

Tilburg University

De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking

van Vijfeijken, I.J.F.A.

Published in:

WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie

Publication date:

2008

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

van Vijfeijken, I. J. F. A. (2008). De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking. *WPNR: Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 6744, 173-186.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking

Prof. mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

1 Inleiding

Met ingang van 1 januari 2003 is het mogelijk om een schenking te herroepen indien de bevoegdheid daartoe is bedongen bij de schenking. De herroeping kan goederenrechtelijke werking hebben of obligatoire werking. In het eerste geval is sprake van een voorwaardelijke verkrijging: door de herroeping wordt een ontbindende voorwaarde vervuld die het geschonkene van rechtswege doet terugkeren in het vermogen van de schenker. In het tweede geval is sprake van een voorwaardelijke verbintenis: het herroepen houdt een terugleveringsverplichting in voor de begiftigde van het geschonkene of wat daarvan over is, of wat daarvoor in de plaats is gekomen.¹ Het herroepingsrecht kan betrekking hebben op het geschonken vermogensbestanddeel maar kan ook inhouden dat de begiftigde eveneens de ontvangen vruchten aan de schenker moet afstaan.

In dit artikel worden de fiscale gevolgen van de herroepelijke schenking onderzocht. De fiscale wetgever heeft tot nu toe geen bijzondere regelingen ontworpen voor de herroepelijke schenking. Bezien moet worden hoe deze figuur kan worden ingepast in de bestaande fiscale wetgeving. Aan de figuur van de herroepelijke schenking kunnen verschillende kwalificaties worden toegekend. Zo kan worden gesproken van een schenking onder ontbindende voorwaarde, maar ook van een wilsrecht. In het navolgende ga ik ervan uit dat van een ontbindende voorwaarde sprake is als het recht van herroeping is verbonden aan een toekomstige onzekere gebeurtenis die buiten de invloed van partijen ligt. Hierbij kan worden gedacht aan de gevallen waarin de mogelijkheid van herroeping wordt verbonden aan bijvoorbeeld financieel wanbeheer van het geschonken vermogen door de begiftigde, het huwen in gemeenschap van goederen door de begiftigde, of financiële problemen bij de schenker. Is het herroepingsrecht ongeclausuleerd geformuleerd ('de schenker is bevoegd om de schenking ten aanzien van de begiftigde te herroepen'), dan is herroeping afhankelijk van de wil van de schenker en is sprake van een potestatieve voorwaarde. De uitoefening van het herroepingsrecht is daarmee enkel afhankelijk van de wil van de schenker. Er is dan sprake van een wilsrecht.

Betoogd zou kunnen worden dat een ongeclausuleerd herroepingsrecht ertoe leidt dat de schenker niet is verarmd en dat er daarom geen sprake van een schenking is. In het verleden is wel betoogd dat bij de instelling van een revocable trust het 'ingebrachte' vermogen ter beschikking van de settlor blijft staan en dat daarom geen sprake is van een voltooide waardeverschuiving.² In deze redenering zou een schenking met een ongeclausuleerd herroepingsrecht evenmin als een schenking kunnen worden beschouwd. Ik meen echter dat dit uitgangspunt niet moet worden gevolgd. Want als we aannemen dat geen sprake is van een schenking, wat is dan wel de titel van levering? En wat gebeurt er dan als uiteindelijk geen gebruik wordt gemaakt van het herroepingsrecht? Het vermogen is dan overgegaan naar de 'begiftigde' zonder de

¹ Zie ook L.C.A. Verstappen in M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer 2006, p. 644/5.

² Zie in deze zin K.L.H. van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten van het schenkingsbegrip*, Deventer 1985, p. 329; J.W. Zwemmer in zijn noot bij HR 18 november 1998, *BNB* 1999/37 en R.L.H. IJzerman, *Enkele Nederlandse fiscale aspecten van Angelsaksische trusts*, *WPNR* 1997/6281.

heffing van schenkingsrecht. Ook heffing van successierecht is niet aan de orde, tenzij we aannemen dat het waardevolle herroepingsrecht vererft. Maar wat als dit herroepingsrecht eindigt bij het overlijden van 'schenker'?

In dit artikel ga ik ervan uit dat een ongeclausuleerd herroepingsrecht niet afdoet aan het schenkingskarakter. De wetgever heeft met het laten vervallen van het vereiste van de onherroepelijkheid uitdrukkelijk de mogelijkheid van een schenking onder potestatieve voorwaarde mogelijk geacht. De (ongeclausuleerde) herroepelijkheid doet blijkbaar niet af aan de schenking.

In het hiernavolgende wordt dan ook stilgestaan bij de fiscale gevolgen van een ontbindende voorwaarde en de fiscale gevolgen van een wilsrecht. Eerst wordt ingegaan op de gevolgen voor de Successiewet en de overdrachtsbelasting.

Vervolgens wordt ingegaan op de gevolgen van de schenking en de herroeping voor de inkomstenbelasting. Overigens is niet in alle gevallen duidelijk wat de fiscale gevolgen van de schenking en herroeping zijn. Een pasklare oplossing voor alle gevallen zal de lezer dan ook niet aantreffen. Beoogd is om problemen te inventariseren en denkrichtingen aan te geven.

2 De herroepelijke schenking en de Successiewet

De toepassing van de Successiewet leidt tot weinig noemenswaardige problemen, nu artikel 53, eerste lid SW voorziet in verkrijgingen onder voorwaarde en de uitoefening van wilsrechten. Aan deze problematiek wordt kort aandacht besteed in de volgende paragraaf. Daarna wordt nog ingegaan op de toepassing van artikel 9 SW op de herroepelijke schenking.

2.1 De werking van artikel 53, eerste lid SW

Of het herroepingsrecht nu als een ontbindende voorwaarde kan worden gekwalificeerd of als een wilsrecht, in beide gevallen is artikel 53, eerste lid SW van toepassing. Het schenkingsrecht sluit aan bij de schenking zonder rekening te houden met de ontbindende voorwaarde of het voorbehouden wilsrecht en artikel 53, eerste lid SW voorziet in een teruggave op het moment dat de ontbindende voorwaarde in werking treedt resp. het wilsrecht wordt uitgeoefend. Het verschuldigde recht wordt teruggegeven zonder dat er een vergoeding van de gederfde rente plaatsvindt. Indien een pakket aandelen ter waarde van € 100.000 wordt geschonken aan een kind, wordt dit kind ca. € 9000 aan schenkingsrecht verschuldigd. Indien enkele jaren later de schenking wordt herroepen keren de aandelen terug in het vermogen van de schenker en vindt aan het kind een teruggave plaats van € 9000. De waarde van de aandelen ten tijde van de herroeping heeft geen invloed op het terug te geven schenkingsrecht.³ Er is geen recht op vergoeding van rente over deze € 9000. Dit wordt wel rechtvaardig geacht omdat het kind gedurende die jaren de vruchten van de aandelen heeft genoten.⁴ Maar deze rechtvaardigheid is wel enigszins toevallig. Indien de schenking wordt herroepen, waarbij ook de door de begiftigde genoten vruchten moeten worden teruggeleverd aan de schenker, heeft de begiftigde per saldo in het geheel geen vruchten genoten en krijgt hij nog steeds geen vergoeding voor de gederfde rente. Als daarentegen aan het kind een nieuwe auto wordt geschonken, welke schenking na enkele jaren wordt herroepen, blijft het renteverlies over het schenkingsrecht in de regel ver achter bij de 'geconsumeerde' waarde. Vanuit de fiscus bezien bestaat er

³ Zie HR 12 januari 1977, *BNB* 1977/51.

⁴ Zie bijv. Schuttevâer in zijn noot bij *BNB* 1977/51 en J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1996, p. 71.

geen enkele reden om rente over deze € 9000 te vergoeden. Het vermogen is geschonken, schenkingsrecht is dan ook terecht geheven. Eerst bij de ontbinding bestaat reden tot teruggaaf.

2.2 *Manipulatiemogelijkheden?*

Het laat zich ook denken dat een ouder alle aandelen ter waarde van € 100.000 in een beleggingsvennootschap schenkt. Vervolgens keert de vennootschap een dividend uit van € 80.000 waarna de ouder de schenking herroept. Op deze wijze is zonder schenkingsrecht € 80.000 overgeheveld naar het kind. De geschetste gang van zaken doet echter vermoeden dat de ouder niet de bedoeling heeft gehad om de aandelen te schenken, maar om het dividend te schenken. Kwalificatie van de feiten zal hier uitkomst moeten brengen. Was geen sprake van een zuivere potestatieve voorwaarde en heeft zich – na de dividenduitkering – een onvoorziene, niet door partijen te beïnvloeden, gebeurtenis voorgedaan die tot de ontbinding heeft geleid, dan bestaat geen bezwaar tegen toepassing van artikel 53, eerste lid SW. Was echter sprake van een zuiver potestatieve voorwaarde, dan hebben partijen de schijn tegen en zullen zij aannemelijk moeten maken dat wel bedoeld was de aandelen te schenken en niet alleen het dividend.

Een veelgehoorde ‘planning’ zou zich voordoen in het volgende geval: het geschonkene daalt in waarde, waarna de schenking wordt herroepen en hetzelfde object opnieuw wordt geschonken. De vraag dient zich aan of in dergelijke gevallen reële betekenis toekomt aan de herroeping. De schenker zal een ‘goed verhaal’ moeten hebben waarom hij heeft herroepen en vervolgens weer geschonken.⁵

2.3 *De toepassing van artikel 9 SW*

Is de herroepelijke schenking te beschouwen als een schenking onder ontbindende voorwaarde dan rijst de vraag of artikel 9 SW van toepassing is bij het overlijden van de schenker. Dit artikel rekt tot de erfrechtelijke verkrijgingen ‘wat is schuldig erkend (...) onder voorwaarde van overleving’. Zoals ik in mijn monografie verdedig⁶, betwijfel ik of artikel 9 SW van toepassing is op schenkingen onder ontbindende voorwaarde. Als dit wel het geval zou zijn, kan artikel 9 SW, naar de tekst van de wet bezien, slechts van toepassing zijn op schuldigerkenningen uit vrijgevigheid. In combinatie met de herroepelijke schenking blijft de mogelijke werking van dit artikel daarom beperkt tot de herroepelijke schuldigerkenning uit vrijgevigheid. De vraag doet zich dan voor of een schuldigerkenning uit vrijgevigheid met een herroepingsrecht dat niet vererft - en dus vervalt met het overlijden van de schenker - kan worden aangemerkt als een schuldigerkenning onder ontbindende voorwaarde van vooroverlijden. De redenering zou dan zijn: als de schenker nog niet heeft herroepen ten tijde van zijn overlijden, kan het herroepingsrecht (i.c. ontbindende voorwaarde) zich niet meer voordoen, waardoor artikel 9 SW van toepassing is. Het komt mij voor dat deze figuur niet onder de werking van artikel 9 SW valt. Alleen als het vooroverlijden van de begiftigde als ontbindende voorwaarde is geformuleerd komen we aan artikel 9 SW toe.⁷ Sonneveldt heeft eerder aan deze

⁵ Zie in deze zin ook M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, *WFR* 2005/999, paragraaf 5.

