

NTTR

Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht

INHOUD

- Opinie**
2009/282 Metatoezicht: belastingadviseur wordt verlengstuk van de Belastingdienst (prof.mr.dr. P.G.H. Albert)
- Algemeen**
2009/283* Vaststellingsovereenkomst Aedes-Belastingdienst i.v.m. belastingplicht woningcorporaties (Aedes)
- Winst**
2009/284* Landbouwnormen 2008 vastgesteld (Belastingdienst)
2009/285 Antwoorden op Kamervragen over aftrekbaarheid drugs (Minister – Justitie)
2009/286 Afschrijvingsbeperking gebouwen geldt vanaf 2009 niet meer voor VAMIL (Staatssecretaris – Financiën)
2009/287 Panden zijn niet langer bedrijfsmiddel; vervangingsreserve valt vrij (Hof Amsterdam)
2009/288 Beperkte toetsingsgrondslag bezwaar tegen verliesverrekeningsbeschikking (Hof Amsterdam)
2009/289 Geen herinvesteringsreserve omdat bedrijf niet werd verplaatst doch gestaakt (Rechtbank Arnhem)
2009/290 Aanpassing uitvoeringsregeling energie-investeringsaftrek 2001 (lijst 2009) (Staatssecretaris – Financiën)
- Arbeid, loon en resultaat**
2009/291* Toegezegde vergoeding ziektekosten 2008 tijdelijk onbelast (Staatssecretaris – Financiën)
2009/292 Bron van inkomen voor vrijwillige politieambtenaar (HR)
2009/293 Pand reeds voor verwervingsmoment ter beschikking gesteld (Rechtbank Arnhem)
- Inkomensvoorzieningen en pensioenen**
2009/294 Gedeeltelijke omzetting lening om niet is geen belaste periodieke uitkering (Rechtbank Den Haag)
- Sociale Zekerheid**
2009/295 De datum waarop de beschikking bekend werd is beslissend voor de ziekenfondsverklaring (Hof Amsterdam)
- Privégebruik auto**
2009/296 Kilometeradministratie door ingebouwde KTO onbetrouwbaar (I) (Hof Amsterdam)
2009/297 Kilometeradministratie door ingebouwde KTO onbetrouwbaar (II) (Hof Amsterdam)
2009/298 Auto gehele jaar ter beschikking gesteld ondanks langdurige ziekte (Rechtbank Arnhem)
- Inkomsten uit vermogen/Inkomen uit sparen en beleggen**
2009/299* Lening verstrekt door vennoot aan belastingadvies-nv belast in box 3 (Rechtbank Haarlem)
- Inkomstenbelasting diversen**
2009/300* Antwoord op Tweede Kamervragen over pleegoudervergoeding, kinderbijslag en kindgebonden budget (Minister – JG)
2009/301* Antwoord op Kamervragen over de ANBI-status van de As-Soennah moskee (Staatssecretaris – Financiën)
2009/302 Telefoonkosten niet aangemerkt als uitgaven wegens ziekte (Rechtbank Arnhem)

nootschapsbelasting niet fataal is, omdat ook tot het loon van de werknemer te rekenen aanspraken bij het bepalen van de winst in aftrek mogen komen. Verder is niet gesteld, en evenmin gebleken dat er sprake is van een winstuitdeling.

De uitspraak van Rechtbank Breda wordt bevestigd. (Hoger beroep ongegrond.)

SUCCESSIEWET

NTFR 2009/308

Successiewet

Schenkings onder schuldgerekenning geen schenking ter zake des doods

Rechtbank Breda 20 november 2008, 07/02121

Belastingjaar/tijdvak: 2005

Wetsartikelen: Art. 10, SW 1956; Art. 7:177, BW; Art. 7A:1719, BW; Art. 6:43, BW

Trefwoorden: Haviltex-criterium

Samenvatting

Erflaatster (de moeder van belanghebbende) heeft tijdens haar leven tussen 1996 en 2005 bijna € 350.000 aan belanghebbende en zijn zus geschonken. Het gaat om schenkingen onder schuldgerekenning, die bij onderhandse akte zijn gedaan. Over de opeisbaarheid en de aflossing is hierin niets opgenomen. Ongeveer 2/3 van de totale schuld is op het moment van overlijden afgelost. Op de openstaande bedragen is jaarlijks rente betaald door erflaatster. Over de schenkingen is schenkingsrecht betaald. Het schuldig gebleven bedrag is steeds als vordering dan wel schuld in het box 3-vermogen van de kinderen en erflaatster opgenomen.

