

PELS RIJCKEN

Advies

voor Ministerie van Financiën
van Kantoor landsadvocaat
datum 18 juni 2024
inzake Advies over nettovastgoedbijtelling
zaaknr 11022328

1 Inleiding

- 1.1 U heeft ons op 23 mei jl. verzocht om te adviseren over – kort gezegd – de vraag of het opnemen van een forfait voor onderhoudskosten in de vastgoedbijtelling juridisch houdbaar is. Deze vastgoedbijtelling zal gaan gelden voor onroerende zaken in box 3 die (al dan niet gedeeltelijk) voor het ter beschikking hebben voor gebruik van de belastingplichtige worden aangehouden.
- 1.2 Zoals u ons heeft verzocht, beperken wij ons in dit advies tot de beantwoording van de vraag of binnen de vastgoedbijtelling in verband met de heffing op onroerende zaken in box 3 een kostenforfait kan worden gehanteerd ten aanzien van de kosten van onderhoud. Of een forfaitaire vastgoedbijtelling in het kader van de zojuist genoemde heffing voor de (bruto) rendementen van onroerende zaken als zodanig toelaatbaar is, blijft in dit advies dus buiten beschouwing.
- 1.3 De juridische houdbaarheid van deze forfaitaire benadering van onderhoudskosten zullen wij beoordelen in het licht van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: 'artikel 1 EP') in samenhang gezien met artikel 14 EVRM, het Kerstarrest¹ en de arresten van 6 juni jl².
- 1.4 Onze bevindingen over deze vraag zijn op hoofdlijnen in dit advies neergelegd.

2 Samenvatting van ons advies

- 2.1 U heeft aan ons de vraag voorgelegd of het opnemen van een forfait voor onderhoudskosten in de vastgoedbijtelling juridisch houdbaar is. Wij hebben de

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

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

juridische houdbaarheid van deze nettovastgoedbijtelling beoordeeld in het licht van artikel 1 EP in samenhang bezien met artikel 14 EVRM, het Kerstarrest en de arresten van 6 juni jl.

- 2.2 In het licht van de juridische houdbaarheid van een forfait voor onderhoudskosten, zal in ieder geval een berekeningsmethode moeten worden gekozen die kan waarborgen dat de werkelijkheid, te weten de daadwerkelijk door een belastingplichtige gemaakte onderhoudskosten, voldoende kan worden benaderd.
- 2.3 De vereiste benadering van de werkelijkheid verlangt van de wetgever dat hij zich voldoende rekenschap geeft van de factoren die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de onderhoudskosten. Gedacht kan worden aan de leeftijd c.q. ouderdom van de onroerende zaak, de onderhoudsbehoefte daarvan en het type onroerende zaak. Deze factoren kunnen ertoe nopen dat het forfait voor de kostenafrek verdere differentiatie behoeft. Bovendien zijn onderhoudskosten voor onroerende zaken vaak niet gelijkmatig in de tijd verdeeld. Zo kan het ene jaar een groot bedrag aan onderhoudskosten worden gemaakt en in latere jaren niet of voor veel lagere bedragen. Een forfait zal ook daarbij moeten aansluiten. Het vaststellen van een forfait dat aan al deze aspecten recht doet, kan daarom gecompliceerd zijn.
- 2.4 Wij hebben verder begrepen dat het zojuist bedoelde onderhoudskostenforfait een gemiddelde betreft over de onderhoudskosten voor onroerende zaken uitgesmeerd over een aantal jaren. Gelet op de arresten van de Hoge Raad van 6 juni 2024 vormt dat een risico omdat de Hoge Raad heeft beslist dat bij het bepalen van het rendement geen rekening mag worden gehouden met de jaren voor of na het jaar waarover belasting wordt geheven. Dat risico kan alleen volledig worden gemitigeerd door uit te gaan van werkelijke onderhoudskosten. Als echter, mede om doelmatigheidsoverwegingen, voor een forfait wordt gekozen, moet dit zo goed mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid. Een onderhoudskostenforfait waarin onderhoudskosten worden 'uitgesmeerd' over een aantal jaren, kan beter aansluiten bij de werkelijk gemaakte onderhoudskosten dan een forfait waarin dat niet gebeurt.
- 2.5 Het kan voorkomen dat eigenaren van onroerende zaken, die in de hier besproken heffing voor box 3 worden betrokken, afwisselend in de forfaitaire en dan weer het systeem van werkelijke opbrengst terecht komen. Gelet op de wijze waarop het kostenforfait wordt toegepast, waarin het forfait in ieder jaar rekening houdt met onderhoudskosten, terwijl die zeker niet steeds ook daadwerkelijk in dat jaar worden gemaakt, leidt het wisselen van systeem tot resultaten waarvan niet ondenkbaar is dat de Hoge Raad die in strijd met de art. 1 EP en 14 EVRM zal achten. Dat risico kan alleen volledig worden gemitigeerd door een tegenbewijsregeling te hanteren.

3 Achtergrond van de vraagstelling

- 3.1 Met het oog op de belastingheffing in box 3 is thans een nieuw wetsvoorstel in voorbereiding: "Wet werkelijk rendement box 3". Dit wetsvoorstel heeft in september en oktober 2023 ter internetconsultatie gelegen, naar aanleiding waarvan er vijf inhoudelijke wijzigingen zijn aangebracht.³ Een van de wijzigingen ziet op de belastingheffing over onroerende zaken in box 3.
- 3.2 Het voornemen van de wetgever is – in het kort – om vanaf 1 januari 2027 alle onroerende zaken in box 3 te belasten met een vermogenswinstbelasting. De hoofdregel van deze voorgenomen heffing is dat de werkelijke huuropbrengst zal worden belast.⁴ Van deze werkelijke huuropbrengst mogen ook de werkelijke kosten in aftrek worden gebracht, voor zover deze kosten verband houden met de inning, het behoud en de verwerving van het resultaat.⁵

Het gaat dan dus om onderhoudskosten en niet om kosten voor verbetering.

