

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/78169>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-18 and may be subject to change.

Artikel

Uitleg van een testamentaire clause door de staatssecretaris

Oude BNB 89/260-renteclausules toch samengestelde interest?

Prof. mr. F.W.J.M. Schols*

1 Vooraf

De staatssecretaris van Financiën lijkt de erfgenamen de ruimte te geven om een testamentaire rente op eenvoudige basis uit te leggen als ware er rechtstreeks een samengestelde rente door erflater in de uiterste wilsbeschikking opgenomen. Hij beperkt deze mogelijkheid tot nalatenschappen die zijn opgevallen vóór 1 januari 1993. De vraag komt op of enerzijds de hierna te bespreken toezegging niet te ruimhartig is, en anderzijds of hij de beperking ‘vóór 1 januari 1993’ wel kan aanbrengen.

2 Ter bepaling van de gedachten

Het estate-planningsfenomeen van de oprenting van inbreng- of overbedelingsvorderingen en het daarmee uithollen van de nalatenschap van de langstlevende heeft terecht de successiestrijd doorstaan. Terecht, omdat een renteclausule in langstlevendetestamenten niet alleen wordt opgenomen met belastingbesparingsmotieven, maar ook om de aanspraken van de kinderen ‘body’ te geven. De civielrechtelijke werkelijkheid dient dan ook fiscaal te worden gevolgd. Toch werd in het nieuwe artikel 9 lid 2 SW 1956 een 6%-barrière ingebouwd:

‘2. Ingeval een geldvordering als bedoeld in het eerste lid ten gevolge van of na het overlijden van de schuldenaar opeisbaar wordt, onderscheidenlijk tijdens het leven van de schuldenaar opeisbaar wordt of wordt afgelost, en deze vordering op grond van een uiterste wilsbeschikking of op grond van een rentevaststelling als bedoeld in artikel 1, derde lid, een rentebestanddeel bevat dat hoger is dan indien de vordering een samengestelde rente had gedragen naar het percentage, bedoeld in artikel 21, dertiende lid, wordt het deel van de rente dat uitgaat boven de rente die bij het hiervoor bedoelde percentage zou zijn opgebouwd, zonedig in afwijking van artikel 1, derde lid, voor de toepassing van deze wet geacht door de schuldeiser krachtens erfrecht, onderscheidenlijk krachtens schenking te zijn verkregen van de schuldenaar.’

Kortom: 6% samengesteld is per saldo de successierechtelijke maatstaf, ook als een enkelvoudige geldt die lager is dan 6% samengesteld, maar die toch civielrechtelijk feitelijk rapper oprent dan deze 6% samengesteld. Het ‘meerdere’ is bovenmatig.

Anders gezegd: de fiscus maakt altijd een eigen berekening en kijkt hoeveel rente er verschuldigd zou zijn indien in het testament een rente van 6% samengesteld zou hebben geprijkt. Is de werkelijke rente hoger dan 6% samengesteld, dan wordt dit bovenmatige gedeelte fictief krachtens erfrecht (dan wel krachtens schenking) verkregen.

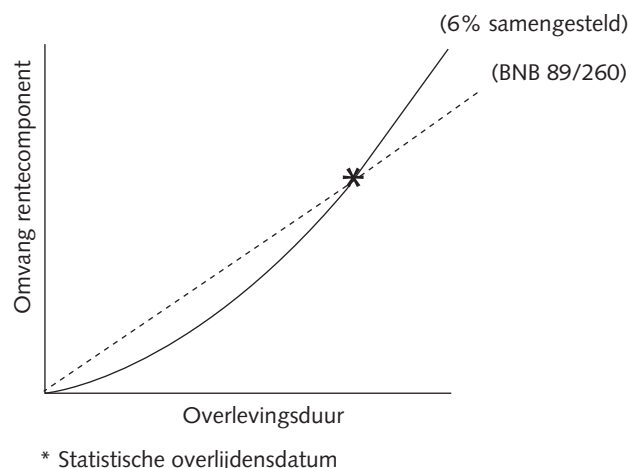
Let wet: civielrechtelijk is de in het testament (of bij ventielovereenkomst)¹ opgenomen rente verschuldigd en de nalatenschap van de langstlevende kent ook een schuld

103

* Prof. mr. F.W.J.M. Schols is hoogleraar aan het Centrum voor Notarieel Recht van de RU Nijmegen en is tevens verbonden aan ScholsBurgerhartSchols te Nijmegen.

