JURIDISCHE RISICO'S BIJ KUNSTSCHENKINGEN

(DO AND DONT'S)

INLEIDING

1. *Dit document is de schriftelijke neerslag van een lezing gegeven door Oliver Lenaerts (advocaat bij Contour Law) bij het Art Center Hugo Voeten in Herentals op 17 November 2019 aangevuld met bijkomende aandachtspunten die aan bod kwamen naar aanleiding van aansluitende vragen.*

2. Een schenking lijkt op het eerste zicht de meest geschikte techniek om een kunstverzameling te doen overgaan van de privaat verzamelaar naar een museum. Indien de verzameling zou overgaan bij overlijden van de verzamelaar, zou het museum erfbelasting betalen die in België nog steeds hoger ligt dan de belasting die van toepassing is op schenkingen[1]. Bovendien kunnen schenkingen zelfs belastingvrij gebeuren. En toch moet bij de keuze voor een schenking rekening gehouden worden met een aantal mogelijke risico's. We behandelen ze hieronder.

RISICO 1 – KWALIFICATIEPROBLEMATIEK

3. Van een schenking is slechts sprake wanneer iemand zich onherroepelijk ontdoet – uit vrijgevigheid – van een vermogensbestanddeel ten voordele van een begiftigde. Er is met andere woorden sprake van een materieel (afgifte) en een intentioneel element (vrijgevigheid). Die beide elementen laten toe de gift te onderscheiden van andere rechtshandelingen zoals de bruikleen of een verkoop. Een bruikleen houdt immers in dat de bruiklener slechts tijdelijk afstand doet van een kunstwerk. Een verkoop houdt dan weer in dat de verkoper niet uit vrijgevigheid handelt. Bij bruikleen is het materiële element afwezig. Bij verkoop is het intentionele element afwezig.

SCHENKING OF BRUIKLEEN ?

4. Centraal moet steeds de vraag staan of men de intentie heeft gehad om onherroepelijk en dadelijk afstand te doen van de kunstwerken. Dadelijk betekent dat er sprake moet zijn van een eigendomsoverdracht die een dadelijk verarming van de schenker en verrijking van de begiftigde moet plaatsvinden. De notie 'onherroepelijkheid' houdt verband met het verbod voor de schenker om – in principe – terug te komen op de definitieve afstand.

5. Het bewijs van die elementen kan met alle middelen worden geleverd. Uit de rechtspraak kunnen een aantal feitelijke elementen worden afgeleid die van belang zijn voor de beoordeling van de aanwezigheid van een schenking dan wel een bruikleen. Die elementen zijn echter enkel relevant in de mate de schenking niet voldoet aan de traditionele vormvereisten die nodig zijn om een schenking geldig tot stand te laten komen. Naleving van de vormvereisten voor een traditionele notariële schenking is immers een voldoende doch niet noodzakelijke voorwaarde opdat er van een schenking sprake kan zijn. Een handgift is immers ook en schenking. Bij de handgift geldt als enige voorwaarde voor een geldige

[1] Erfbelasting loopt momenteel op tot 45% voor nalatenschappen ter waarde van 35.000 tot 75.000 EUR. Boven de 75.000 gelden zelfs tarieven tot 55%. De schenkbelasting bedraagt 7% voor schenkingen aan derden (bijv. privaat museum). Openbare musea genieten zelfs van een voordeeltarief van 5,5).

totstandkoming dat de kunstwerken fysisch worden afgegeven en aanvaard door de begiftigde ("traditio"). Door de afwezigheid van de vereiste van een authentieke akte, is het risico op verwarring tussen een handgift en een bruikleen groot.

6. De feitelijke beoordelingselementen die kunnen bepalen of een handgift een dadelijke en onherroepelijke afstand van kunstwerken inhoudt, vertrekken vanuit het belang van de juiste formulering in documenten die werden opgesteld naar aanleiding van de bewuste handgift. Zo kunnen citaten uit krantenartikelen, fragmenten uit briefwisseling of speeches of verwijzingen in administratieve mededelingen of transportdocumentatie gebruikt worden als bewijsmateriaal. Essentieel daarbij is dat de intentie van een overdracht aanwezig moet zijn op het moment van de afgifte van de werken. Meer zelfs, een inkeer vanwege de schenker na de afstand verandert daar niets aan. Eens geschonken is de handeling onherroepelijk – het gaat om een versterkte onherroepelijkheid die verder reikt dan het adagium 'pacta sunt servanda'. Ook het bewijs dat een bepaalde handeling niet in te passen was in het gedragspatroon dat de beschikker normaal hanteert, wordt door de rechtspraak als niet afdoende beschouwd om de kwalificatie van een welbepaalde handeling als schenking in twijfel te trekken.

