

SER-advisering rondom box 3

Koos Boer en Allard Lubbers

Referentie: K. Boer en A. Lubbers (2026), SER-advisering rondom box 3, in: K. Caminada, J.H.M. Donders, C.A. de Kam en O.P. van Vliet (red.), *Bestaanszekerheid voor allen – Sleutelen aan de sociale zekerheid in theorie en praktijk* (Liber Amicorum Kees Goudswaard), Universiteit Leiden: 39-46

De afdelingen Belastingrecht, Economie en Bedrijfswetenschappen vormen samen het Instituut voor Fiscale en Economische vakken (voorheen: Departement Fiscale en Economische vakken) van de Leidse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Kees Goudswaard was jarenlang voorzitter van dit instituut. In die hoedanigheid fungeerde hij regelmatig als klankbord en hulplijn voor de voorzitter van de afdeling Belastingrecht. Als voormalige voorzitters van de afdeling Belastingrecht zijn wij Kees zeer dankbaar voor zijn wijze raad en de plezierige en efficiënte manier waarop hij aan het instituut leiding gaf.

Kees was niet alleen bestuurlijk, maar ook inhoudelijk bij het belastingrecht en zijn ontwikkeling betrokken. Zo was hij binnen de Sociaal-Economische Raad (SER) lid van de Commissie Fiscaal Stelsel 21e eeuw.¹ Deze commissie bracht op 17 april 1998 het advies *Naar een robuust belastingstelsel* uit (Sociaal-Economische Raad, 1998). Deze publicatie (hierna: het advies) vormt een reactie op de adviesaanvraag aan de SER van het Ministerie van Financiën naar aanleiding van het verschijnen van de kabinetsnota *Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning* (Ministerie van Financiën, 1997) – hierna: de verkenning.

Wij blikken in deze bijdrage terug op de advisering door de SER over de in de verkenning voorgestelde vermogensrendementsheffing (hierna ook: box 3). Met de wetenschap van nu – de Hoge Raad heeft box 3 tot tweemaal toe² in strijd met de mensenrechtenverdragen geoordeeld – zijn wij nieuwsgierig hoe de SER destijds de plannen met betrekking tot box 3 heeft beoordeeld. Daarbij zijn wij geïnteresseerd in het door de SER toegepaste beoordelingskader en de conclusies die in het advies

-
- 1 Kroonlid Sociaal-Economische Raad (1994-2008). Niet onvermeld mag blijven dat prof. drs. V. Halberstadt, destijds de andere prominente hoogleraar van de Leidse afdeling Economie, voorzitter van die commissie was.
 - 2 HR 24 december 2021, nr. 21/01243, BNB 2022/27 en HR 6 juni 2024, nr. 23/00653, BNB 2024/85.

met betrekking tot de vermogensrendementsheffing zijn getrokken, in het bijzonder op het punt van de hoogte van het forfaitaire rendement.

Opkomst en ondergang van box 3

Alvorens terug te blikken op het advies over de vermogensrendementsheffing besteden wij kort aandacht aan de invoering van box 3 en de beslissing van de Hoge Raad om deze regeling in strijd met de mensenrechten te oordelen.

De invoering van box 3 per 1 januari 2001 – als onderdeel van de herziening van de inkomstenbelasting – laat zich verklaren tegen de achtergrond van de toenmalige tijdgeest. In de eerste plaats was de belastingheffing over vermogensinkomsten onder de Wet inkomstenbelasting 1964 uiterst complex geworden door het verschil in behandeling tussen inkomsten uit vermogen (belast) en vermogenswinsten (onbelast). Oorzaak van deze verschillende behandeling was de zogeheten bronnentheorie, die meebracht dat onder de Wet 1B 1964 de inkomsten uit vermogen, zoals dividend en rente, wél werden belast (en kosten ook aftrekbaar waren), terwijl vermogenswinsten onbelast bleven. Financiële dienstverleners bedachten telkens nieuwe producten waarbij inkomsten uit vermogen volledig werden omgezet in belastingvrije vermogenswinsten. Daarbij komt dat in die periode de kosten voor de financiering van dergelijke producten veelal ook nog fiscaal aftrekbaar waren. Pogingen van de wetgever om het tij te keren leidden tot monstrueuze antimisbruikwetgeving, die lang niet altijd effectief bleek te zijn.

