

DE OVERGANG OM NIET EN ONDER LEVENDEN VAN ROERENDE GOEDEREN – DE VORM VAN EEN SCHENKING

De wettelijke vorm waarin een schenking verleden moet worden is **de notariële akte**.

De uitzonderingen op dit principe zijn onder andere:

- > de **handgift**, die gebeurt door de overdracht van hand tot hand;
- > de **onrechtstreekse schenking**, dit is een schenking die wordt gedaan door middel van een neutrale handeling, dit wil zeggen een handeling die op het eerste gezicht niet aantoont dat ze een schenking inhoudt. Het betreft o.m. een gift door bankoverschrijving (bankgift).

De schenking van effecten op naam (B.V.B.A., familiale N.V.) is voer voor discussie: sommigen verdedigen de noodzaak van het verlijden van een notariële akte. De meest recente rechtspraak gaat trouwens eveneens in die zin.

Volgens een andere opvatting kan de vermelding van de overdracht van de effecten van de ene persoon aan de andere in de aandelenregisters van een N.V. of een B.V.B.A. volstaan als onrechtstreekse schenking.

Aangezien de toelaatbaarheid van een onrechtstreekse schenking van aandelen op naam betwist is, moet worden geadviseerd te opteren voor de notariële vorm.

A. NUT VAN EEN GESCHRIFT BIJ NIET-NOTARIËLE SCHENKINGEN

Indien de schenker een niet-notariële schenking wenst te doen, moet daarvan altijd een bewijs worden bijgehouden.

Naast het feit dat in vele situaties het bewijs van een schenking **moet** geleverd worden door een geschrift, moet dit schriftelijk bewijs immers altijd worden aanbevolen om alle latere moeilijkheden te vermijden.

Het opstellen van een geschrift is nuttig voor de volgende punten:

- > het geschrift maakt het mogelijk om de wens om te begunstigen te bewijzen;
- > het kan de eventuele “*bijvoeglijke akte*” bewijzen, dit wil zeggende voorwaarden van de gift;
- > aan de hand van het geschrift kan de datum van de schenking tussen de partijen bij de akte bewezen worden. Die is belangrijk in vele gevallen: was de schenker op het moment van de schenking bekwaam? Is de schenking tussen echtgenoten herroepelijk (omdat ze gedaan is na het huwelijk) of onherroepelijk (vermits ze

plaatsvond voor het huwelijk)? Tussen partijen geldt de in het geschrift vermelde datum tot bewijs van het tegendeel.

Wij herinneren er ook aan dat het geschrift zodanig moet opgesteld zijn dat het de verwezenlijking van een geldige niet-notariële gift vaststelt en niet dat ze beschouwd kan worden als de schenkingsakte zelf (die alsdan nietig is wegens niet-naleving van de notariële vorm voor een rechtstreekse schenking).

Voorbeeld: Schrijf niet: “Ik schenk je *dit roerend goed*” maar: “Ik erken dat ik je dit goed van hand tot hand heb geschonken op 15 maart 2015”.

Meestal volstaat het om een akte op te stellen die ondertekend is door beide partijen, bij voorkeur in evenveel exemplaren als er betrokken partijen zijn.

B. DE MODALITEITEN VAN DE SCHENKING

In een schenking, ongeacht of ze notarieel verleden werd of niet, kunnen verschillende modaliteiten worden voorzien.

Voor een notariële schenking worden die modaliteiten in de akte zelf vermeld. Voor een niet-notariële schenking, worden die modaliteiten meestal herhaald in een onderhands document dat ondertekend is door beide partijen, dat “bijvoeglijke akte” genoemd wordt.

De voornaamste door de schenker gewenste modaliteiten zijn de volgende:

1. DE ONVERVREEMDBAARHEID

Een eerste modaliteit die de schenker kan wensen, is het verbod voor de begiftigde om de geschonken goederen gedurende een bepaalde periode te gebruiken

Een dergelijk **beding van onvervreemdbaarheid** van het geschonken goed komt in de praktijk erg vaak voor, hoewel het in principe onwettig is. Die voorwaarde is immers in strijd met het vrij verkeer van goederen.