⁶ *Fictieve erfrechtelijke verkrijgingen in de Successiewet 1956*, Deventer 2002, paragraaf 5.3.4 en 5.5.3.

⁷ Daarnaast kunnen ook nog andere oorzaken aanleiding geven tot ontbinding, de zgn. bijkomende voorwaarden. Deze doen blijkens de jurisprudentie niet af aan de toepassing van artikel 9 SW als de ontbinding uiteindelijk niet door het vooroverlijden plaatsvindt.

problematiek – waarbij het herroepingsrecht is verbonden aan het vooroverlijden van de begiftigde – aandacht besteed.⁸

2.4 Conclusie

De schenking is een belastbaar feit voor het schenkingsrecht, met verwaarlozing van het herroepingsrecht. Eerst als de schenking wordt herroepen, treedt artikel 53, eerste lid SW in werking en vindt teruggave van het eerder geheven schenkingsrecht plaats. Artikel 9 SW is naar mijn mening niet van toepassing op een herroepelijke schenking, tenzij het een schuldig erkenning uit vrijgevigheid betreft waarbij is overeengekomen dat deze kan worden herroepen bij het vooroverlijden van de begiftigde. In dat geval onderscheidt de herroepelijke schenking zich niet van een schenking onder ontbindende voorwaarde van vooroverlijden.

3 Herroepelijke schenking en overdrachtsbelasting

3.1 Schenking en overdrachtsbelasting

De herroepelijkheid is gekoppeld aan een (formele) schenking. Hiervoor geldt een vrijstelling van overdrachtsbelasting (artikel 15, eerste lid, onderdeel d WBR). Overigens wordt voor de bepaling van het verschuldigde schenkingsrecht wel rekening gehouden met de overdrachtsbelasting die verschuldigd zou zijn als geen vrijstelling had gegolden (zie artikel 24, derde lid SW). Wordt vervolgens de schenking herroepen dan treedt een ontbindende voorwaarde in werking. De titel op grond waarvan het pand nu wordt teruggeleverd aan de schenker is geen schenking maar een ongedaanmakingsverplichting (artikel 6:24 BW). Deze teruglevering leidt evenmin tot heffing van overdrachtsbelasting indien een beroep kan worden gedaan op artikel 15, eerste lid, onderdeel r jo. artikel 19, eerste lid, onderdeel a WBR. Hiertoe dient de toestand van vóór de verkrijging zowel feitelijk als rechtens te worden hersteld. In zijn besluit van 3 mei 2005 heeft de staatssecretaris aangegeven in welke gevallen daaraan is voldaan.⁹

Indien de herroeping van de schenking is gekoppeld aan een onzekere toekomstige gebeurtenis (de ‘echte’ voorwaarde) bestaat er geen probleem. De teruglevering van het pand kan vrij van overdrachtsbelasting plaatsvinden. Indien de herroeping echter kan worden gekwalificeerd als gebruikmaking van een wilsrecht, leidt dit tot een andere uitkomst. In zijn hiervoor gememoreerde besluit heeft de staatssecretaris aangegeven dat alleen een beroep op artikel 15, eerste lid, onderdeel r jo. artikel 19, eerste lid, onderdeel a WBR kan worden gedaan indien sprake is van een ‘echte’ voorwaarde, ‘(...) dat wil zeggen naar algemeen menselijke ervaringen, onzeker is of de gebeurtenis al dan niet zal plaatsvinden’.¹⁰ Als sprake is van een wilsrecht, is geen sprake van een voorwaarde omdat het element van de objectieve onzekerheid ontbreekt, aldus de staatssecretaris. Indien derhalve een schenking wordt herroepen, enkel en alleen omdat de schenker dat wil, wordt overdrachtsbelasting verschuldigd over het verkregen pand.

Er bestaan m.i. weinig bezwaren tegen dit onderscheid, maar de vraag is of deze interpretatie van de staatssecretaris houdbaar is. In de wettekst staat het begrip ‘ontbindende voorwaarde’ centraal. De civielrechtelijk invulling van dit begrip is in

⁸ F. Sonneveldt, Rechtsvraag, *FTV* maart 2006, 2006/16, p. 33 e.v.

⁹ CPP2005/370M, *V-N* 2005/25.16. Het betreft m.n. situaties dat het pand inmiddels is verhuurd, verbeterd of verbouwd.

¹⁰ Zie de toelichting op vraag 2 van voornoemd besluit.

de loop der tijd veranderd en omvat nu ook de potestatieve ontbindende voorwaarde. De vraag dient zich aan of het begrip ‘ontbindende voorwaarde’ moet worden uitgelegd naar de betekenis ten tijde van de totstandkoming van de betreffende bepaling of naar de betekenis in het huidige rechtsverkeer. Hierbij moet worden opgemerkt dat in het verleden een recht van wederinkoop eveneens onder de reikwijdte van artikel 15, eerste lid, onderdeel r jo. artikel 19, eerste lid WBR viel. De vraag is waarom dit voor een potestatieve ontbindende voorwaarde dan anders moet zijn.¹¹

Worden aandelen in een lichaam als bedoeld in artikel 4 WBR geschonken, dan geldt de vrijstelling van artikel 15, eerste lid, onderdeel d WBR niet. In dat geval is overdrachtsbelasting verschuldigd over de waarde van de onroerende zaken die worden vertegenwoordigd door het verkregen aandelenbelang. Het schenkingsrecht wordt in dat geval geheven over de waarde van de verkregen aandelen. In dat geval wordt de dubbele heffing voorkomen door de bepaling van artikel 24, vierde lid SW. De overdrachtsbelasting strekt in mindering op het verschuldigde schenkingsrecht. Wordt de schenking vervolgens herroepen dan rijst ook hier de vraag naar de betekenis van artikel 19, eerste lid, onderdeel a WBR.

3.2 *Conclusie*

Het herroepingsrecht dat is geformuleerd als een ‘echte’ ontbindende voorwaarde levert geen problemen op. Hiervoor is artikel 15, eerste lid, onderdeel r jo. 19, eerste lid, onderdeel a WBR in de wet opgenomen. Is het herroepingsrecht als een wilsrecht geformuleerd dan is onzeker of dit artikel eveneens geldt. De staatssecretaris is in ieder geval van mening dat de uit de herroeping voortvloeiende terugoverdracht in dat geval niet deelt in de vrijstelling.

4 **De herroepelijke schenking en de inkomstenbelasting**

De schenking op zich zelf levert weinig problemen op. Het is vooral de herroeping die nieuwe vragen oproept. In de navolgende paragrafen zullen de gevolgen binnen de drie verschillende boxen aan de orde komen. Omwille van de leesbaarheid begin ik met de gevolgen voor box 3. Daar doen zich de minste moeilijkheden voor. Daarna volgt een beschrijving van de gevolgen van de herroeping van een geschonken aanmerkelijkbelangpakket (box 2) en tot slot komen de gevolgen voor box 1 aan de orde. Binnen box 1 roept de bron winst uit onderneming de meeste vragen op. Ik sta tot slot nog kort stil bij de herroepelijke schenking en de persoonsgebonden aftrekposten, waarbij de giftenaftrek centraal staat.

5 **De herroepelijke schenking en box 3**

5.1 *Algemeen*

In dit onderdeel wordt ingegaan op de vraag hoe een herroepelijke schenking wordt behandeld in box 3. Het heffingssysteem van box 3 is gebaseerd op de vermogensbelasting, maar heeft daarnaast ook eigen karaktertrekken. Voor zowel de invloed van de ontbindende voorwaarde als voor de waardering van wilsrechten is

¹¹ Zie *Vakstudie Registratiewet 1917*, losbladig, aantekening 2 op artikel 75. Daar wordt opgemerkt: ‘De uitoefening van het recht van wederinkoop, in feite niets anders dan de bevoegdheid van de verkoper de gesloten overeenkomst te ontbinden, wanneer hij dat wenst, wordt gewoonlijk opgevat als de vervulling van een ontbindende voorwaarde’.

onder de oude Wet op de vermogensbelasting jurisprudentie voorhanden. Hierna wordt op beide kwalificaties voor box 3 afzonderlijk ingegaan.

5.2 *De invloed van de ontbindende voorwaarde*

De fiscale behandeling van voorwaardelijke rechten onder de Wet op de vermogensbelasting 1964 vond op een geheel andere wijze plaats dan onder de Wet IB 1964. Men kan immers langs twee wegen een oplossing zoeken.¹² Enerzijds kan men betogen dat binnen een draagkrachtheffing in combinatie met het pay-as-you-go beginsel een recht onder opschortende voorwaarde buiten beschouwing moet blijven. Een recht onder ontbindende voorwaarde leidt daarentegen wel tot heffing. Anderzijds kan men de nadruk leggen op de economische betekenis van de waarschijnlijkheid dat de voorwaarde in vervulling gaat. In de vermogensbelasting werd deze laatste mogelijkheid tot uitgangspunt gekozen¹³ en in de Wet IB 1964 werd aangesloten bij het eerste uitgangspunt. Met de invoering van het Besluit IB 1941 werden de kansen op de vervulling van een voorwaarde niet langer geschat. In § 22 van de Leidraad wordt opgemerkt:

‘Het ligt zelfs in de bedoeling, ook al is dit niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht, dat inkomsten welke onder ontbindende voorwaarde zijn genoten als kosten van verwerving worden beschouwd in het jaar, waarin deze inkomsten nadat de ontbindende voorwaarde is ingetreden, zijn terugbetaald’.¹⁴

De vraag rijst nu wat het uitgangspunt is van box 3. Het systeem van heffing is grotendeels ontleend aan de vermogensbelasting die met invoering van de Wet IB 2001 is vervallen.¹⁵ De begrippen ‘bezittingen’ en ‘schulden’ in box 3 zijn gelijk aan die in de vermogensbelasting.¹⁶ Ook voor de waardering van fidei-commissair vermogen is verwezen naar de vermogensbelasting.¹⁷ Voor de waardering van effecten is daarentegen weer uitdrukkelijk afgeweken van de regels van de vermogensbelasting.¹⁸ Met betrekking tot de bezittingen is opgemerkt dat het begrip vermogensrecht zoals neergelegd in artikel 5.3, tweede lid Wet IB 2001 ruimer is dan het begrip vermogensrecht zoals dat in het BW wordt gehanteerd.¹⁹ Niet overdraagbare rechten, zoals het recht van gebruik van een woning, worden eveneens in de vermogensrendementheffing betrokken. Tot slot wijs ik er nog op dat artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f Wet IB 2001 (‘overige vermogensrechten met waarde in het economische verkeer’) is opgenomen als een soort restcategorie.