1. Zie het nieuwe art. 1 lid 3 SW 1956.

Figuur 1: Renteopbouw



gebaseerd op deze rente. Artikel 9 SW lid 2 1956 nieuw brengt vanzelfsprekend geen beperking in de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de erfgenamen van de langstlevende. Beneficiare aanvaarding blijft nodig, wil men niet voor een 'rente-verrassing' komen te staan.

De staatssecretaris geeft diverse rekenvoorbeelden. Om een beeld te krijgen van de werking van de fictie een voorbeeld met een BNB 1989/260-renteclausule, waarbij gewerkt wordt met een enkelvoudige rente gebaseerd op een rekenrente van 6% samengesteld.²

'Een man en een vrouw zijn met elkaar getrouwd en hebben twee kinderen. De man overlijdt, zijn nalatenschap bedraagt € 900.000. De wettelijke verdeling is van toepassing. In het testament is opgenomen dat de langstlevende echtgenoot over de overbedelingschuld een enkelvoudige rente is verschuldigd die gelijk is aan 6% samengesteld, rekening houdende met haar statistische levensverwachting. Deze rente is, net zoals de vordering, pas opeisbaar bij het overlijden van de langstlevende ouder. Ten tijde van het overlijden van de man is de statistische levensverwachting van de vrouw 40 jaar. De enkelvoudige rente die hoort bij een samengestelde rente van 6% is dan 23,2%. Bij het overlijden van de man wordt de onderbedelingsvordering van elk van de kinderen op de nominale waarde gewaardeerd (€ 300.000) aangezien de enkelvoudige interest van 23,2% gelijk is aan 6% samengesteld. Wanneer de vrouw tien jaar na haar man overlijdt, bedraagt de rentelast op de overbedelingschuld in het passief van haar nalatenschap $2 \times € 300.000 \times 10 \text{ jaar} \times 23,2\% = € 1.392.000$. Bij een rente van 6% samengesteld zou de renteschuld na tien jaar afgerond € 474.000 hebben bedragen. Op grond van het nu voorgestelde artikel 9, tweede lid, leidt dit tot een fictieve verkrijging bij het overlijden van de vrouw van de bovenmatige rente. Deze bovenmatige rente bedraagt per kind € 459.000 (de helft van € 1.392.000 – € 474.000). Deze fictieve verkrijging wordt gevoegd bij de werkelijke

verkrijging uit de nalatenschap van moeder. Daardoor wordt de grondslag voor de erfbelasting gelijk aan de grondslag die zou zijn ontstaan indien in het testament van de man had gestaan dat de rente op de onderbedelingsvorderingen 6% samengesteld bedraagt.'

Met de onderhavige renteclausule krijgt elk kind ieder jaar ongeveer € 69.000 rente. De renteopbouw is lineair (gestippelde lijn). Zou er daadwerkelijk 6% samengesteld in het testament zijn opgenomen, dan zou er na het eerste jaar maar € 18.000 verschuldigd zijn. De rentecomponent wordt ieder jaar hoger (doorgetrokken lijn). Alleen op het statistische overlijdensmoment (*) is de rentecomponent bij beide renteclausules identiek. In beeld, geabstraheerd van iedere werkelijkheid omdat de auteur dezes zeker geen wiskundige is, ziet dit er zoals weergegeven in figuur 1 uit.

Artikel 9 SW lid 2 1956 nieuw is van toepassing op het moment dat de rentecomponent boven de 6% samengestelde lijn komt.

