

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor [REDACTED] (Ministerie van Financiën (DGB))
van [REDACTED] (kantoor
landsadvocaat)
datum 18 augustus 2022
inzake Advies scenario's rechtsherstel niet-bezwaarmakers Box 3
zaaknr 11018774

1 Inleiding

U hebt ons gevraagd advies uit te brengen over twee scenario's waarin rechtsherstel wordt geboden aan niet-bezwaarmakers in het kader van de belastingheffing in box 3, waarvan de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2021 heeft beslist dat die niet toelaatbaar is voor zover belasting wordt geheven over een fictief rendement op spaargeld dat (veel) hoger is dan het daadwerkelijk genoten rendement. De vraag is ingegeven door de politieke wens om – ondanks het arrest van de Hoge Raad van 22 mei 2022, waaruit volgt dat de minister niet gehouden is compensatie te bieden aan niet-bezwaarmakers – toch (enige mate van) rechtsherstel te bieden aan (met name 'kleine') spaarders die benadeeld zijn door toepassing van de belastingheffing in box 3 in de jaren 2017-2020 en die geen bezwaar hebben gemaakt tegen de heffing over de jaren 2017-2020.

2 Samenvatting van ons advies

- 2.1 In de Kamerbrief van 8 juli 2022¹ is de Staatssecretaris van Financiën ingegaan op verschillende scenario's voor het (gelet op de uitspraak van de Hoge Raad van 22 mei 2022 onverplicht) bieden van rechtsherstel aan niet-bezwaarmakers naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021. U heeft ons gevraagd te adviseren over de vraag of de in die brief genoemde scenario's 3A en 3B in overeenstemming zijn met de artikelen 1 EP en 14 EVRM.
- 2.2 Artikel 1 EP EVRM is naar onze overtuiging niet van toepassing op de zojuist genoemde vorm van rechtsherstel.

¹ Kamerstukken II, 2021/2022, 32 140, nr. 133.

- 2.3 Gelet op de ruime *margin of appreciation* die de wetgever toekomt, in het bijzonder in fiscale zaken, de jurisprudentie van het EHRM hierover, en de overwegingen die blijkens de Kamerstukken aan het gemaakte onderscheid ten grondslag liggen, schatten wij in dat het maken van onderscheid tussen 'kleine spaarders' en 'grotere spaarders' binnen de groep niet-bezwaarmakers, zoals voorzien in scenario 3A, niet in strijd komt met artikel 14 EVRM en/of artikel 1 Twaalfde Protocol.
- 2.4 Wel leidt dit scenario er (mogelijk onbedoeld) toe dat personen met een groot vermogen aan spaargeld relatief in mindere mate worden gecompenseerd dan belastingplichtigen met een even groot vermogen maar met minder spaargeld (en bijvoorbeeld veel beleggingen). Niet goed valt in te zien waarom een persoon met een groot aandeel spaarvermogen een relatief kleiner deel van het nadeel vergoed zou kunnen krijgen, dan een persoon met een kleiner aandeel spaarvermogen, terwijl zijn of haar totale vermogen gelijk is en derhalve ook de veronderstelde draagkracht. Dat onderscheid eist naar ons idee een eigen rechtvaardiging of een aanpassing van de compensatiemethodiek.
- 2.5 De proportionaliteit van het gemaakte onderscheid in scenario 3B is naar onze inschatting juridisch kwetsbaar. De aard van dat onderscheid, waarbij een deel van de niet-bezwaarmakers in het geheel geen rechtsherstel ontvangt, vergt naar onze mening een toereikende onderbouwing van de proportionaliteit daarvan. Zonder die onderbouwing, die voorsnog ontbreekt, moet er rekening mee worden gehouden dat scenario 3B in strijd komt met artikel 14 EVRM en/of artikel 1 Twaalfde Protocol.

3 Feiten, achtergronden en vraagstelling

- 3.1 In zijn Kamerbrief van 8 juli 2022,² waarnaar u ook in uw adviesaanvraag verwijst, gaat de Staatssecretaris van Financiën in op verschillende scenario's voor het bieden van rechtsherstel aan niet-bezwaarmakers. Hij heeft daarin ook aandacht besteed aan de mogelijkheden om het rechtsherstel toe te spitsen op spaarders met kleinere vermogens en heeft in dat verband verwezen naar de aangenomen moties van het lid Van Dijk c.s. en de gewijzigde motie van het lid Eppink. In de motie van Van Dijk c.s. wordt de regering verzocht:

"(...) op korte termijn met een uitwerking te komen van de verschillende scenario's en daarbij nadrukkelijk aandacht te schenken aan de scenario's waarin onderscheid wordt gemaakt tussen grote en kleine spaarders en daarbij ook duidelijk de budgettaire consequenties in kaart te brengen."

