

Inhoudsopgave

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | Inleiding | 1 |
| 2. | De schenking | 2 |
| 3. | De gift | 4 |
| 4. | Relatie tot de natuurlijke verbintenis | 7 |
| 5. | De totstandkoming van de schenking en vormvereisten | 9 |
| 6. | Rechten en verplichtingen van de schenker en de begiftigde | 13 |
| 7. | Vernietigbaarheid van de schenking | 14 |
| 8. | Herroepelijke schenking | 19 |
| 9. | Tweetrapsschenking | 22 |
| 10. | Schenkingsbewind en certificering | 26 |
| 11. | Schenking en huwelijksvermogensrecht | 28 |
| 12. | Renteloze en laagrentende leningen | 37 |
| 13. | Schenking van de woning en de WOZ-waarde | 38 |
| 14. | Aflossen van overbedelingsschulden | 40 |
| 15. | Schenking en erfrecht | 41 |
| | 15.1 Inbreng bij verdeling | 42 |
| | 15.2 Legitieme portie | 43 |
| | 15.3 Schenking ter zake des doods als quasi-legaat | 45 |
| 16. | Schenking en de Successiewet | 47 |

1. Inleiding

Schenking en erfrecht houden ten nauwste verband met elkaar. Door middel van een uiterste wilsbeschikking kan de erflater na zijn overlijden één of meer personen bevoordelen met bijvoorbeeld een erfstelling of een legaat. Bij leven is een schenking geschikt voor een dergelijke bevoordeling. Men zegt wel met een gevleugelde uitdrukking: erven gebeurt met de koude hand, schenken doet men met de warme hand. Schenking en erfrecht hebben ook een complementair karakter; hetgeen bij leven niet is geschonken, zal de erfgenamen via de nalatenschap ten goede kunnen komen. De schenking kan dan ook aangemerkt worden als het voorportaal van het erfrecht. Hiermee is verklaard dat bij diverse erfrechtelijke leerstukken - zoals bij de regeling van de legitieme portie, de verdeling van de nalatenschap en de quasi-legaten - aandacht besteed wordt aan en rekening wordt gehouden met bevoordelingen die reeds bij leven van de erflater hebben plaatsgevonden (§ 15).

De wettelijke regeling betreffende de schenking is opgenomen in titel 3 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (art. 7:175 e.v. BW), dat handelt over bijzondere overeenkomsten. Schenking is één van de bijzondere overeenkomsten van Boek 7 BW. De wettelijke regeling van de schenking is tegelijk met het nieuwe erfrecht van Boek 4 BW op 1 januari 2003 in werking getreden.

Schenkeningen vinden plaats in alle soorten en maten. Gewoonlijk wordt een bepaald geldbedrag of een goed rechttoe-rechtaan geschonken. Schenkingen kunnen ook de volgende bijzondere modaliteiten hebben:

- schenking onder een last (§ 6);
- herroepelijke schenking (§ 8);
- schenking onder tweetrapsverband (§ 9);
- schenking onder bewind (§ 10);
- schenking met in- of uitsluitingsclausule (§ 11);
- gift met tegenprestatie (§ 3).

Uit deze laatste modaliteit – een gift met tegenprestatie – blijkt dat de aandacht in dit onderdeel niet alleen naar schenkingen, maar ook naar giften moet uitgaan (§ 3).

2. De schenking

Art. 7:175 lid 1 BW omschrijft het begrip ‘schenking’ als *“de overeenkomst om niet, die ertoe strekt dat de ene partij, de schenker, ten koste van eigen vermogen de andere partij, de begiftigde, verrijkt.”* Hieruit volgt dat de schenking uit vier constitutieve elementen bestaat:

- een overeenkomst;
- om niet;
- met een bevoordelingsbedoeling;
- waardoor de schenker ten koste van zijn eigen vermogen de begiftigde verrijkt.

Van elk van de elementen van de schenking zal een nadere begripsomschrijving worden gegeven.

Een overeenkomst

De schenkingsovereenkomst komt tot stand na aanvaarding door de begiftigde van het door de schenker gedane schenkingsaanbod.

De schenkingsovereenkomst is geen wederkerige overeenkomst (waarover art. 6:261 BW handelt), maar een eenzijdige overeenkomst. Uitsluitend de schenker neemt een verbintenis op zich om een bepaalde prestatie aan de begiftigde te verrichten. De schenker doet dat uit vrijgevigheid, met een bevoordelingsbedoeling. De door de schenker aan de begiftigde verschuldigde prestatie kan bestaan uit het geven van een goed of een doen (zoals het (laten) verrichten van een dienst). In beide gevallen kan de begiftigde na aanvaarding van het schenkingsaanbod nakoming vorderen van de schenker van de toegezegde prestatie (art. 3:296 BW) (§ 6). Ook is het mogelijk dat de schenker zich verbonden heeft om een recht prijs te geven, zoals het kwijtschelden van een schuld van de begiftigde (art. 6:160 lid 2 BW).

Om niet

Een schenking geschiedt om niet, hetgeen betekent dat tegenover de schenking geen of slechts een symbolische en daarmee verwaarloosbare tegenprestatie van de begiftigde aan de schenker verschuldigd is. Soms wordt wel een tegenprestatie verlangd – zoals bij de schenking onder een last (zie verder § 6) – maar dat staat niet aan het karakter van de schenking als een overeenkomst om niet in de weg indien de schenker door die door de begunstigde te verrichten tegenprestatie niet bevoordeeld wordt. Te denken valt aan de schenking van een bedrag aan de begiftigde onder de last dit bedrag aan een goed doel te besteden. Een verkoop van een goed met onmiddellijke kwijtschelding van de koopprijs geschiedt ook om niet als die kwijtschelding van meet af aan werd beoogd.

Indien wel een tegenprestatie door de begiftigde geleverd dient te worden, maar die tegenprestatie van een geringere waarde is, dan is geen sprake van een schenking maar veeleer van een gift, waarover meer hierna in § 3.

Bevoordelingsbedoeling

Volgens art. 7:175 lid 1 BW moet de schenking ertoe strekken om de begiftigde te verrijken. Dat betekent dat de schenker een bevoordelingsbedoeling moet hebben. Hij moet de bedoeling hebben gehad om de begiftigde, zonder daartoe verplicht te zijn en dus uit vrijgevigheid, te bevoordelen, terwijl ook de begiftigde zich daarvan bewust is geweest. Het gaat hier om de *state of mind* van de schenker en de begiftigde. Die *state of mind* zal veelal lastig vast te stellen zijn. Daarom zal hier noodzakelijkerwijs gewerkt moeten worden met een meer abstracte benadering. De bevoordelingsbedoeling wordt geobjectiveerd, en deze dient daarom afgeleid te worden uit de feiten en omstandigheden van het geval.

De bevoordelingsbedoeling van de schenker moet onderscheiden worden van zijn motief om de schenking te doen. Zo kan de schenker een schenking aan de begiftigde doen met de bedoeling de begiftigde op een bepaalde wijze gunstig te beïnvloeden (bijv. om zijn steun voor iets te verkrijgen). Een dergelijk niet-altruïstisch motief van de schenker zal aan het aannemen van de bevoordelingsbedoeling niet in de weg staan. De beoordeling of de handeling geschiedt uit vrijgevigheid – het zogeheten liberaliteitsvereiste – vindt plaats naar objectieve maatstaven. De werkelijke beweegredenen van partijen doet daarbij niet ter zake.

Verrijking van begunstigde ten koste van schenker

Het vierde en laatste element van de schenking vereist dat sprake is van een materiële verrijking van de begiftigde, ten koste van het eigen vermogen van de schenker (ofwel een verarming van de schenker). Van een schenking is geen sprake indien weliswaar sprake is van een bevoordeling van de begiftigde, maar die bevoordeling niet ten koste gaat van het vermogen van de ander die dat voordeel veroorzaakt heeft. Ook moet de verrijking een economische verrijking zijn, en wel in vermogensrechtelijk opzicht, en niet slechts een gevoel bij de begunstigde om bevoordeeld te worden.

In vergelijking met het oude schenkingsrecht, dat tot 1 januari 2003 heeft gegolden, heeft de schenking een verruiming ondergaan. Art. 7A:1703 BW bepaalde:

“Schenking is eene overeenkomst, waarbij de schenker bij zijn leven, om niet en onherroepelijk, enig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde die hetzelfde aanneemt.”

Als een opvallend verschil kan worden genoemd dat voor het aannemen van een schenking onder het nieuwe schenkingsrecht niet langer de overdracht van een goed wordt vereist. Ook kwijtschelding van een schuld kan daardoor in het nieuwe schenkingsrecht als een schenking worden aangemerkt. Een ander verschil is dat onder het nieuwe schenkingsrecht de herroepelijke schenking mogelijk is (§ 8). Daarmee is afscheid genomen van het Franse adagium *donner et retenir ne vaut* (geven en houden gaan niet samen).

3. De gift

Van de schenking dient de gift onderscheiden te worden. Art. 7:186 lid 2 BW omschrijft een gift als *“iedere handeling die ertoe strekt dat degeen die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt”*. Daaraan wordt nog toegevoegd dat van een definitieve gift pas sprake is indien en zodra de prestatie ontvangen is. Hieruit volgt dat de gift uit de volgende constitutieve elementen bestaat:

- een handeling;
- met een bevoordelingsbedoeling;
- die de ontvanger verrijkt, ten koste van de gever.

Uit deze omschrijving blijkt dat de gift in twee opzichten verschilt van de schenking. In de eerste plaats is een gift een handeling. Een gift hoeft dus niet noodzakelijkerwijs een overeenkomst te zijn. In de tweede plaats wordt niet vereist dat de gift om niet geschiedt (zoals dat wel wordt vereist bij de schenking). Gemeenschappelijke elementen van de gift en de schenking zijn: (i) de bevoordelingsbedoeling en (ii) de verrijking van de begiftigde ten koste van de schenker onderscheidenlijk de gever. Van een gift is bijvoorbeeld sprake als een auto die € 20.000 waard is, verkocht wordt voor € 10.000 (ofwel een te lage prijs). Hieruit blijkt dat de gift veelal verstopt is in of vermomd is als een andere rechtshandeling. Van een gift kan worden gesproken, ook al wordt de transactie door betrokkenen niet als zodanig benoemd.

Van elk van de elementen van de gift zal een nadere begripsomschrijving worden gegeven.

Een handeling

Als gezegd, de gift hoeft geen overeenkomst te zijn. Voor de kwalificatie als gift is voldoende dat sprake is van een handeling. Dit kan een rechtshandeling zijn met een beoogd rechtsgevolg (bijvoorbeeld een verkoop van een goed voor een prijs die achterblijft bij de reële waarde daarvan) of een feitelijke handeling. Heersende leer is dat de handeling uit een positieve actie moet bestaan. Niet handelen waardoor een ander wordt bevoordeeld, kan niet als een gift worden aangemerkt. Zo is het niet opeisen van een erfdeel in een nalatenschap geen gift in de zin van de wet.

Bevoordelingsbedoeling

Evenals bij een schenking, moet de gever van een gift een bevoordelingsbedoeling hebben gehad, waarvan de begiftigde zich bewust was. Een voorbeeld daarvan is het niet conform de wettelijke erfdelen verdelen van een nalatenschap om een van de erfgenamen bewust te bevoordelen.

Verrijking van de begiftigde, ten koste van de gever

Voor een gift wordt niet vereist dat deze om niet geschiedt. Wel wordt vereist dat de begiftigde verrijkt wordt, ten koste van de schenker. Het is dus mogelijk om een tegenprestatie voor de gift te verlangen, mits het maar gaat om ongelijkwaardige prestaties en er aldus sprake is van een verrijking van de een (de begiftigde), ten koste van de ander (de gever). Bekende voorbeelden van giften uit de literatuur zijn: (i) de verkoop van een woning ver onder de verkoopwaarde, met het doel de begiftigde te bevoordelen en (ii) het verstrekken van een langlopende lening met een lage, niet-marktconforme rente.

Sommenverzekering

Art. 7:188 BW maakt duidelijk dat de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering (zoals een levensverzekering) een gift is. Een levensverzekering is een verzekering op grond waarvan een derde, bijvoorbeeld de levenspartner, een geldsom uitgekeerd krijgt als de verzekeringnemer (degene die de levensverzekering is aangegaan), komt te overlijden. In dit geval geldt de aanwijzing van een begunstigde bij een levensverzekering, wanneer zij is aanvaard of kan worden aanvaard, als een gift, tenzij de aanwijzing geschiedt op grond van bijvoorbeeld een natuurlijke verbintenis (waarover meer hierna in § 4).

Onderscheid tussen schenking en gift

De schenking en gift lijken dus sterk op elkaar. Men kan het aldus uitdrukken: een schenking is ook een gift, maar een gift is niet altijd een schenking. In juridische taal: een gift is het genus (oftewel het overkoepelende begrip) van het species schenking.

Het belang van het onderscheid tussen de schenking en de gift is betrekkelijk. Uit art. 7:186 lid 1 BW volgt namelijk dat op de gift de schenkingsbepalingen van titel 3 van Boek 7 BW van overeenkomstige toepassing zijn, althans voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Titel 7.3 BW is nagenoeg in zijn geheel voor schenkingen geschreven, en geldt als vertrekpunt. Die wettelijke regeling is van overeenkomstige toepassing op giften, tenzij de strekking van die bepalingen in verband met het andere karakter van de gift zich daartegen verzet.

Soms treedt het belang van het onderscheid wel aan de dag, aangezien sommige bepalingen slechts op één van beide rechtsfiguren van toepassing zijn. Zo heeft art. 7:187 BW (uitsluitend) betrekking op de gift met tegenprestatie en daarvoor geldt een eigen regime. De meeste bepalingen van titel 7.3 BW gelden evenwel voor beide rechtsfiguren, ofwel rechtstreeks, ofwel analogisch (en dat is een ander woord voor “van overeenkomstige toepassing” zijn).

Tussen de schenking en de gift bestaan – zoals hiervoor is gebleken – enkele civielrechtelijk verschillen. Fiscaal bestaan dergelijke verschillen niet. De schenking en de gift worden in de Successiewet op één lijn gesteld (art. 1 lid 7 SW).

Voorbeelden van giften

Hiervoor is reeds het schoolvoorbeeld gegeven van een gift die geen schenking is: de verkoop van een goed tegen een te lage prijs. Het is duidelijk dat de koper hierdoor bevoordeeld wordt. Er is in dit geval geen sprake van een schenking, omdat de overeenkomst voorziet in voldoening van een tegenprestatie (overeenkomst om baat) en het dus geen overeenkomst om niet betreft.

Niet altijd zal een bevoordelingsbedoeling kunnen worden aangenomen, zo blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Gelderland van 18 september 2018, [ECLI:NL:RBGEL:2018:4002](#). In dat geval zijn in het kader van een echtscheiding in 2005 4.660 certificaten van aandelen in een B.V. aan de man toegekend en 4.220 aan de vrouw. De intrinsieke waarde van de certificaten is ca. € 14,1 mln. In 2012 biedt de vrouw de certificaten te koop aan de man aan. De man is bereid om daarvoor € 1 mln. te betalen. De advocaat van de vrouw raadt haar af om dat bod te accepteren, omdat de waarde van de certificaten veel hoger ligt dan het voorgestelde bedrag. De vrouw besluit toch om het aanbod te accepteren. De inspecteur is van mening dat er sprake is van een schenking, en legt een aanslag schenkbelasting aan de man op naar een belaste verkrijging van bijna € 6 mln. De man is het niet eens met deze aanslag. De rechtbank Gelderland oordeelt dat de inspecteur niet aannemelijk maakt dat de vrouw de wil had om de man te bevoordelen. Het beoordelingskader wordt in het vonnis als volgt weergegeven:

“Voor een schenking in de zin van de SW is vereist dat de schenker verarmt en de begiftigde verrijkt en dat sprake is van vrijgevigheid. Voor het aannemen van vrijgevigheid is naast de bewustheid tot bevoordeling vereist dat degene die verarmt de verrijking van de andere partij heeft gewild (zie Hoge Raad 12 juli 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD7272](#)). In het genoemde arrest heeft de Hoge Raad onder andere overwogen:

“Opmerking verdient nog dat, naast bewustheid van bevoordeling, de wil tot bevoordelen een afzonderlijk vereiste vormt voor het aannemen van een schenking in de zin van artikel 1, lid 2, van de Successiewet 1956, en dat de aanwezigheid van de wil tot bevoordeling zelfstandig moet worden beoordeeld op grond van de omstandigheden, en niet kan worden afgeleid louter uit de aanwezigheid van bevoordelingsbewustheid bij degene die bevoordeelt.”

De bewijslast dat aan de voor een schenking geldende eisen is voldaan, ligt bij verweerder.”

Toegepast op dit geval oordeelt de rechtbank vervolgens:

“Daargelaten of de ex-echtgenote zich bewust is geweest van een mogelijk verschil tussen de waarde van de certificaten en de prijs waartegen zij die aan eiser verkocht, heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet aannemelijk gemaakt dat de ex-echtgenote de wil had eiser te bevoordelen. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juli 2002 heeft overwogen, moet de wil tot bevoordeling zelfstandig worden beoordeeld. Voor de wil tot bevoordeling is onvoldoende dat de ex-echtgenote de bevoordeling van eiser voor lief heeft genomen. Daarbij geldt bovendien dat verweerder onvoldoende heeft aangevoerd om aannemelijk te maken dat de ex-echtgenote de bevoordeling inderdaad

voor lief heeft genomen. De door eiser overgelegde stukken, met name de in punt 4 genoemde brieven van de ex-echtgenote en de in punt 6 genoemde brief van haar advocaat, wijzen erop dat de ex-echtgenote geldgebrek had en door de verkoop van de certificaten snel aan geld wilde komen. Zij wilde kennelijk liever op korte termijn geld dan een mogelijk hogere opbrengst op langere termijn. In zoverre heeft zij uit eigenbelang gehandeld. Voor zover de beweegredenen van de ex-echtgenote onduidelijk zijn gebleven komt dit voor risico van verweerder, op wie de bewijslast rust. Zelfs als juist zou zijn dat de ex-echtgenote financieel onafhankelijk wilde zijn van eiser, zoals verweerder stelt en eiser betwist, blijkt ook daaruit geen wil van bevoordeling. Zij doet dit dan immers voor zichzelf en niet voor eiser. Anders dan verweerder meent wijkt deze zaak af van de casus die aan de orde was in het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1994, omdat in die situatie de vrouw het haar toekomstige vermogen uitdrukkelijk niet wilde hebben. Dat had automatisch tot gevolg dat haar ex-echtgenoot het kreeg, zodat hierin de wil besloten lag om haar ex-echtgenoot te bevoordelen. In de onderhavige zaak wilde de ex-echtgenote juist wel geld hebben van eiser. Nu niet is voldaan aan het wilsvereiste is geen sprake van een schenking. De aanslag schenkbelasting is dus ten onrechte opgelegd. Het beroep is gegrond.”

Een ander voorbeeld van een gift is de renteloze of laagrentende lening die aan een leningnemer wordt verstrekt (§ 12). Bij een dergelijke lening wordt de facto het fictieve vruchtgebruik van de lening aan de leningnemer geschonken (vgl. art. 15 SW). Bij het beoordelen van de vraag of bij een dergelijke lening sprake is van een gift dient de context waarin de lening verstrekt wordt, betrokken te worden. Zo is een gift niet aan de orde als het verstrekken van een lening onder zachte condities bedoeld is als vermogensversterking van een zieltogende onderneming.

In het vervroegd aflossen van een niet-opeisbare lening kan een gift van de schuldenaar aan de schuldeiser besloten liggen (§ 14).

Ook het verwerpen van een erfenis (een erfstelling of een legaat) zou een gift kunnen inhouden, en wel aan degene die daardoor bevoordeeld wordt (vgl. art. 1 lid 8 SW, alwaar een dergelijke verwerping van het fiscale schenkingsbegrip weer wordt uitgezonderd). In een dergelijk geval zou gesteld kunnen worden dat de verwerpende erfgenaam verarmt, en de andere erfgenaam daardoor bevoordeeld wordt (als gevolg van plaatsvervulling krachtens het versterferfrecht (art. 4:12 BW) dan wel aanwas krachtens het testamentair erfrecht (art. 4:48 BW)). Intussen geldt dat aan een verwerping van de nalatenschap terugwerkende kracht toekomt (art. 4:190 lid 4 BW), zodat de verwerpende erfgenaam geacht wordt vanaf het openvallen van de nalatenschap nimmer erfgenaam te zijn geweest. Die constatering lijkt evenwel moeilijk te rijmen met de conclusie dat sprake is van een gift.

4. Relatie tot de natuurlijke verbintenis

De schenking en de gift moeten worden onderscheiden van prestaties die worden geleverd op grond van een natuurlijke verbintenis. Zo kan een bepaald bedrag uit vrijgevigheid aan een begiftigde geschonken worden, maar het is ook mogelijk dat periodieke betalingen met een bepaald doel worden gedaan, bijvoorbeeld om in het levensonderhoud van een partner of kind te voorzien.

Een natuurlijke verbintenis is een rechtens niet-afdwingbare verbintenis (art. 6:3 lid 1 BW). Voldoening aan een dergelijke natuurlijke verbintenis kan door de bevoordeelde niet worden afgedwongen. Zodra aan deze natuurlijke verbintenis is voldaan, kan de

geleverde prestatie evenwel niet meer als onverschuldigd betaald van de bevoordeelde teruggevorderd worden. De onderliggende reden daarvoor is dat de geleverde prestatie ter uitvoering van een natuurlijke verbintenis zoals bedoeld in art. 6:3 lid 2 BW wel degelijk een rechtsgrond heeft, als gevolg waarvan een vordering op grond van onverschuldigde betaling niet geldend kan worden gemaakt.