3 Geen overgangsrecht als zodanig

De staatssecretaris wil niet van overgangsrecht weten. Dus ook voor lopende gevallen, waarin het eerste overlijden heeft plaatsgevonden vóór de invoeringsdatum van de nieuwe wet, kan artikel 9 SW lid 2 1956 nieuw een rol spelen. In een brief aan de Tweede Kamer van 2 november 2009³ wijst hij in dit kader op de 'onzakelijkheid' van de enkelvoudige rente, waarbij hij focust op de rente van 23% uit het hiervoor behandelde voorbeeld:

'In "normale" zakelijke verhoudingen plegen dit soort renteaftspraken dan ook niet te worden gemaakt. Indien moeder bijvoorbeeld twee jaar na vader zou overlijden, en de overbedelingschuld € 1 000 000 zou bedragen, dan zou de rente die moeder aan de kinderen verschul-

2. Tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 16, p. 8.

3. Kamerstukken II 2008/09, 31 930, nr. 81.

digd is € 460 000 bedragen. Bij een samengestelde rente van 6% zou de rente € 126 000 bedragen. Een dergelijk risico wordt in normale marktverhoudingen niet snel genomen, als het al genomen wordt. Weliswaar bestaat bij de debiteur met het hanteren van een enkelvoudige rente de mogelijkheid om een voordeel te halen ten opzichte van het hanteren van een 6% samengestelde rente, namelijk als hij langer leeft dan zijn statistische levensverwachting, maar het risico van nadeel in geval van vooroverlijden is erg groot. In een familiesituatie kan het risico van vooroverlijden echter wel gedragen worden. Immers de renteschuld bestaat gedurende het leven van moeder alleen op papier en als moeder overlijdt, verenigen schuldeiser (kind) en schuldenaar (kind) zich. Met andere woorden: het risico van vermogensafname door vooroverlijden is de facto niet aanwezig en leidt tot een fiscaal voordeel omdat de kinderen minder erfbelasting verschuldigd zijn. Het risico van langer leven leidt bij de kinderen ook niet tot een nadeel in de omvang van het vermogen dat zij uiteindelijk verkrijgen, omdat de minder verschuldigde rente door moeder ertoe leidt dat haar vermogen groter is. Wel leidt dit tot een nadeel voor de erfbelasting, omdat van het vermogen van moeder minder in de vorm van, voor de erfbelasting onbelaste, rente wordt ontvangen en meer als belaste verkrijging.'

Zo op het eerste gezicht lijkt zijn verhaal plausibel, maar het is wellicht toch wat kort door de bocht. Denk eens, in deze hectische tijden, aan de gevallen waarin de erfgenamen van de eerststervende niet tevens de erfgenamen zijn van de langstlevende?⁴ Dit is geen rariteit meer.

Bovendien moet in het oog worden gehouden dat de schuldenaar en schuldeiser de rente veelal niet zijn overeengekomen, maar dat deze is opgedrongen door erfflater. Onder normale omstandigheden zou een debiteur nog wel eens een nachtje slapen alvorens zich te binden aan 23% enkelvoudige rente, maar in erfrechtelijke sferen heeft de langstlevende feitelijk geen andere keus dan de 'toedeling' aan te pakken dan wel aan een keuzelegaat mee te werken. De tweede reden die de staatssecretaris aanvoert om geen overgangsrecht te maken, is gelegen in het feit dat hij, vrij vertaald, van mening is dat, in ieder geval na de invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001, bij BNB 1989/260-renteclausules slechts een snelle oprenting en successierechtelijke uitholling werd beoogd. Artikel 33 Wet IB 1964 kon immers geen beweegredenen meer vormen om te komen tot een enkelvoudige rente:

