Erfrechtelijke geschillen
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Estate planning. *The Dutch gift*: schenken op papier

Inhoudsopgave

1.	**Inleiding**	1
2.	**Schenking ter zake des doods**	2
3.	**De schenker op papier moet een forfaitaire zakelijke rente betalen**	9
4.	**De forfaitaire zakelijke rente moet jaarlijks betaald worden**	10
5.	**Wat als (in enig jaar) minder dan 6% per jaar wordt betaald?**	11
6.	**Wie schenkt?**	13
7.	**De herroepelijke papieren schenking**	13
8.	**Schenkbelasting en Inkomstenbelasting**	13

1. Inleiding

Hollanders staan niet alleen bekend om enige directheid en botheid in hun communicatiestijl, maar ook om de neiging nogal op de centen te zijn. Gierigheid is kennelijk net zo Hollands als Nederwiet, stroopwafels en windmolens. Het leidt tot befaamde uitdrukkingen als *Going Dutch* of een *Dutch treat*, waarmee bedoeld wordt dat bij een uitje iedere persoon in een groep voor zichzelf betaalt. Een ander voorbeeld van een begrip dat onze Hollandse volksaard verraadt, is de *Dutch gift* oftewel schenken op papier. Deze bijzondere schenkingsmethode wordt in Nederland veel toegepast. Wat wordt daaronder in dit verband verstaan?

In de estate planning praktijk worden schenkingen meestal gedaan in de vorm van een papieren schenking. Dit houdt in dat de ouder het geschonken bedrag feitelijk niet uitkeert aan het kind, maar dat de schenking geschiedt bij wijze van schuldigerkenning uit vrijgevigheid door de schenkende ouder aan het kind of – als een alternatieve wijze van structurering van de papieren schenking – dat het kind het geschonken en ook daadwerkelijk ontvangen bedrag meteen weer uitleent aan de ouder. Het geschonken bedrag is in de regel (behoudens calamiteiten zoals een faillissement) pas opeisbaar bij het overlijden van de ouder. Met een schenking op papier houdt de schenker het geschonken bedrag feitelijk in zijn eigen portefeuille. Sterker nog: er hoeft niet eens geld aanwezig te zijn om toch een papieren schenking te kunnen doen. Het vermogen van de schenker waaruit geschonken wordt, kan namelijk ook in bakstenen (onroerend goed) zitten. Kortom, bij een papieren schenking wordt slechts op papier een geldbedrag geschonken, maar daarvan wordt in werkelijkheid niets uitgekeerd aan de begiftigde. De ouder behoudt aldus het genot van hetgeen is geschonken. Vandaar de benaming: *Dutch gift*.

Het doel van een dergelijke schenking op papier is over het algemeen dat de schenking pas kan worden opgeëist als de schenker is komen te overlijden (een schenking ter zake des doods) en dat de papieren schenking als een aftrekpost (een schuld als bedoeld in art. 4:7 lid 1 onder i BW, een zogeheten quasi-legaat (§ 2)) in de nalatenschap van de

schenker kan worden opgevoerd, zodat diens nalatenschap minder groot is en daardoor erfbelasting kan worden bespaard. In het jaar dat de schenking op papier wordt gedaan is over de schuldigerkenning wel schenkbelasting verschuldigd (als meer wordt geschonken dan de op grond van de Successiewet geldende schenkingsvrijstelling).

2. Schenking ter zake des doods

Schenkingen die pas worden uitgevoerd na overlijden van de schenker, zoals een papieren schenking, zullen vastgelegd moeten worden in een notariële akte en de schenker zal daarvoor persoonlijk bij de notaris moeten verschijnen. Zijn deze vormvereisten niet nageleefd, dan komt de schenking bij het overlijden van de schenker te vervallen (art. 7:177 lid 1 BW). In de wetsgeschiedenis[1] wordt voor het stellen van vormvereisten aan de schenking ter zake des doods de volgende motivering gegeven:

"Zou de notariële akte ook in dat geval worden afgeschaft, dan biedt dat aan de schenker een eenvoudige mogelijkheid om langs informele weg te bereiken waarvoor het erfrecht – op goede gronden – vrij strenge vormvereisten kent. Wordt de schenking bij dode niet bij notariële akte aangegaan, maar wordt zij wel ten uitvoer gelegd vóór het overlijden van de schenker, dan speelt dit bezwaar niet en behoort de schenking – gelijk iedere andere schenking onder de levenden – geldig te zijn."

Het is dus niet mogelijk om met het doen van een schenking ter zake des doods de erfrechtelijke vormvoorschriften voor het opmaken van een testament te omzeilen.

De Hoge Raad heeft in een uitspraak van 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268, geoordeeld dat een papieren schenking een schenking ter zake des doods is als bedoeld in art. 7:177 lid 1 BW. Dat was lange tijd niet onomstreden. Immers, de uitbetaling van het geschonken bedrag geschiedt weliswaar eerst na het overlijden van de schenker, maar tijdens het leven van de schenker gebeurt evenwel ook het nodige. De schenker dient de begiftigde tijdens de looptijd van de papieren schenking rente te betalen of deze wordt op de hoofdsom bijgeschreven. Ook bij een papieren schenking is in beginsel schenkbelasting verschuldigd. De begiftigde en de schenker dienen bovendien de vordering uit hoofde van de papieren schenking onderscheidenlijk de daaruit voortvloeiende schuld in box 3 voor de vermogensrendementsheffing op te geven.

