Doctrine

Overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning: welke specifieke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende echtgenoot nog op de geschonken aandelen na de hervormingen van 1 september 2018?

Kan de 'aangetrouwde' schoonzoon of -dochter bij een echtscheiding enige aanspraak of vergoeding formuleren?

Alain Van Geel[1] en Tim Roovers[2]

Goed een jaar na de inwerkingtreding van het vernieuwde erfrecht[3] en het vernieuwde huwelijksvermogensrecht[4], krijgen we een steeds beter beeld op de impact van deze hervormingen op de civielrechtelijke praktijk van de overdracht van een familiale vennootschap in het kader van een vermogensplanning. Ook al zijn de vraagstukken die sedert september 2018 zijn opgedoken met betrekking tot de wijze van toepassing van voormelde nieuwe wetgeving in de praktijk nog niet allemaal opgelost, zoals u hierna nog zal merken, toch lijkt er sprake te zijn van een wijziging van de ingesteldheid, en in het bijzonder van de wijze waarop thans het civielrechtelijke luik van de overdracht van een familiale vennootschap in de praktijk wordt benaderd. Er zijn al heel wat interessante bijdragen gepubliceerd die focussen op o.a. de manier waarop het ogenblik van waardering van de schenking van aandelen van een familiale vennootschap nu in de praktijk moet worden bepaald met het oog op (inbreng en) inkorting, nu door de wetgever het tweede lid van de vorige versie van artikel 922 BW werd afgevoerd. Uit de praktijk blijkt dat, bij de schenking van aandelen van een familiale vennootschap, dit waarderingsmoment in feite 'subjectief' wordt vastgelegd middels het vastknopen van specifieke voorwaarden aan de uit te voeren schenking[5], zoals een voorbehoud van vruchtgebruik of een verbod tot vervreemding. In een beperkt aantal gevallen kon een verklaring tot behoud soelaas bieden, maar in heel wat gevallen zal beroep moeten worden gedaan op het verlijden van een punctuele of globale erfovereenkomst om toekomstige discussies bij het openvallen van de nalatenschap van de schenker te vermijden...

In deze bijdrage willen we vooral inzoomen op een aantal vraagstellingen met betrekking tot de specifieke positie van de langstlevende echtgenoot bij het uitvoeren van een familiale bedrijfsoverdracht aan de volgende generatie die kadert binnen een globale vermogensplanning. In eerste

1. Partner Tiberghien Advocaten.
2. Senior Estate Planner (Wealth Analysis & Planning, Belfius) en vrijwillig academisch medewerker, opleiding notariaat, VUB.
3. Wet van 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *BS* 1 september 2017, 81.578; in deze bijdrage genoemd de 'Erfwet 2018'.
4. Wet van 22 juli 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en diverse andere bepalingen wat het huwelijksvermogensrecht betreft en tot wijziging van de wet van 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse bepalingen ter zake, *BS* 27 juli 2018, 59.435; in deze bijdrage genoemd de 'Wet HVR 2018'.
5. Zo onder meer M. Gijbels en A. Van Geel, "Familiale vermogensplanning in het nieuwe erfrecht: nieuwe mogelijkheden?", *Notariaat* 2018, afl. 1-2, 4-5.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

instantie staan we stil bij de – al dan niet – vermogensrechtelijke bescherming van de langstlevende echtgenoot naar aanleiding van een schenking onder de levenden, die wordt uitgevoerd door één echtgenoot aan de volgende generatie, van de aandelen van een familiale vennootschap. Welke vermogensrechtelijke aanspraken heeft de langstlevende, sedert 1 september 2018, in concreto nog op deze geschonken aandelen? Kunnen deze aanspraken bijvoorbeeld contractueel worden gemodelleerd? Hoewel we deze problematiek specifiek bekijken door de bril van de schenking van aandelen van een familiale vennootschap, kunnen de redeneringen en conclusies die we hierbij maken ook van toepassing zijn op gedane schenkingen van andere goederen. Vervolgens staan we ook nog even stil bij de impact van de hervorming van het huwelijksvermogensrecht op het toepasselijk huwelijksstelsel van de kinderen die de aandelen van de familiale vennootschap geschonken hebben gekregen, en in het bijzonder op de nieuwe vergoedingsregeling die werd voorzien met betrekking tot het 'oppotten' van netto-beroepsinkomsten in een eigen vennootschap zo het kind is gehuwd onder een gemeenschapsstelsel. Welke aanspraken zou de 'aangetrouwde' ter zake de geschonken aandelen kunnen formuleren bij een mogelijke echtscheiding?

