

6. De papieren schuldigerkenning

*Nicole Gubbels**

6.1. Inleiding

Over het onderwerp van deze bijdrage heb ik niet lang hoeven nadenken. Ik heb Fons Stollenwerck mogen opvolgen als bijzonder hoogleraar Estate Planning aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Daarnaast ben ik lid van de redactie van *Civiel en Fiscaal Tijdschrift Vermogen (FTV)*, waarvan Fons hoofdredacteur is. Zowel bij de leerstoel aan de VU als bij FTV komt de bijzondere wisselwerking tussen het civiele en fiscale recht tot uitdrukking. Dat is ook het geval bij de zogenoemde ‘papieren schuldigerkenning’, het onderwerp van deze bijdrage.

Bij de papieren schuldigerkenning moeten zowel de civiele als fiscale aspecten nauwlettend in de gaten worden gehouden om het beoogde – veelal fiscale – resultaat te bereiken. Daaraan besteed ik kort aandacht in par. 6.2. In deze bijdrage staan vooral de civiele aspecten centraal. Het betreft de vraag of bij een papieren schuldigerkenning sprake is van een schenking ter zake des doods. Daar is al veel over geschreven. Vooral in de oudere bijdragen ging het om de vraag of de papieren schuldigerkenning die opeisbaar was bij overlijden kon worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods. Na het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011, dat in par. 6.3 aan bod komt, werd in de literatuur opgemerkt dat de Hoge Raad duidelijkheid verschaftte.¹ Dat is naar mijn mening geenszins het geval. Voor de meeste papieren schuldigerkenningen is de vraag onverminderd actueel en onbeantwoord. De situaties waarin nog onduidelijkheid bestaat over de kwalificatie, komen aan bod in par. 6.4 en 6.5. Ik sluit af met een conclusie in par. 6.6.

6.2. De papieren schuldigerkenning

De papieren schuldigerkenning is een veelgebruikt estateplanningsinstrument. Ter besparing van erfbelasting, erkent men tijdens leven reeds bedragen schuldig aan de toekomstige erfgenamen. De schenkingen zijn weliswaar onderworpen aan schenkbelasting, maar men kan gebruikmaken van de jaarlijkse vrijstelling en tot circa € 125.000,- is de schenking onderworpen aan 10% schenkbelasting in plaats van de mogelijk toekomstige 20% erfbelasting. Om te waarborgen dat de schul-

* Prof. mr. N.C.G. Gubbels is bijzonder hoogleraar Estate planning aan de VU Amsterdam, tevens verbonden aan het Fiscaal instituut Tilburg en werkzaam bij de Belastingdienst. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. M.N. Bende, ‘De levendige materie van een schenking ter zake des doods’, *WPNR* 2013/6989, par. 4.

digerkenning ook werkelijk het beoogde effect heeft, zit er voor de vermogende personen nog een kadootje in de Successiewet. Over de schulddigerkenning dient jaarlijks ten minste 6% rente te worden betaald.² Deze jaarlijkse vermogensoverheveling is niet belast met schenkbelasting en vermindert eveneens de in de toekomst verschuldigde erfbelasting.

Daarbij dient men zich wel te realiseren dat de schuld en vordering die voortvloeien uit de schulddigerkenning voor de inkomstenbelasting niet zijn gedefiscaliseerd. Dat betekent dat de schuld en de vordering tot uitdrukking komen in box 3. Onder de huidige box 3-regeling is dat in veel gevallen geen probleem.³ De ouder kan de schuld in mindering brengen op de rendementsgrondslag in box 3, terwijl het kind de vordering opneemt in zijn rendementsgrondslag. Afgezien van de – geringe – schuldendrempel, staat binnen de familie tegenover het nadeel een even groot voordeel.⁴

Het moge duidelijk zijn dat de papieren schulddigerkenning een lucratieve estateplanningstool is. In de praktijk blijkt echter de mogelijke kwalificatie als ‘schenking ter zake des doods’ een belangrijke adder onder het gras. Deze kwalificatie brengt met zich mee dat de schenking persoonlijk en bij notariële akte moet plaatsvinden. Nogal wat schenkers vinden de jaarlijkse gang naar de notaris te bezwaarlijk en doen de schulddigerkenning toch op onderhands papier.⁵ Als sprake is van een schenking ter zake des doods en de schuld tijdens leven niet is afgelost, leidt het niet-voldoen aan de vormvoorschriften ertoe dat de schenking bij overlijden vervalt.⁶ Hierna behandel ik de vraag of en onder welke voorwaarden de schenking onderhands kan plaatsvinden terwijl toch het beoogde resultaat – besparing van erfbelasting – wordt bereikt.⁷

2 Om te voorkomen dat de schulddigerkenning wordt getroffen door art. 10 SW.

3 Dit kan anders zijn als het kind recht heeft op toeslagen uit hoofde van de Algemene Wet Inkomensafhankelijke Regelingen (AWIR). Omdat het kind box 3-vermogen heeft, kan het recht op toeslagen vervallen.

