



## Deloitte Legal Newsflash Greenille Private Client Team

### Boek 5 BW en de schenking onder ontbindende voorwaarde: optionele conventionele terugkeer en impact op de waardering van schenkingen

In een voorgaande [newsflash](#) (dd. 14 februari 2023) bespraken we de impact van boek 5 BW op de schenking onder ontbindende voorwaarde.

In deze newsflash zoomen we verder in op twee andere relevante vragen, die in onze eerdere newsflash nog niet aan bod waren gekomen:

- 1) Maakt het geschonken goed deel uit van de nalatenschap van de begiftigde indien het recht van conventionele terugkeer optioneel bedongen is en de schenker zich daarop beroept?
- 2) Wat is de impact van een (optionele) ontbindende voorwaarde op de waardering van schenkingen?

### Optioneel conventioneel recht van terugkeer

Onder het nieuwe verbintenissenrecht werkt de vervulling van een ontbindende voorwaarde enkel voor de toekomst (zie ook voornoemde [newsflash](#)).

In het geval van een 'automatisch' werkende ontbindende voorwaarde van vooroverlijden verdwijnt het goed uit het vermogen van de begiftigde net voordat diens nalatenschap openvalt. De erfgenamen erven dat goed niet waardoor de vraag niet speelt of daarover erfbelasting betaald moet worden.

Bij een optioneel conventioneel recht van terugkeer zal de schenker het optierecht meestal binnen een korte periode (veelal binnen de fiscale aangiftetermijn) na overlijden moeten uitoefenen.

De vraag rijst hoe om te gaan met de niet-retroactieve werking van de voorwaarde aangezien de schenker pas na het overlijden van de begiftigde, en dus nadat diens nalatenschap is opengevallen, beroep doet op de voorwaarde.

De Vlaamse Belastingdienst heeft op 30 mei 2023 haar Standpunt 16030 om die reden aangevuld.

Daarin is nu te lezen dat:

- het lichten van de optie voor schenkingen die dateren vanaf 1 januari 2023 slechts uitwerking heeft voor de toekomst, waardoor de goederen die terugkeren naar de schenker op het ogenblik van het overlijden van de begiftigde wel degelijk deel uitmaken van diens nalatenschap en aldus onderworpen zijn aan erfbelasting.
- de terugwerkende kracht (tot op het ogenblik van het overlijden) door de partijen evenwel bij de schenking kan bedongen worden. Zo niet zal er moeten onderzocht worden of het met zekerheid de bedoeling was van de partijen (cf. art. 5.64 en 5.142 BW) om de terugkeer te laten plaatsvinden op het ogenblik van het overlijden van de begiftigde.

Het uitgangspunt is correct. Door de niet-retroactieve werking van de optioneel bedongen voorwaarde maken de geschonken goederen deel uit van de nalatenschap.

Op grond van artikelen 5.64 ('voorrang van de werkelijke wil') en 5.142 BW ('vorm van de voorwaarde') is het o.i. aannemelijk dat partijen die een optioneel recht van conventionele terugkeer bedongen hebben, wel degelijk de **bedoeling hadden om aan de uitoefening van de optie retroactiviteit toe te kennen tot op het moment van overlijden**. Er is dan immers sprake van een **stilzwijgende bedongen modaliteit van de ontbindende voorwaarde**, ook al is dit niet uitdrukkelijk in de schenkingsakte ingeschreven.

Om onzekerheid en potentieel ongewenste fiscale gevolgen te vermijden, is het aangewezen om die beperkte terugwerkende kracht (tot op het moment van overlijden en net voor het openvallen van de nalatenschap) uitdrukkelijk te verbinden aan de uitoefening van het optierecht.

Als een dergelijke beperkte terugwerkende kracht stilzwijgend dan wel uitdrukkelijk is bedongen, zijn de gevolgen van de *optioneel* ontbindende voorwaarde van overlijden identiek aan haar *automatische* variant.

