

NTFR 2022/657 - Een revolutionair arrest van de Hoge Raad: over de vermogensrendementsheffing, rechterlijk ingrijpen en een te trage wetgever

Op 24 december 2021 heeft de Hoge Raad de box 3-vermogensrendementsheffing over de jaren 2017 en 2018 in strijd verklaard met het verdragsrechtelijke eigendomsrecht, in samenhang met het verdragsrechtelijke discriminatieverbod. ¹ Naar het arrest van de Hoge Raad werd met veel belangstelling uitgekeken. De gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse schatkist zullen waarschijnlijk groot zijn. Terecht heeft het arrest dan ook veel aandacht gekregen. In *Het Financieele Dagblad* van 27 december 2021 werd zelfs gesproken over een nieuw hoofdpijndossier voor de Belastingdienst na de recente toeslagenaffaire. ² Dat is niet geheel ten onrechte. Net als voor de toeslagenaffaire geldt ook hiervoor dat de wetgever en de regering een belangrijk aandeel hebben in de ontstane situatie.

Het inhoudelijke oordeel van de Hoge Raad dat de vermogensrendementsheffing over de jaren 2017 en 2018 in strijd was met het verdragsrechtelijke eigendomsrecht, in samenhang met het verdragsrechtelijke discriminatieverbod, lijkt minder verrassend. Op 14 juni 2019 oordeelde de Hoge Raad reeds dat de vermogensrendementsheffing over de jaren 2013 en 2014 op stelselniveau in strijd was met het verdragsrechtelijke eigendomsrecht voor zover het nominaal zonder (veel) risico's gemiddeld haalbare rendement lager was dan 1,2%. ³ Aangenomen is dat dit oordeel ook gold voor de vermogensrendementsheffing over de jaren 2015 en 2016. ⁴ In de kern werd bij de tot 2017 geldende regeling uitgegaan van een fictief rendement op vermogen van 4%, waarover 30% belasting werd geheven. Hieraan lag de gedachte ten grondslag dat een rendement van 4% haalbaar was zonder daar grote risico's voor te hoeven nemen. De Hoge Raad oordeelde op 14 juni 2019, kort gezegd, dat aan die veronderstelling niet langer kon worden vastgehouden. Daar voegde hij echter aan toe dat met de geconstateerde verdragsschending op stelselniveau een rechtstekort gepaard ging waarin niet kon worden voorzien zonder op stelselniveau politieke keuzes te maken. Deze keuzes kwamen toe aan de wetgever. Voor rechterlijk ingrijpen was alleen plaats indien een belastingplichtige zou worden geconfronteerd met een individuele en buitensporige last. Een dergelijke last wordt over het algemeen echter zelden aanwezig geacht. ⁵

Sinds 2017 geldt een gewijzigde vermogensrendementsheffing, waarmee wordt beoogd de heffing beter te laten aansluiten bij de rendementen die door box 3-plichtigen gemiddeld zijn behaald. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen sparen en beleggen. Afhankelijk van de omvang van het vermogen wordt verondersteld dat een groter of kleiner deel daarvan wordt gespaard of belegd. Hoe groter het vermogen, hoe groter het gedeelte dat wordt geacht te zijn belegd. Het fictieve ofwel forfaitaire rendement over spaargeld is aanzienlijk kleiner dan het fictieve rendement over beleggingen. In de literatuur was reeds de vraag gesteld of deze gewijzigde heffing in rechte stand zou houden. ⁶ Bepalend daarvoor is dat bij de gewijzigde vermogensrendementsheffing opnieuw wordt uitgegaan van een fictief rendement zonder rekening te houden met het daadwerkelijk behaalde rendement. Ook de verdeling tussen spaargeld en beleggingen, ook wel de vermogensmix genoemd, berust op een fictie.

In zijn arrest van 24 december 2021 maakt de Hoge Raad korte metten met de sinds 2017 gewijzigde vermogensrendementsheffing. Hoewel zijn oordeel strikt genomen alleen betrekking heeft op de jaren 2017 en 2018, lijkt het dat dit oordeel ook voor latere belastingjaren geldt. Volgens de Hoge Raad is het forfaitaire stelsel sinds 2017 nog verder af komen te staan van een heffing over het rendement waarvan kan worden aangenomen dat een belastingplichtige dat daadwerkelijk heeft behaald. Daarbij verbindt het nieuwe stelsel verhoudingsgewijs een zware financiële last aan de keuze van box 3-plichtigen om niet tot risicovol beleggen over te gaan. Ook als belastingplichtigen niet voor risicovol beleggen kiezen, wordt hun vermogen immers geacht voor een groot deel uit beleggingen te bestaan naarmate dat vermogen toeneemt. Omgekeerd werkt het fictief veronderstelde rendement nadelig uit voor belastingplichtigen die wel

tot risicovol beleggen besluiten, maar uiteindelijk geen of een veel lager rendement behalen. De door de belastingwetgever aangevoerde belangen voor het gewijzigde stelsel, zoals het op peil houden van de belastingopbrengsten en het bevorderen van de uitvoerbaarheid, acht de Hoge Raad een onvoldoende rechtvaardiging.

