

Artikel: Hoge Raad blaast box 3 op

Door: Henry Meijer MFAS - Meijer Fiscale Adviessystemen BV

Arrest

Er waren al aanwijzingen dat het geduld van de Hoge Raad met de wetgever aan het opraken was. Op 24 december 2021 oordeelde ons hoogste rechtscollege voor een spaarder in het jaar 2017 box 3 in strijd met het recht op ongestoord genot van eigendom en het discriminatieverbod uit het EVRM en bood rechtsherstel. Het desbetreffende cassatieberoep komt voort uit een massaalbezwaarprocedure. De Hoge Raad biedt rechtsherstel door het box 3-inkomen te bepalen op het werkelijke rendement. Met het sinds 2017 geldende systeem wil de wetgever aansluiten bij de rendementen die door belastingbetalers in de voorafgaande jaren gemiddeld zijn behaald. Daarmee is verlaten het eerdere 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. Hierdoor kan niet worden gezegd dat dit stelsel de proportionaliteitstoets van art. 1 EP kan doorstaan. Ook de voor de Belastingdienst van belang zijnde praktische uitvoerbaarheid betekent niet een toereikende rechtvaardiging. Aldus is sprake van een schending van de door art. 1 EP, in samenhang met art. 14 EVRM, gewaarborgde rechten. Aanknopingspunten voor rechtsherstel zijn niet voorhanden. Het formuleren van een daartoe geschikte rechtsregel moet de rechter aan de wetgever overlaten. Niettemin ziet de Hoge Raad zich in casu genoodzaakt belanghebbende rechtsbescherming te bieden. Daarbij speelt een rol dat de wetgever volstrekt geen haast maakt met de invoering van een heffing op basis van werkelijke rendementen, welke invoering niet vóór 2025 kan worden verwacht. Het inkomen in box 3 wordt gesteld op het door belanghebbende behaalde werkelijke rendement, HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963.

Het zal een megaoperatie worden om de aanslagen te herzien voor de belastingplichtigen die in het massaal bezwaar meelopen. Het MvF zal vermoedelijk op korte termijn met een besluit komen over de praktische gevolgen van het arrest. De Hoge Raad noopt de Belastingdienst precies datgene te doen, waar de wetgever haar voor wenst te behoeden, te weten heffen op basis van het reële rendement. Gezien de andere megaklussen waar de Belastingdienst zich voor geplaatst ziet, is er reden tot grote bezorgdheid. De wetgever zal de geplande wetswijziging moeten vervroegen om gemis aan belastingopbrengst te voorkomen. Belastingplichtigen met een hoog rendement worden aangeslagen voor het lagere forfaitaire rendement, terwijl belastingplichtigen met een laag rendement op basis daarvan worden belast. We wachten vol spanning de reactie van fiscus en wetgever af.

Alleen compensatie voor spaargeld?

Het opzienbarende arrest van vrijdag 24 december 2021 doet belangwekkende vragen rijzen. In de desbetreffende casus biedt de Hoge Raad rechtsherstel voor de jaren 2017 en 2018 door het forfaitaire rendement te vervangen door het werkelijke rendement. Onduidelijk is overigens wat onder rendement dient te worden begrepen. Belanghebbende vermogen bestond voor meer dan 80% uit spaargeld en vorderingen. De fout van het wettelijke systeem is er blijkens het arrest in gelegen dat het forfaitaire rendement op een zodanig niveau is vastgesteld dat het voor een risicomijdende belastingplichtige ten enenmale onmogelijk is dit te behalen. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat belastingplichtigen die in aandelen en vastgoed beleggen niet voor rechtsherstel in aanmerking komen als zij in enig jaar (toevallig) minder rendement hebben behaald

dan het forfait. Bij deze beleggingscategorieën is op lange termijn het forfaitaire rendement haalbaar. Het Ministerie van Financiën zou daarom wellicht de compensatie kunnen beperken tot spaarsaldi. Een praktisch voordeel daarvan is dat de Belastingdienst over de daarvoor benodigde gegevens beschikt. Deze zijn immers in het kader van de vooraf ingevulde aangifte gebruikt. Die compensatie zou kunnen bestaan uit het verschil tussen het forfaitaire rendement en de gemiddelde spaarrente van het desbetreffende jaar.

In 2020 was er al sprake van een negatief rendement op spaarrekeningen. Hoe zal daarmee worden omgegaan?

Het is in ieder geval raadzaam om alsnog (massaal) bezwaar aan te tekenen tegen de IB-aangiften die nog niet definitief zijn. Verder lijkt bezwaar tegen de in te dienen aangiften 2021 te zijner tijd ook geboden. Hiervoor is er uiteraard nog geen aanwijzing massaal bezwaar.

