

## # 87 Een streep door wet- en regelgeving

De toepassing van een wettelijke bepaling of lagere regelgeving zoals een besluit, voelt niet altijd eerlijk. Een in het oog springend voorbeeld is het forfaitair rendement in box 3. Dat het in de praktijk niet altijd duidelijk is welke ruimte de rechter heeft, blijkt uit het feit dat de rechtbank in deze zaak oordeelde dat zij niet bevoegd was het Besluit wet financiering sociale verzekeringen (Besluit Wfsv) aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen te toetsen. Om die reden bespreken wij de conclusie van A-G Wattel<sup>1</sup> waarin hij duidelijke kaders geeft voor het buiten toepassing verklaren van lagere regelgeving zoals besluiten.

Indien bepalingen worden toegepast die niet door de formele wetgever zijn vastgesteld, zoals het Besluit fiscaal bestuursrecht of het Besluit fiscale eenheid, is het in procedures nuttig om na te gaan of de toepassing in strijd is met algemene ongeschreven rechtsbeginselen. De A-G meent in deze zaak dat met de premieheffing gedifferentieerde premie werkhervattingskas het recht op eigendom (artikel 1 EP EVRM) is geschonden.

Wat mag de rechter bij de toetsing van wettelijke bepalingen en lagere regelgeving?

### De procedure

Deze procedure ziet op de gedifferentieerde premie werkhervattingskas. De premie die de werkgever moest betalen over het jaar 2014 werd bepaald aan de hand van één ziektegeval in het jaar 2012. Toen de werknemer ziek werd was nog niet bepaald dat dit invloed had op de door de werkgever verschuldigde premie. Het gevolg was dat de werkgever door één ziektegeval een aanzienlijk hogere premie werkhervattingskas moest betalen. De belanghebbende stelde dat de premie werkhervattingskas vanwege de terugwerkende kracht haar eigendomsrecht schendt en dat het Besluit Wfsv de rechtszekerheids- en evenredigheidsbeginselen (ongeschreven algemene rechtsbeginselen) schendt.

Hier spelen twee rechtsvragen:

- 1) Is het eigendomsrecht geschonden en zo ja wat zijn de gevolgen?
- 2) Mag het Besluit Wfsv aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen worden getoetst en zo ja, wat zijn de gevolgen?

### Schending eigendomsrecht

Het Hof oordeelde dat het eigendomsrecht is geschonden omdat de gedifferentieerde premie werkhervattingskas niet voldeed aan de eis van een *fair balance* tussen het daarmee gediende doel en de financiële nadelen voor belanghebbende. Het budgettaire belang kan zonder verdere toelichting niet worden aangemerkt als een specifieke en dwingende reden die de terugwerkende kracht rechtvaardigt. Daarin onderscheidt deze zaak zich van het Crisisheffingarrest<sup>2</sup>.

Vanwege de ruime beoordelingsmarge wordt niet snel geoordeeld dat het eigendomsrecht is geschonden. Niettemin komen zowel het Hof als de A-G wel tot dit oordeel. De A-G meent dat sprake is van onvoorzienbaar materieel terugwerkende kracht omdat het premiepercentage wordt gebaseerd op niet meer beïnvloedbare jaren van voor de invoering en aankondiging van de wetwijziging. De onvoorzienbaar terugwerkende kracht is volgens de A-G in strijd met het eigendomsrecht omdat de bedoeling van de regeling was dat werkgevers hun gedrag zouden aanpassen en dat is juist niet meer mogelijk. Voorts is van belang dat er geen budgettaire

---

<sup>1</sup> HR, 27 juli 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:834](#)

<sup>2</sup> HR 29 januari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:121](#), BNB 2016/163.

verplichtingen waren zoals in de Crisisheffingszaken. Die redenering van de A-G onderschrijven wij. Bij maatregelen met terugwerkende kracht, die een gedragsverandering ten doel hebben, is derhalve van belang of die gedragsverandering nog kan worden gerealiseerd bij inwerkingtreding van de bepaling én wat de redenen van de wetgever bij invoering waren. Ook het verschil met de Crisisheffingszaken achten wij evident waardoor de door het Hof geconstateerde strijd met het eigendomsrecht ons inziens in stand moet blijven.

### **Gevolgen schending eigendomsrecht**

De A-G stelt voorop dat op grond van artikel 94 Grondwet wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als en voor zover die toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen zoals artikel 1 EP EVRM. Uit het arrest over de onteigende SNS-aandelen in box 3 volgt dat de feitenrechter niet naar eigen inzicht kan afwijken van de regels.<sup>3</sup> Bij het bepalen van de omvang van het rechtsherstel mag de feitenrechter het rechtsherstel schattenderwijs bepalen. Aan dat vereiste heeft het Hof volgens de A-G voldaan.

### **Toetsing lagere regelgeving aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen**

Het Hof achtte zich tevens bevoegd het Besluit Wfsv te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. De A-G maakt korte metten met het standpunt van de Staatssecretaris dat het Besluit evenals wetten niet aan ongeschreven rechtsbeginselen mag worden getoetst. Hij baseert dit mede op de bekende Alcoholslot uitspraak<sup>4</sup> waarin de Afdeling oordeelde dat de regeling niet verbindend is omdat deze in een substantieel aantal gevallen onevenredig kan uitwerken.

De A-G merkt terecht op dat mede uit deze uitspraak volgt dat het enkele feit dat de formele wetgever de uitvoering heeft gedelegeerd tot gevolg heeft dat die lagere wetgeving buiten toepassing kan worden verklaard vanwege strijd met algemene rechtsbeginselen. In het geval van belanghebbende is de conclusie dan dat de premieheffing onredelijk en willekeurig is.

Voor de praktijk is het ons inziens van belang dat alle regels, die niet door de formele wetgever zijn bepaald maar bijvoorbeeld door de minister of staatssecretaris (gedelegeerde regelgeving), buiten werking kunnen worden gesteld als deze in strijd zijn met (on)geschreven algemene rechtsbeginselen. Hierbij kan worden gedacht aan toetsing van de toepassing van het besluit fiscale eenheid of het besluit fiscaal bestuursrecht aan het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel maar ook het verdedigingsbeginsel en het vermoeden van onschuld.

---

<sup>3</sup> HR 6 april 2018 [ECLI:NL:HR:2018:511](#), BNB 2018/137.

<sup>4</sup> ABRvS 4 maart 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:622](#), AB 2015/160.