

6. De werkelijk rendement-benadering van de Hoge Raad in box 3: excessieve overcompensatie?

MR. P.A. VAN TILBURG

De auteur gaat in op het huidige box 3-stelsel zoals dat sinds het Kerstarrest door de Hoge Raad is aangevuld en beschouwt in het bijzonder de uitwerking van de D-day-arresten op persoonlijk gehouden buitenlands vastgoed. Hij concludeert dat de voorkoming van dubbele belasting binnen de werkelijk rendement-benadering in principe zuiverder uitwerkt dan het wettelijke box 3-stelsel, maar dat in het gebrek aan een inhaalregeling een gevaar van excessieve overcompensatie schuilt. Die overcompensatie, die een ongelijke behandeling behelst en kan leiden tot fiscaal gemotiveerde beleggingskeuzes, is potentieel in strijd met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 EP. De auteur meent echter dat, ondanks deze onevenwichtigheid, deze ongelijke behandeling niet dusdanig is dat die in strijd is met voornoemde bepalingen. Wel ligt er een mooie taak voor de besluitgever om een box 3-inhaalregeling in het Bvdb op te nemen.

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft met zijn zogeheten Kerstarrest¹ naar eigen inzichten passend en voldoende rechtsherstel geboden voor de geconstateerde schendingen van een tweetal bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ('EVRM') en zijn Eerste Protocol ('EP'). In de zogeheten D-day-arresten heeft de Hoge Raad nadere voorschriften gegeven ter bepaling van het werkelijke rendement.² Daarmee heeft de Hoge Raad een *override* van het wettelijke box 3-stelsel gecreëerd waardoor de belastingplichtige de keuze heeft zijn belastbare voordeel uit sparen en beleggen te doen vervangen door het werkelijke rendement mits dat lager is. 'Wel de lusten, niet de lasten.' Een risico op overcompensatie dat door de Hoge Raad gezien wordt als een noodzakelijk kwaad. Noodzakelijkerwijs moest ook hoofdstuk 2, afdeling 4, van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 ('Bvdb') een *override* ondergaan, omdat dat aanpalende regelgeving is die volledig inhaakt op het door de Hoge Raad nieuw ingevulde wettelijke box 3-stelsel.³ Na een beschouwing van de totale *override* vermoed ik dat het risico op overcompensatie potentieel groter is dan wat de Hoge Raad voor ogen stond ten tijde van zijn spraakmakende box 3-arresten van de afgelopen drie jaar.

In deze bijdrage blik ik eerst kort terug op de aanloop naar het ontstaan van de werkelijk rendement-benadering (paragraaf 2), ga ik dieper in op de precieze invulling van het werkelijk rendementsbegrip van de Hoge Raad (paragraaf 3), beschouw ik het pre-override belastingstelsel met een focus op de vrijstellingsmethode van de voorkomingssystematiek in het licht van een binnenlandse belastingplichtige met onder andere een in het buitenland gelegen onroerend zaak (paragraaf 4), beschouw ik datzelfde systeem post-override (paragraaf 5), leg ik het huidige systeem langs de meetlat van het EVRM en het EP (paragraaf 6) en sluit ik af met een conclusie (paragraaf 7).

2. Een beknopte wandeling door de litigieuze box 3-geschiedenis

De Hoge Raad oordeelde in zijn Kerstarrest dat het met ingang van 2017 geldende wettelijke stelsel voor het belasten van inkomen uit sparen en beleggen in strijd was met het discriminatieverbod in art. 14 EVRM en de bescherming van het eigendomsrecht in art. 1 EP.

Dit kwam niet als donderslag bij heldere hemel. Het eerste wapenfeit waarbij de Hoge Raad zich boog over eventuele strijd van het destijds nog verse box 3-stelsel met een discriminatieverbod, dateert van 2 maart 2007.⁴ In die zaak, die ging over het belastingjaar 2001, werd naast art. 14 EVRM ook art. 26 IVBPR in de strijd gegooid.⁵ In de daaropvol-

1 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

2 HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704, ECLI:NL:HR:2024:705, ECLI:NL:HR:2024:771, ECLI:NL:HR:2024:756 en ECLI:NL:HR:2024:813.

3 Idem.

4 HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AU6477.

5 Gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

gende arresten werd de hoogte van het forfaitair rendementspercentage al snel het voornaamste geschilpunt.⁶ Parallel aan die ontwikkeling verbreedde het geschil zich van individuele belangen geschaad door een ‘individuele en buitensporige last’ steeds meer naar een holistisch geschilpunt waarin het stelsel als zodanig onder druk stond. Het tot en met 2016 vigerende stelsel was niet als zodanig door de Hoge Raad aangetast, maar gezien de jurisprudentiële trend inzake box 3 anticipeerde de wetgever een onvermijdelijk lijkend keerpunt door met ingang van 2017 een nieuw box 3-stelsel in te voeren.

Dat stelsel rekende met twee forfaitaire rendementspercentages toegepast op een forfaitaire allocatie aan een spaarklasse en een beleggingsklasse. Alhoewel de wetgever een betere aansluiting dacht te realiseren tussen forfait en realiteit door rekening te houden met de rendementen die, gemiddeld genomen, door vermogensbezitters behaald konden worden, oordeelde de Hoge Raad dat daarmee het verschil tussen forfait en realiteit in algemene zin juist was toegenomen. De Hoge Raad oordeelde dat eenieder die door het nieuwe stelsel wordt geconfronteerd met een heffing naar een voordeel uit sparen en beleggen dat hoger is dan het ‘werkelijk behaalde rendement’, zijn door met name art. 14 EVRM en in iets minder relevante mate art. 1 EP gewaarborgde rechten geschonden ziet.

In reactie op het Kerstarrest is in 2022 de ‘Herstelwet’ in werking getreden met het doel het box 3-stelsel met terugwerkende kracht naar 2017 zo te wijzigen dat de in het Kerstarrest geconstateerde schendingen van het discriminatieverbod en de vrije beschikkingsmacht zouden zijn weggenomen. Dat stelsel hanteerde, net als de op dit moment vigerende ‘Overbruggingswet’, de zogenoemde forfaitaire spaarvariant waarbij nog altijd forfaitaire rendementspercentages worden toegepast op een werkelijkheidsgetrouwe doch zeer grove categorisering van de box 3-vermogensbestanddelen. In de D-day-arresten oordeelde de Hoge Raad dat de Herstelwet en de Overbruggingswet die schendingen niet wegnemen.

3. Het werkelijk behaalde rendement

Het criterium voor een terecht box 3-bezwaar tegen de aanslag inkomstenbelasting is op dit moment nog steeds zoals de Hoge Raad dat in zijn Kerstarrest voorschreef: als het belastbare voordeel uit sparen en beleggen hoger is dan het werkelijk behaalde rendement (inmiddels: het werkelijke rendement), mag worden uitgegaan van het werkelijke rendement voor de box 3-heffing. In deze bijdrage noem ik dit door de Hoge Raad geboden rechtsherstel, inclusief alles wat de Hoge Raad eromheen heeft moeten bedenken om het werkbaar te maken, de werkelijke rendements-over-

ride (of simpelweg: override) van het box 3-stelsel en van hoofdstuk 2, afdeling 4 van het Bvdb.

Elk van de D-day-arresten komt met dezelfde welkome specificering van de opbouw van dat werkelijke rendement. De Hoge Raad heeft daarvoor aansluiting gezocht bij het rendementsbegrip dat de wetgever voor ogen heeft gestaan bij de vormgeving van het forfaitair stelsel in box 3. Aangezien het forfaitair berekende voordeel uit sparen en beleggen op grond van art. 5.2 lid 1 Wet IB 2001 wordt berekend op basis van het gehele box 3-vermogen dient ook het daarmee te vergelijken werkelijke rendement betrekking te hebben op alle box 3-vermogensbestanddelen. Er moet gekeken worden naar het saldo van positieve en negatieve resultaten van die vermogensbestanddelen in het desbetreffende jaar.

