

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor [] (Ministerie van Financiën)
van [] (kantoor landsadvocaat)
datum 18 maart 2022
inzake Advies vermogensbelasting 2023 en 2024
zaaknr 11017806

1 Inleiding

1.1 Naast uw verzoek om advies over – kort gezegd – de vraag of bij het bieden van rechtsherstel naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021¹ een mogelijkheid van tegenbewijs moet worden geboden, heeft u ons 23 februari jl. voorts verzocht om 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 (hierna: EP) beschermde eigendomsrecht. Onze bevindingen over deze laatste vraag zijn op hoofdlijnen in dit advies neergelegd.

1.2 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

- Wij menen dat niet kan worden uitgesloten dat een vermogensbelasting die niet kan worden voldaan uit de inkomsten uit het vermogen (zoals bijvoorbeeld bij spaarders het geval kan zijn) en dus leidt tot interen op het vermogen, op stelselniveau de proportionaliteitstoets niet zal kunnen doorstaan.
- Uit de rechtspraak van het EHRM zou kunnen worden afgeleid dat een schending van artikel 1 EP voorkomen zou kunnen worden door het inbouwen van een maximum/plafond. Uit rechtspraak van het EHRM kan evenwel niet eenduidig worden afgeleid wat de (procentuele) hoogte en invulling van dit plafond zou moeten zijn.

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

- Dat het gaat om tijdelijke spoedwetgeving totdat een heffing over het werkelijk behaalde rendement kan worden ingevoerd zal voor de beoordeling van de juridische verenigbaarheid van een vermogensbelasting met het EVRM ons inziens geen verschil maken.
- Strikt genomen maakt het voor de vraag of een vermogensbelasting juridisch verenigbaar is met het EVRM ons inziens niet uit of de vermogensbelasting geldt in aanvulling op een belasting op inkomen uit vermogen of dat sprake is van een op zichzelf staande vermogensbelasting die in de plaats komt van belastingheffing op inkomen uit vermogen.
- Het zal wel zo zijn dat naarmate het tarief van de aanvullende vermogensbelasting lager is en een eventuele vrijstelling van vermogensbelasting hoger, een dergelijke aanvullende vermogensbelasting minder snel zal leiden tot het risico op interen en daarmee een schending van artikel 1 EP en ook een maximering/plafond beter uitvoerbaar zal zijn.

3 Feiten, achtergronden en vraagstelling

- 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 EP 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 EP, in samenhang met artikel 14 EVRM, gewaarborgde rechten.
- 3.2 U heeft aangegeven dat de mogelijkheid wordt verkend om in plaats van de huidige box 3-heffing voor de jaren 2023 en 2024 een vermogensbelasting in te voeren, dan wel een vermogensbelasting naast een door de spoedwetgeving aangepaste box 3-heffing in te voeren. U merkt op dat daarmee het discriminerende karakter van het huidige box 3-stelsel wordt weggenomen omdat het inkomen uit vermogen niet wordt belast op basis van een fictieve, veronderstelde vermogenssamenstelling en gebaseerd wordt op het hebben van vermogen op basis van een objectief en non-discriminatoire criterium (vergelijk ook A-G Wattel in (onderdeel 6.48 van) zijn conclusie voor HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1047).
- 3.3 Daarbij komt de vraag op of een vermogensbelasting in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met het eigendomsrecht uit het EVRM. U wijst op het arrest van het EHRM in de zaak *Imbert de Tremiolles c. France*², waarin het EHRM heeft geoordeeld dat een (aanvullende) Franse vermogensbelasting, die gemaximeerd was op 85% van het netto belastbaar inkomen, mede gezien deze begrenzing binnen de grenzen valt van de aan de staat toekomende beleidsvrijheid op het gebied van belastingen. U wijst er voorts op dat de vermogensbelasting die vóór 2001 in Nederland gold, een soortgelijke anticumulatieregeling kende (van inkomsten- en vermogensbelasting ten opzichte van

² EHRM 4 januari 2008, nrs. 834/05 en 27815/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002583405.

inkomen (de 68%-regeling)), maar dat een dergelijke bepaling waarbij de belasting op vermogen afgezet zou moeten worden tegen het inkomen de belasting veel complexer maakt. Indien wordt gekozen voor de variant van alleen een vermogensbelasting komt daarbij dat er geen gegevens beschikbaar zullen zijn over het inkomen uit vermogen, waardoor het opnemen van een dergelijke bepaling mogelijk minder geschikt is bij het in het kader van spoedwetgeving tijdelijk invoeren van een vermogensbelasting.