- 3.3 Belastingplichtigen die onroerende zaken (gedeeltelijk) ter beschikking hebben voor gebruik, worden geacht daaruit een voordeel in natura te genieten. Voor deze onroerende zaken is voorgesteld om het belastbare voordeel van de belastingplichtige te belasten op basis van een forfait in de vorm van een vastgoedbijtelling.⁶

Op deze wijze pakt de belastingheffing neutraal uit, ongeacht de wijze waarop de onroerende zaak in box 3 daadwerkelijk wordt gebruikt.

- 3.4 Wij begrijpen dat het voornemen is om een vastgoedbijtelling te hanteren voor de onroerende zaken (i) die louter ter beschikking voor gebruik worden aangehouden, of (ii) die minder dan 90% van de tijd worden verhuurd, voor zover het werkelijke rendement in het betreffende belastingjaar lager uitvalt dan de vastgoedbijtelling. Of een belastingplichtige belastingheffing in box 3 zal moeten betalen over de vastgoedbijtelling of over het werkelijke rendement, wordt ieder belastingjaar opnieuw vastgesteld. Het voorgaande impliceert dat bij aanvang van een belastingjaar nog niet vaststaat op welke wijze de onroerende zaak in de belastingheffing zal worden betrokken omdat afhankelijk van de tijd die het is verhuurd en de huuropbrengst afhangt of een forfait of daadwerkelijke opbrengsten en onderhoudskosten de heffing bepalen.

³ Brief van 25 januari 2023, kenmerk 2024-0000009211 (te raadplegen via: <https://open.overheid.nl/documenten/25f1c7d9-8bb2-4d38-87f2-b1f3fa1019da/file>).

⁴ Te weten, het bedrag van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden behaald met de onroerende zaak met uitzondering van de vermogenswinst en het voordeel uit het ter beschikking hebben voor gebruik of verbruik van een onroerende zaak; zie ook Memorie van toelichting bij Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor het belasten van het werkelijk rendement uit sparen en beleggen (Wet werkelijk rendement box 3), p. 17.

⁵ Memorie van toelichting bij Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor het belasten van het werkelijk rendement uit sparen en beleggen (Wet werkelijk rendement box 3), p. 13.

⁶ Brief van 25 januari 2023, kenmerk 2024-0000009211, p. 5-6 (te raadplegen via: <https://open.overheid.nl/documenten/25f1c7d9-8bb2-4d38-87f2-b1f3fa1019da/file>).

- 3.5 De vastgoedbijtelling omvat in ieder geval een forfait voor de bruto economische huurwaarde van de onroerende zaak. Dat is, naar wij begrijpen, de huur die iemand in een vrije markt voor de onroerende zaak moet betalen om deze tot zijn of haar beschikking te kunnen hebben.

Voor woningen wordt een percentage van de WOZ-waarde met peildatum 1 januari van het vorige belastingjaar (t-1) als uitgangspunt genomen. Voor niet-woningen wordt uitgegaan van een percentage van de waarde in het economische verkeer op 1 januari van het belastingjaar (t).

- 3.6 Om uitvoeringstechnische overwegingen overweegt u wanneer een forfaitaire vastgoedbijtelling wordt gehanteerd ook een forfait voor de kostenaf trek in de vastgoedbijtelling mee te nemen. De vastgoedbijtelling betreft in dat geval een 'nettovastgoedbijtelling'.
- 3.7 Het forfait voor de kostenaf trek is in dat geval gebaseerd op de aftrek van onderhoudskosten. Wij veronderstellen dat deze onderhoudskosten gelijk kunnen worden gesteld met de onderhoudskosten die bij de belasting van de werkelijke huuropbrengst in aftrek kunnen worden gebracht. Dit betekent dat de kosten voor beheer en bemiddeling, de kosten die samenhangen met het vinden van nieuwe huurders, hier niet onder vallen en dus niet worden meegenomen in het forfait.
- 3.8 Wij begrepen dat u voornemens bent één percentage vast te stellen voor de nettovastgoedbijtelling. Dit percentage, waarbij het forfait voor kostenaf trek zou zijn inbegrepen, geldt voor alle onroerende zaken die in aanmerking komen voor de nettovastgoedbijtelling (zoals weergegeven in § 3.4).

