

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor (Ministerie van Financiën)
van (kantoor landsadvocaat)
datum 11 maart 2022
inzake Advies tegenbewijsregeling bij rechtsherstel en spoedwetgeving
zaaknr 11017806

1 Inleiding

- 1.1 U heeft ons 23 februari jl. verzocht om te adviseren over – kort gezegd - de vraag of bij het bieden van rechtsherstel naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021¹ voor de jaren 2017-2022 en in het kader van de spoedwetgeving voor de jaren 2023 en 2024 een mogelijkheid van tegenbewijs moet worden geboden. Ook heeft u ons gevraagd te adviseren over – kort gezegd – de vraag of een eventueel voor de jaren 2023 en 2024 in te voeren vermogensbelasting in bepaalde gevallen in strijd kan zijn met het door artikel 1 Eerste Protocol EVRM beschermde eigendomsrecht. Over deze vraag zullen wij een afzonderlijk advies uitbrengen.
- 1.2 Onze bevindingen over de eerste twee vragen zijn op hoofdlijnen in dit advies neergelegd.
- 1.3 Voor het opstellen van dit advies hebben wij externe experts () en gevraagd om met ons mee te denken over de door u gestelde vragen.

2 Samenvatting van ons advies

- Er bestaat verschil in karakter tussen een regeling voor rechtsherstel en nieuwe (spoed)wetgeving.
- Voor de regeling voor rechtsherstel geldt dat op zichzelf met een tegenbewijsregeling kan worden gewerkt. Wel moeten de forfaits dan voldoende aansluiten bij de door de Hoge Raad geconstateerde gebreken.

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

- Voor nieuwe wetgeving geldt dat een tegenbewijsregeling uitsluitend te overwegen valt, als die regeling zowel voor de belastingplichtige als voor de Belastingdienst uitvoerbaar is.
- Voor 2022 is een aandachtspunt dat niet volledig is uit te sluiten dat de rechter, als daarvoor wordt aangesloten bij de regeling voor rechtsherstel, zal oordelen dat onvoldoende wettelijke grondslag voor de heffing bestaat. Voor 2022 zou daarom verkend kunnen worden of wetgeving met (enige) terugwerkende kracht, die zo snel mogelijk wordt aangekondigd, een mogelijkheid kan zijn. Voor 2021 ligt het meer in de rede om aan te sluiten bij de regeling voor rechtsherstel, alleen al omdat iets anders niet meer goed uitvoerbaar is.

3 Feiten en achtergronden

- 3.1 Op 24 december 2021 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat – kort gezegd – de vermogensrendementsheffing in box 3 met ingang van jaar 2017 niet de uit artikel 1 Eerste Protocol EVRM voortvloeiende proportionaliteitstoets kan doorstaan en dat dit voor degene die door het sinds 2017 geldende forfaitaire stelsel wordt geconfronteerd met een heffing naar een voordeel uit sparen en beleggen dat hoger is dan het werkelijk behaalde rendement leidt tot een schending van zijn door artikel 1 Eerste Protocol EVRM, in samenhang met artikel 14 EVRM, gewaarborgde rechten.
- 3.2 De Hoge Raad heeft in het arrest aangegeven dat uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, niet voldoende aanknopingspunten volgen aan de hand waarvan de rechter binnen het bestaande wettelijk stelsel zou kunnen vaststellen hoe de geconstateerde schending van het recht op ongestoord genot van eigendom valt op te heffen. Dit wordt aan de wetgever overgelaten. Toch heeft de Hoge Raad in het geval dat voorlag een (naar redelijkheid) op rechtsherstel gerichte compensatie vastgesteld omdat niet langer kon worden volstaan met de constatering van de schending of een onderzoek naar een individuele buitensporige last. Dat rechtsherstel werd geboden door te bepalen dat het (in deze zaak bekende) werkelijke rendement in de heffing werd betrokken.
- 3.3 Wij begrijpen dat voor het bieden van rechtsherstel op dit moment verschillende opties worden verkend. Ook worden mogelijkheden voor spoedwetgeving voor aanpassing van box 3 voor de jaren 2023 en 2024 verkend. Deze spoedwetgeving is vooruitlopend op de in het coalitieakkoord per 2025 afgesproken heffing over het werkelijk genoten rendement van het box 3 vermogen.
- 3.4 U heeft een tweetal scenario's voor het rechtsherstel voor de jaren 2017-2022 voorgelegd en gevraagd of een forfaitair rechtsherstel voor beide onderscheiden scenario's zonder mogelijkheid tot tegenbewijs in het licht van het arrest van 24 december 2021 juridisch verdedigbaar is. Ook heeft u een aantal mogelijke

inkaderingen van een tegenbewijsregeling aan ons voorgelegd. Deze vragen zullen wij hierna behandelen.

- 3.5 Er wordt overwogen om de spoedwetgeving qua vormgeving te laten aansluiten bij de voorgestelde, forfaitair vorm te geven hersteloperatie voor de jaren 2017-2022, met dien verstande dat op basis van de spoedwetgeving voor belastingplichtigen geen mogelijkheid meer bestaat om het huidige stelsel van box 3 toe te passen als dat in de individuele situatie gunstiger uitpakt. U heeft gevraagd of een dergelijk nieuw forfaitair stelsel in het kader van de spoedwetgeving zonder mogelijkheid tot tegenbewijs juridisch verdedigbaar is en zo nee, of er voldoende rechtvaardiging bestaat voor bepaalde afbakeningen van een eventuele tegenbewijsregeling. Deze vragen zullen wij ook hierna behandelen.

