

V. BESLUIT

34. Gezien steeds meer en meer koppels de samenwoning als een normale stap ervaren, is de kans ook groter dat vele partners op financiële geschillen zullen stuiten wanneer de relatie een einde neemt. Het gemeen recht dat van toepassing is ingevolge een onvolwaardige wetgevende regeling bij wettelijke samenwoners en een gebrek aan regeling bij feitelijke samenwoners, leidt vaak tot onrechtvaardigheden. Indien de partners vooruitziend zijn en niet te veel schroom hebben, kan hier conventioneel op geanticipeerd worden. Zij kunnen, zoals aangetoond, op een veelvuldig aantal vlakken hun vermogensrechtelijke verhoudingen trachten te regelen.

35. Blijft nog altijd het probleem dat vele samenwoners hier niet aan denken, dit niet nodig achten, of bang zijn te suggereren dat de relatie ooit wel eens een einde zou kunnen nemen. Ik ben dan ook van mening dat zolang de wetgever geen duidelijke en meer omvattende regels voor ongehuwd samenwonenden uitschrijft, deze samenwoners bij elke mogelijke gelegenheid eraan herinnerd dienen te worden dat er zich in zowel de wettelijke als de feitelijke samenwooningsverhouding ernstige vermogensrechtelijke problemen kunnen voordoen, die vaak te voorkomen zijn.

HOOFDSTUK V

HOE BEWIJST MEN EEN BANKGIFT MET MODALITEITEN?

ARIADNE VAN DEN BROECK
Assistent KU Leuven

I. INLEIDING

1. De bankgift is een veelvuldig gebruikte techniek in het kader van successieplanning. Het is een schenking die plaatsvindt door de overboeking *animo donandi* van geld of gedematerialiseerde effecten van de rekening van de schenker naar deze van de begiftigde.¹ De geldigheid van deze schenkingsvorm is algemeen aanvaard.² In de praktijk stelt men zich evenwel geregeld de vraag op welke manier men het bewijs kan leveren van een bankgift, in het bijzonder wanneer hieraan modaliteiten werden gekoppeld. Een correcte bewijsvoering stelt de positie van de begiftigde veilig wanneer de eigendomsovergang nadien zou worden betwist. Bovendien laat een bewijs van de gift de schenker toe om een eis tot herroeping in te stellen of zich te beroepen op het wettelijk recht van terugkeer of een opgelegde last.³ Het belang van een geschrift als bewijsmiddel kan niet worden ontkend. Over de precieze werkwijze voor de redactie ervan bestaat evenwel maar weinig overeenstemming.

Deze bijdrage geeft een overzicht van de technieken die worden toegepast in de praktijk en evalueert ze in het licht van hun voor- en nadelen op civiel- en fiscaalrechtelijk vlak. Er wordt ook ingegaan op de specifieke situatie waarbij de bankgift wordt gebruikt om een wederzijdse schenking tussen echtgenoten tot stand te brengen. De bijdrage vangt aan met de kwalificatie van de

¹ J. RUYSSSEVELDT, "Bankgift - Eenzijdige erkenning zowel van de begiftigde als de schenker", *Registratierechten 2006-2007*, afl. 3, 16; A. NIJS, A. VAN ZANTBEEK en A. VERBEKE, "Hoe roerende goederen schenken in Vlaanderen? - Handgift, bankgift of toch notarieel?", *Successierechten 2002-2003*, afl. 5, 6.

² M. MOREAU, "Over handgiften en 'bankgiften'", *AFT 1999*, 3; E. DE WILDE D'ESTMAEL en B. DELAHAYE, "Schenkings" in X, *Huwelijksvermogensrecht*, TXIX.1 - TXIX.13-7, 11-10; E. SPRUYT, "De schenking: het paradepaard van de successieplanning", *AFT 2008*, 47; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le don par virement: enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès?", *RGF 1998*, 381.

³ E. SPRUYT, *AFT 2008*, 46; A. MEYUS en S. WILIKENS, "De gemodaliseerde hand- en bankgift - een instrument voor estate planning", *AFT 2001*, nr. 59; H. CASMAN, "Schenkings en successierechten", *NFM 1994*, 14.

bankgift als een van de alternatieve schenkingsvormen waarvoor geen formaliteiten moeten worden nageleefd.

II. DE BANKGIFT ALS EEN ALTERNATIEVE SCHENKINGSVORM

A. De bankgift is een onrechtstreekse schenking

2. Artikel 931 BW bepaalt dat een schenking bij notariële akte moet worden verleden. Een gewone onderhandse akte houdende schenking is nietig.⁴ Op dit strikte formalisme aanvaarden de rechtspraak en rechtsleer evenwel drie uitzonderingen. Wanneer de schenking gebeurt in een alternatieve vorm, namelijk als handgift, vermomde schenking of onrechtstreekse schenking, ontsnapt zij aan de regel van artikel 931 BW, alsook aan alle andere vormvereisten, zoals die voor de aanvaarding.⁵ Op die manier kan de inning van schenkingsrechten worden vermeden. De alternatieve schenkingsvormen staan immers niet opgenomen in de lijst van akten en verklaringen waarvoor een registratieplicht bestaat (art. 19 W.Reg.). Successierechten zijn op hun beurt pas verschuldigd wanneer de schenking binnen de drie jaar vóór het overlijden van de schenker plaatsvond (art. 7 W.Succ.). Omdat bij een bankgift van enige notariële akte geen sprake is, rees in de rechtspraak en rechtsleer de vraag naar haar specifieke kwalificatie als alternatieve schenkingsvorm.