4 In de box 3-plannen (*Kamerstukken I 2018/2019*, 35 026, Q) verandert dit beeld: gebaseerd op het jaar 2020, wordt voorgesteld om de schuld in aanmerking te nemen tegen een rendement van 3,03%, terwijl niet spaarrekeningen worden belast tegen 5,33%. Als deze plannen doorgang vinden, treedt jaarlijks in de inkomstenbelasting een nadeel op binnen de familie.

5 De ‘oplossing’ om in één schenkingsakte meerdere schenkingen onder opschortende voorwaarde op te nemen, biedt geen soelaas omdat de staatssecretaris dit (in mijn ogen terecht) aanmerkt als een periodieke uitkering ineens; zie *Kamerstukken II 2014/2015*, 34 002, nr. 10, p. 104.

6 In dat geval zou men de in het verleden betaalde schenkbelasting terug moeten kunnen vorderen. Hoewel deze situatie niet expliciet wordt vermeld in art. 53 SW, vloeit dit wel voort uit het systeem van de Successiewet. Bovendien zou men met een welwillende blik het tijdens leven niet opeisbaar worden van de vordering (of het niet-aflossen van de vordering tijdens leven), kunnen zien als een toekomstige onzekere gebeurtenis in de zin van art. 53 SW. Zie ook I.J.F.A. van Vijfeijken en N.C.G. Gubbels, *Cursus belastingrecht*, 6.2.0.B.b.

7 De situatie dat de schuld voor overlijden wordt afgelost of dat de onderhandse schulddigerkenning wordt ‘bekrachtigd’ bij notariële akte, laat ik hier buiten beschouwing. Zie over de mogelijkheid tot bekrachtiging *Kamerstukken I 2009/2010*, 31 930, nr. F, p. 14. Dat civielrechtelijk van bekrachtiging (art. 3:58 BW) of bevestiging (art. 3:55 BW) geen sprake kan zijn omdat geen sprake is van een nietige of vernietigbare rechtshandeling, laat onverlet dat de schenking wel alsnog notarieel geldig kan worden *vastgelegd*. Zie M.N. Bende, ‘De levendige materie van een schenking ter zake des doods’, *WPNR* 2013/6989.

6.3. De hoofdregel: notariële akte

Reeds voor de invoering van het nieuwe erfrecht en de nieuwe schenkingstitel werd in de literatuur gediscussieerd over de vraag of een papieren schuldbekentenis moet worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods. Kraan beantwoordde deze vraag bevestigend.⁸ Schols meende dat een schenking waaraan tijdens leven reeds rechten konden worden ontleend, niet zou moeten worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods.⁹ Na de invoering van de nieuwe schenkingstitel, woedde de discussie in de literatuur voort,¹⁰ tot de Hoge Raad daaraan een einde maakte op 9 december 2011.¹¹ In de zaak die voorlag bij de Hoge Raad, was een bedrag uit vrijgevigheid schuldig erkend, welke schuld een rente droeg van 5% per jaar en die niet opeisbaar was tijdens het leven van de schenker. De Hoge Raad oordeelt dat deze schuldbekentenis moet worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods. Hieraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat rente is bedongen of tijdens leven is betaald.

Daarmee is de door Schols voorgestane uitleg van de schenking ter zake des doods door de Hoge Raad verworpen. Een belangrijk voordeel van deze uitleg was de rechtszekerheid. In de visie van Schols waren alleen de schenkingsovereenkomsten die zijn gesloten onder opschortende tijdsbepaling (overlijden) of voorwaarde (overleven) aan te merken als schenkingen ter zake des doods. De Hoge Raad kiest voor een ruimere uitleg. Ook de schenking waaraan tijdens leven rechten kunnen worden ontleend maar waarvan pas na het overlijden nakoming kan worden gevorderd, moet worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods. Brengt deze ruimere uitleg met zich mee dat van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een schenking ter zake des doods? In de woorden van Schols een 'glibberig en ongewenst criterium'.¹² Hierna begeef ik me op dit glibberige terrein, teneinde te verkennen in welke situaties er wellicht toch geen notariële akte is vereist.