Het bestaan van een natuurlijke verbintenis kan in één van de volgende gevallen worden aangenomen. *Ten eerste*: wanneer de wet of een rechtshandeling aan een verbintenis de afdwingbaarheid onthoudt (art. 6:3 lid 2 onder a BW). Een voorbeeld daarvan is de terugbetaling door de schuldenaar van een geldvordering nadat het recht van de schuldeiser om daarvan betaling te vorderen is verjaard. *Ten tweede*: wanneer iemand jegens een ander een dringende morele verplichting heeft van zodanige aard dat naleving daarvan, ofschoon rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt (art. 6:3 lid 2 onder b BW). Te denken valt bijvoorbeeld aan: (i) de betaling van de studie voor een kind als de onderhoudsplicht van art. 1:395a BW niet (meer) van toepassing is, (ii) de toekenning van een pensioen (ter aanvulling op de AOW-uitkering) aan een interieurverzorgster of klusjesman die jarenlang bij de opdrachtgever heeft gewerkt of (iii) een onderhoudsbijdrage aan een lichamelijk gehandicapt familielid die daaraan behoefte heeft.

In al deze voorbeelden van de tweede categorie gaat het erom te bepalen of naar objectieve maatstaven sprake is van een dwingende morele verplichting. Kan de voldoening aan een bepaalde verplichting naar geobjectiveerde maatschappelijke opvattingen aangemerkt worden als een morele plicht? Is dat niet het geval, dan dient de prestatie als een gift of schenking aangemerkt te worden. Is dat wel het geval, dan is sprake van een natuurlijke verbintenis. In algemene zin geldt dat het bestaan van een natuurlijke verbintenis niet spoedig wordt aangenomen.

Het belang van het onderscheid tussen een natuurlijke verbintenis enerzijds en een schenking of gift anderzijds is gelegen in de toepassing van erfrechtelijke en fiscale regels. Kort gezegd, wordt bij de verdeling van een nalatenschap enkel met schenkingen en giften rekening gehouden (bij de inbreng van art. 4:229 e.v. BW), terwijl over de prestaties die voortvloeien uit een natuurlijke verbintenis geen erfbelasting wordt geheven (art. 32 lid 1 onder 10° SW).

Wat betreft de fiscale behandeling van de voldoening aan een natuurlijke verbintenis voor de schenkbelasting ligt de zaak iets ingewikkelder. In art. 1 lid 7 SW wordt het voldoen aan een natuurlijke verbintenis als een schenking aangemerkt. In art. 33 onder 12° SW wordt de schenking die heeft gestrekt tot voldoening aan een natuurlijke verbintenis weer vrijgesteld van de schenkbelasting. De achterliggende reden om voldoening aan een natuurlijke verbintenis eerst bij wege van wetsfictie als een schenking aan te merken, om deze 'schenking' daarna van de heffing van schenkbelasting weer vrij te stellen, is een formele. De last om te bewijzen dat sprake is van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis rust daarmee op de belastingplichtige; het is aan de belastingplichtige verkrijger om te bewijzen dat op goede grond een beroep op een vrijstelling wordt gedaan. Hieruit blijkt dat de wetgever bij het aannemen van een natuurlijke verbintenis wantrouwig is. In de praktijk blijkt de Belastingdienst een beroep op de vrijstelling van art. 33 onder 12° SW eigenlijk nooit te aanvaarden. Met name bij ongehuwd samenwonenden die op enig moment ten opzichte van de bij aanvang van hun relatie gesloten samenlevingsovereenkomst aanvullende afspraken wensen te maken, wringt dat.

Bij brief van 24 juni 2015, BLKB 2014-1684, heeft de staatssecretaris van Financiën inmiddels te kennen gegeven dat alimentatie en de hieraan verwante verzorgingsuitkeringen bij beëindiging van een langdurige samenwoning voortaan fiscaal gelijk behandeld worden. Anders dan bij ex-echtgenoten is de alimentatieplicht tussen ongehuwde samenwoners namelijk niet wettelijk geregeld. Voor de schenkbelasting geldt dat partneralimentatie een schenking vormt, maar dat deze schenking is vrijgesteld voor zover sprake is van het voldoen aan een natuurlijke verbintenis (art. 33 onder 12° SW). Uit praktische overwegingen en om in de praktijk discussies zo veel mogelijk te voorkomen, heeft de staatssecretaris geen bezwaar dat de Belastingdienst voor de beoordeling van de aanvaardbare hoogte van partneralimentatie ten behoeve van ex-samenwoners voor onder meer de schenkbelasting aansluit bij de zogenoemde Tremanormen, zoals opgenomen in het Rapport Alimentatienormen van de Expertgroep Alimentatienormen.¹ Zolang maar binnen deze normen wordt gebleven, is heffing van schenkbelasting niet aan de orde.

5. De totstandkoming van de schenking en vormvereisten

Een schenkingsovereenkomst komt tot stand door een aanbod van de schenker en aanvaarding door de begiftigde (art. 6:217 BW). Een schenking kan daarom niet tegen de wil van de begiftigde aan hem worden opgedrongen. Aanvaarding van het schenkingsaanbod is vereist om een schenking tot stand te doen komen. Art. 7:175 lid 2 BW kent daarvoor wel een snelle aanvaardingsregel: het tot een bepaalde persoon gericht schenkingsaanbod geldt als aangenomen, wanneer deze na er van kennis te hebben genomen het niet onverwijld heeft afgewezen. Deze regel is echter vanwege de bestaande contractsvrijheid van regelend (of aanvullend) recht. Het is de aspirant schenker toegestaan een vrijblijvend schenkingsaanbod te doen, dat op een later tijdstip kan worden aanvaard of te verlangen dat de schenking bijvoorbeeld schriftelijk wordt aanvaard.

De *ratio legis* van de snelle aanvaardingsregel is dat de rechtszekerheid daarmee is gediend. Aldus blijven schenkingen zagezegd niet 'in de lucht hangen'. In de regel zal de begunstigde met een schenking gebaat zijn, zodat de keuze van de wetgever is gevallen op de snelle aanvaardingsregel (in plaats van het omgekeerde als uitgangspunt te nemen, waarmee de rechtszekerheid evenzeer gediend zou zijn).

Schenking is in beginsel vormvrij

Een notariële akte is voor de totstandkoming van een schenking niet vereist. Bescherming van de schenker tegen overhaaste en ondoordachte handelingen door het stellen van vormvereisten werd door de wetgever niet nodig geacht. Ook de gift kan vormvrij geschieden. Het voorgaande neemt niet weg dat vastlegging in een schriftelijke overeenkomst nuttig is om zo nodig te kunnen bewijzen dat een belofte tot schenking is gedaan en wat over de schenking precies is afgesproken.

Hoewel het doen van een schenking in de obligatoire fase als hoofdregel vormvrij is, dienen de daarop volgende leveringsformaliteiten die voor de geschonken goederen gelden nageleefd te worden. Die leveringsformaliteiten kunnen nog verplichten tot het gebruik van een notariële akte, zoals bij schenking van onroerende zaken (art. 3:89 BW) of aandelen in een B.V. (art. 2:196 BW).

¹ Zie www.rechtspraak.nl voor het Rapport Alimentatienormen.

Schenking ter zake des doods

Op de hoofdregel - geen vormvereisten voor de totstandkoming van een schenking - bestaat één belangrijke uitzondering. Die uitzondering betreft de zogenaamde 'schenking ter zake des doods'. In dat geval wordt een schenking bij leven van de schenker aan de begiftigde in het vooruitzicht gesteld, maar de uitvoering daarvan vindt pas plaats na het overlijden van de schenker. Een dergelijke schenking ter zake des doods lijkt op een uiterste wilsbeschikking, en wel het legaat, waaraan een vormvereiste is verbonden (in de regel een testament (art. 4:42 j° art. 4:94 BW)).² Vanwege deze gelijkenis wordt aan een schenking ter zake des doods een met de uiterste wilsbeschikking vergelijkbaar vormvoorschrift gesteld (art. 7:177 lid 1 BW). Dit betekent ten eerste dat de schenker de schenking persoonlijk dient aan te gaan, en dus niet bij wege van een volmacht. Ten tweede geldt dat de schenking ter zake des doods bij notariële akte opgemaakt dient te worden. Dezelfde vormvereisten gelden voor de gift ter zake des doods (art. 7:186 lid 1 BW).

Wordt aan deze voor de schenking ter zake des doods geldende vormvereisten niet voldaan, dan vervalt de schenking ter zake des doods op het moment van het overlijden van de schenker. Voorafgaand aan het overlijden van de schenker levert de schenking een volkomen rechtsgeldige titel op, waaraan nog geen uitvoering is gegeven. Een gift ter zake des doods waarbij deze vormvereisten niet zijn nageleefd, kent een andere sanctionering. De gift is in dat geval vernietigbaar (art. 7:187 lid 2 BW). De begiftigde kan vernietiging voorkomen door het verrichten van een aanvullende prestatie, de zogeheten 'opleg'. De aanvullende prestatie maakt de initiële bevoordeling alsnog ongedaan.

Met betrekking tot de schenking ter zake des doods gelden nog enkele aanvullende regels.

De schenking ter zake des doods waarvan een notariële akte is opgemaakt, dient door de notaris in het Centraal Testamentenregister ingeschreven te worden (art. 1 lid 1 onder e Wet op het centraal testamentenregister). Het niet inschrijven van een notariële schenking ter zake des doods doet aan de rechtsgeldigheid van de schenking niet af. De notaris maakt daarmee wel een beroepsfout en zal aansprakelijk kunnen zijn voor eventuele schadelijke gevolgen. Te denken valt aan zuivere aanvaarding van de nalatenschap door een erfgenaam, terwijl later opeens allerlei papieren schenkingen (en dus onbekende schulden) opduiken.³

De schenker heeft voor het doen van een schenking ter zake des doods geen toestemming van zijn echtgenoot nodig (1:88 lid 4 BW), zoals dat ook niet het geval zou zijn als een legaat wordt vermaakt. Toestemming is wel vereist in het geval de schenking reeds tijdens het leven van de schenker wordt uitgevoerd.

De schuld uit hoofde van een schenking ter zake des doods levert - evenals een legaat - een privéschuld van de betreffende echtgenoot op (art. 1:94 lid 7 onder c BW).

Wanneer is sprake van een schenking ter zake des doods? Dient daarvoor een formele dan wel een materiële benadering gevolgd te worden? Bij de formele benadering wordt uitgegaan van een schenking ter zake des doods met een tijdsbepaling (het overlijden van

² Met een schenking ter zake des doods wordt niet in strijd gehandeld met art. 4:4 lid 2 BW, indien de schenking één of meer goederen betreft en niet de gehele (toekomstige) nalatenschap of een evenredig deel daarvan.

³ Binnen een kort tijdsbestek van drie maanden na ontdekking van deze onbekende schuld is een beroep op art. 4:194a BW nog mogelijk, waarna de erfgenaam door de kantonrechter gemachtigd kan worden om alsnog beneficiair te aanvaarden. Zie het onderdeel 'Doet-ie 't of doet-ie 't niet? Over erfopvolging, aanvaarding, beneficiaire aanvaarding en verwerping van de nalatenschap'.

de schenker) én een opschortende voorwaarde (het bestaan van de begiftigde ten tijde van het overlijden van de schenker). Dat is een sterk juridische benadering. Bij de materiële benadering wordt meer belang gehecht aan het gegeven dat de uitvoering van de overeenkomst, oftewel het moment waarop het geschonken goed in de macht van de begiftigde komt, eerst plaatsvindt na het overlijden. Uit een arrest van 9 december 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BU7268](#) blijkt dat de Hoge Raad de materiële benadering volgt. Deze uitspraak van de Hoge Raad handelde over de zogeheten 'papieren schenking'.

Papieren schenking

De papieren schenking is een wijdverbreid instrument ten behoeve van estate planning. Met een papieren schenking kan het vermogen van de schenker - ofwel de toekomstige nalatenschap - met het oog op de te betalen erfbelasting verkleind worden, zonder dat de schenker dat in zijn portemonnee voelt. Om die reden wordt de papieren schenking ook wel - met een knipoog naar onze Hollandse vrekigheid - een *Dutch gift* genoemd. De papieren schenking wordt veelal vorm gegeven in de vorm van een schuldigerkenning door de schenker uit vrijgevigheid. Aangezien papier nu eenmaal geduldig is, is het ook mogelijk de papieren schenking omslachtiger (en enigszins gekunstelder) vorm te geven als een combinatie van een schenking aan de begiftigde met een daarop volgende (retour)lening van de begiftigde aan de schenker.

In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak had erflaatster in de loop van een aantal jaren in totaal een bedrag van € 208.316 schuldig erkend aan haar dochter. Hoofdsom en rente daarover waren pas opeisbaar bij haar overlijden. Ter zake van de erfrechtelijke verkrijging is na het overlijden van moeder op 23 oktober 2006 aan de dochter een aanslag in het recht van successie opgelegd.⁴ Bij het opleggen van de aanslag successierecht heeft de inspecteur de bij onderhandse akten schuldig erkende bedragen niet als schuld op de verkrijging in aftrek toegelaten. Naar het oordeel van de inspecteur waren de schenkingen na het overlijden komen te vervallen nu deze door de schenker niet bij notariële akten waren opgemaakt (art. 7:177 lid 1 BW). De Hoge Raad overweegt daarover:

"Ingevolge het bepaalde in artikel 7:177, lid 1, BW vervalt een schenking met het overlijden van de schenker voor zover zij de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, tenzij de schenking door de schenker persoonlijk is aangegaan en van de schenking een notariële akte is opgemaakt. Met het begrip "uitgevoerd" in deze bepaling wordt bedoeld op de (feitelijke) nakoming van de verbintenis die uit de schenkingsovereenkomst voortvloeit. De door erflaatster bij de onderhandse akten schuldig erkende bedragen waren (...) pas opeisbaar bij haar overlijden. Het hof heeft hieraan kennelijk en (...) terecht de gevolgtrekking verbonden dat de bij de onderhandse akten gedane schenkingen de strekking hadden pas na het leven van erflaatster te worden uitgevoerd. Hieraan doet niet af dat rente over de schuldig erkende bedragen is bedongen, ook niet indien die rente bij leven van erflaatster is betaald."

Teneinde te voorkomen dat de papieren schenking wordt aangemerkt als een fictieve erfrechtelijke verkrijging op grond van art. 10 van de thans geldende Successiewet dient de schenker elk jaar 6% rente over de hoofdsom aan de begiftigde te voldoen. Zie daarvoor

⁴ Sinds 2010 erfbelasting genoemd.

verder de onderdelen 'Belastingheffing bij overlijden' en 'Estate planning. *The Dutch gift: schenken op papier*'.

Andere vormvereisten

Een vormvereiste voor de totstandkoming geldt ook voor het schenkingsbewind (§ 10). Een minder vergaand vormvereiste geldt eveneens voor de schenking van kleding, lijfstoebehoren, bepaalde sieraden, boeken en bepaalde tot de inboedel behorende zaken. In dat geval is voldoende een door de schenker met de hand geschreven, gedagtekende en ondertekende onderhandse akte (eveneens art. 7:177 lid 1 BW). We zien hier de gelijkenis met het codicil (art. 4:97 BW) herkenbaar in beeld.

Herroeping van het schenkingsaanbod

De snelle aanvaardingsregel van art. 7:175 lid 2 BW beperkt de mogelijkheden om een schenkingsaanbod nog te herroepen. Op grond van deze bepaling is het aanbod namelijk al aanvaard zodra de begiftigde van het aanbod op de hoogte is gesteld en het niet onverwijld heeft afgewezen. Het schenkingsaanbod kan op dat moment al niet meer worden herroepen. Zou deze snelle aanvaardingsregel van art. 7:175 lid 2 BW voor een schenkingsaanbod niet gelden, dan volgt uit de algemene regeling van aanbod en aanvaarding dat zolang het aanbod nog niet is aanvaard en nog geen aanvaardingsmededeling is verzonden, de aanbieder zijn aanbod nog mag herroepen of intrekken (art. 6:219 lid 2 BW).

Aangezien art. 7:175 lid 2 BW van regelend recht is, kan de aanbieder in zijn aanbod aangeven dat het schenkingsaanbod expliciet aanvaard zal moeten worden. In dat geval zal het aanbod tot aan de aanvaarding door de aspirant schenker herroepen kunnen worden. Indien een dergelijke herroepingsmogelijkheid gecreëerd is en het schenkingsaanbod nog steeds open staat, dan komt het schenkingsaanbod in ieder geval te vervallen zodra de schenker overlijdt (art. 7:179 lid 1 BW). De aanvaarding van een schenkingsaanbod met een herroepingsmogelijkheid moet dus tijdens het leven van de schenker geschieden. Hiermee wordt met betrekking tot de schenking afgeweken van de algemene regel voor overeenkomsten (art. 6:222 BW), die bepaalt dat een aanbod nu juist niet vervalt door de dood van de aanbieder. Ook art. 7:179 lid 1 BW is van regelend recht. Het schenkingsaanbod vervalt daarom niet, indien uit een overeenkomst of uit het schenkingsaanbod expliciet van het tegendeel blijkt, zodat het aanbod ook na het overlijden van de schenker blijft voortbestaan.

Ten aanzien van een schenkingsaanbod dat door de dood van de aanbieder niet vervalt, geldt het aanvullende vereiste dat dit schenkingsaanbod niet kan worden aanvaard door iemand die op het tijdstip van overlijden van de aanbieder nog niet bestond (art. 7:181 lid 1 BW). Op dit bestaansvereiste worden evenwel enkele uitzonderingen gemaakt. Zie daarvoor § 9, dat over de tweetrappsschenking handelt.

6. Rechten en verplichtingen van de schenker en de begiftigde

Niet-nakoming door de schenker

Indien de schenker zijn verplichtingen niet nakomt uit hoofde van de schenkingsovereenkomst gelden de gewone regels van de Boeken 3 (Vermogensrecht in het algemeen) en 6 (Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht) van het Burgerlijk Wetboek. De begiftigde kan nakoming vorderen van de schenker (art. 3:296 BW), eventueel met behulp van een dwangsom (art. 611a Rv) en/of een vordering tot schadevergoeding als gevolg van een toerekenbare tekortkoming instellen indien bijvoorbeeld vertragingsschade is geleden of andere schadeposten (art. 6:74 en 6:98 BW). Ontbinding van de schenkingsovereenkomst behoort niet tot de mogelijkheden, omdat uitsluitend wederkerige overeenkomsten kunnen worden ontbonden (art. 6:265 BW). Bij een wederkerige overeenkomst neemt elk van beide partijen een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt (art. 6:261 lid 1 BW). Een schenkingsovereenkomst is een eenzijdige overeenkomst, aangezien slechts één partij - te weten de schenker - verplicht is te presteren.

In aanvulling op deze gewone regels van ons burgerlijk vermogensrecht gelden op grond van titel 7.3 BW nog enige bijzondere regels. *Ten eerste* bepaalt art. 7:183 BW wanneer de schenker aansprakelijk is voor een geschonken zaak die gebrekkig is. *Ten tweede* bepaalt art. 7:184 BW wat de gevolgen zijn van het niet nakomen van een verplichting die op de begiftigde rust.

Aansprakelijkheid van de schenker voor gebreken

Het spreekwoord luidt dat je een gegeven paard niet in de bek moet kijken. Toch geeft art. 7:183 BW aan in welke gevallen de schenker aansprakelijk is voor juridische gebreken (iemand anders blijkt bijvoorbeeld ook nog aanspraken op het geschonken goed te hebben) of voor feitelijke gebreken aan het geschonken goed. In diverse opzichten wordt de aansprakelijkheid van de schenker echter beperkt. In de eerste plaats is de schenker uitsluitend aansprakelijk voor schade geleden aan het geschonken goed zelf als sprake is van bedrog van de begiftigde (art. 7:183 lid 2 j° art. 3:44 lid 3 BW). Ook aan de aansprakelijkheid voor gevolgschade - als de geschonken zaak schade toebrengt aan andere zaken - worden strenge eisen gesteld (art. 7:183 lid 1 BW). De schenker hoeft alleen schadevergoeding te betalen indien hij de juridische of feitelijke gebreken niet heeft opgegeven, hoewel hij wist dat het geschonken goed gebrekkig was en de begiftigde deze gebreken bij gelegenheid van de aflevering van het geschonken goed niet kon ontdekken. Aan deze beperkte aansprakelijkheid zal de gedachte niet vreemd zijn dat de begiftigde door de schenking doorgaans sowieso bevoordeeld wordt en hij minder recht van spreken heeft als het voordeel minder groot uitvalt dan was gehoopt.

Niet-nakoming van verplichtingen door de begiftigde (schenking onder last)

Hoewel de schenking of de gift een eenzijdige overeenkomst is, kan aan een schenking of een gift in voorkomend geval desalniettemin een (op geld waardeerbare) last of verplichting worden verbonden. Zo kan de begiftigde verplicht worden een deel van hetgeen geschonken is over te maken naar een goed doel. Bij een gift kan de verplichting

bestaan uit het betalen van een lage geldsom voor een gegeven goed of een verleende dienst.

Wat geldt rechtens indien de begiftigde de opgelegde last niet uitvoert? In dat geval behoort ontbinding van de schenkingsovereenkomst wel tot de mogelijkheden, omdat in dit geval sprake is van een wederkerige overeenkomst en een tekortkoming door de begiftigde (art. 6:265 BW). Evenzeer is mogelijk dat de schenking gedaan is onder voorwaarde van de nakoming van de last door de begiftigde. In dat geval ontstaat een voorwaardelijke rechtsverhouding die bij niet-nakoming tot gevolg heeft dat de gedane schenking komt te vervallen. Ook zou de schenker - als alternatief - nakoming kunnen vorderen van de begiftigde. Kan noch de schenker noch een derde nakoming vorderen en voert de begiftigde de last niet of niet naar behoren uit, dan voorziet art. 7:184 lid 1 onder a BW nog in de mogelijkheid om vernietiging van de schenkingsovereenkomst te vorderen, zelfs in het geval de schenking al is uitgevoerd.

