

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/54275>

Please be advised that this information was generated on 2021-09-23 and may be subject to change.

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

Estate **Tip** Review

Afl. 2006-44

22 november 2006

Zijn overlijden en artikel 9 SW 1956 'onherroepelijk'? Planning met de herroepelijke schenking (I)

Deze keer een *lezersvraag* betreffende de *herroepelijke schenking/gift*, waarop wij in abstracto zullen ingaan. De vraag bevat zowel fiscaal- als civielrechtelijke onderwerpen en draait om 'schenkingen op papier' (opeisbaar bij overlijden met rentevergoeding), door ouders gedaan aan hun enige kind. Het kind is alleenstaand en heeft geen afstammelingen.

Bij *vooroverlijden* van het kind worden de schuldigerkende bedragen krachtens wettelijk (versterf)erfrecht door de ouders verkregen, hetgeen uit successierechtelijk oogpunt zeer ongunstig is. Neemt men in de schenkingsovereenkomst een *ontbindende* voorwaarde van vóóroverlijden van de begiftigde op, dan komt artikel 9 SW 1956 aan de orde, zo besluit de lezer onder verwijzing naar het artikel van Blokland in *Nieuw Erfrecht* 2004, nr. 5, en de publicatie van Zwemmer in dezelfde periodiek, jaargang 2004, nr. 3. Blokland adviseert om de schenking *herroepelijk* te maken, waardoor de schenker bij vooroverlijden van de begiftigde altijd nog *kan* beslissen om het geschonkene terug te halen, terwijl er bij vooroverlijden van de schenker geen problemen met de fictiebepalingen zijn.

De *vragensteller* lijkt dit een prima oplossing; in de schenkingsovereenkomst wordt opgenomen dat de ouders *te allen tijde* kunnen herroepen. Bij vooroverlijden van de zoon nemen de ouders alsdan een beslissing. Heeft de zoon inmiddels afstammelingen of een testament gemaakt, dan herroept men niet. Is de situatie sinds de schenking onveranderd, dan herroepen de ouders de schenking.

Vervolgens werden ons de volgende vragen voorgelegd, die geparafraseerd als volgt luiden:

1. Is herroeping van de schenking door een tot de *begiftigde* gerichte verklaring (artikel 7:177 lid 2 BW) nog wel mogelijk, indien hij inmiddels is *overleden*? Of kan deze verklaring ook aan diens erfgenamen worden gericht?

2. Wat zijn de *fiscale* gevolgen van een dergelijke herroeping? Is artikel 9 SW 1956 op een herroepelijke 'schenking op papier' van toepassing bij het overlijden van de schenker indien op dat moment nog geen herroeping heeft plaatsgevonden? Het effect van een herroeping bij vooroverlijden is immers gelijk aan een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden (het geschonkene keert terug in het vermogen van de schenkers).
3. Zou, voor het geval de zoon met achterlating van een echtgenote overlijdt die de vordering uit de schuldigerkenning erft, de herroeping nog op een moment na het overlijden van de zoon kunnen plaatsvinden? Kan – met andere woorden – herroeping plaatsvinden zolang – één van – de ouders leven?
4. Bij de herroeping van een 'schenking op papier' verdwijnt een vordering uit het vermogen van de begiftigde. Hoe verloopt een en ander bij een herroepelijke schenking, waarbij het geschonkene – door overdracht – in het vermogen van de begiftigde terecht is gekomen? De herroepingsmogelijkheid blijft als het ware als een zwaard van Damocles boven de schoondochter hangen.

We zullen de vragen in willekeurige volgorde in de *EstateTip Review* van deze en volgende week behandelen. In deel I komen de civielrechtelijke vragen aan de orde; deel II gaat in op de fiscale aspecten.

Vooraf lijkt het zinvol om nog even in beeld te brengen wat de *herroepelijkheid* van een schenking of gift eigenlijk inhoudt. Voor een uitgebreidere behandeling verwijzen wij naar *EstateTip Review* 2006-11. Hierin wordt overigens ook gewezen op de 'gevaren' van de 'te-allen-tijde-herroepelijke-gift'.

De herroepelijke schenking/gift is een rechtshandeling onder een *ontbindende* voorwaarde (artikel 3:38 lid 1 BW), waarvan de vervulling uitsluitend van de wil van de schenker (de schuldenaar) afhankelijk is. Er wordt dan gesproken van een *zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde*. Voor de schenking/gift ter zake des doods geeft artikel 7:177 lid 2 BW twee vormen aan waarop de herroeping van een dergelijke gift kan plaatsvinden:

1. door een tot de begiftigde gerichte verklaring;
2. bij een uiterste wilsbeschikking van de schenker zonder mededeling aan de begiftigde.