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

1. Hoe beoordeelt u de juridische verenigbaarheid van een vermogensbelasting met het EVRM, indien in de vermogensbelasting *geen maximering van de belasting op vermogen ten opzichte van het inkomen* van de belastingplichtige wordt opgenomen? Kunt u daarbij de omstandigheid betrekken dat sprake zal zijn van tijdelijke spoedwetgeving, totdat een heffing over het werkelijk behaalde rendement kan worden ingevoerd? Dit is op zijn vroegst het geval in 2025.
2. Maakt het voor uw oordeel uit of sprake is van een vermogensbelasting die geldt *in aanvulling op een belasting op inkomen uit vermogen*, zoals in de Nederlandse vermogensbelasting voor 2001, of dat sprake is van *een op zichzelf staande* vermogensbelasting die in de plaats komt van belastingheffing op inkomen uit vermogen?

Deze vragen zullen wij hierna behandelen.

4 Kader artikel 1 EP

4.1 Belastingheffing is te beschouwen als regulering van eigendom in de zin van artikel 1 EP bij het EVRM. Belastingheffing is toegestaan indien die inmenging in het ongestoorde genot van eigendom 'lawful' is, een 'legitimate aim' dient en een 'fair balance' tussen de belangen van de betrokken individu en het algemene belang respecteren. Artikel 1 EP bij het EVRM brengt mee dat een inbreuk op het recht op ongestoord genot van eigendom slechts is toegestaan indien er een redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee wordt nagestreefd. Dit vereist het bestaan van een redelijke, proportionele verhouding (fair balance) tussen voormeld algemeen belang en de bescherming van individuele rechten. Zowel met betrekking tot de gehanteerde middelen als met betrekking tot hun geschiktheid om dat doel te bereiken heeft de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid.³

³ Zie ook rov. 3.2.1-3.2.2 van HR 24 december 2021.

5 Vermogensbelasting zonder maximering van de belasting op vermogen ten opzichte van het inkomen van belastingplichtige

5.1 *Hoe beoordeelt u de juridische verenigbaarheid van een vermogensbelasting met het EVRM, indien in de vermogensbelasting geen maximering van de belasting op vermogen ten opzichte van het inkomen van de belastingplichtige wordt opgenomen?*

5.1.1 Bij een vermogensbelasting zonder maximering van de belasting op vermogen ten opzichte van het inkomen van de belastingplichtige is, zoals gezegd, het mogelijk dat de belastingheffing over het vermogen de inkomsten uit dat vermogen zullen overtreffen, waardoor de bron wordt aangetast en belastingplichtigen zullen interen op hun vermogen. Uit de jurisprudentie van het EHRM over de heffing van een vermogensbelasting kan niet rechtstreeks worden afgeleid hoe het EHRM aankijkt tegen een dergelijke vermogensbelasting zonder maximering, zodat het onzeker is hoe het EHRM een dergelijke vermogensbelasting zal beoordelen. Dat geldt met name voor een vermogensbelasting die de box 3-heffing vervangt, aangezien het EHRM volgens ons nog niet eerder over een zelfstandige vermogensbelasting heeft geoordeeld. Onze inschatting is dat er een risico bestaat dat een vermogensbelasting zonder een maximering van de belasting op vermogen ten opzichte van de inkomsten uit het vermogen waardoor wordt ingeteerd op het vermogen op stelselniveau in strijd met artikel 1 EP zal worden geacht. Wij lichten dit hierna toe.

5.1.2 Het draait in dit kader om de vraag of er een redelijke verhouding bestaat tussen het belang dat de samenleving heeft bij een belastingmaatregel en het nadeel dat een individuele belastingplichtige van die maatregel ondervindt (de proportionaliteitstoets). Zoals hiervoor reeds opgemerkt, komt de wetgever zowel met betrekking tot de gehanteerde middelen als met betrekking tot hun geschiktheid om dat doel te bereiken een ruime beoordelingsvrijheid toe.