Jan schenkt zijn handelszaak aan Luc op voorwaarde dat hij ze niet aan derden overdraagt of verkoopt. Die voorwaarde is in principe onwettig.

Sinds geruime tijd is het, evenwel, aanvaard dat een beding van onvervreemdbaarheid met betrekking tot een goed geldig kan zijn mits ze aan twee voorwaarden voldoet: het moet **tijdelijk** zijn en **verantwoord zijn door een wettig en ernstig belang**.

- > Onder “*tijdelijk*” wordt een in de tijd beperkte duur verstaan. Een onbeschikbaarheid die een einde neemt bij het overlijden van de schenker zou geldig kunnen zijn; een onbeschikbaarheid die pas een einde neemt bij het overlijden van de begiftigde is dat niet.
- > Onder “*wettig belang*” wordt het belang van de schenker, van de begiftigde of van een derde verstaan, dat in overweging moet worden genomen in functie van de ontvangen waarden.

Zo is een clause van onvervreemdbaarheid die gepaard gaat met een voorbehoud van vruchtgebruik ten behoeve van de schenker tot diens overlijden geldig, aangezien de schenker er belang bij heeft dat geen enkele andere persoon dan de begiftigde blote eigenaar is van het goed.

Merk op dat een geldige clause van onvervreemdbaarheid slechts werking heeft tussen de partijen en dus niet kan worden tegengeworpen aan een schuldeiser van de begiftigde die het

geschonken goed in beslag zou willen nemen en laten verkopen. Een clause van onvervreemdbaarheid kan immers niet worden omgevormd in een clause van onbeslagbaarheid.

Merk ook op dat de gebruikelijke clause die een begiftigde die in gemeenschap van goederen is gehuwd verbiedt om de geschonken goederen in gemeenschap in te brengen, in feite een clause van onvervreemdbaarheid is. Het is dus verplicht om het tijdelijke karakter van die clause te verduidelijken. Gebeurt dit niet, dan wordt de clause beschouwd als ongeschreven, d.w.z. dat ze geen uitwerking zal (kunnen hebben).

2. HET BEHEER VAN DE GESCHONKEN GOEDEREN: BEDING VAN BEHEERSMANDAAT – MAATSCHAP

Het gebeurt regelmatig dat de schenker de door hem geschonken goederen zelf wil blijven beheren. Kan hij dit op onherroepelijke wijze doen, dit wil zeggen dat die last één van de voorwaarden van de schenking is?

- > Wanneer de schenker het vruchtgebruik voor zichzelf voorbehoudt, is het perfect mogelijk om te bepalen dat de vruchtgebruiker de geschonken goederen beheert. Wanneer er een splitsing is in vruchtgebruik/blote eigendom, moeten beide partijen immers beslissen wie de aldus gesplitste goederen zal beheren en kan er worden overeengekomen dat dat de vruchtgebruiker zal zijn.
- > Bij een schenking tussen echtgenoten kan de schenkende echtgenoot altijd het beheer van de geschonken goederen behouden.
- > De vraag nopens een clause van beheer door de schenker in een schenking die in volle eigendom verricht wordt aan de begiftigde die geen echtgenoot is, lijkt in de praktijk meer problemen te stellen.

Sommigen menen immers dat het beheer laten van de geschonken goederen aan de schenker een clause is die in strijd is met de onherroepelijkheid van de schenking en dus de nietigheid van deze schenking tot gevolg zou hebben.

De twee meest extreme standpunten dienen hierbij echter genuanceerd te worden.

Bepalen in een schenkingsovereenkomst dat de schenker de lasthebber is van de begiftigden voor het beheer van de geschonken goederen kan *a priori* niet beschouwd worden als het herroepelijk maken van de schenking. De schenker zal optreden als lasthebber en niet als eigenaar van de goederen en bovendien heeft hij niet het recht om de goederen terug te nemen in zijn voordeel. Er is dus geen beschikking in zijn voordeel.

Opdat die oplossing zou kunnen aanvaard worden moet er echter een echte lastgeving zijn en geen simili-mandaat, dat in feite een echte mogelijkheid zou zijn voor de schenker om de goederen terug te nemen wanneer hij dat wil.