3. Lange tijd waren de meningen verdeeld. Een deel van de rechtspraak kwalificeerde de uit vrijgevigheid verrichte bankoverschrijving als een handgift.⁶ De overboeking werd beschouwd als een moderne vorm van *traditio*, of de *traditio* werd gelijkgesteld aan 'inbezitstelling' zodat de overschrijving hieraan voldeed. In de Franse rechtspraak en rechtsleer is dit nog steeds de heersende visie.⁷ In België daarentegen is men het er tegenwoordig over eens dat de bankgift niet onder de categorie van de handgift kan worden geplaatst. De overdracht van een rekening naar een andere voldoet niet aan het *traditio*-

⁴ W. PINTENS, Ch. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 247.

⁵ Cass. 5 januari 1950, *Pas.* 1950, I, 287; Cass. 22 april 2010, *RNB* 2011, 318, noot P. DELNOY; H. CASMAN, "Actualia schenkingen", *NJW* 2011, 561; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "La donation non solennelle et le pacte adjoint" in X, *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, 176.

⁶ Bergen 20 november 1979, *RCJB* 1984, 192, noot P. DELNOY; Brussel 27 mei 1986, *TBBR* 1988, 396, noot P. DELNOY; Rb. Antwerpen 30 juni 1988, *T.Not.* 1989, 263, noot H. DU FAUX; Rb. Brussel 5 maart 1996, *RW* 1996-97, 785; Gent 31 mei 1999, *T.Not.* 2000, 456, noot F. BLONTROCK.

⁷ Cass. 19 mei 1998, *RTDC* 1999, 677, noot J. PATARIN; A. COLOMER, "Don manuel" in X, *Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil*, nr. 10.

vereiste omdat deze boekhoudkundige verrichting geen verplaatsing van tastbare lichamelijke roerende goederen tot stand brengt.⁸ De overschrijving heeft betrekking op een onlichamelijke schuldvordering van de schenker ten aanzien van de bank en kan daarom geen geldige handgift uitmaken.⁹ Het vermijden van een werkelijke overdracht van contant geld is overigens net het doel van de overschrijving.¹⁰

4. Volgens DE PAGE moet een overschrijving om niet als een vermomde schenking worden gekwalificeerd.¹¹ Dit standpunt kan evenmin worden gevolgd, aangezien een vermomde schenking een schenking is die zich verschuilt achter een rechtshandeling ten bezwarende titel.¹² Een overschrijving daarentegen is een neutrale handeling die geen enkele oorzaak weergeeft, tenzij ze op de overschrijving wordt vermeld. De overdracht van giraal geld kan zowel te bezwarenden titel als ten kosteloze titel gebeuren. Van veinzing is bij een bankgift bijgevolg geen sprake.¹³

5. Het neutrale karakter van een overschrijving zorgt ervoor dat de bankgift door de meerderheid van de huidige rechtspraak en rechtsleer wordt beschouwd als een onrechtstreekse schenking.¹⁴ Een onrechtstreekse schenking is immers een schenking die verwezenlijkt wordt onder de vorm van een autonome rechtshandeling die niet onthult of de verrichting onder kosteloze dan wel bezwarende titel gebeurde en waardoor rechten definitief en onherroepelijk worden overgedragen.¹⁵ Bij een bankgift is dit het geval. De overschrijving zelf is een abstracte handeling; enkel uit de omringende omstan-

⁸ E. DE WILDE D'ESTMAEL en B. DELAHAYE, "Schenkingen" in X, *Huwelijksvermogensrecht*, *TXIX.1 - TXIX.13-7*, 11-12; J. SACE, "Don manuel et donation indirecte" (noot onder Brussel 8 maart 2002), *JLMB* 2003, 1214.

⁹ Brussel 8 maart 2002, *JLMB* 2003, 1211, noot J. SACE; P. DELNOY, "La qualification de la donation par virement", *RCJB* 1984, 199; J. BYTTEBIER, "De handgift", *T.Not.* 1998, 84; E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le don par virement: enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès?", *RGF* 1998, 380.

¹⁰ H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français: contribution à la théorie générale de la donation*, Parijs, LGDJ, 1985, nr. 521.

¹¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII-1, nrs. 510 en 520.

¹² P. DELNOY, "La donation par virement de sommes ou de valeurs mobilières" in X, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 130.

¹³ H. DU FAUX, "Hoe de *animus donandi* gedane overschrijving van rekening kwalificeren?", *T.Not.* 1989, 270; E. DE WILDE D'ESTMAEL, V. WYART en S. BRAT, "Les libéralités" in X, *Précis du droit des successions et libéralités*, Brussel, Bruylant, 2008, 242.

¹⁴ Brussel 25 november 1991, *Pas.* 1991, II, 209; P. DELNOY, "La qualification de la donation par virement", *RCJB* 1984, 222; J. RENCHON, N. BAUGNIET, B. DELAHAYE e.a., "Examen de jurisprudence (1988-2008). Les libéralités", *RCJB* 2010, 714; H. CASMAN, *NjW* 2011, 562; H. VERHEYEN, "De overschrijving en de onrechtstreekse schenking", *AJT* 1999, 368.

