbedeeld voor € 1,8 miljoen. Die schuld is omgezet in een geldlening. Op enig moment komt de vrouw in financiële problemen en in 2011 maakte zij de man daar deelgenoot van. Begin 2012 bood de (advocaat van de) vrouw aan de man te koop aan de door haar gehouden certificaten in een besloten vennootschap tegen betaling van € 1 miljoen. De boekwaarde van de certificaten is op dat moment – zo blijkt uit een brief van de advocaat van de vrouw aan de vrouw – ruim € 6,3 miljoen. Uit diezelfde brief volgt dat het advies van de advocaat aan de vrouw is: geen verkoop tegen € 1 miljoen. De vrouw verkocht de aandelen toch voor dit bedrag aan de man. De uitspraak geeft er blijk van dat de vrouw tot de verkoop is gedreven door geldnood en met de verkoop snel aan geld wilde komen. De Belastingdienst – daar is hij weer – legt onmiddellijk een schenkingsaanslag op ter grootte van het verschil tussen de verkoopsom en de boekwaarde.

Bij de beoordeling door de rechtbank wordt direct ingezoomd op het al dan niet bestaan van de bevoordelingsbedoeling – verarming en verrijking zijn naar ik meen ook een gegeven – en dan specifiek op het onderdeel van ‘de wil tot bevoordeling’. Daarbij laat de rechtbank in het midden of voldaan is aan het andere onderdeel, te weten ‘het bewustzijn van bevoordeling’. Naar ik meen kan dit bewustzijn overigens zonder meer worden aangenomen, gezien in het licht van de advisering van de advocaat aan de vrouw en indachtig de hiervoor genoemde toerekeningsregel. De rechtbank legt de bewijslast op dit punt – ‘de wil tot bevoordeling’ – bij de Belastingdienst. En naar mijn mening is dat terecht. De hiervoor genoemde toerekeningsregel geldt niet voor dit onderdeel van de bevoordelingsbedoeling en nu de bevoordeling niet heeft plaatsgevonden in de (directe) familiesfeer, is er evenmin reden om een weerlegbaar bewijsvermoeden aan te nemen. Het oordeel luidt dat de Belastingdienst niet is geslaagd in de bewijslevering: hij kwam ook niet verder dan de stelling dat de vrouw de bevoordeling van de man ‘voor lief had genomen’. Maar die stelling raakt hoogstens ‘het bewustzijn van bevoordeling’ en niet ook ‘de wil tot bevoordelen’.

3. Erfrechtelijke gevolgen van een schenking of gift?

Niet alleen de Belastingdienst zweeft als een aasgier boven afspraken die in het familierecht worden gemaakt, maar ook een ontferd kind van de partij die door de gemaakte afspraak is verarmd. Voor de berekening van de legitieme portie – het minimaal deel, uitgedrukt in geld, waarop een afstammeling van erflater aanspraak heeft – kunnen giften immers relevant zijn.³² De legitieme portie stijgt daardoor en zorgt in de praktijk voor de nodige geschillen en gerechtelijke procedures.

Relevant daarbij is te bedenken dat voor de beoordeling of er sprake is van een gift, de hiervoor genoemde vereisten en invulling daarvan onverkort van toepassing zijn. Aanvullend geldt dat er sprake moet zijn van ‘in een aanmerking te nemen’ gift.³³ Dat zijn:

- a. Giften die kennelijk gedaan en aanvaard zijn met het vooruitzicht dat daardoor de legitimarissen³⁴ worden benadeeld.
- b. Giften die erflater gedurende zijn leven te allen tijde had kunnen herroepen of die hij bij de gift voor inkorting vatbaar heeft verklaard.
- c. Giften van een voordeel, bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten. Het gaat hier om de zogeheten schenkingen ter zake des doods.³⁵
- d. Giften, door de erflater aan een afstammeling gedaan mits die afstammeling legitimaris is.
- e. Andere giften, voor zover de prestatie binnen vijf jaren voor zijn overlijden is geschied.

Hierop gelden overigens ook weer uitzonderingen³⁶ die het bestek van dit artikel te buiten gaan.

In lijn hiermee is een ander punt van aandacht de regeling van inkorting³⁷ en de gevolgen die deze kan hebben voor de begiftigde. Daar waar in het kader van de berekening van de legitieme portie rekening wordt gehouden met een in aanmerking te nemen gift en de gezamenlijke erfgenamen niet voldoende aanspraak tot verhaal kunnen bieden voor betaling van de legitieme portie, kan de legitimaris hetgeen hij/zij tekortkomt onder omstandigheden verhalen op de begiftigde. Dat wordt inkorting genoemd. Dit met als gevolg dat de begiftigde de waarde van het tekort c.q. ingekorte deel van de gift, aan de legitimaris dient te vergoeden. Het spreekwoord ‘eens gegeven, blijft gegeven’ gaat in dat geval dus niet op.

4. Conclusie en les voor de familierechtpraktijk

Concluderend kan hieruit voor de familiepraktijk de volgende lering worden getrokken: bij het maken van afspraken met (in potentie) een gift- of schenkingselement dient men zich bewust te zijn:

1. van een zeer actief optreden van de Belastingdienst;
2. dat de cumulatieve vereisten voor het aannemen van een belastbare schenking zijn:
 - a. verarming van de schenker;
 - b. verrijking van de begiftigde;
 - c. de bevoordelingsbedoeling van de schenker, bestaande uit de cumulatieve vereisten van het

³³ Artikel 4:67 BW.

³⁴ Legitimarissen zijn de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot zijn nalatenschap worden geroepen. Artikel 4:63 lid 2 BW.

³⁵ Artikel 7:177 BW.

³⁶ Artikelen 4:68 en 4:69 BW.

³⁷ Artikel 4:87 jo 89 BW.

³² Artikel 4:65 BW.

bewustzijn van bevoordeling en de wil tot bevoordeling.

3. de toepasselijkheid van de toerekeningsregel op het punt van het bewustzijn van bevoordeling;
4. dat een schenking of gift erfrechtelijke gevolgen kan hebben, ook voor de begiftigde.

Alleen zo kan vooraf een hoop leed worden voorkomen.