‘Hieronder vallen alle rechten die enige waarde in het economische verkeer hebben maar, om welke reden dan ook, niet onder de eerdere categorieën vallen.’²⁰

Het geheel overziend lijkt het erop dat voorwaardelijke rechten evengoed tot het box 3 vermogen behoren als onvoorwaardelijke rechten. De heffingssystematiek is sterk

¹² Zie Ch.P.A. Geppart, *Vermogensbelasting*, Deventer 1995, p. 84 en J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1997, p. 60.

¹³ Zie voor een historisch overzicht J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1997, p. 61-62. Zie recentelijk HR 26 januari 2007, *BNB* 2007/126.

¹⁴ Zie J.E.A.M. van Dijck/I.J.F.A. van Vijfeijken, *Het kasstelsel in de Wet IB 2001*, Deventer 2006, p. 148.

¹⁵ Zie ook Redactie *V-N* BP21/1.7. De redactie concludeert aldaar dat de onder de vermogensbelasting ontwikkelde jurisprudentie van belang is voor de uitleg van de begrippen 'bezittingen' en 'schulden' in de Wet IB 2001. In deze zin ook E.J.W. Heithuis, *De forfaitaire vermogensrendementsheffing van box III*, *TFO* december 1999, p. 242.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 228.

¹⁷ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 237.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 247.

¹⁹ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 228.

²⁰ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 727, nr. 3, p. 234.

geënt op de vermogensbelasting en blijktens 5.3, tweede lid, onderdeel f Wet IB 2001 is gekozen voor een zeer ruime betekenis van het begrip bezittingen. In feite vallen hieronder alle rechten die op geld waardeerbaar zijn. Dat zou betekenen dat een recht onder opschortende voorwaarde tot het box 3 vermogen behoort. Bij de waardering van dit recht moet dan rekening worden gehouden met de kans dat de voorwaarde in vervulling gaat. Een recht onder ontbindende voorwaarde behoort tot de bezittingen, maar ook hier moet de kans dat de voorwaarde in vervulling gaat worden geschat.²¹ Past men dit uitgangspunt toe op de herroepelijke schenking dan betekent dit dat de begiftigde het vermogen in box 3 moet aangeven, rekening houdend met de kans dat de schenker gebruik maakt van zijn herroepingsrecht. De schenker is gerechtigd tot het geschonken vermogen onder opschortende voorwaarde. Hij zal dat recht dan ook tot zijn box 3 vermogen moeten rekenen, rekening houdend met de kans dat de voorwaarde in vervulling gaat. Het behoeft geen toelichting dat dit tot onoverkomelijke schattingsproblemen leidt.

Het past ook beter bij het draagkrachtbeginsel en het pay-as-you-go beginsel om aan te sluiten bij de feitelijke situatie. De begiftigde geeft het vermogen voor de volle waarde aan in box 3 en wordt voor het forfaitaire rendement belast. De schenker geeft niets aan.²²

5.3 *De invloed van een wilsrecht*

Als de bevoegdheid tot herroeping niet is gebonden aan een toekomstige onzekere gebeurtenis, maar kan plaatsvinden 'als de schenker het wil', is sprake van een wilsrecht. Als dergelijk wilsrecht tot het box 3 vermogen behoort, zijn de problemen niet anders dan hiervoor geschetst. De schatting van het waarde van het recht zal aanleiding geven tot oeverloze discussies tussen belastingplichtigen en de fiscus. Onder de Wet op de vermogensbelasting 1964 heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 16 maart 1921, B 2736 het volgende overwogen:

'dat de enkele bevoegdheid om iets beneden de waarde te kopen, zonder dat in het minst vaststaat, of ooit van die bevoegdheid zal - zelfs of daarvan ooit kan - worden gebruik gemaakt en of zij dus wel te eniger tijd in een blijvende bron van inkomen zal worden omgezet, niet valt onder de zaken, welke geldswaarde hebben'.

Later heeft de Hoge Raad dit oordeel enigszins genuanceerd en aan dergelijke vorderingen geen geldswaarde toegekend als belanghebbende op de peildatum niet van zins was zijn aanspraken geldend te maken en zijn houding in dit opzicht ook niet afweek van hetgeen naar maatschappelijke opvattingen van hem kon worden verwacht.²³ Als iets geen geldswaarde heeft valt het ook niet onder het hiervoor aangehaald artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f Wet IB 2001.

5.4 *De gevolgen van herroeping*

Het forfaitaire rendement van 4% omvat het totale rendement van het vermogen. Het betreft dus niet alleen de inkomsten die zich losmaken van het vermogensbestanddeel, maar ook de waardeveranderingen van het vermogensbestanddeel zelf. Indien de schenker gebruik maakt van zijn herroepingsrecht en het geschonken vermogen daardoor terugkeert in het vermogen van de schenker komen de waardeveranderingen uiteindelijk de schenker ten goede en niet de begiftigde. De begiftigde is echter

²¹ In L.W. Sillevis e.a. (red.) *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)* losbladig, onderdeel 5.4.1.F wordt voetstoots aangenomen dat voorwaardelijke rechten tot het box 3 vermogen behoren.

²² In deze zin ook M.M. Bavinck en H.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, *WFR* 2005/999 paragraaf 4.3.

²³ HR 13 oktober 1953, *BNB* 1954/337. Voor een overzicht van de jurisprudentie dienaangaande verwijs ik naar *Vakstudie Vermogensbelasting*, losbladig, aantekening 28 op artikel 4.

gedurende al die jaren belast voor het forfaitaire rendement, terwijl een deel hiervan hem uiteindelijk niet ten goede is gekomen. Ik meen dat dit bezwaar geen steek houdt. De inkomstenbelasting is een jaarlijkse heffing en in de jaren dat de begiftigde het geschonken vermogen onder zich had gingen hem de waardeveranderingen aan en genoot hij de inkomsten. Hij is dan ook – in die betreffende jaren – terecht in de heffing betrokken voor het jaarlijkse (forfaitair bepaalde) rendement.

Eerst als wordt herroepen rijst de vraag of dit in dat jaar niet tot gevolgen voor box 3 zou moeten leiden. Laten we het voorbeeld nemen dat het vermogen inclusief de vruchten bij herroeping terugkeren in het vermogen van de schenker. De inkomsten en waardeveranderingen vanaf het moment van de schenking zijn dan in de heffing betrokken bij de begiftigde terwijl deze baten uiteindelijk ten goede komen aan de schenker. Het zou dan ook redelijk zijn als in het jaar van herroeping de begiftigde negatief inkomen ter grootte van de tot dat moment genoten inkomsten in aanmerking zou kunnen nemen en deze baten alsnog, ineens, bij de schenker kunnen worden belast. Deze mogelijkheid biedt het systeem van box 3 echter niet. De heffing over de inkomsten en waardeveranderingen blijft hangen bij de begiftigde.

Keert alleen het vermogensbestanddeel terug in het vermogen van de schenker en blijven de genoten inkomsten achter bij de begiftigde, dan zou – recht doend aan de draagkrachtgedachte – een deel van het forfaitaire rendement alsnog als negatief inkomen bij de begiftigde in aanmerking moeten worden genomen en dat deel zou bij de schenker tot zijn inkomen uit box 3 moeten worden gerekend. Maar, zoals hiervoor al gezegd, is dit binnen de forfaitaire heffingssystematiek van box 3 niet mogelijk. De conclusie uit het voorgaande is, dat na herroeping de belastingheffing uiteindelijk op de verkeerde drukt. Dit geldt voor het volle bedrag bij herroeping inclusief de vruchten en dit geldt deels bij herroeping exclusief de vruchten.

De keerzijde is echter dat eenmaal verleende vrijstellingen aan de begiftigde niet meer zijn terug te draaien na herroeping. Zo zijn beleggingen in durfkapitaal in 2007 tot een bedrag van € 53.421 vrijgesteld.²⁴ Indien de schenker dergelijke beleggingen bezit ter waarde van bijv. € 75.000, is een deel van dat vermogen niet vrijgesteld. Schenkt hij beleggingen in durfkapitaal ter waarde van € 25.000 herroepelijk, dan geniet de schenker een volledige vrijstelling voor dit vermogen (ervan uitgaande dat hij geen overige beleggingen durfkapitaal bezit). Als dan later de schenking wordt herroepen, is de waardeverandering inclusief het rendement gedurende die jaren vrij van inkomstenbelasting gebleven. Het feit dat de waardestijging en de inkomsten uiteindelijk ten goede komen aan de schenker brengt mee dat bij hem ook inkomstenbelasting had moeten worden geheven. De wet biedt geen mogelijkheid om deze heffing alsnog te realiseren.

5.5 Conclusie

Zolang een schenking niet wordt herroepen vindt heffing op grond van box 3 plaats bij de begiftigde. Hij is volledig gerechtigd tot het vermogen. Het recht tot herroeping van de schenker zou moeten worden genegeerd. Wordt het herroepingsrecht aangemerkt als een wilsrecht dan biedt onder de vermogensbelasting gewezen jurisprudentie aanknopingspunten om de waarde van dit recht te negeren. Is sprake van een ontbindende voorwaarde dan leidt de onder de vermogensbelasting ontwikkelde leer tot onoverkomelijke waarderingsproblemen. Onder de inkomstenbelasting werden dergelijke voorwaardelijke rechten tot 2001 genegeerd.

²⁴ Zie artikel 5.16 Wet IB 2001.

Sinds die datum is dit onzeker door de invoering van artikel 5.3, tweede lid, onderdeel f Wet IB 2001.

Herroeping van de schenking leidt niet tot een herziening van de heffing. Keert op grond van de herroeping alleen het vermogensbestanddeel terug naar de schenker en blijven de vruchten bij de begiftigde, dan bestaan er niet veel bezwaren tegen deze gang van zaken. Het forfaitaire rendement van 4% weerspiegelt niet alleen de inkomsten uit het vermogen maar ook de waardeveranderingen. In theorie is het rendement bij de begiftigde – die uiteindelijk alleen de inkomsten heeft genoten – voor een te hoog bedrag in aanmerking te nemen. Het is echter niet doenlijk om deze 4% te splitsen in een inkomensdeel en een vermogensdeel.²⁵ Heeft de begiftigde een vrijstelling genoten voor het betreffende vermogensbestanddeel dan is dit ook (grotendeels) terecht. Hij heeft immers ook de inkomsten uit dat vermogen genoten. Het wordt problematischer als de schenking wordt herroepen inclusief de door de begiftigde genoten inkomsten. De heffing blijft bij de begiftigde hangen. Er bestaat geen mogelijkheid voor verrekening. Tevens kan een door de begiftigde gebruikte vrijstelling niet ongedaan worden gemaakt. Dit leidt tot manipulatiemogelijkheden.²⁶ De vraag rijst of de wetgever hiervoor een oplossing kan bieden die past binnen het systeem van box 3. Een belastingteruggave aan de begiftigde bij een herroeping inclusief de vruchten zou moeten voortvloeien uit het feit dat sprake is van negatief inkomen. In box 3 is hiervoor evenwel geen enkel aanknopingspunt te vinden. Ook als het geschonkene onder een vrijstelling viel bij de begiftigde rijst de vraag hoe ‘reparatie’ van de heffing moet plaatsvinden. Bezien zou moeten worden of de schenker – als het geschonkene zijn vermogen niet had verlaten – die vrijstellingen ook deelachtig zou zijn geworden. Dit zal vaak vanuit administratief oogpunt een onmogelijke opgave zijn.