¹⁵ P. DELNOY, "La qualification de la donation par virement", *RCJB* 1984, 221; H. CASMAN, *NjW* 2011, 562.

digheden valt af te leiden dat de geldoverdracht een schenking en geen betaling uitmaakt. De overdracht is bovendien definitief omdat de schenker onmiddellijk het beschikkingsrecht verliest over de overgeschreven gelden en hij hier later niet op kan terugkomen.¹⁶ De overschrijving is tot slot een autonome rechtshandeling omdat zij aan eigen regels onderworpen is.¹⁷

6. Een voorwaarde voor de kwalificatie als onrechtstreekse schenking is wel dat uit de overschrijving niet mag blijken of de eigendomsoverdracht die ze tot stand brengt om baat dan wel om niet gebeurde.¹⁸ Als het bankafschrift vermeldt dat het om een betaling gaat, dan is de overschrijving *animo donandi* een vermomde schenking.¹⁹ Belangrijker is echter dat men op het afschrift geen melding maakt van het begiftigingsinzicht omdat de geldigheid van de bankgift dan op het spel komt te staan. De overschrijving is dan niet langer neutraal en kan worden beschouwd als een akte houdende schenking. Het risico bestaat dus dat de nietigheid van de bankgift wordt ingeroepen wegens niet-naleving van de vormvereisten van de schenking, opgelegd in artikel 931 BW.²⁰

B. De bankgift moet net als elke andere schenking aan alle grondvereisten van de schenking voldoen

7. Als alternatieve schenkingsvorm ontsnapt de bankgift weliswaar aan de vormvoorschriften voor gewone schenkingen, maar aan de grondvereisten van de schenking blijft zij volledig onderworpen. Dat betekent dat de overschrijving pas een geldige schenking zal zijn wanneer zij niet alleen strookt met de constitutieve bestanddelen van de schenking krachtens artikel 894 BW, namelijk een verarming en verrijking als gevolg van vrijgevigheid, maar ook met specifieke vereisten zoals de aanvaarding en de onherroepelijkheid.²¹ Uiteraard moet er conform artikel 1108 BW ook sprake zijn van een geldige toestemming, bekwaamheid om te beschikken en te verkrijgen, een bepaald voorwerp en een geldige oorzaak.²² De vrijstelling van de vormvereisten voor schenkingen betekent overigens niet dat de bankgift als onrechtstreekse

¹⁶ M. MOREAU, "Over handgiften en 'bankgiften'", *AFT* 1999, 3.

¹⁷ W. PINTENS, Ch. DECLERCK, J. DU MONGH en K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 671.

¹⁸ A. MEYUS en S. WILKENS, *AFT* 2001, nr. 4.

¹⁹ E. DE WILDE D'ESTMAEL, V. WYART en S. BRAT, "Les libéralités" in X, *Précis du droit des successions et libéralités*, Brussel, Bruylant, 2008, 243.

²⁰ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "La preuve des dons manuels, indirects et déguisés et incidence de cette preuve en droit fiscal" in X, *Droit de la preuve*, Luik, Formation Permanente CUP, 1997, 177.

²¹ J. RENCHON, N. BAUGNIET, B. DELAHAYE e.a., *RCJB* 2010, 714; H. VERHEYEN, "De overschrijving en de onrechtstreekse schenking", *AJT* 1999, 368.

²² P. DELNOY, in X, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 124.

schenking volledig vormloos plaatsvindt; vanzelfsprekend moeten de vormvoorschriften van de 'dragende' rechtshandeling worden gerespecteerd.²³

C. De bankgift kan net als elke andere schenking worden gemodaliseerd

8. Zolang de bankgift aan de hierboven genoemde grondvereisten voldoet, kan zij net als elke andere schenking worden gemodaliseerd met lasten of voorwaarden.²⁴ Dergelijke bijkomende bedingen, ook wel *pactes adjoints* genoemd, kunnen worden gestipuleerd in het voordeel van de schenker zelf, van de begiftigde of van een derde en kunnen bestaan in een doen, een laten of een geven.²⁵ Zij laten de schenker toe om in zekere mate het zeggenschap over zijn geschonken goederen te behouden. Zo kan hij bijvoorbeeld een beding van conventionele terugkeer of een voorbehoud van vruchtgebruik inlassen, een last opleggen om een bepaalde som uit te keren of een vrijstelling van inbreng toekennen.²⁶ Voor de geldigheid van de modaliteiten van de bankgift is net als voor de gift zelf geen notariële akte vereist. De afwezigheid van formalisme voor de alternatieve schenkingsvormen heeft immers betrekking op *alle* solemniteiten.²⁷

III. HET BEWIJS VAN DE BANKGIFT MET MODALITEITEN

A. Toepassing van de gemeenrechtelijke bewijsregels

9. Voor het bewijs van schenkingen is het algemene bewijsrecht onverkort van toepassing. Als basisregel geldt dus dat diegene die zich op het bestaan van de gemodaliseerde bankgift wil beroepen, het bewijs ervan zal moeten voorleggen (art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.). Net als elke andere schenking wordt de onrechtstreekse schenking immers niet vermoed. In tegenstelling tot wat het geval is voor de handgift, kan men zich bovendien niet beroepen op artikel 2279 BW om aan de bewijslast te ontkomen.²⁸ Het bewijs van de gemo-

²³ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le don par virement: enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès?", *RGF* 1998, 376.

²⁴ A. MEYUS en S. WILKENS, *AFT* 2001, nr. 9.

²⁵ N. TORFS, "De handgift 'met modaliteiten'", *NFM* 1996, 269.

²⁶ C. AUGHUET, "Les pactes adjoints aux dons manuels en question", *Notamus* 2003, 54.

²⁷ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "La donation non solennelle et le pacte adjoint" in X, *Planification successorale. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2008, 186.