- 3.2 In de motie van het lid Eppink wordt verzocht kleine spaarders bij het rechtsherstel voorrang te geven. Uit de Kamerstukken blijkt dat die wens is ingegeven door de gedachte dat zich onder de kleine spaarders veel ouderen bevinden met enkel een AOW-uitkering, die geld hebben gespaard voor hun oude dag. Zij worden

² Kamerstukken II, 2021/2022, 32 140, nr. 133.

verondersteld het meest te zijn benadeeld door de inning van de vermogensrendementsheffing.

- 3.3 In de hiervoor genoemde Kamerbrief zijn verschillende scenario's beschreven voor rechtsherstel, in twee waarvan met name, respectievelijk uitsluitend, rechtsherstel wordt geboden aan 'kleine spaarders' (scenario's 3A en 3B).³ In uw adviesaanvraag worden de laatste scenario's als volgt toegelicht:

Scenario 3A

In deze variant wordt de forfaitaire spaarvariant ook toegepast voor niet-bezwaarmakers, maar wordt een daaruit voortvloeiende vermindering gemaximeerd, in de zin dat de vermindering per belastingaanslag bijvoorbeeld maximaal € 500 of € 1.000 bedraagt. Dit wordt geregeld door de verlaging van het voordeel uit sparen en beleggen bij toepassing van de forfaitaire spaarvariant te maximeren op € 1.666 ($/30\% = € 500$) of op € 3.332 ($/30\% = € 1.000$).

In dit scenario wordt aan niet-bezwaarmakers met een vermogen tot grofweg € 87.000 dan wel € 117.000 hetzelfde rechtsherstel geboden als aan degenen die onder het beleidsbesluit vallen.

Niet-bezwaarmakers met een hoger vermogen krijgen in dit scenario minder rechtsherstel dan degenen met hetzelfde vermogen (in dezelfde samenstelling) die onder het beleidsbesluit vallen.

Scenario 3B

In deze variant wordt rechtsherstel volgens de forfaitaire spaarvariant alleen voor niet-bezwaarmakers met een vermogen tot bijvoorbeeld maximaal € 200.000 geboden. Het nog te bepalen bedrag is een harde grens; niet-bezwaarmakers die met een hoger vermogen krijgen geen rechtsherstel.

In dit scenario krijgen niet-bezwaarmakers met een vermogen boven het nog te bepalen bedrag minder, namelijk geen, rechtsherstel dan degenen die onder het beleidsbesluit vallen, afhankelijk van de samenstelling van het vermogen van de laatstbedoelde groep. Binnen de groep niet-bezwaarmakers wordt een onderscheid gemaakt afhankelijk van de omvang van het vermogen.

- 3.4 In het bijzonder heeft u onze inschatting gevraagd van het risico dat het aan de niet-bezwaarmakers te bieden rechtsherstel op regelniveau in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, zonder dat de schending van de 'fair balance' op het niveau van de individuele belastingplichtige wordt beoordeeld, of in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM. Daarnaast vraagt u ook in het bijzonder onze inschatting van het risico dat de scenario's leiden tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling tussen de niet-bezwaarmakers en degenen die op grond van het beleidsbesluit wel rechtsherstel krijgen (en die dus wel bezwaar hebben gemaakt) dan wel binnen de groep niet-bezwaarmakers onderling.
- 3.5 In uw adviesaanvraag licht u toe dat indien één van deze twee scenario's gekozen zou worden, de regeling in wetgeving in formele zin vastgelegd zal worden. Bij beide

³ U heeft ons alleen gevraagd te adviseren over de scenario's 3A en 3B.

scenario's vindt rechtsherstel plaats door vermindering van de aanslagen inkomstenbelasting.

4 Juridisch kader

4.1 Inleidende opmerking

4.1.1 Hoewel de rechter, vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, in voorkomend geval de regeling enkel zal kunnen toetsen aan internationale verdragen, merken wij op dat niettemin op de wetgever de verplichting rust om wetgeving in formele zin te toetsen aan verenigbaarheid van deze wet met (in dit geval met name artikel 1 van) de Grondwet.

4.1.2 Conform uw verzoek zullen wij ons evenwel beperken tot een appreciatie van de verenigbaarheid van voornoemde scenario's met artikel 1 Eerste Protocol en artikel 14 EVRM (en artikel 1 Twaalfde Protocol). Daarbij merken wij op dat toetsing van de scenario's aan artikel 1 van de Grondwet niet tot een wezenlijk andere conclusie zal leiden dan toetsing aan artikel 14 EVRM, gelet op de vrijwel gelijke inhoud en strekking van beide bepalingen.