7. Vernietigbaarheid van de schenking

Ook voor de schenking en de gift geldt dat deze op grond van de voor rechtshandelingen en overeenkomsten geldende regels wegens wilsgebreken kunnen worden vernietigd. Het gaat dan om de wilsgebreken die voor elke rechtshandeling gelden: bedreiging (art. 3:44 lid 2 BW), bedrog (art. 3:44 lid 3 BW) en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW), en om het wilsgebrek dwaling dat voor overeenkomsten geldt (art. 6:228 BW). In deze gevallen stemmen wil en verklaring weliswaar overeen, maar is de aanwezige wil van de handelende persoon op een onzuivere wijze gevormd. Er is sprake van een wilsvormingsgebrek.

Wettelijke omkering van de bewijslast bij misbruik van omstandigheden

Met betrekking tot misbruik van omstandigheden bevat art. 7:176 BW een bijzondere bepaling over de verdeling van de stelplicht en de bewijslast. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden (art. 3:44 lid 4 BW). In beginsel zal op degene die stelt door misbruik van omstandigheden tot een bepaalde rechtshandeling bewogen te zijn, de stelplicht en de bewijslast daarvan rusten (art. 150 Rv). Dat ligt dus anders bij een schenking.

Indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen, rust bij een beroep op vernietigbaarheid van de schenking de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde (art. 7:176 BW). De begiftigde dient in dat geval - in afwijking van de hoofdregel van art. 150 Rv (inhoudende (te) kort gezegd: wie bepaalde feiten waaraan rechtsgevolgen zijn verbonden stelt, dient deze te bewijzen) - te bewijzen dat er geen sprake was van misbruik van omstandigheden. Om aan een omkering van de bewijslast toe te kunnen komen, dient de schenker aan zijn stelplicht voldaan te hebben; hij dient daarvoor voldoende feiten te stellen waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen.

Deze wettelijke omkering van de bewijslast bij misbruik van omstandigheden lijdt in twee gevallen uitzondering (eveneens art. 7:176 BW). *Ten eerste*: indien de schenking is opgemaakt bij notariële akte wordt de bewijslast van misbruik van omstandigheden - conform de hoofdregel van art. 150 Rv - weer bij de schenker gelegd. *Ten tweede*: de wettelijke omkering van de bewijslast is ook van de baan indien deze verdeling van de bewijslast volgens de hoofdregel van art. 7:176 BW in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. In die twee gevallen vindt zogezegd een 'omkering van de omkering' plaats.

De achterliggende reden van deze regels is duidelijk. De behoefte bestaat om de schenker te beschermen tegen onredelijke druk van de begiftigde. Voor een dergelijke bescherming zal geen reden bestaan als de schenking door tussenkomst van de notaris bij notariële akte weloverwogen is opgemaakt. De notaris zal in dat gevolg met zijn uit te voeren wils- of intellectuele controle waken tegen onder meer overijling of onnadenkendheid van de schenker. Aan een conclusie van de Advocaat-Generaal bij het arrest van de Hoge Raad van 10 juli 2020, [ECLI:NL:HR:2020:1240](#), kan het volgende ontleend worden over de rol van de notaris:

“Daarbij biedt het Nederlandse recht de begiftigde bovendien een alternatief, namelijk om toch de gang naar een notaris te maken. In dat geval geldt de bijzondere regel van bewijslastverdeling niet. Het spreekt vanzelf dat daarbij de veronderstelling van de wetgever is dat de notaris de schenker en de begiftigde kritische vragen zal stellen, ook met het oog op het risico van onnadenkendheid of overijling aan de zijde van de schenker. Die vragen zullen, lijkt me, niet alleen gaan over de verhouding tussen schenker en begiftigde, maar ook over de vermogenspositie van de schenker, de vraag of de schenker (andere) kinderen heeft, enzovoort. Ik meen dat een behoorlijke taakvervulling door de notaris in veel gevallen mee zal brengen dat hij de [schenker, JH] ook buiten de aanwezigheid van de begiftigde spreekt. Blijft de schenker bij zijn voornemen en wordt de schenking inderdaad notarieel vastgelegd, dan is een later beroep op misbruik van omstandigheden weliswaar niet onmogelijk, maar het slagen daarvan wel aanzienlijk minder waarschijnlijk. In de eerste plaats geldt geen bewijslastomkering. In de tweede plaats ligt het voor de hand om in de notariële bemoeienis een min of meer gewichtige aanwijzing te zien dat de schenker weloverwogen tot zijn besluit is gekomen.”

Bij omkering van de bewijslast wordt de begiftigde met een schier onmogelijke opgave belast. De begiftigde moet bewijzen dat geen misbruik van omstandigheden bij de totstandkoming van de schenking heeft plaatsgevonden. Het bewijs van een negatief feit lijkt niet goed uitvoerbaar. In voorkomend geval is het dan ook beter de schenking in een notariële akte vast te leggen, waarbij de notaris de vereiste wilscntrole bij de schenker zal kunnen uitvoeren.

In zijn arrest van 24 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1272](#), heeft de Hoge Raad het hof gecorrigeerd vanwege een onjuiste toepassing die aan de regels van bewijslastverdeling was gegeven. In het berechte geval was erflaatster - de moeder van de procespartijen (broer en zuster) - op 14 augustus 2005 overleden. De broer en zuster zijn ieder voor de helft tot de nalatenschap van moeder gerechtigd. Als gevolg van de verdeling van de nalatenschap van de vader van partijen in 1965 zijn de zuster en de broer eigenaar geworden van landerijen en gebouwen van een destijds door de vader geëxploiteerd agrarisch bedrijf. De moeder heeft de exploitatie van het agrarisch bedrijf voortgezet en

pachtte het land en de gebouwen van haar kinderen. In 1989 heeft de moeder de exploitatie van het bedrijf beëindigd en heeft de broer de exploitatie van de boerderij in maatschapsverband met een loonbedrijf overgenomen. De broer heeft toen de 50% onverdeelde eigendom van de zuster in de landerijen en de gebouwen gekocht en is daarmee volledig eigenaar van de boerderij geworden. De moeder bleef tot begin 1991 op de boerderij wonen. In ieder geval vanaf 1992 was de verhouding tussen de moeder en haar dochter ernstig bekoeld en was er tussen hen geen contact. In de laatste jaren van het leven van de moeder hielp de broer haar bij haar administratie en bij het versturen van haar financiële gegevens naar de accountant. Bij brief van 10 augustus 2007 aan de broer zijn namens de zuster onder meer schenkingen van de moeder aan de broer in 2003, 2004 en 2005 vernietigd, waartoe een beroep is gedaan op de geestestoestand van de moeder.

De zuster stelt cassatieberoep in tegen het arrest van het gerechtshof, omdat het hof miskend heeft dat bij een beroep op vernietigbaarheid van een schenking wegens misbruik van omstandigheden op grond van art. 7:176 BW een bijzondere regel van bewijslastverdeling geldt. Het hof heeft ten onrechte de zuster belast met het bewijs van haar stelling dat de schenkingen door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen, en had op de broer de bewijslast moeten leggen dat de schenkingen niet door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen. Indien het hof mocht hebben geoordeeld dat toepassing van deze bijzondere regel van bewijslastverdeling in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn, is zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, aldus de klacht in het cassatieberoep van de zuster.

De Hoge Raad oordeelt als volgt hierover:

“Art. 7:176 BW bepaalt dat indien de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen, bij een beroep op vernietigbaarheid de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde rust, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:176 BW blijkt dat deze van (thans) art. 150 Rv afwijkende bijzondere regel van bewijslastverdeling in de wet is opgenomen ter versterking van de positie van de schenker. Aan de regel van art. 7:176 BW bestaat geen behoefte indien van de schenking een notariële akte is opgemaakt: in dat geval mag voorshands ervan worden uitgegaan dat de schenker zonder overijling en ongeoorloofde beïnvloeding is te werk gegaan.

Voorts is in art. 7:176 BW een uitzondering opgenomen voor het geval de in de hoofdregel vervatte verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. Van dit laatste zal de rechter dan wel uitdrukkelijk verantwoording moeten afleggen, ervan uitgaande dat feiten zijn gesteld die deze afwijking van de hoofdregel rechtvaardigen. Daarbij valt te denken aan het geval dat alleen de schenker over het bewijsmateriaal beschikt of dat zijn betoog zo onwaarschijnlijk is dat voorlopige aanvaarding ervan de wederpartij in een onredelijke bewijspositie zou brengen. (Vgl. Kamerstukken II, 1981-1982, 17 213, nr. 3, p. 8-9)

De zuster heeft - als rechtsopvolger onder algemene titel (erfgenaar) van de moeder, en daarmee dus als ‘schenker’ - een beroep gedaan op vernietigbaarheid van schenkingen van de moeder aan de broer. Blijkens de stukken van het geding in feitelijke instanties heeft de zuster feiten en omstandigheden gesteld ter onderbouwing van haar betoog dat de schenkingen (in de vorm van effectentransacties) bij onderhandse akten van 14 december 2004 en 2 maart 2005 (...) door misbruik van omstandigheden tot stand zijn gekomen (...).

Deze processtukken laten geen andere conclusie toe dan dat de zuster heeft voldaan aan de ingevolge art. 7:176 BW op haar rustende stelplicht.

Bij die stand van zaken had het hof toepassing moeten geven aan art. 7:176 BW door op de broer de bewijslast te leggen dat de schenkingen niet door misbruik van omstandigheden zijn tot stand gekomen, dan wel door te oordelen dat deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. Van dat laatste had het hof dan uitdrukkelijk verantwoording moeten afleggen, waarbij het hof tevens tot uitdrukking had moeten brengen welke (door de broer gestelde) feiten deze afwijking van de hoofdregel van art. 7:176 BW rechtvaardigen.

Het hof heeft echter noch in zijn tussenarrest noch in zijn eindarrest toepassing gegeven aan art. 7:176 BW. De daarop gerichte klacht van het middel treft derhalve doel."

Om aan de omkering van de bewijslast van art. 7:176 BW toe te komen, dient de (rechtsopvolger van de) schenker feiten te stellen waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. In deze zaak had de zuster aangevoerd dat de moeder destijds lijdende was aan een zodanig geestelijke stoornis waardoor haar wil tot het verrichten van de effectentransacties (ter waarde van ca. € 95.000 in totaal) heeft ontbroken en in ieder geval door de broer misbruik van omstandigheden is gemaakt omdat hij zijn moeder daarvan had behoren te weerhouden. Dat klemt temeer, aldus het betoog van de zuster, omdat de broer destijds de administratie van de moeder deed nu zij daartoe niet meer in staat was zodat de broer jegens de moeder een vertrouwenspositie innam. Daarmee was volgens de Hoge Raad voldaan aan de stelplicht.

In een ander geval heeft een vader op leeftijd en met gezondheidsklachten, nadat hij een legaat van ca. € 1 miljoen had ontvangen van een tante, zeer omvangrijke schenkingen gedaan aan één van zijn twee zonen en diens partner, bij wie hij destijds inwoonde en door wie hij werd verzorgd. Enkele jaren later, nadat hij niet langer bij deze zoon en diens partner woonde, heeft hij aangevoerd dat deze schenkingen onder misbruik van omstandigheden hebben plaatsgevonden. De rechtbank heeft de vader deels in het gelijk gesteld, maar het hof heeft in hoger beroep alle vorderingen van de vader afgewezen. Daartegen komt de oudste zoon, in zijn hoedanigheid van vereffenaar van de nalatenschap van de inmiddels overleden vader, in cassatie op. Het cassatiemiddel stelt met name de toepassing door het hof van de afwijking van de bijzondere bewijslastverdeling van art. 7:176 BW aan de orde. Het hof had weliswaar toepassing gegeven aan art. 7:176 BW, maar de oudste zoon meende dat het hof de gunstige bewijspositie die de vader op grond van die bepaling had, ten onrechte ongedaan had gemaakt. Het hof had geoordeeld dat op grond van de redelijkheid en billijkheid de bewijslast van misbruik van omstandigheden toch op de vader rustte. De oudste zoon klaagde er terecht over dat het hof zijn oordeel dat er grond was om af te wijken van de hoofdregel van art. 7:176 BW onvoldoende heeft gemotiveerd, aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 10 juli 2020, [ECLI:NL:HR:2020:1240](#).

"Het hof heeft zijn beslissing om af te wijken van de hoofdregel van bewijslastverdeling van art. 7:176 BW gemotiveerd door te verwijzen naar "de onderhavige feiten en het tijdsverloop, alsmede het feit dat [de vader] over zijn financiële administratie beschikt die voor [de jongste zoon en diens partner] niet toegankelijk is". Het onderdeel klaagt terecht dat deze feiten en omstandigheden het oordeel van het hof niet kunnen dragen.

De verwijzing naar "de onderhavige feiten" is onvoldoende nauwkeurig, nu het hof in de voorafgaande rov. 29-35 een groot aantal feiten en omstandigheden heeft opgesomd, en

zonder nadere toelichting niet duidelijk is welke daarvan meebrengen dat toepassing van de hoofdregel van bewijslastverdeling van art. 7:176 BW in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn.

Voorts is onvoldoende duidelijk op welk tijdsverloop het hof het oog heeft. Daarbij is van belang dat tussen het tijdstip (medio 2012) waarop een definitieve relatiebreuk en een financieel en juridisch conflict is ontstaan tussen - aan de ene kant - de vader en de oudste zoon en - aan de andere kant - de jongste zoon en diens partner (zie hiervoor in 2.1 onder (xii)) en het tijdstip waarop de inleidende dagvaarding is uitgebracht (mei 2013), minder dan een jaar is verstreken.

Ten slotte valt zonder nadere motivering niet in te zien welke betekenis toekomt aan de omstandigheid dat de vader over zijn financiële administratie beschikt die voor de jongste zoon en diens partner niet toegankelijk is, bij de beantwoording van de vraag of al dan niet sprake is van een schenking die door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen. Bovendien heeft de vader een gespecificeerd overzicht in het geding gebracht van betalingen naar rekeningen van de jongste zoon en diens partner over de jaren 2008 en 2009 en ook de (hiervoor in 2.1 onder (vii) bedoelde) schuldbekentenis van mei 2008."

Het hof heeft - mogelijk om onnodige herhaling in zijn eindarrest te voorkomen - in zijn arrest nogal generiek (en daarmee "onnauwkeurig") naar een weergave van de feiten in een tussenarrest verwezen, zodat geen inzicht werd gegeven welke feiten in zijn redenering van belang zijn geweest om de omkering van de bewijslast op grond van de redelijkheid en billijkheid ongedaan te maken. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst het geding naar een ander hof ter verdere behandeling en beslissing.

Waarover in cassatie niet was geklaagd, was het feit dat uit het arrest van het hof lijkt te volgen dat het hof ambtshalve toepassing heeft gegeven aan de uitzondering op de hoofdregel van de bewijslastverdeling. Dat is niet juist. Omkering van de hoofdregel inzake de bewijslastverdeling is - gelet ook op de tenzij-formulering in art. 7:176 BW - alleen aan de orde als de begiftigde daarop een beroep heeft gedaan.

Bijzondere vernietigingsgronden

In titel 7.3 BW worden enkele specifieke gronden genoemd op grond waarvan de schenkingsovereenkomst - of per analogie de gift (art. 7:186 lid 1 BW) - kan worden vernietigd. Zo bepaalt art. 7:178 lid 1 BW in de eerste plaats dat de schenkingsovereenkomst vernietigbaar is wanneer zij gedurende een ziekte van de schenker wordt gedaan aan een beroepsbeoefenaar op het gebied van de individuele gezondheidszorg of een geestelijk verzorger die hem tijdens zijn ziekte bijstond.⁵ In de tweede plaats is de schenkingsovereenkomst vernietigbaar die gedurende een verblijf van de schenker in een voor verzorging of verpleging van bejaarden of geestelijk gestoorden bestemde instelling tot stand is gekomen en de schenking is gedaan aan degene die de instelling exploiteert of die daarvan de leiding heeft of daarin werkzaam is (art. 7:178 lid 2 BW).⁶

⁵ Vgl. art. 4:59 lid 1 BW als grond voor vernietiging van een uiterste wilsbeschikking (de zogeheten 'verboden makingen').

⁶ Vgl. art. 4:59 lid 2 BW.

Verjaring

De bevoegdheid tot vernietiging van deze schenking in deze twee gevallen verjaart drie jaar nadat de ziekte van de schenker onderscheidenlijk zijn verblijf in de instelling is geëindigd (art. 7:178 lid 4 BW). Na het overlijden van de schenker kan de vernietiging van de schenking op deze gronden mede plaatsvinden door een ieder die door de schenking nadeel lijdt (art. 7:178 lid 5 BW). De vernietiging vindt in dat geval slechts plaats voor zover dat nodig is ter opheffing van het nadeel van degene die zich op de vernietigingsgrond beroept.

Bijzondere vernietigingsgronden; vervolg

Daarnaast bevat art. 7:184 BW nog een aantal bijzondere gronden waarop de schenkingsovereenkomst - of per analogie de gift (art. 7:186 lid 1 BW) - vernietigbaar is. Zo kan de schenking - ongeacht of zij reeds is uitgevoerd - worden vernietigd indien de begiftigde een hem bij de schenking opgelegde last of verplichting niet of niet naar behoren nakomt en noch de schenker noch een derde daarvan nakoming kan vorderen (art. 7:184 lid 1 onder a BW). Aan een aanbod tot schenking kan namelijk een last of verplichting worden verbonden, zolang deze maar niet strekt in het voordeel van de schenker (vgl. § 6). Een andere vernietigingsgrond betreft het geval dat de begiftigde opzettelijk een misdrijf - te denken valt aan diefstal of een geweldsdelict - jegens de schenker of diens naaste betrekkingen pleegt (art. 7:184 lid 1 onder b BW).⁷ Poging tot, voorbereiding van of deelneming aan een dergelijk misdrijf wordt daar mede onder begrepen (art. 7:184 lid 2 BW). Een laatste vernietigingsgrond ziet op het geval dat de schenker een wettelijke of contractuele plicht tot bijdrage in het onderhoud van de schenker niet nakomt (art. 7:184 lid 1 onder c BW).

Verjaring

Een rechtsvordering tot vernietiging van de schenking op grond van art. 7:184 BW verjaart door verloop van een jaar, te rekenen vanaf de dag waarop het feit dat grond tot vernietiging oplevert (de niet-nakoming van de last, het misdrijf of de niet-nakoming van de plicht tot bijdrage in het onderhoud), ter kennis van de schenker is gekomen (art. 7:185 lid 1 BW). Na het overlijden van de schenker kan vernietiging van de schenking op grond van art. 7:184 BW slechts plaatsvinden door een rechterlijke uitspraak en, in de gevallen onder b en c, alleen indien het feit dat de grond tot vernietiging oplevert (het misdrijf dan wel de niet-nakoming van de plicht tot bijdrage in het onderhoud), de dood van de schenker heeft veroorzaakt (art. 7:185 lid 2 BW).

8. Herroepelijke schenking

Aan een schenking kunnen - zoals dat bij elke rechtshandeling mogelijk is - ontbindende voorwaarden worden verbonden (art. 3:38 BW). Tot die overeen te komen ontbindende voorwaarden behoort ook het recht om de schenking te herroepen, om redenen die uitsluitend door de schenker worden bepaald (oftewel à *volonté*) of in bepaalde, specifiek

⁷ Vgl. art. 4:3 BW voor de gronden van erfrechtelijke onwaardigheid.

omschreven omstandigheden.⁸ De enkele wilsverklaring van de schenker waarbij de schenking wordt herroepen, doet de ontbindende voorwaarde waaronder de schenking is gedaan in vervulling gaan. Een dergelijke bevoegdheid tot herroeping bestaat uitsluitend als die bij de totstandkoming van de schenkingsovereenkomst bedongen is (art. 7:177 lid 2 BW). De herroepingsmogelijkheid wordt dan onderdeel van de overeenkomst van schenking.⁹

Het verdient aanbeveling bij het overeenkomen van de herroepingsmogelijkheid van de schenking aandacht te besteden aan een aantal thema's, zoals: (i) wanneer kan de herroeping van de schenking ingeroepen worden?, (ii) op welke wijze dient de herroeping ingeroepen te worden? en (iii) wie kan of kunnen de herroeping van de schenking inroepen, bijvoorbeeld de schenker en eventueel zelfs de erfgenamen van de schenker?

De verkrijging van een herroepelijke schenking zal voor de begiftigde geen onverdeeld genoeg zijn. Op elk moment moet de begiftigde rekening houden met de mogelijkheid dat de schenking wordt herroepen. Met de herroepelijke schenking behoudt de schenker grip en controle op hetgeen geschonken is. De begiftigde kan daardoor met het geschonken vermogen in wezen niets aanvangen, en dat is vermoedelijk ook precies de bedoeling van de schenker. Op deze wijze is de schenker in staat om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de begiftigde met het geschonken vermogen omgaat.

Ook om een andere reden dan als sturingsmechanisme kan ervoor gekozen worden om een schenking herroepelijk te maken. Zo wordt een schenking wel eens herroepelijk gemaakt om het geschonken vermogen terug te kunnen vragen als de schenker het vermogen zelf nodig zou hebben voor zijn verzorging. Om zeker te stellen dat het geschonken vermogen dan daadwerkelijk teruggegeven kan worden, zou het geschonken vermogen onder bewind gesteld kunnen worden (vgl. § 10) of ten behoeve van de schenker zou een zekerheidsrecht op het geschonken vermogen gevestigd kunnen worden.

Aan de herroepelijke schenking - en die leidt tot een tussen de schenker en de begiftigde bestaande voorwaardelijke rechtsverhouding - zijn nog twee juridisch-technische aspecten verbonden. *Ten eerste*: aan het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde - in casu de herroeping van de schenking door de schenker - is geen terugwerkende kracht verbonden (art. 3:38 lid 2 BW). Dat betekent bijvoorbeeld dat als een verhuurd onroerend goed herroepelijk geschonken wordt, de door de begunstigde voorafgaand aan de herroeping ontvangen huurtermijnen niet gerestitueerd behoeven te worden aan de schenker.