In de tweede plaats lagen de rendementen op spaartegoeden aan het einde van de twintigste eeuw relatief hoog. Enkele jaren later – in 2008 – zou naar aanleiding van de zogeheten Icesave-affaire duidelijk worden dat ook dergelijke vastrentende producten risicovol konden zijn. Eind jaren negentig was de gedachte van de wetgever echter dat spaarders over een lange reeks van jaren, zonder al te veel risico, een rendement van 4 procent zouden moeten kunnen behalen.³

In het kader van de verkenning,⁴ die de opmaat vormde voor de invoering van de Wet inkomstenbelasting 2001, werd deze achtergrond aangegrepen om een eenvoudig en robuust systeem voor de belastingheffing over vermogensinkomsten voor te stellen. Voortaan zou niet langer worden uitgegaan van het werkelijk behaalde inkomen uit vermogen, maar zou slechts worden gekeken naar het netto vermogen van een belastingplichtige aan het begin en het einde van het kalenderjaar. Als een belastingplichtige over een bepaald gemiddeld netto vermogen beschikt, dan wordt de *earning capacity* daarvan gesteld op een haalbaar rendement van 4 procent. Tegenbewijs dat het in een bepaald jaar genoten rendement lager dan 4 procent of

3 Tweede Kamer (1999-2000), 26 727, nr. 7: 264.

4 Tweede Kamer (1997-1998), 25 810, nr. 2.

zelfs negatief was geweest, was niet mogelijk. Dit is eigen aan een forfait, denk ook aan het eigenwoningforfait waarmee bewoner-eigenaars van doen hebben. Het forfaitaire inkomen uit vermogen zou worden belast tegen een proportioneel tarief van 30 procent.

Het draagvlak voor box 3 – in de beginjaren nog de ‘pretbox’ genoemd – was aanvankelijk groot,⁵ alhoewel ook toen al wel werd ingezien dat een belasting over een forfaitair netto rendement van 4 procent winnaars en verliezers zou kennen. Op enig moment na de kredietcrisis bleek het forfaitaire rendement van 4 procent voor spaarders structureel niet langer haalbaar. Sterker: het fenomeen van negatieve rente deed zijn intrede, waarmee de belastingdruk van 1,2 procent het werkelijke rendement zelfs royaal overtrof. Daarop stapten spaarders massaal naar de belastingrechter voor een oordeel over de juridische houdbaarheid van box 3.

Het box-3-regime van 2001 tot en met 2016

Uit de arresten van de Hoge Raad van 14 juni 2019⁶ met betrekking tot het oorspronkelijke box-3-systeem bleek dat het systeem dat uitging van een ‘risicovrij rendement’ van 4 procent niet langer door de mensenrechtelijke beugel van artikel 1 EF van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) kon.⁷ Daarbij was voor de Hoge Raad doorslaggevend dat het destijds door de wetgever voor een lange reeks van jaren veronderstelde risicovrij rendement van 4 procent voor particuliere beleggers niet meer haalbaar is, zodat belastingplichtigen, mede gelet op het toepasselijke tarief, werden geconfronteerd met een buitensporig zware last. De Hoge Raad bood in dit arrest echter geen rechtsherstel (lees: een alternatieve regeling), omdat hij daarvoor keuzes zou moeten maken die niet voldoende duidelijk uit het stelsel van de wet waren af te leiden. Onder die omstandigheden is het binnen het Nederlandse rechtsbestel aan de democratisch gelegitimeerde wetgever en niet aan de belastingrechter om – kort gezegd – het probleem op te lossen. Wel kon worden afgeleid uit dit arrest dat de Hoge Raad voor latere jaren (de onderhavige procedure had betrekking op 2013 en 2014) anders zou kunnen oordelen als het behalen van een minimaal rendement niet mogelijk zou zijn. De wetgever was gewaarschuwd.

