

Memorandum

Aan de Staatssecretaris van Financiën, dr. J.A. Vijlbrief

Van prof. mr. T. Barkhuysen (advocaat-partner Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden)
mr. P.J. van Amersfoort (voormalig belastingadviseur PwC en oud-raadsheer Hoge Raad)
prof. mr. R.H. Happé (emeritus hoogleraar belastingrecht Tilburg University)

Datum 9 maart 2020

Betreft **Advies inzake vermogensrendementsheffing (box 3) voor de jaren 2013-2016 in het licht van EVRM-verplichtingen n.a.v. de arresten van de Hoge Raad van 14 juni 2019: naar proactieve en prudente compensatie**

1. INLEIDING EN CONCLUSIE

1.1 Vraagstelling en opzet van het advies

- (1) Dit advies betreft uw vraag – zoals weergegeven in uw brief van 23 januari 2020 aan de Tweede Kamer (kenmerk 2019-0000215665) – over (kort gezegd) de gevolgen van de arresten van 14 juni 2019 van Hoge Raad over de vermogensrendementsheffing (zie hoofdstuk 5 van de Wet IB 2001, ook wel box 3 genoemd) voor de jaren 2013-2016 in het licht van EVRM-verplichtingen. In die arresten concludeert de Hoge Raad dat deze heffing op *stelselniveau* in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol (“EP”) bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (“EVRM”) *voor zover het nominaal zonder (veel) risico’s gemiddeld haalbare rendement lager is dan 1,2 %*.¹
- (2) Bij de formulering van de adviesvraag hebt u aangegeven dat wij uit mogen gaan van de

¹ Zie onder meer HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.10.2 (voor de jaren 2013 en 2014). Zie ook HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1179 (voor het jaar 2015).

veronderstelling dat het vorenbedoelde rendement over de relevante jaren inderdaad lager is dan 1,2% (hiernaar wordt in uw opdracht onderzoek gedaan door het Centraal Planbureau (“CPB”). Daarom gaan wij in dit advies, gelet op de uitspraken van de Hoge Raad, ervan uit dat de vermogensrendementsheffing inderdaad op stelselniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM voor alle relevante jaren (2013-2016).

- (3) De tweeledige vraag die daarmee naar ons oordeel voorligt is concreet:
- a) Gebiedt het (EVRM-)recht – mede gelet op de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (“EHRM”) – dat de Nederlandse Staat maatregelen treft ervan uitgaande dat de vermogensrendementsheffing op stelselniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM?
 - b) Zo ja, welke maatregelen dient de Nederlandse Staat te nemen naar aanleiding van de voornoemde strijdigheid met artikel 1 EP EVRM op stelselniveau?
- (4) Dit advies begint met een uiteenzetting van het EVRM-rechtelijke kader, van de toetsing door het EHRM aan artikel 1 EP EVRM en van de maatregelen die het EHRM neemt om klagers te compenseren voor schendingen van artikel 1 EP EVRM (**paragraaf 2**). Daarna komt aan de orde of het (EVRM-)recht vergt dat de Nederlandse Staat proactief maatregelen ter compensatie neemt ervan uitgaande dat de vermogensrendementsheffing op stelselniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM en, zo ja, welke maatregelen dat moeten zijn (**paragraaf 3**). Op basis van deze analyse doen wij vervolgens een concreet voorstel om de schade van eventuele benadeelden vast te stellen en waar nodig te compenseren (**paragraaf 4**).
- (5) Mede aanleiding voor uw adviesvraag is het advies van de parlementair advocaat over deze materie.² Wij hebben kennisgenomen van dit advies, maar gaan daarop niet expliciet in. In ons betoog en de daaruit getrokken conclusie ligt evenwel een reflectie op (de conclusie van) het advies van de parlementair advocaat besloten.

1.2 Conclusie van het advies

- (6) Een loyale uitvoering van het EVRM alsook het Nederlands recht (algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijkheidsnormen) vergt dat de Nederlandse Staat gevolgen verbindt aan de constatering dat de vermogensrendementsheffing in box 3 op stelselniveau in strijd is met artikel 1 EP EVRM. De Nederlandse Staat dient naar onze mening proactief maatregelen te treffen om benadeelden waar nodig te compenseren en moet daarnaast

² Advies d.d. 14 oktober 2019, kenmerk M33130301/15/20714254/CD.