'Testamentenpraktijk

De hiervoor beschreven renteclausule komt nog steeds, en eigenlijk steeds vaker, voor in testamenten. Ook in testamenten die zijn opgemaakt na de invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001 komen deze clausules voor. Ik vind het opvallend dat ook nu nog met deze renteclausule wordt gewerkt. Onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 kon de renteclausule nog

gemotiveerd worden met de gedachte dat de kinderen bij een samengestelde rente jaarlijks inkomstenbelasting over die rente zouden moeten betalen. Dit berustte op de misvatting dat door het rentedragend worden van de rente, de rente jaarlijks zou zijn genoten in de zin van artikel 33 Wet op de inkomstenbelasting 1964, ondanks dat er sprake is van één lange rentetermijn. Iedere beschikkingsmacht van de kinderen over de rente ontbreekt, zodat niet kon worden gesproken van rentedragendheid in de zin van artikel 33 Wet op de inkomstenbelasting 1964. De samengesteldheid van de rente dient bij één lange rentetermijn slechts als, een overigens gebruikelijke, rekeneenheid.'

En de praktijk had het al eerder kunnen weten, zo bericht ons de bewindspersoon. Omdat in 1992 al een standpunt met betrekking tot testamentaire rente en inkomstenbelasting door de Belastingdienst was ingenomen:

'Dat de rentedragendheid in een dergelijk geval niet tot het genieten van rente leidt onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964, is ook reeds in 1992 als standpunt naar buiten gebracht (Mededeling Directie Particulieren, V-N 1992/1161, pt. 13 en Infobulletin 92/205). Nu ook na de invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001 nog gebruik wordt gemaakt van dit soort clausules, terwijl het vermeende argument daartoe niet langer aanwezig is, is de conclusie gerechtvaardigd dat met de clausule een voordeel voor de erfbelasting wordt beoogd.'

Dit standpunt is in ieder geval tot 2 november 2009 aan mij voorbijgegaan en ik ben dan ook benieuwd wat er in 1992 is meegedeeld:

'Mededeling Directie Particulieren, Infobulletin 92/205 (art. 33 Wet IB)

De directeur Particulieren van de Belastingdienst maakt een landelijk ingenomen standpunt bekend inzake de beoordeling van het moment waarop rente-inkomsten fiscaal worden genoten.

In verband met vragen die er bestaan met betrekking tot het rentegenietingsstip bij diverse spaarvormen, deelt de Belastingdienst het volgende mede:

Voor de constatering dat inkomsten zijn genoten is het voldoende indien aan een van de in art. 33, eerste lid, Wet IB 1964 (hierna: de Wet) neergelegde criteria is voldaan. Noch uit de jurisprudentie noch uit de wettekst en wetgeschiedenis van art. 33, eerste lid, van de Wet kan worden afgeleid dat sprake zou zijn van cumulatieve criteria.

Bij het beoordelen van het genietingsmoment wordt geen belang gehecht aan het antwoord op de vraag of het mogelijk is het rentebedrag los van de hoofdsom op te nemen; indien de rente jaarlijks kan worden opgenomen onder de verplichting tegelijkertijd met de rente het bedrag van de inleg op te nemen, is de rente verderbaar en inbaar. Evenmin is van belang het antwoord op de vraag of jaarlijks een afschrift van de rentebij-schrijving wordt ontvangen. In dit kader wordt gewe-

4. Vgl. F.W.J.M. Schols, Turbo-achtige testamenten en de maatschappelijke wenselijkheid daarvan, TE 2007/1, p. 2-6.

zen op de uitspraak Hof Leeuwarden 23 januari 1990, rolnr. 531/89, V-N 1990, blz. 1682 e.v.: “dat de geleidelijk stijgende rente elk jaar rentedragend wordt, dat in art. 33, eerste lid, aanhef en letter a van de Wet niet de eis wordt gesteld dat de rentedragend geworden rente onmiddellijk en onvoorwaardelijk moet kunnen worden opgenomen, en dat trouwens de verplichting zulks tegelijk met het opnemen van de inleg te doen niet wegneemt dat die opneming (...) zonder meer mogelijk is”.