Het arrest van 24 december 2021 is revolutionair omdat de Hoge Raad daarin niet alleen opnieuw tot een verdragsschending op stelselniveau concludeert, maar ook tot daadwerkelijk rechtsherstel overgaat. Daarmee gaat dit arrest beduidend verder dan het hiervóór bedoelde arrest van 14 juni 2019 waarin de Hoge Raad, zoals gezegd, nog volstond met een constatering van een verdragsschending op stelselniveau. Ook Hof Den Haag had daar in oktober vorig jaar nog mee volstaan. ⁷ Bij zijn beslissing om nu wél tot rechtsherstel over te gaan, heeft de Hoge Raad zijn Arbeidskostenforfait-arrest van 12 mei 1999 tot uitgangspunt genomen. ⁸ Daarin heeft de Hoge Raad in principiële zin uitgemaakt dat de rechter bij een verdragsschending alleen in het rechtstekort mag voorzien indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe dat dient te geschieden. In gevallen waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is het echter, gelet op de ‘staatsrechtelijke verhoudingen’ en de ‘staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid’, aangewezen dat de rechter die keuzes aan de wetgever laat. Zoals gezegd overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juni 2019 dat er door de wetgever te maken politieke keuzes nodig waren om de geconstateerde verdragsschending op stelselniveau op te lossen.

In zijn arrest van 24 december 2021 stelt de Hoge Raad in lijn met zijn Arbeidskostenforfait-arrest en zijn arrest van 14 juni 2019 voorop dat aanknopingspunten aan de hand waarvan de rechter binnen het bestaande wettelijk stelsel kan vaststellen hoe de verdragsschending kan worden opgeheven niet voorhanden zijn. Het formuleren van een daartoe geschikte rechtsregel en de daarvoor te maken keuzes dienen daarom in beginsel aan de wetgever te worden gelaten. Toch ziet de Hoge Raad zich ‘thans’ genoodzaakt om de belastingplichtige rechtsherstel te bieden. Daarbij zoekt hij impliciet aansluiting bij een belangrijk voorbehoud dat de Hoge Raad ook in het Arbeidskostenforfait-arrest maakte: de rechter kan in een voorkomend geval wel rechtsherstel bieden als de wetgever op de hoogte is van de verdragsschending, maar de kwestie te lang op zijn beloop laat. Hoewel de Hoge Raad dit voorbehoud niet expliciet herhaalt, laat de formulering van zijn overwegingen hierover weinig twijfel bestaan. Volgens de Hoge Raad kan ‘niet langer’ worden volstaan met de constatering van een verdragsschending. Bepalend daarvoor acht hij het discriminerende karakter van de verdragsschending, dat de thans geldende regeling ‘nog steeds’ dezelfde tekortkomingen bevat als die de Hoge Raad op 14 juni 2019 heeft vastgesteld en dat, hoewel de wetgever sinds 2015 werkt aan invoering van een heffing op basis van daadwerkelijk behaalde rendementen, de invoering daarvan op dit moment niet eerder dan in 2025 is voorzien. De Hoge Raad acht dit kennelijk te laat.

Het arrest van 24 december 2021 is, voor zover ons bekend, het eerste arrest waarin de Hoge Raad daadwerkelijk heeft doorgepakt. Waar belastingplichtigen aanvankelijk nog met lege handen achterbleven, hoeft dat niet nu langer het geval te zijn. Deze uitkomst juichen wij toe. Hoewel het verdedigbaar is om de wetgever enige tijd te geven voor het aanpassen van een strijdige regeling en het maken van politieke keuzes, valt moeilijk in te zien waarom de vereiste wetwijziging tot 2025 zou moeten duren. Dat zou betekenen dat belastingplichtigen tot 2025 met lege handen zouden achterblijven, terwijl in feite reeds sinds 14 juni 2019 duidelijk is dat de vermogensrendementsheffing fundamenteel moet worden gewijzigd. Dat de politiek daar nog niet in is geslaagd, zou niet op belastingplichtigen mogen worden afgewend.