voorkomen dat de benadeling zich in de toekomst herhaalt.³

- (7) Voor de eerstbedoelde compensatie is wetgeving niet per se noodzakelijk. Het is mogelijk dat de Belastingdienst aanslagen opnieuw beoordeelt aan de hand van (nog op te stellen) beleidsregels. Die beleidsregels zouden een onderscheid moeten maken tussen personen die in de relevante periode louter hebben gespaard en personen die (daarnaast) hebben belegd (in de ruimste zin van het woord). Ten aanzien van de eerste groep is compensatie geboden door verlaging van de belastingdruk in box 3 van 1,2% van het vermogen tot het nominaal zonder (veel) risico's gemiddeld haalbare rendement in de relevante periode volgens de berekeningen (in uw opdracht) van het CPB. Ten aanzien van de tweede groep moet van geval tot geval nagegaan worden of compensatie noodzakelijk is.
- (8) De compensatieregeling zou alleen open moeten staan voor belastingplichtigen die alle rechtsmiddelen tijdig hebben aangewend. Deze groep omvat niet alleen degenen wier bezwaar viel onder de collectieve massaal bezwaarprocedure, maar ook degenen die niet onder deze collectieve procedure vielen en wier aanwending van rechtsmiddelen heeft geleid tot een inhoudelijke behandeling van de zaak en op wier rechtsmiddelen ten tijde van het wijzen van de arresten die aanleiding zijn tot uw adviesvraag nog niet onherroepelijk was beslist of waarvan de procedure is geëindigd met een arrest van de Hoge Raad (en die dus al het mogelijke hebben gedaan om via de aanwending van rechtsmiddelen in Nederland hun gelijk te halen).
- (9) Ter voorkoming van herhaling van een mogelijke schending van artikel 1 EP EVRM in de toekomst (vanaf 2017) is wijziging van de (door de Hoge Raad beoordeelde) wettelijke regeling van de vermogensrendementsheffing nodig, hetgeen ook al is geschied, met ingang van 2017. De beoordeling van de conformiteit met het EVRM van de nieuwe regeling voor de jaren vanaf 2017 valt buiten het bestek van dit advies.

2. HET EVRM-RECHTELIJKE KADER

2.1 Beoordelingskader van artikel 1 EP EVRM

- (10) De toetsing door het EHRM aan artikel 1 EP bestaat uit verschillende onderdelen:
- (a) Is een eigendomsrecht in het geding?

³ Hierbij zij wel aangetekend dat het EHRM, mede gelet op de grote beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) die de verdragsstaten op belastinggebied toekomt, marginale verschillen tussen de belastingdruk in box 3 van 1,2% van het vermogen en het daadwerkelijk rendement waarschijnlijk zou kunnen billijken, zeker als het om een beperkte periode gaat (zie onder 23).

- (b) Pleegt de overheid een inbreuk op het eigendomsrecht?
 - (c) Wat is de aard van de inbreuk op het eigendomsrecht? Hierbij maakt het EHRM een onderscheid tussen onteigening enerzijds en regulering/verstoring van genot van eigendom anderzijds. Alleen bij onteigening is er zonder meer een verplichting om volledige compensatie te bieden voor de door de inbreuk geleden schade.
 - (d) Geschiedt de inbreuk op basis van een duidelijke nationaal wettelijke grondslag.
 - (e) Streeft de inbreuk een legitiem doel van algemeen belang na?
 - (f) Bestaat er een redelijk evenwicht (*fair balance*) tussen de eisen van algemeen belang die worden nagestreefd met de inbreuk en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? Met deze vraag wordt de proportionaliteit van de inbreuk getoetst.⁴
- (11) De regeling van de vermogensrendementsheffing is onmiskenbaar gebaseerd op een duidelijke nationaal wettelijke grondslag waarmee – mede gelet op de grote beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) die de verdragsstaten op belastinggebied toekomt – een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd. Het discussiepunt is de proportionaliteit van de inbreuk (vraag (f)). Die vraag beantwoordt het EHRM in het algemeen door na te gaan of in het geval van een specifiek persoon of een specifieke groep personen sprake is van een individuele en excessieve last. Daarbij is de hoogte van het belastingtarief (ook vanwege de al genoemde beoordelingsvrijheid) op zichzelf niet doorslaggevend, maar deze kan wel een rol spelen bij de beoordeling of van een dergelijke last sprake is. In de woorden van het EHRM:

“67. In the instant case, the Court takes into consideration in the proportionality analysis that the tax rate applied exceeds considerably the rate applicable to all other revenues, including severance paid in the private sector, without determining in abstracto whether or not the tax burden was, quantitatively speaking, confiscatory in nature. For the Court, given the margin of appreciation granted to States in matters of taxation, the applicable tax rate cannot be decisive in itself, especially in circumstances like those of the present case.