4.2 Artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM

4.2.1 Artikel 1 EP EVRM beschermt het genot op eigendom. In de kern genomen stelt artikel 1 EP EVRM regels voor de wijze waarop de overheid het recht op eigendom van rechtssubjecten mag reguleren of mag ontnemen.

4.2.2 Naar onze mening is artikel 1 EP EVRM niet in het geding als het gaat om de keuze voor een variant voor rechtsherstel. De varianten voor rechtsherstel waar het hier om gaat, hebben immers betrekking op de zogenoemde niet-bezwaarmakers. Zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 2022 en ook in de hiervoor genoemde kamerbrief is onderkend, heeft deze groep belastingplichtigen rechtens geen aanspraak op rechtsherstel en kan hen in zoverre ook geen eigendom (als bedoeld in artikel 1 EP EVRM) worden ontnomen en kan in zoverre evenmin regulering daarvan plaatsvinden.⁴ Er bestaat geen verplichting (in rechte afdwingbare aanspraak) tot ambtshalve vermindering van deze aanslagen, omdat de onjuistheid van de belastingaanslag voortvloeit uit jurisprudentie die eerst is geweest nadat die aanslag onherroepelijk is komen vast te staan.

4.2.3 Indien de wetgever er evenwel om politieke redenen voor zou kiezen om deze groep tóch rechtsherstel te bieden, dan valt daarom naar onze mening niet in te zien hoe die keuze aangemerkt kan worden als het reguleren of het ontnemen van eigendom als bedoeld in artikel 1 EP EVRM. Met het rechtsherstel wordt aan de belastingplichtige onverplicht een extra aanspraak toegekend, in de vorm van het compensatiebedrag.

⁴ HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:720.

Daarmee wordt derhalve geen bestaand eigendom gereguleerd, nu de belastingplichtige geen rechtens afdwingbare aanspraak op rechtsherstel heeft. Er is bovendien al helemaal geen sprake van een ontneming van eigendom.

4.2.4 Gelet op het voorgaande is artikel 1 EP EVRM naar onze overtuiging niet van toepassing op de zojuist genoemde vorm van rechtsherstel.

4.3 *Artikel 14 EVRM en artikel 1 Twaalfde Protocol*

4.3.1 Voorts vroeg u ons in te gaan op de verenigbaarheid van beide scenario's met artikel 14 EVRM. Dit artikel luidt:

Artikel 14 EVRM

Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

4.3.2 Artikel 14 EVRM heeft een accessoir karakter. Dit brengt met zich dat de bepaling alleen kan worden ingeroepen wanneer een ongelijke behandeling betrekking heeft op een expliciet door het EVRM beschermd recht. Zoals hiervoor toegelicht, zien wij geen ruimte voor de conclusie dat het rechtsherstel via scenario's 3A en 3B valt binnen het toepassingsbereik van artikel 1 EP EVRM. Een eventueel beroep op artikel 14 EVRM zou daarop naar onze inschatting eveneens stuklopen.

4.3.3 Artikel 1 van het Twaalfde Protocol betreft echter, anders dan artikel 14 EVRM, een zelfstandige gelijke behandelingsbepaling. Betrokkenen zouden zich dus wél op dit artikel kunnen beroepen, als zij van oordeel zijn dat de regeling voor rechtsherstel ongeoorloofd onderscheid zou maken.

Artikel 1 Twaalfde Protocol EVRM

1. Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

2. Niemand mag worden gediscrimineerd door enig openbaar gezag op, met name, een van de in het eerste lid vermelde gronden.

4.3.4 Hoewel in artikel 1 van het Twaalfde Protocol, anders dan in artikel 14 EVRM, in het tweede lid een expliciet verbod op discriminatie is opgenomen, oordeelde het EHRM⁵ dat artikel 1 Twaalfde Protocol geen verdergaande strekking heeft dan artikel 14 EVRM, zodat er geen verdergaande verplichtingen of rechten uit kunnen worden

⁵ EHRM (GK) 22 december 2009, nrs. 27996/06 en 34836/06 (*Sejdic en Finci/Bosnië-Herzegovina*) rov. 55.

afgeleid dan onder artikel 14 EVRM worden erkend.⁶ Omdat over artikel 1 Twaalfde Protocol nog weinig jurisprudentie voorhanden is, wordt in het navolgende met name ingegaan op jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad met betrekking tot artikel 14 EVRM. Nu beide bepalingen een overeenkomstige strekking hebben, geeft de jurisprudentie over de toepassing van artikel 14 EVRM een goede indicatie hoe rechters met artikel 1 Twaalfde Protocol zullen omgaan indien dat in een (onverhoopte) procedure zou worden ingeroepen.