Met het arrest van 24 december 2021 is dat in ieder geval gedeeltelijk niet meer het geval: belastingplichtigen die geconfronteerd zijn of worden met een hogere box 3-heffing over het rendement uit sparen en beleggingen dan zij verschuldigd zouden zijn indien van het daadwerkelijk behaalde rendement zou zijn uitgegaan, kunnen met een beroep op dit arrest een teruggave of vermindering vorderen. Wel moeten zij in beginsel (tijdig) tegen de betreffende belastingaanslag(en) zijn opgekomen en daarbij een nog lopende bezwaar- of beroepsprocedure hebben of, voor zover mogelijk, nog bezwaar of beroep kunnen instellen. Hoewel het arrest van 24 december 2021 is gewezen in een

massaalbezwaarprocedure, geldt niet (langer) zonder meer dat belastingplichtigen die in het geheel niet of te laat tegen de box 3-heffing zijn opgekomen ook van het arrest kunnen profiteren. In *Het Financieele Dagblad* van 4 januari 2022 zijn daarover terecht kritische vragen gesteld. ⁹ Het zou de wetgever dan wel het kabinet sieren als in een bredere compensatie wordt voorzien. Een eerste stap daartoe is door het kabinet inmiddels al gezet met het op 4 februari 2022 gegrond verklaren van alle bezwaren tegen de vermogensrendementsheffing over de jaren 2017 tot en met 2020. ¹⁰

De keuze van de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2021 om de betrokken belastingplichtige rechtsherstel te bieden, is ook in principiële zin een belangrijke stap. De rechtspraak sinds het Arbeidskostenforfait-arrest suggereerde dat de wetgever veel tijd mag nemen voor het aanpassen van wetten en regels na een geconstateerde verdragsschending. Dit arrest illustreert dat het geduld van de Hoge Raad niet oneindig is. Ook kan dit arrest worden geplaatst in de actuele bredere discussie over de rol van de rechter. Naar aanleiding van de Urgenda-rechtspraak ¹¹ is betoogd dat de rechter zich terughoudender zou moeten opstellen. De recente toeslagenaffaire heeft aan de discussie hierover een nieuwe dimensie toegevoegd. In reactie op die affaire is vanuit andere hoeken juist gepleit voor een sterkere en kritischere rechter. Waar de rechter bij de toeslagenaffaire terecht is verweten te laat te hebben ingegrepen, heeft de Hoge Raad met zijn arrest van 24 december 2021 een belangrijke stap gezet in de jarenlange strijd tegen de vormgeving van de vermogensrendementsheffing.

Voetnoten

- 1). HR 24 december 2021, nr. 21/01243, [NTFR 2022/37](#).
- 2). M. Wolzak, 'Arrest vermogenstaks volgend hoofdpijndossier voor fiscus', *Het Financieele Dagblad* 27 december 2021.
- 3). HR 14 juni 2019, nr. 17/05606, [NTFR 2019/1609](#). Zie in gelijke zin van dezelfde datum HR 14 juni 2019, nrs. 18/00690, 17/05609, 17/05610, 18/00480, 18/03125 en 18/03128 ([NTFR 2019/1609](#)).
- 4). Zie bijv. Hof Den Haag 6 oktober 2021, nrs. 20/00719 t/m 20/00722, [NTFR 2021/3537](#), alsmede HR 12 juli 2019, nr. 18/04360, [NTFR 2019/1800](#) en HR 5 juli 2019, nr. 18/05286, [NTFR 2019/1768](#).
- 5). Vgl. bijv. HR 29 mei 2020, nr. 19/03944, [NTFR 2020/1650](#) en nr. 19/03319, [NTFR 2020/1649](#).
- 6). Zie R. Pieterse, 'Kroniek van het belastingrecht', *NJB* 2020/2401, p. 2712, met verdere verwijzingen.
- 7). Hof Den Haag 6 oktober 2021, nrs. 20/00719 t/m 20/00722, [NTFR 2021/3537](#).
- 8). HR 12 mei 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AA2756](#).
- 9). L. Berentsen, C. de Horde en B. Knoops, 'Meer dan miljoen spaarders lopen fiscale teruggave mis door wetswijziging', *Het Financieele Dagblad* 4 januari 2022.
- 10). *Stcrt.* 2022, 4198.
- 11). HR 20 december 2019, nr. 19/00135, [ECLI:NL:HR:2019:2006](#).