4 Kader artikel 1 Eerste Protocol EVRM bij forfaitaire regelingen; arrest Hoge Raad 24 december 2021

- 4.1 Vooropgesteld moet worden dat belastingheffing op grond van een forfaitaire regeling toegestaan is 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. 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. Zowel met betrekking tot de gehanteerde middelen als met betrekking tot hun geschiktheid om dat doel te bereiken heeft de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid. 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.²
- 4.2 In lijn met eerdere jurisprudentie wijst de Hoge Raad er in het arrest van 24 december 2021 op dat *een zekere ruwheid* inherent is aan een forfaitaire regeling. Degenen die in financieel opzicht beter presteren dan het forfait veronderstelt, worden ook fiscaal (relatief) gunstig behandeld ten opzichte van degenen die in dat opzicht slechter presteren. Een rechtvaardiging voor de daaruit volgende (relatieve) ongelijkheid kan deze eigenschap van forfaitaire regelingen echter alleen kan opleveren *voor zover bij het vaststellen van de forfaitaire grenzen is getracht de werkelijkheid te benaderen*, zo overweegt de Hoge Raad. Het gaat er niet alleen om of met de regeling een redelijk doel wordt gediend. Er moet ook een *redelijke verhouding bestaan tussen dat doel en*

² Zie ook rov. 3.2.1-3.2.2 van HR 24 december 2021.

de *ongelijkheid* die wordt veroorzaakt door de voor verwezenlijking van dat doel in de regeling gekozen vormgeving.³

4.3 De Hoge Raad benadrukt in het arrest van 24 december 2021 dat:

- sinds 2017 de wetgever aansluiting heeft gezocht bij een gemiddelde verdeling van het box 3-vermogen over spaargeld en beleggingen (de vermogensmix) en bij rendementen die door belastingplichtigen in de voorafgaande jaren gemiddeld zijn behaald;⁴
- sinds 2017 het voordien geldende uitgangspunt dat het forfait is afgestemd op het rendement dat alle belastingplichtigen in de praktijk gemiddeld zouden moeten kunnen behalen zonder dat zij daarvoor (veel) risico hoeven te nemen uit budgettaire overwegingen is verlaten;⁵
- daardoor het forfaitaire stelsel verder is komen af te staan van een heffing over inkomen waarvan kan worden aangenomen dat een individuele belastingplichtige het daadwerkelijk heeft genoten en bovendien het nieuwe stelsel de door artikel 1 Eerste Protocol EVRM gegarandeerde vrije beschikkingsmacht inperkt doordat het een verhoudingsgewijs zware financiële last verbindt aan de keuze om niet over te gaan tot het risicovol beleggen van vermogen;
- het stelsel ook degenen benadeelt die wel overgaan tot het risicovol beleggen van hun vermogen, maar die – door gebrek aan inzicht of fortuin – hun keuze moeten bekopen met een laag rendement of met vermogensverlies;
- een individuele belegger geen garantie heeft dat hij het gemiddelde rendement zal behalen en door niettemin de heffing van inkomstenbelasting mede te baseren op het *gemiddelde rendement op risicovolle beleggingen* het stelsel een relatieve ongelijke behandeling creëert op basis van een omstandigheid die de betrokkenen niet zelf in de hand hebben;
- uit budgettaire overwegingen het uitgangspunt is verlaten dat het forfait aanknoopt bij het zonder veel risico haalbare rendement.⁶

4.4 Dit brengt de Hoge Raad tot het oordeel dat het sinds 2017 geldende forfaitaire stelsel de uit artikel 1 Eerste Protocol EVRM voortvloeiende proportionaliteitstoets niet kan doorstaan. Daarbij wijst 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

³ Rov. 3.2.3.

⁴ Rov. 3.3.2.

⁵ Rov. 3.3.5 en 3.4.

⁶ Rov. 3.4.

zware belastingschuld wordt toebedeeld.⁷ Voor degene die door dit forfaitaire stelsel wordt geconfronteerd met een heffing naar een voordeel uit sparen en beleggen dat hoger is dan het werkelijk behaalde rendement leidt dit tot een schending van zijn door artikel 1 Eerste Protocol EVRM, in samenhang met artikel 14 EVRM, gewaarborgde rechten, aldus de Hoge Raad.⁸

- 4.5 De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat niet langer kan worden volstaan met de constatering van de schending of een onderzoek naar een individuele buitensporige last. Daaraan staan volgens de Hoge Raad in de weg dat het ontbreken van een 'fair balance' ook het hiervoor genoemde *discriminerende karakter* heeft, dat de thans geldende regeling nog steeds dezelfde tekortkomingen bevat als die voor de jaren 2017 en 2018, en dat de wetgever weliswaar sinds 2015 werkt aan spoedige invoering van een heffing op basis van werkelijke rendementen, maar die invoering niet vóór 2025 kan worden verwacht.⁹ Dat is voor de Hoge Raad aanleiding de belanghebbende voor de schending van zijn fundamentele rechten rechtsherstel te bieden door te bepalen dat met betrekking tot de jaren die in geschil zijn, alleen het – niet in geschil zijnde – werkelijke rendement in de heffing wordt betrokken.

5 Enkele opmerkingen vooraf

Verschil tussen rechtsherstel en (spoed)wetgeving

- 5.1 U heeft ons vragen voorgelegd over de mogelijkheden voor een tegenbewijsregeling in het kader van rechtsherstel en voor een tegenbewijsregeling in spoedwetgeving. Hierbij is van belang dat het karakter van en het kader voor een regeling voor rechtsherstel anders is dan het karakter van en het kader voor spoedwetgeving.
- 5.2 Een regeling voor *rechtsherstel* zal gericht moeten zijn op compensatie. De omvang daarvan zal in het algemeen slechts *naar redelijkheid* kunnen worden vastgesteld (vgl. rov. 3.6.3 van het arrest van 21 december 2021 over het rechtsherstel door de rechter). Het gaat daarbij om rechtsherstel aansluitend bij en als gevolg van het in de afgelopen jaren toegepaste stelsel. Dit geeft aan de ene kant meer ruimte om bij deze regeling niet aan te sluiten bij een exacte berekening van – bijvoorbeeld – het werkelijk rendement als dat lastig te bepalen zou zijn (de vaststelling moet "naar redelijkheid" geschieden). Het geeft minder ruimte, waar de uitgangspunten van het stelsel vast staan (zoals: aanslagen die per jaar zijn opgelegd en het tarief) en van belastingplichtigen mag worden verwacht dat zij (nog) over bepaalde gegevens beschikken (zoals gegevens om werkelijke rendementen aan te tonen).
- 5.3 Het karakter van een regeling gericht op *rechtsherstel* geeft op het eerste gezicht ruimte om - ook om uitvoerbaarheidsredenen - de omvang van de op rechtsherstel

⁷ Rov. 3.5.