3.1 Wat telt niet mee?

Omdat met de berekening van het werkelijke rendement de economische realiteit wordt nagestreefd, is daarbij geen plaats voor de aftrek van het bedrag van het heffingvrij vermogen en heeft de peildatum als zodanig geen belang voor die berekening. Met andere woorden, als een box 3'er wat later in het kalenderjaar een aandelenpakket koopt, zullen de op/met die aandelen behaalde resultaten in de werkelijk rendement-berekening worden meegenomen. Het gaat daarbij om het nominale resultaat zonder (direct) rekening te houden met inflatiecijfers, hetgeen in overeenstemming is met de gedachte van de wetgever bij de totstandkoming van de Wet IB 2001 toen de onderbouwing werd gegeven van het forfaitaire 4%-rendement dat met ingang van 2001 zou gaan gelden.⁷ In datzelfde parlementaire stuk wordt trouwens, in dezelfde zin, genoemd dat ook kosten niet worden meegenomen. Dat dient volgens de Hoge Raad ook het geval te zijn voor het werkelijke rendement, alhoewel die specifieke opvatting dan weer wordt geschraagd met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis inzake het oorspronkelijke 2017-stelsel.⁸

3.2 Wat telt wel mee?

Concreet wordt genoemd dat de typische voordelen uit box 3-vermogensbestanddelen zoals (inkomende) rente, dividend en huur tot het werkelijke rendement behoren, maar ook de (nog niet gerealiseerde) positieve en negatieve waardeveranderingen van die vermogensbestanddelen. Dit zou in lijn zijn met de gedachte achter het in 2001 geïntroduceerde rendementsbegrip. De Hoge Raad doelt volgens mij op het feit dat het wettelijke rendementsbegrip gekoppeld is aan de waarde van de bezittingen en schulden en dat de waardeontwikkelingen op die manier in de box 3-heffing worden betrokken.⁹

Rente is de enige uitzondering op de kostenuitsluiting. Het gaat daarbij om ‘werkelijke rente’. Omdat we binnen het box 3-kader weinig vandoen hebben met zakelijkheidsprincipes, vermoed ik dat wordt bedoeld op rente ter zake van

⁶ In chronologische volgorde: HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR0664; HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:812; HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1129; HR 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2517 (verwijzingszaak na het arrest van 3 april 2015); HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816 (massaalbezwaarprocedure) en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:831.

⁷ *Kamerstukken II 1999/00, 26727, nr. 7, p. 265.*

⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34302, nr. 11, p. 37.*

⁹ *Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p. 20, 38 en 229.*

‘werkelijke schulden’ en dat bijvoorbeeld belastingrente, die meer punitief/instrumenteel van aard is dan een vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen, niet tot de aftrekbare rente behoort. Belastingsschulden worden in het huidige box 3-stelsel trouwens ook alleen maar in speciale gevallen van de rendementsgrondslag afgetrokken, dus dat zou wel een bestendiging van de wettelijke lijn zijn. De aftrekbepijking zou eventueel ook kunnen gelden voor rente over rente, en/of voor slechts verschuldigde rente als tegenhanger van werkelijk betaalde rente.

Ruim een week na de D-day-arresten heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat voor (in Nederlands gelegen) box 3-woningen de ongerealiseerde waardeontwikkeling tussen begin en einde van een jaar dient te worden bepaald aan de hand van de WOZ-waarden.¹⁰ Spiegelbeeldig daaraan en conform de toepassing van het forfaitaire box 3-stelsel, zal voor in het buitenland gelegen onroerende zaken gekeken moeten worden naar de ontwikkeling van de waarde in het economische verkeer (‘WEV’) tussen het begin en het einde van een jaar.

4. Besluit voorkoming dubbele belasting 2001

In hoofdstuk 2, afdeling 4, Bvdb, specifiek art. 23 en 24, staan de formules voor de te verlenen vermindering van dubbele belasting (hierna: ‘vermindering’ of ‘voorkoming’) in het kader van vrij te stellen box 3-inkomen, zoals in principe het geval is bij (inkomen uit) in het buitenland gelegen onroerende zaken.

Art. 23 lid 1 stelt simpel gezegd dat het buitenlandse voordeel uit sparen en beleggen bestaat uit het (gezamenlijke) bedrag dat de belastingplichtige geniet als voordeel uit de rendementsgrondslag in het buitenland. Art. 23 lid 2 stelt in formulevorm: rendementsgrondslag in het buitenland = waarde buitenlandse bezittingen -/- waarde buitenlandse schulden.

Art. 24 lid 2 Bvdb stelt in formulevorm: verminderingsbedrag = box 3-belasting pre-vermindering * [forfaitair rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland/ noemerinkomen]. Dit is de zogenoemde voorkomingsbreuk. Hierbij geldt dat het verminderingsbedrag niet groter kan zijn dan de box 3-belasting vóór toepassing van het Bvdb.

Art. 24 lid 5 onderdeel a geeft de teller van de voorkomingsbreuk en stelt in formulevorm: forfaitair rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland = forfaitair rendement * [rendementsgrondslag in het buitenland/grondslag sparen en beleggen]. Art. 24 lid 5 onderdeel b geeft de noemer van de voorkomingsbreuk en stelt, in formulevorm: noemerinkomen = voordeel uit sparen en beleggen.¹¹

Art 24a lid 1 stelt dat een vermindering voor een buitenlands voordeel uit sparen en beleggen dat door toepassing van art. 24 lid 2 tweede volzin, en door het in aanmerking

nemen van de persoonsgebonden aftrek niet in aanmerking genomen wordt, mag worden doorgeschoven naar een volgend jaar.¹²

Hierna laat ik zien hoe deze regeling werkt aan de hand van een aantal voorbeelden en beschouw ik hoe de regeling op een aantal punten, in mijn optiek, niet voldoende zuiver uitwerkt. In paragraaf 5 maak ik een vergelijking met en een beschouwing van de override van hoofdstuk 2, afdeling 4 van het Bvdb.

4.1 Invloed van verscheidene vermogensbestanddelen op de box 3-belasting post-vermindering

Hierna laat ik zien dat de hiervoor omschreven systematiek, in combinatie met het wettelijke box 3-stelsel, vaak tot een iets te hoge of iets te lage vermindering leidt. De vraag of de vermindering *te* hoog of *te* laag is, is uiteraard subjectief van aard. Echter, ik kan op objectieve wijze laten zien dat de hoogte van de vermindering vaak niet dusdanig is dat de invloed van buitenlandse vermogensbestanddelen op de uiteindelijk verschuldigde box 3-belasting daardoor volledig wordt weggenomen.

Wel verdient het opmerking dat de vermindering niet per definitie te laag is als de vermindering lager is dan het op louter de buitenlandse vermogensbestanddelen toegepaste box 3-stelsel. Bijvoorbeeld: schulden in verband met buitenlandse bezittingen hebben in beginsel hun drukkende effect op het box 3-wereldinkomen van de belastingplichtige. Daarnaast moet de dekking van de vermindering ook gezien worden door te kijken naar wat de verschuldigde box 3-belasting zou zijn over louter de niet-buitenlandse vermogensbestanddelen. Als dat bedrag bijvoorbeeld (veel) lager is dan de box 3-belasting post-voorkoming, dan is dat voor mij een sterke indicatie dat onvoldoende vermindering wordt verleend voor (het rendement van) de buitenlandse vermogensbestanddelen. De buitenlandse vermogensbestanddelen leiden dan kennelijk alsnog tot een hogere box 3-belasting, zelfs als het bedrag van de vermindering exact overeenkomt met de box 3-belasting over louter de buitenlandse vermogensbestanddelen.

Hierna geef ik een rekenvoorbeeld.