6.4. Uitzondering: schenking en terug lenen?

Een oude variant op de papieren schuldbekentenis, is de schenking van een som geld gevolgd door onmiddellijke teruglening door de schenker. In dat geval zou er geen directe schuldbekentenis zijn, maar twee afzonderlijke rechtshandelingen, namelijk de schenking en de teruglening. Deze constatering houdt echter alleen stand als de bedoeling van de schenker, die mede is af te leiden uit de feitelijke gang van zaken, ook daarmee overeenkomt.

8 C.A. Kraan, 'Het nieuwe schenkingsrecht', *FTV* 1999/12.

9 F.W.J.M. Schols, 'De nieuwe schenkingsregeling. Een gift voor estate planners?!', *WPNR* 2001/6433.

10 Zie voor de verschillende standpunten in de literatuur, *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:177 BW, aant. 2.2 (M.R. Kremer).

11 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7268.

12 Schols, a.w., p. 149.

Als men slechts in de onderhandse akte een schenking constateert van een geldsom die onmiddellijk in dezelfde akte wordt teruggeleend, voorkomt men daarmee naar mijn mening niet dat voor de toepassing van art. 7:177 BW sprake is van een schenking ter zake des doods. Ik ben het met Speetjens eens dat de constructie met een geldlening in zo'n geval gekunsteld aandoet en het zicht op de werkelijke gang van zaken vertroebelt.¹³ Uit de feitelijke gang van zaken, waarbij op geen enkel moment feitelijk een som geld overgaat naar de begiftigde, kan worden afgeleid dat de bedoeling van de schenker is gericht op een schuldigerkennning en niet op een schenking van een geldsom.

Zelfs indien wel een som geld feitelijk overgaat naar de begiftigde, kan onder omstandigheden toch sprake zijn van een schuldigerkennning. Dat was aan de orde in HR 3 februari 1960.¹⁴ In dat geval schonk een vader aan ieder kind f 2.000,- van hand tot hand. De kinderen leenden dit bedrag vervolgens onmiddellijk onderhands terug aan vader. Het hof stelde feitelijk vast dat de vader niet de bedoeling had om de kinderen f 2.000,- te schenken, maar om dit bedrag uit vrijgevigheid schuldig te erkennen. De Hoge Raad volgde deze feitelijke vaststelling.

In een andere, voor de inkomstenbelasting gewezen procedure, werd de stelling wel gevolgd dat de girale overmaking van f 38.000,- die de dag erna door de vader werd teruggeleend, moest worden aangemerkt als een schenking van hand tot hand en niet als een schuldigerkennning.¹⁵ Van Vijfeijken vraagt zich af of het hof in deze casus niet de 'pointe' mist.¹⁶ Het hof leidt uit de girale overmaking, de geregistreerde schenkingsakte en de rentebetaling af dat de wil van betrokken partijen erop gericht was een schenking tot stand te brengen. Dat een schenking tot stand was gekomen, was echter niet in geschil. In geschil was of sprake was van een 'schenking van hand tot hand' of van een schenking middels schuldigerkennning. Op deze vraag geeft het hof geen onderbouwd antwoord.

In het algemeen kan wel worden gesteld dat hoe meer tijd verstrijkt tussen het feitelijk overmaken van het geld en het teruglenen, des te sterker het vermoeden gerechtvaardigd is dat de bedoeling niet is gericht op een schuldigerkennning. Een en ander zal echter sterk afhangen van de overige feiten en omstandigheden. Als de vader op 2 april € 50.000,- overmaakt naar zijn zoon en de zoon ongeveer hetzelfde bedrag op 1 mei terugleent waarbij wordt bepaald dat het geleende pas opeisbaar is bij overlijden van de vader, zou kunnen worden aangenomen dat in casu sprake is van een gewone schenking en niet van een schenking ter zake des doods. De zoon heeft immers bijna een maand over het geschonkene vrijelijk kunnen beschikken. Bij de schenking was bovendien niet bedongen dat het geschonkene terug zou worden geleend. De kaarten kunnen echter weer anders liggen als blijkt dat de

13 W.J.J.G. Speetjens, 'De papieren schenking: op welk papier?', *FTV* 2004/8.

14 *BNB* 1960/64.