5.1.3 In het algemeen kan worden gezegd dat de intensiteit van de proportionaliteitstoets afhankelijk is van de ernst van de schending van het eigendomsrecht. Zoals A-G Wattel in zijn conclusie voor HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1047, in onderdeel 5.9 opmerkt, zal het EHRM strenger zijn in zijn proportionaliteitstoets in geval van ontneming van eigendom. Wattel wijst er voorts op dat uit de belastingrechtspraak van het EHRM geen duidelijk criterium volgt. Het is kortom niet duidelijk hoe streng het EHRM de proportionaliteit toetst in een geval waarin door de heffing van een vermogensbelasting wordt ingeteerd op het vermogen.

5.1.4 In het door u genoemde arrest van het EHRM inzake *Imbert de Tremiolles c. France*⁴, werd door de betrokkenen betoogd dat de heffing van vermogensbelasting in de jaren 1997 en 2002 onverenigbaar was met artikel 1 EP. Deze heffing was gemaximeerd op 85% van het netto belastbaar inkomen. Het EHRM oordeelde dat deze wetgeving, mede gezien deze begrenzing, binnen de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid op

⁴ ECLI:CE:ECHR:2008:0104DEC002583405.

belastinggebied valt. Een vermogensbelasting die kan oplopen tot 85% van het *netto belastbaar inkomen* acht het EHRM in ieder geval nog aanvaardbaar. Hoe het EHRM aankijkt tegen de vraag of een vermogensbelasting die niet kan worden voldaan uit de inkomsten uit het vermogen, is evenwel onbekend.

- 5.1.5 A-G Niessen is in zijn conclusie voor HR 10 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1129, ingegaan op de vraag of een vermogensbelasting die leidt tot interen op vermogen disproportioneel kan zijn en merkt in dat kader onder meer het volgende op:

“10.34 Uit de arresten *Imbert de Tremiolles*, *Gáll*, *N.K.M.* en *R.Sz.* van het EHRM is daarenboven af te leiden dat belastingheffing die leidt tot het interen op vermogen, en aldus confiscatoir is, gecombineerd met andere factoren disproportioneel kan zijn.[156]

10.35 De hier vermelde gegevens laten echter ook zien dat er niet een harde regel bestaat ten aanzien van de maximaal toelaatbare belastingdruk op vermogensinkomsten. In het verleden is verdedigd dat de druk op dergelijke inkomsten zwaarder mocht zijn dan die op andere inkomsten omdat het vermogen zelf extra draagkracht zou verlenen,[157] maar in de laatste decennia is een kentering opgetreden enerzijds omdat vermogen erg flexibel is en in een low tax jurisdictie kan worden ondergebracht, anderzijds omdat vermogen vaak is opgebouwd uit reeds belast inkomen.

In onderdeel 10.36 concludeert Niessen vervolgens:

“Alles in ogenschouw nemend lijkt een heffing die hoger is dan de aan het vermogen te ontlene baten – al dan niet in de vorm van vermogenswinst – en aldus een confiscatoir karakter heeft, in strijd te kunnen komen met artikel 1 EP (zie tevens onderdelen 10.10 en 10.11).”

- 5.1.6 In het arrest van het EHRM inzake *Hutten-Czapska v. Poland*⁵ van 19 juni 2006, over regelgeving in Polen die huiseigenaren verplichtte om woningen te verhuren aan door de overheid aangewezen personen, tegen een prijs die niet hoger was dan 60% van de verplichte onderhoudskosten, lijkt het EHRM van belang te achten dat de Poolse regelgeving het voor huiseigenaren onmogelijk maakte om een ‘decent profit’ te maken. Het EHRM heeft zich in belastingzaken evenwel nooit uitgelaten over de vraag of een recht op een decent profit te kunnen behalen bestaat. In de door u genoemde zaak *Imbert de Trémiolles* heeft het EHRM er wel op gewezen dat het vermogen van de klagers substantieel was toegenomen. Daaruit zou mogelijk kunnen worden afgeleid dat het van belang is dat er na de belastingheffing wel ‘decent profit’ kon worden behaald. De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak over de box 3-heffing nooit naar een recht op een ‘decent profit’ verwezen, zodat het de vraag is of het kunnen behalen van een ‘decent profit’ bij de beoordeling van een vermogensbelasting op stelselniveau een rol zal spelen.

⁵ ECLI:CE:ECHR:2006:0619JUD003501497.