68. The Court finds that the applicant, who was entitled to statutory severance on the basis of the law in force and whose acting in good faith has never been called into question, was subjected to a tax whose rate exceeded about three times the general personal income tax rate of 16% (see paragraph 7 above) – and this notwithstanding the fact that the severance served the specific and recognised social goal of labour reintegration. It does not appear that any other revenue originating from the public purse was subjected to similarly high tax. (...)

70. As regards the personal burden which the applicant sustained on account of the impugned measure, the Court notes that she had to suffer a substantial deprivation of income in a period

⁴ J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM-editie 2020-2021 Deel II*, Den Haag: Sdu 2020, p. 513-514 en p. 539.

of considerable personal difficulty, namely that of unemployment. (...)

71. In the Court's view, the applicant, together with a group of dismissed civil servants (see paragraph 6 above), was made to bear an excessive and disproportionate burden, while other civil servants with comparable statutory and other benefits were apparently not required to contribute to a comparable extent to the public burden, even if they were in the position of leadership that enabled them to define certain contractual benefits potentially disapproved by the public. Moreover, the Court observes that the legislature did not afford the applicant a transitional period within which to adjust herself to the new scheme.

*72. Against this background, the Court finds that the measure complained of entailed an excessive and individual burden on the applicant's side. (...)*⁵

- (12) Het EHRM beantwoordt dus in principe niet de vraag of wetgeving in algemene zin (in de woorden van de Hoge Raad: op stelselniveau) in strijd is met artikel 1 EP EVRM. Zo vindt het EHRM als aangegeven het belastingtarief op zichzelf niet doorslaggevend voor de vraag of artikel 1 EP EVRM is geschonden.⁶ Een zeer beperkte uitzondering hierop vormen pilot zaken waarin het EHRM in algemene zin systematische fouten onderkent in nationale wetgeving en daarbij een grote stroom aan zaken bij het EHRM voorziet vanwege die fouten (in samenhang met onwil of onkunde zijdens de nationale overheid om effectief op te treden).⁷
- (13) Naar ons oordeel is overigens in casu aannemelijk dat het EHRM de vaststelling van een schending van artikel 1 EP EVRM op stelselniveau (zoals beoordeeld door de Hoge Raad) wel zal meewegen bij zijn toets of er in een individuele voorliggende casus sprake is van een individuele en excessieve last en daarmee van een schending van artikel 1 EP EVRM. Wij baseren dit onder meer op de zaak *R.Sz. t. Hongarije* waar het EHRM het volgende overwoog alvorens een op de klager toegespitste analyse te verrichten:

*"In the instant case, the Court takes into consideration in the proportionality analysis that the tax rate applied exceeds considerably the rate applicable to all other revenues, without determining in abstracto whether or not the tax burden was, quantitatively speaking, confiscatory in nature. For the Court, given the margin of appreciation granted to States in matters of taxation, the applicable tax rate cannot be decisive in itself, especially in circumstances like those of the present case."*⁸

- (14) Het ligt dus voor de hand dat de omstandigheid dat de Hoge Raad concludeerde tot een schending op stelselniveau door het EHRM in aanmerking wordt genomen, maar de

⁵ EHRM 14 mei 2013, nr. 66529/11 (N.K.M. c.s. t. Hongarije). Vgl. EHRM 23 september 1983, nr. 7151/75 7152/75 (Sporrong en Lönnroth t. Zweden). Zie met verdere verwijzingen naar constante EHRM-jurisprudentie J.H. Gerards e.a. 2020, p. 513-514 en p. 539. Zie specifiek op belastinggebied: EHRM 23 februari 1995, nr. 15375/89 (Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH t. Nederland), r.o. 59 en 67.

⁶ EHRM 2 juli 2013, nr. 41838/11 (R.Sz. t. Hongarije), r.o. 49 e.v.

⁷ Vgl. EHRM 22 juni 2004, nr. 31443/96 (Broniowski t. Polen).

⁸ EHRM 2 juli 2013, nr. 41838/11 (R.Sz. t. Hongarije), r.o. 56.

betrokkene zal de schending voor zijn individuele positie nader moeten onderbouwen en de verdragsstaat heeft ruimte om contra-indicaties aan te voeren. Wij kunnen daarom niet precies voorspellen hoe het EHRM uiteindelijk in individuele casus zal oordelen.