Het box-3-regime vanaf 2017

Vooruitlopend op het oordeel van de belastingrechter over de juridische houdbaarheid van het voor de jaren na 2013 en 2014 geldende box-3-regime heeft de wetgever dit regime per 1 januari 2017 aangepast met als doel beter rekening te houden met het verschil in rendement tussen spaarders en beleggers. Het per 1 januari 2017

5 Handelingen Tweede Kamer (2006-2007), nr. 92: 5207, rechterkolom.

6 Op die dag zijn in totaal zeven box-3-arresten gewezen; één daarvan is: HR 14 juni 2019, nr. 17/05606, BNB 2019/161.

7 Zie uitgebreid: Boer (2020).

geldende systeem van box 3 trachtte het werkelijke rendement beter te benaderen, waardoor het verschil tussen spaarders en beleggers ook beter tot uitdrukking zou komen, met eenvoud en budgettaire neutraliteit als randvoorwaarden.⁸ Afhankelijk van de omvang van het vermogen (verdeeld in drie rendementsklassen waarbij de gedachte was dat grotere vermogens verhoudingsgewijs risicovoller en dus profijtelijker zouden worden belegd), wordt – op basis van een veronderstelling van de wetgever – een spaar- en beleggingsgedeelte vastgesteld (rendementsklassen I en II). Op basis van ‘actuele rendementen’ van verschillende vermogenstitels wordt het forfaitaire rendement voor sparen en voor beleggen separaat bepaald. Het was van meet af aan evident dat de wetgever hiermee weliswaar zijn best deed om te differentiëren tussen spaarders en beleggers, maar ook dat die onvolkomen poging het probleem eigenlijk alleen maar erger maakte door nog meer ficties te gebruiken: wrijven in een vlek. De stapeling van ficties maakte de afstand tot de werkelijkheid alleen maar groter.

Op 24 december 2021 heeft de Hoge Raad het belangwekkende Kerstavond-arrest gewezen over de juridische houdbaarheid van dit nieuwe box-3-regime.⁹ In die zaak besliste de Hoge Raad niet alleen dat het stelsel van box 3, zoals dat geldt vanaf 2017, in strijd is met de mensenrechtenverdragen, maar bood hij direct zelf rechtsherstel. Deze uitzonderlijke stap, die inhoudt dat ten onrechte geheven belasting moet worden teruggedraaid, heeft grote budgettaire gevolgen gehad en daarnaast een hersteloperatie op gang gebracht die een zeer zware wissel heeft getrokken op de Belastingdienst. De grote gevolgen van deze beslissing voor de uitvoeringspraktijk laten wij hier verder onbesproken.

Wat de gang van zaken zo mogelijk nog erger maakt, is dat de wetgever bij zijn reparatie van het 2017-regime weer in de fout is gegaan. Op 6 juni 2024 oordeelde de Hoge Raad dat ook de Rechtsherstelwet box 3 en de Overbruggingswet box 3 strijd opleveren met het EVRM. Deze reparatie – waarbij op basis van de daadwerkelijke vermogenssamenstelling een onderscheid werd gemaakt tussen de fictieve rendementen van spaarders en beleggers – loste weliswaar het probleem voor spaarders op, maar veroorzaakte een ongelijke behandeling van ‘succesvolle’ en ‘onfortuinlijke’ beleggers, die eveneens in strijd met de mensenrechten werd geoordeeld.