7. Zelfs getuigen kunnen onder bepaalde omstandigheden gebruikt worden om bewijs te leveren van het dadelijk en onherroepelijk karakter. Het louter gebruik van getuigen om een handgift te bewijzen heeft echter een fnuikend effect op het welbehagen waarmee het museum in de toekomst het beheer en de mobiliteit van geschonken kunstwerken kan verzekeren. Een fiscale aanslag hangt als een zwaard van Damocles boven het hoofd van het museum mits de datum waarop de handgift plaatsvond niet met zekerheid kan worden bewezen aan de hand van getuigen. Indien een handgift plaatsvindt binnen een termijn van vier jaar voor het overlijden van de schenker beschikt de fiscale administratie immers over de mogelijkheid om een schenkingsrecht alsnog te innen. Bovendien riskeert het museum eveneens geconfronteerd te worden met concurrerende getuigen met de bedoeling de rechtshandeling eerder als een bruikleen te benoemen om zo de kunstwerken terug te kunnen vorderen.

To Do – kies het tijdstip van de schenking zo dat de schenker niet binnen de vier jaar overlijdt. Bij een nakend overlijden, doe je er best aan de schenking alsnog te vrijwillig te registreren om erfbelasting te vermijden.

8. Om interpretatiemogelijkheden te vermijden, is een notariële schenking de grootste zekerheid. Maar de tussenkomst van een advocaat of notaris kan misschien in de ogen van de hongerige museumconservator leiden tot een onnodige en te uitgebreide juridische mededeelzaamheid. Zonder zijn tussenkomst zou het raadsel van de kwalificatie van de rechtshandeling echter intact kunnen blijven.

9. De notariële schenkingspraktijk biedt dus zekerheid op het vlak van de geldigheid waarmee de schenking tot stand komt, maar desondanks stoot de uitvoering van de geldigheidsvoorwaarden in de praktijk toch ook op tal van problemen. Een eerste probleem of eerder gevolg van de noodzaak een authentieke akte op te stellen, is dat de registratie van de schenking aanleiding geeft tot het betalen van het schenkingsrecht. Dit wordt in de praktijk vaak omzeild door een forum te kiezen voor het verlijden van de akte dat aanleiding geeft tot een vrijstelling van het schenkingsrecht. Een tweede probleem is dat er naar aanleiding van het verlijden van de authentieke akte een staat van schatting opgesteld moet worden. Die schatting geeft in de praktijk vaak aanleiding tot ellenlange discussies rond de erkenning van de autoriteit van de expert indien die optreedt in naam en voor rekening van één partij of de aanduiding van een gezamenlijke expert. Een tegensprekelijk debat is uiteraard een must maar

de invulling daarvan in de praktijk is niet zo eenduidig. De aanstelling van een expert gebeurt daarom best in onderling overleg. De waardering die een expert bepaalt kan wel nog worden betwist door de Dienst waarderingen en schattingen van VLABEL. Het gaat slechts om een ex post controlebevoegdheid. De Dienst kan niet worden aangeduid als onafhankelijk expert.

To Do – zorg voor een tegensprekelijk debat rond de waardering. Zorg voor contractuele oplossing bij een 'deadlock' (bij. arbitrage)

10. De fiscale gevolgen maakt het heimwee naar de handgift er allicht niet minder op wordt. Rest dan nog de vraag hoe een handgift best dient gedocumenteerd te worden. Er dient een onderscheid gemaakt te worden voor de documenten pré-handgift en post-handgift. Concreet betekent dit dat de schenker er best aan doet een intentiebrief te sturen voorafgaand aan de handgift waarin hij (in toekomstige tijd) de intentie aankondigt onder welke voorwaarden hij van plan is een handgift te doen. Nadat de handgift heeft gedaan, stuurt de begiftigde dan best een bedankingsbrief waarin hij meedeelt de schenking te hebben ontvangen en waarin hij bevestigt dat de schenking onder bepaalde modaliteiten is gebeurd.