Ten tweede: als een verkrijging van een goed gebaseerd is op een titel waaraan een ontbindende voorwaarde is verbonden (in casu een herroepelijke schenking), dan is die verkrijging zelf ook voorwaardelijk (art. 3:84 lid 4 BW). Het is zelfs zo dat na de herroepelijke schenking niet alleen de begiftigde eigenaar van het geschonken vermogen is geworden, maar de schenker is ook eigenaar gebleven. Dat verwondert misschien, omdat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1 lid 1 BW). Het lijkt te wringen als twee personen - zowel de schenker als de begiftigde - bij een

⁸ De schenker zou hierdoor in de verleiding kunnen komen om in verband met de herroepelijkheid van de schenking allerlei voorwaarden op te leggen die (te) diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van de begiftigde. Die voorwaarden kunnen in strijd zijn met de goede zeden, en zijn derhalve nietig (art. 3:40 lid 1 BW). Het verdient derhalve de voorkeur om de herroeping in algemene zin mogelijk te maken.

⁹ Dat een schenking herroepelijk kan zijn, blijkt eveneens uit art. 4:66 lid 1 BW. Aldaar wordt bepaald dat bij de waardering van de gift geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat deze had kunnen worden herroepen. Die herroepingsmogelijkheid zou anders een waardedrukkende factor zijn geweest.

herroepelijke schenking eigenaar van dezelfde zaak zouden kunnen zijn, en wel de een onder ontbindende voorwaarde en de ander onder opschortende voorwaarde. Toch is dat de uitkomst van een arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1046](#) (*Rabobank/Reuser*). De betreffende zaak handelde weliswaar over een eigendomsvoorbehoud¹⁰, maar de uit het arrest te trekken lessen kunnen één-op-één vertaald worden naar de herroepelijke schenking.

In dit belangwekkende arrest heeft de Hoge Raad gekozen voor de figuur van het voorwaardelijk eigendomsrecht. Toegesneden op de herroepelijke schenking is het mogelijk een constructie te hebben, waarin – zolang de voorwaarde niet is vervuld (oftewel zolang niet is herroepen) – zowel de schenker als de begiftigde eigenaar van het geschonken vermogen is. De begiftigde is eigenaar onder ontbindende voorwaarde, terwijl de schenker eigenaar onder opschortende voorwaarde is. Treedt de voorwaarde in vervulling, dan vervalt het voorwaardelijk eigendomsrecht van de begiftigde en groeit het eigendomsrecht van de schenker uit van een voorwaardelijk tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Het voorgaande betekent ook dat – in juridische zin – teruglevering van het geschonken vermogen ná herroeping niet meer nodig is. Het voorwaardelijk eigendomsrecht groeit na herroeping van rechtswege uit tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht. Een tussentijds faillissement van de begiftigde staat daaraan niet in de weg. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de begiftigde – in feitelijke zin – het bezit van het geschonken vermogen na herroeping nog wel aan de schenker moet verschaffen.

Het is ook mogelijk overeen te komen dat aan herroeping van de schenking slechts obligatoire (en geen goederenrechtelijke) gevolgen zijn verbonden. Daarbij komen schenker en begiftigde overeen dat de herroeping leidt tot een contractuele verplichting van de begiftigde tot teruggave van (de waarde van) het geschonken vermogen.

Einde van de herroepingsmogelijkheid

Het is bij een herroepelijke schenking nog wel opportuun te bepalen dat de mogelijkheid om de schenking te herroepen, vervalt als de schenker bijvoorbeeld in staat van faillissement verkeert. De curator zou anders in de verleiding kunnen komen om het geschonken vermogen door herroeping van de schenking als boedelactief ten behoeve van de schuldeisers te realiseren.

Herroeping van de schenking zal in beginsel ook nog mogelijk zijn na het overlijden van de schenker of de begiftigde, maar het is de vraag of dat opportuun is. De erfgenamen van de schenker zullen eenvoudig strijd met elkaar kunnen leveren over het al dan niet inroepen van deze postume herroepingsmogelijkheid.¹¹ De erfgenamen van de begiftigde verkeren daarentegen in onzekerheid of het geschonken vermogen mag worden behouden of alsnog aan de schenker teruggegeven moet worden. Om die reden verdient het aanbeveling hiervoor specifieke voorzieningen in de schenkingsakte te treffen.

¹⁰ Bij de vestiging van een eigendomsvoorbehoud is meestal sprake van overdracht van de desbetreffende zaak onder de opschortende voorwaarde van voldoening van de koopprijs (art. 3:92 BW). Pas na betaling van die koopprijs wordt de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud eigenaar van de zaak (en verliest de vervreemder zijn eigendomsrecht). In het aangehaalde arrest aanvaardt de Hoge Raad, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, een constructie waarin – zolang de voorwaarde niet is vervuld – zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar is. Beiden – dus ook de verkrijger – kunnen over hun voorwaardelijke recht beschikken.

¹¹ Betoogd wordt ook wel dat de mogelijkheid om een schenking te herroepen een hoogstpersoonlijk wilsrecht is, dat niet voor vererving vatbaar is. Ik zou menen dat de herroepingsmogelijkheid een vermogensrecht is, dat wel voor vererving vatbaar is.

Herroeping als alternatief voor bewind

De herroepelijke schenking kan een bruikbaar alternatief voor het schenkingsbewind zijn (zie verder § 10). Met beide instrumenten kan hetzelfde effect bereikt worden, te weten dat de schenker kan bepalen wat wel of niet met het geschonken vermogen kan worden gedaan. De herroepelijke schenking heeft één voordeel ten opzichte van het schenkingsbewind. Het schenkingsbewind kan namelijk op verzoek van de begiftigde na vijf jaar door de rechter worden opgeheven (art. 7:182 lid 2 onder a BW j° art. 4:178 lid 2 BW), terwijl de mogelijkheid van herroeping door de schenker niet aan enige termijn is onderworpen.

Het is uiteraard mogelijk om de herroepelijke schenking te combineren met een schenkingsbewind. Heel veel vertrouwen van de schenker in de begiftigde spreekt daar in elk geval niet uit. Toch kan deze combinatie in voorkomend geval haar diensten bewijzen: verzoekt de begiftigde (en rechthebbende) de rechter het bewind na vijf jaar te beëindigen, dan heeft de schenker altijd nog de mogelijkheid om de schenking te herroepen.

Herroeping als alternatief voor een uitsluitingsclausule

De uitsluitingsclausule biedt slechts beperkte mogelijkheden om de begiftigde te beschermen tegen de gevolgen van een echtscheiding (zie verder § 11). Deze clausule biedt immers geen soelaas als het geschonken vermogen door de begiftigde (of de echtgenoot van de begiftigde) wordt opgemaakt of weggeschonken. Het voordeel van de herroepingsmogelijkheid van de schenking ten opzichte van de uitsluitingsclausule is dat de schenker in een dergelijk geval eerder kan ingrijpen en het geschonken vermogen tijdig kan veilig stellen. De mogelijkheid om de schenking te kunnen herroepen, is daarmee een welkome aanvulling op de uitsluitingsclausule.

9. Tweetrapsschenking

Bij een tweetrapsschenking is sprake van een combinatie van een schenking onder een ontbindende voorwaarde en een daarop aansluitende schenking onder een opschortende voorwaarde.¹² Dat betekent dat bij een tweetrapsschenking door de schenker twee keer over het geschonken vermogen wordt beschikt. Bij de eerste keer geschiedt de schenking door de schenker (de insteller van de tweetrapsschenking) aan de begiftigde onder een ontbindende voorwaarde. Degene die als begiftigde onder een ontbindende voorwaarde verkrijgt, wordt bezwaarde genoemd. De bezwaarde is begiftigde onder de ontbindende voorwaarde dat er bij zijn overlijden (of op een eerder moment dat zijn recht eindigt) een verwachter in leven is. Bij de tweede keer geschiedt de schenking aan de verwachter onder een opschortende voorwaarde. De verwachter verkrijgt het geschonken vermogen onder de opschortende voorwaarde dat hij nog in leven is op het moment dat het recht van de bezwaarde eindigt. De ontbindende voorwaarde en de opschortende voorwaarde zijn als het ware elkaars spiegelbeeld: op het bij de schenking bepaalde tijdstip vervalt de schenking voor de bezwaarde en gaat het geschonken vermogen over naar de verwachter.

In art. 7:180 BW wordt de tweetrapsschenking geregeld door *tout court* te melden dat op de schenking onder een ontbindende voorwaarde en een daarbij aansluitende

¹² Een dergelijke schenking wordt ook nog wel eens een fideï-commissaire schenking genoemd.

schenking onder opschortende voorwaarde art. 4:140 lid 1 en 4:141 BW van overeenkomstige toepassing zijn. Verwezen wordt derhalve naar de voor de tweetrapsmaking geldende bepalingen van Boek 4 BW. De regeling van de tweetraps-schenking komt daarmee *grosso modo* overeen met die van de tweetrapsmaking. Dat is gebeurd omdat de wetgever wilde voorkomen dat de erfrechtelijke regels geschreven voor tweetrapsmakingen zouden kunnen worden ontgaan door de bevoordeling als schenking vorm te geven. Zie verder het onderdeel 'Over eigen en andermans graf heen regeren met voorwaardelijke makingen'.

In de praktijk wordt door de schenker aan de bezwaarde begiftigde veelal de bevoegdheid toegekend tot vervreemding en vertering¹³, al dan niet met de instructie dat vertering van het geschonken en bezwaarde vermogen pas is toegestaan als het eigen vermogen van de bezwaarde geheel is verteerd.

Bestaanseis

Art. 7:181 BW handelt over de bestaanseis. Ten aanzien van een schenkingsaanbod dat door de dood van de aanbieder niet vervalt, geldt het aanvullende vereiste dat dit schenkingsaanbod niet kan worden aanvaard door iemand die op het tijdstip van overlijden van de aanbieder nog niet bestond (art. 7:181 lid 1 BW). Op dit bestaansvereiste worden evenwel enkele uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen op het bestaansvereiste - en dat zijn uitzonderingen die een postume schenking mogelijk maken - zijn:

- a. indien de schenker heeft bepaald dat hetgeen hij schenkt aan een afstammeling van zijn vader of moeder, bij het overlijden van die afstammeling of op een eerder tijdstip ten deel zal vallen aan diens alsdan bestaande afstammelingen staaksgewijze;
- b. indien de schenker heeft bepaald dat hetgeen hij aan iemand schenkt, bij het overlijden van de begiftigde of op een eerder tijdstip ten deel zal vallen aan een afstammeling van een ouder van de schenker, en tevens dat, indien die afstammeling dat tijdstip niet overleeft, diens alsdan bestaande afstammelingen staaksgewijze in diens plaats zullen treden;
- c. indien de schenker heeft bepaald dat hetgeen de begiftigde van het hem geschonkene bij zijn overlijden of op een eerder tijdstip onverteerd zal hebben gelaten, alsdan ten deel zal vallen aan een dan bestaande bloedverwant in de erfelijke graad.

In deze regeling zien we een gelijkstelling met de regels die in het erfrecht gelden voor tweetrapsmakingen (art. 4:56 BW, de bestaanseis in het testamentair erfrecht en de uitzonderingen daarop).

¹³ Zie hiervoor ook het Boerenplaatsje-arrest (HR 16 januari 2004, NJ 2004/487). Aan de bezwaarde erflater kan de bevoegdheid in meerdere of mindere mate worden gegeven om bij testament van de tweetrapsregeling af te wijken. De bezwaarde begiftigde kan op een vergelijkbare wijze de bevoegdheid worden toegekend om in meerdere of mindere mate van de regeling van de tweetraps-schenking af te kunnen wijken.

Voorbeelden

Opa Fred schenkt een oldtimer aan zijn zoon Jeroen onder de ontbindende voorwaarde van het overlijden van Jeroen indien kleinzoon Morris dan nog leeft (eerste trap). Hij schenkt hetzelfde goed aan Morris onder de opschortende voorwaarde dat Morris nog leeft op het moment dat Jeroen overlijdt (tweede trap). Jeroen is de bezwaarde en Morris is de verwachter.

Vader Jerry schenkt zijn dochter Florine € 50.000,- (eerste trap). Hij bepaalt bij de schenking dat mocht Florine komen te overlijden zonder achterlating van afstammelingen, dat dan alles wat Florine heeft overgehouden van die € 50.000,- toekomt aan zijn dochter Madeleine (tweede trap). Florine is bezwaarde en Madeleine is verwachter. Madeleine is verwachter, maar weet bij de schenking niet of zij ooit iets zal krijgen van die € 50.000,-. Florine kan immers alles opmaken, maar het kan ook zo zijn dat Florine afstammelingen achterlaat en in dat geval krijgt Madeleine uiteindelijk ook niets van het geschonken bedrag.

De regels van vruchtgebruik zijn – anders dan bij de relatie tussen de bezwaarde en de verwachter bij een tweetrapserfstelling (vgl. art. 4:138 lid 2 BW) – niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de relatie tussen de bezwaarde en de verwachter bij een tweetrapsschenking. De regeling van de onderlinge rechtsverhouding van de na elkaar tot het geschonken vermogen geroepen personen – eerst de bezwaarde, daarna de verwachter(s) – wordt aan de schenkingsovereenkomst overgelaten (evenals het tweetrapslegaat). Het is van belang om de bevoegdheden van de bezwaarde goed uit te schrijven in de schenkingsakte, bijvoorbeeld de bevoegdheid van de bezwaarde om te vervreemden en te verteren (de zogeheten Boerenplaatsje-clausule).¹⁴

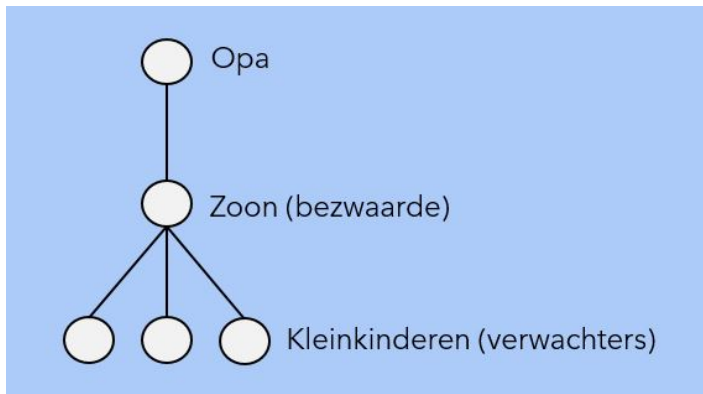
Problemen kunnen in de toekomst ontstaan om te bepalen wat tot (i) het geschonken tweetrapsvermogen behoort en wat tot (ii) het privévermogen van de bezwaarde behoort als geen goede administratie van het verloop van deze van elkaar te onderscheiden vermogens is bijgehouden. Het geschonken tweetrapsvermogen is in beginsel bestemd ten behoeve van de verwachters van de tweetrapsschenking (behoudens een bijzondere regeling ten aanzien van de beschikkings- en verteringsbevoegdheid van de bezwaarde met betrekking tot het geschonken tweetrapsvermogen). De bezwaarde zal in elk geval zelfstandig kunnen bepalen wat met het privévermogen na overlijden gebeurt.

Om deze problemen te ondervangen, zou ervoor gekozen kunnen worden om in de tweetrapsschenking aan de bezwaarde de bevoegdheid toe te kennen het tweetrapsvermogen in zijn privévermogen over te nemen. In feite is dan sprake van een interne levering binnen het algehele vermogen van de bezwaarde (een oneigenlijke verdeling, die plaatsvindt door de bezwaarde in twee verschillende hoedanigheden (als vervreemder en als verkrijger)). Het tweetrapsvermogen bestaat daarna uit een voorwaardelijke geldvordering van de verwachter op de bezwaarde (welke vordering zo nodig voor inflatie gecorrigeerd kan worden).

Schematisch weergegeven zou de tweetrapsschenking in de volgende twee situaties voor toepassing in aanmerking kunnen komen.

¹⁴ Zie hiervoor het Boerenplaatsje-arrest (HR 16 januari 2004, NJ 2004/487). Zie eveneens de voorgaande noot.

Verticale tweetrapsschenking ten gunste van de kleinkinderen



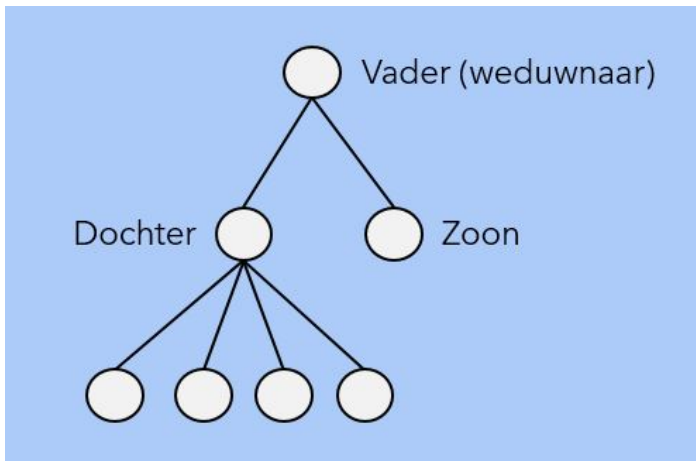
Deze verschijningsvorm van de tweetrapsschenking wordt gehanteerd als vermogen in de familie moet blijven (het zogeheten 'doorgeefvermogen'). Met name bij adellijke families met landgoederen en/of kostbare kunstverzamelingen wordt daaraan gehecht. Deze wijze van schenking (en ook vererving) beantwoordt aan het erfrechtelijke beginsel dat in Nederland tot 1923 opgeld deed, te weten: het naaste bloed erft het goed.¹⁵

In beginsel geldt dat met deze tweetrapsschenking bereikt wordt dat heffing van schenkbelasting in de relatie schenkende ouder - kind en tariefgroep I tegen 10% / 20% gevolgd wordt door heffing van schenkbelasting in de relatie opa - kleinkind en tariefgroep I.a. tegen 18% / 36%. Die hoge tarieven van 18% en 36% zouden vervangen kunnen worden door de schappelijker tarieven van 10% en 20% als aan de bezwaarde middels een Boerenplaatsje-clausule de bevoegdheid wordt toegekend om over het geschonken vermogen te kunnen beschikken (waardoor de tweetrapsschenking komt te vervallen). De bezwaarde kan vrij gelaten worden om op een bepaalde wijze over het geschonken vermogen aan *n'importe qui* te beschikken, maar de insteller van de tweetrapsschenking kan daarvoor ook bepaalde restricties opleggen (beschikken alleen ten gunste van alle afstammelingen of alleen ten gunste van bepaalde afstammelingen).

Bijzondere aandacht verdient in dit verband nog de positie van het schoonkind. Zou de bezwaarde vrijelijk over het tweetrapsvermogen mogen beschikken, dan kan het vermogen via het schoonkind (bijvoorbeeld na hertrouwen) buiten de familie geraken. Dat zou echter in strijd komen met de gedachte van het doorgeefvermogen. Dat kan met maatwerk opgelost worden door het kind met de Boerenplaatsje-clausule toe te staan het vruchtgebruik van het geschonken vermogen aan zijn partner te legateren. De volle eigendom blijft dan voor de familie behouden.

¹⁵ In 1923 heeft de echtgenoot van de erflater een eigen positie in het groepenstelsel van het oude erfrecht gekregen (vgl. thans art. 4:10 lid 1 onder a BW). De echtgenoot werd in 1923 gelijk gesteld met een kind van de erflater (art. 899a BW (oud)), maar overigens zonder dat aan de echtgenoot de legitieme werd toegekend. Voor 1923 erfden alleen de kinderen volgens het versterferecht. Zie het onderdeel 'Erfopvolging bij versterf; ordening en erfdelen'.

Horizontale tweetrapsschenking tussen de kinderen



Deze verschijningsvorm van de tweetrapsschenking kan dienst doen in een situatie dat de schenkende ouder kinderen heeft, maar dat een of meer van de kinderen zelf geen versterferfgenamen in de eerste groep hebben (art. 4:10 lid 1 onder a BW). Overlijdt een dergelijk partner- en kinderloos kind zonder testament, dan vererft het restant van de schenking aan de broers en zusters, maar die worden in de heffing van erfbelasting betrokken in tariefgroep II (tegen 30% / 40%). Het verdient om die reden aanbeveling om in zo een situatie een schenking aan het kind (de bezwaarde, begiftigde onder ontbindende voorwaarde) te doen met behulp van een tweetrapsschenking en de broers en zusters van het kind als verwachters (begiftigden onder opschortende voorwaarde) aan te wijzen. De broers en zusters erven het tweetrapsvermogen dan niet van hun broer of zuster, maar het valt hen toe op grond van de schenking door de ouder. Heffing van schenkbelasting vindt dan plaats in tariefgroep I (tegen de schappelijkere tarieven van 10% / 20%) of - op gelijke wijze - vindt heffing van erfbelasting plaats als de schenkende ouder inmiddels is overleden (art. 12 SW) (§ 16).

Wordt verder niets geregeld in de tweetrapsschenking over de bevoegdheden van de bezwaarde, dan kan deze in beginsel niets met het geschonken vermogen aanvangen. Met behulp van een Boerenplaatsje-clausule in de tweetrapsschenking kan de bevoegdheid aan de bezwaarde worden toegekend om (in meerdere of mindere mate) te kunnen beschikken over het geschonken vermogen, maar dan bijvoorbeeld wel met de beperking dat dit uitsluitend kan geschieden ten gunste van de afstammelingen van de schenkende ouder of een (toekomstige) partner.

10. Schenkingsbewind en certificering

Bij een aanbod tot schenking kan worden bepaald dat het geschonken vermogen onder bewind zal staan. Het bewind is een verband dat op het geschonken vermogen komt te rusten.¹⁶ Het leidt ertoe dat een splitsing wordt aangebracht tussen de

¹⁶ Het bewind raakt het vermogen, en dus niet de persoon van de rechthebbende. Bij het schenkingsbewind kan uitsluitend gesproken worden van onderbewindgesteld vermogen, en niet van een onderbewindgestelde persoon.

eigenaarsbevoegdheden, die voortaan exclusief aan de bewindvoerder toekomen, en het economische belang van de rechthebbende bij het geschonken vermogen.