Tussen partijen is in geschil of de schenkingen zijn komen te vervallen bij overlijden omdat van de schenkingen geen notariële akten zijn opgemaakt.

Een schenking ter zake des doods is een schenking die een met een tot na de dood van de schenker opschortende termijn bevat dan wel de opschortende voorwaarde dat de begiftigde de schenker overleeft, aldus de rechtbank. Of in het onderhavige geval sprake is van een dergelijke schenking is naar het oordeel van de rechtbank mede afhankelijk van de betekenis die partijen redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen. De rechtbank leidt uit de gegeven omstandigheden af dat ervan moet worden uitgegaan dat de bedragen direct opeisbaar waren en dat het niet de bedoeling was om de schenkingen pas na het overlijden uit te voeren. Dit leidt ertoe dat bij de schenkingen die zijn gedaan na 1 januari 2003 geen vormvoorschrift vereist is.

De schenkingen (die niet bij notariële akte zijn gedaan) van voor die datum worden naar het oordeel van Rechtbank Breda op grond van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd.

(Beroep gegrond.)

Feiten

2.1. Erflaatster is geboren op 19 juni 1911 en op 30 juni 2005 overleden. Haar zoon, belanghebbende, en dochter zijn voor gelijke delen enig erfgenaam.

2.2. Vanaf 1996 tot en met 2005 heeft erflaatster bij onderhandse akten bedragen geschonken aan haar kinderen, welke bedragen zij telkenjare schuldig bleef. In de akten zijn geen bepalingen opgenomen omtrent aflossingen of opeisbaarheid. Voorts zijn de schuldgerekenningen enkel ondertekend door erflaatster.

2.3. Erflaatster heeft gedurende deze periode jaarlijks rente betaald over de nog openstaande schuldgerekenningen. Het totale bedrag aan schuldgerekenningen is € 349.378. Erflaatster heeft hierop in de loop van de tijd een bedrag van € 239.074 aan aflossingen gedaan. Op overlijdensdatum resteert hierdoor een openstaande schuld van erflaatster aan haar kinderen van € 110.304.

2.4. Bij de aangifte recht van successie is deze schuld in mindering gebracht op de nalatenschap. De inspecteur heeft deze schuld bij de aanslag gecorrigeerd, stellende dat sprake is van een schenking ter zake des doods, zoals bedoeld in artikel 7:177, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek (BW). Bij uitspraak op bezwaar heeft de inspecteur dit standpunt gehandhaafd.

Geschil

3.1. In geschil is of de schuldgerekenningen door erflaatster schenkingen betreffen, zoals bedoeld in artikel 7:177, eerste lid, BW. (...)

Rechtsoverwegingen

4.1. Erflaatster heeft sinds 1996 jaarlijks bedragen schuldig erkend aan belanghebbende en zijn zuster. Deze schuldgerekenningen uit vrijgevigheid hebben telkens plaatsgevonden bij onderhandse akte. In deze akten is niets bepaald omtrent de opeisbaarheid. Erflaatster heeft jaarlijks rente over de schuldig erkende bedragen betaald aan belanghebbende en zijn zuster. Terzake van de schuldgerekenningen is schenkingsrecht voldaan, voor zover het schuldig erkende bedrag het vrijgestelde bedrag overtrof. In totaal heeft erflaatster € 349.378 schuldig erkend aan belanghebbende en zijn zuster. Op het moment van haar overlijden is op deze schuldig erkende bedragen € 239.074 afgelost, zodat nog een schuld resteert van € 110.304. Volgens belanghebbende zijn voor de inkomstenbelasting de schuldig erkende bedragen – voor zover inmiddels niet afgelost – in het box 3 vermogen als schulden van erflaatster en vorderingen van belanghebbende en zijn zuster verwerkt. Door de inspecteur wordt dit punt niet bestreden. Partijen houdt verdeeld de vraag of de schenkingen door erflaatster aan de kinderen gedaan in de vorm van de schuldgerekenningen tot een bedrag van € 110.304 vervallen bij haar overlijden, omdat van deze schenkingen geen notariële akten zijn opgemaakt.

