

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 Review

Afl. 2011-18

11 mei 2011

De papieren schenking: notarieel?!

Hof Arnhem 15 februari 2011, *LJN* BP5771 richtinggevend?

In *EstateTip* Review 2004-23 werd door ons bericht over het feit dat de schenker op papier hoogstpersoonlijk op de koffie bij de notaris moest komen. Ter opfrissing: uit de *Notafax* 2003/267 bleek dat de Belastingdienst het standpunt inneemt dat een clause in een schenkingsakte, waardoor de begiftigde het schuldig erkende bedrag pas kan opeisen bij het *overlijden* van de schenker, ertoe leidt dat de schenking de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd als bedoeld in artikel 7:177 BW. Zie ook *EstateTip* Review 2008-32. Tijdens de behandeling van de nieuwe successiewet bleek ook de staatssecretaris deze mening, zij het ongemotiveerd, toegedaan te zijn (*Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 13, p. 20):

‘Zoals in artikel 7:177 eerste lid van het Burgerlijk Wetboek is opgenomen dient een schenking ter zake des doods bij notariële akte te worden vastgelegd. Is dit niet gebeurd, dan vervalt de schuld en wordt deze dus ook voor de erfbelasting niet als schuld aangemerkt. Voor de erfbelasting wordt deze *civielrechtelijke bepaling* gevolgd.’ (Cursivering van ons, SBS)

De estate planner zal zeker Hof Arnhem 15 februari 2011, *LJN* BP5771 niet ontgaan zijn. Hof Arnhem oordeelde in een geval waarin erflaatster een bedrag onderhands uit vrijgevigheid schuldig erkent aan haar dochter, dat deze schenking de notariële vorm behoeft als bedoeld in artikel 7:177 BW. Mellema-Kranenburg schreef onlangs nog over deze zaak in *Tijdschrift Erfrecht* 2011/2:

‘Mocht er nog onzekerheid bestaan over de vraag of een schenking onder schuldigerkenning die niet is afgelost vóór het overlijden van de schenker al dan niet een schenking is die de strekking heeft pas na overlijden te worden uitgevoerd, dan brengt het Hof Arnhem een eind aan deze onzekerheid.’

De vraag komt evenwel op, hoeveel waarde we moeten hechten aan deze uitspraak van het hof. Van een gemotiveerde uitspraak is zeker geen sprake. Het hof zegt slechts:

‘4.3. Naar het oordeel van het Hof heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat de schenkingen bij leven van de erflaatster zijn uitgevoerd. Dat

de schenkingen zijn uitbetaald met een onmiddellijke teruglening in de vorm van een direct opeisbare vordering, is niet aannemelijk geworden. Redegevend daarvoor zijn onder meer het e-mailbericht van belanghebbendes gemachtigde van 31 juli 2007 waarin is opgenomen dat de geschonken bedragen door belanghebbende als het ware direct aan moeder worden teruggeleend, en de brief van belanghebbendes gemachtigde van 31 december 2007 waarin is opgemerkt dat het natuurlijk onzin is om eerst geld over te boeken naar de rekening van dochter die op haar beurt het geld weer overboekt naar moeder. Het moge zo zijn dat de verschuldigde rentepercentages zijn aangepast, maar dat houdt op zichzelf nog geen uitvoering van de schenking in.

4.4. Daaruit volgt dat de schenkingen zijn vervallen op grond van het bepaalde in artikel 7:177 BW.'

Maar op de juridische hamvragen wordt niet ingegaan, een onderbouwing met de civielrechtelijke parlementaire stukken ontbreekt en van het feit dat discussie in de literatuur bestaat, wordt geen melding gemaakt. (Zie ondermeer: *wel* notariële akte: Verstappen, *Handboek Erfrecht*, p. 637 e.v., Van Es, *WPNR* 6612 en Speetjes *FTV*, augustus 2004. *Geen* notariële akte: Klaassen-Luijten-Meijer, *Erfrecht*, nr. 318, F. Schols, *Quasi-Erfrecht* 2005, p. 116 e.v.)

Enkele hamvragen die gesteld kunnen worden, zijn:

1. Wat is 'uitvoeren'?

Is de gebruikelijke papieren schenking niet uitgevoerd? Waarom niet? Hoe kan ik rente verschuldigd zijn indien van een uitvoering geen sprake is? Het hof gaat op deze cruciale vragen niet in.

Is het object van de papieren schenking niet 'de vordering' die meteen overgaat in het vermogen van de begiftigde?

Anders is dit bij een schenking van een geldbedrag onder opschortende voorwaarde. Dit is het prototype van de in artikel 7:177 BW genoemde schenking, die sterk lijkt op een legaat (zie hierna 2.) Betaling van rente is hier ook niet aan de orde.

Is het overigens niet zo dat, *pas* als vaststaat dat de schenking niet uitgevoerd (nagekomen) is (hetgeen bij de gebruikelijke papieren schenking wel degelijk het geval is), de vraag gesteld moet worden of de strekking van dien aard is dat een schenking of gift in de zin van artikel 7:177 BW aan de orde is? Of anders gezegd: de strekking wordt *pas* van belang als van uitvoeren geen sprake is.

2. Wat is de ratio van de regeling?

De omschrijving in artikel 7:177 lid 1 BW lijkt ruim, gelet op het feit dat over de 'strekking' wordt gesproken. Toch bestrijkt artikel 7:177 BW, gelet op haar ratio, te weten het voorkomen van het omzeilen van de vormvoorschriften die gelden voor de uiterste wilsbeschikking, een beperkt terrein. Althans, zo zou betoogd kunnen worden. De ratio van de regeling komt bij het hof niet aan de orde.

Het kenmerk van een uiterste wilsbeschikking is dat tijdens leven geen aanspraken bestaan en 'er niets te vorderen valt'. Met dit kenmerk zou ook de 'strekkingsschenking' ingekleurd kunnen worden. Hoe meer rechten (en plichten) er

ontstaan tijdens leven voor de bevoordeelde, hoe meer men juridisch en feitelijk afdrijft van het fenomeen 'uiterste wilsbeschikking'.

Om te zien welke schenkingen onder artikel 7:177 BW vallen, is het overigens belangrijk te constateren – in verband met de afbakening - dat naast de 'strekkingsschenking' in Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek de schenking 'van een voordeel bestemd om pas na zijn overlijden ten volle te worden genoten' bestaat (art. 4:66 lid 2 BW, art. 4:67 onder c BW en art. 4:89 lid 3 BW). Deze 'niet ten volle schenking', is per definitie geen quasi-legaat in de zin van artikel 4:126 lid 1 BW en derhalve ook geen 'strekkingsschenking' die aan de vormvoorschriften van artikel 7:177 BW onderworpen is.

Hoe het ook zij, het laatste woord is nog niet gesproken, te meer omdat de belanghebbende *in cassatie* is gegaan, zo blijkt uit VN 2011/21.1.4. Hof Arnhem is (ook) in die zin nog niet richtinggevend. De praktijk wacht met smart op duidelijkheid. En tot die tijd geldt in ieder geval dat we geen risico willen lopen en kiezen we voor de notariële akte die ook de andere bekende voordelen biedt.

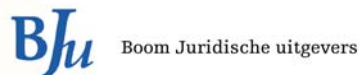
Wij zien uit naar een mooie (civielrechtelijke) beslissing van de Hoge Raad.

Tot volgende week!



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl



Boom Juridische uitgevers

www.bju.nl

© 2011 Boom Juridische uitgevers / ScholsBurgerhartSchols

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