Het box 3-vermogen van een binnenlands belastingplichtige bestaat uit een in Nederland gelegen woning, een in Frankrijk gelegen woning en geld op zijn bankrekening. De woningen zijn (deels) met schuld gefinancierd. Hij heeft geen fiscaal partner en geen recht op persoonsgebonden aftrek. Ik reken met rendementspercentages voor banktegoeden, overige bezittingen en schulden van 0,92%, 6,04% respectievelijk 2,46%.

In dit voorbeeld is zijn grondslag sparen en beleggen als volgt opgebouwd.

NL woning	€ 290.000	
FR woning	€ 500.000	+
Banktegoed	€ 10.000	+
NL woningschuld	€ 300.000	-/-

10 HR 14 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:857.

11 Eigenlijk gaat het niet om het ‘voordeel uit sparen en beleggen’, maar om het belastbaar inkomen uit sparen en beleggen (pre-vermindering). Echter, omdat ik in deze bijdrage de persoonsgebonden aftrek buiten beschouwing laat, zijn die begrippen kwantitatief gelijk aan elkaar.

12 Verminderingsbedrag ≤ box 3-belasting pre-vermindering.

DE WERKELIJK RENDEMENT-BENADERING VAN DE HOGE RAAD IN BOX 3: EXCESSIEVE OVERCOMPENSATIE?

FR woningschuld	€ 250.000	-/-
Rendementsgrondslag	€ 250.000	
Heffingsvrij vermogen	€ 57.000	-/-
Grondslag sparen en beleggen	€ 193.000	

De wettelijk bepaalde box 3-belasting *pre-vermindering* wordt als volgt berekend.

Banktegoeden @ 0,92%	€ 92	
Overige bezittingen @ 6,04%	€ 47.716	+
Schulden @ 2,46%	€ 13.530	-/-
Rendement	€ 34.278	
Rendementsgrondslag	€ 250.000	/
Effectieve rendementspercentage	13,71%	
Grondslag sparen en beleggen	€ 193.000	*
Voordeel uit sparen en beleggen	€ 26.463	
Persoonsgebonden aftrek	€ 0	-/-
Belastbaar inkomen uit sparen en beleggen	€ 26.463	
Tarief box 3	36%	*
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 9.527	

De berekening van het verminderingsbedrag en de te betalen box 3-belasting post-vermindering zien er als volgt uit.

Buitenlands bezit	€ 500.000	
Buitenlandse schuld	€ 250.000	-/-
Rendementsgrondslag in het buitenland	€ 250.000	
Grondslag sparen en beleggen	€ 193.000	/
Ratio buitenlandse en wereldgrondslag	129,53%	
Forfaitair rendement	€ 34.278	*
Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	€ 44.402	
Noemerinkomen: belastbaar inkomen uit sparen en beleggen	€ 26.463	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	167,8%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 9.527	*
Vermindering	€ 9.527	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 0	
Doorschuij naar volgend jaar	€ 0	
Gemiste vermindering	€ 6.458	

We zien hier dus een vermindering ten bedrage van € 9.527 en een box 3-belasting post-vermindering van € 0. De vermindering is aanzienlijk hoger dan de box 3-belasting

als je het stelsel toepast op *sec* de buitenlandse vermogensbestanddelen, wat immers € 6.684 zou zijn.¹³ Immers, de louter niet-buitenlandse vermogensbestanddelen vormen een rendementsgrondslag van € 0 en hadden als zodanig niet tot een betalende box 3-positie kunnen leiden. De post 'gemiste vermindering' is de resultante van de vermenigvuldiging van de voorkomingsbreuk (167,8%) met de box 3-belasting pre-voorkoming, verminderd met het toegekende verminderingsbedrag en het doorgeschoven bedrag. Dit 'gemis' kan dus met een korrel zout genomen worden in dezen.

In het voorgaande rekenvoorbeeld kunnen alternatieve box 3-waarden van louter de buitenlandse vermogensbestanddelen niet ineens leiden tot een verminderingsbedrag dat het belastbare inkomen uit sparen en beleggen niet volledig dekt. Dat is anders wanneer we de volgende uitgangssituatie nemen:

NL woning	€ 290.000	
FR woning	€ 500.000	+
Banktegoed	€ 1.000.000	+
NL woningschuld	€ 300.000	-/-
FR woningschuld	€ 250.000	-/-
Rendementsgrondslag	€ 1.240.000	
Heffingsvrij vermogen	€ 57.000	-/-
Grondslag sparen en beleggen	€ 1.183.000	

Het banktegoed is nu niet € 10.000 maar € 1.000.000. De berekening van de box 3-belasting pre-vermindering is als volgt.

Banktegoeden @ 0,92%	€ 9.200	
Overige bezittingen @ 6,04%	€ 47.716	+
Schulden @ 2,46%	€ 13.530	-/-
Rendement	€ 43.386	
Rendementsgrondslag	€ 1.240.000	/
Effectieve rendementspercentage	3,50%	
Grondslag sparen en beleggen	€ 1.183.000	*
Voordeel uit sparen en beleggen	€ 41.392	
Persoonsgebonden aftrek	€ 0	-/-
Belastbaar inkomen uit sparen en beleggen	€ 41.392	
Tarief box 3	36%	*
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 14.901	

De berekening van de box 3-belasting post-vermindering gaat als volgt.

13 Een eerlijke vergelijking tussen buitenlandse en niet-buitenlandse box 3-belasting kan alleen gemaakt worden door het heffingsvrij vermogen naar rato van de rendementsgrondslagen te alloceren aan de buitenlandse en niet-buitenlandse vermogensbestanddelen. De buitenlandse rendementsgrondslag is € 250.000 en het heffingsvrij vermogen wordt naar rato daarvan gealloceerd, voor de volle € 57.000, aan de buitenlandse grondslag sparen en beleggen. De op die basis berekende box 3-belasting zou dan € 6.684 bedragen.

Buitenlands bezit	€ 500.000	
Buitenlandse schuld	€ 250.000	-/-
Rendementsgrondslag in het buitenland	€ 250.000	
Grondslag sparen en beleggen	€ 1.183.000	/
Ratio buitenlandse en wereldgrondslag	21,13%	
Forfaitair rendement	€ 43.386	*
Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	€ 9.169	
Noemerinkomen: belastbaar inkomen uit sparen en beleggen	€ 41.392	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	22,2%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 14.901	*
Vermindering	€ 3.301	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 11.600	
Doorschuij naar volgend jaar	€ 0	
Gemiste vermindering	€ 0	

In dit voorbeeld bedraagt de vermindering € 3.301, terwijl het forfaitaire stelsel toegepast op louter de buitenlandse vermogensbestanddelen in een box 3-belasting van € 8.260 zou resulteren. Toegepast op louter de niet-buitenlandse vermogensbestanddelen zou het forfaitaire stelsel hebben geleid tot € 6.641, terwijl de box 3-belasting ná aftrek van de vermindering nu € 11.600 bedraagt. Dus in beide zienswijzen lijkt de voorkoming tekort te schieten in dit voorbeeld. In het voorgaande rekenvoorbeeld kunnen alternatieve box 3-waarden van louter de buitenlandse vermogensbestanddelen wél de hoogte van de box 3-belasting post-vermindering beïnvloeden.

We zien dus dat i) buitenlandse vermogensbestanddelen van invloed kunnen zijn op de box 3-belasting post-vermindering en tevens dat ii) niet-buitenlandse vermogensbestanddelen het bedrag van de vermindering kunnen beïnvloeden. Dat de hoogte van de vermindering doorgaans afwijkt van wat exact nodig is om invloed van buitenlandse vermogensbestanddelen op de uiteindelijk verschuldigde box 3-belasting weg te nemen, is al geruime tijd duidelijk voor de meeste fiscalisten. Toch zie ik in de praktijk vaak onbegrip bij hen die dit voor het eerst te horen/zien krijgen. Je kunt je natuurlijk afvragen of het ook echt een mismatch is. Het box 3-stelsel in combinatie met de vrijstellingsmethode in het Bvdb is namelijk bewust niet op dezelfde wijze ingestoken als bijvoorbeeld de objectvrijstelling van art. 15e Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Desalniettemin zou een box 3-objectvrijstelling in mijn optiek tot een gevoelsmatig zuiverdere verschuldigde belasting leiden, niettegenstaande het wereldinkomensvoorbehoud dat Nederland doorgaans in lid 1 van het voorkomingsartikel van een belastingverdrag opneemt.