⁸ Rov. 3.6.1.

⁹ Rov. 3.6.2.

gerichte compensatie op een forfaitaire wijze in te richten. Met een dergelijke forfaitaire regeling zal ons inziens dan wel in het gros van de gevallen naar redelijkheid rechtsherstel moeten kunnen worden geboden. Ook moet het voor belastingplichtigen die aanspraak op een hogere compensatie willen maken mogelijk zijn om aan te tonen dat de forfaitaire compensatie in hun geval te laag is.

- 5.4 *Wetgeving* zal moeten voldoen aan de daaraan te stellen eisen, zoals artikel 1 Eerste Protocol EVRM en artikel 14 EVRM. Die eisen zullen niet anders zijn als het gaat om (spoed)wetgeving voor een aantal jaren, om een periode naar een ander stelsel te overbruggen. Dit geeft aan de ene kant meer ruimte om in deze nieuwe wetgeving zo nodig uitgangspunten aan te passen (denk aan: voor het bepalen van het rendement aansluiten bij langere periodes dan een jaar of het aanpassen van de uitgangspunten van een forfait en het tarief). Bij het vaststellen van wetgeving beschikt de wetgever in algemene zin over een ruime *margin of appreciation*. Aan de andere kant moet ervan uit worden gegaan dat als in het kader van wetgeving gebruik wordt gemaakt van een tegenbewijsregeling, daar hogere eisen aan worden gesteld.
- 5.5 Zo zal, als wetgeving een tegenbewijsregeling bevat, het voor belastingplichtigen praktisch mogelijk moeten zijn om het vereiste tegenbewijs te leveren tegen redelijke inspanningen die van hen gevergd kunnen worden. Een tegenbewijsregeling waarbij belastingplichtigen met een onmogelijke of complexe bewijslast worden geconfronteerd, zal niet alleen tot frustraties, uitvoeringsproblemen zowel bij de belastingplichtige als bij de Belastingdienst en vele procedures leiden. De vraag is ook of een dergelijke tegenbewijsregeling aan het doel daarvan voldoet. Voor nieuwe wetgeving zal een tegenbewijsregeling dan ook uitsluitend te overwegen zijn als zij ook daadwerkelijk – zowel voor belastingplichtigen als de Belastingdienst – uitvoerbaar is en het gevraagde tegenbewijs ook daadwerkelijk van belastingplichtigen kan worden verlangd.
- 5.6 In algemene zin gaan wij er vanuit dat de rechter ook wel oog zal hebben voor de uitdagingen waar de staatssecretaris, de wetgever en de Belastingdienst met het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 voor staan, ook omdat het voor het draagvlak voor belastingen in het algemeen van belang is dat ook inkomen uit sparen en beleggen wordt belast.

Wat is het werkelijk rendement?

- 5.7 De voorgestelde tegenbewijsregelingen nemen kort gezegd tot uitgangspunt dat de belastingplichtige tegenbewijs moet leveren dat het werkelijke rendement op zijn vermogen, lager ligt dan waar het forfait vanuit gaat. Dat roept ook de vraag op wat onder het werkelijk rendement moet worden verstaan, en in hoeverre daarover verder debat te verwachten valt. Zo is mogelijk nodig dat belastingplichtigen het directe rendement en mogelijk ook indirecte rendement (alle vermogensmutaties, niet alleen op de peildatum, maar gedurende het hele jaar) moeten kunnen aantonen (zie ook het

advies van Bavinck, Dusarduijn en Van Vijfeijken van 28-1-2022). Als tot een tegenbewijsregeling wordt overgegaan, vergt dat nadere uitwerking en gedachtenvorming.

'Rechtsherstel' over 2022

- 5.8 Een lastig punt is het 'herstel' voor 2022. Het is de vraag of over 2022 'rechtsherstel' kan worden geboden door middel van belastingheffing op basis van een beleidsregel. Voor de belastingheffing over 2022 is immers duidelijk dat het bestaande wettelijke stelsel door de Hoge Raad ontoereikend is bevonden en dus geen basis meer kan bieden voor het tot dan toe gehanteerde stelsel voor belastingheffing over box 3. Weliswaar wordt in de voorgestelde beleidsregel in zekere mate tegemoetgekomen aan de bezwaren van de Hoge Raad door een stelsel te introduceren dat een aantal van die bezwaren wegneemt, maar dat stelsel is niet op een wet gebaseerd. De vraag, die belastingplichtigen dan over 2022 mogelijk (massaal) aan de orde gaan stellen, is of de wettelijke grondslag voor deze belastingheffing niet ontbreekt. Wij achten niet volledig uitgesloten dat zal worden geoordeeld dat die grondslag inderdaad ontbreekt, met als gevolg dat alle geheven belasting over box 3 aan deze belastingplichtigen moet worden terugbetaald. Het ligt daarom niet zonder meer voor de hand om voor 2022 aan te sluiten bij het rechtsherstel over de voorafgaande jaren. Een andere mogelijkheid die zou kunnen worden verkend is om een wettelijke regeling te creëren voor de heffing in 2023 en 2024 en die met terugwerkende kracht toe te passen over 2022. Artikel 1 Eerste Protocol EVRM lijkt daaraan ook niet zonder meer in de weg te staan, maar dit behoeft uiteraard nadere uitwerking.¹⁰

Voorzienbaarheid is onder andere een belangrijk punt. Het lijkt in dat verband wel op zijn minst aangewezen dit in de aangekondigde kamerbrief in april aan te kondigen, zodat belastingplichtigen daarmee rekening kunnen houden.