Verder wordt gewezen op de uitspraak Hof Amsterdam 11 april 1989, rolnr. 2298/87, zoals gepubliceerd in Infobulletin 89/390.

Dat renteberekening plaatsvindt op basis van samengestelde interest is niet doorslaggevend voor de beoordeling van een spaarprodukt; het is namelijk mogelijk dat samengestelde interest louter wordt gehanteerd als berekeningsmethode. Van jaarlijkse vergoeding van rente op basis van samengestelde interest (meer rentetermijnen gedurende de looptijd) dient dan ook te worden onderscheiden de situatie van het uitkeren van een enkele rentetermijn, waarbij louter als berekeningsmethode samengestelde interest (bijvoorbeeld 8%) is gehanteerd en de rentetermijn evenzeer op basis van (bijvoorbeeld 10%) enkelvoudige interest bepaald had kunnen worden.

Aan de naam van het spaarprodukt kunnen doorgaans geen conclusies worden verbonden over het tijdstip van belastbaarheid van de rente; het komt voor dat ten aanzien van een spaarprodukt dat bijvoorbeeld onder de naam “spaarbewijs” op de markt wordt gebracht, door diverse financiële instellingen onderling verschillende voorwaarden worden gehanteerd.’

Ik kan me voorstellen dat niet iedereen in 1992 na het lezen van dit bericht ‘over spaarprodukten’ meteen een link heeft gelegd met testamentaire renteclausules. Mijn ‘gevoel’ zegt dat pas met de komst van de Wet inkomstenbelasting 2001 het notariaat de enkelvoudige renteclausule hanteerde louter en alleen om in de eerste jaren een snellere oprenting te creëren. Daarvoor wilde men iedere discussie met betrekking tot artikel 33 Wet IB 1964 uit de weg gaan. In die zin heeft 1992 in dit kader voor mij geen speciale betekenis.⁵ Dat geldt vanzelfsprekend wel voor 2001. Hoe het ook zij, er is thans niet voorzien in overgangsrecht.

4 Enkelvoudig opgeschreven, samengesteld bedoeld?

Toch komt de staatssecretaris met een opvallend cadeautje voor gevallen van vóór 1 januari 2009:

5. Steun voor mijn gevoel geeft de publicatie van R.E. Brinkman, Enkelvoudige of samengestelde rente: behoeft het testament uitleg?, FBN 2009/58.

‘Indien de renteclausule in het testament is opgenomen vanwege de vermeende gevolgen voor de inkomstenbelasting onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964, dan heeft men feitelijk 6% samengesteld afgesproken. Of in die testamenten gehandeld is vanwege de gevolgen voor de inkomstenbelasting kan niet meer worden vastgesteld. Wel is duidelijk dat door de mededeling van de Directie Particulieren in 1992 de angst voor de gevolgen voor de inkomstenbelasting (het genieten van jaarlijkse rente) in ieder geval was weggenomen. Ik wil dan ook de toezegging doen dat in gevallen van vóór 1 januari 1993, dus tot en met het jaar waarin de Belastingdienst duidelijk kenbaar heeft gemaakt dat de rentedragendheid niet leidde tot jaarlijkse inkomstenbelastingheffing bij de kinderen, voor op die datum reeds opengevallen nalatenschappen, de Belastingdienst zich op het standpunt zal stellen dat de erfflater 6% samengesteld heeft willen bepalen. Daarmee mag voor die situaties in geval van overlijden na de statistische levensverwachting ook voor die jaren daarna met de 6% samengestelde interest rekening worden gehouden in plaats van met de enkelvoudige rente (...) De duiding van de feiten leidt er echter toe dat ik van mening ben dat erfflater civielrechtelijk ook 6% samengesteld heeft willen bepalen en niet meer in de gelegenheid is geweest om zijn testament te wijzigen overeenkomstig het ingenomen beleidsstandpunt in 1992. Ik zal dit bij beleidsbesluit vastleggen. Voor alle andere gevallen ga ik er niet vanuit dat erfflater, of de langstlevende en de kinderen, een samengestelde interest van 6% heeft willen afspreken, maar heeft gekozen voor de weg waarvan men hoopte dat die fiscaal het meeste voordeel zou kunnen opleveren. Voor die gevallen is artikel 9 geschreven en zie ik geen reden om een tegemoetkoming te geven.’