- (15) De Nederlandse belastingrechter beoordeelt de vraag of sprake is van een individuele en excessieve last ten gevolge van de vermogensrendementsheffing in het licht van niet alleen het inkomen van box 3, maar in het licht van de gehele financiële situatie van betrokkene, dus ook diens inkomen van de boxen 1 en 2 en diens vermogen. Zie het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2019 en een uitspraak van 18 december 2019 van het Gerechtshof Den Haag.⁹ Het is echter, gegeven het oordeel van de Hoge Raad dat op stelselniveau sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM, de vraag of het EHRM bij de beoordeling of van een individuele en excessieve last sprake is, ook zal kijken naar het inkomen van de boxen 1 en 2 en naar het vermogen of enkel naar het inkomen van box 3.
- (16) Onze inschatting is dat het EHRM louter zal kijken naar het inkomen van box 3. Het in de beschouwing betrekken van de gehele financiële situatie van betrokkene (het inkomen van alle boxen en het vermogen) is onzes inziens alleen aan de orde als de toepasselijke belastingregelgeving rechtmatig is omdat de wetgever binnen zijn beoordelingsvrijheid is gebleven, maar een belastingplichtige desalniettemin stelt dat de (toepassing van de) desbetreffende regeling in zijn geval tot een individuele en excessieve last leidt.¹⁰ Als

⁹ HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.4.4: “(...) Van de zojuist bedoelde toets op stelselniveau moet worden onderscheiden de situatie waarin een belastingplichtige stelt in strijd met artikel 1 EP te worden geconfronteerd met een individuele en buitensporige last als gevolg van de heffing van box 3. Bij de beoordeling van de vraag of een zodanige individuele en buitensporige last zich voordoet, moeten de gevolgen van de heffing van box 3 worden gezien in samenhang met de gehele financiële situatie van de betrokkene. Daarbij is het inkomen uit werk en woning en uit aanmerkelijk belang een belangrijk aanknopingspunt (vgl. HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:511). (...)” Vgl. ook Gerechtshof Den Haag 18 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3425, r.o. 5.8.

¹⁰ Vgl. HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:511, r.o. 3.2: “Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is belastingheffing te beschouwen als regulering van eigendom in de zin van artikel 1 EP en dient elke inbreuk door de Staat op het ongestoorde genot van eigendom in overeenstemming met het nationale recht te zijn en een legitiem doel in het algemeen belang na te streven, terwijl een inbreuk slechts is toegestaan indien er een redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. Dit vereist een redelijke verhouding (“fair balance”) tussen voormeld algemeen belang en de bescherming van individuele rechten. Van een dergelijke redelijke verhouding is geen sprake indien de betrokken persoon wordt getroffen door een individuele en buitensporige last. Waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keuze van de middelen om dit belang te dienen, komt de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toe (vgl. o.a. HR 3 april 2009, nr. 42467, ECLI:NL:HR:2009:BC2816, BNB 2009/268, r.o. 3.8.1). Een keuze van de wetgever binnen die beoordelingsvrijheid kan voor een belastingplichtige alleen dan leiden tot een individuele en buitensporige last indien en voor zover deze last zich in zijn geval sterker laat voelen dan in het algemeen (vgl. HR 10 september 2010, nr. 08/04653, ECLI:NL:HR:2010:BK3103, BNB

daarentegen – zoals voor ons advies het uitgangspunt is – sprake is van ‘onrechtmatige’ belastingregelgeving met betrekking tot een bepaalde box, dan ligt voor de hand de toets te beperken tot de vraag of binnen die box een individuele en excessieve last aan de orde is. Want als dat het geval is, kan worden gezegd dat de onrechtmatigheid op regelniveau zich in het concrete geval manifesteert. Of anders uitgedrukt: het betrokken individu heeft dan last van de schending op regelniveau. Het EHRM zal dus naar wij inschatten kijken of de inkomsten die betrekking hebben op vermogensbestanddelen die tot de grondslag van box 3 behoren in die box op een voor het betrokken individu excessieve wijze belast worden. Deze inschatting wordt ondersteund door uitspraken van het EHRM op het terrein van belastingheffing en van strenge huurbescherming die voor de verhuurder leidde tot een negatief rendement op zijn vermogen. Ook in deze zaken werd door het EHRM niet de aanwezigheid van eventueel ander inkomen of vermogen van de betrokkenen meegenomen in de beoordeling.¹¹