In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak had erflaatster in de loop van een aantal jaren in totaal € 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.[2] Bij het opleggen van de aanslag heeft de inspecteur de bij onderhandse akten schuldig erkende bedragen niet als schuld op de erfrechtelijke verkrijging van de dochter 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:

[1] *Kamerstukken II*, 1999-2000, 17 213, nr. 5, p. 2.
[2] Sinds 2010 erfbelasting genoemd.

"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 gedoeld 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.
Ook 's Hofs oordeel dat de schenkingen niet bij leven van erflaatster zijn uitgevoerd geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het voor het overige, als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid kan worden getoetst. Dit oordeel is voorts niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd."

Deze uitspraak houdt in dat de papieren schenking bij overlijden van de schenker komt te vervallen als deze schenking niet hoogstpersoonlijk bij notariële akte is aangegaan. Het vervallen van de papieren schenking leidt ertoe dat de betreffende schuld niet als successierechtelijke aftrekpost in de nalatenschap van de schenkende ouder mag worden opgevoerd. Art. 7:177 lid 1 BW stelt niet alleen de eis dat de schenking bij notariële akte moet geschieden, maar ook dat deze schenking persoonlijk door de schenker wordt aangegaan. Dat betekent dat de notariële akte niet bij volmacht gepasseerd kan worden. Dit betekent bijvoorbeeld ook dat in een levenstestament niet een volmacht aan een gevolmachtigde verleend kan worden om schenkingen ter zake des doods te doen. De notariële schenkingsakte dient tevens in het Centraal Testamentenregister ingeschreven te worden.[3]

Een onderhandse schenking ter zake des doods kan later alsnog bij wijze van bekrachtiging tijdens leven in een notariële akte worden vastgelegd.[4] Hierdoor is het mogelijk om de bedragen die de schenker schuldig heeft erkend bij het overlijden van de schenker in aftrek op de nalatenschap te brengen.[5] Wel wordt vereist dat de schuldigerkenning inderdaad in het verleden heeft plaatsgevonden. Dat kan aangetoond worden door de onderhandse akte te laten registreren, rentebetalingen te doen of door schuld en vordering voor de inkomstenbelasting opgegeven te hebben. Enige controle door de notaris op het fenomeen van *fake* schenkingen lijkt aangewezen.

De papieren schenking kan – zoals blijkt uit de uitspraak van de Hoge Raad – ook reeds tijdens het leven uitgevoerd worden. De schuld uit hoofde van de papieren schenking wordt dan vrijwillig eerder voldaan, bijvoorbeeld na verkoop van de ouderlijke woning waardoor middelen zijn vrijgekomen. De papieren schenking die niet bij notariële akte is

[3] Zie daarvoor art. 3 j° art. 1 lid 1 onder e Wet op het Centraal Testamentenregister. Inschrijving van de notariële akte in het Centraal Testamentenregister is geen constitutief vereiste.
[4] Van 'bekrachtiging' (in de zin van art. 3:58 BW) of 'bevestiging' (in de zin van art. 3:55 BW) is geen sprake. Dat is aan de orde bij een nietige of vernietigbare rechtshandeling, die alsnog rechtsgeldig tot stand kan komen. Het gaat hier om het alsnog in de voorgeschreven notariële vorm vastleggen van een schenking ter zake des doods, teneinde het verval van de schenking bij het overlijden van de schenker te voorkomen.
[5] Zie ook *Kamerstukken I*, 2009-2010, 31 390, nr. F, p. 14.

opgemaakt en die tijdens leven van de schenker wordt uitgevoerd, is volkomen rechtsgeldig.

Onderhandse schenkingen

In het door de Hoge Raad berechte geval was de papieren schuldigerkenning uitsluitend opeisbaar bij overlijden. Dat roept meteen de vraag op hoe geoordeeld zou moeten worden over een schuldigerkenning die tijdens leven van de schenker opeisbaar was. De tekst van art. 7:177 lid 1 BW wijst er in elk geval op dat niet alleen de inhoud van de schenkingsakte maatgevend is, maar dat mede gelet moet worden op de strekking van de schenking.

In veel gevallen zal de strekking van de schenking vastgesteld kunnen worden aan de hand van hetgeen in de overeenkomst is bepaald ten aanzien van de uitvoering van de schenking.[6] De notaris die de overeenkomst vastlegt, doet er goed aan de strekking van de schenking met zoveel woorden in de overeenkomst tot uitdrukking te brengen met het oog op de daaraan verbonden rechtsgevolgen. Is de uitvoering van de schenking voorzien op een tijdstip ná het overlijden van de schenker, dan is de hier bedoelde strekking daarmee gegeven. Is een concreet tijdstip voor de uitvoering van de schenking aangewezen, waarvan niet bij voorbaat kan worden aangenomen dat de schenker op dat tijdstip zal zijn overleden, dan zal daaruit kunnen worden afgeleid dat de schenking niet de in art. 7:177 lid 1 BW bedoelde strekking heeft. Het enkele feit dat de schenking pas na het overlijden wordt uitgevoerd, levert in dat geval onvoldoende grond op om aan te nemen dat de schenking de strekking had om pas na het overlijden te worden uitgevoerd. Wel kunnen feiten en omstandigheden die zich na de schenking hebben voorgedaan van belang zijn voor het vaststellen van de kennelijke strekking van de schenking.

In de lagere rechtspraak is de vraag aan de vraag geweest of de schuldigerkenning die tijdens leven opeisbaar was, aangemerkt dient te worden als een schenking ter zake des doods (met de daaraan verbonden vormvereisten).