²⁸ E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Le don par virement: enfin la réhabilitation après une condamnation sans procès?", *RGF* 1998, 377; B. GOFFAUX, noot onder Luik 7 maart 2000, *RGEN* 2000, 438.

daliseerde bankgift veronderstelt het bewijs van een gecorreleerde verarming en verrijking, van de *animus donandi* in hoofde van de schenker, van de aanvaarding door de begiftigde en van de modaliteiten. Tussen partijen moet dit bewijs worden geleverd aan de hand van een authentieke of onderhandse akte wanneer de waarde van het geschonken bedrag 375 EUR te boven gaat (art. 1341 BW). Indien dit niet voorhanden is, kan het bewijs van de schenking overeenkomstig artikel 1347 BW worden geleverd met een begin van bewijs door geschrift, aangevuld met getuigenissen of vermoedens.²⁹ Een begin van bewijs door geschrift is elke geschreven akte die uitgaat van degene tegen wie de vordering wordt ingesteld en waardoor het beweerde feit waarschijnlijk wordt gemaakt. Dat laatste aspect wordt door de feitenrechter op onaantastbare wijze beoordeeld.³⁰ Aangezien de aanwezigheid van modaliteiten de schenking wederkerig maakt, is het opstellen van twee exemplaren van het bewijsdocument aangewezen (art. 1325 BW).³¹ Derden mogen het bestaan van de bankgift en haar modaliteiten met alle middelen van recht aantonen.³²

B. Civiel- en fiscaalrechtelijke evaluatie van mogelijke bewijstechnieken

1. Inleiding

10. In de praktijk worden verschillende technieken gehanteerd om tegemoet te komen aan het schriftvereiste van artikel 1341 BW. Zo stellen partijen dikwijls een bilateraal document op na de bankgift waarin zij het bestaan van de gedane schenking en de bijhorende modaliteiten erkennen. Dit bewijsdocument wordt ook wel een *pacte adjoint* genoemd. Onder *pacte adjoint* kan men dus niet alleen het geheel van de modaliteiten zelf verstaan maar ook het document dat het bestaan ervan en van de schenking waaraan zij verbonden zijn, bewijst.³³ In andere gevallen gebruikt men twee eenzijdige documenten om het bestaan van de schenking aan te tonen. De schenker geeft zijn wil tot schenken te kennen in een intentiebrief en de begiftigde verklaart in een bedankingsbrief deze schenking te hebben ontvangen en aanvaard. Soms zal slechts één eenzijdige verklaring voorhanden zijn.

11. Hierna zal elk van deze bewijsmethoden worden geëvalueerd vanuit zowel civiel – als fiscaalrechtelijk perspectief. Een civielrechtelijke evaluatie is noodzakelijk omdat niet elke bewijstechniek zal gelden als een volwaardig

²⁹ Cass. 22 april 2010, RNB 2011, 318, noot P. DELNOY; Brussel 21 december 2010, T.Not. 2011, 374.

³⁰ Cass. 2 november 2007, JLMB 2008, 1763; Cass. 22 april 2010, aangehaald.

³¹ N. TORFS, NFM 1996, 262.

³² E. DE WILDE D'ESTMAEL RGF 1998, 385.

³³ A. MEYUS en S. WILIKENS, AFT 2001, nr. 60.

bewijs in de zin van artikel 1341 BW. Sommige documenten kunnen slechts worden erkend als een begin van bewijs door geschrift, wat de bewijsoverlevering moeilijker maakt. De schenking zal dan pas kunnen worden aangetoond als getuigenissen en/of gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens de geschreven akte aanvullen (art. 1353 BW). Anderzijds zal een evaluatie plaatsvinden vanuit fiscaalrechtelijk oogpunt, omdat een schriftelijk bewijs van de bankgift ook op fiscaalrechtelijk vlak een belangrijk voordeel kan bieden. Zoals hoger vermeld, is de bankgift, net als elke andere alternatieve schenkingsvorm, niet aan de registratieplicht van artikel 19 W. Reg. onderworpen. Er zullen echter wel successierechten verschuldigd zijn indien de schenker overlijdt binnen de drie jaar na de schenking. Het geschonkene wordt dan geacht nog in zijn nalatenschap aanwezig te zijn (art. 7 W. Succ.). Aangezien deze successierechten hoger liggen dan de schenkingsrechten, biedt men het onderhandse bevestigingsdocument van de verwezenlijkte bankgift best vrijwillig ter registratie aan wanneer men vreest dat de vereiste driejaarstermijn niet kan worden gehaald. Het kan bijvoorbeeld gebeuren dat de schenker plots ernstig ziek wordt of een risicovolle operatie moet ondergaan.³⁴ De aanbieding van het bewijsdocument maakt het schenkingsrecht opeisbaar.³⁵ Eventuele successierechten kunnen zo worden vermeden. De fiscale administratie aanvaardt evenwel niet eender welk geschrift, zodat ook een fiscaalrechtelijke evaluatie van de verschillende bewijstechnieken op zijn plaats is.

2. Een eenzijdig document uitgaande van de schenker of de begiftigde

a. Civielrechtelijke beoordeling

12. Een eenzijdig document uitgaande van de schenker waarin deze verklaart een bankgift te willen doen of te hebben gedaan levert geen volledig bewijs op. Uit het geschrift blijkt immers enkel de wil tot schenken en kan niet worden afgeleid of de schenking en haar modaliteiten door de begiftigde werden aanvaard. Omgekeerd geldt dat een enkele verklaring van de begiftigde geen bewijs vormt van het vrijgevigheidsinzicht en aldus niet kan worden beschouwd als een volledig bewijs in de zin van artikel 1341 BW.³⁶ Wel kan een eenzijdig document uitgaande van de schenker of begiftigde een begin van bewijs door geschrift uitmaken in de zin van artikel 1347 BW. Wanneer dit wordt aangevuld met getuigenissen en/of vermoedens kan het volledige bewijs van de schenking worden geleverd. Het Hof van Cassatie oordeelde in

³⁴ E. SPRUYT, AFT 2008, 28.