4.2 Verband tussen schuld en bezitting

Ik sta verder stil bij de door art. 24 lid 5 onderdeel a Bvdb omschreven teller van de voorkomingsbreuk. Hoe groter de teller (ten opzichte van de noemer), hoe hoger het bedrag

van de vermindering. De teller bestaat uit het rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland, wat weer wordt berekend door onder andere te kijken naar het saldo van de buitenlandse bezittingen en schulden in verband met die bezittingen. Het mag dan ook niet verbazen dat er aardig wat uitspraken zijn over zaken waarin de Belastingdienst een dergelijk verband aanwezig achtte, terwijl de belastingplichtige dat niet vond. Neem bijvoorbeeld de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 21 februari 2024 in een zaak waar ik de belastingplichtige bijstond.¹⁴ In die zaak, die ging over het belastingjaar 2018 en waarvan de inhoudelijke behandeling en rechterlijke uitspraak plaatsvonden vóór de D-day-arresten, spitste het primaire geschil zich toe op de vraag of een schuld verband houdt met een buitenlandse woning.

Er was, in het onderhavige belastingjaar, een beleggingsportefeuille, een in Frankrijk gelegen woning en een schuld, alle drie van ongeveer dezelfde waarde. Als de schuld geen verband hield met de Franse woning, dan zou er een vermindering gelden voor de volledige WEV van de Franse woning. Die vermindering zou qua bedrag ongeveer gelijk zijn aan de ‘wereldgrondslag’ sparen en beleggen waarover de belastingplichtige initieel in de box 3-heffing werd betrokken. Als de schuld echter wél verband hield met de Franse woning, dan was de teller van de voorkomingsbreuk nagenoeg € 0, waardoor de belastingplichtige nauwelijks tot niet kon genieten van een vermindering en hij daadwerkelijk zou moeten betalen over de volle ‘wereldgrondslag’ sparen en beleggen.

In de bezwaarfase, beroepsfase en hogerberoepsfase is veel tijd gestoken in het beantwoorden van die vraag. Het hof gaf, net als de rechtbank in eerste aanleg, de Belastingdienst gelijk op dit punt: er was volgens het hof wél een voldoende verband tussen de schuld en de buitenlandse woning. In het subsidiaire punt dat het hof volgde, betoogde belanghebbende dat het werkelijke rendement lager was dan het forfaitair bepaalde rendement. De buitenlandse woning werd namelijk niet verhuurd. Het hof overwoog: *‘Bij de bepaling van het werkelijk door belanghebbende behaalde rendement dienen de (eventuele) waardeinstijging van de woning en een forfaitair bepaald voordeel uit eigen gebruik daarvan dus buiten beschouwing te blijven.’* Alhoewel uit de D-day-arresten volgt dat ongerealiseerde waardeontwikkelingen worden meegenomen ter bepaling van het werkelijke rendement, verwachtte ik dat voor een soort vakantiewoningforfait geen plaats was. Sinds 20 december 2024 weten we dat de Hoge Raad daar in principe anders over denkt maar dat specifieke element toch overlaat aan de wetgever.¹⁵

4.3 Noodzaak voor Bvdb-override

Het hof overwoog over de voorkomingsystematiek nog het volgende: *‘Omdat als gevolg van het voorgaande geen sprake is van heffing over inkomsten uit de woning, hoeft er geen voorkoming van dubbele belasting (meer) te worden*

14 Hof Den Haag 21 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:316.

15 Hoge Raad 20 december 2024, ECLI:NL:HR:2024:1788.

verleend (artikel 24, lid 2, Bvdb 2001).¹⁶ Deze overweging kan zo gelezen worden dat het hof een verminderingbedrag berekend zou hebben als het hof wel een positief buitenlands werkelijk rendement geconstateerd had. Ik denk dat het hof dat niet had kunnen doen zonder zelf met een nieuwe voorkomingsformule te komen zoals de Hoge Raad later in zijn D-day-arresten heeft gedaan. Immers, het gaat om een ‘vrijstelling voor buitenlands voordeel uit sparen en beleggen’, terwijl binnen de werkelijk rendement-benadering nu juist wordt afgeweken van het forfaitair bepaalde ‘voordeel uit sparen en beleggen’. Met andere woorden: het Bvdb lijkt in de werkelijk rendement-benadering geen grond te bieden voor het verlenen van voorkoming, ongeacht de omvang van het buitenlandse werkelijke rendement, zonder een nieuwe voorkomingsformule. In paragraaf 5.1 licht ik de Bvdb-override van de Hoge Raad nader toe.

De staatssecretaris heeft cassatieberoep ingesteld. Wanneer de zaak zittingsrijp wordt geacht, weet ik niet, maar de kans op een verwijzing naar een ander hof voor het een nieuw onderzoek naar het werkelijke rendement alsmede een nieuwe verminderingberekening lijkt mij groot.

5. Voorkomingsmethodiek van de Hoge Raad

Zoals ik in paragraaf 4.3 omschrijf, is een gebrek aan cohesie tussen de box 3-override en de forfaitaire voorkomingsmethodiek van het Bvdb funest voor de verminderingberekening. De meeste belastingverdragen verwijzen nu eenmaal naar het Bvdb voor de methode die Nederland hanteert voor de te verlenen voorkoming. Ik denk dat de Hoge Raad daarom niet heeft kunnen volstaan met een zelfstandige voorkomingsformule zoals bijvoorbeeld [positief buitenlands werkelijk rendement * box 3-tarief], waarbij die vermindering natuurlijk niet kan leiden tot een negatief bedrag aan box 3-belasting et cetera.

In de D-day-arresten heeft de Hoge Raad dan ook een handleiding gegeven hoe om te gaan met de art. 23 tot en met 25 Bvdb als een belastingplichtige wordt belast over zijn werkelijke rendement. Deze nieuwe invulling van die Bvdb-termen maakt de override compleet. Althans, bijna compleet, zoals ik in paragraaf 5.4 toelicht. De Hoge Raad overweegt, voor zover relevant voor deze bijdrage, als volgt. In art. 23 lid 1 Bvdb wordt onder ‘het buitenlandse voordeel uit sparen en beleggen’ verstaan: het werkelijke rendement van bezittingen in het buitenland en van schulden in verband met die bezittingen.

In art. 24 Bvdb wordt verstaan onder:

- (i) ‘de [box 3-belasting pre-voorkoming]’: de inkomstenbelasting die verschuldigd zou zijn over het werkelijke rendement;
- (ii) ‘het rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland’: het bedrag van het werkelijke rendement van de bezittingen in het buitenland en van de schulden in verband met die bezittingen; en

- (iii) ‘het noemerinkomen’: het werkelijke voordeel uit sparen en beleggen verminderd met de persoonsgebonden aftrek.

5.1 Invloed van buitenlandse en niet-buitenlandse vermogensbestanddelen op de box 3-belasting post-voorkoming

We nemen de woningwaarden en schuldstanden over van het cijfervoorbeeld in paragraaf 4.1. De woningen worden niet verhuurd. De jaarlijkse rente op beide schulden bedraagt 5% over het nog openstaande bedrag. Beide panden stijgen in het onderhavige jaar met 8% in hun WOZ-waarde respectievelijk WEV. Het werkelijke rendement en de *pre-vermindering* verschuldigde box 3-belasting daarover, worden berekend als volgt.