6 De herroepelijke schenking en box 2

De schenking van aanmerkelijkbelangaandelen leidt tot een vervreemding en daarmee tot een belastbaar feit voor box 2. Zonder twijfel wordt de begiftigde aanmerkelijkbelanghouder. De vraag is echter of de schenker, door het voorbehouden herroepingsrecht, eveneens aanmerkelijkbelanghouder blijft met betrekking tot de geschonken aandelen. Tevens rijst de vraag wat de gevolgen zijn als de schenker gebruik maakt van het herroepingsrecht. Deze aspecten komen in de volgende paragrafen aan de orde.

6.1 Wie is aanmerkelijkbelanghouder?

6.1.1 Alleen de begiftigde is gerechtigd tot de aandelen

Op het moment dat de aandelen worden geschonken aan de begiftigde vindt een vervreemding plaats in de zin van de aanmerkelijkbelangregeling. Door deze rechtshandeling gaan de aandelen uit het vermogen van de schenker over naar het vermogen van begiftigde.²⁷

Stel het aanmerkelijkbelangpakket heeft een waarde in het economische verkeer van € 100.000. De verkrijgingsprijs bedraagt € 20.000. De schenking brengt dan mee dat

²⁵ Bovendien kunnen inkomsten en waardeverminderingen vaak uitgeruild worden. Dit gebeurde onder de Wet IB 1964 vooral door het beleggen in (rente)groefondsen en blote eigendom.

²⁶ Zie ook P. Blokland, De herroepelijke schenking als sturingsmechanisme, *FTV* 2007/25.

²⁷ HR 10 februari 1960, *BNB* 1960/123.

de schenker een vervreemdingswinst realiseert van € 80.000.²⁸ De vraag is of dit anders is bij een herroepelijke schenking. Met Bavinck en Van Joolingen ben ik van mening dat na de schenking de begiftigde de enige gerechtigde is tot de aandelen.²⁹ De schenker is geen aanmerkelijkbelanghouder. Hij heeft slechts een afgeleid belang. Indien het herroepingsrecht als een ontbindende voorwaarde kan worden gekwalificeerd is hiermee de kous af. Is het herroepingsrecht echter afhankelijk van de wil van de schenker dan rijst de vraag of dit wilsrecht is te beschouwen als een optierecht, waardoor de schenker als optiehouder aanmerkelijkbelanghouder blijft. Bavinck en Van Joolingen zijn van mening dat het herroepingsrecht van de schenker naar de letter van de wet wel aan de ruime definitie van artikel 4.4 Wet IB 2001 voldoet ('een recht om aandelen in of winstbewijzen van een vennootschap te verwerven'), maar gezien het anti-ontgaanskarakter van deze bepaling en de bedoeling van de wetgever menen zij dat het herroepingsrecht hier toch niet onder valt. Dit lijkt me een wenselijke uitkomst, en ook gezien de tekst pleitbaar, nu de wetgever ervoor heeft gekozen om na de zinsnede 'recht om aandelen (...) te verwerven' het begrip 'koopoptie' tussen haakjes heeft opgenomen. Dat de wetgever met de ruime tekst van artikel 4.4 Wet IB 2001 ook enkel het oog heeft gehad op *koopopties*, is ook af te leiden uit artikel 4.30 Wet IB 2001, waarin is bepaald hoe moet worden omgegaan met de verkrijgingsprijs van een koopoptie en artikel 4.31 Wet IB 2001 dat uitsluitend een regeling geeft voor de ontvangen vergoeding.³⁰ Een herroepingsrecht is weliswaar een recht om aandelen te verwerven maar is naar haar aard niet op één lijn te stellen met een *koopoptie*, al was het maar omdat de aandelen om niet terugkeren in het vermogen van de schenker.³¹ Ik meen dan ook dat het pleitbaar is om het herroepingsrecht naar de tekst en de bedoeling van de wetgever niet op één lijn is te stellen met een optierecht.

6.1.2 Herroepingsrecht is gelijk aan een optierecht

Desalniettemin ga ik kort in op de gevolgen van het standpunt dat de schenker wel als optiehouder moet worden beschouwd. Hierbij veronderstel ik dat het herroepingsrecht op een zodanig pakket aandelen ziet dat aan de kwantitatieve eisen voor een aanmerkelijk belang is voldaan. Het herroepingsrecht/optierecht leidt tot een aanmerkelijkbelangpositie van de schenker. Dit heeft gevolgen voor de meesleepregeling, de verkrijgingsprijs en de gebruikelijkloonregeling.

Meesleepregeling

Heeft de schenker nog andere belangen in de vennootschap die op zichzelf niet als een aanmerkelijk belang kwalificeren, dan worden deze belangen door de toepassing van de meesleepregeling van artikel 4.9 Wet IB 2001 wel tot zijn aanmerkelijk belang gerekend.

Verkrijgingsprijs

Als het herroepingsrecht als een optierecht kan worden beschouwd, rijst de vraag welke verkrijgingsprijs aan dat herroepingsrecht/optierecht kan worden toegerekend. Analoog aan het hierna nog te bespreken arrest HR 12 september 1990, BNB

²⁸ Artikel 4.19 jo. art. 4.22 Wet IB 2001.

²⁹ M.M. Bavinck en J.F. van Joolingen, Eens gegeven, blijft niet altijd gegeven; de fiscale kwalificatie van de herroepelijke schenking, *WFR* 2005/999, paragraaf 3.2.

³⁰ Zie ook *NDFR*, aantekening 2 op art. 4.31 Wet IB 2001

³¹ Tevens is de inroeping van het herroepingsrecht afhankelijk van een onzekere toekomstige gebeurtenis. Als het al een koopoptie zou zijn, dan in ieder geval een voorwaardelijke koopoptie.

1991/251 kan worden verdedigd dat de winst bij vervreemding niet wordt verminderd door de omstandigheid dat de overeenkomst kan worden ontbonden. Dat betekent dat bij schenking met herroepingsrecht³² de winst gelijk is aan de waarde in het economische verkeer van de aandelen verminderd met de verkrijgingsprijs. Die constatering leidt dan tot de conclusie dat er geen verkrijgingsprijs achterblijft bij de schenker die aan het ‘optierecht’ kan worden toegerekend. Hiermee is ook het belang van artikel 4.30 Wet IB 2001 weg. In dat artikel is bepaald dat de verkrijgingsprijs van een koopoptie wordt gerekend tot de verkrijgingsprijs van de aandelen die krachtens die optie worden verkregen. Dat betekent dat als het herroepingsrecht/optierecht wordt uitgeoefend, dit recht geen invloed heeft op de verkrijgingsprijs. Wordt een herroepingsrecht/optierecht niet uitgeoefend³³, dan is sprake van een fictieve vervreemding op grond van artikel 4.16, eerste lid, onderdeel g Wet IB 2001. De overdrachtprijs is nihil, zodat tot het bedrag van de verkrijgingsprijs een verlies kan worden genomen.³⁴ Hier doet zich het probleem voor hoe moet worden bepaald of een herroepingsrecht al dan niet wordt uitgeoefend. Alleen als het herroepingsrecht aan een vaste termijn is verbonden doet dit probleem zich niet voor, maar veelal is er geen duidelijk aanwijsbaar moment. Dit probleem heeft echter geen enkel praktisch belang, omdat de verkrijgingsprijs van het herroepingsrecht/optierecht nihil is en er dus ook geen verlies kan ontstaan.

Gebruikelijk loonregeling

Omdat de schenker aanmerkelijkbelanghouder blijft, valt hij ook na de schenking onder de reikwijdte van artikel 12a Wet LB 1964, mits hij uiteraard arbeid verricht voor de vennootschap.

6.1.3 Conclusie

De conclusie uit het voorgaande is dat de begiftigde in ieder geval aanmerkelijkbelanghouder wordt met betrekking tot de geschonken aandelen. Met een beroep op de tekst van artikel 4.4 Wet IB 2001 ‘(koopoptie)’ en artikel 4.30 Wet IB 2001 is te verdedigen dat een herroepingsrecht dat enkel van de wil van de schenker afhangt niet kan worden gelijkgesteld met een optierecht. Mocht dit wel het geval zijn dan heeft dit praktische gevolgen voor de meesleepregeling en de gebruikelijkloonregeling.

6.2 Omvang van de aanmerkelijkbelangwinst

Een ontbindende voorwaarde heeft geen invloed op de omvang van de winst. Dit is beslist bij HR 12 september 1990, BNB 1991/251. De winst van de schenker ter zake van de herroepelijke schenking is dus gelijk aan de waarde in het economische verkeer van de aandelen verminderd met zijn verkrijgingsprijs. Er is geen reden om aan te nemen dat dit anders is als het herroepingsrecht als een wilsrecht kan worden beschouwd.

6.3 Gevolgen van de herroeping

6.3.1 Inleiding

³² Onafhankelijk van de vraag of dit recht als een ontbindende voorwaarde dan wel als een wilsrecht moet worden gekwalificeerd.

³³ En doet geen van de situaties zich voor als bedoeld in artikel 4.30, tweede lid Wet IB 2001.

³⁴ Zie L.W. Sillevius e.a. (red.) *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, losbladig, onderdeel 4.6.4.F.

Door de herroeping keren de aandelen terug in het vermogen van de schenker. Hetgeen hierna wordt opgemerkt geldt zowel voor het geval dat het herroepingsrecht als ontbindende voorwaarde kan worden aangemerkt als voor het geval dat het recht als een wilsrecht moet worden beschouwd. Er zijn nu verschillende mogelijkheden. Het laat zich denken dat het aanmerkelijkbelangpakket terugkeert in het vermogen van de schenker, al dan niet vermeerderd met de uitgekeerde vruchten. Ook laat het zich denken dat het aanmerkelijkbelangpakket inmiddels is vervreemd door de begiftigde. Indien bij de herroeping is bepaald dat het recht ook geldend kan worden gemaakt met betrekking tot het vermogen dat hiervoor in de plaats is gekomen, moet weliswaar dit vermogen worden afgestaan aan de schenker, maar heeft de herroeping geen gevolg voor de aanmerkelijkbelangregeling. In het kader van de herroeping gaan immers geen aandelen over.