³⁵ Voorafgaande Besl. nr. 900.469, 20 april 2010; Voorafgaande Besl. nr. 2011.260, 6 september 2011; H. CASMAN, "Schenken en successierechten", NFM 1994, 15.

³⁶ E. SPRUYT, AFT 2008, 46.

die zin in zijn arrest van 22 april 2010 met betrekking tot het bewijs van de handgift en wordt hierin gevolgd door de lagere rechtspraak.³⁷ Zo beschouwde het Hof van Beroep te Brussel een verjaardagskaart waarop vermeld stond "we schenken je de wagen" als een begin van bewijs door geschrift, dat aangevuld met vermoedens het bewijs van een handgift kon vormen.³⁸

b. Fiscaalrechtelijke beoordeling

13. Omdat een verklaring die afkomstig is van slechts één van de partijen geen volledig bewijs van de bankgift uitmaakt, kan zij evenmin een geldige heffingstitel vormen. De bankgift moet worden erkend zowel door de schenker als door de begiftigde.³⁹ De bankgift onderscheidt zich op dit vlak van de handgift. De fiscale administratie besliste dat de aanbieder ter registratie van een geschrift waarin de begiftigde erkent een handgift te hebben gekregen, kan volstaan om de schenkingsrechten te heffen.⁴⁰ Deze benadering vloeit voort uit de kwalificatie van de handgift: in tegenstelling tot de bankgift gaat het om een zakelijk contract. Daardoor kan de begiftigde zich beroepen op de bezitstheorie van art. 2279 BW en moet hij de handgift niet schriftelijk bewijzen. Als hij dat toch doet, zal het schenkingsrecht worden gegeven omdat de fiscus het geschrift als een eigendomsbewijs zal beschouwen.⁴¹

14. Niettemin kan een eenzijdige verklaring met betrekking tot de bankgift nog zijn nut vertonen op fiscaal vlak, meer bepaald wanneer men geen schenkingsrechten wil betalen maar het geschrift vaste datum wenst te verlenen. De aanbieder ter registratie zal enkel leiden tot de heffing van het algemeen vast recht van 25 EUR.⁴²

3. Twee eenzijdige documenten, uitgaande van zowel de schenker als de begiftigde (intentie- en bedankingsbrief)

a. Civielrechtelijke beoordeling

15. Het geschrift waarmee men een gemodaliseerde bankgift wil bewijzen bestaat vaak uit twee afzonderlijke onderhandse akten. De schenker verstuurt de persoon die hij wil begiften een aangetekende brief waarin hij kenbaar

³⁷ Cass. 22 april 2010, aangehaald.

³⁸ Brussel 21 december 2010, T.Not. 2011, 374. Zie ook *Patrimonium 2010*, deel I, nr. 128.

³⁹ Besl. 30 januari 2007, RGEN 2007, nr. 25.840, 322.

⁴⁰ Besl. nr. 79.524, 1 augustus 1966, Rep.RJ, R131, 05.01.

⁴¹ J. RUYSSSEVELDT, "Bankgift - Eenzijdige erkenning zowel van de begiftigde als de schenker", *Registratierechten 2006-2007*, afl. 3, 17; E. SPRUYT, AFT 2008, 27.

⁴² E. SPRUYT, AFT 2008, 46.

maakt dat hij een schenking wil doen en hieraan bepaalde modaliteiten wil koppelen. Na de verwezenlijking van de bankgift verzendt de begiftigde op zijn beurt een aangetekende brief waarin hij aangeeft de gedane schenking te hebben ontvangen en aanvaard en waarin hij bevestigt dat aan de bankgift bepaalde modaliteiten verbonden waren.⁴³ In zijn arrest van 22 april 2010 beoordeelde het Hof van Cassatie deze bewijsmethode in het raam van het bewijs van een handgift. Het Hof besliste dat de combinatie van een intentie- en bedankingsbrief geen volwaardig bewijs van de handgift kan uitmaken. Hoogstens kan de brief van de schenker een begin van bewijs door geschrift vormen in de zin van artikel 1347 BW. Dat komt omdat het bewijs van een geldige handgift veronderstelt dat het bewijs wordt geleverd van een materiële overdracht (*traditio*) van de geschonken zaak, en dit kan niet door middel van twee eenzijdige akten. De verklaring van de schenker bewijst enkel de intentie tot overdracht en niet dat deze overdracht ook effectief heeft plaatsgevonden. Het geschrift uitgaande van de begiftigde volstaat evenmin om de *traditio* aan te tonen, aangezien dit bewijs overeenkomstig artikel 1322 BW moet uitgaan van de schenker zelf.⁴⁴ Bijgevolg zal de techniek van de intentie- en bedankingsbrief pas efficiënt zijn voor het bewijs van de handgift wanneer men door aanvullende vermoedens kan aantonen dat een materiële overdracht heeft plaatsgehad, wat niet altijd evident is.

16. Wil dat zeggen dat de methode van de aangetekende brieven ook voor wat de bankgift betreft af te raden is wegens de onzekere kans op slagen? Ik meen van niet. Bij een bankgift, die een onrechtstreekse schenking is, liggen de zaken anders. Van een *traditio*-vereiste is er geen sprake; een bankgift veronderstelt enkel een gecorreleerde verarming en verrijking. Dit aspect is inherent aan het mechanisme van de overschrijving. Door de enkele voorlegging van het bankafschrift wordt het bewezen. Bijgevolg is het feit dat de uitwisseling van aangetekende brieven niet geldt als een volwaardig bewijs in de zin van artikel 1341 BW weinig problematisch bij de bankgift, aangezien het vereiste aanvullend bewijs eenvoudigweg geleverd kan worden door de voorlegging van het bankafschrift. De techniek van de uitgewisselde brieven kan daarom wel degelijk zijn dienst bewijzen in het geval van een gemodaliseerde bankgift.