Wat indien geen bezwaar gemaakt?

Het is denkbaar dat het Ministerie van Financiën ervoor kiest ook belastingplichtigen te compenseren die geen bezwaar hebben gemaakt. Er zijn ongetwijfeld Kamerleden die zich met een oproep daartoe willen profileren. En naar onze mening terecht.

Heeft overigens een beroep op ambtshalve teruggaaf kans van slagen? Nieuwe jurisprudentie of beleid vormen daarvoor geen grond, art. 45aa Uitv.reg. IB. Omdat in de ogen van de Hoge Raad sprake is van schending van Europees recht, zou kunnen worden gedacht dat ook nog buiten de bezwaartermijn tegen aanslagen kan worden opgekomen. Het HvJ EG acht het opzij zetten van nationale bezwaartermijnen mogelijk als sprake is van onjuist geïmplementeerde EU-rechten indien de belanghebbende feitelijk geen redelijke mogelijkheid heeft gehad zijn rechten uit hoofde van het EU-verdrag te effectueren, HvJ EG 8 maart 2001, nr. C-397/98 en C-410/98. Die mogelijkheid is er natuurlijk wel geweest.

Compensatie bij partners

Hoe om te gaan met fiscale partners? Stel de man heeft 1 miljoen euro beleggingen en de vrouw een miljoen spaargeld. Hebben zij geen recht op rechtsherstel, omdat zij gezamenlijk een rendement hebben behaald dat ten minste gelijk is aan het forfait? In de Wet IB wordt box 3 als een gemeenschappelijk inkomensbestanddeel aangemerkt en bij fiscale partners vaak 50-50 toegerekend. Partners hebben de keuze om de toerekening binnen de marge 100-0 te wijzigen. We wachten vol spanning af.

Aansprakelijkheid belastingadviseur

Sommige belastingadviseurs hebben hun cliënten niet proactief gewezen op de mogelijkheid (massaal) bezwaar aan te tekenen. Er is geen zekerheid dat ook ambtshalve compensatie wordt geboden. Weinigen hebben het arrest zien aankomen. Tot doorbreking van de trias politica wordt ook niet lichtvaardig overgegaan. Het opblazen van box 3 is naar onze mening in redelijkheid niet te voorzien geweest, waardoor geen sprake zou moeten zijn van een beroepsfout. De meeste zaken waartegen in het verleden massaal bezwaar is gemaakt, hebben tot niets geleid. Het stilzitten in dezen kan daarom als een rationele keuze worden beschouwd en zou daarom niet claimwaardig moeten zijn. Voor wat het waard is!

De bewijslast voor een benadeelde dat de adviseur een beroepsfout heeft gemaakt, is bij iets waartoe geen opdracht is gegeven zwaarder dan bij iets dat hij op basis van een expliciete opdracht heeft gedaan. [STREAMER: Behoort proactief adviseren tot de taak van de belastingadviseur? In z'n algemeenheid moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.] Wij verwijzen naar de zaak van niet-BIG geregistreerde psychologe die schade bij haar belastingadviseur claimde. Na een arrest van de Hoge Raad inhoudende dat ook niet-BIG-geregistreerde psychologen onder de btw-vrijstelling voor psychologen vallen, had teruggaaf van btw kunnen worden geclaimd. Het hof oordeelt dat uit de met het belastingadviesbureau overeengekomen opdracht tot financiële dienstverlening niet volgt dat het bureau is tekortgeschoten, Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1278. Van belang is dus de scope van de opdracht.

Laten we just for the sake of argument veronderstellen dat de belastingadviseur in dezen wel proactief had moeten zijn. Mogelijk heeft de adviseur in een nieuwsbrief gewezen op de massaal bezwaarprocedure. Daar had de cliënt op kunnen reageren. Dit zou alsdan behulpzaam kunnen zijn voor het afwenden van een eventuele claim. De praktijk wijst uit dat heel veel cliënten proactief adviseren niet op prijs stellen als dit geld kost. Dat bestede tijd in rekening wordt gebracht is de basis van het businessmodel van de belastingadviseur. Als de cliënt geen onverwachte rekeningen wil, moet hij niet klagen als afwezigheid van proactief adviseren voor hem nadelig uitpakt. Het is ons bekend dat belastingadviseurs die de daarvoor in aanmerking komende cliënten de keuze hebben gegeven tegen betaling bezwaar te maken, in de regel te horen hebben gekregen dat dit niet hoefde.

Hoe het ook zij, bij de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars zullen de alarmbellen inmiddels wel zijn afgegaan.