

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bju.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2006-11

8 maart 2006

Planning met de herroepelijke gift Een loterij zonder nieten!?

In *EstateTip* 2006-09 van twee weken geleden hebben wij aandacht gevraagd voor de tweetraps-schenking als estate-planningsinstrument. Deze week komt het 'zusje' daarvan, de herroepelijke gift aan de orde. De behandeling daarvan verloopt in grote lijnen op dezelfde wijze. Na enige civielrechtelijke opmerkingen gaan we op de fiscale gevolgen in en sluiten af met enkele 'gebruiksmogelijkheden'.

Vooraf benadrukken we nog maar eens dat het estate-planningsdoel van het – al dan niet als onderdeel van een meeromvattend schenkingsplan – inzetten van giften/schenken, tarief- en vrijstellingsoptimalisatie is. Niet zelden staan emotionele bezwaren van de betrokken cliënten daaraan echter in de weg. Leest u *EstateTip* 2006-09 er nog maar eens op na. Veel van deze bezwaren kunnen met een 'vormgeving op maat' geheel of nagenoeg geheel worden geëcarteerd. De *herroepelijkheid* van de schenking/gift is één van de beschikbare opties.

In civielrechtelijk opzicht is de herroepelijke gift niets anders dan een rechtshandeling onder een *ontbindende voorwaarde* (art. 3:38 lid 1 BW). De wetgever heeft voor deze rechtshandeling geen uitzondering op het verbintenisrechtelijke systeem nodig geacht. 'Eens gegeven, altijd gegeven' is voor de gift geen vanzelfsprekendheid meer. Ook niet als het gaat om een zuiver potestatieve voorwaarde, waarvan de vervulling uitsluitend van de *wil van de schenker* afhankelijk is. In feite is er – afgezien van een onzedelijke of onwettige (art. 3:40 BW) – slechts één voorwaarde die 'haaks' op het verbintenisrecht staat, en dat is de verbintenis onder *opshortende* voorwaarde waarvan de vervulling geheel afhankelijk van de wil van de crediteur (schenker) is.

Het geheel overziende kan er op het eerste gezicht dan ook weinig misgaan met de vormgeving van een herroepelijke gift. Bij nader inzien levert een ongeclausuleerde herroeping echter een 'ongeleid projectiel' op en kan tot niet onaanzienlijke juridische 'puinhopen' leiden. We signaleren enkele voetangels en klemmen.

Allereerst komt de vraag op *wie* kan herroepen. De schenker natuurlijk. Maar komt deze bevoegdheid, als een wilsrecht, op grond van de saisine wellicht ook toe aan zijn erfgenamen? Of aan de curator, bij een faillissement van de schenker? Onzekerheden en onwenselijkheden hieromtrent dienen vermeden te worden (zie

bijvoorbeeld, A.H.N. Stollenwerck, Herroeping van de schenking, *Fiscaal Tijdschrift Vermogen* februari 2006, nr. 10). Ook de *vorm* van herroeping verdient aandacht. Bij notariële akte wellicht?

Voorts kan men zich afvragen aan wie de *vruchten* van het geschonkene na een herroeping toekomen. Niet zelden zal een herroeping als 'straf' worden ingezet en zal de schenker ieder genoten voordeel terug willen hebben. Zonder nadere voorziening komen de vruchten tot het moment van de herroeping in beginsel toe aan de begiftigde. Terugwerkende kracht ontbreekt immers bij de vervulling van een voorwaarde (art. 3:38 lid 2 BW).

De 'goederenrechtelijke afwikkeling' van de herroeping verdient eveneens aandacht. De vervulling van een ontbindende voorwaarde heeft op grond van art. 3:84 lid 4 BW 'goederenrechtelijk effect'; teruglevering van het geschonkene is niet nodig. De herroeping kan evenwel 'gegoten' worden in een *verbintenisrechtelijke* variant, waarbij de gerechtigdheid van de begiftigde tot het geschonkene onvoorwaardelijk is. De herroeping leidt tot een obligatoire ongedaanmakingsverplichting.