In het eerste geval moet onderscheid worden gemaakt tussen een herroeping met goederenrechtelijke werking en een herroeping met obligatoire werking. Is sprake van obligatoire werking dan brengt de teruglevering een rechtshandeling mee die een vervreemding in de zin van aanmerkelijkbelangregeling oplevert. Is sprake van goederenrechtelijke werking dan keren de aandelen van rechtswege terug in het vermogen van de schenker. Er is dan geen sprake van een rechtshandeling waarbij aandelen van het vermogen van de begiftigde overgaan in het vermogen van de schenker. Desalniettemin is sprake van een vervreemding, nu artikel 4.16, eerste lid, onderdeel g Wet IB 2001 tot een vervreemding rekent de situatie dat de belastingplichtige ophoudt aanmerkelijkbelanghouder te zijn.

In beide gevallen treedt echter een ontbindende voorwaarde in werking waardoor de aandelen terugkeren in het vermogen van de schenker.

6.3.2 Gevolgen voor de schenker

De vraag is nu of HR 12 september 1990, BNB 1991/251 van overeenkomstige toepassing is. In dat geval waren aandelen in 1981 verkocht onder een ontbindende voorwaarde. Op vordering van de koper werd de overeenkomst in 1982 met terugwerkende kracht ontbonden. Deze gang van zaken leidde ertoe dat in 1981 winst uit aanmerkelijk belang was gerealiseerd en dat in 1982 tot een even groot bedrag sprake was van verlies uit aanmerkelijk belang. De oude verkrijgingsprijs herleefde bij de verkoper.³⁵ Toegepast op het hiervoor aangehaalde voorbeeld leidt het intreden van de ontbindende voorwaarde voor de schenker in dat jaar tot een verlies uit aanmerkelijk belang van € 80.000. Zijn verkrijgingsprijs herleeft en bedraagt € 20.000.

De vraag is of dit arrest ook van toepassing is als een aanmerkelijkbelangpakket wordt geschonken in plaats van verkocht. In het geval dat aan de orde was in het arrest verkocht de aanmerkelijkbelanghouder zijn aandelen in 1981. Indien we bij het aangehaalde voorbeeld blijven levert dit een aanmerkelijkbelangwinst op van € 80.000. Een jaar later wordt de koopovereenkomst ontbonden en moet hij de koopsom van € 100.000 teruggeven aan de koper. Als dit als een tweede vervreemding zou worden beschouwd, leidt dit ertoe dat – bij gelijkblijvende waarde – de koper die teruglevert geen winst uit aanmerkelijk belang realiseert (zijn overdrachtprijs (100.000) is immers gelijk aan zijn verkrijgingsprijs) en de verkoper een verkrijgingsprijs heeft van de waarde op het moment van teruglevering (i.c. € 100.000). De Hoge Raad overweegt:

³⁵ Dat is niet uitdrukkelijk door de Hoge Raad overwogen maar inherent aan de omstandigheid dat een verlies in 1982 kon worden genomen.

‘4.3. (...) Het gevolg van deze wetstoepassing is dat belasting wordt geheven over winst uit aanmerkelijk belang, terwijl de voor de aandelen ontvangen koopprijs weer aan de wederpartij moet worden terugbetaald uit kracht van de - reeds bij de overeenkomst tot vervreemding bedongen, onder bepaalde voorwaarden intredende - ontbinding van de overeenkomst in een later jaar.

Dit gevolg is zo onaanvaardbaar, dat een redelijke, zoveel mogelijk in het wettelijk stelsel van heffing ter zake van winst uit aanmerkelijk belang passende, wetstoepassing meebrengt in gevallen als het onderwerpelijke aan te nemen dat in het jaar waarin de overeenkomst tot vervreemding wordt ontbonden door de werking van een reeds bij die overeenkomst gemaakt beding, artikel 60 van de Wet (verlies uit a.b.; IvV) van overeenkomstige toepassing is op het bedrag van de aanvankelijk geconstateerde winst uit aanmerkelijk belang.’

De Hoge Raad vindt het onaanvaardbaar dat over winst uit aanmerkelijk belang wordt geheven terwijl per saldo geen koopprijs wordt ontvangen. De verkoper verkocht zijn pakket en kreeg het noodgedwongen weer terug. De Hoge Raad beperkt zijn overwegingen niet tot de koopovereenkomst, maar spreekt meer in het algemeen van een ‘overeenkomst tot vervreemding’.

Ik meen dat dit arrest niet van toepassing is op de herroeping van een schenking. Het aanmerkelijk belang is geschonken door de schenker. Dan kan moeilijk worden volgehouden dat het onaanvaardbaar is dat wordt geheven terwijl geen koopsom wordt ontvangen. De wetgever heeft er immers uitdrukkelijk voor gekozen om in dat soort gevallen de tegenprestatie te stellen op de waarde in het economische verkeer. In het onderhavige arrest keert het pakket ‘ongewild’ terug in het vermogen van de verkoper. Bij een herroepelijke schenking keert het pakket terug bij de schenker, omdat hij dat wil of omdat zich een – bij de schenking nader omschreven – gebeurtenis voordoet die aanleiding geeft tot ontbinding. In feite dus ook omdat de schenker het wil. Bij de schenking heeft hij het herroepingsrecht niet voor niets voorbehouden. Hij wil bijvoorbeeld kunnen herroepen als zijn kind het aandelenpakket niet juist beheert, of als hij zelf in financiële nood komt te verkeren. Als hij kan herroepen doet zich blijkbaar een situatie voor waarbij de schenker het wenselijk acht dat het pakket bij hem terugkeert. In tegenstelling tot het geval van BNB 1991/251 is de terugkeer van de aandelen nu gewild door de vervreemder. Ik zie dan ook geen reden om de aanmerkelijkbelangwinst die ter gelegenheid van de schenking is gerealiseerd, ongedaan te maken met een beroep op de redelijke wetstoepassing.

6.3.3 Gevolgen voor de begiftigde

De begiftigde heeft een aanmerkelijk belang verkregen voor € 100.000. Stel dat het pakket ten tijde van de herroeping een waarde heeft van € 120.000. De herroeping brengt mee dat de begiftigde zijn aanmerkelijkbelangpakket vervreemdt aan de schenker. Deze vervreemding levert hem een winst op van € 20.000.

De vraag is of dit redelijk is. De begiftigde realiseert dit voordeel niet. Weliswaar gaat de wetgever ervan uit dat de overdracht van een aanmerkelijk belang zonder tegenprestatie eveneens wordt aangemerkt als de overdracht van de aandelen tegen de waarde in het economische verkeer, maar dit is gebaseerd op de gedachte dat het de vrije keuze van de aanmerkelijkbelanghouder is om zijn aandelen tegen onzakelijke condities over te dragen. Daarvan is voor de begiftigde bij herroeping geen sprake. Buiten zijn wil om verlaat het pakket zijn vermogen, zij het dat hij deze mogelijkheid wel heeft aanvaard bij het aangaan van de schenking. De vraag is dan of de Hoge Raad dit gevolg, analoog aan BNB 1991/251, zo onaanvaardbaar vindt dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat bij de begiftigde geen aanmerkelijkbelangwinst in aanmerking wordt genomen en dat het aandelenpakket naar de waarde ten tijde van de schenking (i.c. € 100.000) terugkeert in het vermogen

van de schenker. De verkrijgingsprijs van de schenker bedraagt dan € 100.000. Als men hiervan uitgaat heeft dit ook te gelden als de aandelen in waarde zijn gedaald. Bij de begiftigde ontstaat winst noch verlies door de herroeping en voor de schenker geldt als verkrijgingsprijs de waarde van de aandelen op het moment van schenking.

Betoogd kan ook worden dat het niet onaanvaardbaar is om de begiftigde te belasten voor de waardeveranderingen van het pakket gedurende zijn bezitsperiode. Hij is in die tijd aanmerkelijkbelanghouder geweest en door de aanneming van de herroepelijke schenking heeft hij ingestemd met de mogelijkheid dat het pakket te zijner tijd (onder nadere voorwaarden) uit zijn vermogen terug in dat van de schenker zou kunnen keren. Mijn voorkeur gaat uit naar de tweede visie. De begiftigde wordt in dat geval weliswaar belast voor waardeveranderingen die hij niet heeft 'gecasht', maar tijdens zijn bezitsperiode gingen alleen hem de waardeveranderingen aan en door het aanvaarden van het herroepingsrecht heeft hij dit risico zelf over zich afgeroepen. Het ligt dan op de weg van partijen om bij het aangaan van de schenkingsovereenkomst tevens een regeling te treffen aangaande de fiscale gevolgen van de mogelijke herroeping.

6.3.4 Conclusie

Indien gebruik wordt gemaakt van het herroepingsrecht bestaan er in feite drie mogelijkheden.

- De wet geeft geen tegemoetkoming, hetgeen betekent dat de schenking en herroeping aanleiding geven tot twee belastbare feiten. Één ten tijde van de schenking en één ten tijde van de herroeping.
- BNB 1991/251 wordt naar analogie toegepast. In dat geval vindt heffing plaats ten tijde van de schenking. Bij de herroeping wordt deze winst teruggenomen en herleeft de oude verkrijgingsprijs van de schenker. Bij de begiftigde wordt winst noch verlies in aanmerking genomen bij de herroeping.
- Met een beroep op een redelijke wetstoepassing wordt bij de herroeping winst noch verlies geconstateerd. De oorspronkelijke winst van de schenker blijft echter gehandhaafd. Zijn verkrijgingsprijs bedraagt de waarde in het economische verkeer van de aandelen ten tijde van de schenking.

Naar mijn mening kan de heffing die op grond van mogelijkheid 1 bij de begiftigde plaatsvindt (of verlies als de waarde van de aandelen is gedaald) niet als apert onredelijk worden bestempeld. Hij heeft immers ingestemd met het herroepingsrecht en dit risico met open ogen aanvaard. Het is wel raadzaam om bij het aangaan van een herroepelijke schenking afspraken te maken over de (mogelijke) belastinggevolgen die de herroeping met zich mee kan brengen.