- (17) Verder is voor het beoordelingskader dat het EHRM waarschijnlijk zal toepassen van belang de vaste lijn van het EHRM om veel waarde te hechten aan het oordeel van de nationale rechter, met name in situaties waarin de wetgever – zoals hier ook het geval is – de wetgeving voor toekomstige gevallen heeft aangepast. In feite kan daarin een erkenning worden gelezen van de verdragsstaat dat de eerder toegepaste regeling tot voor een betrokken individu onevenredige resultaten leidt. In dat licht kan er ook op worden gewezen dat de wetgever bij het bepalen van het tarief ervan uit ging dat het daarmee samenhangende rendement vrijwel zeker zou worden behaald. Uitgangspunt was een tarief dat niet zou leiden tot het afnemen van het box 3 vermogen als gevolg van de heffing. Nu is komen vast te staan dat deze premisse van de wetgever – naar hij ook erkent onder meer door de wetwijziging – achteraf bezien onjuist is, zal het EHRM mede op basis daarvan sneller geneigd zijn om tot een schending te concluderen op basis van een toets binnen box 3.

2.2 Compensatie (“just satisfaction”) door het EHRM

- (18) Als het EHRM vaststelt dat artikel 1 EP EVRM is geschonden, dan kan het een billijke genoegdoening toekennen op grond van artikel 41 EVRM.¹² Dit is echter geen noodzakelijk gevolg van het vaststellen van een schending. Het aanwenden van deze bevoegdheid van het EHRM komt alleen in zicht als het nationaal recht volledig herstel in de oude toestand niet toelaat. Bovendien maakt het EHRM van deze bevoegdheid in de praktijk vrijwel alleen

2011/65 en HR 17 maart 2017, nr. 15/04164, ECLI:NL:HR:2017:442, BNB 2017/115). Of dit laatste zich voordoet, dient te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.”

¹¹ Zie EHRM 14 mei 2013, nr. 66529/11 (N.K.M. c.s. t. Hongarije) inzake belastingheffing. Zie ook EHRM 19 juni 2006, nr. 35014/97 (Hutten-Czapska t. Polen); EHRM 11 december 2014, nr. 3851/12 (Anthony Aquilina t. Malta) inzake huurbescherming.

¹² Zie daarover met verwijzing naar relevante jurisprudentie, Practice Direction: Just satisfaction claims (Article 41 of the Convention), te vinden op de website van het EHRM (<chr.coe.int>).

gebruik als het verband tussen de schending van het EVRM en de schade alsmede de hoogte van de schade eenvoudig kan worden vastgesteld. Waar het mogelijk is om de zaak op nationaal niveau opnieuw te beoordelen, laat het EHRM de vaststelling van de schade daarom in de regel over aan de nationale rechter en de nationale instanties.¹³ Hierbij komt dat het EHRM een beslissing over billijke genoegdoening in de regel alleen neemt met inachtneming van de persoonlijke omstandigheden van de klager in kwestie. Hierdoor leidt een oordeel over de situatie van één klager niet automatisch tot houvast over hoe andere gevallen beoordeeld zullen worden.

3. DE DOOR DE NEDERLANDSE STAAT TE NEMEN MAATREGELEN

- (19) De vereiste loyale uitvoering van het EVRM brengt met zich dat de Nederlandse Staat in actie moet komen om *mogelijke* schendingen van artikel 1 EP EVRM te voorkomen, vast te stellen en weg te nemen. Reeds uit artikel 1 EVRM volgt dat de verdragsstaten zelf in eerste instantie verplicht zijn om de EVRM-rechten te waarborgen. Bij die verplichting past onzes inziens niet dat de Nederlandse Staat wacht totdat een burger EVRM-conform handelen van de Staat via het EHRM afdwingt. Dit klemt temeer nu de arresten van de Hoge Raad al meebrengen dat de wetgever, en daarmee dus de Staat, aan zet is en in ieder geval een aanwijzing vormen dat voor een aantal belastingplichtigen – beoordeeld binnen box 3; zie hiervoor onder 16 en 17 – sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM.
- (20) Dit roept de vraag op wat de Nederlandse Staat kan doen om mogelijke schendingen van artikel 1 EP EVRM te voorkomen, vast te stellen en weg te nemen. Om te beginnen moet de Nederlandse Staat voor de toekomst bewaken dat de toepasselijke wetgeving op stelselniveau in lijn van het EVRM is. De voorliggende regeling van de vermogensrendementsheffing is inmiddels aangepast voor de jaren vanaf 2017. Of die aanpassing EVRM-proof is valt buiten het bestek van dit advies.
- (21) De Nederlandse Staat moet daarnaast door een schending van artikel 1 EP EVRM benadeelde partijen proactief en dus los van een oordeel van het EHRM compenseren. Bij de proactieve beoordeling of artikel 1 EP EVRM jegens een specifieke persoon is geschonden doordat er sprake is van een individuele en excessieve last, zijn bepaalde omstandigheden onzes inziens bepalend.
- (22) Deze omstandigheden zijn:
1. Heeft de individuele belastingplichtige zelf inderdaad in het desbetreffende jaar op zijn vermogen een rendement gehaald dat lager is dan 1,2%?
 2. Zo ja, is dat lage rendement (deels) inherent aan de gekozen wijze van aanhouden