In de uitspraak van de rechtbank Breda van 20 november 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BG6295, waren in de onderhandse akten geen bepalingen opgenomen omtrent aflossingen of opeisbaarheid van de schuldig erkende bedragen. Bij leven was ongeveer 2/3e deel van de schuldig erkende bedragen afgelost. De rechtbank overweegt:

"In de in het geding zijnde schuldigerkenningen is niets bepaald omtrent opeisbaarheid en aflossing. Artikel 6:38 BW bepaalt dat indien geen tijd voor de nakoming is bepaald, een verbintenis terstond kan worden nagekomen en terstond nakoming kan worden gevorderd. Blijkens het hiervoor (…) overwogene kan echter niet worden volstaan met deze taalkundige uitleg. Van belang is tevens de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Blijkens hetgeen belanghebbende ter zitting naar voren heeft gebracht, wilde de erflaatster met de warme hand schenken en door de schuldigerkenningen konden belanghebbende en zijn zuster van de geschonken bedragen gebruik maken zoals het hen uitkwam. Deze bedoeling wordt onderschreven door de feitelijke gang van zaken. Van het totale schuldig erkende bedrag is

[6] Zie ook *Kamerstukken II*, 1999-2000, 17 213, nr. 6, p. 4.

ongeveer 2/3 deel tijdens leven van de erflaatster afgelost. Deze aflossingen wijzen erop dat het niet de bedoeling was van partijen dat de bedragen eerst na het overlijden van erflaatster opeisbaar zouden zijn."

en

"Nu in de onderhandse akten niets is bepaald omtrent de opeisbaarheid van de schuldigerkende bedragen, partijen aan een groot deel van de schenkingen door middel van schuldigerkenning voor het overlijden van schenkster uitvoering hebben gegeven en de gedragingen van partijen dienaangaande ook niet in een andere richting wijzen, moet ervan worden uitgegaan dat de schuldig erkende bedragen direct opeisbaar waren en dat de schenkingen niet de strekking hadden pas na het overlijden van erflaatster te worden uitgevoerd. De inspecteur heeft zijn stelling, dat het de bedoeling van partijen was dat de schuldig erkende bedragen eerst opeisbaar zouden zijn bij het overlijden van de schenkster en dat aldus sprake is van schenkingen ter zake des doods, niet aannemelijk gemaakt.
Het vorenoverwogene leidt ertoe dat voor de in het geding zijnde schuldigerkenningen, die hebben plaatsgevonden op of na 1 januari 2003, geen vormvoorschrift is vereist. Deze schuldigerkenningen zijn dan ook rechtsgeldig tot stand gekomen en vervallen niet bij overlijden van de erflaatster."

In een uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 2 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2866, lagen de zaken er anders voor. Moeder heeft tijdens leven aan haar kinderen onderhands op papier geschonken. Deze schuldigerkenningen zijn tijdens haar leven niet afgelost. De onderhandse akten bepaalden expliciet dat de schuldig erkende bedragen direct opgeëist konden worden. Vaststaat dat de begiftigde kinderen van die mogelijkheid de schuldig erkende bedragen van hun moeder op te eisen geen gebruik hebben gemaakt. De rechtbank en het hof zijn van oordeel dat sprake is van schenkingen ter zake des doods (art. 7:177 lid 1 BW).

"Het Hof is van oordeel dat belanghebbende niet is geslaagd in de last te bewijzen dat de schenkingen niet de strekking hadden dat zij na het overlijden van erflaatster zouden worden uitgevoerd. Een notariële akte ontbreekt. In de onderhandse aktes van schenking is geen bepaling opgenomen over het tijdstip van opeisbaarheid van de schuldig gebleven schenkingen. Belanghebbende heeft evenmin gebruik gemaakt van de mogelijkheid om het schuldig gebleven bedrag op enig moment tijdens het leven van erflaatster op te eisen, zoals bedoeld in (…) de onderhandse aktes van schenking (…). Ook uit het handelen van erflaatster kan niet worden afgeleid dat zij tijdens haar leven uitvoering heeft willen geven aan de schenkingen. Erflaatster heeft, zo volgt uit het beroepschrift, in 2011 grond verkocht. Met de opbrengst hiervan heeft zij andere schulden afgelost, waaronder consumptieve schulden aan haar kinderen ter grootte van € 57.000, en zij heeft de rente betaald over de schuldigerkenningen. Het resterende saldo heeft zij gebruikt om haar banksaldi aan te vullen zodat zij in haar levensbehoefte kon blijven voorzien en de renteverplichtingen jegens haar kinderen kon nakomen. Het enkele voornemen om de boerderij en (overige) grond te verkopen is, nu hieraan feitelijk geen uitvoering is gegeven, onvoldoende om aan te nemen dat de schenkingen de strekking hadden om tijdens het leven van erflaatster te worden uitgevoerd."

De slotsom luidt in dit geval dat de schenkingen door het overlijden van moeder zijn komen te vervallen, omdat een notariële akte ontbrak. Hoewel een opeisbaarheidsgrond tijdens leven expliciet was opgenomen in de onderhandse akten, ging het hof daaraan voorbij. Daaraan zal hebben bijgedragen dat moeder niet over de liquide middelen beschikte om tot aflossing van de schuldig erkende bedragen over te gaan, zodat de opeisbaarheidsgrond in zoverre niet reëel was. Zou wel aangenomen zijn dat er reële opeisbaarheidsgronden in de schuldigerkenningen waren opgenomen en dat daarnaar ook zou zijn gehandeld, dan is er geen sprake van een schenking ter zake des doods met de daaraan verbonden vormvoorschriften (art. 7:177 lid 1 BW).