Ook voor 2021 zou kunnen worden aangevoerd dat een wettelijke grondslag voor rechtsherstel ontbreekt, maar die regeling kan – ook gezien het moment van het arrest van de Hoge Raad – niet meer goed worden aangepast. Wij kunnen ons voorstellen dat voor 2021 daarom eerder bij de regeling van het rechtsherstel wordt aangesloten.

6 Rechtsherstel (jaren 2017-2022); al dan niet met tegenbewijsregeling

6.1 Opties rechtsherstel 2017-2022

- 6.1.1 Als een optie voor rechtsherstel voor de jaren 2017-2022 noemt u het toepassen van een nieuwe forfaitaire berekening van het rendement toe te passen op basis van *de werkelijk vermogensmix op de peildatum*. Daarbij wordt aangesloten bij de werkelijke

¹⁰ Wel zagen de uitspraken van het EHRM vooral op gevallen waarin het doel was om belastingontwijking c.q. -ontduiking te voorkomen, maar daarvan lijkt hier in zekere zin ook sprake.

vermogensuitsplitsing in de aangifte waarop de aanslag is gebaseerd. Er wordt dus niet meer uitgegaan van een veronderstelde, fictieve vermogensmix. U geeft aan dat voor met name belastingplichtigen met hoofdzakelijk of uitsluitend spaargeld de nieuwe berekening dichtbij het werkelijke rendement zal uitkomen omdat het werkelijke rendement op spaargeld goed forfaitair benaderbaar is en weinig spreiding kent tussen belastingplichtigen.

6.1.2 Voor de te hanteren forfaits noemt u twee varianten.

Variant 1 houdt in dat voor het rendement op (daadwerkelijk aangehouden) spaargeld forfaitair wordt uitgegaan van het gemiddelde rendement op spaargeld, en voor het rendement op (daadwerkelijk aangehouden) beleggingen uit te gaan van het forfaitaire rendement zoals dat in box 3 geldt voor rendementsklasse II, de rendementsklasse voor beleggingen. Dit is een *meerjarig gemiddeld rendement op beleggingen*.

Variant 2 houdt in dat een forfaitair rendement wordt gehanteerd op basis van het *gemiddelde rendement in dat belastingjaar* voor verschillende categorieën die nu reeds worden onderscheiden in de aangifte (effectenbezit, overige vorderingen en contact geld, onroerende zaken, etc.).

6.1.3 Voor beide varianten zal nog steeds gelden dat aan bepaalde belastingplichtigen een hoger forfaitair rendement wordt toegerekend dan het (door hen berekende) daadwerkelijk behaalde rendement. Dit zal voor variant 1 sterker gelden dan voor variant 2. In dit kader is relevant dat voor beide varianten in deze nieuwe forfaitaire berekening bepaalde relatief veilige, laag renderende beleggingen (zoals staatsobligaties) niet (kunnen) worden onderscheiden van andere, hoog renderende beleggingen. Bovendien is van belang dat rechtsherstel niet tot een hogere belasting mag leiden.

6.1.4 U heeft ons in dit kader de volgende vragen voorgelegd:

1. Is een forfaitair rechtsherstel voor beide onderscheiden varianten zoals hierboven geschetst zonder mogelijkheid tot tegenbewijs in het licht van het arrest van 24 december 2021 juridisch verdedigbaar?
2. Hoe beoordeelt u de volgende mogelijke inkaderingen van een tegenbewijsregeling:
 - a. De tegenbewijsregeling wordt beperkt tot belastingplichtigen die over de gehele periode 2017-2022 een lager daadwerkelijk rendement hebben behaald dan het forfaitair bepaalde rendement over die periode. Deze inkadering sluit aan bij de bedoeling van de wetgever om met de forfaits voor beleggingsvermogen aan te sluiten bij de rendementen die gemiddeld meerjarig behaald worden. Dit voorkomt dat belastingplichtigen die in enkele jaren een negatief of laag rendement hebben behaald, maar per saldo over een langere periode een bovengemiddeld rendement behalen dubbel worden bevoordeeld. Namelijk door in jaren waarin een hoog rendement is behaald het (lagere) forfaitaire rendement te belasten, en in jaren waarin een laag rendement wordt behaald het daadwerkelijk behaalde rendement te belasten.

- b. Voor toegang tot de tegenbewijsregeling wordt een doelmatigheidsdrempel geïntroduceerd. Alleen belastingplichtigen met een bepaald fiscaal belang krijgen toegang tot de tegenbewijsregeling. Deze drempel kan ofwel een absoluut bedrag zijn, ofwel een relatieve procentuele afwijking tussen het forfaitair bepaalde rendement en het daadwerkelijk behaalde rendement. In dit kader is de vraag of het Fierensmarge-arrest aan een tegenbewijsregeling met doelmatigheidsdrempel in de weg staat.
- c. De tegenbewijsregeling wordt beperkt tot belastingplichtigen waarbij de geheven belasting in box 3 hoger is dan het werkelijke inkomen uit vermogen.
- d. De tegenbewijsregeling wordt beperkt tot belastingplichtigen waarbij de geheven belasting in box 3 over de gehele periode 2017-2022 hoger is dan het werkelijke inkomen uit vermogen over die periode.
- e. Indien ook rechtsherstel wordt geboden aan belastingplichtigen waarvan de aanslag over de jaren 2017-2020 al onherroepelijk vaststaat, wordt aan deze groep alleen forfaitair rechtsherstel zoals hierboven beschreven geboden. De tegenbewijsregeling wordt alleen opgesteld voor belastingplichtigen die bezwaar hebben gemaakt of waarvan de aanslag nog niet onherroepelijk vaststaat.