NL woning huur	€ 0	
NL woningschuld rente	€ 15.000	-/-
NL woning waardeontwikkeling	€ 23.200	+
FR woning huur	€ 0	+
FR woningschuld rente	€ 12.500	-/-
FR woning waardeontwikkeling	€ 40.000	+
Werkelijk rendement	€ 35.700	
Tarief box 3	36%	*
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 12.852	

De box 3-belasting post-vermindering wordt berekend als volgt.

Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	€ 27.500	
Noemerinkomen: werkelijk rendement minus PGA	€ 35.700	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	77,0%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 12.852	*
Vermindering	€ 9.900	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 2.952	
Doorschuij naar volgend jaar	€ 0	
Gemiste vermindering	€ 0	

Zie goed dat i) het bedrag van de vermindering in dit geval exact gelijk is aan het werkelijke rendement van de buitenlandse vermogensbestanddelen én ii) de box 3-belasting post-vermindering exact gelijk is aan het werkelijke rendement van de niet-buitenlandse vermogensbestanddelen. Deze nieuwe vrijstellingsmethode in combinatie met de werkelijk rendement-benadering in box 3 leidt daarmee tot een zuiverdere voorkoming van dubbele belasting omdat buitenlandse vermogensbestanddelen binnen die benadering niet langer op indirecte wijze leiden tot een hogere box 3-belasting post-vermindering dan de box 3-belasting die over louter het niet-buitenlandse werkelijke rendement verschuldigd zou zijn.

¹⁶ R.o. 5.14.

Wel kan buitenlands werkelijk rendement leiden tot een lagere box 3-belasting over louter het niet-buitenlandse werkelijke rendement. Dit kan zich voordoen wanneer het buitenlandse werkelijke rendement negatief is. Het werkelijke ‘wereldrendement’ neemt immers af met dat bedrag. Als het wereldrendement dan negatief is, is er überhaupt geen box 3-belasting verschuldigd. Als het wereldrendement positief is maar met een negatief buitenlands werkelijk rendement, is de box 3-belasting pre-vermindering gelijk aan de box 3-belasting post-vermindering. Wel is het zo dat nergens in de hiervoor genoemde Bvdb-artikelen staat dat de vermindering niet negatief kan zijn en dat daardoor, puur rekenkundig bezien, de box 3-belasting post-vermindering weer exact kan uitkomen op de box 3-belasting over louter het niet-buitenlandse werkelijke rendement. Zie hiervoor het volgende voorbeeld, waarin dezelfde inputgetallen zijn gebruikt als in het vorige voorbeeld, behalve dat de woning in Frankrijk nu slechts met 1% in waarde stijgt, resulterend in een werkelijk wereldrendement van € 700 en een buitenlands werkelijk rendement van -€ 7.500.

Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	-€ 7.500	
Noemerinkomen: werkelijk rendement minus PGA	€ 700	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	-1071,4%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 252	*
Vermindering	-€ 2.700	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 2.952	

Echter, in het nieuw ingevulde art. 24 lid 1 Bvdb staat dat de vrijstelling voor ‘het werkelijke rendement van bezittingen in het buitenland en van schulden in verband met die bezittingen’ wordt toegepast door een *vermindering* te verlenen op de verschuldigde inkomstenbelasting. Een algebraïsche interpretatie, conform bijvoorbeeld de term ‘voordelen’ in art. 13 lid 1 Wet Vpb 1969 van de term ‘vermindering’ lijkt mij niet op haar plaats. Het feit dat de box 3-belasting, tevens puur rekenkundig bezien, € 0 bedraagt wanneer het werkelijke wereldrendement negatief is (al dan niet door een negatief buitenlands werkelijk rendement), zoals het geval is als de waardestijging van de woning in Frankrijk in ons voorbeeld niet 1% maar 0,5% of lager is, ondersteunt deze notie.

De hoeveelheid geld op de bankrekening maakt voor de hoogte van de vermindering niet uit, omdat in de werkelijk rendement-benadering met betrekking tot het banktegoed alleen ontvangen/betaalde renten in aanmerking genomen worden. In het voorbeeld heb ik dergelijke renten niet genoemd.

De waardeontwikkeling van de in Nederland gelegen woning raakt de hoogte van de hiervoor berekende vermindering wel, aangezien het werkelijke wereldrendement erdoor wordt geraakt, maar de vermindering wijzigt steeds

in zo’n mate dat effectief alleen over het niet-buitenlandse werkelijke rendement geheven wordt. In dit kader is het systeem van de Hoge Raad een stuk zuiverder dan het systeem van de wet en het Bvdb. Wel schuilt er een gevaar van overbegünstiging in de totale override, zoals ik in paragraaf 5.4 nader toelicht.

5.2 Verband tussen schuld en lening

Binnen het systeem van de Hoge Raad is het nog steeds fiscaal gunstig voor de belastingplichtige om de positie in te nemen dat een schuld geen verband houdt met een in het buitenland gelegen bezitting. Hier volgt een voorbeeld met dezelfde parameters als in paragraaf 5.1, maar de voormalige Franse woningschuldrente van € 12.500 is nu niet-buitenlandse rente geworden.

Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	€ 40.000	
Noemerinkomen: werkelijk rendement minus PGA	€ 35.700	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	112,0%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 12.852	*
Vermindering	€ 12.852	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 0	
Doorschuij naar volgend jaar	€ 0	
Gemiste vermindering	€ 1.548	

Oftewel: het werkelijke wereldrendement verandert niet, maar de berekening van de vermindering wel. Ten aanzien van het aanstaande arrest van de Hoge Raad en het oordeel van het verwijzingshof inzake de uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 21 februari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:316, maakt het door de override voor de belastingplichtige in deze zaak niet meer uit of er een vakantiewoningforfait of een waardestijging van de vakantiewoning in aanmerking genomen wordt. De vrijstellingsmethode leidt ertoe dat het bedrag van de vermindering die bouwstenen van het buitenlandse werkelijke rendement volledig omvat, ongeacht de uitwerking van Franse belastingheffing (*if any*). Immers, de vrijstellingsmethode houdt geen rekening met door het buitenland geheven belasting.

5.3 Doorschuijregeling

De box 3-doorschuijregeling van art. 24a Bvdb heeft geen nieuwe invulling gekregen van de Hoge Raad. Die regeling is geschreven voor de specifieke situatie waarin een binnenlands belastingplichtige in een jaar persoonsgebonden aftrek heeft die hij in mindering heeft gebracht op het box 3-inkomen en daarnaast tevens in dat jaar buitenlands voordeel uit sparen en beleggen heeft genoten.¹⁷ Zonder doorschuijregeling zou de belastingplichtige geen daadwerkelijk profijt hebben van (een deel van) de persoonsge-

17 NvT, besluit van 18 december 2008, *Stb.* 2008, 574, p. 27-28.

bonden aftrek omdat deze in mindering komt op het (toch al) vrij te stellen buitenlands inkomen. Met ‘ontoereikend’ niet-buitenlands forfaitair rendement heeft deze regeling dus niets te maken, simpelweg omdat rendement in het forfaitaire stelsel niet ontoereikend kon zijn. Met de override is dat echter anders geworden. Hier volgt een voorbeeld ter illustratie, waarin dezelfde inputdata gebruikt wordt als in paragraaf 5.1, maar nu is de waardeverhoging van de woning in Nederland 1%.