Men lijkt er – blijkens de onder 1 opgenomen vraag – van uit te gaan dat de 'schenking op papier' een schenking ter zake des doods als bedoeld in artikel 7:177 lid 1 BW is. Wat daarvan ook zij (zie *EstateTip Review* 2004-23); het gesignaleerde 'successieprobleem' lijkt zich ook bij *andere* schenkingen en giften door het vóóroverlijden van de begiftigde te kunnen afspelen. Op de vraag of een 'schenking op papier' een schenking/gift ter zake des doods is, gaan wij dan ook niet in.

Bedacht dient te worden dat het herroepingsrecht een aan de schenker(s) toekomend *wilsrecht* is, waarvan het (voort)bestaan *niet* afhankelijk is van het al dan niet in leven zijn van de begiftigde (de schuldeiser). Ook in dit opzicht onderscheidt een herroepelijke schenking/gift zich in beginsel *niet* van een andere rechtshandeling onder ontbindende voorwaarde.

De herroepingsverklaring zal, wil zij tot ontbinding kunnen leiden, de schuldenaar (of diens rechtsopvolgers onder algemene titel) moeten hebben bereikt, zo leert artikel 3:37 lid 3 BW. In die zin bepaalt artikel 7:177 lid 2 BW niets nieuws en lijkt geen dwingende, limitatieve opsomming van vormen van herroeping te verstrekken. Het gebruik van het woordje 'kan' in de wettekst duidt daar ook op.

Het artikellid voegt aan het gesloten stelsel van uiterste wilsbeschikkingen (artikel 4:42 lid 1 BW) in elk geval een variant toe, te weten de herroeping van een schenking/gift door de schenker bij testament. Artikel 7:177 lid 2 BW bevat dan ook niet zozeer een beperking van de herroepingsmogelijkheden, maar geeft een uitbreiding in laatstbedoelde zin.

Ons inziens kan de herroeping van een schenking/gift, al dan niet ter zake des doods, ná overlijden van de begiftigde geschieden door een tot diens rechtsopvolgers onder algemene titel gerichte verklaring. Dit neemt overigens niet weg dat het ten behoeve van in het bijzonder de rechtszekerheid geraden kan zijn om daaraan *vormvoorschriften* te verbinden, zoals bijvoorbeeld een deurwaardersexploot of notariële akte (zie ook W. Burgerhart, *Bedrijfsopvolging, Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten (preadvies KNB 2005)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 378).

Zoals hiervoor aangegeven, is het wilsrecht tot herroeping van de schenking/gift in beginsel *niet* afhankelijk van het al dan niet in leven zijn van de *begiftigde*. Vanzelfsprekend kan men anders overeenkomen. Het antwoord op de onder 3 opgenomen vraag luidt dan ook dat herroeping mogelijk is zolang (één van) de ouders leven. Nogmaals, de inhoud van het wilsrecht (de zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde) is geheel afhankelijk van wat door betrokkenen is overeengekomen en rechtens tussen hen geldt. Het is zelfs niet ondenkbaar dat het wilsrecht tot herroeping bij overlijden van de ouders aan *hun* rechtsopvolgers onder algemene titel toekomt, die alsnog tot herroeping zouden kunnen overgaan (zie ook Toelichting Meijers, p. 901).

Inmiddels zal duidelijk zijn dat het wenselijk is om aan de herroepbaarheid van een schenking/gift *paal en perk* te stellen om 'chaos' in de familie te voorkomen. Het is dan ook denkbaar om de herroepingsmogelijkheid in de voorgelegde casus te laten eindigen indien de begiftigde een partner en/of afstammelingen achterlaat, dan wel bij testament over zijn nalatenschap heeft beschikt.

In de onder 4 opgenomen vraag wordt nog een volgende kwestie gesignaleerd: bij de herroeping van een 'schenking op papier' verdwijnt een vordering uit het vermogen van de begiftigde of van diens rechtsopvolger(s) onder algemene titel. Terugbetaling hoeft niet te geschieden. Blijft de herroepingsmogelijkheid echter niet als Damocles' zwaard boven de begiftigde of zijn rechtsopvolger(s) hangen als ter uitvoering van een herroepelijke schenking/gift geld of goederen zijn overgedragen, vraagt de lezer zich af? Na herroeping zal namelijk terugbetaling (-levering) dienen te geschieden.

In *vermogensrechtelijk* opzicht maakt het in beginsel niet uit wat het *object* van de schenking/gift is als het om de gevolgen van het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde gaat. Óf de gerechtigdheid keert met goederenrechtelijk effect bij de schenker terug, óf er ontstaat een verbintenisrechtelijke verplichting tot het 'terugdraaien' van de schenking/gift (zie *EstateTip Review* 2006-11).

In beide gevallen blijft de herroeping als het spreekwoordelijke zwaard boven de schenking/gift hangen; hoogstens de vermogensrechtelijke effecten van de herroeping verschillen. Opnieuw een reden om de herroeping nader te clausuleren, door deze wellicht aan een termijn te verbinden.

In de volgende *EstateTip Review* zullen we op de successierechtelijke aspecten van de lezersvraag ingaan.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl



Boom Juridische uitgevers

www.bju.nl

© 2006 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.