4.2. Tot 1 januari 2003 bepaalde artikel 7A:1719 BW dat geen schenking, behalve die van hand tot hand, op straffe van nietigheid anders gedaan kon worden dan bij notariële akte. Met ingang van 1 januari 2003 gelden op grond van het bepaalde in boek 7, titel 3 BW geen vormvoorschriften meer voor schenkingen, met uitzondering van de schenking ter zake des doods. Artikel 7:177, eerste lid, BW bepaalt dienaangaande dat voor zover een schenking de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd, en zij niet reeds tijdens het leven van de schenker is uitgevoerd, vervalt met het over-

lijden van de schenker, tenzij de schenking door de schenker persoonlijk is aangegaan en van de schenking een notariële akte is opgemaakt. Een uitzondering geldt slechts voor bepaalde roerende zaken.

4.3. Onder een schenking ter zake des doods vallen schenkingsovereenkomsten die een tot na schenkers dood opschortende termijn bevatten, evenals die onder de opschortende voorwaarde dat de begiftigde de schenker overleeft. Of een schenkingsovereenkomst een opschortende termijn of opschortende voorwaarde bevat, en aldus als een schenking ter zake des doods is aan te merken, hangt af van de uitlegging van de schenkingsovereenkomst. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel dat tot de wettekst van artikel 7:177 BW heeft geleid, is daaromtrent het volgende opgemerkt:

'Ook hier geldt op grond van de zogenoemde Haviltex-formule (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635) dat een zuiver taalkundige uitleg niet volstaat, doch dat het tevens aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten' (Kamerstukken II 2000-2001, 17 213, nr. 6, p. 4). Bedoelde strekking is gegeven indien de uitvoering is voorzien op een tijdstip na het overlijden van de schenker. Het enkele feit dat een schenking op het tijdstip van overlijden van de schenker nog niet is uitgevoerd, 'levert in elk geval onvoldoende grond op om aan te nemen dat het gaat om een schenking met de strekking dat zij pas na het overlijden van de schenker wordt uitgevoerd' (Kamerstukken II 2000-2001, 17 213, nr. 6, p. 4).

4.4.1. In de in het geding zijnde schuldigeringen 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 in 4.3 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 schuldigeringen 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 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.

4.4.2. De inspecteur heeft in dit verband opgemerkt dat door de jaarlijkse rentebetaling werd voorkomen dat bij het overlijden van erflaatster artikel 10 SW van toepassing zou zijn op de nog openstaande bedragen en dat er dus rekening mee werd gehouden dat deze bedragen eerst na het overlijden zouden worden opgeëist of afgelost. Deze gang van zaken brengt echter niet mee dat sprake is van een schenking die de strekking heeft dat zij pas na het overlijden van de schenkster zou worden uitgevoerd. De omstandigheid dat partijen rekening houden met de mogelijkheid dat bij het overlijden van de schenkster nog niet alle bedragen zijn afgelost, leidt niet tot de conclusie dat

het dus de bedoeling van partijen was dat de via schuldigering gedane schenkingen eerst na het overlijden zouden worden uitgevoerd.

4.4.3. De inspecteur heeft er op gewezen dat de erflaatster 85 jaar was toen zij begon met het jaarlijks schuldig erkennen van de bedragen en dat het gezien haar leeftijd niet te verwachten viel dat deze bedragen nog opgeëist of afgelost zouden worden voor haar overlijden. Daaruit leidt de inspecteur af dat het aldus de bedoeling van de schenkster is geweest dat de schenkingen eerst na haar overlijden zouden worden uitgevoerd. De rechtbank kan de inspecteur hierin niet volgen. Uit de feitelijke gang van zaken blijkt dat een groot deel van de schulden aan de kinderen door de schenkster nog tijdens haar leven is voldaan. Als bij de schenkster de bedoeling had voorgezet om deze schulden eerst te voldoen bij haar overlijden, waren dergelijke aflossingen tijdens leven achterwege gebleven.