Rendement van de rendementsgrondslag in het buitenland	€ 27.500	
Noemerinkomen: werkelijk rendement minus PGA	€ 15.400	/
Ratio rendement van buitenlandse rendementsgrondslag en noemerinkomen	178,6%	
Box 3-belasting pre-vermindering	€ 5.544	*
Vermindering	€ 5.544	-/-
Box 3-belasting post-vermindering	€ 0	
Doorschuij naar volgend jaar	€ 0	
Gemiste vermindering	€ 4.356	

De Hoge Raad had hier in theorie op kunnen inspringen door het plafond van het door te schuiven bedrag los te koppelen van de persoonsgebonden aftrek en daarnaast het vereiste causale verband met de persoonsgebonden aftrek irrelevant te maken. De ‘gemiste vermindering’ laat hier exact zien welk deel van de vermindering dan doorgeschoven had kunnen worden. Echter, een dergelijke invulling van de doorschuifregeling zou geacht kunnen worden in te druisen tegen een door de Hoge Raad uitdrukkelijk genoemd basisprincipe. De Hoge Raad overwoog in zijn D-day-arresten namelijk het volgende: *‘Bij de berekening van het werkelijke rendement in een bepaald kalenderjaar kan geen rekening worden gehouden met positieve of negatieve rendementen in andere jaren. Dat sluit aan bij het stelsel van forfaitaire heffing in box 3, waarin de belasting wordt geheven over het forfaitair bepaalde rendement in het desbetreffende kalenderjaar, zonder rekening te houden met werkelijke rendementen in andere jaren en zonder de mogelijkheid van verrekening van verliezen over de jaargrenzen heen.’*¹⁸ Immers, de ‘gemiste vermindering’ is exact gelijk aan de hypothetische negatieve box 3-belasting over het negatieve niet-buitenlandse werkelijke rendement. Alhoewel een box 3-verlies fiscaal gezien niet mogelijk is en de gemiste vermindering simpelweg een andere eenheid is dan (het box 3-tarief vermenigvuldigd met) het negatieve niet-buitenlandse rendement, zijn de grootheden exact gelijk aan elkaar. Daarmee zou een *de facto* verliesvoortwenteling – ten aanzien van het ‘binnenlandse verlies’ naar een ‘binnenlandse winst’ in het erop volgende jaar gecreëerd worden, wat nu precies niet de bedoeling is geweest van de Hoge Raad.

Daarbij komt nog dat het gebrek aan een doorschuifregeling-override niet betekent dat in de werkelijk rendementbenadering de doorschuifregeling geen toepassing kan vinden. Art. 24a Bvdb sluit immers aan bij ‘het buitenlandse voordeel uit sparen en beleggen’, het begrip dat gedefinieerd staat in art. 23 lid 1 Bvdb en bij de verminderingsberekening van art. 24 Bvdb. Beide aanknopingspunten zijn door de Hoge Raad meegenomen in de Bvdb-override, waardoor het niet noodzakelijk was om ook nog de in art. 24a Bvdb genoemde begrippen van een nieuwe invulling te voorzien. Met andere woorden: de doorschuifregeling kan ook binnen de werkelijk rendement-benadering toepassing vinden.

5.4 Excessieve overcompensatie wanneer buitenlandse onroerende zaken in waarde dalen en weer stijgen

Een mogelijk onbedoeld effect van de override door de Hoge Raad kan zich voordoen wanneer buitenlandse vermogensbestanddelen in waarde dalen en in een volgend jaar weer in waarde toenemen. Eerst wordt een belastingplichtige belast over zijn werkelijke wereldrendement. Een negatief buitenlands werkelijk rendement verlaagt het werkelijke wereldrendement, dus hoeft er geen vermindering meer aan te pas te komen om dubbele belastingheffing te voorkomen, zoals ook uiteengezet in paragraaf 5.1.

Maar als in het jaar erna het buitenlandse werkelijke rendement weer positief is, wordt voor het gehele positieve buitenlandse werkelijke rendement, in het geval van onroerende zaken, een vermindering verleend. De vermindering, zijnde de resultante van de berekeningswijze van de vrijstellingsmethode in het Bvdb, houdt immers geen rekening met de door het buitenland over dat rendement geheven belasting.

Van belang hierbij is dat in hoofdstuk 2, afdeling 4, Bvdb, inzake het inkomen uit sparen en beleggen, geen inhaalregeling zoals in bijvoorbeeld art. 12 Bvdb is opgenomen. Die inhaalregeling zorgt ervoor dat buitenlandse box 1-verliezen, die immers eerst het wereldinkomen hebben verlaagd en op die manier de Nederlandse inkomstenbelastinggrondslag hebben geraakt, moeten worden ingelopen alvorens aan voorkoming voor buitenlandse box 1-winsten kan worden toegekomen. Een enorm evenwichtige bepaling die een zeer logisch doel dient.

Het gebrek aan een box 3-inhaalregeling zorgt dus voor een onevenwichtigheid wanneer:

- (i) in jaar ‘t’ het werkelijke rendement lager is dan het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen;
- (ii) in datzelfde jaar een negatief werkelijk rendement behaald wordt op buitenlandse vermogensbestanddelen (waarvoor de vrijstellingsmethode geldt, alhoewel die niets uithaalt in dit specifieke jaar);
- (iii) in jaar ‘t+1’ het werkelijke rendement wederom lager is dan het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen en in datzelfde jaar een positief werkelijk rendement behaald wordt op

18 Bijvoorbeeld HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704, r.o. 5.4.5.

buitenlandse vermogensbestanddelen (waarvoor de vrijstellingsmethode geldt), of in jaar ‘t+1’ het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen lager is dan het werkelijke rendement.

Voor de vennootschapsbelasting is het nut van een inhaalregeling uiteraard komen te vervallen toen de objectvrijstelling in werking trad, omdat daardoor buitenlandse vaste inrichtingsverliezen de wereldwinst van binnenlandse vennootschapsbelastingplichtigen niet langer konden raken.

Maar in het forfaitaire box 3-stelsel is natuurlijk nooit behoefte geweest aan een inhaalregeling, omdat buitenlandse vermogensbestanddelen door het wettelijke forfaitaire systeem louter positief rendement konden opleveren voor box 3-doeleinden. Een negatief buitenlands forfaitair rendement bestond niet. Met andere woorden, binnenlands belastingplichtigen met volatiele buitenlandse onroerende zaken die in WEV oscilleren, worden als volgt begunstigd:

1. ze hebben een verlaagd werkelijk wereldrendement bij een negatief buitenlands werkelijk rendement in het ene jaar, omdat het systeem nu eenmaal zo werkt; en
2. ze hebben recht op een volledige vermindering voor het gehele buitenlandse werkelijke rendement in het andere jaar, omdat er geen inhaalregeling is en tevens omdat de vrijstellingsmethode geen rekening houdt met door het buitenland geheven belasting.

De Hoge Raad heeft nog wel iets opgemerkt over overcompensatie in rechtsoverwegingen 5.4.6 en 5.4.7: *‘De regel dat het werkelijke rendement per jaar moet worden vastgesteld kan leiden tot overcompensatie. Het wettelijke forfaitaire stelsel brengt immers mee dat het niet mogelijk is om voor jaren waarin het werkelijke rendement van een belastingplichtige hoger is dan het forfaitaire rendement, belasting te heffen over dat hogere bedrag. De hierna in 5.5.2 beschreven berekening van de compensatie, die eveneens is gebaseerd op vaststelling van het rendement op jaarbasis, kan daarom tot gevolg hebben dat over een periode van een aantal jaren gezien meer compensatie wordt verleend dan het geval zou zijn indien de compensatie zou zijn gebaseerd op een vergelijking tussen het fictieve en het werkelijke rendement over die langere periode. [...]*

Deze mogelijkheid van overcompensatie vormt echter onvoldoende grond voor de rechter om bij de berekening van het werkelijke rendement, in afwijking van de hiervoor in 5.4.5 beschreven aansluiting bij het stelsel van forfaitaire heffing in box 3, toch rekening te houden met het werkelijke rendement van andere jaren.’