¹³ Vgl. EHRM 17 december 2019, nr. 25601/12 (Khizanishvili and Kandelaki t. Georgië).

van het vermogen? Indien het vermogen (mede) wordt aangehouden in de vorm van beleggingen die gemiddeld genomen niet tot gevolg kunnen hebben dat 1,2% of meer aan rendement gehaald wordt,¹⁴ is dat een omstandigheid die moet worden meegewogen bij de beoordeling of compensatie geboden is. Met andere woorden: als iemand zijn vermogen (mede) risicovol heeft belegd, bijvoorbeeld in aandelen of vastgoed, met kans op een toekomstig hoog rendement, kan niet vanwege de omstandigheid dat in enig jaar het daadwerkelijke rendement op het totale vermogen – (mede) door verwezenlijking van risico's die inherent zijn aan beleggen – lager is dan 1,2% worden geconcludeerd dat sprake is van een schending van artikel 1 EP EVRM, die noopt tot compensatie. Iemand die (mede) risicovol belegt kan immers in zoverre niet geschaad zijn door het fictieve rendement als het soort belegging gemiddeld wel leidt tot een rendement gelijk aan 1,2%.¹⁵

- (23) Deze omstandigheden, die een op de belastingplichtige toegesneden toets vergen, zijn dus van belang om na te gaan of artikel 1 EP EVRM daadwerkelijk is geschonden in de situatie van de belastingplichtige in kwestie doordat er in zijn geval sprake is van een individuele en excessieve last. Deze omstandigheden zullen meebrengen dat personen die louter sparen naar alle waarschijnlijkheid gecompenseerd zullen moeten worden in de mate waarin het volgens het CPB in uw opdracht onderzochte nominaal zonder (veel) risico's gemiddeld haalbare rendement lager is dan 1,2%.¹⁶ Hierbij zij wel aangetekend dat het EHRM mede vanwege de al aangehaalde *margin of appreciation* marginale verschillen tussen de belastingdruk in box 3 van 1,2% van het vermogen en het daadwerkelijk rendement waarschijnlijk zou kunnen billijken, zeker als het om een beperkte periode gaat. Een compensatie als door ons voorgesteld zorgt overigens voor een makkelijkere uitvoering en maximale rechtszekerheid voor wat betreft de houdbaarheid bij een eventuele vervolgbaarheid voor het EHRM. Bij personen die niet louter hebben gespaard zullen de hiervoor bedoelde omstandigheden afhankelijk van het soort belegging tot een andere uitkomst kunnen leiden.
- (24) Het, in navolging van hetgeen het EHRM accepteerde in de *Auerbach*-zaak,¹⁷ constateren dat van een schending sprake is en het niet-aanbieden van compensatie volstaat onder deze omstandigheden onzes inziens niet. Dit aangezien de *Auerbach*-zaak louter een schending van het gelijkheidsbeginsel van artikel 14 (juncto artikel 1 EP) EVRM betrof. Een schending daarvan kan op verschillende manieren worden hersteld, waaronder ook op een wijze waarvan de benadeelde niet profiteert omdat het voordeel voor de vergelijkingsgroep wordt weggenomen en dat is vermoedelijk ook een van de redenen voor het EHRM om naast het vaststellen van een schending niet ook compensatie toe te kennen. In het onderhavige geval is een ander soort recht, te weten het eigendomsrecht van artikel 1 EP EVRM, in het geding.

¹⁴ Het zal hier gaan om beleggingen die weinig risicovol zijn.

¹⁵ Zie daarover ook onder 27.