In het algemeen kan men zeggen dat de keuze voor de ene of de andere variant bepaald wordt door hetgeen men bij het bedingen van de herroeping beoogt. Wil men een 'verband' op het goed, dan kiest men voor de 'goederenrechtelijke aanpak'. Is het slechts een estate planningstool, zou men voor de 'verbintenisrechtelijke aanpak' kunnen opteren (zie over de herroepelijke gift uitgebreider, W. Burgerhart, *Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB 2005)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 376 e.v.).

Met de contractsvrijheid voor ogen, is de herroepelijke schenking/gift een prachtig instrument. Men dient de herroeping als zodanig evenwel niet als een tijdbom onder iedere gift te plaatsen. Vooraf moet worden onderzocht met welk doel de herroeping wordt ingezet, om vervolgens de daarop betrekking hebbende ontbindende voorwaarde nader te clausuleren.

Al was het maar omdat giften die de schenker gedurende zijn leven te allen tijde had kunnen herroepen, onbepert *inkortbaar* zijn (art. 4:67 onder b BW).

Bij de planning met herroepelijke giften verdienen de *fiscale* gevolgen van een herroeping eveneens aandacht. Deze kunnen zich op het terrein van verschillende belastingen manifesteren.

Voor wat betreft het *schenkingsrecht* zal de civielrechtelijke kwalificatie van de herroepelijke gift in beginsel gevolgd worden. Op het moment van totstandkomen wordt schenkingsrecht verschuldigd; bij herroeping kan die belasting op grond van art. 53 lid 1 SW 1956 worden gerestitueerd. Estate planningsmogelijkheden lijken in het verschiep te liggen: indien het geschonkene in waarde daalt, zou kunnen worden herroepen en opnieuw worden geschonken waarmee de betreffende vermogensbestanddelen tegen een lager tarief in het vermogen van de begiftigde belanden. De grenzen van het fiscaal betamelijke opzoeken mag, deze overschrijden mag niet.

Het is de vraag of een dergelijke herroeping in combinatie met een daaropvolgende schenking van hetzelfde vermogen in fiscaal opzicht realiteitswaarde heeft en gevolgd zal worden (zie daarover S.A. Stevens, *Bedrijfsopvolging Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB 2005)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005,

p. 223 e.v. en p. 250). Naar verluidt bereidt de Belastingdienst een *besluit* over de herroepelijke schenking voor.

De herroepingsoptie kan mogelijk dienen ter beteugeling van het fictieve legaat van artikel 9 SW 1956 en derhalve de heffing van *successierecht* wellicht voorkomen. Bij vooroverlijden van de begiftigde heeft de schenker een 'handmatig droit de retour' en kan de belastende 'voorwaarde van overleven' buiten de deur worden gehouden (zie P. Blokland, *Nieuw Erfrecht* 2004/3 en *JBN* 2003, nr. 29).

In beginsel heeft iedere gift consequenties voor de heffing van *inkomstenbelasting*. Met de gift vindt immers een verschuiving van rendementsgrondslag van Box III van de schenker naar de begiftigde plaats (behoudens indien de grenzen van het heffingvrije vermogen van art. 5.5 Wet IB 2001 niet worden overschreden). Worden vermogensbestanddelen aan de gift onderworpen die in Box I of Box II zijn gesitueerd, dan kan de overheveling daarvan inkomstenbelastingheffing in die Boxen oproepen. Zo zal bij de gift van ab-aandelen in beginsel inkomstenbelasting verschuldigd zijn over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van die aandelen (art. 4.22 Wet IB 2001) en de verkrijgingsprijs daarvan. Voorwaar iets om rekening mee te houden. De herroeping van een dergelijk gift roept verschillende fiscale vragen op, waarvoor wij u graag verwijzen naar M.M. Bavinck, H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, *WFR* 2005/6632, p. 999 e.v.

Indien de schenking/gift leidt tot de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken, of gelijkgestelde vermogensbestanddelen, mag de *overdrachtsbelasting* niet vergeten worden. Bij de schenking van dergelijke zaken is een vrijstelling voor de overdrachtsbelasting beschikbaar (art. 15 lid 1 letter d Wet op belastingen van rechtsverkeer). Maar wat als de verkrijging een gevolg is van een herroeping van die schenking?