4.4 *Is sprake van ongelijke behandeling van gelijke gevallen?*

- 4.4.1 Uit uw vraagstelling maken wij op dat u een antwoord wenst op de vraag of rechtsherstel via beide scenario's leidt tot ongerechtvaardigd onderscheid i) tussen bezwaarmakers en niet-bezwaarmakers, alsmede ii) binnen de groep niet-bezwaarmakers onderling.
- 4.4.2 De voorvraag die beantwoord moet worden is of er überhaupt sprake is van ongelijke behandeling van gelijke gevallen. Naar ons oordeel zijn de bezwaarmakers (die vallen onder het beleidsbesluit) en de niet-bezwaarmakers (die niet vallen onder het beleidsbesluit) géén gelijke gevallen die gelijk behandeld behoeven te worden. Dit volgt uit jurisprudentie van het EHRM,⁷ maar ook uit het arrest van de Hoge Raad van 20 mei jl⁸ waarin is bepaald dat niet-bezwaarmakers (in tegenstelling tot de bezwaarmakers die nu onder het beleidsbesluit vallen) geen aanspraak kunnen maken op restitutie van de teveel betaalde vermogensrendementsheffing. Het gaat hier dus niet om gelijke gevallen, zodat van een ongerechtvaardigd onderscheid in de zin van artikel 14 EVRM/artikel 1 Twaalfde Protocol geen sprake kan zijn.
- 4.4.3 Het vorenstaande is anders waar het gaat om mogelijke ongelijke behandeling *binnen* de groep van niet-bezwaarmakers. In zowel scenario 3A als scenario 3B wordt onderscheid gemaakt binnen deze groep. Voor alle personen binnen deze groep geldt dat zij rechtens geen aanspraak kunnen maken op rechtsherstel omdat de aan hen opgelegde aanslagen onherroepelijk zijn geworden, terwijl zij mogelijk (afhankelijk van de opbouw van hun vermogen) wel benadeeld zijn doordat zij te veel vermogensrendementsheffing hebben betaald. Binnen deze wat dát betreft homogene groep wordt in beide scenario's onderscheid gemaakt op grond van de hoogte van hun vermogen in de vorm van spaargeld. Niet-bezwaarmakers met een lager vermogen in de vorm van spaargeld worden immers in beide scenario's anders (gunstiger) behandeld dan niet-bezwaarmakers met een hoger vermogen in de vorm van spaargeld.

⁶ *Grondrechten*, druk 2, 2022, Gerards, p. 3.

⁷ EHRM, 23 oktober 1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society/Verenigd Koninkrijk (117/1996/736/933-935), waarin het EHRM oordeelde dat geen sprake was van ongelijke behandeling van gelijke gevallen, omdat klagers – anders dan de groep met wie zij zich vereenzelvigden – geen procedure hadden aangespannen tegen de geldigheid van een bepaalde belastingmaatregel.

⁸ HR 20 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:720.

- 4.4.4 Artikel 14 EVRM en 1 Twaalfde Protocol noemen 'vermogen' echter expliciet als één van de gronden waarop geen onderscheid mag worden gemaakt, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.⁹ Dit brengt mee dat deze artikelen in het kader van het bieden van rechtsherstel in de genoemde scenario's wel relevant zijn en dat moet worden gezien of er een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat voor dit verschil in behandeling van niet-bezwaarmakers.
- 4.5 *Is het gemaakte onderscheid binnen de groep niet-bezwaarmakers gerechtvaardigd?*
- 4.5.1 De maatstaf om te bepalen of voor een ongelijke behandeling in de zin van artikel 14 van het EVRM een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, is of voor het gemaakte onderscheid een legitiem doel bestaat (legitimititeit), of het onderscheid voor het bereiken van dit doel passend is (doelmatigheid) en of tussen het onderscheid en het doel een redelijke mate van evenredigheid bestaat (proportionaliteit).¹⁰
- 4.5.2 De wetgever beschikt over een grote mate van beleidsvrijheid (*margin of appreciation*) om wetgeving tot stand te brengen en de verscheidene belangen af te wegen.¹¹ Met name op fiscaal gebied komt over het algemeen aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toe bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor de toepassing van de bedoelde verdragsbepalingen als gelijk moeten worden beschouwd en of, bij bevestigende beantwoording van die vraag, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen.¹²
- "For the purposes of Article 14 a difference of treatment is discriminatory if it "has no objective and reasonable justification", that is if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised". Moreover in the field of taxation the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment."¹³
- 4.5.3 Als het niet gaat om onderscheid op basis van aangeboren kenmerken van een persoon (zoals geslacht, ras en etnische afkomst) dient het oordeel van de wetgever te worden geëerbiedigd, tenzij het van iedere redelijke grond ontbloomt is ("manifestly without reasonable foundation"). Dit laatste wordt niet snel aangenomen.¹⁴ Van onderscheid op basis van aangeboren kenmerken is in scenario's 3A en 3B evident geen sprake.