Het aanbod om te schenken onder bewind dient schriftelijk te worden gedaan (art. 7:182 lid 1 BW), zodat duidelijk wordt welke bepalingen voor het bewind gelden. De bepalingen van Boek 4 BW over het testamentair bewind zijn – met enkele aanpassingen – eveneens van toepassing op het schenkingsbewind (art. 7:182 lid 2 BW), zodat het schenkingsbewind dezelfde rechtsgevolgen heeft als een testamentair bewind. Het is begrijpelijk dat het schenkingsbewind zwaar leunt op het testamentair bewind, dat nu eenmaal een geheel uitgeschreven wettelijke regeling kent. Zie het onderdeel ‘Bescherming van het nagelaten vermogen met een testamentair bewind’.

Hiervoor is reeds vermeld, dat het niet mogelijk is om de verkrijging uit hoofde van een gift met tegenprestatie onder bewind te stellen (art. 7:187 lid 1 BW). Het is bovendien lastig voor te stellen waarop het bewind in een dergelijk geval zou komen te rusten. Als een auto ter waarde van € 20.000 voor € 15.000 wordt verkocht, rust het bewind dan op € 5.000 of op de auto? Op de auto kan het bewind niet komen te rusten, omdat de auto ten titel van koop (en niet ten titel van schenking) is verkregen. Op een bedrag van € 5.000 kan het bewind ook niet komen te rusten, omdat dit door de verkoper-gever prijsgegeven deel van de koopprijs niet identificeerbaar aanwezig is in het vermogen van de koper-begiftigde.

Het schenkingsbewind rust op “het geschonkene” (art. 7:182 lid 1 BW). Daaruit volgt dat het bewind eigenlijk reeds aanvangt, en dat de bewindvoerder dus in beeld komt, na aanvaarding van het schenkingsaanbod, en wel op het moment dat het (verbintenisrechtelijke) recht op levering van het geschonkene ontstaat en niet eerst na levering van het geschonken vermogen. Vanaf dat moment kan de schenking in feite reeds uitgevoerd worden. De termijnen die voor het einde van het bewind gelden, zijn daaraan gerelateerd (art. 7:182 lid 2 onder a BW). De zwakke steen van de bewindregeling is uiteraard dat de rechthebbende (in dit geval de begiftigde) zich na vijf jaar tot de rechter kan wenden met het verzoek om het schenkingsbewind op te heffen op de grond dat hij het onder bewind staande geschonken vermogen zelf op verantwoorde wijze kan beheren (art. 7:182 lid 2 j° art. 4:178 lid 2 BW). Deze mogelijkheid om de rechter te verzoeken het schenkingsbewind na vijf jaar op te heffen, heeft de begiftigde overigens uitsluitend als het bewind in zijn belang is ingesteld, en dus niet als het bewind ook strekt tot behartiging van het belang van een ander dan de begiftigde (bijvoorbeeld het belang van de verwachter bij een tweetrapsschenking, die het geschonken vermogen verkrijgt onder de opschortende voorwaarde van het overleven van het recht van de bezwaarde begiftigde). In dat geval kan het bewind worden opgeheven door de begiftigde en de verwachter tezamen (art. 4:179 lid 1 BW).

Het bewind, voor zover het niet in het belang van een ander dan de begiftigde is ingesteld, eindigt ook wanneer de schenker en de begiftigde een gemeenschappelijk besluit tot opheffing schriftelijk ter kennis van de bewindvoerder brengen (art. 7:182 lid 2 onder b BW).

Certificering van vermogen en gecertificeerd schenken

Als alternatief voor een schenkingsbewind is de rechtsfiguur van certificering van vermogen in opkomst. Certificering houdt in dat goederen worden overgedragen aan een stichting, die daartegenover certificaten uitdeelt aan de overdrager. De stichting is daarna de juridische eigenaar van de goederen en zij oefent aldus de zeggenschap daarover uit. Het economische belang bij de goederen berust bij de certificaathouder. Er is dus – op een

vergelijkbare wijze als bij bewind - een scheiding aangebracht tussen juridische zeggenschap en economisch belang. De door de overdrager van het vermogen gehouden certificaten kunnen vervolgens - al dan niet in het kader van een schenkingsplan - geschonken worden aan een of meer begiftigden.

Certificering van vermogen biedt interessante mogelijkheden. Zo kan één ondeelbaar goed (bijvoorbeeld een kostbaar schilderij) in meerdere certificaten verdeeld worden. Ook kunnen in waarde(ontwikkeling) ongelijksoortige goederen (effectenportefeuille, beleggingspanden en dergelijke) op een evenwichtige wijze en dus zonder scheve ogen tussen de certificaathouders verdeeld worden.¹⁷

In verband met de legitieme is het nog van belang te onderkennen dat een erfrechtelijke verkrijging van certificaten niet altijd legitiemeproof is. Zo wordt de verkrijging van certificaten bij wege van een legaat - en dat is "een legaat van niet in een vorderingsrecht bestaande goederen der nalatenschap", dat "later dan zes maanden na het overlijden van de erflater (...) opeisbaar wordt" - aangemerkt als een inferieure verkrijging (art. 4:73 lid 1 aanhef en onder c BW), die door de legitimaris straffeloos kan worden verworpen. Worden de certificaten daarentegen als erfgenaam verkregen, dan is dat niet het geval.¹⁸ In dat geval kunnen de erfgenamen middels certificering van het nagelaten vermogen effectief buitenspel gezet worden. Het maakt dus uit op welke wijze het gecertificeerde vermogen door de erflater wordt nagelaten.

11. Schenking en huwelijksvermogensrecht

Boedelmenging en schenking

Een verkrijging van goederen ten titel van huwelijksvermogensrecht houdt geen schenking in als de goederen als gevolg van boedelmenging verkregen worden. Ten gevolge van de huwelijkssluiting of een wijziging van de huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk bestaande uit de invoering van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen vloeien - veelal ongelijke - vermogens van de echtgenoten ineen.

Voorbeeld

Stel dat de man beschikt over een vermogen van € 4 miljoen en de vrouw over geen vermogen (of andersom). Als het stel besluit te huwen in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, dan is het gevolg daarvan dat de helft van het vermogen aan de andere partner gaat toebehoren, zodat er sprake is van een vermogensverschuiving. Ook tijdens het huwelijk kan een dergelijke vermogensverschuiving plaatsvinden ten gevolge van een wijziging van de huwelijkse voorwaarden, inhoudende opheffing van de koude uitsluiting en invoering van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen.

De Hoge Raad is van oordeel dat de boedelmenging die optreedt door de vorming van de algehele gemeenschap van goederen geen bevoordeling en dus ook geen schenking oplevert (HR 28 januari 1959, NJ 1959/171). De daarvoor gegeven motivering is dat geen

¹⁷ IB-technisch zal nog wel aandacht besteed moeten worden aan het box 3-vermogen als bezittingen gecertificeerd worden.

¹⁸ In art. 4:72 BW is namelijk niet een met art. 4:73 BW corresponderende bepaling (zoals aangehaald) opgenomen.

sprake is van een “op een bepaald ogenblik voltooide eenzijdige waardeverschuiving”. Immers, in theorie kan de minder vermogende nog de loterij winnen, waardoor de vermogensverhoudingen ineens heel anders komen te liggen. Zelfs bij het invoeren van een wettelijke algehele gemeenschap van goederen op het sterfbed van de vermogende partner is nog geen sprake van een schenking (HR 17 maart 1971, NJ 1972/136).

Hetzelfde geldt voor het opnemen van een finaal verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden, inhoudende dat bij het einde van het huwelijk wordt afgerekend alsof de echtgenoten in algehele gemeenschap van goederen waren gehuwd (HR 27 juni 1990, BNB 1990/255).

Hoe moet over deze kwestie - een onvoltooide vermogensverschuiving en dus geen schenking, of een voltooide vermogensverschuiving en dus een schenking - geoordeeld worden als de gemeenschap van goederen een (zeer) beperkte is?

Gemeenschap van een bankrekening

De Hoge Raad heeft bij arrest van 7 mei 2021, [ECLI:NL:HR:2021:708](#), geoordeeld over een geval waarbij de partners gehuwd waren in een beperkte gemeenschap van een bankrekening. De feiten van deze zaak lagen als volgt.

M en V trouwen op 22 september 2008 na het maken van huwelijkse voorwaarden. Hierin komen zij een beperkte huwelijksgemeenschap overeen, bestaande uit een en/of-bankrekening en daarop betrekking hebbende schulden. M is vermogender dan V (€ 150 miljoen versus € 1 miljoen). M stort voor het huwelijk € 10 miljoen op de en/of-bankrekening. Tijdens het huwelijk nemen M en V geregeld en min of meer gelijkmatig op van de gemeenschappelijke bankrekening. In de huwelijkse voorwaarden is voorts geregeld dat onttrekkingen aan elkaars vermogen een nominaal vergoedingsrecht opleveren.

In 2012 overlijdt M. M heeft dan € 600.000 meer opgenomen dan V. V en de kinderen stellen als erfgenamen vast dat de nalatenschap van M een vergoedingsschuld heeft aan de beperkte gemeenschap van € 600.000.

Volgens de inspecteur heeft in 2008 een belaste schenking plaatsgevonden van M aan V. De rechtbank ([ECLI:NL:RBGEL:2018:4043](#)) en het hof ([ECLI:NL:GHARL:2019:10724](#)) waren het hier niet mee eens. De Hoge Raad verklaart het daartegen gerichte cassatieberoep van de Belastingdienst ongegrond. Het hof had overwogen dat de echtgenoot door de storting op de bankrekening een vordering van € 10 miljoen op de bank heeft verkregen en dat dat vorderingsrecht, dat naar zijn aard in hoogte zal fluctueren, tot de beperkte gemeenschap is gaan behoren. Tijdens het huwelijk kan (afgezien van wijziging huwelijkse voorwaarden) niet worden overgegaan tot beëindiging van de beperkte gemeenschap. Zolang die beperkte gemeenschap bestaat, is niet bekend wat de echtelieden aan het einde van de gemeenschap kunnen verdelen. De omvang van de beperkte gemeenschap kan immers aan het einde van de gemeenschap zijn toe- of afgenomen. Daarvan uitgaande kan ten tijde van het aangaan van het huwelijk geen sprake zijn van een voltooide vermogensverschuiving en dus ook niet van een schenking, aldus het hof. Het hof achtte dit rechtsgevolg in overeenstemming met de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad van 28 januari 1959 en van 17 maart 1971. Het cassatiemiddel van de inspecteur bestrijdt dit oordeel.

In de aangehaalde arresten van de Hoge Raad kwamen de echtgenoten een wettelijke algehele gemeenschap van goederen overeen. De Hoge Raad hechtte toen onder meer

belang aan de omstandigheid dat de huwelijksgemeenschap een blijvende rechtsverhouding meebrengt die als gevolg van baten en lasten die van beide zijden kunnen opkomen tot verdere vermogensverschuivingen tussen de echtgenoten kan leiden, zodat het resultaat van die vermogensverschuivingen pas bij het einde van de huwelijksgemeenschap kan worden vastgesteld. Een huwelijksgemeenschap die slechts één vermogensbestanddeel omvat – zoals in casu – vertoont dit kenmerk niet. Daarop wijst het middel terecht, aldus de Hoge Raad. Toch behelst het tot stand brengen van de huwelijksgemeenschap van een bankrekening geen (belastbare) schenking. Door in art. 1 lid 7 SW te verwijzen naar art. 7:186 lid 2 BW heeft de wetgever bewerkstelligd dat van een belastbare schenking in dit geval alleen sprake kan zijn indien op het moment van de boedelmenging het vermogen van V tot een op dat moment bepaalbaar bedrag is bevoordeeld doordat M dat voordeel vanuit zijn vermogen heeft afgestaan. Daarvan is geen sprake.

De boedelmenging deed een aan ieder van de echtgenoten toekomende vordering op de bank ontstaan ten aanzien van het gehele saldo van de bankrekening, welk saldo gedurende het bestaan van de huwelijksgemeenschap kon wijzigen. Mede gelet op art. 7:186 lid 2, tweede volzin, BW¹⁹ vormt de omstandigheid dat M ten aanzien van de helft van dat saldo geen vorderingen tegen V had kunnen instellen geen toereikende grond om aan te nemen dat V op het moment van ontstaan van de huwelijksgemeenschap kon beschikken over de helft van het toen aanwezige saldo, of daarop aanspraak kon maken, als ware het een haar afzonderlijk toebehorend vermogensbestanddeel.

Het oordeel van het hof dat de inspecteur niet aannemelijk heeft gemaakt dat zich bij het ontstaan van de huwelijksgemeenschap een vermogensverschuiving heeft voorgedaan waarbij V ten laste van M is verrijkt, geeft om die reden geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Breukdelengemeenschap

De fiscale effecten van de (beperkte) gemeenschap van een bankrekening zijn *peanuts* vergeleken bij de aardshok die de totstandkoming van een breukdelengemeenschap teweeg kan brengen.

Art. 1:100 lid 1 BW bepaalt dat de echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap hebben, tenzij anders is bepaald bij huwelijkse voorwaarden of bij een overeenkomst die tussen de echtgenoten bij geschrift is gesloten met het oog op de aanstaande ontbinding der gemeenschap anders dan door de dood of ten gevolge van opheffing bij huwelijkse voorwaarden. Dat houdt in dat de echtgenoten vóór de ontbinding ieder gerechtigd zijn tot het geheel. Na de ontbinding ontstaan er aandelen in de gemeenschap. Ieder heeft recht op de helft, tenzij er sprake is van een (andere) breukdelengemeenschap (denk aan 90/10-verhoudingen).

Het is duidelijk dat het aangaan van huwelijkse voorwaarden met ongelijke breukdelen een aanzienlijke vermogensverschuiving tot gevolg heeft. Het is de vraag of deze vermogensverschuiving een belaste schenking oplevert. De rechtbank Noord-Holland heeft bij uitspraak van 20 november 2020, [ECLI:NL:RBNHO:2020:9677](#), geoordeeld dat geen sprake is van schenking. In dat geval waren de man en de vrouw in 2005 in de

¹⁹ Deze tweede zin luidt voluit: “Zolang degene tot wiens verrijking de handeling strekt, de prestatie niet heeft ontvangen, noch daarop aanspraak kan maken, worden handelingen als bedoeld in de eerste volzin niet beschouwd als gift”. Aan deze zin werd in de literatuur weinig aandacht besteed en blijkt nu in dit arrest een beslissende rol te spelen.

wettelijke algehele gemeenschap van goederen gehuwd. In oktober 2017 zijn zij in huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat bij ontbinding van de gemeenschap de man daarin voor 10% en de vrouw voor 90% gerechtigd zal zijn. In december 2017 overlijdt de man, en wel binnen 180 dagen na het opstellen van de huwelijkse voorwaarden. De inspecteur negeert de huwelijkse voorwaarden en heft erfbelasting alsof de echtgenoten ieder voor de helft gerechtigd zijn. Aan de rechtbank worden drie vragen voorgelegd: (i) is sprake van een schenking vanwege de wijziging van de gerechtigdheid in de huwelijksgemeenschap, (ii) is sprake van een verblijvingsbeding als bedoeld in art. 11 lid 4 SW, hetgeen een fictieve erfrechtelijke verkrijging zou inhouden en (iii) is sprake van *fraus legis*.

Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van een voltooide vermogensverschuiving, mede gelet op de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad van 28 januari 1959 en van 17 maart 1971. Hieraan doet niet af dat in dit geval geen sprake van een wijziging tijdens het huwelijk van een regime van 'koude uitsluiting' naar een algehele gemeenschap van goederen, maar dat hier de gerechtigdheid met betrekking tot de bestaande wettelijke algehele gemeenschap van goederen is gewijzigd. Ook in dat geval vindt immer geen voltooide vermogensverschuiving plaats bij het aangaan van de huwelijkse voorwaarden. Dat betekent dat een grondslag voor de heffing van schenkbelasting ontbreekt.

Het betoog van de inspecteur dat het schenkingsmoment, en daarmee het belastbare feit, reeds in de obligatoire fase moet worden gezocht, volgt de rechtbank niet. Dit betoog is niet te verenigen met de (ongewijzigde) lijn uit genoemde arresten uit 1959 en 1971. De Hoge Raad heeft immers duidelijk aansluiting gezocht niet bij het moment van het aangaan van een verplichting, maar bij het moment van een voltooide eenzijdige waardeverschuiving. Zoals de Hoge Raad in het arrest van 1971 heeft overwogen, is het de taak van de wetgever om desgewenst een wettelijke grondslag voor belastbaarheid te creëren voor situaties als de onderhavige. Nu de wetgever zulks tot op heden heeft nagelaten, is het niet aan de rechtbank om af te wijken van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad.

Ook van een verblijvingsbeding in de zin van art. 11 lid 2 of lid 4 SW is volgens de rechtbank geen sprake. Van een dergelijk verblijvingsbeding kan alleen sprake zijn wanneer het gekoppeld is aan het overlijden. Indien het verblijven ook bij leven kan plaatsvinden, is dat niet het geval. De man en de vrouw hebben louter een wijze van verdeling opgenomen met het oog op de ontbinding van de gemeenschap. De werking hiervan is niet afhankelijk van het overlijden van een van de partners, maar kan ook een andere oorzaak hebben.

Ten slotte beroept de inspecteur zich op *fraus legis*. Daarvoor is vereist dat de handeling strijdig is met het doel en de strekking van de wet en dat (onaanvaardbare) belastingverijdeling het doorslaggevende motief is geweest. De huwelijkse voorwaarden die in dit geval zijn gesloten, kunnen niet als een dergelijke gekunstelde constructie aangemerkt worden. In de eerste plaats kan niet worden geoordeeld dat doel en strekking van de Successiewet 1956 zouden worden miskend als in deze situatie geen schenking zou worden aangenomen. De wetgever is door de Hoge Raad in 1959 en 1971 gewezen op de beperking van de heffing van erfbelasting, doch heeft geen aanleiding gezien tot aanpassing van de wetgeving. Daarnaast is geen sprake van een constructie met een met zekerheid te verkrijgen fiscaal voordeel. Ook de vrouw had immers de eerststervende kunnen zijn en in dat geval waren de huwelijkse voorwaarden voor de man fiscaal zeer

ongunstig geweest. Dat belastingbesparing wel ten grondslag zal hebben gelegen aan de opgestelde huwelijkse voorwaarden is onvoldoende voor het aannemen van *fraus legis*.

In de estate planning praktijk wordt op creatieve wijze het huwelijksvermogensrecht gebruikt om potentiële vermogensverschuiving tot stand te brengen. Dat is ook logisch omdat het huwelijksvermogensrecht nu eenmaal bepalend is voor de omvang van de nalatenschap. Door een wijziging van de gerechtigdheid tot de huwelijksgoederengemeenschap bij huwelijkse voorwaarden kan de Successiewet in zekere zin weggevaagd worden. Het maakt voor de heffing van de erfbelasting nogal wat uit of de nalatenschap uit een 50%-aandeel in de huwelijksgemeenschap bestaat of slechts uit een 10%-aandeel. Dat geldt temeer als de wijziging plaatsvindt kort voor overlijden.

Toestemming echtgenoot (art. 1:88 BW)

Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor giften, met uitzondering van de gebruikelijke, niet bovenmatige gift (art. 1:88 lid 1 onder b BW). Geen toestemming is vereist voor giften die de strekking hebben dat zij pas zullen worden uitgevoerd na het overlijden van degene die de gift doet, en niet reeds tijdens diens leven worden uitgevoerd (art. 1:88 lid 4 BW). De regeling van art. 1:88 BW geldt derhalve niet voor de gift (en de schenking) ter zake des doods. Toestemming is wel vereist indien de gift bestaat in de aanwijzing van een begunstigde bij een sommenverzekering die tijdens het leven van de verzekeringnemer is aanvaard of kan worden aanvaard (eveneens art. 1:88 lid 4 BW).

De regel van art. 1:88 BW geldt ongeacht het huwelijksgoederenregime.

In- en uitsluitingsclausule (art. 1:94 BW)

Het huwelijksvermogensregime van een erflater is van belang voor de omvang en samenstelling van zijn nalatenschap. Welke goederen behoren tot een door het overlijden ontbonden huwelijksgemeenschap, en welke niet? Voor de vraag welke goederen (en schulden) tot een huwelijksgemeenschap behoren, is het toepasselijke huwelijksvermogensregime, al dan niet in combinatie met door de echtgenoten in huwelijkse voorwaarden daarop aangebrachte aanpassingen, van belang. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat de huwelijksgemeenschap ook wordt beïnvloed door al dan niet door de erflater en de schenker gemaakte in- en uitsluitingsclausules.

Door het opnemen van een uitsluitingsclausule bij de schenking kan de schenker voorkomen dat het geschonken vermogen deel gaat uitmaken van een wettelijke algehele gemeenschap van goederen waarin de begiftigde is gehuwd, of dat de waarde daarvan wordt betrokken in een verrekenbeding. De begiftigde kan een uitsluitingsclausule niet terzijde stellen in huwelijkse voorwaarden (HR 21 november 1980, NJ 1981/193). Men stelt wel dat de uitsluitingsclausule dwingt. Hierdoor is een beweging op gang gekomen om de uitsluitingsclausules te nuanceren, in die zin dat de uitsluitingsclausule wel geldt bij het einde van het huwelijk door echtscheiding maar niet bij overlijden. Zie verder het onderdeel 'Relatievermogensrecht en erfrecht'.

In art. 1:94 lid 4 BW is opgenomen dat goederen, alsmede de vruchten van die goederen, ten aanzien waarvan bij uiterste wilsbeschikking of bij de gift is bepaald dat zij buiten de gemeenschap vallen (de uitsluitingsclausule), buiten de gemeenschap blijven, ook al zijn de echtgenoten bij huwelijkse voorwaarden overeengekomen dat krachtens

erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen dan wel de vruchten daarvan in de gemeenschap vallen. Dit betekent - als gezegd - dat de begiftigde een uitsluitingsclausule niet terzijde kan stellen.