Alternatieve structurering

Ter vermijding van de (beperkte) kosten van een notariële akte heeft een enkeling gemeend een toevlucht te moeten nemen tot een andere wijze van structurering van de papieren schenking. De gedachte is dan dat bij die alternatieve structurering niet voldaan behoeft te worden aan de wettelijke vormvereisten van art. 7:177 BW. In dat geval wordt eerst een bedrag aan de begiftigde geschonken, die dat daarna weer terug leent aan de schenker. Een dergelijke alternatieve structurering was onderwerp van de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 4 september 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:6882. In het berechte geval waren de door de ouders bij onderhandse akte geschonken bedragen al na enkele dagen ten titel van geldlening naar de ouders teruggeboekt. De geldleningen waren voor onbepaalde tijd aangegaan en deze waren bij leven van de ouders niet opeisbaar. Na het overlijden van één van de ouders wordt in de aangifte erfbelasting een schuld van de nalatenschap opgenomen ter grootte van de schuldigerkenningen. De Belastingdienst meent evenwel dat sprake is van schuldigerkenningen ter zake des doods, aangezien deze de strekking hebben pas na het overlijden te worden uitgevoerd. Aan het wettelijke vormvereiste (notariële akte) was niet voldaan, zodat deze schuldigerkenningen in de visie van de Belastingdienst kwamen te vervallen.

De rechtbank Noord-Holland overweegt dienaangaande als volgt:

"Tussen partijen is niet in geschil dat in de jaren 2013 tot en met 2015 door de ouders daadwerkelijk gelden aan eisers zijn overgemaakt ten titel van schenking. Voorts is tussen partijen niet in geschil dat deze gelden door eisers zijn terugbetaald ten titel van geldlening. Gelet op het relatief korte tijdsverloop tussen de betalingen over en weer en het ondertekenen van de overeenkomsten van geldlening en op de omstandigheid dat de leningen zijn aangegaan voor onbepaalde tijd en door eisers in het geheel niet opeisbaar zijn, acht de rechtbank aannemelijk dat de ouders en eisers niet de intentie hebben gehad de bedragen die op de bankrekeningen van eisers zijn gestort al bij leven uit het vermogen van de ouders naar eisers te doen overgaan. Het samenstel van (rechts)handelingen dient telkens te worden gekwalificeerd als schenking des doods als bedoeld in artikel 7:177 van het BW. Aangezien ter zake geen notariële akten zijn opgemaakt, heeft verweerder [de Belastingdienst] de schuld van € 45.000 terecht niet tot het passief van de nalatenschap gerekend."

Volgens de rechtbank was sprake van een samenstel van rechtshandelingen, dat dient te worden gekwalificeerd als een schenking ter zake des doods. Wegens het ontbreken van een notariële akte kwam deze schenking op grond van art. 7:177 lid 1 BW te vervallen, zodat

de schuld uit hoofde van de papieren schenking in de nalatenschap niet afgetrokken mocht worden.

Geen toestemming van de echtgenoot vereist

Opgemerkt moet nog worden dat voor het verrichten van een schenking ter zake des doods (voor zover deze althans niet bij leven wordt uitgevoerd) geen toestemming van de echtgenoot van de schenker vereist is (art. 1:88 lid 4 BW). Dat is verklaarbaar, omdat ook voor het maken van een legaat in een testament – in wezen vergelijkbaar met een schenking ter zake des doods – een dergelijke toestemming niet vereist is. In een notariële akte wordt de toestemming van de echtgenoot van de schenker ex art. 1:88 lid 1 onder b BW meestal toch opgenomen, zodat daarmee de situatie dat de papieren schenking reeds bij leven wordt uitgevoerd ook is afgedekt.

Schuld uit papieren schenking is een privéschuld

Voor de wettelijke gemeenschap van goederen die ná 1 januari 2012 is ontstaan, geldt art. 1:94 lid 7 onder c BW. Op grond van die bepaling geldt dat een schenking (en gift) ter zake des doods leidt tot een privéschuld van de betreffende echtgenoot (en niet een gemeenschapsschuld). Deze regel geldt – opmerkelijk genoeg – dus niet voor oude gemeenschappen waarbij deze schuld na 1 januari 2012 is ontstaan.[7] Bij oude gemeenschappen geldt dat deze schenkingen ter zake des doods nog steeds gemeenschapsschulden zijn, en daarmee verhaalbaar zijn op alle goederen van de gemeenschap. Dat kan tot verrassingen leiden als de eerststervende ouder er een dubbelleven op na blijkt te hebben gehouden.

Quasi-legaat

De schuld uit hoofde van de papieren schenking is een quasi-legaat (art. 4:126 lid 1 BW). Dat betekent dat deze schuld niet afgetrokken wordt in het kader van de berekening van de legitimaire massa (art. 4:65 BW en art. 4:7 lid 1 onder i BW). Ten opzichte van de legitimarissen en de schuldeisers van de nalatenschap neemt de schuldeiser uit hoofde van een papieren schenking de positie van een (achtergestelde) legataris in (zie daarvoor verder art. 4:126 lid 1 BW en het onderdeel 'In *the twilight zone* van het erfrecht: de quasi-legaten van art. 4:126 BW').

Herroepelijke schenking ter zake des doods

Een schenking ter zake des doods kan door de schenker – ook voor een deel van de schenking – herroepelijk gemaakt worden (§ 7).

[7] Zie daarvoor het overgangsrecht van de derde tranche van het huwelijksvermogensrecht. Zie ook het onderdeel 'Relatievermogensrecht en erfrecht'.

Repeterende schenking in afzonderlijke akte(n)

Is het wel noodzakelijk om elk jaar opnieuw een bezoek te brengen aan de notaris voor een nieuwe papieren schenking? Zou het niet ook mogelijk zijn om in één keer een aantal schenkingen over meerdere jaren vast te leggen?