⁹ Zie bijvoorbeeld: EHRM, 24 november 1986, Gillow/Verenigd Koninkrijk (9063/80; A-109).

¹⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 13 juli 1979, nr. 6833/74 (Marckx/België).

¹¹ EHRM 8 juli 1984, nr. 8777/79 (Rasmussen/Denemarken); EHRM 22 juni 1999, nr. 46757/99 (Della Ciaja e.a./Italië).

¹² Zie HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3022, waarin de Hoge Raad in rov. 3.3.1 verwijst naar het arrest EHRM 22 juni 1999 no. 46757/99, Della Ciaja e.a./Italië, ECLI:CE:ECHR:1999:0622DEC004675799 en het genoemde arrest van het EHRM in de zaak Burden, paragraaf 60.

¹³ EHRM 22 juni 1999, no. 46757/99, Della Ciaja e.a./Italië.

¹⁴ EHRM 12 april 2006, no. 65731/01, Stec en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, ECLI:CE:ECHR:2006:0412JUD006573101, paragraaf 52, en EHRM 4 november 2008, no. 42184/05, Carson en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD004218405, paragrafen 73 en 80. EHRM 7 juli 2011, nr. 37452/02 (Summer/Oostenrijk), rov. 89; ABRvS 22 oktober 2014, nr. 201307908/1/A3, rov. 4.3.

- 4.5.4 Uit de Kamerstukken volgt dat beide scenario's zijn ingegeven door de wens om (met name) de niet-bezwaarmakers die het meest last hebben gehad van de toepassing van de vermogensrendementsheffing (waarbij aangenomen wordt dat de 'kleine spaarders' zijn) rechtsherstel te bieden. Daarbij speelt eveneens een rol dat het (onverplicht) bieden van rechtsherstel aan alle niet-bezwaarmakers zou leiden tot een budgettaire derving van € 4,1 miljard (exclusief onder meer uitvoeringskosten), terwijl – zo wordt in de Kamerbrief uiteengezet – het kabinet met verschillende budgettaire uitdagingen te kampen heeft en daarin dus keuzes gemaakt moeten worden. Om aan beide op zichzelf redelijke uitgangspunten tegemoet te kunnen komen (het bieden van rechtsherstel aan 'kleine spaarders' enerzijds, en het beperken van de budgettaire consequenties anderzijds), is het maximeren van het budget voor het bieden van rechtsherstel en het vervolgens maken van onderscheid binnen de groep van niet-bezwaarmakers legitiem.

Als enkel rechtsherstel tot uitgangspunt zou zijn genomen maar met een beperking van de budgettaire consequenties, had het meer voor de hand gelegen om het herstel (bedrag) te relateren aan het totaal beschikbare budget. Als bijvoorbeeld met het volledige rechtsherstel voor niet-bezwaarmakers € 4 mld. zou zijn gemoeid en daarvoor €2 mld. beschikbaar is, zou de belastingvermindering voor iedere niet-bezwaarmaker over de jaren 2017-2020 dan dus 50% van het door hem of haar geleden nadeel bedragen (van het benodigde budget om volledig rechtsherstel te bieden is immers de helft beschikbaar). In een dergelijke benadering worden niet-bezwaarmakers niet ongelijk behandeld en is artikel 14 of artikel 1 Twaalfde Protocol niet van toepassing. Uit de kamerbrief blijkt echter dat niet voor deze optie is gekozen.

- 4.5.5 Wel moet het onderscheid binnen de groep van niet-bezwaarmakers doelmatig en proportioneel zijn. Of dat het geval is, hangt af van de aard van het gemaakte onderscheid enerzijds, en de onderbouwing en motivering daarvan anderzijds.