¹⁶ Denkbaar is dat er spaarders zijn die een hoger rendement hebben behaald dan 1,2%.

¹⁷ EHRM 29 januari 2002, nr. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

Een schending daarvan kan maar op één manier worden gecompenseerd, namelijk door de opgelegde onevenredige betalingsverplichting weg te nemen.¹⁸ In een dergelijk geval is dus compensatie geboden van degenen van wie het eigendomsrecht daadwerkelijk is geschonden.

- (25) Kort en goed concluderen wij dus dat de arresten van de Hoge Raad van 14 juni 2019 voor de Nederlandse Staat een verplichting meebrengen om na te gaan of, en zo ja waar, de geconstateerde schending van artikel 1 EP EVRM op stelselniveau is uitgemond in een schending van dit artikel op individueel niveau doordat er met betrekking tot de vermogensrendementsheffing sprake is van een individuele en excessieve last. Die verplichting vloeit voort uit de systematiek van het EVRM die veronderstelt dat de verdragsstaten naleving van het EVRM binnen hun grondgebied proactief verzekeren (artikel 1 EVRM).
- (26) Overigens brengen ook nationale beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, alsmede behoorlijkheidsnormen, mee dat de overheid eigen onrechtmatig handelen in individuele zaken proactief rechtzet, zeker wanneer er zoals in casu rechterlijke uitspraken liggen die wijzen op ontoereikende regelgeving op stelselniveau.¹⁹

4. VOORSTEL OP HOOFDLIJNEN OM SCHENDINGEN VAN ARTIKEL 1 EP EVRM TE ACHTERHALEN EN TE COMPENSEREN

- (27) In het licht van het voorgaande stellen wij voor om twee “loketten” op te zetten waar personen kunnen aankloppen die, rekening houdend met het heffingvrije vermogen, daadwerkelijk over hun vermogen belasting verschuldigd zijn²⁰ (waarbij wij ons beperken tot de contouren en geen uitvoeringskwesties bespreken):

¹⁸ De uitspraak Auerbach werd overigens ook kritisch ontvangen. Zie de annotatie van P.J. Wattel in BNB 2002/126 alsook de annotatie van T. Barkhuysen in NTM/NJCM-Bulletin 2002, p. 1020. Zie ook T. Barkhuysen & M.L. Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse procesrecht: De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Kluwer: Deventer 2017, p. 148 e.v. Eveneens kritisch: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2013, p. 282.

¹⁹ Zie ook de behoorlijkheidswijzer van de Nationale Ombudsman (te vinden op de website <nationaleombudsman.nl>, waarin voorgeschreven wordt dat de overheid juridische escalatie voorkomt. Ook wordt aangegeven dat de overheid zich coulant dient op te stellen als zij fouten heeft gemaakt. Zij moet daarbij oog hebben oog voor claims die redelijkerwijs gehonoreerd moeten worden en belast de burger niet met onnodige en ingewikkelde bewijsproblemen en procedures.

²⁰ De omstandigheid dat de in box 3 verschuldigde belasting in voorkomend geval is gemitigeerd door de persoonsgebonden aftrek (zie artikel 5.1 van de Wet IB 2001), zou onzes inzien genegeerd moeten worden. De volgens de wet verschuldigde belasting zou derhalve moeten worden berekend over het zogenoemde voordeel uit sparen en beleggen en niet over het belastbare inkomen uit sparen en beleggen.

1. Het Loket Spaarders: bij dit loket kunnen personen die in de relevante periode louter spaarden en dus niet een rendement van ten minste 1,2% hebben gehaald, aankloppen voor compensatie. In dit loket beperkt de Belastingdienst zich louter tot een controle of de belastingplichtige inderdaad alleen gespaard heeft in de relevante periode. Als dat het geval is, dan volgt compensatie door verlaging van de belastingdruk in box 3 van 1,2% van het vermogen tot het nominaal zonder (veel) risico's gemiddeld haalbare rendement in de relevante periode volgens de berekeningen van CPB.
2. Het Loket 'Beleggers': bij dit loket kunnen alle niet (louter) spaarders aankloppen voor compensatie. Deze groep omvat dus ook personen die deels hebben gespaard en deels hebben belegd (in de ruimste zin van het woord). Hier controleert de Belastingdienst hoe risicovol de beleggingen waren en of het lage rendement het gevolg is van kort gezegd verwezenlijking van de risico's die inherent zijn aan beleggen. Als van dat laatste geen sprake is en het daadwerkelijke rendement op het totaal aangehouden vermogen lager is dan 1,2%, is compensatie aan de orde op de wijze als bij het Loket Spaarders. Als ter zake van (een deel van) de beleggingen het lage rendement wel het gevolg is van verwezenlijking van de risico's die inherent zijn aan beleggen, zou slechts compensatie moeten worden verleend voor de rest van het vermogen indien het daadwerkelijke rendement van die rest van het vermogen lager is dan 1,2%.