Op die gedachte was een echtpaar gekomen. Het echtpaar had in 2013 in vijf afzonderlijke notariële akten een schenking onder schuldigerkenning van € 10.000 aan hun zoon gedaan. Dat is viermaal gebeurd onder de opschortende voorwaarde dat de langstlevende in leven is, telkens op een andere datum (1 januari 2014, 1 januari 2015, 1 januari 2016 onderscheidenlijk 1 januari 2017). De schenkingen zijn herroepelijk.

De Inspecteur is van oordeel dat in dit geval één schenking heeft plaatsgevonden ter grootte van de contante waarde van de vijf schenkingen. Gelet op de samenhang van de schenkingen belast de Inspecteur in 2013 de vijf schenkingen als een periodieke uitkering in de zin van art. 18 lid 2 SW. Het echtpaar is evenwel van oordeel dat sprake is van vijf afzonderlijke schenkingen. Eén schenking komt direct tot stand en de vier overige schenkingen eerst op het moment van het vervullen van de opschortende voorwaarde (art. 1 lid 9 SW). Bij de rechtbank krijgt het echtpaar gelijk, zodat de aanslag schenkbelasting vernietigd wordt (ECLI:NL:RBZWB:2020:1845). 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" (…)."

Ter toelichting nog het volgende. 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. Civielrechtelijk ligt dat wezenlijk anders. De gift onder opschortende voorwaarde komt civielrechtelijk reeds tot stand bij het aangaan van de overeenkomst, ook al is de opschortende voorwaarde nog niet vervuld. Art. 18 lid 2 SW bepaalt dat voor de toepassing van de Successiewet onder periodieke uitkering, behalve de uitkering in geld, mede wordt verstaan elke andere, voortdurende, of op vastgestelde tijdstippen terugkerende prestatie.

Soms wijkt de fiscaalrechtelijke kwalificatie af van de civielrechtelijke, waaraan in beginsel betekenis moet worden toegekend. Dit kan door toepassing te geven aan het leerstuk van de zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie. Voor een dergelijke zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie, met als consequentie andere fiscale gevolgen dan de contracterende partijen op grond van de gekozen civielrechtelijke vorm verwachten, en daardoor veelal een hogere of lagere belastingheffing, kan plaats zijn indien de aan de

gekozen rechtsvorm verbonden fiscale gevolgen niet aanvaardbaar zijn gezien het economische resultaat ervan en gelet op de werking van de belastingwet. Met toepassing van dit leerstuk zouden de vijf schenkingen in onderlinge samenhang aangemerkt moeten worden als één periodieke uitkering (art. 18 lid 2 SW), zodat de contante waarde van het geheel in 2013 belastbaar is.

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:

"De wetgever heeft immers, zo volgt uit de Memorie van Toelichting bij invoering van artikel 1, lid 9, SW en uit de bijlage bij de brief van de staatssecretaris van 13 oktober 2009 waar ook de rechtbank (…) naar verwijst, voor schenkingen onder opschortende voorwaarden juist beoogd in fiscale zin af te wijken van het civielrechtelijke moment van de totstandkoming. De omstandigheid dat in dit geval vrijwel gelijktijdig meerdere overeenkomsten zijn gesloten, leidt niet tot het buiten toepassing laten van artikel 1, lid 9, SW bij de beoordeling of sprake is van een periodieke uitkering. De inspecteur heeft in dit verband weliswaar nog gewezen op uitlatingen van de staatssecretaris inzake een repeterende schenking in de Nota naar aanleiding van het verslag bij het Belastingplan 2015, maar de staatssecretaris heeft daarin zijn visie ontvouwd als uitvoerder en niet als wetgever; zodat die visie niet als toelichting van de wetgever op de SW kan dienen (…). Voorts overweegt het hof dat de economische gevolgen van de afzonderlijke schenkingen in één jaar onder opschortende voorwaarden en onder contant maken waardoor niet meer wordt verkregen dan de toepasselijke vrijstelling, niet anders zijn dan in geval van een afzonderlijke jaarlijkse schenking van zodanige omvang dat er niet meer wordt geschonken dan de toepasselijke vrijstelling."

Ook het door de inspecteur gestelde risico op misbruik is volgens het hof onvoldoende aannemelijk geworden.

3. De schenker op papier moet een forfaitaire zakelijke rente betalen

Omdat een ouder zich feitelijk het genot van het aan het kind geschonken bedrag voorbehoudt tot aan zijn overlijden, komt deze papieren schenking onder het bereik van art. 10 SW, het archetype van de fictieve erfrechtelijke verkrijgingen[8]. Met de papieren schenking is immers een geldbedrag dat toebehoort aan de schenker omgezet in het genot van een geldvordering. Het genot – en daarmee het risico dat de schuldigerkenning wordt getroffen door art. 10 SW – kan de schenker voorkomen door een zakelijke rente aan de begiftigde te betalen. Een zakelijke rente is in dit verband een rente van ten minste 6% (art. 10 lid 3 SW, art. 21 lid 14 SW en art. 10 Uitvoeringsbesluit SW).

In de notariële praktijk wordt hiermee op uiteenlopende wijze omgegaan. In de ene notariële akte wordt een vast percentage van 6 opgenomen, in de andere notariële akte wordt aangesloten bij het percentage dat uit de Successiewet (en het Uitvoeringsbesluit SW) voortvloeit, dat thans 6% bedraagt. Het verschil tussen beide varianten zal aan de dag

[8] Zie hiervoor het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.

treden als de wetgever in de (nabije) toekomst mocht besluiten het rentepercentage van 6 naar beneden bij te stellen.