4.4.4. In 2004 heeft erflaatster eenmalig een extra bedrag van € 21.212 aan belanghebbende geschonken, welk bedrag zij eveneens schuldig is gebleven. In de onderhandse akte is opgenomen dat de reden voor deze schenking is gelegen in het feit dat de dochter, wegens de gezamenlijke huishouding met erflaatster, bij het overlijden van de erflaatster een hogere vrijstelling zou genieten voor het recht van successie dan belanghebbende. Dit voordeel voor belanghebbendes zuster ontstaat eerst bij het openvallen van de nalatenschap. Hieruit concludeert de inspecteur dat deze schuldigering de strekking heeft te werken bij het overlijden van de schenkster. De rechtbank kan de inspecteur hierin niet volgen. De extra schuldigering aan belanghebbende dient weliswaar ter compensatie van het hogere bedrag dat hij aan successierecht zal worden verschuldigd, maar uit niets blijkt dat bij partijen de bedoeling voorzat dat die compensatie eerst bij het overlijden zou worden gerealiseerd. Ook in deze schuldigering is niets bepaald omtrent de opeisbaarheid, zodat de rechtbank ervan uitgaat dat ook deze schuldigering onmiddellijk opeisbaar was en dat daarvoor hetzelfde geldt als onder 4.4.2 en 4.4.3 is overwogen.

4.4.5. Nu in de onderhandse akten niets is bepaald omtrent de opeisbaarheid van de schuldigende bedragen, partijen aan een groot deel van de schenkingen door middel van schuldigering 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.

4.5.1. Het vorenoverwogene leidt ertoe dat voor de in het geding zijnde schuldigeringen, die hebben plaatsgevonden op of na 1 januari 2003, geen vormvoorschrift is vereist. Deze schuldigeringen zijn dan ook rechtsgeldig tot stand gekomen en vervallen niet bij overlijden van de erflaatster.

4.5.2. Op grond van het bepaalde in artikel 6:43 BW worden de aflossingen die door erflaatster tijdens haar leven zijn gedaan, in dit geval toegerekend aan de oudste verbintenis. Deze toerekening leidt ertoe dat de aflossingen die erflaatster tijdens haar leven heeft gedaan, zijn toe te rekenen aan de schuldigeringen die hebben plaatsgevonden in de

jaren 1996 t/m 1998. Het nog openstaande bedrag aan schulden op het moment van haar overlijden (€ 110.304) is dan toe te rekenen aan de schuldigeringen die hebben plaatsgevonden in de jaren 1999 t/m 2005. Zoals hiervoor in 4.2 is overwogen, gold voor schuldigeringen die plaatsvonden vóór 1 januari 2003 artikel 7A:1719 BW. Dat artikel bepaalde dat geen schenking, behalve die van hand tot hand, op straffe van nietigheid anders gedaan kon worden dan bij notariële akte. Op grond van het overgangrecht, neergelegd in artikel 81, eerste lid Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, wordt echter een nietige rechtshandeling op het tijdstip waarop de wet, zijnde Boek 3 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, op haar van toepassing wordt, met terugwerkende kracht tot een onaantastbare bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt. Het derde lid stelt daarvoor als voorwaarde dat alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de rechtshandeling als geldig hebben aangemerkt.

4.5.3. De rechtbank leidt uit de gedragingen van partijen af dat zij de schenkingen in de vorm van schuldig erkende bedragen, ook die van vóór 2003, steeds als geldig hebben aangemerkt. Partijen hebben schenkingsrecht betaald over de schuldig erkende bedragen, voor zover zij de vrijgestelde bedragen te boven gingen. Partijen hebben de schuldig erkende bedragen als zodanig verwerkt in de aangiften voor de inkomstenbelasting en er is jaarlijks rente betaald over de schuldig erkende bedragen. Nu partijen er steeds vanuit zijn gegaan dat de schuldigeringen rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, brengt het overgangrecht mee dat ook deze schuldigeringen rechtsgeldig zijn en dat daarvoor hetzelfde geldt als voor de op of na 1 januari 2003 tot stand gekomen schenkingen zodat ook zij niet vervallen op het moment van het overlijden van erflaterster. (Volgt gegrondverklaring.)

COMMENTAAR

VRENEGOOR

De schuldigering is populair als estateplanningstool. Enerzijds hevelt de schenker tijdens zijn leven al een stuk van zijn vermogen over naar de begiftigde, maar anderzijds heeft de schenker de mogelijkheid tijdens zijn leven feitelijk nog over het geschonken vermogen te blijven beschikken. De schenker moet er alleen voor zorgen dat hij jaarlijks voldoende rente aan de begiftigde betaalt om te voorkomen dat bij het overlijden van de schenker sprake zou kunnen zijn van vruchtgebruik in de zin van art. 10 SW 1956.