15 Hof 's-Gravenhage 23 februari 2000, ECLI:NL:GHSGR:2000:AV7214.

16 I.J.F.A. van Vijfeijken, *Fictieve verkrijgingen in de Successiewet 1956 (Fiscale Monografieën nr. 100)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 6.7.2.

vader bij de schenking had bedongen dat hij de schenking te allen tijde zou kunnen herroepen. In dat geval heeft de vader immers een flinke stok achter de deur om af te kunnen dwingen dat hij het geschonkene terug kan lenen.

6.5. Uitzondering: tevens opeisbaarheid tijdens leven?

In het hiervoor aangehaalde arrest van 9 december 2011 was de papieren schuldig-erkenning uitsluitend opeisbaar bij overlijden. Dit roept de vraag op of het oordeel anders zou zijn geweest als de papieren schuldig-erkenning ook op andere momenten opeisbaar zou zijn geweest, zoals bij faillissement of bij opname in een AWBZ-instelling. Speetjens meent van niet. Hij schrijft:

‘Het feit dat (...) er ook nog andere opeisbaarheidsgronden zijn, doet daaraan niet af zolang zich niet ook een van deze andere gronden daadwerkelijk heeft voorgedaan.’¹⁷

Hier is iets voor te zeggen. De schenking ter zake des doods is aan vormvoorschriften gebonden vanwege de gelijkenis met een erfrechtelijke verkrijging:

‘Zou de notariële akte (...) 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, dan speelt dit bezwaar niet en behoort de schenking – gelijk iedere andere schenking onder de levenden – geldig te zijn.’¹⁸

Als de schenker overlijdt voordat de opeisbaarheidsgrond tijdens leven zich heeft voorgedaan, kon de begunstigde tijdens leven geen nakoming vorderen. Op het moment van overlijden van de schenker kan worden geconstateerd dat de positie van de begunstigde economisch gezien heel veel lijkt op die van een legataris. Beiden hadden tijdens leven geen vorderingsrecht waarvan ze nakoming konden vorderen. Deze zienswijze brengt echter mee dat feitelijk op het moment van overlijden moet worden beoordeeld of sprake is van een schenking ter zake des doods. Pas op dat moment is immers duidelijk of de opeisbaarheidsgrond tijdens leven zich al dan niet heeft voorgedaan. Deze uitleg wordt niet gedragen door de parlementaire geschiedenis en de wettekst. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat het vaststellen van de strekking moet plaatsvinden door uitleg van de schenkingsovereenkomst, waarbij de strekking in het geval de schenking na het overlijden van de schenker zal worden uitgevoerd:

‘(...) in veel gevallen (zal, NG) kunnen worden vastgesteld aan de hand van hetgeen in de overeenkomst is bepaald ten aanzien van de uitvoering van de schenking.’¹⁹

¹⁷ Speetjens, a.w.

¹⁸ Vaste Commissie voor Justitie, *Kamerstukken II 1999/2000*, 17 213, nr. 5, p. 2.

¹⁹ Minister van Justitie, *Kamerstukken II 1999/2000*, 17 213, nr. 6, p. 4.

Vervolgens wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt, dat het enkele feit dat de schenking pas na het overlijden wordt uitgevoerd, onvoldoende grond oplevert om aan te nemen dat de schenking de strekking had om pas na het overlijden te worden uitgevoerd. Ook de woorden van art. 7:177 BW wijzen erop dat de toets moet worden aangelegd ten tijde van de schenking. Wat de strekking is van de schenking kan immers alleen worden beoordeeld ten tijde van die schenking. Feiten en omstandigheden die zich na de schenking voordoen, kunnen weliswaar licht werpen op de strekking van de schenking, maar dat betekent niet dat de strekking van de schenking op een later moment dan de schenking zou moeten worden getoetst.

De vraag of de schenking moet worden aangemerkt als een schenking ter zake des doods, moet dus ten tijde van de schenking worden beoordeeld. Op dat moment is vanzelfsprekend nog ongewis of een van de eerdere opeisbaarheidsgronden zich gaat voordoen, zodat deze omstandigheid ook geen rol kan spelen bij de beoordeling daarvan ten tijde van de schenking. Als bij de schenking reële opeisbaarheidsgronden tijdens leven zijn opgenomen, heeft de schenking naar mijn mening in principe niet de strekking om pas na het overlijden te worden uitgevoerd. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt:

‘Is een concreet tijdstip voor de uitvoering van de schenking aangewezen, waarvan bij voorbaat niet kan worden aangenomen dat de schenker op dat tijdstip zal zijn overleden, dan zal daaruit kunnen worden afgeleid dat de schenking niet de in artikel 7.3.3 bedoelde strekking heeft.’²⁰

Dit is ook in overeenstemming met de ratio van de schenking ter zake des doods. Als bij de schuldigerkenning een reële opeisbaarheidsgrond tijdens leven is opgenomen, zoals opname in een AWBZ-instelling, kan de schenking niet op een lijn worden gesteld met een legaat.²¹ Er bestaat immers een reële mogelijkheid dat de schuldigerkenning tijdens leven zal worden uitgevoerd.