Voor papieren schenkingen die al bestonden vóór 1 januari 2010 geldt dat mag worden uitgegaan van een (redelijke) zakelijke rente. Zie daarvoor artikel XII lid 5 van de Wet van 17 december 2009, *Staatsblad* 2009, 564 en onderdeel 3.2.1 van het Besluit van 18 oktober 2016, BLKB 2016/130M. Een rente die lager is dan 6%, maar die wel voldoet aan het criterium van een (redelijke) zakelijke rente, wordt voor deze oude papieren schenkingen aanvaard. Toepassing van art. 10 SW blijft bij het overlijden van de schuldenaar achterwege, als de betrokkenen in redelijkheid mochten aannemen dat de afgesproken rente zakelijk was. Uiteraard dient deze rente dan daadwerkelijk en jaarlijks tot het overlijden van de schuldigerkenner te zijn betaald. Wat de hoogte van deze (redelijke) zakelijke rente precies is, is niet duidelijk en zal van geval tot geval verschillen en mede afhangen van het tijdstip waarop de papieren schenking is gedaan en de looptijd waarvoor het rentepercentage is overeengekomen. Als de verschuldigde rente over de papieren schenking wordt gewijzigd – bijvoorbeeld als de renteloopti jd afloopt – zal vanaf dat moment wel 6% betaald moeten worden.

De zakelijke rente dient volgens de Successiewet "*ten minste*" 6% te zijn. Dat roept meteen de vraag op hoe hoog deze rente op de papieren schenking nog mag zijn?[9] Aangenomen wordt dat rentepercentages van 8% tot 10% aanvaardbaar zijn, althans (nog) niet is gebleken dat de Belastingdienst dit onaanvaardbaar acht.[10] Deze rentebetalingen zijn in de papieren schenking overeengekomen, en deze dienen derhalve als de nakoming van een verplichting te worden aangemerkt. Van een schenking kan niet gesproken worden. Het is ook niet reëel om het bedrag van de schuldigerkenning anders dan tegen de nominale waarde te waarderen. Immers, de papieren schenking zal veelal herroepelijk zijn en ook een onherroepelijke schenking met een (te) hoge rente kan te allen tijde worden afgelost. De papieren schenking is in dit opzicht dus niet te vergelijken met een obligatie die wel boven pari kan noteren als de contractuele rente hoger is dan de marktrente.

De mooiste bloempjes bloeien vaak aan de rand van het ravijn. Kan ook rechtsgeldig een rente van 25% per jaar of zelfs nog meer worden afgesproken? Of moet dan wellicht geoordeeld worden dat achter het niet aflossen van deze hoogrentende papieren schenking een schenkingsbedoeling schuil gaat?

4. De forfaitaire zakelijke rente moet jaarlijks betaald worden

De zakelijke rente van 6% zal door de schenker jaarlijks daadwerkelijk betaald moeten worden. Deze rente mag niet op de hoofdsom van de papieren schenking bijgeschreven worden. Als een jaarlijkse rentebetaling overgeslagen wordt, dan wordt de schenker geacht het genot van het schuldig erkende bedrag gehad te hebben tot zijn overlijden (art. 10 lid 3 SW).

Het is van belang stipt met de naleving van dit vereiste om te gaan. De schenker dient ervoor te zorgen dat de rente daadwerkelijk, volledig en op tijd wordt betaald. Het is ook

[9] Met betrekking tot erfrechtelijke vorderingen geldt in de Successiewet wel een fiscale maximering van de rente teneinde bovenmatige rente waarmee de nalatenschap kan worden uitgehold tegen te gaan (art. 9 SW). Zie daarvoor het onderdeel 'Belastingheffing bij overlijden en schenking'.
[10] Het verdient daarom aanbeveling om een glijclausule te hanteren.

van belang te beschikken over een goede administratie, zodat in voorkomend geval bewijs van betaling overgelegd kan worden.

Ingezien moet worden dat de rentebetaling een jaarlijks terugkerende verplichting is, die wel jaar na jaar voldaan moet kunnen worden. Als dat niet zeker is, dan zou in de schenkingsakte een herroepingsclausule opgenomen kunnen worden. Eens gegeven blijft dan niet altijd gegeven. Uiteraard is het ook mogelijk om de schenking slechts ten dele te herroepen. Art. 7:177 lid 2 BW voorziet in deze mogelijkheid van uitvoering van een eerder bedongen herroeping, en wel bij een tot de begiftigde gerichte verklaring maar ook bij uiterste wilsbeschikking van de schenker zonder mededeling aan de begiftigde. Dat laatste zal de inmiddels overleden schenker niet in dank worden afgenomen.

5. Wat als (in enig jaar) minder dan 6% per jaar wordt betaald?

De situatie dat in enig jaar minder dan 6% is betaald of een of meer rentebetalingen zijn vergeten of overgeslagen, kan met het volgende voorbeeld verduidelijkt worden.

Stel dat vader aan Fred in een papieren schenking een bedrag van € 100.000 schuldig heeft erkend en dat hij hierover een rente van 5% betaalt. Als vader komt te overlijden, is art. 10 SW van toepassing op het gehele schuldig erkende bedrag van € 100.000, en niet op slechts een (evenredig) deel daarvan. De reden daarvoor is dat art. 10 SW een zogenaamde "al wat-benadering" hanteert. Die benadering komt op het volgende neer. De schuld uit hoofde van de papieren schenking is in dit geval niet aftrekbaar in de nalatenschap van vader. Fred kent daarentegen op grond van art. 10 SW een fictieve verkrijging krachtens erfrecht van € 100.000.