1. Inkomstenbehoud voor de langstlevende schenker-echtgenoot

A. Schenking onder de levenden van aandelen van een familiale vennootschap uitgevoerd voor 1 september 2018

Eén van de belangrijke bezorgdheden bij iedere vermogensoverdracht onder de levenden die wordt gerealiseerd in het kader van een globale planning, is uiteraard de wens van ouders-overdragers, om, ook na het uitvoeren van bijvoorbeeld een schenking van aandelen van een familiale vennootschap, nog enige mate van controle en toezicht te kunnen blijven behouden en uiteraard minstens dezelfde levensstandaard te kunnen blijven genieten, niet alleen tijdens het leven van beide ouders maar ook nog door de langstlevende echtgenoot. Doorslaggevend hierbij is dat, met het oog op het invullen van deze levensstandaard, de ouders begrijpelijkerwijze hiertoe op geen enkele manier afhankelijk wensen te zijn van enige beslissing of vraag aan hun kinderen. Welke vermogensrechtelijke aanspraken kan een langstlevende echtgenoot thans nog formuleren met betrekking tot de schenking aan de kinderen van aandelen van een familiale vennootschap die werd uitgevoerd tijdens het huwelijk, maar VOOR 1 september 2018? In principe, zoals duidelijk weergegeven in de overgangsbepalingen, moet deze schenking door de kinderen toch nog worden ingebracht. De wijze waarop de inbreng door de kinderen effectief zal moeten gebeuren, wordt evenwel bepaald door de nieuwe erfwet. Moet deze inbreng nog wel geschieden ten aanzien van de langstlevende echtgenoot, nu de nieuwe erfwet deze inbrengverplichting heeft afgeschaft? Het antwoord is duidelijk bevestigend. De overgangsbepalingen van de Erfwet 2018 (art. 66, § 3 Erfwet 2018) voorzien dat wat betreft de kwalificatie of een schenking op voorschot is dan wel buiten erfdeel, de beoordeling moet gebeuren op basis van de wetgeving van toepassing op het moment van de schenking. Een schenking gedaan, tijdens het huwelijk, voor 1 september 2018 aan de kinderen op voorschot van erfdeel, en waarbij de langstlevende geen toestemming heeft verleend in de zin van artikel 858*bis* BW, zal ook bij een overlijden na 31 augustus 2018 in principe moeten worden ingebracht ten aanzien van de langstlevende echtgenoot. Zou het antwoord anders zijn wanneer de echtgenoot de schenking aan de kinderen zou hebben gedaan, niet alleen voor 1 september 2018, maar ook nog voor het huwelijk, en de echtgenoten pas na de gedane schenking in het huwelijk zijn getreden, uiteraard ook voor 1 september 2018? Binnen de rechtsleer bestaat hierover blijkbaar geen unanimiteit maar ons inziens zou het antwoord ter zake identiek moeten zijn: de overgangsbepalingen stellen immers nergens dat ze restrictief van toepassing zijn op alle schenkingen gedaan voor 1 september 2018 voor zover die zijn gedaan tijdens het huwelijk. Zoals voormeld echter zal de wijze waarop de inbreng van de gedane schenking zal moeten geschieden, ook voor schenkingen gedaan voor de inwerkingtreding van de Erfwet 2018, worden bepaald volgens de huidige re-

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

gels[6]. Dat wil zeggen dat de inbreng in principe in waarde zal gebeuren, en dit door vooruitneming of verrekening of zelfs betaling aan de massa (art. 858, § 1 BW). Dit laatste scenario, namelijk de betaling aan de massa, zal bij een schenking van een familiale onderneming wel eens meer waarschijnlijk kunnen zijn dan ingeval van de schenking van andere vermogensbestanddelen. Voor de volledigheid: de erfgenaam die tot inbreng is gehouden, kan mogelijks zelfs opteren om het geschonken goed in natura in te brengen (art. 858, § 6 BW) voor zover dit hem/haar nog toebehoort en vrij is van elke last of bezitting waarmee het nog niet bezwaard was ten tijde van de schenking. Hierna een voorbeeld:

- Luc en Leen zijn gehuwd onder een stelsel van zuivere scheiding van goederen. Luc beslist om op 1 oktober 2017, wanneer ze beiden 64 jaar zijn, de aandelen van zijn familiale vennootschap (een NV zonder statutaire overdrachtsbeperkingen). in volle eigendom te schenken aan hun dochter, Loes. Waarde van de geschonken aandelen: 1 miljoen EUR;
- De schenking betreft een schenking in volle eigendom, met geen beperkingen wat het beschikkingsrecht van Loes betreft. Bovendien heeft Leen, de echtgenote van Luc, uitdrukkelijk in de schenkingsakte laten bepalen dat haar tussenkomst geen toestemming is in de zin van oud artikel 858*bis*, § 2 BW;
- Luc kan helaas niet lang genieten van zijn leven als bedrijfsleider op rust, want op 1 oktober 2018, precies een jaar na de schenking, overlijdt hij plots;
- In zijn nalatenschap bevinden zich enkel nog gelden ten belope van 200.000 EUR. Hoe moet de vereffening en verdeling van zijn nalatenschap nu gebeuren?
  - Aangezien de schenking is gedaan voor 1 september 2018, en rekening houdende met de op dat ogenblik toepasselijke bepalingen, zal Loes inbreng moeten doen voor wat betreft het vruchtgebruik aan haar moeder Leen. Aangezien de nalatenschap opengevallen is na 31 augustus 2018, zal de inbreng dienen te gebeuren in waarde, door vooruitneming, verrekening of betaling aan de massa, of zelfs door inbreng in natura door de begiftigde;
  - De verdeelmassa bedraagt 200.000 EUR, te vermeerderen met de geïndexeerde waarde van de schenking van oktober 2017, namelijk 1.022.865 EUR (1.000.000 EUR / consumptieprijsindex oktober 2017 * consumptieprijsindex oktober 2018): de verdeelmassa bedraagt dus 1.222.865 EUR.
  - Om na te gaan hoeveel Loes zal moeten inbrengen ten aanzien van haar intussen 65-jarige moeder Leen, dienen we de gekapitaliseerde waarde van het vruchtgebruik te kennen. We redeneren hier naar analogie met de inkorting in waarde (art. 920, § 3 BW[7]), en baseren ons op de omzettingstabellen die jaarlijks gepubliceerd worden ter uitvoering van artikel 745*sexies*, § 3 BW, waarvan de meest recente versie die van 1 juli 2019 betreft[8]. Het vruchtgebruik van een vrouw van 65 jaar moet thans gewaardeerd worden op 21,22%. Op een bedrag van 1.222.865 EUR (fictieve massa), maakt dit afgerond 259.492 EUR.
  - Aangezien de nalatenschap van Luc enkel 200.000 EUR omvat, zal dit bedrag volledig toekomen aan Leen, en zal dochter Loes bovendien nog een betaling moeten doen aan haar moeder van 59.492 EUR (art. 844, § 2 en 922/1, § 2 BW).