To Do – documenteer de handgift zorgvuldig. Gebruik een intentiebrief als er modaliteiten aan de handgift verbonden zijn en stel steeds een bedankingsbrief op voor bewijs van aanvaarding.

SCHENKING OF EEN VERKOOP ?

11. Het intentionele element van een schenking betekent dat de afgifte van het vermogensbestanddeel gebeurt uit vrijgevigheid – er is geen economische tegenprestatie. De afwezigheid van een economische tegenprestatie is het kenmerkend verschil tussen een verkoop en een schenking al is dat onderscheid niet altijd even eenduidig.

12. Er is een grijze zone tussen het gratis weggeven van kunstwerken en het verkopen van kunstwerken aan hun marktwaarde. De eerste situatie is die waarin kunstwerken aan bespottelijk lage prijs worden geschonken. Wat een bespottelijk lage prijs is, is een feitenkwestie. De meeste rechtsgeleerden beschouwen dergelijke verkoop niet als een verkoop maar eerder als een schenking met een last. Het doorslaggevend element daarbij is de wanverhouding tussen de overeengekomen prijs en de waarde van het kunstwerk. De fiscale administratie gaat uit van een vermoeden van vrijgevigheid omdat de prijs slechts een schijnbare prijs is. De fiscale administratie kan dan, louter en alleen op basis van de interpretatie van de akte, het schenkingsrecht vorderen.

13. Wanneer de prijs niet bespottelijk laag is, laat de omstandigheid dat de waarde van een kunstwerk hoger is dan de overeengekomen prijs niet uitsluitend toe te stellen dat de handeling een schenking is. Er zijn andere redenen te bedenken waarom een partij een kunstwerk aan een lagere prijs dan marktwaarde aanbiedt. Veel zal afhangen van de onderhandelingspositie van de betrokken partijen. Om de handeling als een schenking te kwalificeren, zal moeten aangetoond worden dat de aanbiedende partij werkelijk de intentie had de ontvangende partij te begiftigen. Bovendien moet de ontvangende partij op de hoogte zijn van het feit dat hij het kunstwerk minder duur betaalt dan het in feite waard is.

RISICO 2 - IMPACT ERFRECHT OP COLLECTIEBEHEER

14. Een kunstverzamelaar of kunstenaar kan tijdens zijn leven wegschenken wat hij wil en aan wie hij wil. Er geldt geen enkele wettelijke beperking. Het basisprincipe is “gegeven is gegeven”. U bent in principe dus niet langer heer en meester over wat U hebt uitgedeeld. Op de dag van overlijden, gaat men echter na of U niet te vrijgevig bent geweest. In juridisch jargon betekent dit men nagaat of u de wettelijke reserve niet hebt overgeschreden – dit is het deel dat minimum aan uw erfgenamen moet toekomen. Om te bepalen hoe groot dat minimale erfdeel is, wordt uitgegaan van het volledige vermogen van de overledene. Met andere woorden, het vertrekpunt is de situatie waarbij nooit iets zou zijn weggeschonken.

15. Of het minimale erfdeel nog intact is, wordt bepaald via een driestappenplan. Vooreerst wordt de fictieve massa of de nalatenschap berekend. Dit is de som van al uw activa min uw schulden vermeerderd met de gedane schenkingen. De tweede stap is de berekening van het beschikbaar deel. Dit is het deel waarover U vrij kan beschikken. U kan dat geven aan wie U wil. Dit beschikbaar deel is gelijk aan ½ van de fictieve massa. Indien blijkt dat U meer hebt weggeven dan wat vrij beschikbaar is, kunnen de erfgenamen overgaan tot inkorting. Inkorting betekent dat erfgenamen teruggave kunnen vorderen van hetgeen is geschonken in strijd met de wettelijke reserve.