6.4 Herroeping en reguliere voordelen

6.4.1 Fiscale behandeling van terugbetaalde reguliere voordelen

Na de schenking van het aanmerkelijkbelangpakket geniet de begiftigde de reguliere voordelen. Hij wordt voor deze voordelen belast in box 2. De herroeping van de schenking kan gepaard gaan met de verplichting om ook de ontvangen inkomsten uit dit aanmerkelijk belang uit te keren aan de schenker. Deze verplichting valt terug te voeren op een beding dat deel uitmaakt van de schenkingsovereenkomst. In HR 20 januari 1988, BNB 1988/122 heeft de Hoge Raad beslist dat sprake is van negatieve inkomsten indien en voorzover een verplichting tot terugbetaling bestaat. In dit geval is geen sprake van een terugbetaling (aan de vennootschap) maar van een doorbetaling (aan de schenker). Algemeen wordt echter aangenomen dat ook een

verplichting om de inkomsten aan een ander af te staan bij de oorspronkelijk genietter leidt tot een negatieve inkomst.³⁶ Ik zie geen reden om hier nu anders over te oordelen.³⁷

De schenker ontvangt de reguliere voordelen die destijds door de begiftigde zijn genoten. Voor hem – de schenker – is dus geen sprake van een regulier voordeel. Hij ontvangt iets ter vervanging van inkomen. Onder de Wet IB 1964 was heffing bij de schenker mogelijk op grond van artikel 31, eerste lid Wet IB 1964 en na de herziening van het aanmerkelijkbelangregime met ingang van 1 januari 1997 op grond van artikel 20b, eerste lid, onderdeel e Wet IB 1964. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de huidige Wet IB 2001. Hierdoor ontstaat een heffingslek.

6.4.2 Conclusie

Gezien de jurisprudentie inzake negatieve inkomsten, ligt het voor de hand om de door de begiftigde aan de schenker betaalde inkomsten als negatief inkomen in aanmerking te nemen bij de begiftigde. Door het ontbreken van een ‘vervangingsartikel’ in box 2 kan echter geen heffing bij de schenker plaatsvinden. Het ligt op de weg van de wetgever om dit ‘heffingslek’ te dichten.

6.5 Conclusie

Een herroepelijke schenking van aanmerkelijkbelangaandelen brengt mee dat de begiftigde aanmerkelijkbelanghouder wordt. De schenker geniet winst uit aanmerkelijk belang voor het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van de aandelen en zijn verkrijgingsprijs. Zoals ik hiervoor heb betoogd ben ik van mening dat de herroeping een nieuwe vervreemding met zich meebrengt die aanleiding geeft voor heffing (of teruggave in geval van een aanmerkelijkbelangverlies) bij de begiftigde. BNB 1991/251 is in dit geval naar mijn mening niet van toepassing en evenmin is er sprake van een aperte onbillijkheid, die een beroep op de redelijke wettoepassing rechtvaardigt, waardoor heffing bij de begiftigde achterwege blijft. Indien partijen een herroepingsrecht verbinden aan een schenking doen zij er verstandig aan om tevens een regeling te treffen over de (mogelijke) fiscale gevolgen.

Moeten ook de inkomsten worden terugbetaald aan de schenker dan leidt dit naar mijn mening tot negatieve inkomsten bij de begiftigde. Heffing over hetgeen de schenker ter vervanging van inkomen geniet is niet mogelijk. Hierdoor ontstaat een heffingslek.

7 De herroepelijke schenking en winst uit onderneming

7.1 Inleiding

De herroepelijke schenking van ondernemingsvermogen ligt gecompliceerder. Verschillende mogelijkheden passeren hierna de revue. In de eerste plaats wordt ingegaan op de situatie dat een enkel activum vanuit het ondernemingsvermogen herroepelijk wordt geschonken. Daarna wordt stilgestaan bij de herroepelijke schenking van een gehele onderneming, waarbij tot slot ook aandacht wordt besteed

³⁶ In HR 17 maart 1993, *BNB* 1993/144 spreekt de Hoge Raad van ‘(terug)betaling’.

³⁷ Voor deze negatieve inkomsten geldt de beperkte verliesverrekeningsmogelijkheid van artikel 4.49 Wet IB 2001. De carry-back-termijn bedraagt maar één jaar. Ervan uitgaande dat de inkomsten gedurende enkele jaren jaarlijkse zijn genoten kan slechts een klein deel van de negatieve inkomsten teruggewenteld worden naar het voorafgaande jaar. Het overige verlies zal na ommekomst van twee kalenderjaren – volgens het bepaalde in artikel 4.53 Wet IB 2001 – in de vorm van een belastingkorting kunnen worden verrekend met de box 1 heffing.

aan de fiscale gevolgen die een terugbetaling van de winst aan de schenker met zich mee zou kunnen brengen.

7.2 *Herroepelijke schenking van één activum*

De schenking van bijvoorbeeld het bedrijfspand door de ondernemer aan zijn zoon leidt tot een onttrekking. Het totaalwinstconcept brengt nu mee dat het verschil tussen de waarde in het economische verkeer van het pand en de boekwaarde tot de winst van de schenker/ondernemer wordt gerekend in het jaar waarin de schenking plaatsvindt.³⁸

Afhankelijk van de wijze waarop de begiftigde het pand gebruikt, zal dit behoren tot zijn box 3 vermogen of zijn box 1 vermogen. Dit laatste geval doet zich bijvoorbeeld voor als hij het pand ter beschikking blijft stellen aan de onderneming van zijn vader en deze ter beschikking stelling ongebruikelijk is³⁹ of als hij het pand in zijn eigen onderneming gaat gebruiken. In alle gevallen wordt de begiftigde dan belast voor de waardeveranderingen en de inkomsten.

Indien in een later jaar de schenking wordt herroepen, keert het bedrijfsmiddel (het pand) terug in het vermogen van de ondernemer en zal het weer deel gaan uitmaken van het ondernemingsvermogen.

Zwemmer is van mening dat de schenker de afschrijving over de periode dat het pand tot het vermogen van de begiftigde behoorde alsnog ineens als bedrijfslast ten laste van zijn jaarwinst mag brengen. De waardeverandering van het pand is sinds de schenking uiteindelijk voor rekening van de schenker gekomen.⁴⁰ Ik betwijfel dit.

Door de ontbinding van de schenking is de waardeverandering van het pand weliswaar uiteindelijk voor rekening van de schenker gekomen, maar dat wil niet zeggen dat deze waardeverandering ook zijn bedrijfsresultaat beïnvloedt of behoort te beïnvloeden. Destijds heeft de schenking van het pand geleid tot een onttrekking van het pand aan de ondernemingssfeer. Het is vervolgens vanuit de privésfeer geschonken aan het kind. Als het pand nu terugkeert in het vermogen van de schenker ligt het meer voor de hand om de waardeveranderingen toe te rekenen aan de privésfeer. Eerst als het pand weer terugkeert in het vermogen van de schenker is het weer dienstbaar aan het ondernemingsvermogen en eerst vanaf dat moment beïnvloedt het pand weer de jaarwinst.

Als gezegd, kan het pand bij de begiftigde hebben behoord tot zijn box 3 vermogen (zie voor de gevolgen § 5), tot zijn t.b.s.vermogen (zie hierna § 8) of tot zijn ondernemingsvermogen. In dit laatste geval is het pand ten tijde van de verkrijging krachtens schenking bij hem naar de waarde in het economische verkeer opgenomen op zijn balans. Afschrijvingen op dit pand hebben vervolgens zijn jaarwinst beïnvloed. Als de schenking wordt ontbonden en het pand terugkeert in het vermogen van de schenker verlaat het pand het ondernemingsvermogen van de begiftigde. Dit vormt een onttrekking en leidt tot een winst in dat jaar voor het verschil tussen de werkelijke waarde en de boekwaarde. Zwemmer komt via een andere redenering tot dezelfde uitkomst. Omdat de waardeveranderingen van het pand uiteindelijk voor rekening van de schenker zijn gekomen – en dus niet voor rekening van de begiftigde – dient de winst van de begiftigde in het jaar van herroeping te worden gecorrigeerd met de afschrijvingen. Deze zijn naar zijn mening ten onrechte door de begiftigde

³⁸ In deze zin ook J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1997, p. 23

³⁹ Zie artikel 3.91, derde lid Wet IB 2001.

⁴⁰ J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1997, p. 23.

genomen.⁴¹ Deze gecorrigeerde afschrijvingen verminderen het verschil tussen de werkelijke waarde en de boekwaarde.

Stel het pand heeft ten tijde van de schenking een werkelijke waarde van € 200.000. Tussen de schenking en de herroeping is een periode van vijf jaar verstreken. Ten tijde van de herroeping is de werkelijke waarde € 210.000. In die vijf jaar heeft de begiftigde jaarlijks € 10.000 afgeschreven. De boekwaarde van het pand bedraagt dan na vijf jaar € 150.000. De herroeping leidt in dat jaar tot een winst bij de begiftigde van € 60.000. Ik zie geen reden om de afschrijvingen te corrigeren. Het pand heeft al die jaren tot zijn ondernemingsvermogen behoord. De waardeveranderingen kwamen in die periode voor rekening en risico van de begiftigde. Eerst door de herroeping komt hierin verandering. In de redenering van Zwemmer worden de afschrijvingen bij de begiftigde gecorrigeerd in het jaar van herroeping. Tot de winst behoort daarom in dat jaar € 50.000.⁴²

In mijn visie wordt de begiftigde terzake van de herroeping per saldo belast voor € 10.000 (het restant van de winst - € 50.000 - heeft in de voorafgaande vijf jaren immers geleid tot een verlaging van zijn winst). De vraag of dit redelijk is. De begiftigde heeft weliswaar gedurende vijf jaar het pand in eigendom gehad, maar door de herroeping is dit pand teruggekeerd naar de schenker, waardoor de begiftigde de waardestijging van € 10.000 niet heeft 'gecasht'. Ik meen dat dit resultaat niet apert onredelijk is. De begiftigde heeft bij de aanvaarding van de schenking ingestemd met het herroepingsrecht en daarmee het risico van herroeping en de daarmee samenhangende gevolgen aanvaard. Als hij deze gevolgen niet wenst kan hij het herroepingsrecht (of de schenking) niet aanvaarden of kan hij met de schenker overeenkomen dat hij de belastingheffing, die wordt opgeroepen door de herroeping, op de schenker kan verhalen.

7.3 *De herroepelijke schenking van een onderneming*

Vooropgesteld moet worden dat de schenking van een 'onderneming' als zodanig niet kan plaatsvinden.⁴³ Elk afzonderlijk activum en passivum moet worden geschonken en geleverd. Het herroepingsrecht kan dus ook alleen betrekking hebben op deze geschonken activa en passiva. Door het kind gekweekte goodwill of aangeschafte bedrijfsmiddelen keren bij gebruikmaking van het herroepingsrecht niet terug in het vermogen van de schenker.⁴⁴

Er is geen kant en klare oplossing voor deze figuur. Hieronder bespreek ik verschillende invalshoeken.

7.3.1 Verwaarlozing herroepingsrecht

⁴¹ J.W. Zwemmer, *Fiscaal- en civielrechtelijke aspecten van voorwaarde en tijdsbepaling*, Deventer 1997, p. 24.