⁴³ M. PUELINCKX-COENE, "Kan aan een schenking achteraf in onderlinge overeenstemming tussen schenker en begiftigde een beding van conventionele terugkeer worden toegevoegd? Dossier 4357" in KFBN (ed.), *Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving 2004*, nr. 7.

⁴⁴ R. BARBAIX en B. VERDICT, "Handgift zonder (bewezen) *traditio*: onbestaand of vernietigbaar?" (noot onder Gent 17 april 2007), *NFM* 2011, 82; P. DELNOY, "Du nouveau dans la preuve par écrit d'un don manuel?" (noot onder Cass. 22 april 2010), *RNB* 2011, 330.

17. Een belangrijk voordeel van de techniek van de uitgewisselde brieven is dat zij toelaat om overtuigend aan te tonen dat van meet af aan modaliteiten werden gekoppeld aan de bankgift.⁴⁵ In zijn intentieverklaring geeft de schenker immers niet alleen te kennen dat hij wil schenken maar ook dat hij deze schenking slechts onder bepaalde voorwaarden wil doen. Vooral de fiscale administratie hecht veel belang aan het bewijs van het feit dat de modaliteit reeds bestond op het ogenblik van de schenking, in het bijzonder wanneer de last een beding van conventionele terugkeer betreft. Als het bewijsdocument niet uitsluit dat deze modaliteit pas achteraf werd toegevoegd, zal de fiscus niet aanvaarden dat het goed in kwestie uit het vermogen van de vooroverleden begiftigde is verdwenen en zal hij het belasten.

18. Een nadeel van de techniek van de uitgewisselde brieven is evenwel dat er zich bij de uitvoering van dit procedé gemakkelijk fouten kunnen voordoen die nefast zijn voor de bewijskracht. Men moet er zorgvuldig op toezien dat de brieven in de juiste volgorde worden verstuurd en op het juiste ogenblik. Een bedankingsbrief van de begiftigde die dateert van voor de overschrijving is uiteraard nutteloos met het oog op het bewijs van de aanvaarding van een *gedane* schenking.

b. Fiscaalrechtelijke beoordeling

19. De fiscale administratie oordeelde dat twee eenzijdige documenten uitgaande van zowel de schenker als de begiftigde ter registratie kunnen worden aangeboden, bijvoorbeeld de aangetekende brieven die tussen schenker en begiftigde werden uitgewisseld waarin de schenker zijn intentie tot schenken uitdrukt en de begiftigde verklaart de schenking in dank te aanvaarden.⁴⁶

4. Een tweezijdig document, ondertekend door zowel de schenker als de begiftigde (*pacte adjoint*)

a. Civielrechtelijke beoordeling

20. Met het oog op het bewijs van zowel de bankgift als haar modaliteiten, stellen schenker en begiftigde soms een bilateraal geschrift op na de verwezenlijking van de bankgift. Dit *pacte adjoint* wordt door beide partijen ondertekend en bevat hun verklaring dat een gemodaliseerde bankgift heeft plaatsgehad. Soms splitsen partijen dit document op in twee eenzijdige documenten. De schenker maakt in het *pacte adjoint* kenbaar dat hij de schenking heeft

⁴⁵ R. BARBAIX en B. VERDICKT, *NFM* 2011, 82.

⁴⁶ Besl. nr. 100.528, 25 april 2005, *Rep.RJ*, R131, 05-04; E. SPRUYT, *AFT* 2008, 26.

gedaan, de begiftigde verklaart dat hij ze heeft aanvaard en beiden delen mee dat de schenking onder bepaalde modaliteiten is gebeurd.⁴⁷ Het gezamenlijke document geldt als een volledig bewijs.⁴⁸ In het voormelde arrest van het Hof van Cassatie van 22 april 2010 wordt dit bevestigd met betrekking tot de handgift: "het volwaardig schriftelijk bewijs van het bestaan van een handgift van roerende goederen ter waarde van meer dan 375 euro wordt geleverd aan de hand van een door de schenker en de begunstigde ondertekend geschrift, dat de overhandiging, met het inzicht om te schenken, van de zaak aan de begiftigde vaststelt, evenals de aanvaarding ervan door de begiftigde".⁴⁹ Er is geen reden om aan te nemen dat deze regel enkel geldt voor de handgift en niet voor de bankgift, omdat het Hof hem afleidt uit het geheel van de artikelen 1319, 1322 en 1341 BW, die op elke schenkingsvorm van toepassing zijn.

21. Voor de redactie van het bilaterale bewijsdocument is het van cruciaal belang dat het geschrift pas na de uitvoering van de schenking wordt opgemaakt en dat dit duidelijk uit de bewoordingen ervan blijkt, omdat men anders in het vaarwater komt van artikel 931 BW. Als het geschrift de indruk wekt dat het de schenking tot stand brengt, kan het als een akte houdende schenking worden aangemerkt die wegens miskennis van het vormvoorschrift van artikel 931 BW absoluut nietig kan worden verklaard.⁵⁰ Bovendien moet ook duidelijk blijken dat de modaliteiten reeds op het ogenblik van de schenking waren afgesproken omdat na de eigendomsoverdracht geen voorwaarden meer kunnen worden toegevoegd, zoals hoger reeds werd aangegeven.⁵¹ Om problemen te vermijden, is een zorgvuldig gebruik van terminologie dus geboden. Uit de bewoordingen van het geschrift moet blijken dat het document werd opgesteld als bewijs en dus een erkenning en bevestiging vormt van een vooraf gerealiseerde schenking en vooraf afgesproken modaliteiten.⁵² Tot slot is het van belang het document in twee exemplaren op te maken, overeenkomstig artikel 1325 BW, aangezien de aanwezigheid van modaliteiten de schenking wederkerig maakt.⁵³

22. Voor eenzijdige verklaringen geldt het risico op nietigverklaring krachtens artikel 931 BW uiteraard niet. Aangezien een schenking een contract is, kan een eenzijdige verklaring nooit worden beschouwd als een akte houdende

⁴⁷ R. BARBAIX en B. VERDICKT, *NFM* 2011, 81.