We brengen in herinnering dat voor **schenkingen die vóór 1 januari 2023** plaatsvonden de ontbindende voorwaarde (al dan niet optioneel) haar **retroactieve werking behoudt, ook als die voorwaarde pas wordt vervuld vanaf 1 januari 2023**.

## Impact van de ontbindende voorwaarde op de waardering van schenkingen

De inbreng van schenkingen geschiedt volgens de intrinsieke waarde van het geschonken goed op de dag van de schenking, geïndexeerd vanaf deze dag tot op de dag van het overlijden (art. 4.90, § 2 BW). Op deze regel voorziet de wet in een afwijking, voor het geval de begiftigde niet vanaf die dag het recht heeft om te beschikken over de volle eigendom van het geschonken goed (art. 4.90, § 3, eerste lid BW). Voor de vorming van de rekenboedel gelden dezelfde waarderingsregels (art. 4.153 BW).

Voorheen beschouwde men de ontbindende voorwaarde in dit verband als een eerder feitelijke of praktische verhindering, die geen afbreuk deed aan het recht van de begiftigde om over de volle eigendom van het geschonken goed

te beschikken. Wij menen dat die zienswijze onder boek 5 BW niet langer houdbaar is.

Op de begiftigde die een schenking onder ontbindende voorwaarde heeft ontvangen rust een onthoudingsplicht: hij mag hangende de voorwaarde (*pendente conditione*) geen handeling stellen die afbreuk kan doen aan de rechten die voor de schenker voortvloeien uit de vervulling van de voorwaarde (art. 5.146, § 1 BW). Volgens de Memorie van Toelichting daarbij heeft degene die onder ontbindende voorwaarde een voorwerp heeft verworven de plicht tot bewaring daarvan, en kan hij het niet vervreemden noch bezwaren met zakelijke rechten zonder het akkoord van de andere partij. Wij leiden hieruit af dat er ***pendente conditione* een wettelijk vervreemdingsverbod geldt, met toepassing van de afwijkende waarderingsregels van artikel 4.90, § 3 BW** tot gevolg.

Artikel 4.90, § 3 BW schrijft voor dat dergelijke schenkingen zullen worden gewaardeerd naargelang het ogenblik waarop de begiftigde het meesterschap over het geschonken goed verkrijgt. Dit zal *in casu* vaak zijn bij het overlijden van de schenker, bv. omdat de conventionele terugkeer zich dan niet langer kan realiseren.

De schenker kan er echter mee instemmen om van het wettelijk vervreemdingsverbod af te wijken. Ons inziens kan die instemming ook (impliciet) in de schenking zelf zijn opgenomen, bijvoorbeeld omdat is voorzien in een zaakvervangingsclausule. In dat geval stemt de schenker er mee in dat de begiftigde over het goed mag beschikken, zolang daar een ander goed voor in de plaats komt. Na dergelijke beschikking gaan de rechten van de schenker in principe over op het goed dat voor het geschonken goed in de plaats is gekomen. Dit geldt eveneens voor het voorwerp van de wettelijke restitutieplicht: de schenker neemt er genoeg mee dat dit nieuwe goed naar hem zal terugkeren na een ontbinding.

Om die reden zijn wij van oordeel dat de **algemene waarderingsregel van artikel 4.90, § 2 BW toch van toepassing is, indien de ontbindende voorwaarde wordt gecombineerd met een conventionele zaakvervangingsregeling**. Uiteraard maken we hierbij abstractie van andere elementen die aanleiding kunnen geven tot toepassing van de afwijkende waarderingsregels, zoals een voorbehoud van vruchtgebruik of conventioneel vervreemdingsverbod.

Geldt dit dan niet evenzeer voor schenkingen zonder conventionele zaakvervangingsregeling, aangezien artikel 3.10 BW een algemene wettelijke grondslag biedt voor zakelijke subrogatie? Wij menen van niet. De wettelijke zakelijke subrogatie is slechts een subsidiaire rechtsfiguur: er kan geen beroep op worden gedaan indien de zakelijk gerechtigde door andere remedies zijn aanspraken kan handhaven. Dit is inderdaad het geval: als de begiftigde *pendente conditione* op niet-toegelaten wijze over het geschonken goed heeft beschikt, dan is dergelijke handeling de schenker in beginsel niet-tegenwerpelijk (art. 5.146, § 2 BW).