Herstelbetalingen

Indien de overeengekomen rente van ten minste 6% niet jaarlijks daadwerkelijk betaald is, moet – om buiten het bereik van art. 10 SW te blijven – niet alleen de gemiste rentebetaling ingehaald te worden, maar moet daarover ook een samengestelde rente van 6% vergoed worden. Men drukt het wel eens schalks als volgt uit: een beetje genot – in casu 1%, omdat 5% in plaats van 6% is betaald - is ook genot. In de woorden van de staatssecretaris[11]:

"Omdat binnen art. 10 geldt dat een beetje genot ook genot is, moet niet alleen de gemiste rentebetaling worden ingehaald, maar ook een samengestelde rente daarover worden betaald. De rekenrente daarbij is voor gevallen van na 1 januari 2010 6%. Voor reeds bestaande gevallen van voor 1 januari 2010 geldt dat mag worden gerekend met de zakelijke rente waarvan partijen in hun overeenkomst zijn uitgegaan."

Dit kan vóór overlijden alsnog gerepareerd worden door het doen van 'herstelbetalingen'. In de brief van de staatssecretaris van 22 oktober 2009 worden daarvan de volgende voorbeelden gegeven.

[11] *Kamerstukken II*, 2009-2010, 31 930, nr. 86, bijlage brief van 22 oktober 2009 van de staatssecretaris aan de KNB, p. 5-6.

Voorbeeld

In 2010 erkent een ouder een bedrag uit vrijgevigheid schuldig aan een kind. De rente is vastgesteld op 6% en per ultimo van elk jaar verschuldigd. De rente van € 1.000 is jaarlijks betaald, met uitzondering van het jaar 2015. Vervolgens betaalt de ouder de rente die ziet op de jaren 2016 tot en met 2019. Eind 2019 wil de ouder de niet betaalde rentetermijn over het jaar 2015 alsnog voldoen. Ter voorkoming van latere toepassing van art. 10 SW volstaat het niet om uitsluitend de nominale rentetermijn te voldoen. Alleen bij betaling van de rentetermijn van € 1.000 plus een rentevergoeding van € 262 (4 jaar à 6% samengestelde rente) heeft de ouder per 1 januari 2020 in verband met de schuldigerkenning geen genot behouden in de zin van art. 10 SW.

Voorbeeld

In 2001 erkent een ouder een bedrag uit vrijgevigheid schuldig aan een kind. De rente is zakelijk vastgesteld op 5% en per ultimo van elk jaar verschuldigd. De rente van € 1.000 is jaarlijks betaald, met uitzondering van het jaar 2009. In de vier jaar daarna heeft de ouder de rente over die jaren voldaan. Eind 2013 wil de ouder de niet betaalde rentetermijn over het jaar 2009 alsnog voldoen. Alleen bij betaling van de rentetermijn van € 1.000 plus een rentevergoeding van € 215 (4 jaar à 5% samengestelde rente) heeft de ouder per 1 januari 2014 in verband met de schuldigerkenning geen genot behouden in de zin van art. 10 SW.

In het Besluit van 18 oktober 2016, BLKB2016/310M, wordt een nadere regeling gegeven van de herstelbetalingen bij 'verwaarloosde' papieren schenkingen. Aan het Besluit kan het volgende ontleend worden.

Lopende termijn bij overlijden

Voor de nog niet verschuldigde rente over een op het moment van overlijden nog lopende termijn geldt het volgende. Als deze rente na overlijden wordt betaald of verrekend, kan voor de toepassing van art. 10 SW worden aangenomen dat deze rente is betaald. Dit geldt echter alleen als de rentetermijn maximaal één jaar is.

Inhaalbetalingen of herstelrente

Alle al verstreken rentetermijnen moeten op het moment van overlijden zijn betaald. Bij een te late betaling vóór het overlijden wordt toepassing van art. 10 SW voorkomen als op het moment van het overlijden:

- de rente zelf is betaald; en
- over de te laat betaalde rente een samengestelde rentevergoeding is betaald over de periode vanaf het moment van de verschuldigdheid van de rente tot de daadwerkelijke betaling van de rente; en
- die samengestelde rentevergoeding gelijk is aan de overeengekomen rente bij de schuldigerkenning. Als die rente hoger is dan 6%, kan worden volstaan met een samengestelde rente van 6%.

Als de rente of de samengestelde rentevergoeding tijdens het leven van de schuldigerkenner niet daadwerkelijk of niet geheel is betaald, is art. 10 SW van toepassing, en wel over het gehele schuldig erkende bedrag.

Een alternatieve mogelijkheid om aan de toepassing van art. 10 SW te ontkomen, is het gehele schuldigerkende bedrag terug te betalen en daarna nog 180 dagen in leven te blijven (art. 10 lid 4 onder b SW). De toepassing van art. 10 SW komt namelijk te vervallen als het genot meer dan 180 dagen voor het overlijden van de erflater is geëindigd.

6. Wie schenkt?

Bij echtparen zal de vraag nog kunnen opkomen wie gaat schenken. Wordt de schenking door beide echtgenoten gedaan of door een van beiden? Dat kan afhangen van de vraag of er alleen gemeenschappelijk vermogen is, of ook privévermogen. Als het vermogen gemeenschappelijk is, is het logisch dat beide echtgenoten schenken. In dat geval zou de opeisbaarheid van de papieren schenking uitgesteld kunnen worden tot het overlijden van de langstlevende. Schenken op papier kan ook door één van de echtgenoten gedaan worden als er privévermogen in het spel is.

7. De herroepelijke papieren schenking

De papieren schenking wordt meestal herroepelijk gemaakt. Veelal wordt de herroeping geclausuleerd in die zin dat herroeping niet meer mogelijk is voor zover de schenking reeds is uitgevoerd en geldmiddelen aan de begiftigde ter beschikking zijn gesteld.