Het laatste woord is aan de Hoge Raad. Er zijn twee uitspraken van lagere rechters waarbij sprake was van een schuldigerkenning die tijdens leven opeisbaar was. In de uitspraak van Rechtbank Breda 20 november 2008,²² was in de onderhandse akte niets opgenomen over de opeisbaarheid van de schuldig erkende bedragen of over de aflossing ervan. Tijdens leven was bijna 2/3^e van de schuldig erkende bedragen afgelost. De rechtbank overweegt dat in dit geval geen sprake was van een schenking ter zake des doods. De rechtbank merkt terecht op dat de uit de wet voortvloeiende directe opeisbaarheid niet meteen betekent dat er dus geen sprake is van een schenking ter zake des doods:

20 Minister van Justitie, *Kamerstukken II* 1999/2000, 17 213, nr. 6, p. 4.

21 Mocht de eerdere opeisbaarheidsgrond zijn opgenomen en deze heeft zich voorgedaan terwijl de schuldigerkenning niet wordt opgeëist, dan kan dat weer een aanwijzing zijn dat de schenking niet de strekking heeft gehad om tijdens leven te worden uitgevoerd.

22 Rb. Breda 20 november 2008, ECLI:NL:RBBRE:2008:BG629.

‘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.’

Dit lag anders in de zaak die voorlag bij Hof Den Haag 2 september 2016.²³ Hoewel in die zaak in de onderhandse schenkingsakte expliciet was opgenomen dat de schuldig erkende bedragen direct opeisbaar waren, oordeelt het hof dat dit onvoldoende is om aan te nemen dat de schenkingen niet de strekking hadden om pas na het overlijden te worden uitgevoerd. Hoewel het hof nog andere argumenten aanhaalt, is de volgende overweging hiervoor in mijn ogen van doorslaggevend belang:

‘Ook uit het handelen van erflaatster kan niet worden afgeleid dat zij tijdens haar leven uitvoering heeft willen geven aan de schenkingen. Erflaatster heeft (...) grond verkocht. Met de opbrengst hiervan heeft zij andere schulden afgelost (...), en zij heeft de rente betaald over de schuldigeringen. 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.’

Naar mijn mening wordt hier te makkelijk voorbijgegaan aan het feit dat de schuldigering direct – en dus tijdens leven – opeisbaar was. De schenker had ook voldoende vermogen (boerderij en grond) om de schuldigeringen af te kunnen lossen als deze zouden worden opgeëist. Dat dit vermogen niet eenvoudig liquide te maken is, verhindert wellicht de directe opeisbaarheid, maar verhindert niet dat de schuldigeringen tijdens leven zouden kunnen worden opgeëist en nagekomen. De door het hof weergegeven feiten geven mij onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat de schenking de strekking had om pas na het overlijden te worden uitgevoerd.

6.6. Tot slot

De papieren schuldigering is een veelgebruikt estateplanningsinstrument. De fiscale aspecten zijn helder: als jaarlijks ten minste 6% rente wordt betaald over de schuldig erkende bedragen, wordt de civiele werkelijkheid gevolgd en is art. 10 SW niet van toepassing. Als de schuldigering echter niet bij notariële akte plaatsvindt en bij overlijden de schuld nog niet is afgelost, rijst de vraag of civiel-

23 Hof Den Haag 2 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2866.

rechtelijk de schuld nog wel bestaat. Dat is in ieder geval niet zo als de schuldigerkennning uitsluitend opeisbaar is bij overlijden. Dat geldt ook als de schuldigerkennning kunstmatig wordt gesplitst in een schenking en teruglening die pas opeisbaar is bij het overlijden van de schenker.

Er is naar mijn mening echter in principe geen sprake van een schenking ter zake des doods als in de schenkingsovereenkomst een of meerdere reële opeisbaarheidsgronden tijdens leven zijn opgenomen. In dat geval is de schenking niet op een lijn te stellen met een legaat. Als deze conclusie wordt gevolgd, is het criterium minder glibberig dan wel wordt aangenomen.