5 Scenario 3A

Voor scenario 3A geldt dat aan alle niet-bezwaarmakers rechtsherstel geboden wordt. Als gevolg van het in dit scenario voor het rechtsherstel gekozen maximumbedrag aan vermogen, leidt dit ertoe dat de 'kleine spaarders' volledig worden gecompenseerd, terwijl dit voor de grotere spaarders niet geldt, nu zij maximaal (bijvoorbeeld) € 1.000 belastingvermindering krijgen, terwijl het bedrag dat zij teveel hebben betaald aan vermogensrendementsheffing hoger is.

5.1 *Onderscheid grote en kleine spaarders*

- 5.1.1 Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de wetgever bij het indelen van belastingplichtigen in tariefgroepen een ruime beoordelingsvrijheid toekomt.¹⁵ Het

¹⁵ Hoge Raad 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1715.

EHRM acht belastingmaatregelen die een hogere belastingdruk opleggen aan vermogender belastingplichtigen in lijn met het legitieme uitgangspunt van progressieve belastingheffing.

Zie bijvoorbeeld het arrest Della Ciaja e.a./Italië. De zaak betrof het Italiaanse successietarief dat hoger werd met de omvang van de nalatenschap, ongeacht het aantal verkrijgenden, waardoor van elk van de vier erfgenamen meer successierecht werd geheven dan als ieder hetzelfde zou hebben geërfd als enige erfgenaam. Het EHRM achtte dit systeem niet in strijd met artikel 14 EVRM:

“In the present case, Article 6 of Presidential Decree no. 637 of 1972 pursued the legitimate aim of placing a higher fiscal pressure on more substantial estates, in accordance with the principle of progressiveness of taxation, which is adopted in a large number of the Member States of the Council of Europe. Moreover, the difference of treatment complained of was a mere consequence of the choice made by the Italian Parliament of assessing tax rates on the estate as a whole, and not on the heirs’ individual assets. In this context, it is to be recalled that systems of taxation inevitably differentiate between different groups of taxpayers and that the implementation of any taxation system creates marginal situations (see Eur. Comm. HR, N° 13013/87, Dec. 14.12.88 and N° 11089/84, Dec. 11.11.86, quoted above).

It is not for the Convention Organs to substitute their own opinion on the efficiency of a system of taxation to that of the national authorities. This matter falls within the margin of appreciation of the Contracting States. The Court confines itself in observing that the measures at issue are not manifestly illogical or arbitrary, given that as a general rule substantial estates reflect a greater taxable capacity. It considers therefore that the means employed to achieve the legitimate aim pursued were not disproportionate.”¹⁶

- 5.1.2 Opmerking verdient dat het in scenario 3A niet gaat om het heffen van hogere belastingen bij vermogender spaarders, maar om het in mindere mate (onverplicht) compenseren van vermogender spaarders voor reeds (ten onrechte) betaalde belasting. De hiervoor bedoelde rechtspraak ziet dus niet rechtstreeks op de in dit advies aan de orde zijnde vraag. Omdat het rechtsherstel ten aanzien van niet-bezwaarmakers onverplicht geschiedt en het dus niet gaat om het onthouden van (een deel van de) schadevergoeding waarop rechtens aanspraak bestaat,¹⁷ verwachten wij echter dat naar analogie met genoemde rechtspraak een onderscheid gemaakt kan worden aan de hand van het vermogen. De Staat komt immers een ruime beleidsvrijheid toe bij het inrichten van het onverplichte rechtsherstel.

¹⁶ EHRM 22 juni 1999, no. 46757/99, Della Ciaja e.a./Italië.

¹⁷ Indien de Staat bijvoorbeeld onrechtmatig heeft gehandeld en op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk is jegens een bepaalde persoon, kan hij er niet voor kiezen een deel van de schade niet te vergoeden.