Zoals u kan merken, zal de wisselwerking tussen enerzijds de kwalificatie van een inbreng op voorschot ten aanzien van de langstlevende echt-

6. Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, 54-2282/001, 155.
7. Zie ook: Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, 54-2282/003, 48.
8. Ministerieel besluit van 1 juli 2019 tot bepaling van de omzettingstabellen van het vruchtgebruik als bedoeld in art. 745*sexies*, § 3, van het Burgerlijk Wetboek, *BS* 3 juli 2019, 67.773.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

genote onder de wetgeving van toepassing voor 1 september 2018, en anderzijds de modaliteiten van de inbreng in waarde volgens de huidige regeling, ertoe leiden dat de langstlevende echtgenoot alsnog een juridische bescherming blijft behouden. Echter, of deze juridische bescherming zal kunnen volstaan om financieel haar levensstandaard aan te houden, wordt in belangrijke mate bepaald door de wijze waarop haar vruchtgebruik zal worden gewaardeerd en haar mogelijkheid om – al dan niet alleen – te kunnen beslissen tot omzetting van dit vruchtgebruik. Stel dat in ons voorbeeld Leen weduwe zou zijn geworden op de leeftijd van 85 jaar, dan zou het vruchtgebruik (civielrechtelijk) thans op 6,51% moeten worden gewaardeerd. Tegenover deze lagere waarde staat natuurlijk ook een sterk verminderde levensverwachting… Tegelijkertijd stellen we vast dat wanneer de in het verleden geschonken familiale vennootschap het belangrijkste vermogensbestanddeel betreft, deze wisselwerking ook onaangename gevolgen kan hebben voor de begiftigde kinderen. Te meer omdat een aantal parameters – zoals een schenking met beschikkingsbeperkingen in hoofde van de begiftigden – het gewicht van de geschonken vennootschap in de waarde van de totale verdeelmassa nog kunnen doen toenemen. Immers, in deze situatie zal bij de waardering, volgens de nieuwe regeling, niet moeten worden uitgegaan van de waarde van de geschonken aandelen op datum van schenking maar wel degelijk op datum van overlijden van Luc.

B. SCHENKING GEDAAN SINDS 1 SEPTEMBER 2018

Quid met de bescherming van de langstlevende echtgenote voor schenkingen aan de kinderen van aandelen van een familiale vennootschap gedaan sinds 1 september 2018? Haar situatie zal anders zijn. De kinderen, als wettelijke erfgenamen, zullen immers niet meer verplicht zijn om de gedane schenking in te brengen ten aanzien van de langstlevende echtgenoot (art. 858*bis*, § 2 BW). Deze door de wetgever aangebrachte wijziging is begrijpelijk. De inbreng is immers een techniek bedoeld om de gelijkheid tussen de kinderen (als wettelijke erfgenamen) te garanderen, terwijl de erfrechtelijke aanspraken van de kinderen en de langstlevende, zijnde respectievelijk de blote eigendom en het vruchtgebruik, een verschillend voorwerp hebben[9]. Daarnaast stelde zich uiteraard het probleem van de inbrengaanspraken die een langstlevende tweede echtgenoot kon formuleren op schenkingen gedaan door haar overleden echtgenoot tijdens een vorige relatie. Dit neemt natuurlijk niet weg dat, indien (bv. aan de kinderen) gedane schenkingen de reserve van de langstlevende zouden aantasten, deze nog steeds de inkorting kan vorderen (art. 915*bis* BW), welke ook in waarde zal dienen te gebeuren (art. 920, § 2 BW).

Welk alternatief, voor de verplichting tot inbreng, heeft de wetgever dan uitgewerkt met het oog op de bescherming van de positie van de langstlevende echtgenoot? Om de langstlevende niet volledig in de kou te laten staan met betrekking tot eventuele aanspraken op door de eerst overleden echtgenoot geschonken goederen, voorziet ook de nieuwe wetgeving in een correctie, maar alleen nog ingeval de schenker een schenking doet met voorbehoud van een levenslang vruchtgebruik doet. De langstlevende verkrijgt dan bij het overlijden van haar echtgenoot een wettelijk toegekend opvolgend vruchtgebruik (WTOV; art. 858*bis*, § 3 BW). Dit WTOV is echter onderworpen aan een aantal voorwaarden[10]:

- De langstlevende echtgenoot moet op het moment van de schenking met voorbehoud van vruchtgebruik al de hoedanigheid van echtgenoot hebben om hier aanspraak op te kunnen maken. Met andere woorden: alleen schenkingen gedaan tijdens het huwelijk kunnen ressorteren in een WTOV voor de langstlevende echtgenoot;
- De langstlevende echtgenoot moet tot de nalatenschap van de eerst stervende komen, want het gaat om een erfrechtelijke

9. Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse andere bepalingen ter zake, *Parl.St.* Kamer 2016-17, 54-2282/001, 67-68.
10. R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 627-628.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

roeping. De verwerping van de nalatenschap zal dus ook tot gevolg hebben dat men het recht op het WTOV verliest;

- Bovendien mag de langstlevende echtgenoot tijdens zijn leven niet verzaakt hebben aan het recht op het WTOV. Deze mogelijkheid wordt immers door de wet voorzien (art. 858*bis*, § 6 BW), op voorwaarde althans dat de voorwaarden inzake de erfovereenkomsten worden nageleefd;
- Bovendien moet ook de eerst stervende echtgenoot-schenker zelf vruchtgebruiker zijn gebleven tot aan zijn overlijden. Als hij dus bij leven afstand heeft gedaan van dit vruchtgebruik, zal ook in dat geval de langstlevende geen recht hebben op het WTOV;
- In dit laatste geval lijkt de afstand van vruchtgebruik door de eerst stervende-schenker niet tot gevolg te mogen hebben dat hiermee de reserve van de langstlevende wordt aangetast. Als aan alle voorwaarden van het WTOV is voldaan, maar de eerst stervende heeft bij leven aan het vruchtgebruik verzaakt, dan zal de langstlevende o.i. de waarde van dit vruchtgebruik mee in rekening mogen brengen bij de berekening van de fictieve massa en zijn reserve[11];
- Waar de langstlevende echtgenoot, onder de oude regels van voor 1 september 2018, alleen inbreng kon claimen bij schenkingen gedaan aan de wettelijke erfgenamen, zal het WTOV in principe toekomen aan de langstlevende bij alle schenkingen gedaan door de eerst stervende tijdens het huwelijk, uiteraard met voorbehoud van een levenslang vruchtgebruik. De hoedanigheid van de begiftigde is niet relevant. Het WTOV komt dus aan de langstlevende echtgenoot zowel bij een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik, gedaan tijdens het huwelijk, aan de kinderen als aan een derde;
- Tot slot mag de echtgenoot-schenker, bijvoorbeeld middels een testamentaire bepaling, het WTOV niet hebben ontzegd aan de langstlevende echtgenoot op de geschonken goederen.

Wat dan te denken van dit WTOV? De toepassingsvoorwaarden zijn alvast nogal rigide. Daarnaast kent het WTOV nog enkele andere nadelen. In de eerste plaats is er het civielrechtelijk nadeel dat het, volgens de nieuwe wetgever, om een erfrechtelijk vruchtgebruik gaat, waardoor bijgevolg de regels inzake omzetting van het vruchtgebruik van toepassing zijn (art. 858*bis*, § 3 en 745*ter*-745*septies* BW). De combinatie van, enerzijds, de mogelijkheid tot omzetting, en anderzijds, de – zeer lage – omzettingspercentages die op vandaag zijn opgenomen in de civielrechtelijke omzettingstabellen, hebben onmiskenbaar een negatieve invloed op de financiële draagkracht van de langstlevende echtgenoot. Deze situatie wordt in het Vlaamse Gewest in feite nog meer gesanctioneerd wanneer ook wordt rekening gehouden met het fiscaalrechtelijke. Het nieuwe[12] tweede lid van artikel 2.7.1.0.2 VCF voorziet dat het WTOV, dat wordt verkregen door de langstlevende echtgenoot, onderworpen is aan erfbelasting. De achterliggende redenering blijkt te zijn dat de langstlevende dit opvolgend vruchtgebruik verkrijgt uit de nalatenschap, en niet uit de schenking. Reden waarom ook het basisartikel inzake erfbelasting wordt aangepast, en er dus niet een fiscale fictie wordt toegevoegd[13]. Deze redenering lijkt ons alleszins juridisch niet correct. Des te meer betreurenswaardig is het feit dat het Vlaamse Gewest wel heeft beslist het WTOV te onderwerpen aan erfbelasting terwijl het Brussels Hoofdstedelijk en het Waalse Gewest beslisten om dit niet doen. Bovendien mogen we niet vergeten dat, in alle drie Gewesten, het vruchtgebruik dat onder de oude regeling door de langstlevende echtgenoot werd verkregen ingevolge inbreng, in principe niet belast was. Inbreng is immers, net zoals inkorting, een fiscaal neutrale handeling. Het is daarenboven weinig ernstig dat de belastbare basis van de WTOV voor de erfbelasting merkelijk hoger ligt dan de tegenwaarde die de langstlevende echtgenoot uiteindelijk zal

11. R. Barbaix, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 629.
12. Decreet Vl. 6 juli 2018 tot modernisering van de erf- en schenkbelasting, aangepast aan het nieuwe erfrecht, *BS* 20 juli 2018.
13. R. Deblauwe, "Het nieuwe erfrecht en zijn fiscale consequenties", *AFT* 2018, afl. 10, 23.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

ontvangen bij een eventuele omzetting in volle eigendom, althans indien deze omzetting geschied volgens de wettelijke civielrechtelijke tabellen. De langstlevende betaalt erfbelasting op een tegenwaarde in volle eigendom die hij of zij nooit zal ontvangen. Bijvoorbeeld zal een langstlevende echtgenoot van 66 jaar aldus erfbelasting betalen op 32% van de waarde van de geschonken goederen waarop hij het WTOV verkrijgt, terwijl deze goederen bij omzetting, slechts 17,32% (man) of 19,94% (vrouw) in volle eigendom vertegenwoordigen.