De erfgenamen mogen derhalve springen van de ene lijn (de gestippelde) naar de andere lijn (doorgetrokken), alsof de erfflater 6% samengesteld had opgenomen in zijn testament. De aftrekpost wordt groter. Artikel 9 SW lid 2 1956 nieuw mist toepassing in concreto; er is immers geen bovenmatige rente verschuldigd.⁶ Een ruimhartige toezegging, ik kan niet anders zeggen. Ik denk dat het zo begrepen moet worden, dat indien de erfgenamen (schuldeisers/schuldenaar) een ‘vaststellingsovereenkomst’⁷ sluiten waarbij ze vastleggen dat er ‘6% samengesteld staat’, de fiscus dit volgt.

Het is echter een flinke stap: er staat enkelvoudig, maar het wordt samengesteld, althans jegens de fiscus. Terwijl er juist bewust is gekozen voor een enkelvoudige rente. Stel, er zou een geval aan de orde zijn waarbij erfflater een BNB 1989/260-rente had opgenomen en de erfgenamen van de eerststervende (schuldeiser) waren niet dezelfde als de erfgenamen van de langstlevende (schuldenaar), en het zou tot een uitleggeschil komen. Het zal dan, zo is mijn

6. Zou het een enkelvoudige rente zijn gebaseerd op een rekenrente van hoger dan 6% samengesteld, dan zou art. 9 van toepassing kunnen zijn. Ook dan zou het verhaal van de staatssecretaris opgeld kunnen doen.

7. Door bijvoorbeeld gezamenlijk aangifte te doen.

inschatting, niet gemakkelijk zijn een rechter te vinden die met artikel 4:46 BW en de ‘omstandigheden waaronder de uiterste wilsbeschikking is gemaakt’, dezelfde richting opgaat als de staatssecretaris. Maar goed, de staatssecretaris toont een soepel juridisch gemoed en keurt het goed. Zoals gezegd, is in mijn beleving de BNB 1989/260-renteclausule daterend uit 1990 niet anders dan een die gemaakt is in, bijvoorbeeld, 1995. Bovendien, is het moment van openvallen van de nalatenschap wel relevant (indien het een testament betreft van vóór 1992)?

Met zijn ‘toezegging’ lijkt de staatssecretaris te zeggen dat een vaststellingsovereenkomst ‘samengestelde rente’ die ziet op een nalatenschap die opengevallen is in 1995, niet zal worden gevolgd. Dit zou mijns inziens in strijd zijn met het beginsel dat een inspecteur gebonden is aan de uitleg van partijen, mits er iets uit te leggen valt en van schijnhandelingen geen sprake is.⁸ Dat er sprake is van een geval waarin men kan betogen dat erflater iets anders bedoeld heeft, geeft de staatssecretaris zelf aan. Ik zie dan ook in die zin geen enkele beperking wat betreft het tijdstip van openvallen van de nalatenschap. De vraag is slechts wat erflater bedoeld heeft. Of het vervolgens inderdaad zo makkelijk is om civielrechtelijk te betogen dat uitleg leidt tot een samengestelde interest, is maar de vraag. Voor nalatenschappen opengevallen vóór 1 januari 1993 heeft men in ieder geval de fiscus mee. Dat is mooi, maar verbaast ook enigszins.

8. HR 19 september 1990, NJ 1992, 649. Zie C.A. Kraan, De fiscus is gebonden aan uitleg van testament, FTV 2005/12 en B.M.E.M. Schols & F.A.M. Schoemaker, Natuurlijke verbintenis, fiscale verbintenis? Natuurlijk!, FBN 2006/11.