Uitsluitingsclausules kwamen (en komen nog steeds) voor onder het regime van de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, dat tot 1 januari 2018 in de wet was opgenomen (art. 1:94 lid 2 onder a (oud) BW). Per 1 januari 2018 geldt echter een ander regime. Op grond van de Wet beperking omvang wettelijke gemeenschap van goederen geldt dat krachtens erfopvolging bij versterf, making, lastbevoordeling of gift verkregen goederen van rechtswege buiten de nieuwe wettelijke beperkte gemeenschap van goederen vallen (art. 1:94 lid 2 onder a BW). Op grond van art. 1:94 lid 3 onder b BW is sinds de wetswijziging insluiting op dezelfde wijze als voorheen uitsluiting mogelijk, te weten bij een uiterste wilsbeschikking of bij een gift. De insluitingsclausule kan bewerkstelligen dat de gift toch tot de huwelijksgemeenschap van de begiftigde gaat behoren.

Praktische problemen

Een ouder kan een woning aan een gehuwd kind schenken. Aan die schenking kan een uitsluitingsclausule worden verbonden. Het gevolg daarvan is dat de woning niet tot de huwelijksgemeenschap zal behoren waarin het kind gehuwd is, maar tot zijn privévermogen.

Stel dat een ouder een woning met een waarde van € 500.000 voor een (te) laag bedrag - stel € 300.000 - wil verkopen aan zijn gehuwde kind en dat het de bedoeling is dat de bevoordeling niet in de huwelijksgemeenschap valt. Waaraan zou de uitsluitingsclausule in dat geval verbonden moeten worden om het beoogde resultaat - en dat is dat de bevoordeling van € 200.000 van het kind niet valt in de huwelijksgemeenschap - te bereiken? Dat blijkt niet mogelijk en uitvoerbaar te zijn, nu de titel van de verkrijging koop is (en dus niet een gift of een erfrechtelijke verkrijging waaraan een uitsluitingsclausule kan worden verbonden). Om het beoogde doel te bereiken, zal voor een alternatieve structurering gekozen moeten worden. De meest voor de hand liggende weg hiervoor is om eerst een papieren schenking van € 200.000 onder uitsluitingsclausule te doen. Hierdoor verkrijgt het begiftigde kind een geldvordering van € 200.000 op zijn schenkende ouder. Vervolgens wordt de woning voor € 500.000 aan het echtpaar verkocht. Betaling van de koopprijs geschiedt dan voor € 300.000 door het echtpaar uit gemeenschapsvermogen en voor € 200.000 wordt de schuld tot betaling van de koopprijs verrekend met de papieren schenking aan het gehuwde kind. Een andere mogelijkheid is om een deel van de koopprijs ter grootte van € 200.000 kwijt te schelden, en deze kwijtschelding onder een uitsluitingsclausule te doen. Een kwijtschelding uit vrijgevigheid is een gift. Het is mogelijk om aan de gift een voorwaarde te verbinden dat hetgeen wordt verkregen buiten enige huwelijksgemeenschap zal vallen (art. 3:38 lid 1 BW en art. 1:94 lid 2 onder a BW).

Het gevolg hiervan is in beide situaties dat de woning tot de huwelijksgemeenschap behoort, aangezien deze voor minder dan de helft met privévermogen is gefinancierd. Bij een echtscheiding of overlijden heeft het kind (of de erfgenamen van het kind) dan een reprise ten laste van de huwelijksgemeenschap van € 200.000. Hierdoor behoort deze vordering tot teruggave van € 200.000 tot het privévermogen van het kind. In dit verband kan worden gewezen op het arrest van de Hoge Raad van 8 september 2017, [ECLI:NL:HR:2015:1199](https://www.rechtspraak.nl/Juridische%20praktijk/Arresten/2017/09/08/170901), waarin ten overvloede is overwogen:

“Indien, zoals de man in hoger beroep onder verwijzing naar HR 1 mei 2015, [ECLI:NL:HR:2015:1199](#), NJ 2015/378, heeft betoogd en hij (...) bepleit, de akte aldus moet worden uitgelegd dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen dat ertoe strekte de tegenprestatie voor de verkrijging van het aandeel van de moeder in de woning ten laste van het door de man van haar onder uitsluitingsclausule verkregen vermogen te laten komen, leidt (analoge toepassing van) art. 1:124 lid 2 (oud) BW ertoe dat de woning buiten de huwelijksgemeenschap van de man en de vrouw is gebleven. In dat geval kan de vrouw aanspraak maken op een vergoeding aan de huwelijksgemeenschap ter zake van het aandeel in de woning dat de man zonder uitsluitingsclausule uit de nalatenschap van zijn vader heeft verkregen.”

In het berechte geval zou - als de uitleg van de man wordt gevolgd in de verwijzingsprocedure - de woning en een perceel landbouwgrond als gevolg van de toepassing van de huwelijksvermogensrechtelijke zaaksvervangingsregeling tot het privévermogen van de man behoren en komt aan de huwelijksgemeenschap een vergoedingsrecht ten laste van de man toe.

Wat zou een begiftigde, ondanks de stelregel dat de uitsluitingsclausule dwingt en dat de gift dus niet in de huwelijksgemeenschap valt en ook niet krachtens een partij-afspraken in enigerlei verrekening kan worden betrokken (HR 21 november 1980, NJ 1981/193 en art. 1:94 lid 4 BW), nog tegen het effect van een dergelijke uitsluitingsclausule kunnen ondernemen?

In de eerste plaats zou bij overeenkomst met de echtgenoot een compenserende verrekening afgesproken kunnen worden. Daarbij dient opgelet te worden dat deze verrekening met een tegenvordering niet fiscaal als een schenking wordt aangemerkt.

In de tweede plaats is het voor de begiftigde mogelijk om het onder een uitsluitingsclausule verkregen vermogen te schenken aan zijn echtgenoot. Een uit het leven gegrepen voorbeeld hiervan levert het vonnis op van de rechtbank Haarlem van 10 december 2008, [ECLI:NL:RBHAA:2008:BH3142](#). Als uitvloeisel van een echtscheidingsprocedure ontstond een dispuut over edelstenen die de man tijdens zijn huwelijk uit de nalatenschap van zijn ouders met een uitsluitingsclausule in eigendom heeft ontvangen. De vrouw heeft tijdens het huwelijk met toestemming van de man de edelstenen in een ring laten zetten. De vrouw heeft zich beroepen op een in de huwelijkse voorwaarden gemaakt lijfsieradenbeding, inhoudende dat de lijfsieraden bij een van de echtgenoten in gebruik, geacht wordt eigendom te zijn van de echtgenoot die deze goederen gebruikt, zonder dat enig onderzoek naar de herkomst nodig is. De rechtbank wijst het beroep op het lijfsieradenbeding af:

“Een uitsluitingsclausule als bedoeld in artikel 1:94, eerste lid, van het BW, brengt de wil van de erflater tot uitdrukking om de goederen waaraan de clausule is verbonden aan een van de echtgenoten met uitsluiting van de andere echtgenoot ten goede te laten komen. In het verlengde van eerder genoemd arrest van de Hoge Raad is de rechtbank van oordeel dat dit met zich brengt dat de door de uitsluitingsclausule geëxpliciteerde wil van de erflater niet kan worden doorkruist door het huwelijksgoederenregime dat tussen partijen geldt. De rechtbank is daarom van oordeel dat, indien vast komt te staan dat de man de edelstenen uit de nalatenschap van diens ouders heeft verkregen onder de uitsluiting dat deze in een huwelijksgemeenschap vallen, het ‘lijfsieradenbeding’ in artikel 2 van de huwelijksvoorwaarden door deze uitsluitingsclausule terzijde wordt gesteld.”

Daarmee houdt het verhaal voor de vrouw niet op. Het lijfsieradenbeding kan de uitsluitingsclausule niet overrulen. Op een andere wijze kan de vrouw haar claim op de gezette edelstenen nog wel veilig proberen te stellen.

“Uit genoemd arrest van de Hoge Raad volgt evenwel niet, dat onder testamentaire uitsluiting door de ene echtgenoot geërfde goederen niet aan de andere echtgenoot geschonken zouden kunnen worden, net zo min als zulks aan schenking aan een derde in de weg kan staan. Dat breng met zich, dat wanneer de man slaagt in het leveren van het bewijs dat aan de verkrijging van de edelstenen een expliciete uitsluitingsclausule is verbonden, de vrouw zich weliswaar niet op het lijfsieradenbeding in artikel 2 van de huwelijksvoorwaarden kan beroepen, maar dat daarmee nog niet is beslist op het door de vrouw ingenomen standpunt dat zij de edelstenen tijdens het huwelijk van de man door schenking heeft verkregen. In dat geval zal (mogelijk) nadere bewijslevering moeten volgen, waarbij de rechtbank voorshands van oordeel is dat de bewijslast dat de sieraden (slechts) in bewaarneming zijn gegeven bij de man berust (vgl. HR 17 juni 1994, NJ 1994, 671). Opmerking verdient dat de bewijspositie van de man nogal ondergraven lijkt te worden door zijn verklaring ter comparitie van 4 september 2007, dat het “wel zou kunnen” dat hij niet met zoveel woorden tegen de vrouw heeft gezegd dat de edelstenen zijn eigendom zouden blijven.”

Kortom, de wil van de erflater zoals die blijkt uit de uitsluitingsclausule kan wel degelijk worden doorkruist als de begiftigde het uitgesloten vermogen aan de partner schenkt. De stelling dat de edelstenen door de man aan de vrouw geschonken zijn, rust mijns inziens (en anders dan de rechtbank kennelijk meent) op de vrouw. Tegenover de stelling van de man die zich wat betreft de eigendom van de gezette edelstenen beroept op de uitsluitingsclausule voert de vrouw een bevrijdend verweer – er is sprake van schenking – waarvan zij de bewijslast draagt.

De verwaarloosde uitsluitingsclausule

Wat geldt rechtens als een uitsluitingsclausule wordt verwaarloosd, en wel doordat het aan de ene partner geschonken bedrag op een gemeenschappelijke bankrekening wordt gestort en dat bedrag aan het einde van de rit (bij echtscheiding of bij overlijden) er niet meer is? Geldt dan op is op of zou de vrouw nog aanspraak kunnen maken op een vergoeding jegens de gemeenschap?

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde bij arrest van 7 november 2017, [ECLI:NL:GHSHE:2017:4752](#), dat op ook daadwerkelijk op is, in een geval waarin drie keer een bedrag van € 10.000 aan de vrouw geschonken was onder een uitsluitingsclausule en de geschonken bedragen waren overgeboekt naar de gemeenschappelijke bankrekening van de man en de vrouw (gehuwd in de wettelijke algehele gemeenschap van goederen, ontstaan voor 1 januari 2018):

“Nu het geschonken geld op de gemeenschappelijke rekening van partijen is terechtgekomen, op de peildatum niet meer traceerbaar aanwezig was en evenmin is komen vast te staan aan welke specifieke uitgaven het is besteed dan wel dat partijen over de besteding van dit geld met elkaar afspraken hebben gemaakt, moet het ervoor worden gehouden dat de met uitsluiting ontvangen gelden zijn geconsumeerd, opgemaakt aan

bestedingen die geen aanleiding geven tot een vergoedingsrecht. Dat dit anders zou zijn is gesteld noch gebleken.

Aangenomen moet worden dat de bedragen van de schenkingen door [de vrouw] zijn besteed om te voldoen aan de verplichting om bij te dragen in de kosten van de huishouding (art. 1:84 BW), een verplichting die mede zijn grondslag vindt in de relationele solidariteit die de verhouding tussen echtgenoten beheerst en die tot uitdrukking komt in art. 1:81 BW (dat bepaalt dat echtgenoten verplicht zijn elkaar het nodige te verschaffen). Niet gesteld of gebleken is echter dat [de vrouw] daarbij méér heeft bijgedragen aan de huishouding dan waartoe zij op grond van de wet gehouden is. Daartoe is immers vereist dat [de vrouw] een onderbouwd financieel overzicht geeft dat inzicht geeft wie van partijen welke kosten van de huishouding voor zijn rekening heeft genomen en zulk een overzicht ontbreekt. Derhalve is gelet op het hiervóór overwogene er geen plaats voor een nominaal vergoedingsrecht voor [de vrouw]."

De vrouw stelt daartegen met succes cassatieberoep in bij de Hoge Raad. In zijn arrest van 5 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:504](#), gaat de Hoge Raad ervan uit dat de vrouw in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van dat bedrag:

"Uitgangspunt in deze zaak is voorts dat de door de vrouw ontvangen schenkingen van in totaal € 30.000 uitsluitend aan haar toekomen, nu die schenkingen zijn gedaan onder de in art. 1:94 lid 2, onder a, (oud) BW omschreven uitsluitingsclausule.

Doordat de geschonken bedragen op een gemeenschappelijke bankrekening van partijen zijn overgeboekt, is het totaalbedrag van € 30.000, naar het in zoverre onbestreden oordeel van het hof, door vermenging tot het gemeenschapsvermogen gaan behoren (...). Het wettelijk stelsel van titel 7 van boek 1 BW brengt dan mee dat de vrouw als gevolg van deze vermogensverschuiving in beginsel jegens de gemeenschap recht heeft op vergoeding van dat bedrag (vgl. art. 1:95 lid 2 BW en art. 1:96 lid 4 (voorheen lid 3) BW)."

Het feit dat de geschonken bedragen zijn aangewend voor diverse bestedingen doet volgens de Hoge Raad op zichzelf niet af aan het vergoedingsrecht van de vrouw, "omdat het erom gaat of die bestedingen betrekking hadden op gemeenschapsschulden dan wel op privéschulden van de vrouw". Vervolgens formuleert de Hoge Raad eerst twee logische stelregels. *Ten eerste:* voor zover uit het gemeenschapsvermogen (de gemeenschappelijke bankrekening waarop het bedrag van € 30.000 is overgeboekt) gemeenschapsschulden zijn voldaan, brengt dat geen wijziging in het recht van de vrouw op vergoeding. Dan geldt immers nog steeds dat de gemeenschap is gebaat door het aan de vrouw toekomende bedrag van € 30.000. *Ten tweede:* voor zover echter uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan, is zij op grond van art. 1:96 lid 5 (voorheen lid 4) BW gehouden tot vergoeding van het daarmee gemoeide bedrag aan de gemeenschap. In dat geval zal de vergoedingsvordering van de vrouw verrekend kunnen worden met haar schuld uit hoofde van art. 1:96 lid 5 BW.

Deze stelregels worden door de Hoge Raad aangevuld met een praktische bewijsregel, inhoudende een ten gunste van de vrouw aangenomen vermoeden dat de uitgaven van de gemeenschappelijke bankrekening aan te merken zijn als voldoening van gemeenschapsschulden.

"Uit de regel van art. 1:94 lid 5 (oud) BW dat alle schulden van ieder van de echtgenoten tot de huwelijksgemeenschap behoren, met uitzondering van de aldaar onder a en b

genoemde schulden en van de in art. 1:94 lid 3 (oud) BW (thans lid 5) bedoelde schulden die aan een van de echtgenoten zijn verknocht, volgt het vermoeden dat de tijdens huwelijk uit het gemeenschapsvermogen voldane schulden gemeenschapsschulden zijn. Daarbij verdient opmerking dat in geval van een huwelijksgemeenschap ook uitgaven in verband met consumptieve bestedingen zijn aan te merken als voldoening van gemeenschapsschulden. Hetzelfde geldt voor uitgaven in verband met de kosten van de huishouding als bedoeld in art. 1:84 BW, ongeacht hoe ingevolge deze bepaling de draagplicht ter zake van die kosten tussen de echtgenoten verdeeld is.

In dit geval, waarin uitgaven zijn gedaan van de gemeenschappelijke bankrekening van partijen, geldt dus ten gunste van de vrouw het vermoeden dat deze uitgaven betrekking hebben gehad op gemeenschapsschulden, hetgeen meebrengt dat het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap door die uitgaven niet aangetast is (...). Het ligt op de weg van de andere echtgenoot, de man in dit geval, om feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen op grond waarvan het vergoedingsrecht van de vrouw jegens de gemeenschap niet (of niet volledig) geldend kan worden gemaakt. Dat is bijvoorbeeld het geval voor zover uit het gemeenschapsvermogen privéschulden van de vrouw zijn voldaan (...), of indien uitdrukkelijk of stilzwijgend is afgesproken dat de vrouw met betrekking tot bepaalde uitgaven ter zake van gemeenschapsschulden geen aanspraak op vergoeding heeft, ook al zijn die uitgaven geheel of ten dele gefinancierd uit aan haar toekomend vermogen.

Volledigheidshalve wordt nog opgemerkt dat denkbaar is dat de vrouw minder heeft bijgedragen aan de kosten van de huishouding dan waartoe zij in haar verhouding tot de man op grond van art. 1:84 BW gehouden was. In dat geval - ter zake waarvan de stelplicht en bewijslast eveneens op de man rusten - heeft (niet de gemeenschap maar) de man aanspraak erop dat de vrouw het tekort aan hem vergoedt. Een dergelijke vordering op grond van art. 1:84 BW is in deze zaak echter niet aan de orde. In de praktijk zal een zodanige vordering vaak verdisconteerd kunnen worden bij de verdeling van de gemeenschap tussen de echtgenoten."

De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen. De stukken van het geding laten namelijk geen andere conclusie toe dan dat de man slechts heeft gesteld dat het bedrag van de schenkingen is besteed aan huishouding, vakanties en consumptieve uitgaven. Die stelling is geen afdoende verweer tegen de vordering van de vrouw, nu die door de man genoemde uitgaven de voldoening van gemeenschapsschulden betreffen en daarom niet afdoen aan het vergoedingsrecht van de vrouw.

12. Renteloze en laagrentende leningen

Zou het verstrekken van een renteloze of laagrentende lening als een schenking kunnen worden aangemerkt? In familiekringen worden nog wel eens zachte leningen aan elkaar verstrekt. Is in een dergelijk geval sprake van een schenking van de rente die de ouders in normale, zakelijke verhoudingen ontvangen zouden hebben?

Art. 15 lid 1 SW gaat uit van een fictieve schenking. Van een geldlening die geen rente draagt, of een rente draagt die lager is dan de normrente van 6%²⁰, en welke lening rechtens dan wel in feite direct opeisbaar is of dat op enig moment wordt, wordt de

²⁰ In art. 15 lid 1 SW wordt verwezen naar art. 21 lid 14 SW. Op basis van die laatste bepaling is de normrente van 6% vastgelegd in art. 10 Uitvoeringsbesluit Successiewet.

schuldeiser vanaf de dag waarop de lening opeisbaar wordt geacht van dag tot dag het vruchtgebruik van het ter leen verstrekte bedrag aan de schuldenaar te hebben geschonken. Dit betekent dat het voordeel dat de leningnemer geniet uit hoofde van een renteloze of laagrentende, direct opeisbare lening belast wordt met schenkbelasting. Wordt wel rente in rekening gebracht, maar beloopt deze minder dan 6%, dan is eveneens sprake van een fictieve schenking. In de heffing van de schenkbelasting wordt dan betrokken het verschil tussen het voor de lening gehanteerde rentepercentage en 6%.

Van directe opeisbaarheid is sprake als de opeisbaarheid van de lening minder dan één jaar beloopt.

In art. 15 lid 2 SW wordt bepaald dat de fictie alleen geldt voor leningen die direct of indirect aan een natuurlijke persoon worden verstrekt door een andere natuurlijke persoon die daarbij niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf (zogenoeten particuliere leningen).

Stel dat een renteloze of laagrentende (lager dan 6%) lening die niet opeisbaar is, vervroegd wordt afgelost. In dat geval geeft de schuldenaar zijn fictieve vruchtgebruik van het aan hem ter leen verstrekte bedrag prijs. De schuldeiser krijgt daardoor op een eerder moment het ter leen verstrekte bedrag weer terug. In de heffing van de schenkbelasting wordt dan betrokken het verschil tussen het nominale bedrag van de aflossing en de contante waarde daarvan, waarbij de contante waarde wordt berekend met inachtneming van de bepalingen van de Successiewet en het Uitvoeringsbesluit Successiewet.

Het gebeurt wel meer dat erfrechtelijke schulden worden afgelost. Te denken valt aan schulden uit hoofde van bijvoorbeeld de wettelijke verdeling van de nalatenschap (een overbedelingsschuld) of een schuld van een kind van de erflater aan het kleinkind uit hoofde van een zogeheten 'ik-opa-testament'. De aflossing van deze schulden dient te geschieden tegen de nominale waarde daarvan. De schuldeiser heeft daarop immers recht. Bij overeenkomst zou eventueel afgesproken kunnen worden dat de schuld tegen de contante waarde daarvan wordt afgelost. Voor de berekening van de contante waarde daarvan kan uitgegaan worden van de actuele marktrente op het moment van terugbetaling²¹, rekening houdende met de levensverwachting van de schuldenaar-ouder die aflost. Zolang niet meer dan deze contante waarde wordt afgelost, is er geen sprake van een gift die voor heffing van schenkbelasting in aanmerking komt.

13. Schenking van de woning en de WOZ-waarde

Ten behoeve van de heffing van schenk- en erfbelasting op grond van de Successiewet is de WOZ-waarde van eigen woningen het uitgangspunt (art. 21 lid 5 SW). Indien de waarde in het economisch verkeer van een woning niet gelijk is aan de WOZ-waarde levert dat diverse vraagstukken op.

²¹ De waarderingsmaatstaven van het Uitvoeringsbesluit Successiewet missen toepassing, omdat deze alleen aan de orde zijn als sprake is van een belastbaar feit (te weten een gift). Daarvan is geen sprake als de contante waarde op een juiste wijze wordt berekend.

Kwijtschelding van een deel van de koopsom

Stel dat een ouder een woning heeft met een waarde in het economisch verkeer van € 200.000. De WOZ-waarde van deze woning is € 225.000. Indien de ouder de woning aan zijn kind wil verkopen voor € 200.000, dan is er geen sprake van een schenking. De woning wordt immers verkocht tegen de waarde van de woning in het economisch verkeer.