- 6.2 *Vraag 1: is een forfaitair rechtsherstel voor beide geschetste varianten zonder mogelijkheid tot tegenbewijs in het licht van het arrest van 24 december 2021 juridisch verdedigbaar?*
- 6.2.1 Door af te stappen van de fictieve vermogensmix die is gebaseerd op een verdeling van het box 3-vermogen over spaargeld en beleggingen en in plaats daarvan uit te gaan van de werkelijke vermogensuitsplitsing op de peildatum zoals is opgenomen in de aangifte waarop de aanslag is gebaseerd, wordt – althans voor het moment van de peildatum – aangesloten bij de werkelijke verdeling van het vermogen tussen sparen en beleggen op de peildatum. Daarmee mengt de Staat zich niet meer in deze keuze van de belastingplichtige.
- 6.2.2 Uw inschatting is dat voor belastingplichtigen met hoofdzakelijk of uitsluitend spaargeld de nieuwe forfaitaire berekening (waarbij wordt uitgegaan van het gemiddelde rendement op spaargeld) dichtbij het werkelijke rendement zal uitkomen. Dat zou betekenen dat daarmee voor het spaargeld voldoende wordt getracht de werkelijkheid te benaderen, al kan uiteraard niet worden uitgesloten dat er toch spaarders zullen zijn die een lager rendement hebben behaald.
- 6.2.3 In variant 1 wordt voor het rendement op (daadwerkelijk aangehouden) beleggingen uitgegaan van het forfaitaire rendement zoals dat in box 3 geldt voor rendementsklasse II (de rendementsklasse voor beleggingen). Dit is een *meerjarig gemiddeld rendement op beleggingen*. In variant 2 wordt een forfaitair rendement voor beleggingen gehanteerd op basis van het *gemiddelde rendement in dat belastingjaar* voor verschillende categorieën die nu reeds worden onderscheiden in de aangifte (effectenbezit, overige vorderingen en contact geld, onroerende zaken, etc.).

- 6.2.4 In variant 1 wordt derhalve voor *alle* aangehouden beleggingen nog altijd uitgegaan van één meerjarig gemiddeld rendement. In variant 2 wordt, doordat wordt uitgegaan van de verschillende categorieën die thans in de aangifte worden uitgevraagd en van het gemiddelde rendement in dat belastingjaar voor die verschillende categorieën geldt, meer aangesloten bij de werkelijke opbouw/verdeling van de beleggingen en de voor die categorieën geldende gemiddelde. Daarom verdient deze variant ons inziens in ieder geval de voorkeur boven variant 1.
- 6.2.5 In variant 2 geldt evenwel nog altijd dat de beperking, zo hebben wij van u begrepen, dat een verdere uitsplitsing van beleggingen naar aandelen en obligaties voor de jaren 2017-2022 niet mogelijk is. Verder zal ook onder deze variant nog steeds gelden dat aan bepaalde belastingplichtigen (de beleggers met "gebrek aan inzicht of fortuin") een hoger forfait voor beleggingen zal worden toegekend dan het daadwerkelijk door de belastingplichtige behaalde rendement. Daar komt bij dat in het arrest van 24 december 2021 de Hoge Raad heeft benadrukt dat met het sinds 2017 geldende forfaitaire stelsel de wetgever het uitgangspunt dat het forfait is afgestemd op het rendement dat alle belastingplichtigen in de praktijk gemiddeld zouden moeten kunnen behalen *zonder dat zij daarvoor (veel) risico hoeven te nemen* heeft verlaten en dat daardoor het forfaitaire stelsel verder af komen te staan van een heffing over inkomen waarvan kan worden aangenomen dat een individuele belastingplichtige het daadwerkelijk heeft genoten.
- 6.2.6 Door in variant 2 ervan uit te gaan dat een groter percentage van het effectenbezit niet risicovol wordt belegd (de huidige regeling gaat uit van een meer offensieve portefeuille¹¹), wordt het risico dat sprake is van belastingheffing die in strijd is met artikel 1 Eerste Protocol EVRM, in samenhang met artikel 14 EVRM, verder beperkt. Dit zal evenwel een budgettair offer vragen. Bovendien zal dit vermoedelijk in veel gevallen onredelijk (in de zin van te gunstig) kunnen uitwerken, terwijl ook niet alle beleggers (bijvoorbeeld door "gebrek aan inzicht of fortuin") met dit rechtsherstel naar redelijkheid zullen worden gecompenseerd. Naar onze inschatting zal het inrichten van rechtsherstel op een zodanige wijze dat alle betrokkenen naar redelijkheid worden gecompenseerd zonder dat een tegenbewijsmogelijkheid nodig is, derhalve niet mogelijk zijn.
- 6.2.7 Ons lijkt een forfaitair rechtsherstel volgens de twee door u onderscheiden varianten zonder tegenbewijsmogelijkheid juridisch niet verdedigbaar is.
- 6.3 *Vraag 2a: Hoe beoordeelt u een tegenbewijsregeling die wordt beperkt tot belastingplichtigen die over de gehele periode 2017-2022 een lager daadwerkelijk rendement hebben behaald dan het forfaitaire bepaalde rendement over die periode?*

¹¹ 70% aandelen en 30% obligaties.