Alles overziende, heeft de Hoge Raad in een reeks arresten paal en perk gesteld aan de mate waarin de wetgever zich voor het vaststellen van inkomen kan bedienen van ficties. Als het centrale uitgangspunt van een inkomstenbelasting, inhoudende dat reële inkomsten worden belast, wordt verlaten en de belastingheffing over fic-

8 Tweede Kamer (2015-2016), 34 302, nr. 3: 9 e.v.

9 HR 24 december 2021, nr. 21/01243, BNB 2022/27.

tieve inkomsten ertoe leidt dat wordt ingeteerd op het vermogen, dan worden de grenzen die de mensenrechtenverdragen stellen overschreden. De vermogensrendementsheffing van box 3 – in verschillende versies – heeft de toets van deze kritiek niet kunnen doorstaan. De keuze van de wetgever voor eenvoud, robuustheid en een stabiele budgettaire opbrengst is ten koste gegaan van het recht van het individu op een beschermd en ongestoord bezit van zijn eigendom.

Advisering door de SER

Op grond van artikel 41 van de Wet op de Sociaal-Economische Raad adviseert de SER over aangelegenheden van sociale of economische aard. De publieksbrochure van dit instituut (Sociaal-Economische Raad, 2022: 18) wijst erop dat de waarde van zijn adviezen vooral zit in de combinatie van kennis en draagvlak die de raad kan inbrengen in het sociaaleconomische debat.

Het advies met betrekking tot de verkenning kan worden bestempeld als een vorm van advisering bij de totstandkoming van fiscale wetgeving. De Leidse afdeling Belastingrecht heeft diverse malen onderzoek gedaan naar advisering en consultatie bij de totstandkoming van fiscale wetten en het belang van dergelijke advisering respectievelijk consultatie uiteengezet.¹⁰ De eerlijkheid gebiedt ons op te merken dat in het kader van dat onderzoek advisering door de SER onderbelicht is gebleven. Hierna besteden wij daarom eerst aandacht aan het door de SER toegepaste beoordelingskader, om vervolgens de in de verkenning opgenomen vermogensrendementsheffing te beoordelen.

Het beoordelingskader

In hoofdstuk 3 van het advies ontwikkelt de SER een kader voor de beoordeling van de verkenning, daarbij deels voortbordurend op de eisen die in de verkenning aan een belastingstelsel en aan de herziening daarvan worden gesteld.¹¹ Eén van die eisen is bijvoorbeeld dat het belastingstelsel past ‘binnen de juridische en economische begrenzings die de internationale verhoudingen stellen.’ De eisen uit de verkenning worden door de SER becommentarieerd.¹² In het in paragraaf 3.6 van het advies opgenomen beoordelingskader komt die internationale inpasbaarheid terug onder de randvoorwaarden.¹³ Bovendien hanteert de SER als randvoorwaarde ‘respect voor de intrinsieke waarde van het recht en zijn beginselen (waaronder

10 Zie bijvoorbeeld Van Kreveld en Lubbers (2009) met daarin aandacht voor wetgevingsadviesing door de Raad van State en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs; Van Kreveld (2016) en Gribnau en Lubbers (2010).

11 Sociaal-Economische Raad (1998: 25 e.v.).

12 Sociaal-Economische Raad (1998: 26 e.v.).

13 In het advies wordt gesproken over ‘internationale inpasbaarheid, zowel juridisch (vooral gelet op het Gemeenschapsrecht) als economisch.’

rechtsgelijkheid, rechtszekerheid en proportionaliteit).’ De SER zal de mensenrechtenverdragen dus in zijn advies hebben betrokken.