16. Schenkingen van kunstwerken aan musea zijn steeds schenkingen aan niet-erfgenamen ofwel buiten erfdeel en vallen onder de regels van inkorting. Indien de schenking het beschikbaar deel overschrijdt, hebben de erfgenamen het recht inkorting te vragen. Inkorting vergt een rechterlijke tussenkomst en verjaart na 30 jaar. Dit betekent dat erfgenamen schenkingen kunnen onttrekken aan het beheer door musea via een vordering tot inkorting gedurende een periode van 30 jaar na overlijden van de schenker. Aangezien de vordering tot inkorting sinds september 2019 in waarde gebeurt, houdt dit bovendien een aanzienlijk financieel risico in voor de (openbare) musea.

17. Ondanks het onherroepelijk karakter van een schenking, creëert het erfrecht een situatie waarin de verhoudingen niet meer vastliggen en de erfgenamen van de schenker alsnog kunnen terugkomen op de schenking. Een goed inzicht in de financiële toestand van de schenker is derhalve de niet mis te verstane boodschap voor musea en instellingen teneinde een hoop onduidelijkheid en ongemak te vermijden. De meest doortastende handeling die niet zou misstaan in gedragscodes voor het aanvaarden van schenkingen door musea, is het onderhandelen van een afstand van de vordering tot inkorting.

To Do - Erfgenamen kunnen op grond van artikel 918 van het B.W. rechtsgeldig afstand doen van hun vordering tot inkorting. Regel dit op voorhand om onaangename verrassingen te vermijden op termijn.

RISICO 3 – IMPACT ARTISTIEKE EIGENDOMSRECHTEN OP COLLECTIEBEHEER

18. Een kunstenaar heeft verschillende rechten op zijn kunstwerken. Eerst en vooral is hij gerechtigd op het materiële object. Daarnaast beschikt hij over immateriële rechten op het object (vermogens en morele rechten). Economische vermogensrechten bieden de mogelijkheid om een kunstwerk commercieel te exploiteren (o.a. mededeling aan een publiek of reproduceren in catalogi en affiches). Morele rechten vloeien voort uit de directe verhouding tussen kunstenaar en zijn werk. De belangrijkste zijn het

vaderschapsrecht en het recht op integriteit. Economische vermogensrechten kunnen tijdens het leven van de kunstenaar worden weggeschonken. Morele rechten kunnen slechts worden overgedragen bij overlijden van de kunstenaar. De overdraagbaarheid van morele rechten na overlijden van de kunstenaar is onderworpen aan de gewone devolutieregels op grond van artikel 171 WER. De morele en vermogensrechten doven uit na een periode van 70 jaar na overlijden van de kunstenaar.

19. In het kader van de schenkingspraktijk mag het belang van de overdracht van morele en vermogensrechten niet worden onderschat. Een kunstverzamelaar die een kunstcollectie schenkt aan een museum zal vaak niet over de economische eigendomsrechten beschikken. Die rechten zijn desondanks van cruciaal belang voor een museum in het kader van een goed collectiebeheer. Gedragscodes van musea inzake aanvaarding van schenkingen doen er daarom best aan duidelijke richtlijnen te voorzien zodat het museum rechtsgeldig de werken kan tentoonstellen en kan reproduceren in catalogi, enz. Zonder afspraken rond vermogensrechten, zouden erfgenamen van de kunstenaar zich kunnen inmengen in het collectiebeheer door het museum. Zo kunnen erfgenamen eisen stellen rond het wijze waarop de werken worden meegedeeld aan het publiek en het rond het opzet van expo's (integriteitsrecht) of zich verzetten tegen de reproductie van kunstwerken op affiches en catalogi (reproductierecht) of zelfs een vordering instellen tot teruggave van de opbrengsten uit de exploitatie van vermogensrechten.

20. Een aantal scenario's kunnen worden onderscheiden in gedragscodes. Indien de kunstwerken rechtstreeks worden geschonken door de kunstenaar, kunnen de vermogensrechten mee overgedragen worden. Aangezien het om een overdracht van immateriële rechten gaat, is een handgift niet mogelijk en moet toevlucht gezocht worden tot de notariële schenking wat dan, op zijn beurt, problemen met zich mee brengt op het vlak van de waardering van de vermogensrechten in het kader van de verplichting om een staat van schatting op te maken.