⁴⁸ E. SPRUYT, *AFT* 2008, 49.

⁴⁹ Cass. 22 april 2010, *aangehaald*.

⁵⁰ E. DE WILDE D'ESTMAEL, *RGF* 1998, 384; E. SPRUYT, *AFT* 2008, 47.

⁵¹ H. CASMAN, *NjW* 2011, 561.

⁵² A. MEYUS en S. WILKENS, *AFT* 2001, nr. 61.

⁵³ N. TORFS, "De handgift 'met modaliteiten'", *NFM* 1996, 262; P. DELNOY, in X, *Les arrangements de famille*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 130.

schenking.⁵⁴ Zo zal een intentiebrief slechts een schenkingsbelofte uitmaken en niet gelijkgesteld kunnen worden aan een nietige schenking.⁵⁵

23. Het voordeel van een *pacte adjoint* is dat dit als bewijsmethode eenvoudiger is dan de techniek van de aangetekende brieven. Door het opstellen van één gezamenlijk document vermijdt men fouten die de bewijswaarde van het geschrift kunnen aantasten, zoals het te vroeg versturen van de aangetekende brieven of het versturen in verkeerde volgorde.

b. Fiscaalrechtelijke beoordeling

24. Een gezamenlijk document getekend door zowel de schenker als de begiftigde, waaruit blijkt dat de overschrijving *animo donandi* gebeurde en dat de schenking door de begiftigde werd aanvaard, vormt een geldige heffingstitel voor het schenkingsrecht.⁵⁶ Met betrekking tot de modaliteiten dient men evenwel de eerder geformuleerde opmerking voor ogen te houden dat de fiscale administratie het bestaan van modaliteiten niet bewezen zal achten wanneer geen stuk voorhanden is dat vóór de schenking werd opgesteld en waaruit het bestaan van die modaliteiten blijkt. Het nadeel van een *pacte adjoint* schuilt er aldus in dat dit bewijsdocument niet kan hard maken dat de modaliteiten reeds op het ogenblik van de schenking waren bedongen. Het risico bestaat dat de fiscale administratie niet overtuigd zal zijn door de bewoordingen van het document. Als men een bankgift met modaliteiten wil realiseren, doet men er aldus goed aan om voorafgaand aan deze schenking een intentiebrief op te stellen waarin de schenker verklaart bepaalde modaliteiten aan de gift te hebben verbonden. Na de gift stelt men dan een *pacte adjoint* op waarin ditmaal ook de begiftigde het bestaan van de lasten of voorwaarden erkent.

5. Conclusie: de meest aangewezen bewijstechniek

25. De civiel- en fiscaalrechtelijke implicaties van de besproken bewijstechnieken leiden mijns inziens tot het besluit dat de meest geschikte methode om een gemodaliseerde bankgift te bewijzen bestaat in de voorlegging van een intentieverklaring uitgaande van de schenker, opgemaakt vóór de schenking, en een tweezijdig document opgemaakt na de schenking. De intentieverkla-

⁵⁴ C. AUGHUET, *Notamus* 2003, 57.

⁵⁵ E. DE WILDE D'ESTMAEL, *RGF* 1998, 387.

⁵⁶ Voorafgaande Besl. nr. 2011.260, 6 september 2011; Voorafgaande Besl. nr. 900.469, 20 april 2010; Besl. 30 januari 2007, *RGEN* 2007, nr. 25.840, 322; J. RUYSSSELVELDT, "Bankgift – Eenzijdige erkenning zowel van de begiftigde als de schenker", *Registratierechten* 2006-2007, afl. 3, 17; E. SPRUYT, *AFT* 2008, 27.

ring biedt het belangrijke voordeel dat men op ondubbelzinnige wijze zal kunnen aantonen dat de modaliteiten reeds op het ogenblik van de schenking bedongen waren. Het bilaterale *pacte adjoint* bewijst op zijn beurt dat de gift werd aanvaard en bevestigt nogmaals het vrijgevigheidsinzicht in hoofde van de schenker en de aanwezigheid van de modaliteiten. Omdat het om slechts één document gaat, is deze bewijstechniek eenvoudiger dan de methode van de uitgewisselde brieven. Wel dient men uiterst behoedzaam te zijn voor de gehanteerde terminologie in het geschrift: zodra de akte de indruk wekt dat zij de schenking tot stand brengt in plaats van een loutere bevestiging te zijn van haar verwezenlijking, dreigt de nietigheidssanctie krachtens artikel 931 BW. Het *pacte adjoint* moet tot slot in twee exemplaren worden opgemaakt, conform artikel 1325 BW.