De schenker wil vaak ook regelen dat de papieren schenking komt te vervallen bij vooroverlijden van de begiftigde (het zogeheten *droit de retour*). Als dit met zoveel woorden zou worden overeengekomen in de schenkingsakte, dan komt men met de fictie van art. 11 lid 3 SW in de knel. Aldaar wordt namelijk bepaald:

"Al wat is schuldig erkend of kwijtgescholden onder voorwaarde van overleving van degene aan wie is schuldig erkend of kwijtgescholden, wordt voor de toepassing van deze wet geacht krachtens erfrecht door het overlijden te zijn verkregen."

Het gevolg hiervan is dat deze situatie – de kwijtschelding of het verval bij vooroverlijden van de begiftigde – door de wetgever behandeld wordt alsof het een legaat is, oftewel dat het verval van de papieren schenking bij wijze van fictie als verkrijging krachtens erfrecht wordt aangemerkt.

Het verdient om deze reden de voorkeur een algemene herroepingsmogelijkheid overeen te komen, zodat aan de werking van art. 11 lid 3 SW kan worden ontkomen.

8. Schenkbelasting en Inkomstenbelasting

In het geval door de schenker meer wordt geschonken dan de schenkingsvrijstelling, dan zal over het meerdere schenkbelasting betaald moeten worden. Uitgangspunt van de

Successiewet is dat deze schenkbelasting geheven wordt van de verkrijger (de begiftigde) (art. 36 SW).

Het betalen van de schenkbelasting kan in dit geval een probleem opleveren, omdat de begiftigde bij een papieren schenking niets in handen krijgt. Dat probleem kan worden ondervangen door de schenking 'vrij van recht' te doen. De schenker neemt dan de verschuldigde schenkbelasting voor zijn rekening. Dat leidt er dan wel toe dat de schenkbelasting wat hoger uitvalt, omdat de schenking groter wordt (te weten de schenking met inbegrip van het voordeel voor de begiftigde dat hij geen schenkbelasting hoeft te betalen).

Uiteraard heeft een papieren schenking ook gevolgen voor de inkomstenbelasting. De schuld en de vordering die voortvloeien uit de papieren schenking zijn niet gedefiscaliseerd. Deze schuld en vordering hebben hun plaats gekregen in box 3 van de inkomstenbelasting. De ouder brengt de schuld uit hoofde van de papieren schenking in aftrek op de rendementsgrondslag in box 3, en realiseert daardoor een belastingbesparing. Het kind neemt de vordering daarin op, en wordt daarover forfaitair belast. In box 3 worden grotere vermogens zwaarder belast dan kleinere vermogens. Aangezien de ouder in de regel over meer vermogen beschikt dan het kind ontstaat daarmee een voordeel: de belastingbesparing bij de schenker zal groter zijn dan de door het kind te betalen belasting.

Heeft de ouder echter geen of weinig vermogen in box 3 (terwijl de eigen woning in box 1 zit of de B.V. in box 2), dan treedt er als gevolg van de papieren schenking geen directe belastingbesparing voor de inkomstenbelasting bij de schenkende ouder op. Het beoogde voordeel van besparing van de erfbelasting kan nog wel jaren op zich laten wachten. Het kind betaalt intussen wel elk jaar (bij overschrijding van het heffingsvrije vermogen) vermogensrendementsheffing over het geschonken bedrag. Op deze wijze is met behulp van de papieren schenking onbedoeld belastbaar vermogen bij het kind gecreëerd, dat er anders niet zou zijn. Het is daarom belangrijk dat bij papieren schenkingen niet blind wordt gestaard op de eenmalige besparing van erfbelasting bij overlijden, terwijl aan de jaarlijkse gevolgen van de papieren schenking bij leven op het terrein van de inkomstenbelasting voorbij wordt gegaan.

Voorbeeld

Stel dat Jerry een bedrag van € 500.000 op zijn spaarrekening aanhoudt. Hij doet een papieren schenking van € 100.000 aan zijn dochter Madeleine. Jerry heeft hierdoor nu een schuld aan Madeleine. De gevolgen van deze papieren schenking kunnen als volgt inzichtelijk gemaakt worden.

- Rentebetaling

Jerry moet elk jaar 6% rente betalen aan Madeleine, te weten € 6.000. Hij kan dat eenvoudig van zijn spaargeld betalen.

- Schenkbelasting

Voor Madeleine geldt de jaarlijkse vrijstelling van € 5.677 (2022). Madeleine betaalt over het verschil tussen de vrijstelling en het geschonken bedrag van € 100.000 – derhalve € 94.323 – schenkbelasting. Jerry kan de schenking ook 'vrij van recht' doen, zodat hij de schenkbelasting voor zijn rekening neemt en het geschonken bedrag hoger wordt.

- Inkomstenbelasting

Door zijn schuld van € 100.000 aan Madeleine heeft Jerry minder vermogen in box 3. Hij betaalt daardoor minder inkomstenbelasting. Madeleine heeft een vordering van € 100.000 op Jerry en dient dit vermogen in box 3 op te nemen. Daarover betaalt Madeleine forfaitair inkomstenbelasting. Madeleine kan die belasting eenvoudig betalen van de 6% rente die jaarlijks van Jerry wordt ontvangen.

- Erfbelasting

Indien Jerry overlijdt, ontvangt Madeleine € 100.000 uit zijn nalatenschap. Als aan de vormvoorschriften van art. 7:177 lid 1 BW is voldaan en elk jaar 6% rente is betaald, dan is over deze schenking ter zake des doods geen erfbelasting verschuldigd.