## Besluit

Voor de 'automatisch' werkende ontbindende voorwaarde wijzigt het nieuw verbintenisrecht niets fundamenteels. Bij vervulling van de ontbindende voorwaarde door overlijden van de begiftigde zal het geschonken goed geen deel uitmaken van diens nalatenschap.

Is er daarentegen een optioneel ontbindende voorwaarde van vooroverlijden opgenomen en doet de schenker een beroep daarop na het overlijden van de begiftigde, dan is het uitgangspunt dat het geschonken goed wel degelijk tot de nalatenschap van de begiftigde behoort.

Dat is althans ook de zienswijze van de Vlaamse Belastingdienst.

Aanbevolen is om die beperkte terugwerkende kracht expliciet te verbinden aan de uitoefening van het optierecht, met name tot op het moment van overlijden en net voor het openvallen van de nalatenschap.

Voor de schenkingen waarin hierover niets nader is bepaald, kan er op grond van de interpretatiebepalingen in boek 5 BW sprake zijn van een stilzwijgend bedongen beperkte terugwerkende kracht.

In het kader van de inbreng en vorming van de rekenboedel, worden schenkingen in beginsel gewaardeerd op de dag van de schenking (met indexatie). Indien de begiftigde niet vanaf die dag het recht heeft om te beschikken over de volle eigendom van het geschonken goed, gelden afwijkende waarderingsregels.

Omwille van de onthoudingsplicht die rust op de begiftigde van een schenking onder ontbindende voorwaarde, zal dergelijke schenking in beginsel worden gewaardeerd volgens de afwijkende waarderingsregels. In de meeste gevallen zal dit leiden tot de waardering van de schenking bij het overlijden van de schenker.

Als de ontbindende voorwaarde wordt gecombineerd met een conventionele zaakvervangingsregel, is de algemene waarderingsregel van artikel 4.90, § 2 BW toch van toepassing.

---

## Contacts

Gelieve bij vragen over de inhoud van deze newsflash contact op te nemen met uw gebruikelijke Greenille Private Client contactpersoon.

Voor algemene vragen, gelieve contact te nemen met: **Greenille Private Client Team**, Tel: + 32 2 738 06 50, Email: [greenille@deloitte.com](mailto:greenille@deloitte.com)

As a top legal practice in Belgium, Deloitte Legal - *Lawyers* is a full service business law firm, highly recommended by the most authoritative legal guides. Deloitte Legal - *Lawyers* is based in Zaventem, Watermael-Boitsfort, Antwerp, Ghent and Kortrijk. It consists of close to 150 highly qualified Bar-admitted lawyers. Deloitte Legal - *Lawyers* offers expert advice in the fields of banking & finance, commercial, corporate/M&A, employment, IT/IP, public/administrative, insolvency and reorganisations, real estate, EU law, tax law, tax & legal services for high-net-worth families & individuals (Greenille Private Client) and dispute resolution. Whenever required to ensure a seamless and comprehensive high-quality service, Deloitte Legal - *Lawyers* collaborates closely with other professions (e.g. tax, financial advisory, accountancy, consulting), and with a select group of law firms all over the world.

Deloitte Legal - *Lawyers* provides thorough and practical solutions tailored to the needs of clients ranging from multinational companies, national large and medium-sized enterprises, financial institutions, government bodies to private clients.

More information: [www.deloittelegal.be](http://www.deloittelegal.be)

© 2023, Deloitte Legal – *Lawyers* - The content and layout of this communication are the copyright of Deloitte Legal – *Lawyers* or its contributors, and are protected under copyright and other relevant and intellectual property rights laws and regulations. No reproduction in any form or through any medium is allowed without the explicit consent of Deloitte Legal – *Lawyers* or its contributors.

[Subscribe](#) | [Unsubscribe](#)