Na de uiteenzetting van het beoordelingskader in hoofdstuk 3 gaat het advies in op een aantal onderdelen van de verkenning. Het beoordelingskader wordt in die latere hoofdstukken ‘op bepaalde punten nog nader uitgewerkt en toegespitst’.¹⁴

In hoofdstuk 7 van het advies vindt dan de beoordeling van de vermogensrendementsheffing plaats. De SER heeft voor de beoordeling drie ‘toetsingspunten’ geformuleerd:¹⁵

- ‘1. Economische efficiency. Vermindert het voorgestelde systeem de fiscale verstoring van beleggings- en investeringsbeslissingen en de prikkels voor ongewenste fiscale arbitrage? Worden in verband daarmee ook de effectiviteit van de belastingheffing en de stabiliteit van de opbrengst vergroot? Zal het voorgestelde alternatief er beter dan de huidige inkomstenbelasting in slagen om, ook op de langere termijn, de vermogensinkomsten effectief te belasten, mede gezien in een context van globalisering van kapitaalmarkten?
2. Verdelingseffecten van het voorgestelde stelsel. Verandert de bijdrage van vermogensbezitters aan de belastingopbrengst? Hoe verandert de verdeling van de lastendruk over vermogensbezitters? Is het draagkrachtbeginsel in het stelsel voldoende herkenbaar?
3. Administratieve uitvoerbaarheid van het voorgestelde stelsel. Dit betreft zowel de administratieve lasten voor belastingplichtigen en financiële instellingen als de vraag of de Belastingdienst over voldoende informatie kan beschikken om de belasting behoorlijk uit te voeren.’

Wij constateren dat de (internationale) juridische houdbaarheid van de vermogensrendementsheffing in deze toetsingspunten niet terugkomt. Betoogd kan worden dat dit begrijpelijk is, aangezien de SER een adviseur is op het gebied van aangelegenheden van sociale of economische aard. In zoverre verschilt de advisering door de SER van wetgevingsadvisering door de Raad van State, die een uitgebreide constitutionele en juridische analyse toepast.¹⁶ Het beoordelingskader dat de SER in hoofdstuk 3 van het advies heeft geformuleerd, brengt naar onze mening wel een zekere juridische toetsing met zich mee.

¹⁴ Sociaal-Economische Raad (1998: 34).

¹⁵ Sociaal-Economische Raad (1998: 114).

¹⁶ Zie de brochure Raad van State, Beoordelingskader Afdeling advisering, te vinden op: <https://www.raadvanstate.nl/overrvs/advisering/beoordelingskader>.

De beoordeling van de vermogensrendementsheffing

Bij de beoordeling van de vermogensrendementsheffing uit de SER géén twijfels over de juridische houdbaarheid van de regeling. Wel constateren wij dat het advies een enigszins zuinig eindoordeel geeft over de kabinetsplannen met de vermogensrendementsheffing. De raad constateert dat de voorgestelde heffing, mede in het licht van de bezwaren die aan de alternatieven kleven, een ‘aanvaardbare oplossing’ vormt voor de aanzienlijke problemen die door het destijds geldende stelsel van de belasting van inkomen uit vermogen werden opgeroepen.¹⁷

Op de tariefstelling van de vermogensrendementsheffing wordt in het advies uitgebreid ingegaan.¹⁸ Daar waar het gaat om de hoogte van het forfaitaire rendement, waarvan al duidelijk was dit 4 procent zou gaan bedragen, is de SER vrij beknopt in zijn beoordeling, waarvan de kern als volgt luidt:¹⁹

‘De in de verkenning voorgestelde vermogensrendementsheffing lijkt een aanvaardbare oplossing voor bovengenoemde problemen, mede in het licht van de bezwaren die aan de alternatieven kleven. In een fictieve vermogensrendementsheffing vervalt het fiscale onderscheid tussen vermogenswinst en vermogensinkomen, terwijl de aftrekbaarheid van financieringslasten (impliciet) plaatsvindt tegen hetzelfde tarief als waartegen vermogensinkomsten worden belast. Ten slotte wordt door de keuze van een matig fictief rendement een middeling bereikt tussen jaren met winsten en verliezen (zodat van een afzonderlijke verrekening van verliezen kan worden afgezien) en wordt ook rekening gehouden met de inflatie.’