- 5.1.3 In lijn met deze jurisprudentie van het EHRM verwachten wij dat ook het maximeren van het (onverplichte) rechtsherstel voor 'grotere' spaarders niet 'manifestly illogical of arbitrary' is. Daarvoor lijkt dan wel vereist te zijn dat budgettaire afwegingen tot de politieke conclusie leiden dat volledig (onverplicht) rechtsherstel te kostbaar is. Dat kan meebrengen dat voor het rechtsherstel van de groep niet-bezwaarmakers keuzes moeten worden gemaakt. Als 'general rule' (zie het arrest Della Ciala hierboven) mag tot uitgangspunt worden genomen dat grotere spaarders meer vermogensbelasting kunnen dragen, ook al is dat niet in alle gevallen feitelijk juist. Daarvan uitgaande kan worden aangenomen dat grote spaarders als 'general rule' ook minder hard worden getroffen door een niet volledige compensatie van hun te veel betaalde belasting dan kleinere spaarders, ook al kan dat in individuele gevallen anders zijn. Dit brengt mee dat het rechtsherstel dat aan grote spaarders geboden wordt, kan worden gemaximeerd tot een bepaald bedrag.
- 5.1.4 Gelet op de ruime *margin of appreciation* die de wetgever toekomt, in het bijzonder in fiscale zaken, de voornoemde jurisprudentie van het EHRM hierover, en de overwegingen die blijkens de Kamerstukken aan het gemaakte onderscheid ten grondslag liggen, schatten wij in dat het maken van onderscheid tussen 'kleine spaarders' en 'grotere spaarders' binnen de groep niet-bezwaarmakers, zoals voorzien in scenario 3A, niet in strijd komt met artikel 14 EVRM en/of artikel 1 Twaalfde Protocol.
- 5.2 *Onderscheid tussen grote spaarders onderling*
- 5.2.1 Als wij de systematiek voor rechtsherstel goed begrijpen, kan zich echter wel een extra complicatie voordoen.
- 5.2.2 Uitgangspunt is dat de compensatie wordt berekend aan de hand van een vergelijking van het forfaitaire rendement onder de oude regeling voor box 3, afgezet tegen het forfaitaire rendement op basis van de forfaitaire spaarvariant. Dat betekent dat voor het rendement onderscheid wordt gemaakt tussen vermogen uit sparen en vermogen uit beleggen of andersoortig vermogen. Het verschil in het forfaitaire rendement voor sparen en voor beleggen of ander vermogen, leidt ertoe dat het belastingnadeel bij een gelijk vermogen *hoger* uitvalt bij een belastingplichtige met een groter aandeel spaargeld in zijn totaalvermogen, dan bij een belastingplichtige met een groter aandeel belegd vermogen of ander vermogen. Op een gegeven moment is er zelfs geen schade ontstaan, als het deel belegd vermogen of ander vermogen groot genoeg is ten opzichte van het deel spaargeld en een belastingplichtige dus het forfaitaire rendement waarvoor hij of zij in de oude regeling is belast ook daadwerkelijk heeft behaald, ondanks de lage rente op het (kleine aandeel) spaargeld.
- 5.2.3 Deze constellatie betekent dus ook dat het rechtsherstel uiteenloopt afhankelijk van de vermogensopbouw, ook al is het totale vermogen gelijk in omvang. Aangezien het rechtsherstel vervolgens is gemaximeerd op een absoluut bedrag, leidt dit ertoe dat

iemand met een groot aandeel spaargeld in zijn vermogen relatief gezien een kleiner deel van zijn belastingnadeel als compensatie ontvangt, dan iemand met een groter aandeel belegd vermogen of ander vermogen.

Het volgende cijfervoorbeeld kan het voorgaande illustreren. Denkbaar is dat iemand met € 400.000,- vermogen in spaargeld als gevolg van de maximering een belastingteruggave ontvangt van maximaal € 1.000,-. Het feit dat hij niet meer dan € 1.000,- ontvangt, ondanks de grotere omvang van zijn nadeel, wordt dan gerechtvaardigd door de omstandigheid dat zijn vermogen aan spaargeld groter is dan € 117.000. Dit terwijl iemand die bijvoorbeeld ook een totaal vermogen van € 400.000,- bezit, maar waarvan € 300.000,- bestaat uit belegd vermogen, een groter deel van het nadeel (voor zover feitelijk al enig nadeel zou zijn ontstaan omdat over het totale vermogen (inclusief het deel spaargeld) het forfaitaire rendement waarvoor belasting is geheven onder het oude stelsel kan zijn betaald) vergoed krijgt. Zij krijgen weliswaar allebei hetzelfde absolute bedrag aan belastingteruggave, maar de eerste persoon krijgt slechts een beperkter deel van zijn totale nadeel vergoed, terwijl de tweede persoon een relatief hogere compensatie ontvangt. Dat onderscheid kan echter niet gerechtvaardigd worden door een verschil in de totale hoogte van het vermogen. Hierdoor worden spaarders in zekere zin benadeeld ten opzichte van beleggers.