Stel thans dat de ouder direct een kwijtschelding van een deel van de koopprijs ter grootte van € 15.000 doet. Het kind verkrijgt de woning dan voor € 185.000. Dat is uiteraard een schenking die belast is met schenkbelasting. Wat is de omvang van deze schenking? In de visie van de Belastingdienst is hier sprake van schenking van een deel van de woning, zodat schenkbelasting verschuldigd is over het verschil tussen de WOZ-waarde en de uiteindelijk betaalde koopprijs. Dat zou in dit geval een schenking opleveren van € 40.000 (het verschil tussen € 225.000 en € 185.000). Volgens de Belastingdienst is sprake van een samenstel van rechtshandelingen, zodat de verschuldigde overdrachtsbelasting in mindering komt op de schenkbelasting (art. 24 lid 2 SW). De ouder en het kind zullen stellen dat de schenking slechts € 15.000 groot was, het bedrag van de daadwerkelijke kwijtschelding van een deel van de koopprijs.

De Hoge Raad heeft bij uitspraak van 26 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:320](#), de visie van de Belastingdienst verworpen:

“De omstandigheid dat in de akte van levering van de koopsom een bedrag wordt kwijtgescholden, hetgeen een schenking in de zin van de SW inhoudt, brengt niet mee dat het object van deze schenking de woning is. Dat wordt niet anders doordat de verkoop van de woning en de kwijtschelding van een deel van de koopsom zodanig met elkaar samenhangen dat zij voor de toepassing van artikel 24, lid 2, van de SW als een samenstel van rechtshandelingen worden beschouwd.”

Volgens de Hoge Raad is sprake van een schenking van een geldbedrag, en niet een schenking van de woning zelf.

Stel dat de schenking niet slechts € 15.000 (op een koopprijs van € 200.000) groot was, maar aanzienlijk meer. Slaat de schenking van een geldbedrag dan op enig punt om in een schenking van de woning? Het is nog wachten op een oordeel van onze hoogste rechter hierover.

Stijgende huizenmarkt

Waar in het recente verleden de WOZ-waarde van woningen achterbleef bij de waarde in het economisch verkeer doet zich thans – met name in de Amsterdamse vastgoedmarkt – het omgekeerde voor. De waarde in het economisch verkeer is hoger dan de WOZ-waarde.

Stel dat de ouder de woning wil schenken. Het is duidelijk dat de WOZ-waarde van de woning dan gehanteerd moet worden om de schenkbelasting te berekenen.²²

Stel dat een ouder aan zijn kind een woning wil verkopen tegen een prijs die lager is dan de waarde in het economisch verkeer. De waarde in het economisch verkeer bedraagt € 225.000, de WOZ-waarde bedraagt € 200.000 en er wordt verkocht voor € 185.000. Is dat

²² Hier wordt nog vermeld dat voor de overdrachtsbelasting de waarde in het economisch verkeer geldt. De overdrachtsbelasting komt in mindering op de schenkbelasting, voor zover er geheven wordt over dezelfde waarde.

een schenking van € 40.000 of van € 15.000? Is het een schenking van geld of van de woning?

Over deze casus is mij nog geen rechtspraak bekend, maar als de lijn van het arrest van de Hoge Raad van 26 februari 2016 wordt doorgetrokken dan is belastbaar hetgeen waarmee het kind civielrechtelijk is bevoordeeld, ofwel het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de bedongen koopprijs (€ 40.000). De WOZ-waarde komt niet in beeld, nu civielrechtelijk niet de woning of een deel daarvan wordt geschonken.

14. Aflossen van overbedelingsschulden

Op grond van de wettelijke verdeling van de nalatenschap heeft de langstlevende ouder overbedelingsschulden aan de kinderen (art. 4:13 e.v. BW). De langstlevende heeft alle goederen van de nalatenschap van de eerststervende ouder verkregen (art. 4:13 lid 2 BW), terwijl de kinderen hun erfdeel hebben verkregen in de vorm van een niet-opeisbare geldvordering op de langstlevende (art. 4:13 lid 3 BW). De overbedelingsschulden aan de kinderen worden eerst opeisbaar na het overlijden van de langstlevende. Op enig moment zal de langstlevende er mogelijk toe (willen) overgaan om deze schulden vervroegd aan de kinderen af te lossen, bijvoorbeeld na verkoop van de voormalige echtelijke woning. Het hier toepasselijke gezegde luidt dan: wie zijn schulden betaalt, wordt niet armer. Daar wordt gewoonlijk aan toegevoegd dat de schuldenaar die zijn schulden voldoet weliswaar niet verarmt, maar zijn centen wel kwijtraakt. De aflossing van overbedelingsschulden kent een schenkingselement: de langstlevende geeft met de aflossing van de overbedelingsschuld de facto zijn recht prijs om de gelden laagrentend ter beschikking te houden. Het voordeel van de langstlevende kan gesteld worden op het fictief vruchtgebruik van de vorderingen.

Voorbeeld

Stel dat de langstlevende, 60 jaar oud, een schuld heeft van € 100.000 aan een kind. De waarde van het fictieve vruchtgebruik wordt dan gesteld op 10 (de rekenfactor die bij deze leeftijd volgens het Uitvoeringsbesluit Successiewet past) x 6% (normrente) = 60%, derhalve € 60.000. De waarde van de bloot-eigendom van de vordering wordt dan gesteld op € 40.000.

Bij vervroegde aflossing van deze overbedelingsschuld wordt de waarde van het fictieve vruchtgebruik als schenking in de heffing van de schenkbelasting betrokken. Een sneu voorbeeld levert de uitspraak van de rechtbank Breda van 13 augustus 2007, [ECLI:NL:RBBRE:2007:BB2618](#), op. Sneu omdat de erflaatster - naar achteraf blijkt - ongeveer een half jaar voor haar overlijden de overbedelingsschulden heeft afgelost, deze schenking daardoor als sterfbedschenking in de erfbelasting wordt betrokken en minder erfbelasting verschuldigd zou zijn geweest als niet vervroegd was afgelost (omdat dan sprake was van voldoening van een opeisbare schuld en niet ook van een belaste schenking van het door de erflaatster prijsgegeven voordeel bij vervroegde aflossing). De rechtbank overweegt:

“Erflaatster heeft een recht van gebruik tot haar overlijden verkregen van hetgeen haar is overbedeeld bij overlijden van haar echtgenoot. Door voorafgaande aan haar overlijden een deel van haar overbedelingsschuld aan belanghebbende uit te betalen heeft erflaatster het

recht van vruchtgebruik, dat op grond van artikel 18, lid 1 van de Successiewet 1956 wordt aangemerkt als een recht van vruchtgebruik, in zoverre aan belanghebbende geschonken. Op grond van artikel 21, leden 1 en 8 van de Successiewet 1956, juncto artikel 5 en 10 van het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956 dient het recht van vruchtgebruik berekend te worden op een bedrag van € 11.716 (6 procent van € 48.820 is € 2.929 maal een factor 4, omdat erflaatster op het moment van overlijden van het recht van vruchtgebruik 80 jaar of ouder, doch jonger dan 85 jaar was, is € 11.716). Door het recht van vruchtgebruik te bepalen overeenkomstig eerder genoemd artikel 5 van het Uitvoeringsbesluit Successiewet 1956, heeft de wetgever gekozen voor een waardering welke onafhankelijk is van de feitelijke gezondheidstoestand. De door belanghebbende voorgestane waardering welke wél rekening houdt met de feitelijke gezondheidstoestand vindt derhalve geen steun in het recht. (...)”

Heffing van schenkbelasting bij vervroegde aflossing kan worden voorkomen door afkoop overeen te komen van de overbedelingsschuld tegen de contante waarde, ofwel de waarde in het economisch verkeer van de vordering. Om de contante waarde te berekenen, behoeft in dit geval geen gebruik gemaakt te worden van de tabellen van het Uitvoeringsbesluit Successiewet aangezien die tabellen alleen gehanteerd moeten worden bij een belaste schenking. Middels afkoop tegen de contante waarde van de overbedelingsschuld wordt juist voorkomen dat een belastbaar feit zich voordoet. Het verdient wel aanbeveling bij de afkoop een fiscale glijclausule op te nemen, teneinde fiscale schade als gevolg van een foutieve berekening te voorkomen. Bij de berekening van de contante waarde moet uitgegaan worden van de vigerende marktrente, die in 2021 nagenoeg nihil is, en mag rekening worden gehouden met de feitelijke gezondheidstoestand van de langstlevende.

Geconstateerd kan worden dat de Belastingdienst in de praktijk van alledag een blinde vlek heeft voor de vervroegde aflossing van overbedelingsschulden. Veel blijkt aan haar waarneming te ontsnappen. Dat is deels verklaarbaar omdat tijdens hun bestaan de overbedelingsschulden en onderbedelingsvorderingen niet voorkomen in het box 3-vermogen. Na vervroegde aflossing van de overbedelingsschulden hebben evenwel de nodige mutaties in het box 3-vermogen van partijen plaatsgevonden. Het kind zal beschikken over een vette spaarrekening, terwijl het box 3-vermogen van de langstlevende dienovereenkomstig zal zijn geslonken. De Belastingdienst zou zich dan moeten afvragen wat de achtergrond van die mutaties is geweest, maar doet dat kennelijk niet.

15. Schenking en erfrecht

Bijzondere aandacht verdient de behandeling van de schenking in het erfrecht. De schenking speelt namelijk een rol bij diverse erfrechtelijke leerstukken van Boek 4 BW. Te noemen zijn de leerstukken:

- inbreng van giften bij verdeling (§ 15.1);
- legitieme portie (§ 15.2); en
- quasi-legatenregeling (§ 15.3).

15.1 Inbreng bij verdeling

De schenking zou kunnen worden gezien als een bij leven uitgekeerd voorschot op het erfdeel van een erfgenaam. Om die reden is in art. 4:229 e.v. BW een regeling opgenomen voor de inbreng van giften (een ruimer begrip dan schenkingen). Bij inbreng van giften is sprake van een vermindering van het erfdeel van een erfgenaam met hetgeen hij eerder als gift heeft ontvangen. De erfgenaam die eerder een schenking heeft ontvangen, verkrijgt minder uit de nalatenschap, omdat bij de verdeling verrekend wordt met hetgeen eerder verkregen is. Zie ook het onderdeel 'Verdeling van de nalatenschap'.

Aldus biedt de wettelijke regeling van de inbreng een pasklaar instrument aan de erflater om de economische gelijkheid tussen de erfgenamen bij de verdeling van de nalatenschap te bewerkstelligen.

Voorbeeld

Erflater A schonk in 2002 aan zijn kinderen B en C respectievelijk een bedrag van € 2.000 en € 4.000. Aan kind D schonk hij niet. In zijn testament bepaalde hij niets met betrekking tot inbreng. Zijn nalatenschap is groot € 90.000. Omdat de schenkingen onder het oude erfrecht zijn verricht, zijn ze, op basis van het overgangsrecht, toch aan inbreng onderhevig (art. 139 Overgangswet NBW). De geschonken bedragen dienen 'op papier' ingebracht te worden. De (fictieve) nalatenschap van de erflater bedraagt dan € 96.000. Ieder heeft recht op een erfdeel groot € 32.000. Bij de verdeling van de nalatenschap krijgt B in waarde € 32.000 - € 2.000 = € 30.000. C krijgt dan € 32.000 - € 4.000 = € 28.000 en D krijgt € 32.000. Er is dan € 90.000 in totaal verdeeld.

Uitgangspunt van Boek 4 BW is evenwel dat giften niet als voorschot op het erfdeel worden beschouwd (art. 4:229 lid 1 BW). Dit betekent dat de giften aan een erfgenaam in beginsel niet hoeven te worden ingebracht. Dit is anders als de erflater bij het doen van de gift of bij uiterste wilsbeschikking heeft voorgeschreven dat de gift moet worden ingebracht. Een bij het doen van de gift opgelegde inbrengverplichting kan later bij uiterste wilsbeschikking weer ongedaan worden gemaakt (art. 4:229 lid 2 BW).

Met betrekking tot de waarde van hetgeen aan giften moet worden ingebracht, wordt aansluiting gezocht bij art. 4:66 BW. Deze bepaling regelt de waardering van giften als onderdeel van de wettelijke regeling van de legitieme portie.

Inbreng en plaatsvervulling

Degenen die als plaatsvervullers in de nalatenschap opkomen, moeten, behalve de door henzelf ontvangen giften, ook de giften inbrengen van degene wiens plaats zij vervullen (art. 4:230 BW).

Beperking van de verplichting tot inbreng

Men hoeft nooit meer aan giften in te brengen dan uit de nalatenschap wordt verkregen (art. 4:233 BW). Deze regel is bedacht om te voorkomen dat een erfgenaam genoodzaakt wordt de nalatenschap te verwerpen als gevolg van de inbrengplicht.

Overgangsrecht

Schenken onder het oude recht moeten in beginsel wél ingebracht worden. Art. 139 OW bepaalt namelijk:

“In geval voor het in werking treden van de wet een door de wet geroepen erfgenaam in de nederdalende lijn bij een gift of een uiterste wil niet is ontheven van zijn verplichting tot inbreng van de gedane gift, blijft deze, behoudens indien de erflater nadien anders mocht hebben beslist, ook na dat tijdstip daartoe verplicht.”

Zie ook het onderdeel 'Overgangsrecht Boek 4 BW'.

15.2 Legitieme portie

Zonder een nadere wettelijke voorziening zouden de rechten van legitimarissen - afstammelingen van de erflater - gefrustreerd kunnen worden als gevolg van het wegschenken van vermogen door de erflater. Om dat te voorkomen, wordt bij de berekening van de legitieme portie rekening gehouden met giften. Giften spelen een rol bij:

- de vaststelling van de legitimaire massa, en als afgeleide daarvan de legitieme portie (ofwel de legitieme portie in abstracto); en
- de vaststelling van de legitimaire aanspraak (ofwel de legitieme portie in concreto).

Zie ook het onderdeel 'Het wettelijke minimum in het erfrecht: de legitieme portie'.

Legitimaire massa/legitieme portie

De legitieme portie wordt berekend in een fictieve nalatenschap, de legitimaire massa. Daarbij wordt rekening gehouden met de door de erflater in het verleden gedane giften. De giften die bij de berekening van de legitimaire massa in aanmerking worden genomen, zijn opgesomd in art. 4:67 BW. Hieronder valt in ieder geval de gift waarvan de prestatie binnen vijf jaar voor overlijden van de erflater is geschied (art. 4:67 onder e BW), tenzij deze ingevolge art. 4:68 BW en art. 4:69 BW buiten beschouwing moet blijven. Niet alle giften worden derhalve bij de berekening van de legitimaire massa in aanmerking genomen. Giften door de erflater aan een afstammeling gedaan, mits deze of een afstammeling van hem als legitimaris van de erflater is, worden onbepert in aanmerking genomen bij de berekening van de legitimaire massa (art. 4:67 onder d BW). Voor deze laatste giften geldt de vijfjaarstermijn niet.

In art. 4:66 BW worden regels gegeven voor de waardering en het tijdstip van waardering van de gift. Als hoofdregel geldt dat de giften gewaardeerd worden naar het tijdstip van de prestatie, en dus niet naar het tijdstip van overlijden.

Voorbeeld

Erflater A is in gemeenschap van goederen gehuwd met B. A laat naast B ook nog twee kinderen achter: C en D. Tot de gemeenschap van goederen behoort een woning waard

€ 200.000, een hypothecaire geldlening groot € 100.000, een schuld aan een schildersbedrijf voor werkzaamheden uitgevoerd voor het overlijden van A groot € 6.000 en een bankrekening van € 10.000. A heeft daarnaast tijdens zijn leven een gift gedaan aan C van € 4.000. De nalatenschap bedraagt de helft van de gemeenschap van goederen: € 52.000.

Vraag:

Hoe groot is de legitieme portie van C en D?

Antwoord:

De legitieme portie bedraagt $1/2 \times 1/3 = 1/6$.

De legitimaire massa bedraagt € 52.000 + € 4.000 = € 56.000.

De legitieme portie bedraagt dan voor B en C € 9.333.

Omdat A de formele schenker is, wordt de gift volledig meegenomen bij de berekening van de legitimaire massa, ondanks het feit dat A in gemeenschap van goederen was gehuwd. Uitgegaan moet worden van de formele tenaamstelling van de schenking; schenkingen dienen volledig te worden toegerekend aan degene die daarbij als schenker partij is.²³

Legitimaire aanspraak

Nadat de legitieme portie in abstracto is vastgesteld, zal moeten worden gezien wat de legitimaire aanspraak is. Heeft de legitimaris tijdens leven giften van de erflater ontvangen, dan worden deze giften op grond van art. 4:70 BW in mindering gebracht op de legitieme portie. Zo resteert de legitimaire aanspraak.

Het in mindering brengen van de bij leven ontvangen giften wordt ook wel toerekening of imputatie genoemd. Dit is nodig omdat de legitieme als een soort schadevergoeding in geld moet worden gezien tegen bovenmatig beschikken en schenken van de erflater. Heeft de legitimaris zelf de schenking ontvangen, dan is zijn schade nihil of beperkter. De legitimaris wordt derhalve niet dubbelop (zowel de schenking als de schadevergoeding) tegemoet gekomen.

Voorbeeld

In het vorige voorbeeld heeft C tijdens leven van A een gift ontvangen van € 4.000. Zijn legitimaire aanspraak zal daarom lager zijn dan zijn legitieme portie.

De legitimaire aanspraak van C bedraagt dan € 9.333 - € 4.000 = € 5.333.

De legitimaire aanspraak van D is gelijk aan zijn legitieme portie, groot € 9.333.

Legitimaire tekort

De giften spelen geen rol meer bij de vaststelling van het legitimaire tekort. Is een legitimaris onderfd en krijgt hij ook niets uit hoofde van een legaat, dan is de legitimaire aanspraak gelijk aan het legitimaire tekort.

²³ NW 6, Parl. Gesch. InvW. Boek 4 BW, p. 1870.

Komt de legitimaris ook op als versterferfgenaam of is hij testamentair bedacht dan dient de legitimaire aanspraak verminderd te worden met hetgeen de legitimaris verkrijgt krachtens erfrecht of 'vrij en onbezwaard' had kunnen verkrijgen (art. 4:71 BW). Verkrijgt de legitimaris enige waarde uit de nalatenschap, bijvoorbeeld krachtens het versterferfrecht, erfstelling of legaat, dan wordt deze waarde op de legitimaire aanspraak in mindering gebracht, zodat niet dubbelop wordt verkregen.

Inkorting

Door middel van inkorting wordt ervoor gezorgd dat het legitimaire tekort (d.i. de geldvordering van de legitimaris uit hoofde van de legitieme portie) ten laste wordt gebracht van de gezamenlijke erfgenamen of de langstlevende echtgenoot (bij de wettelijke verdeling van de nalatenschap) en de legatarissen, en in het geval de nalatenschap ontoereikend is bij de begiftigden (art. 4:87 e.v. BW). De titel van de verkrijging van goederen door degene aan wie een schenking is gedaan, blijft een geldige. Het geldend maken van de legitieme portie door de legitimaris en de daarop volgende inkorting hebben daarop geen invloed.

15.3 Schenking ter zake des doods als quasi-legaat

Dat een schenking ter zake des doods als quasi-legaat wordt aangemerkt en wat de gevolgen van een dergelijke kwalificatie zijn, behoeft eerst enige toelichting. Zie ook het onderdeel '*In the twilight zone* van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW'.

In art. 4:42 BW wordt een definitie gegeven van een uiterste wilsbeschikking (bijvoorbeeld een erfstelling, legaat of testamentaire last). Kenmerkend voor een uiterste wilsbeschikking zijn: (i) de eenzijdigheid van deze rechtshandeling en (ii) de werking daarvan bij overlijden. Dat betekent dat een overeenkomst die pas werking heeft bij overlijden – we zouden in dit verband van een overeenkomst ter zake des doods of een erfrechtelijke overeenkomst kunnen spreken – niet als een uiterste wilsbeschikking gekwalificeerd kan worden. Aan het voor een uiterste wilsbeschikking kenmerkende element van eenzijdigheid van de desbetreffende rechtshandeling wordt dan niet voldaan. Een overeenkomst is immers een meerzijdige rechtshandeling. Wel kan gesignaleerd worden dat een dergelijke overeenkomst ter zake des doods een grote gelijkenis vertoont met een legaat.

Overeenkomsten ter zake des doods zijn een welkom alternatief voor uiterste wilsbeschikkingen. Een bevoordeling van een dierbare kan uiteraard ook bij overeenkomst plaatsvinden, die pas na overlijden wordt uitgevoerd. Met deze erfrechtelijke overeenkomst ontstaat een contractuele binding die niet mogelijk is met de altijd herroepelijke uiterste wilsbeschikking. We spreken daarom wel van quasi-erfrecht, omdat rechtsverhoudingen gecreëerd worden die sterk op erfrecht lijken.

Waarom worden bepaalde overeenkomsten ter zake des doods in Boek 4 BW gelijkgesteld aan een legaat (een zogeheten quasi-legaat)? De reden daarvoor is dat zonder een nadere regeling in de wet de aanspraak uit hoofde van een dergelijke overeenkomst zou moeten worden aangemerkt als een schuld van de erflater die niet met zijn dood tenietgaat, als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder a BW. Bestaande schuldeisers van de erflater zouden dan moeten concurreren met deze opeens na het overlijden van de erflater opgekomen schuldeisers uit hoofde van deze overeenkomsten ter zake des doods. De quasi-legatenregeling van art. 4:126 BW beoogt de bestaande schuldeisers van de erflater

daarom te beschermen. Aangezien overeenkomsten ter zake des doods zoveel gelijkenis vertonen met legaten en de erflater tijdens zijn leven daarvan geen last ondervindt, worden deze overeenkomsten ter zake des doods behandeld als quasi-legaten. Schulden uit hoofde van quasi-legaten hebben in art. 4:7 lid 1 BW een aparte plaats gekregen. Als een schuld worden in art. 4:7 lid 1 onder i BW aangemerkt: *“de schulden uit giften en andere handelingen die ingevolge artikel 126 worden aangemerkt als legaten”*. Eén van die handelingen in art. 4:126 lid 1 BW betreft:

“Een schenking of andere gift (...) voor zover deze de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker of geveer wordt uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker of geveer is uitgevoerd”.