(28) Deze loketten zouden onzes inziens alleen open moeten staan voor belastingplichtigen die alle rechtsmiddelen tijdig hebben aangewend. Deze groep omvat niet alleen degenen wier bezwaar viel onder de collectieve massaal bezwaarprocedure,²¹ maar onzes inziens ook degenen die niet onder deze collectieve procedure vielen en wier aanwending van rechtsmiddelen heeft geleid tot een inhoudelijke behandeling van de zaak en op wier rechtsmiddelen ten tijde van het wijzen van de arresten die aanleiding zijn tot uw adviesvraag nog niet onherroepelijk was beslist of waarvan de procedure is geëindigd met een arrest van de Hoge Raad (en die dus al het mogelijke hebben gedaan om via de aanwending van rechtsmiddelen in Nederland hun gelijk te halen).

(29) Het is mogelijk om deze loketten op te zetten zonder dat nieuwe wetgeving wordt uitgevaardigd. De Belastingdienst heeft immers de bevoegdheid aanslagen, ook ambtshalve,²² te herzien. Van deze bevoegdheid kan voor de genoemde groepen belastingplichtigen gebruik worden gemaakt. Om een en ander uitvoerbaar te houden, is het wellicht het beste dat van deze bevoegdheid alleen gebruik wordt gemaakt op verzoek. Dat vergt een goede

²¹ Zie Eerste Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 35 303, H, waarin de staatssecretaris toezegt ook belastingplichtigen die onder de massaal bezwaarprocedure vallen te zullen compenseren als een materiële schadevergoeding wordt toegekend door het EHRM in de daar thans aanhangige zaken.

²² Zie artikel 65, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de daaraan derogerende regeling van artikel 9.6 van de Wet IB 2001.

voorlichtingscampagne en een duidelijk beleidskader. Betrokkenen moet op basis daarvan voorafgaand aan een verzoek zoveel mogelijk duidelijkheid worden geboden of een herzieningsverzoek kans van slagen heeft. Dat is voor de categorie louter spaarders relatief eenvoudig, maar voor de andere categorie vergt dat nadere doordenking. Overigens zou voor de bedoelde categorie spaarders ook voor ambtshalve herziening zonder verzoek daartoe kunnen worden gekozen indien zou blijken dat dit qua uitvoering eenvoudiger is.²³

- (30) Het is denkbaar dat de loketten pas opengaan nadat de thans bij het EHRM lopende procedures tot een einde zijn gekomen. Het voordeel van deze benadering is dat de Nederlandse Staat dan mogelijk meer inzicht heeft in hoe het EHRM de claims van burgers daadwerkelijk beoordeelt. Het is echter de vraag of die procedures tot een dergelijk inzicht zullen leiden. Het EHRM kampt bovendien met een forse achterstand bij de behandeling van zaken, waardoor het geenszins ondenkbaar is dat de procedures jaren zullen duren. Het is daarbij verder denkbaar dat het EHRM een schending constateert en vervolgens ten aanzien van de compensatie de bal weer bij de Nederlandse Staat legt hetzij door aan te dringen op een minnelijke schikking hetzij door aan te geven dat de Nederlandse Staat gepaste maatregelen dient te nemen.²⁴
- (31) Om deze redenen en met het oog op loyale naleving van het EVRM geven wij er de voorkeur aan dat de bedoelde loketten zo snel mogelijk en los van een EHRM-oordeel worden geopend om zo doende proactief schendingen van artikel 1 EP EVRM te achterhalen en recht te zetten. Een voordeel van deze benadering is ook dat deze problematiek op korte termijn opgelost wordt waardoor belastingplichtigen niet in een langdurige onzekerheid blijven verkeren.

²³ Dan staat tegen de beslissing geen rechtsmiddel open; zie art. 9.6, lid 3, Wet IB 2001, tenzij op door de betrokkene aangewende rechtsmiddelen nog niet onherroepelijk is beslist.

²⁴ Zie hiervoor in paragraaf 2.2.