- 5.2.4 Dit is naar onze indruk kwetsbaar, aangezien juist de omvang van het totale vermogen (en dus niet alleen aan spaargeld) wordt gebruikt om te rechtvaardigen dat 'grote spaarders' een kleiner deel van hun nadeel vergoed kregen dan 'kleine spaarders'. Niet goed valt in te zien waarom vervolgens een persoon met een groot aandeel spaarvermogen een relatief kleiner deel van het nadeel vergoed zou kunnen krijgen, dan een persoon met een kleiner aandeel spaarvermogen, terwijl zijn of haar totale vermogen gelijk is en derhalve ook de veronderstelde draagkracht. Dat onderscheid zou naar ons idee een eigen rechtvaardiging eisen, teneinde te voldoen aan het hiervoor genoemde criterium om onderscheid te maken tussen gelijke gevallen, of een aanpassing van de compensatiemethodiek.
- 5.2.5 Indien in dit verband sprake is van een onbedoeld onderscheid, zou dit kunnen worden geadresseerd door de hoogte van de compensatie bij vermogens boven de vermogensgrens (in het gegeven voorbeeld € 117.000) te relateren aan het percentage spaargeld in het totale vermogen.

In het gegeven voorbeeld zou de eerste persoon (met een vermogen van € 400.000,- aan spaargeld) dan de volledige € 1.000,- ontvangen, terwijl de tweede persoon (met hetzelfde vermogen maar € 300.000,- aan beleggingen) een vergoeding ontvangt die is gerelateerd aan het percentage spaargeld in het totale vermogen en daarmee $(100.000/400.000) * 100\% = 25\%$ van € 1.000,- zou ontvangen en dus € 250,-. Het is de vraag of dit onderscheid uitvoeringstechnisch valt te maken, maar omdat in de

kamerbrief deze mogelijkheid bij scenario 3A (op p. 7) wordt genoemd als een verdere aanscherping, lijkt dat tot de mogelijkheden te behoren.

6 Scenario 3B

- 6.1 In scenario 3B ontvangen spaarders met een vermogen groter dan € 200.000 in het geheel *geen* rechtsherstel. Dat betekent dat het verschil in behandeling tussen 'kleine spaarders' en 'grote spaarders' in scenario 3B beduidend groter is dan in scenario 3A. De wetgever zal met name de proportionaliteit van dat onderscheid moeten kunnen onderbouwen.
- 6.2 In de Kamerbrief en uw adviesaanvraag is de toelichting op dit scenario nog summier. Zien wij het goed, dan zou aanleiding voor het onderscheid zijn dat kleine spaarders zwaarder zouden zijn getroffen door de vermogensrendementsheffing dan grote spaarders.
- 6.3 Wij kunnen deze motivering echter niet gemakkelijk volgen, zeker niet zonder nadere onderbouwing. Iemand is (in absolute zin) zwaarder getroffen door de vermogensrendementsheffing indien het forfaitaire rendement op basis van de oude regeling voor box 3 tot meer vermogensbelasting heeft geleid in vergelijking met de nieuwe forfaitaire spaarvariant. In absolute zin zal dat nadeel voor grote spaarders groter zijn dan voor kleine spaarders (dit is, zoals hiervoor al aangegeven, wel afhankelijk van de *opbouw* van het vermogen tussen sparen, beleggen en ander vermogen). Relatief gezien is de schending voor grote en kleine spaarders goeddeels vergelijkbaar (bij een gelijke opbouw), omdat over het gehele vermogen hetzelfde belastingtarief werd gehanteerd. Sterker nog: door de heffingsvrije voet uit box 3 zijn kleine spaarders relatief gezien iets minder zwaar getroffen door de vermogensrendementsheffing dan grote spaarders. Wij vinden het tegen deze achtergrond moeilijk om te rechtvaardigen dat de groep grote spaarders geen compensatie ontvangt, omdat die minder zwaar zou zijn getroffen door de schending dan de kleine spaarders.
- 6.4 Hoewel, als gezegd, budgettaire overwegingen aanleiding kunnen zijn om binnen een bepaalde groep onderscheid te maken bij het bieden van (onverplicht) rechtsherstel, moet wel toereikend (kunnen) worden toegelicht waarom gekozen wordt voor een regeling waarbij een deel van de groep volledige compensatie krijgt terwijl anderen binnen dezelfde groep in het geheel niets krijgen. Dit geldt in het bijzonder als er ook andere scenario's (zoals scenario 3A) denkbaar zijn waarbij het gemaakte onderscheid evenwichtiger is, terwijl de budgettaire derving die ermee gepaard gaat niet zeer sterk afwijkt.

- 6.5 De proportionaliteit van het gemaakte onderscheid in scenario 3B is naar onze inschatting dus juridisch kwetsbaar. De aard van het onderscheid vergt naar onze mening een toereikende onderbouwing van de proportionaliteit daarvan. Zonder die onderbouwing, die vooralsnog ontbreekt, moet er rekening mee worden gehouden dat scenario 3B in strijd komt met artikel 14 EVRM en/of artikel 1 Twaalfde Protocol.