Een schenking ter zake des doods is daarmee een quasi-legaat. Het gaat dan om een schenkingsovereenkomst die een opschortende tijdsbepaling of een opschortende voorwaarde bevat. De opschortende tijdsbepaling loopt dan tot na de dood van de schenker. De opschortende voorwaarde houdt in dat de begiftigde de schenker overleeft.

Het voorgaande kan ook met een cijfermatig voorbeeld verduidelijk worden. Stel dat M overlijdt. Zijn nalatenschap bedraagt € 300.000. Er zijn schulden van M ter grootte van € 200.000 (art. 4:7 lid 1 onder a BW). M heeft tevens een legaat vermaakt aan X ter grootte van € 200.000. Op grond van art. 4:120 lid 1 BW komt de legataris X eerst aan bod als alle andere schuldeisers zijn voldaan. Legataris X ontvangt dus € 100.000 uit de nalatenschap (en kan de zuiver aanvaard hebbende erfgenamen eventueel tot betaling van het tekort nog aanspreken (art. 4:120 lid 5 BW)). M zou mogelijk hierop willen anticiperen door aan X een bedrag van € 200.000 te schenken en te bepalen dat deze schuld uit hoofde van de schenking eerst opeisbaar is bij zijn overlijden. X is hierdoor ook een schuldeiser in de nalatenschap van M geworden en zijn vordering zou – zonder nadere wettelijke voorziening – met de vorderingen van andere schuldeisers moeten concurreren. Het aandeel van X in de nalatenschap is dan € 150.000. Art. 4:126 lid 1 BW voorkomt het op deze wijze voorkruipen van X doordat de schenking ter zake des doods als een quasi-legaat (als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i BW) wordt aangemerkt. X zal de schuldeisers van de nalatenschap bij hun verhaal voor moeten laten gaan (zie verder hierna).

Wat houdt de gelijkstelling van deze schenking of gift ter zake des doods met legaten concreet in?

Postconcurrente schuldeiser

Ten eerste betekent de gelijkstelling met legaten dat deze schulden uit hoofde van de quasi-legaten pas worden voldaan als alle andere schulden van de nalatenschap zijn voldaan (art. 4:120 lid 1 BW). Deze schulden zijn postconcurrent en achtergesteld bij alle andere schulden van de nalatenschap.

Vermindering

Ten tweede betekent de gelijkstelling dat hetgeen in art. 4:120 BW is bepaald omtrent vermindering – als onderdeel van het verhaal van crediteuren op de nalatenschap – ook voor de quasi-legaten geldt. Indien de nalatenschap niet voldoende is om de schulden uit

legaten en quasi-legaten te voldoen, worden zij verminderd, en wel in de in art. 4:126 BW lid 1 vermelde volgorde. Die volgorde is eerst de legaten en "als laatste" de quasi-legaten.

Inkorting

Ten derde houdt de gelijkstelling in dat de quasi-legaten wat betreft de regels van de inkorting in het kader van de legitieme, als legaten worden behandeld. De betreffende schenking ter zake des doods verkleint de legitimaire massa niet en een verkrijger ter zake des doods kan worden geconfronteerd met een inkortende legitimaris (art. 4:65 BW). Ook in dit geval vindt de inkorting plaats in de in art. 4:126 BW lid 1 vermelde volgorde. Die volgorde is eerst de legaten en "als laatste" de quasi-legaten.

Voor wat betreft de legitieme en de inkorting moet nog worden opgemerkt dat de gift al voor inkorting in aanmerking zou komen, ook zonder de quasi-legatenregeling van art. 4:126 lid 1 BW, zodat deze regeling voor de legitieme slechts met zich brengt dat thans de gift, nu deze als quasi-legaat wordt aangemerkt, eerder voor inkorting in aanmerking komt. Wel is het zo - als gezegd - dat de schenking ter zake des doods als laatste voor inkorting in aanmerking komt blijkens art. 4:126 lid 1 BW.

16. Schenking en de Successiewet

In het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden' wordt uitgebreid ingegaan op de heffing van schenkbelasting. In deze paragraaf komen alleen enkele bijzondere aspecten aan de orde.

Tarieven schenkbelasting (2022)

| Gedeelte van de belaste verkrijging tussen | | I. indien verkregen door partner of afstammelingen in de rechte lijn* | II. in overige gevallen |
|--|-----------|---|-------------------------|
| (1) | (2) | | |
| € 0 | € 130.425 | 10% | 30% |
| € 130.425 | hoger | 20% | 40% |

* Voor afstammelingen in de tweede of verdere graad bedraagt de belasting het ingevolge deze kolom verschuldigde, vermeerderd met 80% daarvan.

Vrijstellingen schenkbelasting (2022)

In art. 33 lid 1 onder 5° en 7° SW zijn de vrijstellingsbedragen opgenomen voor schenkingen aan kinderen en voor schenkingen in overige gevallen. De vrijstellingsbedragen zijn:

- a. kind (kind, pleegkind): € 5.677
- b. kind tussen 18 en 40 jaar oud: € 27.231 (eenmalig), € 56.724 (studie of opleiding) of € 106671 (aankoop of verbouwing eigen woning of aflossing eigenwoningschuld)

- c. overig (zoals kleinkind): € 2.274 of € 106.671 (aankoop of verbouwing eigen woning of aflossing eigenwoningschuld)

Herroepelijke schenking en de Successiewet

Het herroepen van de schenking heeft tot gevolg dat de ontbindende voorwaarde waaronder de schenking is aangegaan, wordt vervuld. De begiftigde is niet langer de eigenaar van het geschonken vermogen. Het gevolg daarvan is dan ook dat op grond van art. 53 SW de betaalde schenkbelasting gerestitueerd dient te worden. De herroeping van de schenking heeft geen terugwerkende kracht (art. 3:38 lid 2 BW). Dat betekent dat de tijdens de schenking genoten vruchten voor de begiftigde blijven, zoals de huurinkomsten van geschonken verhuurd onroerend goed of ontvangen dividend op aandelen. Deze regeling zou zonder nadere voorziening ongekende mogelijkheden bieden om de herroeping op een fiscaal voordelige wijze in te zetten.²⁴ Die voorziening is gevonden in een vermindering van de teruggave van schenkbelasting bij de herroeping van een schenking.

Art. 53 lid 2 en 3 SW leidt ertoe dat de teruggave van de schenkbelasting bij herroeping wordt verminderd met de schenkbelasting die verschuldigd zou zijn geweest als de gedurende de bezitsperiode genoten opbrengsten aan de begiftigde zouden zijn geschonken. Voor de berekening van de vermindering van de teruggave worden de door de begiftigde genoten opbrengsten toegerekend aan één jaar, en wel het jaar waarin de oorspronkelijke schenking heeft plaatsgevonden. Hierbij worden de tarieven en de vrijstelling die golden voor het jaar van de schenking toegepast. De vermindering van de teruggave gaat niet verder dan tot nihil, zodat de begiftigde niet genoodzaakt kan worden om bij te betalen.

Voorbeeld

Aan de parlementaire geschiedenis wordt het volgende voorbeeld ontleend.²⁵

In jaar 1 worden aanmerkelijkbelangaandelen met een waarde van 1.000 door de vader aan de zoon geschonken. Hierover is (stel) 95 aan schenkbelasting verschuldigd. In de jaren 2 en 3 wordt 200 en 100 aan dividenden uitgekeerd. Bij herroepen van deze schenking in jaar 4 moet de begiftigde de aandelen, die dan bijvoorbeeld een waarde van 1.200 hebben, aan de vader (terug) overdragen. Het bedrag waarover op verzoek vermindering wordt verleend, is het bedrag van de schenking verlaagd met de daadwerkelijk genoten voordelen. Het daadwerkelijk genoten voordeel over de geschonken aandelen bedraagt 300. Voor de berekening van de verlaging van de vermindering wordt er van uitgegaan dat in jaar 1 een schenking ter waarde van 300 heeft plaatsgevonden. In jaar 1 zou hierover (stel) 29,5 aan schenkbelasting verschuldigd zijn. De vermindering die dan wordt verleend, bedraagt 95 minus 29,5 is 65,5.

²⁴ Denk bijvoorbeeld aan het geval dat aandelen ter waarde van € 3 mln. door een ouder aan het kind worden geschonken en dat deze schenking na het doen van een dividendbetaling van € 1,2 mln. wordt herroepen. Daarna wordt om integrale teruggave van de schenkbelasting verzocht. De begiftigde zou dan € 1,2 mln. belastingvrij ontvangen hebben.

²⁵ *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 9, p. 107.

Meer in het algemeen geldt dat als een ontbindende voorwaarde in vervulling gaat, dat op grond van art. 53 lid 1 SW ertoe leidt dat op verzoek (en dat is een aanvullende aangifte (art. 53 lid 5 SW)) vermindering van belasting wordt verleend.

Schenking onder opschortende voorwaarde en de Successiewet

Art. 1 lid 9 SW bepaalt dat een gift onder opschortende voorwaarde voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt tot stand te komen op het moment dat de voorwaarde wordt vervuld.²⁶ De schenking komt dus niet tot stand bij het aangaan van de schenkingsovereenkomst (het civiele uitgangspunt), maar op het moment waarop de voorwaarde in vervulling gaat (het fiscale uitgangspunt) en de begiftigde dus daadwerkelijk de beschikking over het geschonken vermogen verkrijgt. Het moment waarop de voorwaarde wordt vervuld, is van belang voor het toepasselijke tarief en de vrijstelling.

Stel dat de opschortende voorwaarde eerst wordt vervuld nadat de schenker reeds is overleden. Voor de heffing van schenkbelasting is vereist dat van iemand verkregen wordt die ten tijde van de schenking in Nederland woonde (art. 1 lid 1 onder 2° SW). Ten tijde van de totstandkoming van deze schenking is volgens art. 1 lid 9 SW de schenker reeds overleden, aangezien de voorwaarde postuum wordt vervuld. De wetgever heeft in het heffingsvacuüm bij deze postume schenking voorzien door in art. 12 lid 1, tweede zin SW te bepalen dat al wat wordt verkregen krachtens een schenking die tot stand is gekomen na het overlijden van de schenker, voor de toepassing van de Successiewet geacht wordt krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkrijgen. De postume schenking wordt derhalve als een fictieve erfrechtelijke verkrijging aangemerkt.

Repeterende schenking

In de praktijk bestaat de behoefte om in één keer onder een opschortende voorwaarde een aantal schenkingen te kunnen doen (de zogeheten repeterende schenking) in plaats van om dezelfde schenkingsakte elk jaar te passeren. Op deze wijze zou elk jaar van het tarief en de vrijstelling gebruik gemaakt kunnen worden. De Belastingdienst stelt zich echter op het standpunt dat sprake is van schenking van een periodieke uitkering (art. 18 lid 2 SW), zodat het fiscale voordeel van de repeterende schenking teniet wordt gedaan.²⁷

Een recente uitspraak van de rechtbank-Zeeland-West-Brabant van 17 april 2020, [ECLI:NL:RBZWB:2020:1845](#), zou wel eens een keerpunt kunnen zijn in deze discussie. In dat geval had een zoon vijf schenkingen van zijn ouders ontvangen. De schenkingen zijn door middel van vijf afzonderlijke notariële akten van schenking, die op één dag gepasseerd zijn, tot stand gekomen.²⁸ Vier van de vijf schenkingen vinden plaats onder de opschortende voorwaarde dat de langstlevende ouder van de schenkers in leven is op een latere datum. De inspecteur neemt samenhang aan tussen de verschillende akten en is van mening dat er sprake is van schenking van een periodieke uitkering. Belanghebbende stelt dat er sprake is van vijf afzonderlijke schenkingen. De rechtbank is van oordeel dat geen sprake is van de schenking van een periodieke uitkering en motiveert dat als volgt:

²⁶ Opmerkelijk is dat in art. 1 lid 9 SW van een "gift onder opschortende voorwaarde" wordt gesproken, terwijl in art. 1 lid 7 SW het begrip 'schenking' als het ruimere begrip wordt aangemerkt dat de gift mede omvat.

²⁷ Zie daarvoor Notamail 2014-137.

²⁸ Uiteraard had in dit geval volstaan kunnen worden met één notariële akte, omdat in één akte meerdere rechtshandelingen kunnen worden opgenomen. Dat was voor de cliënt vermoedelijk ook minder kostbaar geweest.

“Een schenking van een periodieke uitkering heeft naar het oordeel van de rechtbank als kenmerk dat in één rechtshandeling een stamrecht wordt geschonken waarbij het totaal aan uit te keren termijnen afhankelijk is van een onzekere gebeurtenis, In het onderhavige geval kan niet gesproken worden van een dergelijke schenking, gelet op het feit dat er vijf afzonderlijke rechtshandelingen tot stand zijn gekomen.”

De rechtbank meent verder dat er geen plaats is voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie door de op één dag gepasseerde vijf akten van schenking voor de toepassing van de Successiewet samen te nemen, en aan te merken als de schenking van één periodieke uitkering als bedoeld in art. 18 lid 2 SW. Volgens de rechtbank valt niet in te zien waarom de fiscale gevolgen van het vrijwel gelijktijdig overeenkomen van de schenkingen niet aanvaardbaar zou zijn gelet op de strekking van de belastingwet.

Van deze uitspraak is hoger beroep door de Belastingdienst ingesteld. In hoger beroep oordeelt het gerechtshof 's-Hertogenbosch bij uitspraak van 29 juli 2021, [ECLI:NL:GHSHE:2021:2397](#), eveneens dat de vijf schenkingsakten niet als één geheel beschouwd dienen te worden:

“Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de schenkingen als zodanig geen periodieke uitkering vormen, nu daarvoor kenmerkend is dat in één rechtshandeling een (stam)recht wordt geschonken waarbij het totaal aan uit te keren termijnen afhankelijk is van een onzekere gebeurtenis, terwijl in dit geval vijf afzonderlijke rechtshandelingen tot stand zijn gekomen. Vier van deze vijf rechtshandelingen bevatten een opschortende voorwaarde en artikel 1, lid 9, SW leidt dan tot de vaststelling dat de schenkingen gespreid in de tijd in vijf verschillende jaren tot stand zijn gekomen. Het hof volgt de inspecteur dan ook niet waar hij stelt dat sprake is “van een verstrekking of verkrijging van een vorderingsrecht om gedurende een vaststaande op tijd gezette tijdstippen bepaalde bedragen te ontvangen”

Het hof oordeelt met de rechtbank dat in dit geval geen plaats is voor een zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, nu niet valt in te zien waarom de fiscale gevolgen van het op een vrijwel gelijk moment civiel-juridisch overeenkomen van de schenkingen onaanvaardbaar zou zijn, gelet op de strekking van de Successiewet.

Tweetrapsschenking en de Successiewet

Wat zijn de fiscale gevolgen van een tweetrapsschenking, en wel voor de bezwaarde en de verwachter?

Ten aanzien van de heffing van schenkbelasting bij de bezwaarde bepaalt art. 21 lid 2 SW dat goederen, verkregen onder de ontbindende voorwaarde van overlijden met een daarbij aansluitende opschortende voorwaarde ten gunste van de verwachter, in aanmerking worden genomen naar de waarde van die goederen als waren zij onvoorwaardelijk verkregen. Het gegeven dat het geschonken vermogen onder een ontbindende voorwaarde is verkregen, levert voor de bezwaarde geen waardedrukkende factor op.

Wat betreft de verwachter wordt voor de heffing van schenkbelasting aangeknoopt bij de aanvang van het genot van het geschonken vermogen. Art. 21 lid 4 SW bepaalt dat met betrekking tot goederen, verkregen onder een opschortende voorwaarde met een daarbij aansluitende ontbindende voorwaarde van het overlijden van een eerdere verkrijger, voor

de bepaling van de aard en de waarde van het verkregene beslissend zijn het tijdstip waarop het genot voor de verwachter aanvangt. De verwachter verkrijgt bij een tweetrapsschenking bij de vervulling van de opschortende voorwaarde rechtstreeks van de schenker (de insteller), zodat voor tarief en vrijstelling de relatie tussen de schenker en de verwachter bepalend zijn.

Dat laatste gegeven – de verwachter verkrijgt niet van de bezwaarde, maar van de insteller – vormt juist de bijzondere aantrekkingskracht van de tweetrapsschenking. Te denken valt met name aan een situatie waarbij de schenker voornemens is te schenken aan zijn kinderen, maar een of meer van die kinderen zelf nog geen erfgenamen hebben in de eerste groep (art. 4:10 lid 1 onder a BW). Wanneer een dergelijk (partner- en kinderloos) kind overlijdt zonder een testament te hebben gemaakt, dan vererft het vermogen in dat geval bij het einde van het bezwaar niet naar de broers en zusters (belast in tariefgroep II (30% en 40%)), maar verkrijgen de broers en zusters het geschonken vermogen via de tweetrapsschenking waarbij zij als verwachters zijn aangewezen (belast in tariefgroep I (10% en 20%)).

Bij het einde van het bezwaar verkrijgt de bezwaarde (of zijn rechtsopvolgers) niet de eerder betaalde schenkbelasting terug. In art. 53 lid 1 SW is de ontbindende voorwaarde die leidt tot een wijziging in de persoon van de verkrijger uitgezonderd van de belastingvermindering van art. 53 SW.

Tweetrapsschenking (internationaal) en de Successiewet

Voor de vraag wanneer de schenking heeft plaatsgevonden, wordt aangesloten bij het tijdstip waarop de opschortende voorwaarde vervuld wordt (art. 1 lid 9 SW). Hiermee wordt bereikt dat de woonplaats van de schenker op het moment van vervulling van de opschortende voorwaarde bepalend is voor de vraag of in Nederland schenkbelasting door de verwachter is verschuldigd. Met deze regeling wordt aangesloten bij het moment waarop de schenking geëffectueerd wordt. Indien ten tijde van de daadwerkelijke verrijking van de begiftigde de schenker (fictief) in Nederland woonde, is heffing van schenkbelasting op haar plaats.²⁹ Emigratie en remigratie van de schenker kunnen dan de heffing van schenkbelasting op het *moment suprême* – de vervulling van de opschortende voorwaarde – beïnvloeden. Dat kan als volgt worden toegelicht.

Heeft remigratie van de schenker (de insteller van de tweetrapsschenking) naar Nederland plaatsgevonden ten tijde van de vervulling van de voorwaarde – bijvoorbeeld het overlijden van de bezwaarde én de verkrijging door de verwachter die (het recht van) de bezwaarde overleeft – dan wordt schenkbelasting geheven (art. 1 lid 9 SW) of – als de insteller reeds was overleden ten tijde van de vervulling van de voorwaarde – dan wordt uitgegaan van een fictieve erfrechtelijke verkrijging uit de nalatenschap van de schenker en insteller (art. 12 lid 1 SW). Ook emigratie kan ertoe leiden dat ten tijde van de vervulling van de opschortende voorwaarde een andere woonplaats van de schenker invloed heeft op de heffing van schenk- en erfbelasting.

De fictieve schenking in de Successiewet

In art. 11 lid 1 SW wordt de verkrijging bij leven van de vervreemder op grond van een verblijvings- of overnamebeding in een vennootschapsovereenkomst als een (fictieve) schenking aangemerkt. Deze bepaling is een reactie van de wetgever op de arresten van

²⁹ Vgl. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 31 930, nr. 38, p. 2.

de Hoge Raad van 20 maart 2009, BNB 2009/179 en 180. In deze arresten werd bepaald dat heffing van schenkbelasting op grond van de Successiewet pas aan de orde komt nadat is vastgesteld dat civielrechtelijk sprake is van een gift als bedoeld in art. 1 lid 1 en 7 SW, en dat in vennootschappelijke verhoudingen geen sprake behoeft te zijn van een gift als de verblijving of de overname plaatsvindt tegen een lagere waarde dan die welke voortvloeit uit art. 21 SW indien dat nodig is om de voortzetting van het bedrijf mogelijk te maken. In het algemeen zal de verkrijger in de situaties waarop art. 11 SW ziet in aanmerking komen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten van de Successiewet, maar art. 11 lid 1 SW is met name geïntroduceerd om te voorkomen dat in dergelijke gevallen niet aan de voortzettingseis zou behoeven te worden voldaan. In de woorden van de staatssecretaris³⁰:

“De leden van de fractie van de Christen-Unie vragen om het vervallen van het voorgestelde artikel 11, eerste lid, en aan te blijven sluiten bij het civielrechtelijke begrip schenking, zoals dat door de Hoge Raad wordt gehanteerd in de arresten van 20 maart 2009, BNB 2009/179 en 180. Zoals aangegeven bij de nota naar aanleiding van het verslag is het kabinet van mening dat het meer in de lijn met de systematiek van de Successiewet 1956 is om de situaties als in de 20 maart arresten (BNB 2009/179 en 180), fictief als schenking aan te merken, met name omdat de aan- of afwezigheid van een schenking in de arresten afhangt van de voortgezette bedrijfsuitoefening. Deze moet bij het aangaan van het contract worden ingeschat. Omdat de inspecteur geen mogelijkheid heeft zijn aanvankelijke positieve inschatting te corrigeren wanneer de onderneming binnen vijf jaar wordt gestaakt (er bestaat geen mogelijkheid na te heffen), zou dit tot stevige discussies met de belastingplichtige kunnen leiden. Ik meen dat het beter is om dit te voorkomen. Bovendien wordt met de fictie een belangrijk verschil in fiscale behandeling tussen verkrijgingen door overlijden (onder de huidige wet reeds een fictieve verkrijging) en verkrijgingen bij leven (niet belast) wordt weggenomen, hetgeen één van de doelstellingen van de wijzigingen ten aanzien van de bedrijfsopvolging is geweest. Dit verschil komt met name naar voren als er niet wordt voldaan aan het voortzettingsvereiste. Ingeval van de erfbelasting worden de faciliteiten van de bedrijfsopvolgingsregeling dan teruggenomen; in geval van overdracht bij leven zou er zonder de voorgestelde aanpassing van artikel 11 geen belasting worden geheven, ook niet in het geval dat er niet wordt voortgezet.”

³⁰ Kamerstukken II, 2009-2010, 31 930, nr. 13, p. 49.