Om interpretatiemoeilijkheden te voorkomen stellen bepaalde financiële instellingen voor om, indien de schenker het beheer behoudt, gebruik te maken van een burgerlijke maatschap.

Het gaat daarbij om een georganiseerde onverdeeldheid. Dat contract (de statuten) kan voorzien in de benoeming van een zaakvoerder, die onafzetbaar zou kunnen zijn. De statuten van die maatschap kunnen onderhands worden opgesteld en moeten niet het voorwerp uitmaken van een bekendmaking. Er moet geen vennootschapsboekhouding worden gehouden en de maatschap heeft ook geen rechtspersoonlijkheid.

De fiscaliteit van de roerende waarden zal alsdan die zijn (en blijven) van de natuurlijke persoon, indien het beheer van de goederen zuiver privé blijft.

Men moet er zich echter rekenschap van geven dat het “*spel*” van de vennootschapsregels moet worden nageleefd. Het volstaat niet om enkel die maatschap te creëren. Er moeten later ook andere formaliteiten worden verricht, zoals de jaarlijkse algemene vergaderingen, het houden van een register, enz. Bovendien moet er een specifieke rekening “*maatschap*” geopend worden bij een financiële instelling en de tegoeden op die rekening deponeren.

Hoewel die oplossing frequent is in de praktijk, moet ze beperkt worden tot specifieke gevallen en tot personen die vertrouwd zijn met het mechanisme van de vennootschappen. Het is dus essentieel om zich ook desbetreffende goed te laten adviseren.

3. DE LAST

a. Beginsel

Een schenking kan worden gedaan met een last ten bate van de schenker, van een derde of van de begunstigde zelf. De last is een verplichting die de schenker oplegt aan de begunstigde.

Ik schenk je dit goed met de last om me gedurende 10 jaar maandelijks een rente van 1.000 euro te betalen (last ten bate van de schenker), de rente aan je broer te storten (last ten bate van een derde) of een bepaalde aankoop te doen (last ten bate van de begunstigde).

De last kan uitdrukkelijk in de schenkingsakte zelf of in een bijvoeglijke akte worden opgenomen. Ze kan ook stilzwijgend zijn, d.w.z. dat ze kan worden afgeleid uit de omstandigheden waarin de akte verleden werd.

Wanneer een last bepaald werd, kan de schenker (of de derde-begunstigde) daar altijd van afzien. De begunstigde kan echter niet meer van een schenking afzien als hij vaststelt dat de last te duur wordt.

Als werd bepaald dat de last moet worden vervuld tot aan het overlijden van de schenker en als de begunstigde vooroverlijdt, dan moeten de erfgenamen van de begunstigde de last voortzetten.

Jan schenkt effecten aan Luc met de last om hem jaarlijks, tot het overlijden van Jan, een bedrag van 10.000 € uit te betalen. Als Luc vooroverlijdt, zijn het zijn erfgenamen die de betaling van die last zullen moeten verderzetten.

Als de last niet wordt uitgevoerd kan de schenker de ontbinding van de schenking vorderen in rechte. Er kan zelfs een uitdrukkelijk ontbindend beding in de schenking worden opgenomen zodat de rechtbank zelfs geen appreciatiebevoegdheid zal hebben betreffende de ernst van de tekortkoming.

b. Soorten lasten

Er bestaan verschillende soorten lasten.

Bijvoorbeeld:

- > een al dan niet geïndexeerde vaste rente;
- > een percentage van het geschonken kapitaal (bijvoorbeeld, 4 %);
- > een percentage, maar met een minimaal gegarandeerd vast bedrag;
- > een verbintenis om een bepaalde operatie uit te voeren, om zich te bekommeren om een bepaalde persoon, enz.

Er kan ook worden bepaald in het lastbeding dat, wanneer de schenker zijn last niet heeft opgenomen of opgeëist binnen een bepaalde tijdspanne, ze niet meer verschuldigd zal zijn.

4. HET VOORBEHOUD VAN VRUCHTGEBRUIK

De clause van voorbehoud van vruchtgebruik komt vaak voor in een schenkingsakte en de geldigheid ervan staat vast, aangezien die bepaald is door artikel 949 van het Burgerlijk Wetboek.