Zie goed dat de Hoge Raad hier het risico op overcompensatie enkel lijkt te bezien in het kader van de override van het wettelijke box 3-stelsel, dus exclusief de voorkomingsmethodiek van het Bvdb. De overcompensatie waar

de Hoge Raad op doelt, bestaat erin dat belastingplichtigen op hun gemak retrospectief de werkelijk rendementbenadering kunnen ‘cherry-picken’ als het hun uitkomt. De rechtsoverwegingen waarin het risico op overcompensatie wordt genoemd, komen tevens vóór de rechtsoverweging 5.5.3 waarin de Bvdb-override wordt gestipuleerd, wat ook geldt voor rechtsoverweging 5.5.2 waarnaar wordt verwezen in het licht van de overcompensatie. In die rechtsoverweging wordt nog benoemd dat de Hoge Raad met de override (van het wettelijke box 3-stelsel) een ‘appropriate and sufficient redress’ biedt.

Het gebrek aan een box 3-inhaalregeling lijkt niet in strijd te zijn met een in een van de recente box 3-arresten geformuleerd principe. Hoogstens is de overcompensatie voor sommigen wat gortiger dan op 6 juni 2024 werd voorzien. De besluitgever kan hier een effectieve slag slaan door een passende box 3-inhaalregeling, naar het voorbeeld van art. 12 Bvdb, in te voeren opdat in jaren waarin een positief buitenlands werkelijk rendement wordt behaald, de vermindering slechts wordt verleend nadat eventuele negatieve buitenlandse werkelijke rendementen in vorige jaren volledig zijn ‘ingelopen’.

6. Een beschouwing van de override in het licht van de dragende overwegingen in het Kerstarrest

Het gebrek aan een inhaalregeling lijkt dus te leiden tot een onbedoeld of onvoorzien fiscaal gevolg, zoals ik in paragraaf 5.4 heb uiteengezet. De belastingplichtigen die in de situatie geraken waarin ze dat fiscale gevolg mogen onder vinden, zullen, vanuit het eigen financiële perspectief, geen bezwaar hebben daartegen. De override lijkt dus, boven op de door de Hoge Raad uitdrukkelijk geaccepteerde overcompensatie, additioneel fiscaal voordeel te bieden aan belastingplichtigen die zich in zo’n situatie bevinden. Daarmee komt de vraag op of de override een verschil in behandeling schept die potentieel in strijd kunnen zijn met het discriminatieverbod van art. 14 EVRM in samenhang met art. 1 EP.

6.1 Art. 14 EVRM en art. 1 EP – algemeen

Bij de hierna opgenomen toelichting op (de werking van) art. 14 EVRM en art. 1 EP heb ik zo veel als mogelijk volledige aansluiting gezocht bij de dienaangaande rechtsoverwegingen van de Hoge Raad in zijn Kerstarrest.

Art. 1 EP bepaalt dat aan niemand het recht op eigendom mag worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Wel moet die inmenging volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (‘EHRM’) ‘lawful’ zijn, een ‘legitimate aim’ dienen en een ‘fair balance’ tussen de belangen van het betrokken individu en het algemene belang

respecteren.¹⁹ Het EHRM toetst daarom onder andere of een inbreuk in het algemeen belang is.

Bij de vraag of een inbreuk in het algemeen belang is, toetst het EHRM of een inbreuk proportioneel is, gezien het beoogde doel. Bij de beoordeling of een bepaalde heffing (op stelselniveau) die ‘fair balance’ respecteert, gaat het erom of er een redelijke, proportionele verhouding is tussen de gehanteerde middelen en het met de heffing beoogde doel.²⁰ Bij deze proportionaliteitstoets komt ook art. 14 EVRM in beeld. Van een stelsel dat onverenigbaar is met dit discriminatieverbod kan niet worden gezegd dat het de zojuist genoemde ‘fair balance’ respecteert. Op grond van het discriminatieverbod moet het genot van de rechten en vrijheden die in het EVRM of EP zijn vermeld, worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook.

In het Kerstarrest ging het om de algemene werking van het forfaitaire stelsel waarin iemand met een laag (of negatief) rendement een disproportioneel zware belastinglast toebedeeld kreeg ten opzichte van iemand met een (zeer) positief rendement. Die ongelijke behandeling kon volgens de Hoge Raad slechts worden gerechtvaardigd ‘voor zover bij het vaststellen van de forfaitaire grenzen is getracht de werkelijkheid te benaderen’.²¹

6.2 Art. 14 EVRM en art. 1 EP – bezien in het kader van de override

Zoals ik in paragraaf 6 aangaf, meen ik dat het fiscaal gunstig of voordelig is voor iemand om gebruik te maken van de desbetreffende fiscale gevolgen. In de beslisboom, omschreven in paragraaf 6.1, wordt eerst beoordeeld of sprake is van een ongelijke behandeling. Wie kan gebruikmaken van het desbetreffende fiscale voordeel en wie kan dat niet? In paragraaf 5.4 heb ik omschreven welke box 3-belastingplichtigen de vruchten kunnen plukken van dat fiscale voordeel. Om gebruik te maken van het gebrek aan een box 3-inhaalregeling moet iemand in eerste instantie een werkelijk wereldrendement hebben dat lager is dan het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen, waarvan een negatief buitenlands werkelijk rendement een bestanddeel is. In een volgend jaar kan het fiscale voordeel benut worden als i) het werkelijke wereldrendement hoger is dan het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen en er aldus een buitenlands forfaitair rendement op de buitenlandse vermogensbestanddelen in aanmerking genomen wordt of ii) het werkelijke wereldrendement lager is dan het forfaitair bepaalde belastbare voordeel uit sparen en beleggen (doch hoger dan € 0) en het werkelijke rendement van de buitenlandse vermogensbestanddelen positief is.

Zij die, over een meerjarige periode bezien, geen gebruik van dit fiscale voordeel kunnen maken, hebben bijvoorbeeld:

- (i) geen buitenlandse box 3-vermogensbestanddelen (waarvoor de vrijstellingsmethode geldt);
- (ii) alleen maar box 3-vermogensbestanddelen die, tezamen bezien, structureel een positief werkelijk rendement opleveren (bijvoorbeeld bij een overwegend risicoarme box 3-portefeuille);
 - a. hiertoe behoren ook diegenen met de volgende beleggingsmix: in bepaalde mate volatiele niet-buitenlandse box 3-vermogensbestanddelen, maar in (veel) omvangrijkere mate buitenlandse box 3-vermogensbestanddelen die structureel positief werkelijk rendement opleveren.

In algemene zin zijn dit de twee categorieën beleggers die geen gebruik kunnen maken van de desbetreffende fiscale gevolgen. Het kan voorkomen dat iemand met een risicoarme beleggingsmix een negatief werkelijk rendement realiseert, maar belangrijker in het kader van deze analyse is dat het implementeren van een dergelijk risicoarm beleggingsprofiel de kansen op het gebruikmaken van de desbetreffende fiscale gevolgen niet verhoogt, maar juist verlaagt. Het is dan ook belangrijk om na te gaan of het een belastingplichtige ook echt kan baten om zichzelf bewust in een situatie te brengen waarin de desbetreffende fiscale gevolgen intreden, of dat iemand in het algemeen financieel beter af is door daar niet actief naar op zoek te gaan, ongeacht het fiscale voordeel. Immers, uit het Kerstarrest kan opgemaakt worden dat de Hoge Raad vooral zwaar tilde aan het, op effectieve belastingdrukbasis bezien, amplificerende effect van het forfaitaire stelsel.²² Een goede/fortuinlijke belegger werd (en wordt nog steeds) beloond met een lage effectieve belastingdruk, terwijl een slechte/onfortuinlijke belegger werd bestraft met een hoge effectieve belastingdruk. Het kan in het bijzonder lonen om te beleggen in volatiele buitenlandse box 3-vermogensbestanddelen, maar in veel omvangrijkere mate niet-buitenlandse box 3-vermogensbestanddelen die structureel positief werkelijk rendement opleveren, zoals vast- en laagrentende staatsobligaties. Een eventueel groot buitenlands verlies (of grote waardedaling) in een bepaald belastingjaar drukt het werkelijke wereldrendement, terwijl een (even) grote buitenlandse winst in het jaar erop:

- (i) het werkelijke wereldrendement verhoogt maar ook volledig wordt vrijgesteld; ofwel
- (ii) niet in aanmerking wordt genomen, maar slechts een forfaitair rendement over de waarde op de peildatum, waarvoor een iets tekortschietende of juist overvloedige vermindering wordt verleend, afhankelijk van de precieze feiten.