21. In dezelfde gedragscodes worden ook best richtlijnen opgenomen die aanduiden hoe men zich ervan kan verzekeren dat de kunstwerken authentiek zijn. De morele rechten op kunstwerken geschonken door kunstverzamelaars zullen immers in de regel bij de erfgenamen liggen – morele rechten kunnen immers niet worden overgedragen naar aanleiding van een verkoop van een kunstwerk aan een kunstverzamelaar. Erfgenamen zouden dus in principe geschonken kunstwerken naderhand als niet authentiek kunnen beschouwen. Een onderzoek naar de titularis van het vaderschapsrecht en het onderhouden van een goede dialoog met die titularis is hier dus eveneens van cruciaal belang.

22. Kunstenaars kunnen uiteraard ook kiezen om de morele rechten rechtstreeks toe te kennen aan musea en hen als bijzonder legataris aanduiden bij hun overlijden. Artikel 171 van het Wetboek Economisch recht bepaalt dat de morele rechten worden uitgeoefend door de erfgenamen tenzij de kunstenaar uitdrukkelijk iemand anders heeft aangeduid. De contractuele rechtsopvolger dient dan, op zijn beurt, de morele rechten uit te oefenen volgens de wil van de kunstenaar. Gedragscodes van musea dienen daarom best te vermelden dat het nuttig is kennis te verwerven via archieven, briefwisseling enz rond de wil van de kunstenaar betreffende de integriteit, bekendmaking en vaderschap van zijn oeuvre.

RISICO 4 – BESCHIKKINGSVRIJHEID VAN MUSEA ("VOORWAARDELIJKE SCHENKINGEN)

23. Het juridische probleem waaraan dit hoofdstuk is gewijd betreft de draagwijdte van de lasten en/of modaliteiten die de eigenaar van een kunstcollectie (verzamelaar of kunstenaar) aan zijn schenking kan verbinden

om zo ook na de eigendomsoverdracht een zekere controle te behouden over de weggeschonken of bij testament vermaakte kunstwerken.

24. De vraag stelt zich in welke mate een museum het recht heeft in te gaan tegen de eisen van schenkers. Modaliteiten of lasten die worden verbonden aan schenkingen moeten dus afgewogen worden aan het belang van het publiek. In België gelden er wettelijke beperkingen en algemene rechtsprincipes om die vraagstuk op te lossen. Het verbod op verkoop van openbaar domein goederen is één universele wettelijke beperking. Andere beperkingen liggen vervat in artikelen 900 B.W: "In iedere schenking of testamentaire beschikking worden de voorwaarden die onmogelijk zijn of die met de wetten of goede zeden strijdig zijn, voor niet geschreven gehouden". Die bepaling verbiedt lasten die indruisen tegen het eigendomsrecht – bijv. absolute onvervreemdbaarheidsclausules, maar ook clausules die dezelfde uitwerking hebben. Zo werd door de rechtbank geoordeeld dat de last om de geschonken kunstwerken eeuwigdurend in een aparte zaal van het museum tentoon te stellen gelijkgeschakeld met een permanent onvervreemdbaarheidsverbod.

25. De algemene graadmeter om te beoordelen of een begiftigde ondankbaar dan wel de schenker te ijdel is (los van de inbreuk op wetten zoals het eigendomsrecht) is de redelijkheid. Het criterium van de redelijkheid is zo een algemeen rechtsbeginsel dat een belangrijke aanvulling vormt op de wettelijke beperkingen zoals bepaald in artikel 900 B.W. De invulling van het redelijkheidscriterium zal afhangen van de concrete omstandigheden.

26. In andere woorden, in bepaalde omstandigheden zal de missieverklaring van musea kunnen doorwerken op de beschikkingsvrijheid van musea. Zo zal een publiek museum niet de belangen van het publiek en de samenleving behartigen als ze failliet gaat. Een verkoop of verhuur van kunstwerken is dan soms de enige uitweg om financiële middelen aan te trekken.

To Do – Niet elke voorwaarde is bindend en definitief. De wet biedt onder bepaalde omstandigheden de mogelijk om alsnog af te wijken van bepaalde wensen van de schenker.