4 Juridisch achtergrond

Relevante ontwikkelingen in vogelvlucht

- 4.1 Op 24 december 2021 heeft de Hoge Raad het Kerstarrest gewezen, waarin hij besliste dat het voor de jaren 2017 en 2018 geldende forfaitaire box-3-stelsel (hierna: 'stelsel 2017') de proportionaliteitstoets van artikel 1 Eerste Protocol EVRM (hierna: 'artikel 1 EP') niet kon doorstaan.⁷ De Hoge Raad oordeelde dat het stelsel 2017 dan ook een schending van de door artikel 1 EP en artikel 14 EVRM gewaarborgde rechten opleverde voor diegenen die – ongeacht de samenstelling van hun vermogen – als gevolg van dit stelsel werden geconfronteerd met een heffing naar een voordeel uit sparen en beleggen dat hoger was dan het werkelijk behaalde rendement.⁸
- 4.2 Naar aanleiding van het Kerstarrest heeft de wetgever de "Wet rechtsherstel box 3" (hierna: 'Herstelwet') ingevoerd om met terugwerkende kracht tot aan 1 januari 2017

⁷ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

⁸ De Hoge Raad heeft dat herhaald in HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.1.6.

in het rechtsherstel te kunnen voorzien. Dat rechtsherstel kon volgens de wetgever worden geboden met een nieuwe forfaitaire benadering van het belastbare voordeel in box 3, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen drie categorieën vermogen: banktegoeden, overige bezittingen en schulden. Voor de berekening van het forfaitaire rendement op banktegoeden werd een nieuwe forfaitaire benadering gehanteerd; voor de categorie overige bezittingen bleef de formule uit het stelsel 2017 (in het bijzonder rendementsklasse II) van toepassing. Met toepassing van de Herstelwet heeft de wetgever het voordeel uit sparen en beleggen beter willen laten aansluiten bij het werkelijk behaalde rendement, in het bijzonder voor de belastingplichtigen met een groter aandeel aan bank- en spaartegoeden.⁹

- 4.3 Op 6 juni 2024 heeft de Hoge Raad een vijftal nieuwe arresten gewezen over de belastingheffing in box 3. In deze arresten heeft de Hoge Raad (onder meer) beslist dat ook de Herstelwet, alsmede de hierop voortbordurende Overbruggingswet box 3, de toets van artikel 1 EP en artikel 14 EVRM niet kunnen doorstaan.¹⁰

Beoordelingskader forfaitaire belastingheffing box 3

- 4.4 Vooropgesteld moet worden dat belastingheffing op grond van een forfaitaire regeling is toegestaan, indien die inmenging in het ongestoorde genot van eigendom 'lawful' is, een 'legitimate aim' dient en een 'fair balance' tussen de belangen van de betrokken individu en het algemene belang respecteren. Van een 'fair balance' (op stelselniveau) is sprake indien er een redelijke, proportionele verhouding bestaat tussen de gehanteerde middelen en het met de heffing beoogde doel.¹¹ In dat kader is ook het in artikel 14 EVRM neergelegde discriminatieverbod van belang, zo benadrukt de Hoge Raad in het arrest van 24 december 2021.¹² Van een stelsel dat onverenigbaar is met dit discriminatieverbod kan namelijk niet worden gezegd dat het de zojuist genoemde 'fair balance' respecteert.
- 4.5 Zowel met betrekking tot de gehanteerde middelen als met betrekking tot hun geschiktheid om dat doel te bereiken, heeft de wetgever in beginsel een ruime beoordelingsvrijheid.¹³ Ook bij het beantwoorden van de vraag of gevallen als gelijke gevallen moeten worden beschouwd en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen, komt aan de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toe.¹⁴
- 4.6 Op zichzelf genomen is een forfaitaire belastingregeling toegestaan. De Hoge Raad onderkent ook dat een zekere ruwheid (en daarmee een zekere ongelijkheid) inherent is aan een forfaitaire regeling.

⁹ *Kamerstukken II 2022/23*, 36203, nr. 3, p. 7.

¹⁰ Zie met name HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.3.1-5.3.9. De andere arresten bevatten deels gelijke overwegingen en gingen deels over de vraag of rente verschuldigd was over de terug te betalen belasting, hetgeen voor dit advies niet relevant is.

¹¹ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.1.

¹² HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.2.

¹³ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.1.

¹⁴ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.2.

Zie in gelijke zin de conclusie van A-G Snijders van 24 mei 2024:

“Het maken van allerlei (fijnmazige) onderscheiden die recht doen aan de diverse verschillen tussen gevallen, is immers vaak niet goed praktisch uitvoerbaar of niet uitvoerbaar dan tegen onevenredige kosten. Het levert dan een ‘objectieve rechtvaardiging’ op om, met een forfaitaire benadering, met een zekere ‘ruwheid’ verschil te maken tussen gevallen, dan wel juist vrij uiteenlopende gevallen over één kam te scheren. Met name bij de tarieven die in het belastingrecht aan de orde zijn, is dat meermalen in de rechtspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad uitgesproken. Ook het EHRM heeft dit principe onderschreven, voor pensioenen en sociale zekerheid.”¹⁵

- 4.7 De vraag is echter welke grenzen artikel 1 EP, in samenhang bezien met artikel 14 EVRM, hieraan stelt. De Hoge Raad heeft overwogen dat in het forfaitaire box 3-stelsel een zekere ongelijkheid besloten ligt, die alleen kan worden gerechtvaardigd als bij het vaststellen van de forfaitaire grenzen is getracht de werkelijkheid te benaderen.¹⁶ Voorts zal er een redelijke verhouding moeten bestaan tussen het doel dat met de forfaitaire regeling wordt gediend en de ongelijkheid die wordt veroorzaakt door de voor verwezenlijking van dat doel in de regeling gekozen vormgeving.¹⁷ Van dit door de Hoge Raad in het Kerstarrest geschetste toetsingskader wijkt hij in zijn arresten van 6 juni 2024 niet af.
- 4.8 In het licht van het voorgaande besliste de Hoge Raad in zijn Kerstarrest dat het stelsel 2017 onvoldoende de werkelijkheid benaderde, omdat daarmee een ongelijke behandeling werd gecreëerd tussen belastingplichtigen die overgingen tot risicovol beleggen van hun vermogen. Dat betrof, aldus de Hoge Raad, een ongelijke behandeling die gebaseerd was op de mate waarin deze belastingplichtigen al dan niet succesvol konden zijn met hun beleggingen, zonder dat zij die omstandigheid zelf in de hand hadden. De ongelijke behandeling van belastingplichtigen stond volgens de Hoge Raad bovendien niet in een redelijke verhouding tot de belangen van uitvoerbaarheid, realiteit en opbrengst, die met de forfaitaire regeling konden worden gediend. Als gevolg hiervan kon het stelsel de proportionaliteitstoets van artikel 1 EP, in samenhang met artikel 14 EVRM, niet doorstaan.