- 5.1.7 Gelet op het vorenstaande menen wij dat niet kan worden uitgesloten dat een vermogensbelasting die niet kan worden voldaan uit de inkomsten uit het vermogen (zoals bijvoorbeeld bij spaarders het geval kan zijn) en dus leidt tot interen op het vermogen, op stelselniveau de proportionaliteitstoets niet zal kunnen doorstaan.
- 5.1.8 Uit de rechtspraak van het EHRM zou kunnen worden afgeleid dat een schending van artikel 1 EP voorkomen zou kunnen worden door het inbouwen van een maximum/plafond. Uit rechtspraak van het EHRM kan evenwel niet eenduidig worden afgeleid wat de (procentuele) hoogte en invulling van dit plafond zou moeten zijn. Een plafond in de vermogensbelasting zal in ieder geval gerelateerd moeten zijn aan de werkelijke vermogensinkomsten; de hoogte van het tarief vormt immers al een plafond ten aanzien van de vermogensomvang. Dit vereist dus inzicht in het werkelijke inkomen uit vermogen, waarbij ons inziens uitgegaan zou kunnen van het *directe* en het *indirecte* rendement. Wij begrijpen evenwel dat indien een vermogensbelasting in de plaats komt van de huidige box 3-heffing er geen gegevens beschikbaar zullen zijn over het inkomen uit vermogen. Het is daarom de vraag of een vermogensbelasting met een plafond uitvoerbaar is.
- 5.1.9 Het is gebruikelijk om het plafond vorm te geven als een samenloopbepaling, waarbij het totaal van de vermogensbelasting en inkomstenbelasting wordt afgezet tegen het totale inkomen.

Vergelijk de regeling in de Wet op de vermogensbelasting 1964 1964 (de vermogensbelasting en de inkomstenbelasting mogen samen niet meer dan 68% van het belastbare inkomen belopen).

In de zaak *Imbert de Trémiolles* bedroeg het plafond 85% van het netto belastbaar inkomen en in Liechtenstein geldt de regel dat de totale Liechtensteinse inkomstenbelasting (inclusief diens box 3 en de gemeentelijke belasting) niet boven de 28% van het netto inkomen mag uitkomen.⁶

Indien wordt uitgegaan van het gehele inkomen, zou dat de vraag kunnen oproepen of er geen ongelijke behandeling van vermogensbezitters met (bijvoorbeeld een pensioen) en zonder overig inkomen ontstaat, waarvoor geen rechtvaardiging bestaat. Een samenloopbepaling zal voor belastingplichtigen zonder overig inkomen mogelijk op een andere wijze moeten worden vormgegeven.

- 5.2 *Kunt u daarbij de omstandigheid betrekken dat sprake zal zijn van tijdelijke spoedwetgeving, totdat een heffing over het werkelijk behaalde rendement kan worden ingevoerd? Dit is op zijn vroegst het geval in 2025.*
- 5.2.1 Dat het gaat om tijdelijke spoedwetgeving totdat een heffing over het werkelijk behaalde rendement kan worden ingevoerd zal voor de beoordeling van de juridische

⁶ Zie onderdeel 6.35 van de conclusie van A-G Wattel voor HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1047.

verenigbaarheid van een vermogensbelasting met het EVRM ons inziens geen verschil maken.

5.3 *Maakt het voor uw oordeel uit of sprake is van een vermogensbelasting die geldt in aanvulling op een belasting op inkomen uit vermogen, zoals in de Nederlandse vermogensbelasting voor 2001, of dat sprake is van een op zichzelf staande vermogensbelasting die in de plaats komt van belastingheffing op inkomen uit vermogen?*

5.3.1 Strikt genomen maakt het voor de vraag of een vermogensbelasting juridisch verenigbaar is met het EVRM ons inziens niet uit of de vermogensbelasting geldt in aanvulling op een belasting op inkomen uit vermogen, zoals in de Nederlandse vermogensbelasting voor 2001, of dat sprake is van een op zichzelf staande vermogensbelasting die in de plaats komt van belastingheffing op inkomen uit vermogen. Ook bij een vermogensbelasting in aanvulling op een belasting op inkomen uit vermogen, is relevant of er wordt ingeteerd op het vermogen.

5.3.2 Het zal wel zo zijn dat naarmate het tarief van de aanvullende vermogensbelasting lager is en een eventuele vrijstelling van vermogensbelasting hoger, een dergelijke aanvullende vermogensbelasting minder snel zal leiden tot het risico op interen en daarmee een schending van artikel 1 EP en ook de maximering beter uitvoerbaar zal zijn. Het hiervoor geschetste risico dat een vermogensbelasting die hoger is dan de inkomsten uit het vermogen de proportionaliteitstoets niet zal kunnen doorstaan, blijft evenwel aanwezig.