Moeten we dan tot de conclusie komen dat de bescherming van de langstlevende echtgenoot naar aanleiding van een schenking sinds 1 september 2018 een verloren zaak is en dat iedere financiële bescherming onmogelijk is geworden? Neen, zeker niet. De mogelijkheden om de langstlevende naar aanleiding van een familiale bedrijfsoverdracht te beschermen op een manier die zowel civielrechtelijk als fiscaal niet afgestraft wordt, zijn, ook onder de nieuwe wetgeving, nog steeds gesteund op dezelfde oude recepten. Het grote verschil met de vroegere regeling is dat de wetgever geen algemeen opvangnet (via de verplichting tot inbreng van de geschonken aandelen ten aanzien van de langstlevende) heeft voorzien, en dat er nog meer dan vroeger bijzondere aandacht zal moet worden besteed aan deze specifieke problematiek. Twee[14] pistes kunnen overwogen worden. Ten eerste kan in de schenking van de aandelen die beide ouders samen doen (hypothese: de te schenken aandelen zijn gemeenschappelijk of worden in onverdeeldheid aangehouden, in gelijke delen) met voorbehoud van vruchtgebruik, een aanwas van vruchtgebruik worden voorzien. Dergelijke aanwas zal bij overlijden van de eerst stervende niet belast worden in de erfbelasting, noch onderworpen zijn aan de registratiebelasting[15]. Indien slechts één van beide ouders de aandelen zou schenken omdat deze deel uitmaken van zijn eigen vermogen, en de schenking gebeurt met voorbehoud van vruchtgebruik, dan kan de schenker de terugval van het vruchtgebruik voorzien in het voordeel van de andere echtgenoot. Deze laatste zal de terugval van het vruchtgebruik best bij leven van de schenker, en meestal in dezelfde schenkingsakte, aanvaarden. Waar deze terugval van het vruchtgebruik tot voor kort in het Vlaamse Gewest belast zou zijn geweest in de erfbelasting, en dus niet in de schenkbelasting, bij toepassing van de fictie voorzien in artikel 2.7.1.0.6, 3° VCF, is dit sinds 1 september 2018 niet langer het geval. Het nieuwe tweede lid van artikel 2.7.1.0.6, 3° VCF voorziet immers in een uitzondering voor wat betreft het vruchtgebruik dat de schenker zich heeft voorbehouden, en waarvan hij de terugval heeft bedongen in het voordeel van een derde, in ons voorbeeld de langstlevende echtgenoot. Dit maakt dat de begiftigde echtgenoot, die bij overlijden van de eerst stervende het vruchtgebruik zal verkrijgen, belast zal worden in de schenkbelasting, en dus niet langer in de erfbelasting. Deze laatste gedachtegang geldt in de veronderstelling dat het een schenking betreft die ter registratie werd aangeboden. Stel dat de partijen ervoor kiezen de schenking met voorbehoud van vruchtgebruik en terugvallend vruchtgebruik voor de langstlevende te laten plaatsvinden voor een Nederlandse notaris zal geen schenkbelasting, noch erfbelasting verschuldigd zijn op deze schenkingen, ook niet bij later overlijden van de schenker, waarbij het vruchtgebruik toekomt aan de langstlevende. Enkel indien de schenker zou overlijden binnen de drie jaar na de schenking, en deze schenking niet tijdig ter registratie werd aangeboden, zal er erfbelasting verschuldigd zijn op deze schenkingen (fictie art. 2.7.1.0.5 VCF)[16]. Of een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik bij een niet-geregistreerde schenking aanvaard moet worden door de Vlaamse Belastingdienst, moet o.i. sinds het arrest d.d. 12 juni 2018 van de Raad van State niet langer in vraag worden gesteld[17].

Uit het voorgaande kunnen we concluderen dat indien een schenking wordt gedaan met voorbehoud van vruchtgebruik, ook sinds 1 sep-

14. We veronderstellen in deze bijdrage telkens dat beide ouders aanwezig zijn en minstens tussenkomen in de schenking, en waar nodig aanvaarden. Het scenario van een derdenbeding laten we hier dus buiten beschouwing.
15. Standpunt nr. 16092 (Bedingen van aanwas en van terugvalling) d.d. 14 november 2016, gepubliceerd op 3 januari 2017; N. GEELHAND DE MERXEM en I.-H. GOTZEN, "De begunstiging van de langstlevende echtgenoot en Vlabel", *TEP* 2017, afl. 5, 546.
16. R. DEBLAUWE, "Het nieuwe erfrecht en zijn fiscale consequenties", *AFT* 2018, afl. 10, 25-26.
17. RvS (14e k.) 12 juni 2018, nr. 241.761, www.raadvanstate.be; Nieuwsbericht Vlaamse Belastingdienst d.d. 15 juni 2018 (Erfbelasting – vernietiging standpunt gesplitste aankoop/inschrijving).