De schuldigering wordt op twee manieren in de praktijk gebracht: (i) de schenker maakt het bedrag daadwerkelijk over op de bankrekening van de begiftigde waarna de begiftigde het bedrag terugleent aan de schenker, of (ii) de schenker en de begiftigde tekenen een document waarin staat dat de schenker een bedrag schuldig erkent aan de begiftigde. De laatste vorm van schuldigering kent op haar beurt ook twee vormen: de notariële en de onderhandse. De notariële vorm is vereist wanneer de schenking de strekking heeft pas na het overlijden van de schenker te worden uitgevoerd (art. 7:177 BW). Is aan deze eis niet voldaan dan is de schenking bij het overlijden van de schenker vervallen, voor zover de schenker niet tijdens zijn leven uitvoering heeft gegeven aan de schenking.

Na invoering in 2003 van het nieuwe schenkingsrecht, waarin de hiervoor genoemde bepaling van art. 7:177 BW is opgenomen, is een discussie ontstaan over de vraag of een bedrag

dat door schenking schuldig wordt erkend aan de begiftigde en dat pas opeisbaar is bij het overlijden van de schenker, kan worden gezien als een schenking die de strekking heeft te worden uitgevoerd na het overlijden van de schenker. In feite wordt al voor overlijden uitvoering gegeven aan de schenking want tot het tijdstip van overlijden van de schenker wordt ieder jaar rente betaald, is schenkingsrecht verschuldigd en worden de schuldig erkende bedragen in de aangiften inkomstenbelasting van de schenker en begiftigde opgenomen als box 3 actief-/passiefposten. Alleen het tijdstip van uitbetaling van de hoofdsom is onzeker in die zin dat de schenker dit op elk moment tijdens leven kan doen en dat – voor zover tijdens diens leven niet is uitgekeerd – de begiftigde kan opeisen na het overlijden van de schenker.

De Belastingdienst heeft zich in 2003 op het standpunt gesteld dat, wanneer de begiftigde het schuldig erkende bedrag pas kan opeisen na het overlijden van de schenker, er sprake is van een schenking in de zin van art. 7:177 BW. Met andere woorden: een dergelijke schenking moet bij notariële akte plaatsvinden anders komt – in de visie van de Belastingdienst – deze schenking bij overlijden van de schenker te vervallen. Hierover kan ook anders worden gedacht, zie bijvoorbeeld F.W.J.M. Schols in FTV januari 2004.

In de onderhavige casus ging het om schenkingen gedaan bij onderhandse akte. In de onderhandse akte was niets bepaald omtrent opeisbaarheid of aflossing van het schuldig erkende bedrag. De rechtbank trok hieruit de conclusie dat op grond van art. 6:38 BW direct nakoming kon worden gevorderd.

Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis constateert de rechtbank dat bij het beantwoorden van de vraag of art. 7:177 BW van toepassing is niet alleen belang moet worden toegekend aan de tekst van de overeenkomst, maar ook aan hetgeen partijen voor ogen stond en wat zij van elkaar mochten verwachten (Haviltex-formule) en hun gedragingen nadien. In casu betoogde belastingplichtige dat zijn moeder 'met de warme hand' wilde schenken. Dit werd ook gestaafd door het feit dat tijdens het leven van moeder tweederde deel van de schuldig erkende bedragen aan begiftigde werd uitbetaald.

Voor zover bekend is de inspecteur niet in hoger beroep gegaan en is evenmin sprongcassatie ingesteld. De uitspraak van Rechtbank Breda lijkt mij juist en belastingplichtige is op goede gronden in het gelijk gesteld. Uit deze uitspraak mag mijns inziens echter niet de conclusie worden getrokken dat de jaarlijkse gang naar de notaris voor de schuldigering niet meer nodig is, wanneer de schuldigering wordt vastgelegd in een onderhandse akte zonder iets omtrent aflossing of opeisbaarheid te regelen. De (bewijsbare) intentie van partijen dat het de bedoeling is het geschonken bedrag voor het overlijden van de schenker uit te keren en de op die intentie gebaseerde feitelijke gedragingen van partijen nadien zijn volgens de rechtbank immers van groot belang. Bij vastlegging in een onderhandse akte blijft het risico bestaan dat een schenking op grond van art. 7:177 BW vervalt bij overlijden, omdat deze niet is vastgelegd in een notariële akte waarbij de schenker persoonlijk is verschenen. Als dan bij overlijden van de schenker toch successierecht verschuldigd is, is alle moeite voor niets geweest.