C. De invloed van artikel 1097 BW op de geldigheid van de wederzijdse schenking tussen echtgenoten via bankgift met *pacte adjoint*

26. In de praktijk wordt de bankgift geregeld gebruikt om een wederzijdse schenking tussen echtgenoten tot stand te brengen. Achteraf ondertekenen beide echtgenoten een *pacte adjoint* waarin zij de voorwaarden van wederzijdse juridische afhankelijkheid van de schenkingen opgeven. De wederzijdse schenkingen moeten immers opgenomen zijn in een zelfde akte om als afhankelijke beschikkingen in de zin van artikel 14 W.Reg. te kunnen worden beschouwd.⁵⁷ Artikel 1097 BW bepaalt evenwel dat echtgenoten elkaar tijdens het huwelijk geen onderlinge en wederkerige schenking mogen doen bij een en dezelfde akte. Op basis van de tegenspraak tussen beide artikelen zou men zich de vraag kunnen stellen of artikel 1097 BW in de weg staat van de geldigheid van de constructie van de wederzijdse schenking tussen echtgenoten, in dit geval via bankgift. Men dient echter voor ogen te houden dat artikel 1097 BW volgens de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer een vormregel is, die bijgevolg niet van toepassing is op vermomde schenkingen, handgiften en onrechtstreekse schenkingen zoals de bankgift.⁵⁸ De fiscale administratie bevestigde dit en erkende zo de geldigheid van wederzijdse schenkingen die via bankgift tot stand worden gebracht.⁵⁹ Het is daarbij irrelevant of de wederzijdse schenkingen betrekking hebben op rekeningen binnen dezelfde bank.⁶⁰

⁵⁷ Besl. 22 mei 1968, *RGEN* 1968, nr. 21263, 160.

⁵⁸ W. PINTENS, Ch. DECLERCK en K. VANWINCKELEN, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, 276; A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, "Successieplanning voor (kinderloze) echtgenoten: wederzijdse schenkingen – twee vliegen in één klap!", *NFM* 2011, 41.

⁵⁹ Voorafgaande Besl. nr. 900.097, 23 juni 2009; Voorafgaande Besl. nr. 2011.260, 6 september 2011.

⁶⁰ Voorafgaande Besl. nr. 900.469, 20 april 2010.

De administratie wees er trouwens terecht op dat er van een schending van artikel 1097 BW eigenlijk zelfs geen sprake kan zijn: de wederzijdse schenking komt niet tot stand in één maar in twee afzonderlijke akten, namelijk via twee overschrijvingen. Het *pacte adjoint* vormt als bevestiging van de bankgiften slechts een titel voor de heffing van de schenkingsrechten en geen titel van de schenkingen zelf in de zin van artikel 1097 BW.⁶¹ Artikel 1097 BW verhindert bijgevolg in geen enkel opzicht dat de techniek van wederzijdse schenkingen tussen echtgenoten door middel van een bankgift wordt verwezenlijkt.⁶²

IV. BESLUIT

27. De bankgift is een onrechtstreekse schenking die net als elke andere schenking kan worden gemodaliseerd. Het bewijs van de bankgift met modaliteiten wordt beheerst door de gemeenrechtelijke bewijsregels in de artikelen 1315, 1341 en 1347 BW. Het is daarom belangrijk om de bankgift te laten vergezellen van een geschrift dat het bestaan van de schenking en haar lasten of voorwaarden bevestigt. De civiel- en fiscaalrechtelijke bewijswaarde van dit document is afhankelijk van de manier waarop het wordt opgemaakt. In de praktijk worden verschillende technieken gehanteerd, zoals de opmaak van een eenzijdige verklaring uitgaande van de schenker of begiftigde, de uitwisseling van een intentie- en bedankingsbrief en de redactie van een bilateraal *pacte adjoint*. Omdat het vooral op fiscaal vlak van belang is om aan te tonen dat de modaliteiten reeds bestonden op het ogenblik van de schenking, verdient het aanbeveling dat de schenker voorafgaand aan de bankgift een intentieverklaring opstelt waaruit zijn wil om te schenken onder voorwaarden blijkt. Na de schenking wordt een *pacte adjoint* opgesteld waarin de begiftigde verklaart de schenking en haar modaliteiten te hebben aanvaard en de schenker bevestigt dat hij een schenking onder bepaalde modaliteiten heeft gedaan. Een combinatie van een intentieverklaring met een bedankingsbrief is eveneens een nuttige bewijsmethode zolang men over het bankafschrift beschikt, maar de uitwisseling ervan kan sneller praktische problemen opleveren dan de opmaak van een gezamenlijk document.

28. Een bankgift met een *pacte adjoint* kan probleemloos worden gebruikt voor de realisatie van een wederzijdse schenking tussen echtgenoten. Artikel 1097 BW blijft hier op veilige afstand omdat het *pacte adjoint* slechts een titel

⁶¹ Voorafgaande Besl. nr. 900.097, 23 juni 2009, *Patrimonium 2010*, deel I, nr. 101; E. SPRUYT, "Belastbare rechtshandelingen (Schenken)" in F. WERDEFROY, *Registratierechten 2010-2011*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1609; A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, *NFM 2011*, 47.

⁶² A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, *NFM 2011*, 45.

tot bewijs van de schenking vormt en geen titel van de schenking zelf. Het artikel is bovendien niet van toepassing op de alternatieve schenkingsvormen, waaronder de bankgift als onrechtstreekse schenking. Tot slot dient nogmaals te worden benadrukt dat een zorgvuldig gebruik van terminologie bepalend is voor de geldigheid van de bankgift. Ten eerste mag de overschrijving zelf niet vermelden dat zij te kostelozen titel gebeurt. De overschrijving verliest dan haar neutrale karakter en kan worden gekwalificeerd als een akte houdende schenking die wegens schending van het formalisme in artikel 931 BW absoluut nietig kan worden verklaard. Om dezelfde reden moet ook het *pacte adjoint* behoedzaam worden geredigeerd. Uit de bewoordingen moet op ondubbelzinnige wijze blijken dat de akte geldt als bewijs en dus een bevestiging vormt van een gemodaliseerde schenking die *vooraf* werd gerealiseerd.