Het kan in meer algemene zin ook al fiscaal lonen om niet de voornoemde verhouding te hanteren. Immers, ook als géén volledig dekkende vermindering wordt verleend, is

19 EHRM 5 januari 2000, *Beyeler tegen Italië*, ECLI:CE:ECHR:2000:0105JUD003320296.

20 HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816.

21 Kerstarrest, r.o. 3.2.3.

22 Kerstarrest, r.o. 3.5.

het nog steeds fijn om slechts over een forfaitair rendement te worden aangeslagen wanneer het werkelijke rendement veel hoger ligt.

In het Kerstarrest beschouwde de Hoge Raad de ‘verhoudingsgewijs zware financiële last’ verbonden aan de keuze om niet over te gaan tot risicovolle vermogensbelegging nog als een inperking van de vrije beschikkingsmacht van art. 1 EP.²³ Dit is niet helemaal hetzelfde als de situatie die ik hiervoor aankaart, omdat zij die niet overgaan tot risicovolle vermogensbelegging (in absolute zin) niet worden benadeeld door het werkelijke rendementsstelsel maar enkel niet de mogelijke voordelen genieten die aan hun risicominnende medebelastingplichtigen ten deel kunnen vallen.

Verhoudingsgewijs, dus in relatieve zin, kun je wel stellen dat ze benadeeld worden, maar de maximale procentuele breedte van de ‘effectieve belastingdrukloof’ tussen deze twee categorieën beleggers is na de override al wel een heel stuk afgenomen. Immers, een lager-dan-forfaitair rendement betekende doorgaans een effectieve belastingdruk van (ver) boven het belastingtarief, terwijl de effectieve belastingdruk nu in principe voor niemand nog boven de 36% uitstijgt.²⁴ Dit geldt in het algemeen ook ten aanzien van hen die wel overgaan tot het risicovol beleggen van hun vermogen en niet de negatieve werkelijke rendementen realiseren om op de hiervoor beschreven manier gebruik te maken van het gebrek aan een box 3-inhaalregeling in combinatie met de box 3-vrijstellingsmethode.

Met andere woorden: we zien een nieuwe ongelijke behandeling, maar de ongelijkheid is minder evident en veel minder algemeen dan uit het met ingang van 2017 vigerende stelsel voortvloeide. Om fiscaal bevoorrecht te worden door het hiervoor omschreven gebrek aan een inhaalregeling is een combinatie van buitenlandse en niet-buitenlandse negatieve en positieve werkelijke rendementen nodig over meerdere jaren bezien. Het enkele feit dat men fiscaal geïnspireerd kan geraken om te beleggen in volatiele buitenlandse vermogensbestanddelen, lijkt dan ook niet genoeg om te spreken van een (ongerechtvaardigd) verschil in behandeling. Tevens denk ik dat het systeem waarin belastingplichtigen belast worden over het laagste van het forfaitaire en het werkelijke rendement – de zogenoemde overcompensatie – simpelweg niet te beschouwen valt als een zware financiële last en (dus) ook niet als een (ongere-

rechtvaardigde) inperking van de vrije beschikkingsmacht van art. 1 EP.

Daarbij komt nog dat de Hoge Raad blijkens zijn overwegingen in het Kerstarrest met de override heeft gewenst te ageren tegen het door het met ingang van 2017 vigerende stelsel veroorzaakte ‘aanzienlijke verschil in behandeling’ tussen gefortuneerde, risicominnende beleggers en de minder of niet-gefortuneerden.²⁵ De eerste categorie kreeg een ‘fiscaal bevoorrechte behandeling’, terwijl de laatste categorie een ‘relatief zware belastingsschuld’ kreeg toebedeeld. Met de override lijkt de Hoge Raad een oplossing gevonden te hebben voor dit algemene verschil in behandeling. In mijn optiek is de bijzondere ongelijkheid die voortvloeit uit het gebrek aan een inhaalregeling een klein kwaad ten opzichte van het hogere doel dat de Hoge Raad voor ogen heeft gestaan. De Hoge Raad heeft ontegenzeggelijk getracht de werkelijkheid te benaderen met zijn werkelijk rendement-benadering, wat in het kader van box 3 beschouwd kan worden als een rechtvaardigingsgrond voor een eventuele aantasting van het recht op gelijke behandeling van art. 14 EVRM.

Dat alles neemt mijns inziens echter niet weg dat de onevenwichtige consequentie van het gebrek aan een inhaalregeling niet de bedoeling van de Hoge Raad geweest kan zijn en dat hier een mooie taak voor de besluitgever is weggelegd.

7. Conclusie

De werkelijk rendement-benadering van de Hoge Raad is bijna vervolledigd met de D-day-arresten. De voorkomingsmethodiek sluit sindsdien (beter) aan op het box 3-stelsel. Wel leidt het door de Hoge Raad geboden rechtsherstel, inclusief de recente Bvdb-override, tot een onevenwichtigheid door het gebrek aan een box 3-inhaalregeling. Het lijkt erop dat de Hoge Raad niet heeft voorzien dat het risico op overcompensatie een nog grotere omvang heeft gekregen dan enkel uit de override van het wettelijke box 3-stelsel voortvloeit. De makkelijkste oplossing voor het in mijn ogen grootste risico van de override is dan ook het invoeren van een inhaalregeling in hoofdstuk 2, afdeling 4, Bvdb, vergelijkbaar met het huidige art. 12 Bvdb. Dat is een opgave voor de besluitgever.

Zolang er geen box 3-inhaalregeling is, kunnen belastingplichtigen zich fiscaal geïnspireerd zien om te beleggen in volatiele buitenlandse vermogensbestanddelen. Echter, deze situatie is veel specifiekere dan en werkt niet amplificerend zoals het destijds in 2017 vigerende forfaitaire box 3-stelsel. Het doel van de override was het benaderen van de werkelijkheid. De override van de Hoge Raad lijkt dan ook geen (ongerechtvaardigde) aantasting van art. 14 EVRM of art. 1 EP te veroorzaken.

²³ Kerstarrest, r.o. 3.3.5.

²⁴ De kostenuitsluiting die de Hoge Raad voorschrijft, kan in een jaar in bepaalde grensgevallen alsnog leiden tot een effectieve belastingdruk van boven de 36%. Ook is de definitie van de effectieve belastingdruk niet eenduidig: sommige definities zullen ongerealiseerde vermogensresultaten niet meenemen in de noemer, als gevolg waarvan de effectieve belastingdruk in een jaar gepercipieerd kan worden hoger te zijn dan 36%. Ook is het mogelijk de effectieve belastingdruk over een langer tijdsbestek te bezien, wat kan leiden tot een effectieve belastingdruk van meer dan 36% in het geval van bijvoorbeeld negatieve werkelijke rendementen die niet verrekenend kunnen worden met latere/eerdere positieve werkelijke rendementen.

²⁵ Kerstarrest, r.o. 3.5.

Ten slotte lijkt er geen noodzaak te zijn voor een werkelijke rendementsupdate van de doorschuifregeling. Als die er wel was gekomen, zou dit waarschijnlijk hebben geleid tot een *de facto* verliesvoortwentelingsmechanisme, wat nu juist indruist tegen een van de door de Hoge Raad gefor-

muleerde basisprincipes van box 3, namelijk dat verliesverrekening over de jaren heen niet mogelijk moet zijn.

Over de auteur

Mr. P.A. van Tilburg

Director bij Archipel Tax Advice