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

tember 2018 de langstlevende echtgenoot nog in belangrijke mate kan worden beschermd, zij het dan wel op een andere wijze. De wetgever voorziet met het wettelijk toegekende opvolgend vruchtgebruik nog wel in een opvangnet voor de langstlevende echtgenoot, maar hieraan zijn zowel civielrechtelijk (strenge toepassingsvoorwaarden, omzetbaarheid) als, in het Vlaamse Gewest, fiscaal (erfbelasting) enkele nadelen verbonden. Daarom ligt de focus van de bescherming van de langstlevende echtgenoot nu volledig bij de schenkingsakte. Het is dus aan de adviseur om, bij het redigeren van de verschillende clausules, te vermijden dat de langstlevende echtgenoot een in angst levende echtgenoot wordt. Hierbij zal de adviseur de nodige aandacht moeten besteden aan de toepasselijke lokalisatiecriteria. Immers, de invulling van de fiscaalrechtelijke gevolgen van het WTOV en een terugval van vruchtgebruik op bijvoorbeeld geschonken aandelen van een familiale vennootschap is verschillend over de drie Gewesten heen.

We geven tot slot voor de volledigheid nog mee dat een schenking met voorbehoud van vruchtgebruik onder de toepassing van artikel 858, § 3, 2e lid BW valt: het betreft een schenking waarbij de begiftigde geen beschikkingsvrijheid bekomt met betrekking tot de geschonken aandelen. Het lijkt ingeval van een schenking van een familiale vennootschap geen overbodige luxe om in dat geval te voorzien in een punctuele erfovereenkomst omtrent de waarde (art. 858, § 5, 2e en 3e lid BW; opgelet, want deze erfovereenkomst kan *geen* afbreuk doen aan de indexering!) of omtrent de inbreng en inkorting van de geschonken aandelen (art. 918 BW), of zelfs in een globale erfovereenkomst.

2. Het huwelijksvermogensrecht van de begiftigde kinderen

Wanneer aandelen van een familiale vennootschap in het kader van een globale vermogensplanning door ouders worden geschonken aan hun kinderen, dan zullen deze aandelen in principe tot het eigen vermogen van de kinderen behoren, ook wanneer de begiftigde echtgenoot is gehuwd onder een gemeenschapsstelsel. Volgende vraag stelt zich hierbij: is het onderscheid tussen 'titre' en 'finance' zoals ingevoerd door artikel 1401, § 1, n° 5 BW van toepassing op voormelde geschonken aandelen? De regeling 'titre et finance' is vooreerst uitsluitend van toepassing op een gemeenschapsstelsel. Indien de begiftigde is gehuwd onder een scheidingsstelsel, kan deze regeling aldus geen toepassing vinden. Ook wanneer de begiftigde is gehuwd onder een gemeenschapsstelsel, zal voormelde regeling geen toepassing vinden op de aan een echtgenoot geschonken aandelen van een familiale vennootschap. Immers, voormelde regeling is alleen maar toepasselijk indien volgende cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: het moet gaan om aandelen die zijn verkregen tijdens het huwelijk met gemeenschappelijke gelden (en dus niet ten kosteloze titel, bv. in het kader van een uitgevoerde vermogensplanning) en alleen voor zover het tevens gaat om een vennootschap waarbij de overdracht van de aandelen aan beperkingen is onderworpen (hetzij door wettelijke of statutaire regels, hetzij door een aandeelhoudersovereenkomst), hetzij om een vennootschap waarin enkel die echtgenoot op wiens naam de aandelen zijn ingeschreven zijn professionele activiteit als zaakvoerder of beheerder uitoefent. Conclusie: de regeling 'titre et finance' zal in de praktijk niet van toepassing zijn op aandelen van een familiale vennootschap die door kinderen werden verkregen in het kader van een vermogensplanning.

Vervolgens stelt zich volgende vraag: hoe zit het dan met de winsten die worden gerealiseerd door de familiale vennootschap waarvan de aandelen aan de kinderen werden geschonken van zodra het door de ouders voorbehouden vruchtgebruik is uitgedoofd? Kunnen de vanaf dat ogenblik gecumuleerde, niet uitgekeerde, winsten in het kader van een echtscheiding mogelijks ressorteren onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling met betrekking tot de 'correcte' allocatie aan de huwgemeenschap van beroepsinkomsten die tijdens het huwelijk worden gegenereerd middels het tussenplaatsen van een vennootschap, zoals geregeld in artikel 1432 BW, uiteraard in de hypothese dat de echtgenoten zijn gehuwd onder een gemeenschapsstelsel? Het nieuwe tweede lid van artikel 1432 BW bepaalt: "*De echtgenoot die zijn beroep uitoefent binnen een vennootschap waarvan de aandelen hem eigen zijn, is*

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

aan het gemeenschappelijk vermogen een vergoeding verschuldigd voor de nettoberoepsinkomsten die het gemeenschappelijk vermogen niet heeft ontvangen en redelijkerwijze had kunnen ontvangen indien het beroep niet binnen een vennootschap was uitgeoefend". Deze nieuwe(?[18]) grond voor vergoedingen zal des te meer een aandachtspunt worden indien de begiftigde niet of niet alleen kan beslissen omtrent de remuneratiepolitiek die in de familiale vennootschap zal worden gevoerd.