Voor de gift – met tegenprestatie – geldt de samenloopregeling van artikel 24 lid 5 SW 1956 (zie over de samenloop overdrachtsbelasting/schenkingsrecht, *EstateTip* 2004-07). Wordt de verschuldigde overdrachtsbelasting bij een herroeping van een dergelijke gift gerestitueerd?

Bij een herroepelijke schenking/gift spelen in feite twee overdrachtsbelastingvragen. De *eerste* betreft de belastbaarheid van de 'terugverkrijging'. Is deze een gevolg van een herstel als bedoeld in artikel 19 Wet op belastingen van rechtsverkeer, dan is daarvoor een vrijstelling beschikbaar (art. 15 lid 1 letter r Wet op belastingen van rechtsverkeer).

Voor de goede orde, artikel 19 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer luidt – gedeeltelijk – als volgt:

- 'Op verzoek wordt teruggaaf van de belasting verleend, indien de toestand van vóór de verkrijging zowel feitelijk als rechtens wordt hersteld als gevolg van:
- a de vervulling van een ontbindende voorwaarde;
 - b (...)

De *tweede* vraag betreft de eventuele restitutie van de terzake van de gift afgedragen overdrachtsbelasting. Is sprake van een herstel als hiervoor bedoeld, dan vindt restitutie van overdrachtsbelasting plaats. Doorslaggevend daarvoor is dat de toestand van vóór de verkrijging zowel feitelijk als rechtens wordt hersteld.

Abstracte bewoordingen waarbij van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of daaraan wordt voldaan. In een betrekkelijk recent besluit gaat de Staatssecretaris van Financiën op een aantal in dat kader voorgelegde vragen in (Besluit van 3 mei 2005, nr. CPP2005/370M).

De invulling van de herroeping, waarbij onder meer de ‘verrekening’ van de vruchten van het geschonkene relevant is, zal bepalen of sprake kan zijn van een ‘herstel’. Is dat niet het geval, wordt de ‘straf’ als het ware verdubbeld. De ‘terugverkrijging’ is belast en restitutie vindt niet plaats.

De ‘bewegingsvrijheid’ met de herroepelijke schenking/gift is schier onbeperkt. Het is en blijft evenwel oppassen voor de fiscale gevolgen van zowel de schenking/gift als de herroeping daarvan.

Belangrijk – mede voor de vormgeving daarvan – is goed voor ogen te houden met welk doel de herroepelijkheid wordt opgenomen. Daarbij laten zich – zonder volledigheid na te streven – de volgende motieven denken.

Met de herroeping kan een evenwicht worden gevonden tussen het vroegtijdig aanvangen met de uitvoering van een ‘schenkingsplan’ en de onzekerheid over de financiële consequenties daarvan op langere termijn. Blijkt de schenker ‘te veel’ te hebben weggegeven, bijvoorbeeld gezien de door hem gewenste ‘oudedagswelvaart’, herroept hij de schenkingen voor zover deze daaraan afbreuk doen.

De herroeping kan met de opheffingsregeling van artikel 4:178 lid 2 juncto artikel 7:182 BW in gedachten als een ‘quasi-bewind’ worden ingezet, als het onder omstandigheden al niet in materiële zin als een bewind moet worden aangemerkt. Een herroepingsclausule kan een uitsluitingsclausule vervangen of versterken en ga zo maar door (zie over verschillende gebruiksmogelijkheden, T.J. Mellema-Kranenburg, De herroepelijke schenking, het wondermiddel van het nieuwe ‘schenkingsrecht’?, *Nieuw Erfrecht* 2004/3, p. 40-41).

De herroeping is voor de calculerende schenker altijd prijs, maar gezien de daaraan verbonden fiscale gevolgen allerminst een ‘loterij zonder nieten’!

Op ‘The Modelswerf’ is een eerste model herroepelijke schenking klaar voor de tewaterlating, die zal plaatsvinden op de *EstateTip* dag van 6 april aanstaande.

Tot volgende week!