⁴² Zwemmer laat zich niet expliciet uit over de fiscale behandeling van de autonome waardestijging van het pand (i.c.€ 10.000), maar ik meen te begrijpen dat hij deze niet in aanmerking wil nemen bij de begiftigde maar bij de schenker.

⁴³ Anders is dit wanneer men de onderneming rechtens aanmerkt als een algemeenheid van goederen en schulden en het recht op die algemeenheid, d.w.z. de onderneming als geheel, kwalificeert als een vermogensrecht in de zin van artikel 3:6 BW (in de waarde van welk recht dan ook de goodwill tot uitdrukking komt). Deze benadering vindt men in A. Pitlo/M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* Deventer 2006, p. 28-38; zie ook J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten*, Deventer 2003, p. 210.

⁴⁴ Tenzij men de in de noot hiervoor vermelde algemeenheid van goederen aanneemt. In dat geval zou het herroepingsrecht betrekking hebben op deze algemeenheid van goederen en omvat dit tevens de goodwill en nieuw aangeschafte bedrijfsmiddelen.

In de eerste plaats kan het herroepingsrecht worden verwaarloosd. Dat betekent dat de schenking van de onderneming (van het ondernemingsvermogen?) een staking met zich meebrengt bij de schenker. De begiftigde wordt door de schenking ondernemer en neemt alle activa en passiva naar de waarde in het economische verkeer op, op zijn openingsbalans. Is artikel 3.63 Wet IB 2001 van toepassing, dan gaat de begiftigde verder op de boekwaarden van de schenker.

Bij de herroeping keert het ondernemingsvermogen terug naar de schenker. Door de herroeping houdt de begiftigde op ondernemer te zijn en staakt daarmee zijn onderneming. Afrekening over de stille en fiscale reserves is nu onontkoombaar. Aan de voorwaarden voor doorschuiving als bedoeld in artikel 3.63 Wet IB 2001 zal in de regel immers niet zijn voldaan.⁴⁵ In dit geval wordt de begiftigde inkomstenbelasting verschuldigd over de waarde van de stille en fiscale reserves, die hij niet realiseert. Dat doet zich ook voor als een onderneming (ondernemingsvermogen?) om niet wordt overgedragen. De schenker moet afrekenen terwijl hij niets realiseert. Beide figuren zijn wellicht niet helemaal op één lijn te stellen. Bij de schenking van ondernemingsvermogen heeft de schenker de regie in handen. Hij beslist of en wanneer hij schenkt. Wordt een schenking herroepen, dan 'overkomt' dit de begiftigde. De ontbindende voorwaarde doet zich voor of de schenker maakt gebruik van zijn wilsrecht. Met het aanvaarden van de herroepelijkheid heeft de begiftigde de regie uit handen gegeven. Daar staat echter tegenover dat hij die herroeping heeft aanvaard en daarmee ook de mogelijke gevolgen. Bovendien heeft de begiftigde tot aan de herroeping de revenuen uit het ondernemingsvermogen genoten en de afschrijvingen in aanmerking kunnen nemen. De onderneming is tot aan de herroeping voor zijn rekening en risico gedreven en door de herroeping, die hij heeft aanvaard, is hij nu verplicht die onderneming terug over te dragen. Dit leidt dan tot stakingswinst (of -verlies) bij de begiftigde. De schenker gaat verder op de waarde in het economische verkeer.

7.3.2 Doorschuiving ten tijde van de herroeping

De tweede mogelijkheid bestaat hierin dat afrekening bij de begiftigde achterwege blijft. In dat geval verloopt de heffing als volgt. De herroepelijke schenking van de onderneming betekent een staking voor de schenker. Deze staking gaat al dan niet gepaard met stakingswinst, afhankelijk van de vraag of de doorschuiffaciliteit van artikel 3.63 Wet IB 2001 wordt toegepast. Als de schenking wordt herroepen vindt weliswaar een staking plaats bij de begiftigde maar een redelijke wetstoepassing brengt nu mee dat deze staking niet leidt tot enige stakingswinst. Het ondernemingsvermogen keert terug naar de schenker. Om een sluitende heffing te bereiken zou hij dan verder moeten gaan op de boekwaarden van de begiftigde ten tijde van de herroeping. Hiervoor is echter een wetswijziging nodig. Ik zie geen ruimte voor een rechter om met een beroep op de redelijke wetstoepassing een doorschuiffaciliteit te creëren. Het systeem van de wet gaat uit van subjectieve belastingplicht van de ondernemer. Zodra hij staakt, moet hij afrekenen. Een uitzondering op dit systeem wordt gevormd door doorschuifmogelijkheden die de wet biedt bij overlijden, huwelijk en echtscheiding. Mocht een doorschuifregeling wenselijk zijn, dan ligt het naar mijn mening op de weg van de wetgever om hiervoor een wettelijke regeling te ontwerpen. Een 'rechterlijke' doorschuiffaciliteit maakt een

⁴⁵ Hierbij heb ik het oog op de voorwaarde dat de mede-ondernemer of werknemer aan wie kan worden doorgeschoven drie jaar werkzaam moet zijn geweest in de onderneming.

zodanige inbreuk op de wetssystematiek dat dit niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de redelijke wetstoepassing.

7.3.3 Stakingswinst begiftigde wordt belast bij schenker

Een andere mogelijkheid is om de stakingswinst die de begiftigde realiseert in het kader van de terugoverdacht, niet bij hem in aanmerking te nemen maar bij de schenker. Hiervoor kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie die omtrent de voorperiode-winst is ontwikkeld. Kort gezegd komt deze erop neer dat de winst die wordt behaald gedurende de voorperiode wordt belast bij de BV in het eerste boekjaar na de totstandkoming. Komt de BV niet tot stand, dan wordt deze winst alsnog in aanmerking genomen bij de inbrenger. Naar analogie van deze jurisprudentie zou kunnen worden betoogd dat de stille en fiscale reserves, die in beginsel toekomen aan de ondernemer/begiftigde, door de herroeping alsnog toekomen aan de schenker. Ik zie echter geen ruimte voor de rechter om binnen het systeem van de wet de belastingheffing van de begiftigde te verschuiven naar de schenker. De vraag is ook of het zo onredelijk is dat de begiftigde wordt belast voor de stakingswinst die hij niet 'casht'. De onderneming is al die jaren voor zijn rekening en risico gedreven. De stille en fiscale reserves die in die periode zijn ontstaan, hebben zijn jaarwinst gedrukt. Zo heeft hij afschrijvingen gepleegd. Heffing over de aanwezige stille en fiscale reserves corrigeert die 'gedrukte' jaarwinst. Naast de stille reserves die zijn ontstaan door afschrijvingen, kan ook de waarde van activa in de loop der tijd zijn gestegen. Zoals hiervoor onder 7.3.2 opgemerkt is er geen overwegend bezwaar tegen heffing over die winst bij de begiftigde. Heffing is een gevolg van de herroeping, welke mogelijkheid door de begiftigde bij het aannemen van de schenking is aanvaard. Ongewenste fiscale gevolgen van de herroeping kunnen contractueel afgedekt worden.

7.3.4 Toepassing van het gereede-kans-criterium

Een andere mogelijkheid is om ten tijde van de schenking het herroepingsrecht niet te verwaarlozen. Met de kans dat de schenking wordt herroepen moet dan rekening worden gehouden en in navolging van de jurisprudentie die is ontwikkeld rondom huurkoop kan dan uitstel van winstneming worden toegestaan indien een gereede kans bestaat dat het ondernemingsvermogen terugkeert in het vermogen van de schenker.⁴⁶ Ik meen echter dat deze parallel geen oplossing biedt. Aangezien bij een herroepelijke schenking onzeker is of de onderneming terugkeert in het vermogen van de schenker en ook veelal de kans dat dit gebeurt moeilijk in te schatten zal zijn, zal praktisch niet vaak sprake zijn van een 'gereede kans'.

7.3.5 Toepassing van BNB 1991/251

Een andere mogelijkheid is gelegen in een analoge toepassing van HR 12 september 1990, BNB 1991/251. Dit arrest is besproken in § 6.3.2. Dat zou betekenen dat de herroeping geen stakingswinst bij de begiftigde doet ontstaan en bij de schenker een 'negatieve stakingswinst' in aanmerking wordt genomen ter hoogte van de stakingswinst ten tijde van de schenking en dat hij vervolgens op zijn oude boekwaarden verder gaat. Er wordt, kortom, gedaan of de hele overdracht niet heeft plaatsgevonden. Zoals ik in § 6.3.2 heb beargumenteerd is dit arrest niet – naar analogie – van toepassing.

7.4 Het herroepingsrecht betreft ook de winst

⁴⁶ HR 1 maart 1981, BNB 1981/143.

Zoals we hiervoor al hebben gezien kan het herroepingsrecht inhouden dat niet alleen het geschonken vermogen terugkeert in het vermogen van de schenker, maar ook de revenuen van dat vermogen sinds de schenking. Dat betekent dat de begiftigde niet alleen het ondernemingsvermogen dient terug over te dragen, maar ook de winsten die hij heeft behaald. Het komt mij redelijk voor dat hij een arbeidsbeloning kan achterhouden. De jaarwinst is immers een resultante van de combinatie arbeid en kapitaal. De jaarwinst verminderd met een redelijke arbeidsvergoeding zou dan kunnen worden beschouwd als de opbrengsten van het vermogen. Ook hier laten zich verschillende mogelijkheden denken die in de paragraaf hiervoor zijn geschetst. Met dit verschil dat in het onderhavige geval ook alle revenuen terugkeren aan de schenker. De begiftigde is dan in de voorafgaande jaren belast voor inkomen dat hij uiteindelijk dient af te staan aan de schenker. Een analoge toepassing van negatieve inkomsten ligt dan voor de hand. In dit geval biedt de 'voorperiodejurisprudentie' dan wel een redelijke uitkomst. De schenker geniet in het jaar van terugoverdracht een negatieve winst ter grootte van de terug te betalen revenuen. Deze worden, inclusief de stakingswinst, bij de schenker belast als nagekomen bedrijfsbate. De vraag is echter of een rechter zover wil gaan. Het is daarom raadzaam om bij het aangaan van een schenking met herroeping, waarbij ook de vruchten kunnen worden herroepen regelingen te treffen over de omvang van de terug te betalen baten (exclusief een redelijke arbeidsbeloning?) en indien geen 'belastingherstel' plaatsvindt bij de begiftigde, dat hij in dat geval slechts de netto inkomsten hoeft af te staan.