De wetgever heeft hier de huwelijksvermogensrechtelijke neutraliteit van de beroepsuitoefening via een vennootschap voor ogen[19]. Het gaat om de inmiddels beruchte theorie 'piercing the corporate veil'[20] die, vrezen wij, in de praktijk aanleiding zal geven tot vele discussies en onduidelijkheden en uiteenlopende rechtspraak. Wat heeft de wetgever nu precies bedoeld? Moet een vennootschap in voormelde hypothese steeds volledig worden 'weggedacht'? Dit lijkt ons alleszins veel te kort door de bocht. Hierna een poging tot verduidelijking. Wat heeft de wetgever precies bedoeld? De wetgever viseert de specifieke situatie waarbij één van de echtgenoten zijn beroepsactiviteit uitoefent middels een vennootschap waarvan de aandelen hem eigen zijn en waarbij deze echtgenoot 'nettoberoepsinkomen' opspaart binnen de vennootschap maar dat uiteindelijk ook niet toekomt aan de huwgemeenschap via de waarde van de aandelen vermits de gemeenschap niet is gerechtigd op de waarde (finance) van deze eigen aandelen. Het tweede lid van artikel 1432 BW dient dus geïnterpreteerd te worden als zijnde een vergoeding voor de meerwaarde die via de eigen familiale vennootschap wordt gerealiseerd, en redelijkerwijs aan het gemeenschapsstelsel had moeten toekomen[21]. De wetgever heeft het over het nettoberoepsinkomen dat niet toekomt aan de huwgemeenschap maar in de vennootschap wordt opgepot. Hoewel voormeld tweede lid van artikel 1432 B.W. enkel spreekt van de 'nettoberoepsinkomsten' die het gemeenschappelijk vermogen niet heeft ontvangen', lijkt uit de parlementaire voorbereiding[22] te mogen worden afgeleid dat, bij het bepalen van de hoegrootheid van de bedragen die de gemeenschap effectief heeft ontvangen, niet alleen rekening moet worden gehouden met uitgekeerde vergoedingen voor de door de echtgenoot binnen de vennootschap geleverde arbeids- of bestuurdersfunctie. Er dient ook met andere inkomsten die hij heeft ontvangen uit deze vennootschap, zoals onder meer tantièmes en dividenden, rekening te worden gehouden om na te gaan of het gemeenschappelijk vermogen al dan niet effectief de inkomsten heeft verkregen die het redelijkerwijs had mogen verwachten. Wat de dividenden betreft, lijkt ons dit vanzelfsprekend, onder voorbehoud van de vermogensrechtelijke allocatie van deze dividenden: indien de begiftigde en zijn echtgenoot bij huwelijkscontract hebben bepaald dat ook de inkomsten uit eigen goederen zullen toekomen aan het eigen vermogen, kunnen deze dividenden niet mee in rekening worden gebracht, zoals hiervoor uiteengezet. En wat met aanvullende pensioenen? In het licht van de huidige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie mag worden aangenomen dat de tijdens het gemeenschapsstelsel opgebouwde reserves als een gemeenschappelijk vermogen kunnen worden beschouwd, net omdat de betaalde premies volgens deze rechtspraak moeten worden beschouwd als een vergoeding voor arbeidsprestaties, en dus als een beroepsinkomen. Mogen deze opgebouwde reserves, en het feit dat ze dus in rekening moeten worden gebracht bij een vereffening en verdeling, dan ook beschouwd worden als inkomsten in de zin van artikel 1432, 2e lid BW? Ons inziens lijkt dat wel degelijk het geval te zijn.

Het is aan de echtgenoot die de vergoeding vordert, om het bewijs te leveren. Indien deze echtgenoot, zijnde de echtgenoot van de begiftig-

18. R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 205.
19. Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en diverse andere bepalingen wat het huwelijksvermogensrecht betreft en tot wijziging van de wet van 31 juli 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erfenissen en de giften betreft en tot wijziging van diverse bepalingen ter zake (hierna: Wetsontwerp huwelijksvermogensrecht), *Parl.St.* Kamer 2017-18, 54-2848/001, 65.
20. Wetsontwerp huwelijksvermogensrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 54-2848/001, 10.
21. H. CASMAN, "Nieuw huwelijksvermogensrecht. Een bondige kennismaking", *NJW* 7 november 2018, nr. 390, 770; R. BARBAIX, *Handboek familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 206.
22. Wetsontwerp huwelijksvermogensrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 54-2848/001, 66.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

de, erin slaagt om aan te tonen dat de eigen vennootschap een substantiële meerwaarde heeft gekend omdat er niet voldoende uitkeringen (bezoldiging, tantièmes, dividenden,…) hebben plaatsgevonden, kan er een tegenbewijs worden geleverd. De echtgenoot-begiftigde kan immers aantonen dat er bedrijfseconomische redenen waren om geen of slechts beperkte uitkeringen te doen[23]. Naar aanleiding van deze vergoedingsgrond kan dan ook worden overwogen om de nodige financiële motiveringen (bv. een business plan) te voorzien op grond waarvan kan worden aangetoond dat het behouden van winsten/inkomsten op het niveau van de vennootschap gedaan werd met het oog op bepaalde investeringen, overnames, (pre)financieringen van projecten,…