6.3.1 Het ligt niet voor de hand en het lijkt ook niet in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad het rechtsherstel uit te stellen tot na 2022 en alleen degenen die over de gehele periode 2017-2022 een lager daadwerkelijke rendement hebben behaald dan het forfaitaire rendement te compenseren. Daarmee wordt afgeweken van het systeem van belastingheffing op basis van een jaarinkomen. Voorts wordt afgeweken van het verlenen van compensatie in de vorm van een verlaging van de aanslag, dus ook van de wijze waarop de Hoge Raad in het decemberarrest de compensatie verleent. In het voorgestelde stelsel worden de bezwaren afgewezen en moeten de belastingplichtige het doen met de toezegging van een compensatie in 2023 over de periode 2017 t/m 2022.

6.3.2 Het ligt ons inziens het meest voor de hand voor de periode tot 2021 zo snel mogelijk rechtsherstel te bieden en daarmee niet te wachten tot na 2022. Dat is in lijn met het gegeven dat de massaal bezwaarprocedures over 2017 en 2018 met de beslissing van de Hoge Raad en de daarna volgende collectieve uitspraak tot een eind zijn gekomen¹² en het daarom (in ieder geval voor die gevallen) niet voor de hand ligt te lang te wachten met het rechtsherstel.

In verband zal een belastingplichtige ons inziens ook bij de rechter (moeten) kunnen klagen over het niet tijdig bieden van herstel.¹³

Het spoedig overgaan tot rechtsherstel is ook in lijn met de Kamerbrief van 1 februari 2022 waarin is aangekondigd dat het doel is om zo snel mogelijk tot een goede oplossing te komen en des te meer om burgers zo snel mogelijk duidelijkheid te geven over de gevolgen van het arrest.¹⁴

Wel is in die brief ook geconstateerd dat de wettelijke deadline voor het realiseren van rechtsherstel (4 augustus 2022) voor de bezwaren over 2017 en 2018 mogelijk niet gaat worden gehaald.¹⁵ Zelfs indien dat onverhoopt het geval zou zijn, ligt het niet voor de hand daar (veel) langer mee te wachten.

6.3.3 Zeker voor de bezwaren over 2017 en 2018 geldt dat daarvoor zo snel mogelijk rechtsherstel moet worden geboden en bij voorkeur voor 4 augustus 2022 of in ieder geval voor die bezwaren op dat moment bekend is hoe rechtsherstel zal worden geboden. Het is in dat verband ons inziens aan te bevelen eerst aan de hand van de voorgestelde (forfaitaire) regeling rechtsherstel te bieden en de bezwaarmakers over 2017 en 2018 (en latere jaren) daarna de gelegenheid te bieden tegenbewijs te leveren.

¹² Zie ook Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 2. Over 2019 en 2020 lopen overigens ook nog massaal bezwaarprocedures. In de kamerbrief is echter aangekondigd dat de collectieve uitspraak ook op de jaren 2019 en 2020 zal zien. Zie Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 3.

¹³ Vergelijk ook Gerverdinck in zijn noot in FED 2022/9, onder 9.

¹⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 4 en 6. Wel is aangegeven dat dit ook zorgvuldig en zo eenvoudig mogelijk moet gebeuren en tevens moet worden gelet op de uitvoerbaarheid.

¹⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 3.

De massaal bezwaarprocedures over 2019 en 2020 zijn ook in de collectieve uitspraak van 4 februari 2022 meegenomen.¹⁶ Het ligt daarom voor de hand daarvoor dezelfde oplossing te kiezen.

Omdat in deze gevallen al definitieve aanslagen zijn opgelegd, is het ook niet mogelijk om deze aan te houden, zoals wel wordt voorgesteld voor de aanslagen over 2021.¹⁷

- 6.3.4 Voor 2021 is het rechtsherstel in zoverre anders dan voor de periode 2017-2020, dat er voor deze periode nog geen definitieve aanslagen zijn opgelegd en daarom voor alle belastingplichtigen die tot box 3 behorend vermogen boven de vrijstelling bezitten rechtsherstel zal moeten worden geboden in die zin dat met het arrest van de Hoge Raad rekening moet worden gehouden ondanks de andersluidende wettelijke regeling. In beginsel zou ook voor deze groep zo snel mogelijk rechtsherstel in de rede liggen (mede omdat de aanslag IB meer omvat dan alleen een heffing over box 3 vermogen en mogelijk ook nog belasting moet worden bijbetaald op grond van andere inkomsten) en bestaat er dus een goede reden om het opleggen van de definitieve aanslag niet te lang uit te stellen.

Het vorenstaande geldt overigens ook voor de aanslagen over 2020 die nog niet definitief zijn opgelegd.

Het is ons inziens ook voor deze groep mogelijk, net als voor de jaren 2017-2020 geldt, te kiezen voor een regeling waarbij wordt uitgegaan van een forfaitair rendement zoals wij hiervoor hebben besproken. Belastingplichtigen die menen dat hun daadwerkelijke rendement lager ligt, kunnen dan bezwaar maken (en bewijs leveren dat hun rendement lager was). De aangiftes 2021 worden dan wel conform de forfaits van de rechtsherstelregeling opgelegd, maar eventueel tegenbewijs zal dan in het kader van bezwaar tegen de aangifte moeten worden geleverd. Daar zouden de belastingplichtigen ook op kunnen worden gewezen. Een andere aanpak waarbij al in het kader van de aangifte tegenbewijs kan worden geleverd, is op dit moment niet meer uitvoerbaar.

- 6.3.5 Het vorenstaande is bovendien meer in overeenstemming met het uitgangspunt dat per jaar belasting is geheven over een (forfaitair) rendement in een bepaald jaar (dat ver aflag van het werkelijke rendement) en daarbij minder past dat voor de compensatie de rendementen over meerdere jaren bepalend zijn.
- 6.3.6 Mocht toch worden gekozen voor een rendement over de periode 2017-2022, dan zou de regeling ons inziens moeten worden aangepast, zodat in lijn met het vorenstaande wel per jaar, bij de aanslagregeling, compensatie wordt toegekend. Het alternatief zou er – globaal weergegeven – als volgt kunnen uitzien (verdere uitwerking zal nog moeten plaatsvinden). Jaarlijks zal bepaald moeten worden wat het verschil is tussen

¹⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 4 en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2022-4198.html>.