7.5 Conclusie

De schenking van ondernemingsvermogen leidt tot afrekening bij de schenker. Herroeping van de schenking leidt tot afrekening bij de begiftigde (uiteeraard voorzover het vermogen ook voor hem ondernemingsvermogen vormt). De uitgangspunten van heffing – per subject wordt de winst bepaald – leidt ertoe dat heffing over waardeveranderingen bij de begiftigde zal plaatsvinden. Ik zie geen ruimte voor de rechter om hier een soort doorschuifregeling voor te verzinnen. Alleen in het geval dat ook de inkomsten eveneens bij herroeping moeten worden afgestaan, zou analoge toepassing van de voorperiodejurisprudentie kunnen worden bepleit. Afgezien van de civielrechtelijke haken en ogen de kleven aan de herroepelijke schenking van een gehele onderneming (waar ziet het herroepingsrecht precies op?) zijn de fiscale gevolgen van de herroeping zeer ongewis. Mochten partijen zich toch in dit avontuur willen storten, dan is het raadzaam om over de (mogelijke) fiscale gevolgen van de herroeping afspraken te maken.

8 Ter beschikking gesteld vermogen

Voor t.b.s.-vermogen levert de herroepelijke schenking dezelfde problemen op als bij de hiervoor beschreven gevolgen m.b.t. winst uit onderneming. Indien de schenker een pand ter beschikking stelt aan zijn vennootschap behoort dit pand tot zijn t.b.s.-vermogen. Als hij dit pand vervolgens schenkt aan zijn kind eindigt de t.b.s.-regeling en moet de ouder afrekenen over het verschil tussen de boekwaarde en de werkelijke waarde.⁴⁷ Het pand is vervolgens eigendom van het kind en wordt bij dit kind belast

⁴⁷ Er bestaat geen mogelijkheid tot doorschuiving, ook niet als het kind ook aanmerkelijkbelanghouder zou zijn in de betreffende vennootschap. Zie artikel 3.95 Wet IB 2001.

in box 3 tenzij ook voor dit kind sprake is van t.b.s.-vermogen.⁴⁸ Als dan herroeping van de schenking plaatsvindt keert het pand terug in het vermogen van de schenker. In dit geval zal de begiftigde de waardeinstijging (of –daling) niet ‘cashen’ en hiervoor toch in de heffing worden betrokken. Evenals hiervoor in § 7 opgemerkt, zie ik geen mogelijkheden om de heffing bij de begiftigde achterwege te laten. Het is daarom ook hier raadzaam om bij de aanvaarding van het herroepingsrecht ook afspraken te maken over de fiscale gevolgen die de herroeping met zich mee kan brengen.

9 Eigen woning

Bij schenking van de eigen woning is dit pand voor de schenker niet langer een eigen woning. Hij draagt immers de eigendom van het pand over. Afhankelijk van het gebruik dat de begiftigde van de woning maakt, komt dit pand bij hem in box 1 of box 3 terecht. Herroeping betekent dat het pand weer eigendom wordt van de schenker. Voor de toepassing van de inkomstenbelasting moet dan opnieuw worden bezien of het pand bij hem in box 1 of box 3 belandt.

10 Lijfrentepolis

De gefacilieerde lijfrente maakt eveneens deel uit van box 1. Schenking van zo’n polis leidt echter tot zodanige fiscale sancties dat dit zich in de praktijk niet voordoet.⁴⁹ Alleen de zgn. oud-regime-polissen kunnen nog zonder fiscale sancties worden geschonken.⁵⁰ De schenking van dergelijke polissen kan worden gerealiseerd door de begunstiging van (bijv.) het kind⁵¹ herroepelijk te laten zijn, waardoor bij elke termijn opnieuw wordt vastgesteld dat deze – wegens het niet herroepen van de begunstiging – door de ouder is geschonken aan het kind. Ieder jaar is dan sprake van een gift voor het bedrag van de termijn. Deze vorm van schenking van lijfrentetermijnen wordt in de praktijk vaak verkozen boven de hierna te bespreken schenking van een polis, omdat bij deze vorm sprake is van samenloop van schenkingsrecht en inkomstenbelasting, zodat de vrijstelling van artikel 33, eerste lid, sub 9 SW van toepassing is.

Een herroepelijke schenking van deze termijnen is niet mogelijk omdat het kind – zolang de ouder de begunstiging niet herroept – verkrijgt uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst en daarmee een zelfstandig recht heeft jegens de

⁴⁸ Dit doet zich bijvoorbeeld voor als het kind het pand ter beschikking stelt aan een vennootschap waarin hij een aanmerkelijk belang bezit. Ook als sprake is van een ongebruikelijke ter beschikking stelling aan de vennootschap van de ouder kan op het kind de t.b.s.regeling van toepassing zijn (artikel 3.92, derde lid Wet IB 2001).

⁴⁹ Zie artikel 3.125, eerste lid jo. artikel 3.133, eerste lid en tweede lid, onderdeel b Wet IB 2001 (negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen) en artikel 30i AWR (revisierente).

⁵⁰ Zie voor een definitie artikel 75 Wet IB 1964 en voor de eerbiedigende werking van dit artikel onderdeel O, eerste lid Invoeringswet IB 2001. Het betreffen kort gezegd overeenkomsten van lijfrenten die uiterlijk op 15 oktober 1990 tot stand zijn gekomen. Artikel 25, derde lid en artikel 45, eerste lid, onderdeel g Wet IB 1964 (tekst 1991) stelden geen eisen aan de ontvanger/uitkeringsgerechtigde.

⁵¹ Waarbij het moet gaan om een meerderjarig kind, omdat de inkomsten uit lijfrenten van minderjarige kinderen destijds werden toegerekend aan de ouder (artikel 5, elfde lid Wet IB 1964 (tekst 1991)) en deze regel krachtens onderdeel O, eerste lid Invoeringswet Wet IB 2001 nog steeds geldt voor dergelijke inkomsten.

verzekeringsmaatschappij.⁵² Er is sprake van een materiële schenking per termijn, maar er komt geen schenkingsovereenkomst tot stand per termijn. Het is civielrechtelijk dan ook niet mogelijk om aan de geschonken termijnen een herroepingsrecht te verbinden.⁵³

Een herroepingsrecht kan wel worden verbonden aan de schenking van een polis als zodanig.⁵⁴ De schenking van de polis is een belastbaar feit voor het schenkingsrecht. De termijnen worden bij het kind belast in box 1.⁵⁵ Wordt de schenking herroepen en keert de polis daarmee terug in het vermogen van de schenker, dan wordt hij belast voor de lijfrentetermijnen die nadien verschijnen. Moet het kind ook de verschenen termijnen terugbetalen aan de ouder dan is sprake van een negatieve inkomst bij het kind en bij de ouder zijn deze termijnen dan belast op grond van artikel 3.102, eerste lid Wet IB 2001. Hij krijgt deze termijnen uitgekeerd van het kind ter vervanging van gedeerde periodieke uitkeringen. Op deze wijze drukt de heffing ook op degene die het uiteindelijke voordeel heeft genoten.

11 Giftenregeling en herroepelijkheid

Schenken aan algemeen nut beogende instelling kunnen in theorie ook worden voorzien van een herroepingsrecht. De eerste vraag die zich hierbij aandient is of een dergelijke schenking in aanmerking komt voor de giftenaftrek van artikel 6.32 e.v. Wet IB 2001. Door het herroepingsrecht is de algemeen nut beogende instelling immers niet in staat dit vermogen door te stoten naar het doel dat zij nastreeft.

Hooguit kunnen de revenuen uit dat vermogen daartoe worden gebruikt. In zo'n geval bestaat er mijns inziens geen bezwaar tegen aftrek als persoonsgebonden aftrek. Er worden immers wel vaker schenkingen aan goede doelen gedaan onder de last om dit vermogen in stand te houden en alleen het rendement aan het goede doel te spenderen. Een herroepingsrecht waarbij ook de revenuen moeten worden teruggegeven aan de schenker doet naar mijn mening wel afbreuk aan het giftenkarakter van artikel 6.32 e.v. Wet IB 2001. Het geschonkene kan door de ontvangende algemeen nut beogende instelling immers niet worden besteed aan de doelstelling.

De vraag is echter wat de gevolgen zijn als de schenking wordt herroepen. In beginsel is sprake van een negatieve persoonsgebonden aftrek. Door de invoering van artikel 3.139 Wet IB 2001, blijft bijtellings bij het box 1 vermogen echter achterwege. In dit artikel staan de negatieve persoonsgebonden aftrekposten limitatief opgesomd en de aftrekbare giften staan hier niet bij. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet IB 2001 is dit onderwerp uitdrukkelijk aan de orde geweest en toen is uitdrukkelijk opgemerkt dat ervan is afgezien om een negatieve persoonsgebonden aftrek voor te stellen voor (o.a.) eerder geldend gemaakte aftrekbare giften.

'De reden daarvoor is dat een teruggave of vergoeding achteraf voor dergelijke posten minder voor de hand ligt. Zou later blijken dat dit toch voorkomt of zou op het ontbreken van een negatieve persoonsgebonden aftrek voor deze posten worden ingespeeld, dan zal ik ook voor die posten een negatieve persoonsgebonden aftrek voorstellen.'⁵⁶

⁵² Deze leer van het zelfstandig recht of onaantastbaarheidsleer is door de Hoge Raad bevestigd in HR 27 maart 1953, *NJ* 1953/575. In boek 7, titel 17 werd deze leer door de wetgever als uitgangspunt vastgehouden (*kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, p. 36).

⁵³ Overigens kunnen ouders en kind in de verbintenisrechtelijke sfeer wel bepalen dat het kind onder bepaalde voorwaarden gehouden is de uitgekeerde termijnen terug te geven aan de ouder. Dit is dan geen herroepelijkheid van de schenking (die er niet is), maar er sprake van een nieuwe overeenkomst.

⁵⁴ Dit houdt in dat het verzekeringnemerschap wordt overgedragen.

⁵⁵ Ook hiervoor geldt dat het kind meerderjarig moet zijn. Zie noot 51.

⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 466, nr. 3, p. 60.

Herroeping van een gift die als aftrekbare gift in aanmerking is genomen, kan dus niet tot een bijtelling in box 1 leiden.

12 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er veel onzekerheid bestaat omtrent de fiscale gevolgen van de herroeping. Het is daarom raadzaam om bij het aangaan van een herroepelijke schenking ook de mogelijke fiscale gevolgen van een eventuele herroeping te inventariseren en voorzover deze door partijen niet gewenst zijn, daarvoor onderlinge afspraken te maken wie de belastinggevolgen van de herroeping moet dragen. Ziet het herroepingsrecht eveneens op de door de begiftigde genoten vruchten, dan zal de jurisprudentie die is ontwikkeld omtrent negatieve inkomsten vermoedelijk uitkomst kunnen bieden. Om iedere fiscale verrassing uit te sluiten zou bij het aangaan van een herroepelijke schenking ook bepaald kunnen worden dat slechts de vruchten na aftrek van belasting moeten worden teruggegeven.