Daarbij wees de Hoge Raad er in het bijzonder op dat de – op zichzelf begrijpelijke – wens om de uitvoerbaarheid te bevorderen en de belastingopbrengsten op peil te houden, niet voldoende rechtvaardiging biedt voor het aanzienlijke verschil in behandeling tussen degenen die positieve vruchten plukken van hun risicovolle beleggingen, en die ook fiscaal een bevoorrechte behandeling ten deel valt, en degenen aan wie dat fortuin is voorbij gegaan, en aan wie door het stelsel een relatief zware belastingschuld wordt toebedeeld.¹⁸

¹⁵ Conclusie 24 mei 2024, ECLI:NL:PHR:2024:567, punt 3.14 en voetnoot 50-51.

¹⁶ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.2.3.

¹⁷ Idem.

¹⁸ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, rov. 3.5.

- 4.9 De Hoge Raad kwam tot een vergelijkbaar oordeel over de Herstelwet. Hoewel de forfaitaire berekening van het rendement op banktegoeden in de regel voldoende het werkelijke rendement zal benaderen, ligt dat anders voor de forfaitaire berekening van het rendement op overige bezittingen. Ook voor deze categorie is een relatief ongelijke behandeling tussen belastingplichtigen blijven bestaan.¹⁹ De Hoge Raad overwoog dienaangaande dat een dergelijke ongelijke behandeling per definitie zal optreden bij een op gemiddelde rendementen gebaseerd forfaitair rendement op risicovolle beleggingen, omdat er geen garantie bestaat dat de individuele belegger dat gemiddelde rendement zal behalen.²⁰ De belangen die de wetgever met invoering van de Herstelwet, die met name gelegen waren in de uitvoerbaarheid, realiteit en opbrengst van de regeling, konden dan ook geen rechtvaardiging vormen voor de ongelijke behandeling van vermogensbezitters in box 3.²¹

Enkele overwegingen ten aanzien van aftrekbare kosten

- 4.10 Het door de Hoge Raad geformuleerde beoordelingskader in het Kerstarrest en de arresten van 6 juni 2024 ziet specifiek op de houdbaarheid van het stelsel 2017 en de Herstelwet, alsmede het te bieden rechtsherstel naar aanleiding daarvan. In het kader van dit rechtsherstel wijdt de Hoge Raad in twee arresten van 6 juni jl. een enkele overweging aan de aftrekbaarheid van kosten.²² Hij overweegt dat bij het bepalen van het werkelijke rendement geen kosten kunnen worden meegenomen, ongeacht de aard van deze kosten en het vermogen waarmee zij geacht worden geacht verband te houden.²³

Met dit oordeel neemt de Hoge Raad een andere afslag dan door A-G Pauwels werd voorgesteld.²⁴ Naar de mening van Pauwels kende de wetsgeschiedenis voldoende aanknopingspunten om te veronderstellen dat niet alleen kosten ter werving, inning of behoud van inkomsten, maar ook kosten ter werving, inning of behoud van het vermogensbestanddeel bij de bepaling van het werkelijke rendement moesten worden inbegrepen. Overigens constateert Pauwels daarbij dat de aanwijzingen over kostenaf trek in de wetsgeschiedenis niet overvloedig zijn en dat deze moeten worden gezien in de context van het forfaitaire box 3-stelsel.²⁵

- 4.11 Onze indruk is dat het voorgaande niet los gezien kan worden van de wijze waarop het forfaitaire stelsel vanaf 2017 en ook in de Herstelwet was vormgegeven. In de in die stelsels gehanteerde forfaits werden bij andersoortige vermogensbestanddelen in box 3 dan onroerende zaken (zoals aandelen) ook geen (beheers)kosten in aanmerking genomen. Dat wordt anders bij een eventuele nieuwe regeling voor een heffing in box 3, zoals die is thans is vastgelegd in de consultatieversie van de Wet werkelijk

¹⁹ HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.3.3.

²⁰ Idem.

²¹ HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.3.4.

²² HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.4.9.

²³ HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.4.9.

²⁴ Conclusie A-G Pauwels 9 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:138.

²⁵ Bijlage bij conclusie A-G Pauwels 9 februari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1, randnummer. 7.79.

rendement box 3, waarin heffing geschiedt aan de hand van werkelijke rendementen, waarbij ook de ten behoeve van innning, behoud en verwerving gemaakte kosten in aanmerking worden genomen. Anders dan onder het voorheen geldende stelsel is immers in dat voorstel bij het bepalen van het werkelijke rendement wel uitgangspunt dat ook kosten om dat (bruto) rendement te behalen in aanmerking worden genomen. De arresten van 6 juni 2024 zijn daarmee niet zonder meer ook relevant voor het in aanmerking nemen van onderhoudskosten in het beoogde nieuwe stelsel.