Museum kan ook voorwaarden verbinden aan de aanvaarding van de schenking

27. De schenking ook gebeuren onder bepaalde voorwaarden. We onderscheiden drie soorten voorwaarden. Vanuit het standpunt van het museum (en aansluitend op punt 33 in fine) kan een museum perfect een schenking aanvaarden onder de opschortende voorwaarde van het bekomen van de nodige subsidies of de ontbindende voorwaarde van het niet bekomen van dergelijke subsidies. Zo is zeker dat de collectie bij haar kan ondergebracht worden in afwachting van het bekomen van subsidies. Wat uit den boze is, zijn (zuiver) potestatieve voorwaarden (d.i. voorwaarde die afhankelijk zijn van de wil van de schenker). Potestatieve voorwaarden die afhangen van de wil van de begiftigde (bijvoorbeeld: ik schenk als het museum zijn zaal renoveert) zijn dan weer wel mogelijk en zullen allicht gehanteerd worden wanneer de balans in de onderhandelingsmacht overslaat naar de schenker.

RISICO 5 – FISCALITEIT

28 Het basisprincipe is dat een notariële schenking aan een museum voordeliger is dan een testamentaire overdracht. Schenkingen aan

openbare musea worden belast in Vlaanderen aan een vlak tarief van 5,5%. De belastingdruk kan herleid worden tot 0% voor handgiften die plaatsvinden buiten de termijn van vier jaar voor het overlijden van de schenker.

29. Een ander aspect is de grensoverschrijdende fiscaliteit. Vaak zal een schenking een grensoverschrijdend element bevatten: dit kan de woonplaats van de schenker of begiftigde, de nationaliteit of de plaats waar akte wordt verleden zijn. Die elementen kunnen een invloed uitoefenen op de heffing van het schenkingsrecht. Zo is het niet ondenkbaar dat een schenking wordt beheerst door twee wetten simultaan. De overdracht van auteursrechten van een Belgische kunstenaar zal bijvoorbeeld dienen te geburen voor een Belgische notaris maar kan tegelijk onderworpen zijn aan een buitenlandse schenkingsregime indien de nationaliteit van de begiftigde (Duitsland, Frankrijk, …) verschillend is. Een stappenplan moet gevolgd worden bij het structureren van een schenking met buitenlandse elementen. Er moet eerst en vooral nagegaan worden of een verdrag van toepassing is. Indien dit niet het geval is, moet er nagegaan worden of nationale eenzijdige maatregelen zijn die dubbele belasting vermijden. Zoniet, moet er bij het structureren van de schenking gezocht worden naar manieren om de toepassing van de buitenlandse of binnenlandse schenkingswet te omzeilen.

To Do - Dit zal in de praktijk vaak neerkomen op het omzeilen van de toepassing van de buitenlandse belasting, het uitstellen van de schenking uitstellen of het zich onttrekken aan toepasselijke criteria.

30. Schenkingen van kunstwerken kunnen ook in aanmerking komen voor een belastingvermindering voor de schenker indien de schenking gebeurt aan een rijksmuseum (zonder rechtspersoonlijkheid) of aan gemeenten, gewesten, gemeenschappen of provincies en mits het gaat om topstukken zoals bedoeld in het topstukkendecreet. De waarde van de kunstwerken zal worden bepaald door een bijzondere commissie cultuurgoederen. De belastingvermindering zal gelijk zijn aan 45% van de waarde van de gedane giften.

RISICO 6 – ALTERNATIEVEN: VERKOOP

31. Het vermijden van schenkbelasting is mogelijk door de collectie te verkopen. Een verkoop aan een prijs die lager ligt dan de schenkingsrechten (eventueel verhoogd met de notariskosten) kan wel geherkwalificeerd worden in een schenking. Het bepalen van de verkoopprijs is uiteraard een kwestie van onderhandelen. De fiscus bezit wel het recht om een handeling te herkwalificeren indien de handeling tot doel had de fiscale wetten te ontduiken. Een juiste formulering van het verkoopcontract zal cruciaal zijn om te vermijden dat de fiscus gebruik maakt van dit recht. Bovendien moet er ook rekening gehouden worden met de authenticiteit. Je wil niet betalen voor inauthentieke kunstwerken.

Don’t - Garanties horen thuis in een verkoopcontract en zijn minder praktisch in schenkingsdocumenten (al kan dit wel een voorwaarde zijn voor een museum om een schenking te aanvaarden). Kies bij twijfel rond authenticiteit voor een verkoopcontract.