De SER benadrukt dat het voor de hand ligt om bij de bepaling van het forfaitaire rendement uit te gaan van het rendement op risicomijdende beleggingen (rente op staatsleningen of spaartegoeden). Bij de bepaling van het rendementspercentage moet rekening worden gehouden met de rente- en inflatieontwikkeling. Hierin zou een verkapte waarschuwing kunnen worden gelezen dat het in de wet vastgelegde forfaitaire rendement ook moet overeenstemmen met het rendement op risicomijdende beleggingen en zo nodig moet worden aangepast als de rente op staatsleningen of spaartegoeden daalt. Zoals gezegd, was voor de Hoge Raad bij de beoordeling van de juridische houdbaarheid van het stelsel van box 3 voor de jaren 2001 tot en met 2016 doorslaggevend dat het destijds door de wetgever voor een lange reeks van jaren veronderstelde rendement van 4 procent voor particuliere beleggers niet meer haalbaar was. Misschien was het beter geweest indien de SER de noodzaak van een periodieke aanpassing van het forfaitaire rendement had benadrukt, maar dit is wijsheid achteraf.

17 Sociaal-Economische Raad (1998: 130).

18 Sociaal-Economische Raad (1998: 130-131).

19 Sociaal-Economische Raad (1998: 130).

Voorts is interessant dat de SER opmerkt dat '[w]anneer het rendement op risicomijdende beleggingen als uitgangspunt dient, het nemen van risico geheel voor rekening [blijft] van de belegger – hij kan onbelast extra rendement nastreven maar moet een eventueel verlies dan ook voor eigen rekening nemen.'²⁰ Bij de latere aanpassing van box 3 met de Rechtsherstelwet box 3 en de Overbruggingswet box 3 werd dit uitgangspunt losgelaten en werden succesvolle en onfortuinlijke beleggers, door uit te gaan van een gemiddeld *beleggingsrendement*, ongelijk behandeld. Uiteraard kon de SER in 1998 die wijziging uit 2022 niet voorzien, maar de wetgever had in 2022 met deze opmerking van de SER wel zijn voordeel kunnen doen. Door alle beleggers in gelijke mate af te rekenen tegen een 'hoog' rendement ontstaan – zo kan de SER hebben bedoeld – onverklaarbare en niet te rechtvaardigen verschillen tussen de behandeling van verschillende soorten beleggers.

LITERATUUR

- Boer, J.P. (2020), De toekomst van box 3 na de arresten van 14 juni 2019, *Nederlands Juristenblad*, 2020(4), 252-260
- Gribnau, J.L.M., en A.O. Lubbers (2010), Aanbevelingen tot verbetering van het fiscale wetgevingsproces, *Weekblad Fiscaal Recht*, 139(6880), 1388-1403
- Kreveld, N.M.A. van (2016), *Consultatie bij fiscale wetgeving*, Den Haag: Sdu Uitgevers
- Kreveld, N.M.A. van, en A.O. Lubbers (2009), *Wetgevingsadvisering door de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs*, Leiden: Universiteit Leiden
- Ministerie van Financiën (1997), *Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning*, Den Haag: Ministerie van Financiën
- Sociaal-Economische Raad (1998), *Naar een robuust belastingstelsel*, Den Haag: SER
- Sociaal-Economische Raad (2022), *Publieksbrochure*, Den Haag: SER
- Tweede Kamer (1997-1998), *Belastingen in de 21e eeuw: een verkenning*, 25 810, nr. 2
- Tweede Kamer (1999-2000), *Wet inkomstenbelasting 2001 (Belastingherziening 2001). Nota naar aanleiding van het verslag*, 26 727, nr. 7
- Tweede Kamer (2015-2016), *Wijziging van enkele belastingwetten en enige andere wetten (Belastingplan 2016). Memorie van Toelichting*, 34 302, nr. 3

20 Sociaal-Economische Raad (1998), p. 120.