5 Houdbaarheid onderhoudskostenforfait in nettovastgoedbijtelling

Algemene opmerkingen

- 5.1 Voor onroerende zaken die gedeeltelijk of geheel ter beschikking voor gebruik worden aangehouden, bestaat het voornemen gebruik te maken van een zogenoemde vastgoedbijtelling. Met de vastgoedbijtelling wordt beoogd het genoten voordeel in natura (in de vorm van de bruto economische huurwaarde van de zaak) te belasten. Zoals gezegd, heeft dit advies enkel betrekking op de vraag of hierin ook een forfait voor onderhoudskosten kan worden meegenomen.
- 5.2 Het voorgaande vertaalt zich in de volgende opties voor de aftrekbaarheid van kosten met betrekking tot een onroerende zaak:
- i. Bij volledige ter beschikkingstelling voor gebruik van de onroerende zaak geldt een forfaitaire aftrek van onderhoudskosten;
 - ii. Bij gemengd gebruik van de onroerende zaak (deels verhuurd, maar minder dan 90% van de tijd in het betreffende belastingjaar) geldt het recht op aftrek van werkelijke kosten voor de inning, het behoud en de verwerving van het resultaat of een forfaitaire aftrek van onderhoudskosten;
 - iii. Bij volledige verhuur van de onroerende zaak (meer dan 90% van de tijd in het betreffende belastingjaar) geldt het recht op aftrek van werkelijke kosten voor de inning, het behoud en de verwerving van het resultaat.
- 5.3 Ieder belastingjaar zal opnieuw worden vastgesteld in welke van deze drie categorieën een onroerende zaak geacht wordt te vallen. In theorie zou een onroerende zaak het ene jaar op basis van de netto vastgoedbijtelling kunnen worden belast en in het andere jaar op basis van de werkelijke rendement (en dus met inachtneming van de aftrekbare werkelijke kosten).

Nettovastgoedbijtelling dient werkelijkheid te benaderen

- 5.4 Op zichzelf genomen kan ons inziens een forfaitair stelsel voor onderhoudskosten op de voet van de artikelen 1 EP en 14 EVRM toelaatbaar zijn, mits de forfaitaire benadering van de onderhoudskosten voldoende aansluit bij de werkelijk gemaakte

onderhoudskosten voor de verschillende typen onroerende zaken. Dat de werkelijkheid moet worden benaderd geldt eens te meer, nu de wetgever in het nieuwe in consultatie gebrachte wetsvoorstel een belastingheffing op basis van werkelijk genoten rendement tot uitgangspunt neemt.²⁶ Zolang het forfait gelijk is aan of hoger is dan de werkelijk gemaakte onderhoudskosten, zal overigens geen probleem rijzen. Dat is pas het geval als de werkelijke onderhoudskosten hoger zijn dan de onderhoudskosten waarmee in het forfait rekening is gehouden. In dat verband zien wij aanleiding om het volgende op te merken.

Dat een forfait waarin onderhoudskosten op forfaitaire wijze in worden meegenomen op zichzelf genomen toelaatbaar is, vindt steun in de regeling voor het eigenwoningforfait. Uit het hardheidsclausulebeleid van de Minister volgt daarover:

“Het eigenwoningforfait is uitdrukkelijk bedoeld als netto forfait. Dat wil zeggen, dat in feite een jaarlijkse aftrek voor onderhoudsuitgaven wordt toegekend op de bruto economische huurwaarde van de woning, ongeacht of en wanneer die onderhoudsuitgaven plaatsvinden. Wanneer de uitgaven plaatsvinden, door wie zij worden gedaan, of de uitgaven worden gedaan of hoe hoog de werkelijke uitgaven zijn, is in deze regeling irrelevant. Door het forfaitaire karakter van de regeling, zijn er situaties waarin geen of weinig kosten worden gemaakt. Belastingplichtigen in een dergelijke situatie genieten derhalve een voordeel ten opzichte van een regeling waarbij wel met de werkelijke onderhoudskosten rekening wordt gehouden. Belastingplichtigen met hogere onderhoudskosten dan waarmee forfaitair rekening wordt gehouden, hebben een nadeel. Deze gevolgen zijn door de wetgever onderkend en welbewust aanvaard.”²⁷

- 5.5 Voor zover wij hebben kunnen vaststellen, heeft de Hoge Raad dit forfait nog niet beoordeeld op houdbaarheid in verband met de art. 1 EP en 14 EVRM, maar dus ook nog niet vastgesteld dat dit niet het geval is. In het licht van de juridische houdbaarheid van een forfait voor onderhoudskosten, zal in ieder geval een berekeningsmethode moeten worden gekozen die kan waarborgen dat de werkelijkheid, te weten de daadwerkelijk door een belastingplichtige gemaakte onderhoudskosten, voldoende kan worden benaderd.²⁸ Daarbij verdient opmerking dat de vastgoedbijtelling in die zin preciezer is ingestoken dan de algemene forfaitaire benadering die door de wetgever werd gehanteerd in het stelsel 2017, dat daarin werd uitgegaan één rendementspercentage voor alle vermogensbestanddelen, en in de Herstelwet, waarin enkel het onderscheid werd gemaakt tussen banktegoeden en overige bezittingen. Dat maakt de nettovastgoedbijtelling in zoverre al minder ruw dan

²⁶ Memorie van toelichting bij Wijziging van de Wet inkomstenbelasting 2001 voor het belasten van het werkelijk rendement uit sparen en beleggen (Wet werkelijk rendement box 3), p. 5.

²⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 24 november 2009, nr. CPP2009/2342M, Stcrt. 2009, 18368.

²⁸ Een voorbeeld voor een succesvolle benadering van de werkelijkheid betreft de benadering van het rendement op banktegoeden onder de Herstelwet. Het forfaitaire rendementspercentage voor banktegoeden wordt gebaseerd op het gemiddelde maandelijkse rentepercentage op deposito's van huishoudens met een opzegtermijn van maximaal drie maanden in het betreffende kalenderjaar, zoals gepubliceerd door de Nederlandse Bank. Daarmee nam de Hoge Raad, in beginsel, genoegen (zie HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704 en ECLI:NL:HR:2024:705, rov. 5.3.2).

de forfaitaire benadering van het voordeel uit sparen en beleggen in de eerdere box 3-stelsels. Dat neemt echter niet weg dat de forfaitaire benadering voor de banktegoeden, die de Hoge Raad toelaatbaar heeft geacht, in het algemeen goed aansloot bij de werkelijkheid omdat de rentepercentages bij de grote Nederlandse banken niet veel verschilden. Dat kan bij onderhoudskosten voor onroerende zaken anders zijn. Deze lopen veelal meer uiteen.

- 5.6 De vereiste benadering van de werkelijkheid verlangt van de wetgever dus dat hij zich voldoende rekenschap geeft van de factoren die van invloed kunnen zijn op de hoogte van de onderhoudskosten. Gedacht kan worden aan de leeftijd c.q. ouderdom van de onroerende zaak, de onderhoudsbehoefte daarvan en het type onroerende zaak. Deze factoren kunnen ertoe nopen dat het forfait voor de kostenafrek verdere differentiatie behoeft. Bovendien moet worden bezien of de spreiding in de hoogte van onderhoudskosten niet zo groot is, dat van een benadering van de werkelijkheid geen sprake meer is. Daarbij kan verder in ogenschouw worden genomen dat onderhoudskosten zich, naar hun aard, niet alleen periodiek kunnen voordoen, maar ook incidenteel (al dan niet om redenen die buiten de macht van de belastingplichtige liggen). Bij incidentele onderhoudskosten kan gedacht worden aan de vervanging van een dak, keuken of vloer (al dan niet vanwege lekkage), of het laten verrichten van noodzakelijk schilderwerk. Dergelijke in incidentele kostenposten dienen zich in de regel eens in de zoveel tijd aan, waarna de belastingplichtige er vervolgens weer een aantal jaar (en soms tientallen jaren) van bevrijd is. Deze eigenschap, die eigen is de aard van onderhoudskosten, zal ons inziens tot uitdrukking moeten komen in een jaarlijks gemiddelde van het kostenforfait.

Dat brengt mee dat de nettovastgoedbijtelling in sommige jaren gunstiger zal uitpakken, dan in andere jaren.

Het vaststellen van een forfait dat rekening houdt met alle vorenstaande aspecten kan daarom gecompliceerd zijn.

- 5.7 Op basis van de informatie voorhanden kunnen wij niet inschatten of het kostenaspect in de nettovastgoedbijtelling op basis van het huidige voorstel de werkelijkheid kan benaderen. Wij hebben begrepen dat extern onderzoek heeft plaatsgevonden naar een juiste benadering van een forfaitaire kostenafrek.
- 5.8 Wij hebben verder begrepen dat het zojuist bedoelde onderhoudskostenforfait een gemiddelde betreft over de onderhoudskosten voor onroerende zaken uitgesmeerd over een aantal jaren. Dat wijkt in die zin af van de werkelijkheid dat bij onroerende zaken vaak in een bepaald jaar veel onderhoudskosten worden gemaakt en in een aantal jaren daarna veel beperkter. Er ontstaat daarmee een verschil ten opzichte van de situatie dat op basis van werkelijke opbrengsten en onderhoudskosten wordt geheven (bij verhuur gedurende een jaar voor meer dan 90% van de tijd of voor minder dan dat percentage maar met een opbrengst boven de forfait-drempel) omdat

de onderhoudskosten dan wel in dat jaar geheel in aanmerking worden genomen bij de heffing en dus niet worden uitgesmeerd. De vraag zou daarmee kunnen rijzen of sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van de belastingplichtigen van wie wordt geheven op basis van het forfait, en die gemaakte onderhoudskosten niet in één keer op de opbrengst in mindering kunnen brengen in het jaar dat die kosten zijn gemaakt, maar bij wie dat over een aantal jaar daaropvolgend gebeurt. Het verschil zit er dan in dat het onderhoudskostenforfait ten aanzien van deze laatste belastingplichtigen in het jaar waarin de kosten worden gemaakt niet aansluit bij de werkelijk gemaakte kosten.