Zo kan Luc bepalen dat hij zijn huis schenkt, waarbij hij zich een levenslang vruchtgebruik voorbehoudt, dit wil zeggen dat hij het genot ervan behoudt tot het einde van zijn dagen. Hij kan dit vruchtgebruik ook beperken tot een precieze duur.

Het vruchtgebruik kan behouden worden door de schenker of aan een derde worden gegeven. In dat geval zal er een schenking van de naakte eigendom gebeuren aan de ene en een schenking van het vruchtgebruik aan de andere begiftigde.

Luc schenkt de naakte eigendom aan zijn zoon Jan en het vruchtgebruik aan zijn echtgenote Martine.

Merk op dat men best vermijdt zich het vruchtgebruik voor te behouden wanneer de schenking niet plaatsvindt via notariële akte, in België of in het buitenland verleden.

Een voorbehoud van vruchtgebruik kan belang hebben voor de roerende waarden, om de schenker gerust te stellen (geen mogelijkheid voor de naakte eigenaars om de geschonken goederen te vervreemden zonder de instemming van de vruchtgebruiker), om zich te verzekeren van de onmiddellijke betaling van het inkomen ten voordele van de vruchtgebruiker en ook om een belasting op het inkomen (of zelfs op het kapitaal, zoals in Frankrijk) te vermijden in hoofde van de begiftigde, onder meer indien deze zich in het buitenland zou vestigen voordat de vruchtgebruiker overlijdt.

Een voorbehoud van vruchtgebruik kan ook gekoppeld worden aan een last. Er kan bijvoorbeeld worden bepaald dat, indien het vruchtgebruik de vruchtgebruiker enkel toelaat een bepaald bedrag of percentage als inkomsten te ontvangen, er een bijkomende last zal zijn zodat de schenker ten minste een bepaald hoger bedrag of percentage zal verkrijgen.

5. DE CONVENTIONELE TERUGKEER

Het is toegestaan en het is zelfs meer dan aangewezen om in de schenkingsakte (of in een bijvoeglijke akte in geval van een niet-notariële schenking) te bepalen dat de geschonken goederen zullen terugkeren naar het vermogen van de schenker, hetzij bij vooroverlijden van de begiftigde (zelfs als hij afstammelingen heeft), hetzij bij overlijden van de begiftigde als hij geen afstammelingen heeft, hetzij bij vooroverlijden van de begiftigde en diens afstammelingen (art. 951 B.W.). Men spreekt dan van een beding van “*conventionele terugkeer*”. Die clause moet uitdrukkelijk worden opgenomen; ze wordt nooit vermoed. Ze kan ook optioneel worden voorzien, wat inhoudt dat de schenker ze al dan niet kan “activeren” tijdens een bepaalde periode na het overlijden van de begiftigde naargelang de omstandigheden op dat ogenblik.

Deze clause geldt alleen maar ten voordele van de schenker, niet ten voordele van een derde.

Jan schenkt zijn effectenportefeuille aan elk van zijn 3 kinderen. Hij kan hierbij bepalen dat, indien één van zijn kinderen vooroverlijdt, hij wenst dat de aan deze vooroverleden begiftigde gedane schenking ontbonden wordt en dat de aan het overleden kind geschonken effecten terugkeren naar zijn vermogen.

Een dergelijke clause komt zeer vaak voor en kan verklaard worden door het feit dat, indien de schenker een persoon wenst te begiftigen, hij niet altijd wenst dat de erfgenamen van die laatste daar voordeel uit zouden kunnen halen, in geval van vooroverlijden van eerstgenoemde.

Er is ook een belang op fiscaal vlak: de conventionele terugkeer vindt plaats zonder schenkings- of erfbelasting. Als de begiftigde overlijdt vóór de schenker en als aan de voorwaarden voor de conventionele terugkeer is voldaan, mag de schenker zijn geschonken goederen kosteloos terugnemen zonder enige belasting hierop te moeten betalen (daarentegen kan, alsdan, de ten tijde van de schenking betaalde schenkingsbelasting niet worden gerecupereerd).