¹⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35 927, nr. 92, p. 5.

het werkelijk rendement van de belastingplichtige en het forfaitair bepaalde rendement. Het verschil wordt hierna benoemd als onderrendement (in geval van een negatief verschil) c.q. overrendement (in geval van een positief verschil). Voor het tegenbewijs in een bepaald jaar zal een negatief verschil kunnen leiden tot een verlaging van de heffing in dat jaar, maar alleen voor zover dit onderrendement meer bedraagt dan het overrendement in de voorafgaande jaren vanaf 2017. Daarbij zal een onderrendement in een voorafgaand jaar de overrendementen in de andere voorafgaande jaren compenseren, maar niet voor zover dit onderrendement reeds tot een verlaging van het inkomen uit vermogen heeft geleid. Dit betekent dat voor een belastingplichtige die geen bezwaar heeft gemaakt tegen de aanslagen t/m 2020 over 2021 alleen met succes tegenbewijs kan leveren wanneer hij over 2021 alsmede over de gehele periode 2017 t/m 2021 een onderrendement heeft gehad. Daarbij vindt een compensatie van over- en onderrendementen plaats.

In dit stelsel is ook denkbaar dat al vanaf 2021 rechtsherstel wordt geboden. Ook een knip tussen periodes, zodat eerdere jaren waar al langer geleden bezwaar over is gemaakt, eerder kunnen worden hersteld, is denkbaar.

- 6.3.7 Het belangrijkste materiële verschil van deze door ons voorgestelde regeling met de in vraag 2a omschreven inkadering van het tegenbewijs is dat een in een bepaald jaar geslaagd tegenbewijs niet wordt teruggedraaid door een overrendement in een volgend jaar. Daarnaast wordt uitgegaan van een jaarlijks stelsel in verband met het tegenbewijs (bij de aanslagregeling) in plaats van een afwikkeling over alle jaren gezamenlijk na afloop van 2022. Het is de vraag of dit een extra uitvoeringsprobleem oplevert omdat in beide wijzen van inkadering over alle jaren een berekening van het werkelijke rendement moet plaatsvinden.
- 6.3.8 Voor 2022 is ons inziens de vraag of sprake kan zijn van rechtsherstel als in de daaraan voorafgaande jaren (zie onderdeel 5.8 hiervoor).
- 6.4 *Varianten tegenbewijsregeling 2b, 2c en 2d*
 - 6.4.1 U heeft ook de vraag (2b) gesteld of het denkbaar is de tegenbewijsregeling te beperken tot die gevallen waarin het nadeel een bepaald absoluut bedrag overschrijdt of een bepaald relatief verschil tussen het fictieve en werkelijke rendement.
 - 6.4.2 Ons inziens ligt een dergelijke benadering niet voor de hand. Allereerst is het de vraag waarom bij geringer nadeel (zeker indien sprake is van een drempel met absolute bedragen) geen aanspraak kan worden gemaakt op rechtsherstel en bij groter nadeel wel. Het is ons inziens lastig voor dat onderscheid een juridisch acceptabele rechtvaardiging te vinden. Een dergelijke drempel zou daarmee al snel in strijd kunnen komen met artikel 14 EVRM.

Daarbij is nadeel ook relatief. Voor een kleine spaarder die boven de drempel uitkomt kan een relatief gering nadeel toch grotere impact hebben dan

bijvoorbeeld een vermogende particulier die in absolute zin een groter nadeel ondervindt.

- 6.4.3 Het door u genoemde het Fierensmarge-arrest¹⁸ betrof de in de Wet WOZ opgenomen bepaling die inhield dat een bij WOZ-beschikking vastgestelde waarde van een onroerende zaak geacht werd juist te zijn indien de afwijking van de vastgestelde waarde en de werkelijke waarde binnen een bepaalde marge blijft. De Hoge Raad oordeelde dat hiermee een effectieve betwisting van de rechtmatigheid van de WOZ-beschikking wordt verhinderd en sprake is van een inbreuk op artikel 1 Eerste Protocol EVRM. De in vraag (2b) voorgestelde beperking van de tegenbewijsregeling kan eveneens als een procedurele bepaling waarmee effectieve betwisting van de hoogte van het verleende rechtsherstel wordt verhinderd worden beschouwd, zodat ons inziens ook daarom van deze inkadering van de tegenbewijsregeling moet worden afgezien.
- 6.4.4 Voor de regeling als voorgesteld onder 2c en 2d zien we weinig juridische aanknopingspunten. De door de Hoge Raad gesignaleerde problemen zagen immers op het fictieve rendement dat is berekend over het vermogen. Het ligt daarom niet voor de hand het leveren van tegenbewijs te beperken aan de hand van aspecten die daar niet aan zijn gerelateerd, zoals de vraag of de geheven belasting het inkomen uit vermogen overtrof.
- 6.4.5 Wij wijzen er voorts nog op dat bij de beoordeling van de proportionaliteitstoets van belang kan zijn of de belasting op inkomsten uit vermogen uitgaat boven dat inkomen zelf. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat sprake is van schending van het EVRM en dat rechtsherstel moet worden geboden op basis van het werkelijke inkomen. Daardoor speelt de proportionaliteitstoets niet meer. De in 2c en 2d voorgestelde inkadering van de tegenbewijsmogelijkheid komt in feite neer op maximalisering van de heffing op een tarief van 100% van het werkelijke inkomen uit vermogen. Wij achten het onwaarschijnlijk dat de rechter deze inkadering van de tegenbewijsmogelijkheid zal aanvaarden.
- 6.5 *Vraag 2e: Tegenbewijsregeling alleen openstellen voor belastingplichtigen die bezwaar hebben gemaakt of waarvan de aanslag nog niet onherroepelijk vaststaat*
- 6.5.1 De tegenbewijsregeling hoeft juridisch gezien niet te worden opengesteld voor belastingplichtigen die geen bezwaar hebben gemaakt, zie ons eerdere advies van 27 januari 2022 over de vraag of artikel 13 EVRM met zich brengt dat artikel 45aa sub b URIB niet kan en mag worden toegepast in de gevallen waarin geen bezwaar is gemaakt tegen de vermogensrendementsheffing in box 3 voor de jaren 2017 en 2018. Dat is wat ons betreft een politiek-bestuurlijke afweging, al kan daar ook anders over worden gedacht. In lijn daarmee zou dat dan ook gelden voor het openstellen van een tegenbewijsregeling.