- 5.9 In verband met het vorenstaande is van belang dat de Hoge Raad ten aanzien van het wettelijke stelsel van herstel naar aanleiding van zijn hiervoor genoemde arrest van 2021, heeft beslist dat het rendement, gelet op de systematiek van het sinds 2017 voor box 3 gehanteerde stelsel, per jaar moet worden beoordeeld en niet met rendementen in de jaren ervoor of erna rekening kan worden gehouden.²⁹ De vraag rijst daarmee of dit voor het onderhoudskostenforfait zoals dat hiervoor is besproken ook geldt, hetgeen zou meebrengen dat het 'uitsmeren' van onderhoudskosten niet toelaatbaar zou zijn.
- 5.10 Ons inziens vormt de hiervoor genoemde beslissing van de Hoge Raad een risico. Hoewel de beslissing van de Hoge Raad ziet op het forfaitaire stelsel van rendementsheffing zoals dat voor box 3 werd gehanteerd sinds 2017, is ook het stelsel waarin het onderhoudskostenforfait nu wordt geïmplementeerd, gebaseerd op in een jaar behaald rendement. Het ligt dan het meest voor de hand om ook ten aanzien van de kosten uit te gaan van datzelfde jaar. Daarmee vormt een forfait dat uitgaat van een gemiddelde van onderhoudskosten over een aantal jaar een risico gelet op de zojuist bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad. Dat risico kan alleen volledig worden gemitigeerd door uit te gaan van de werkelijke in een jaar gemaakte onderhoudskosten en dus niet van een forfait daarvoor.
- 5.11 Als echter, mede om doelmatigheidsoverwegingen, voor een forfait wordt gekozen, moet dit zo goed mogelijk aansluiten bij de werkelijkheid. De Hoge Raad heeft immers in de hiervoor genoemde Kerst- en 6 juni arresten tot uitgangspunt genomen dat doelmatigheidsoverwegingen er niet in kunnen resulteren dat de werkelijkheid niet zoveel mogelijk hoeft te worden benaderd.

Wel wordt ook in box 1 op dit moment een eigenwoningforfait gehanteerd, waarin naar wij van u begrepen een forfait voor onderhoudskosten is begrepen, dat, voor zover wij kunnen overzien, door de Hoge Raad niet ontoelaatbaar is geacht en dat naar wij aannemen van een vergelijkbare 'uitsmeer' gedachte uitgaat.

²⁹ Zie HR 6 juni 2024, ECLI:NL:HR:2024:704, rov. 5.4.5.

Een onderhoudskostenforfait waarin onderhoudskosten worden 'uitgesmeerd' over een aantal jaren, kan beter aansluiten bij de werkelijk gemaakte onderhoudskosten dan een forfait waarin dat niet gebeurt. Daarvoor is van belang dat voor het verwerven en behouden van (huur)opbrengst uit onroerende zaken, anders dan voor veel andere vermogensbestanddelen in box 3 geldt en naar hiervoor al is besproken, veelal op onregelmatige basis onderhoudskosten worden gemaakt. Die kunnen in één jaar heel hoog zijn en in de jaren erna beperkt. Een forfait waarin slechts met kosten in één jaar rekening wordt gehouden (en waarbij dus niet wordt 'uitgesmeerd'), zal niet aansluiten bij de daadwerkelijk gemaakte onderhoudskosten. Dit forfait is ofwel te hoog, als wordt uitgegaan van een jaar waarin een hoog bedrag aan onderhoudskosten is gemaakt (en het forfait de hoogte van in dat jaar gemaakte onderhoudskosten benadert), of te laag (als bij het forfait wordt uitgegaan van de gemaakte onderhoudskosten in een jaar waarin geen of heel beperkt onderhoud plaatsvond). Het onderhoudsforfait is in het eerstbedoelde geval te hoog omdat dan in ieder jaar rekening wordt gehouden met (hoge) onderhoudskosten, terwijl die daadwerkelijk slechts eens in de paar jaar worden gemaakt. Als wordt uitgegaan van de jaren met weinig onderhoudskosten, is het forfait te laag omdat het niet aansluit bij de daadwerkelijke onderhoudskosten, die met name in het jaar ontstaan dat onderhoud plaatsvindt maar waarop het forfait dan niet is gebaseerd. Het zal overigens van de omstandigheden van een specifiek geval afhangen of het uitsmeren van het forfait ook steeds beter aansluit bij de werkelijkheid.

Risico op ongelijkheid in kostenaftrek

- 5.12 Onroerende zaken die minder dan 90% van de tijd worden verhuurd zullen op basis van het voorstel onder de vastgoedbijtelling vallen, voor zover de werkelijke huuropbrengsten in het betreffende belastingjaar lager uitvallen dan de vastgoedbijtelling. De vastgoedbijtelling kan dan als het ware als 'ondergrens' worden gezien voor de hoogte van de belastinggrondslag. Bij een *nettovastgoedbijtelling* gebaseerd op werkelijk rendement speelt de hoogte van de aftrek van werkelijke kosten een onmiskenbare rol: in dat geval worden de werkelijke huuropbrengsten verminderd met de werkelijke kosten om deze te vergelijken met de nettovastgoedbijtelling.
- 5.13 Het kan voorkomen dat eigenaren van onroerende zaken, die in de hier besproken heffing voor box 3 worden betrokken, afwisselend in de forfaitaire en dan weer het systeem van werkelijke opbrengst terecht komen. Gelet op de wijze waarop het kostenforfait wordt toegepast, waarin het forfait in ieder jaar rekening houdt met onderhoudskosten, terwijl die zeker niet steeds ook daadwerkelijk in dat jaar worden gemaakt, leidt het wisselen van systeem tot resultaten waarvan niet ondenkbaar is dat de Hoge Raad die in strijd met de art. 1 EP en 14 EVRM zal achten.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel dat een eigenaar een onroerende zaak voor 70% van de tijd per jaar verhuurt. De opbrengst is gedurende een

aantal jaren boven de drempel van het forfait, waardoor heffing plaatsvindt over de werkelijke opbrengst. Vervolgens wordt in een jaar onderhoud aan de onroerende zaak gepleegd en zakt de opbrengst minus de onderhoudskosten onder de drempel voor het forfait. Als dan geheven zou worden op basis van het forfait, leidt dat tot een uitkomst waarin de onderhoudskosten slechts gedeeltelijk (namelijk alleen de forfaitaire onderhoudscomponent) worden meegenomen. Bovendien loopt de belastingplichtige dan mogelijk verrekenbare verliezen mis. Als vervolgens in de latere jaren weer de opbrengst wordt gegenereerd die boven de drempel van het forfait ligt en daarover wordt geheven (en in die jaren geen of zeer beperkte onderhoudskosten worden gemaakt), zal het forfait dus niet de werkelijk gemaakte onderhoudskosten benaderen. Dat lijkt de Hoge Raad niet aanvaardbaar te achten.