6 Afsluitende opmerkingen

6.1 Naast de hiervoor gegeven antwoorden op uw vragen, merken wij op dat het risico bestaat dat de Hoge Raad zal oordelen dat ook voor een vermogensbelasting als voorgesteld (met een tarief van bijvoorbeeld tussen de 1 en 2%) vergelijkbare bezwaren gelden als voor het voorheen geldende stelsel voor de box 3-heffing. Ook in het stelsel van een vermogensbelasting kunnen immers problemen ontstaan door de omstandigheid dat de druk van deze belasting voor uiteenlopende vermogensbestanddelen verschillend kan uitwerken, met name omdat mogelijk moet worden 'ingeteerd' op het vermogen om de belasting te kunnen voldoen. Dat kan aan de orde zijn bij belastingplichtigen die met hun vermogensbestanddelen, zoals spaargeld, lagere vermogensinkomsten kunnen realiseren dan het geldende tarief. Ook het systeem van een vermogensbelasting brengt dan met zich mee dat door belastingheffing in feite moet worden ingeteerd op het vermogen. Bovendien zou dit, ter voorkoming van dit 'interen', meebrengen dat een belastingplichtige in feite wordt gedwongen meer risicovol te beleggen dan hij van plan was. Uiteraard kan een plafond, zoals wij hiervoor hebben besproken, dit punt mitigeren, maar ons inziens niet geheel adresseren.

Een plafond verhoogt echter de uitvoeringslast, zeker wanneer dat plafond op het werkelijke (direct en indirecte) inkomen uit vermogen wordt gebaseerd.

Een hoge vrijstelling zou verder ook dempend kunnen werken.

- 6.2 Wij achten daarom het risico aanwezig dat de Hoge Raad zal oordelen dat vergelijkbare bezwaren zich voordoen bij het stelsel van vermogensbelasting dat geen onderscheid maakt naar het inkomen dat met het vermogen kan worden behaald, en daarmee het risico op interen meebrengt, en dus in andere vorm vergelijkbare bezwaren in het leven roept als de box-3 heffing die de Hoge Raad in de huidige vorm ontoelaatbaar heeft geacht.

Dit zou mogelijk deels kunnen worden ondervangen door in verschillende vermogenscategorieën een verschillend tarief te hanteren (bijvoorbeeld voor spaargeld een lager tarief dan voor aandelen/obligaties), maar daarmee is nog niet het probleem opgelost dat ook dan in individuele gevallen minder inkomen uit het vermogen kan zijn gegenereerd dan gemiddeld en daarmee dus nog steeds moet worden 'ingeteerd'.

- 6.3 Een aanvullende heffing roept wellicht in de praktijk minder bezwaren op, bijvoorbeeld omdat sprake is van een lager tarief (en wellicht een hogere vrijstelling), maar ook daarbij zal, zeker zonder plafond, het risico blijven bestaan van strijd met artikel 1 EP.
- 6.4 Verder wijzen wij er nog op dat de invoering van een vermogensbelasting in combinatie met het wegvallen van het box 3-inkomen invloed zal hebben op de toepassing van de heffingskortingen, de persoonsgebonden aftrek en andere inkomensondersteunende maatregelen.
- 6.5 Het vorenstaande zal naarmate de vermogensbelasting materieel meer lijkt op de Box-3 heffing die de Hoge Raad ontoelaatbaar heeft geacht, sterker gelden. Er zou dan bij de rechter de indruk kunnen ontstaan dat slechts het etiket is gewisseld, zonder dat de bezwaren die kleven aan de Box-3 heffing in toereikende mate zijn weggenomen.

In dit verband speelt ook de thans ook in het parlement aan de orde zijnde de discussie rondom een meer omvattende herziening waarin ook box 2 zou kunnen worden betrokken, een rol. Er zou kunnen worden betoogd dat dan sprake is van een meer omvattende aanpassing en dus niet van een enkele wisseling van etiket. Het lijkt echter niet uitvoerbaar om een dergelijke meer omvattende herziening bij wijze van een tijdelijke regeling tot 2025 te implementeren.

- 6.6 De vraag is ten slotte of een volledig nieuw systeem van vermogensbelasting als tijdelijke regeling voor 2 of 3 jaar haalbaar en uitvoerbaar is. Veeleer lijkt dit een oplossing voor de langere termijn, zeker in verband met eventuele aanpassingen in box 2.