¹⁸ HR 22 oktober 2010, ELCI:NL:HR:2010:BL1943.

- 6.5.2 U heeft ons ook de mogelijkheid voorgelegd dat coulancehalve ook niet-bezwaarmakers het aangepaste forfait wordt geboden (als dat gunstiger is), maar dan zonder mogelijkheid van tegenbewijs. Daarmee wordt ontegenzeggelijk de niet-bezwaarmakers tegemoet gekomen. Dat kan er toe leiden dat minder mensen opkomen tegen de beslissing om geen compensatie te bieden. Het is dan echter niet uitgesloten dat de rechter daarin aanleiding ziet om dan ook inhoudelijk te beoordelen of de coulanceregeling aan de eisen van de Hoge Raad voldoet.

7 Tegenbewijsregeling bij spoedwetgeving (jaren 2023 en 2024)

- 7.1 De Hoge Raad stelt in het arrest van 24 december 2021 voorop dat een forfaitaire regeling mogelijk is, en dat een zekere ruwheid daaraan inherent is. Dat degenen die het beter doen dan het forfait, een voordeel hebben ten opzichte van degenen die het slechter doen dan het forfait, is (pas) een probleem voor zover bij het vaststellen van het forfait niet wordt geprobeerd de werkelijkheid te benaderen (rov. 3.2.3).
- 7.2 De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat dat vanaf 2017 het geval is, en dat de wetgever vanaf dat jaar geen meer aansluiting heeft gezocht bij de rendementen die belastingplichtigen in de praktijk, over een langere periode bezien, gemiddeld zouden moeten kunnen behalen zonder dat zij daar (veel) risico voor hoeven nemen (rov. 3.3.1 en zie ook rov. 3.3.5).
- 7.3 Van deze uitgangspunten wordt in de mogelijke regeling waarvan u ons de contouren heeft voorgelegd, geen afstand genomen. Dat betekent dat de nieuwe regeling aan dezelfde uitgangspunten moet voldoen, en dat de problemen die de Hoge Raad ten aanzien van de huidige regeling vaststelt, verholpen moeten worden. Wel heeft de wetgever ook bij een spoedwetgeving de hiervoor in onderdeel 4.1 omschreven beoordelingsvrijheid.
- 7.4 Een tegenbewijsregeling kan bijdragen aan de rechtvaardiging voor een forfait, maar kan geen fundamentele problemen in het stelsel verhelpen. Het oude systeem voor de toekomst handhaven met een tegenbewijsregeling is wat ons betreft dan ook niet mogelijk. In het nieuwe systeem zal voldoende aan de bezwaren van de Hoge Raad tegemoet gekomen moeten worden. Een tegenbewijsregeling kan wel de keuze voor bepaalde forfaits meer rechtvaardigen en er voor zorgen dat voor gevallen die afwijken van de meer standaard benadering aan de hand waarvan de forfaits zullen worden vastgesteld, ook een goede uitkomst wordt bereikt doordat een mogelijkheid wordt geboden ook bij het werkelijk rendement aan te sluiten.

Voor de inkadering van een tegenbewijsregeling gelden de opmerkingen die wij hiervoor hebben gemaakt over een tegenbewijsregeling in het kader van rechtsherstel.

- 7.5 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 daarentegen – in ieder geval voor het overgrote deel van de gevallen – eenvoudig te leveren zijn, ook voor natuurlijke personen zonder fiscale bijstand.
- 7.6 Wij begrijpen van u dat dat zeer de vraag is en dat dit tegenbewijs in veel gevallen niet of slechts moeilijk te leveren zal zijn. Wij vragen ons in die omstandigheden sterk af of een tegenbewijsregeling alleen al vanwege de te verwachten frustraties en uitvoeringsproblemen een reële optie is.
- 7.7 Als dat niet het geval is, ligt het in de rede om in te zetten op een regeling waarbij zo goed mogelijk aan de door de Hoge Raad gesignaleerde problemen tegemoet wordt gekomen, al dan niet door de gekozen forfaits ruimhartiger in te richten. Hiervoor gaven wij al aan dat de wetgever bij het inrichten van wetgeving en de keuzes in een belastingstelsel over een *wide margin of appreciation* beschikt. Er kan dus ook worden bezien of de uitgangspunten anders kunnen worden gekozen. Er zal in ieder geval scherp uiteen moeten worden gezet welke uitgangspunten de wetgever voor de gekozen forfaitaire regeling hanteert. Wellicht kan er ook aan worden gedacht om het werkelijk rendement scherper te benaderen door jaarlijks forfaits te herijken of vast te stellen. Daarbij zou mogelijk het tarief voor box 3 kunnen worden aangepast. Wellicht zou ook een beperktere tegenbewijsregeling – die wel voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst goed uitvoerbaar is – nog een te onderzoeken denkrichting kunnen zijn (bijvoorbeeld vanwege het onderscheid tussen aandelen en obligaties dat niet kan worden gemaakt).