- 5.14 Daarnaast kunnen zich ons inziens gevallen voordoen waarin het percentage van de tijd in een jaar dat een onroerende zaak wordt verhuurd, vanwege (groot) onderhoud of omdat enige tijd naar een nieuwe huurder wordt gezocht, afwijkt van het percentage van de tijd die in andere jaren wordt verhuurd. Ook dan kan zich het probleem voordoen dat het forfait voor de onderhoudskosten niet aansluit bij de werkelijke onderhoudskosten.

Een voorbeeld kan dit wederom verduidelijken. Stel dat een eigenaar een onroerende zaak bijvoorbeeld gedurende 10 jaar voor meer dan 90% van de tijd heeft verhuurd. In een jaar daarna wordt de onroerende zaak maar voor 50% verhuurd vanwege groot onderhoud en blijft de huuropbrengst onder de drempel voor het forfait. In dat geval zullen de daadwerkelijke onderhoudskosten niet worden benaderd door het forfait als in latere jaren weer voor meer dan 90% van de tijd wordt verhuurd en wordt geheven op basis van werkelijke opbrengst en werkelijke onderhoudskosten. Eenzelfde probleem kan zich voordoen wanneer een belastingplichtige een onroerende zaak koopt, die bijvoorbeeld een jaar zeer beperkt of niet verhuurt om het pand op te knappen en daarna voor meer dan 90% gaat verhuren.

- 5.15 Voor dergelijke gevallen zou ons inziens een voorziening moeten worden getroffen. Die zou er in kunnen bestaan dat als een belastingplichtige aantoonbaar dat hij of zij in de jaren voorafgaand en/of na het jaar waarin in beginsel het forfait van toepassing is, een hoger percentage van de tijd heeft verhuurd dan 90%, ook in het jaar dat het forfait in beginsel van toepassing is, voor de heffing wordt uitgegaan van werkelijke opbrengst en werkelijke kosten. Wanneer een onroerende zaak nog niet eerder is verhuurd, zouden, indien de belastingplichtige voornemens is voor meer dan 90% van de tijd te gaan verhuren en dat na verloop van een aantal jaar (bijvoorbeeld 2 of 3 jaar) na het jaar waarin hij of zij in beginsel onder de forfaitaire heffing zou vallen kan aantonen, ook de werkelijke opbrengst en de werkelijke kosten in een voorlopige heffing kunnen worden betrokken. Als in de jaren erna blijkt dat inderdaad voor meer dan 90% van de tijd is verhuurd (of voor minder dan 90%, maar de opbrengst boven de drempel voor het forfait is gebleven), kan de heffing definitief aldus worden vastgesteld. Blijft een dergelijke regeling achterwege, dan kan een ongelijke

behandeling optreden voor de zakelijke verhuurder die wel zijn volledige kosten voor onderhoud kan aftrekken. Mocht blijken dat de belastingplichtige in de jaren erna minder dan het percentage van 90% heeft verhuurd en ook onder de drempel voor het forfait is gebleven, kan alsnog een definitieve heffing op basis van het forfait plaatsvinden.

Tegenbewijsregeling

- 5.16 In ieder geval lijkt het, indien de zojuist voorgestelde oplossing niet wordt gevolgd, noodzakelijk om indien het onderhoudskostenforfait wordt gehanteerd, belastingplichtigen de mogelijkheid te bieden aan te tonen dat hun daadwerkelijke onderhoudskosten over een aantal jaren hoger zijn dan in het forfait in aanmerking zijn genomen, zoals bijvoorbeeld in de hiervoor genoemde gevallen. Het lijkt op voorhand immers lastig om steeds te voorkomen dat zich bij de toepassing van de nettovastgoedbijtelling een te ruwe ongelijkheid voordoet.
- 5.17 Een tegenbewijsregeling kan bijdragen aan de rechtvaardiging voor een forfait, maar kan geen fundamentele problemen in het stelsel verhelpen. In het nieuwe systeem zal daarom voldoende aan de bezwaren van de Hoge Raad bij het oude stelsel tegemoet gekomen moeten worden. Een tegenbewijsregeling is daarvoor relevant omdat een mogelijkheid wordt geboden bij de werkelijke kosten aan te sluiten.
- 5.18 Voor een tegenbewijsregeling in het kader van wetgeving kan wat ons betreft echter uitsluitend worden gekozen als het leveren van tegenbewijs in de praktijk daadwerkelijk mogelijk is, zonder dat de belastingplichtige daarmee met een bewijslast wordt belast waar niet of uitsluitend met aanzienlijke inspanningen aan is te voldoen. Het leveren van tegenbewijs moet – daarom in ieder geval voor het overgrote deel van de gevallen – eenvoudig te leveren zijn, ook voor natuurlijke personen zonder fiscale bijstand. Het vorenstaande geldt overigens ook als een belastingplichtige daadwerkelijk gemaakte onderhoudskosten in aftrek mag brengen.