Quid in volgende hypothese: een kind dat is gehuwd onder een gemeenschapsstelsel, heeft, samen met zijn twee zussen, van zijn ouders de volle eigendom geschonken gekregen van de aandelen van een familiale vennootschap. In de schenkingsakte is bepaald dat de geschonken aandelen dienen te behoren tot het eigen vermogen van de begiftigde kinderen. De drie kinderen zijn actief binnen de vennootschap en bekleden ieder een bestuursfunctie. Kan, bij een echtscheiding, de echtgenoot van het kwestieuze kind de toepassing van artikel 1432 tweed lid inroepen met betrekking tot (een deel) van de in de familiale vennootschap opgebouwde reserves sedert het ogenblik waarop de echtgenoot-aandeelhouder een bestuurdersfunctie uitoefent? De aangetrouwde echtgenoot zal alleszins nooit aanspraak kunnen maken op de niet-uitgekeerde winst van de vennootschap *as such*. Er kan door de aangetrouwde echtgenoot alleen maar een vergoedingsvordering worden ingesteld. Het voorwerp hiervan zal alleszins moeten worden beperkt tot de "nettoberoepsinkomsten die de gemeenschap niet heeft kunnen ontvangen" en zal dus nooit onverkort kunnen worden gelijkgesteld met de niet uitgekeerde winst. De familiale vennootschap kan niet zonder meer worden weggedacht. De winst van de familiale vennootschap vormt immers geen loutere cumul van de beroepsinkomsten van de drie bestuurders-aandeelhouders. Integendeel, er zal moeten worden nagegaan of het kwestieuze kind zijn beroepsactiviteiten heeft uitgeoefend middels de familiale vennootschap en zo ja, dan kan alleen de normale nettovergoeding voor de uitgeoefende bestuurdersfunctie het voorwerp uitmaken van een vergoeding voor zover de aangetrouwde echtgenoot zal kunnen aantonen dat de echtgenoot-aandeelhouder in privé niet behoorlijk is vergoed voor de uitgevoerde activiteit als bestuurder. Bij de praktijktoetsing zal de wijze van vergoeding in ruime zin moeten worden geïnterpreteerd (bestuurdersvergoedingen, tantièmes, voordelen in natura,…). Het moge duidelijk zijn dat in de praktijk met zekerheid veel discussies zullen ontstaan over de wijze van toepassing van artikel 1432 tweede lid.

Het zou voor heel wat familiale rust kunnen zorgen als de huwelijksovereenkomst van de begiftigde kinderen in die mate zou kunnen worden aangepast dat deze vergoedingsgrond wordt uitgesloten. Maar is dat wel mogelijk? Hoewel de vergoedingsrekeningen een essentieel bestanddeel van het gemeenschapsstelsel vormen[24], wordt wel aanvaard dat bepaalde vergoedingsgronden kunnen worden uitgesloten. Kan ook de vergoeding op grond van artikel 1432, 2e lid BW worden uitgesloten in het huwelijkscontract? Hoewel dit op het eerste zicht geen probleem lijkt te zijn, moeten we rekening houden met het demarcatiecriterium dat geldt om te kunnen spreken van een gemeenschapsstelsel, namelijk de vraag naar het vermogen waaraan de beroepsinkomsten worden toegewezen. Om van een gemeenschapsstelsel te kunnen spreken, moeten de beroepsinkomsten toekomen aan de huwgemeenschap. Voormelde vergoedingsgrond voorzien door het nieuwe tweede lid van artikel 1432 BW wil remediëren aan de situaties waarin deze beroepsinkomsten ontsnappen aan de huwgemeenschap omdat één van beide echtgenoten de inkomsten/winsten van zijn eigen vennootschap oppot in deze vennootschap. Met andere woorden zou het uitsluiten van deze vergoedingsgrond erop neerkomen dat de correctie om de beroepsinkomsten uiteindelijk te krijgen waar ze thuishoren, namelijk in de huwgemeenschap,

23. Wetsontwerp huwelijksvermogensrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 54-2848/001, 66.
24. Cass. (3e k., A.R. C.03.0582.N) 17 september 2007, www.cass.be.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien

wordt uitgesloten. Anderzijds zou omwille van familiale en bedrijfseconomische redenen moeten kunnen worden geargumenteerd dat deze vergoedingsgrond minstens voor specifieke, in het huwelijkscontract met naam genoemde aandelen kan worden uitgesloten. Zo niet zou ieder overlijden of iedere echtscheiding van één van de familiale vennoten tot onzekerheid kunnen leiden. De vergoeding mag dan slechts één van de vele bewerkingen zijn in het kader van een vereffening en verdeling van de huwgemeenschap, het aandeel van deze inkomsten ten aanzien van het gemeenschappelijk vermogen dat beide echtgenoten voor het overige samen opbouwen, kan aanzienlijke proporties aannemen. Volstaan de overige goederen van de huwgemeenschap dan om de vorderende echtgenoot te compenseren? Of zullen er alsnog uitkeringen moeten plaatsvinden vanuit de familiale vennootschap om een eventueel tekort te financieren? Toch zou ook de uitsluiting van deze vergoedingsgrond voor één specifiek, met naam genoemd aandeel een blanco cheque zijn in het voordeel van de echtgenoot-vennoot. En dan zijn we weer bij het begin: mag deze echtgenoot op die manier de huwelijksvermogensrechtelijke neutraliteit van de beroepsuitoefening via vennootschap uithollen? Op vandaag raden we aan voor de voorzichtigheid te opteren, en dus de vergoedingsgrond op basis van artikel 1432, 2e lid BW niet uit te sluiten, zelfs niet voor *ad nominatim* genoemde aandelen.

this jurisquare copy is licenced to Tiberghien