

22. De BES-vennootschap en de Moeder-dochterrichtlijn

MR. G.D. REKWEST

Op de BES-eilanden wordt geen winstbelasting, maar een opbrengstbelasting geheven over winstuitkeringen door op de BES gevestigde lichamen. Gesteld dat BES-eilanden hun Unierechtelijke status van Landen en Gebieden Overzee (LGO) wijzigen in Ultraperifeer Gebied (UPG) waardoor het EU-acquis in beginsel volledig op hen van toepassing zal worden, vallen de BES-vennootschappen alsdan onder de reikwijdte van de Moeder-dochterrichtlijn? Een vervolgvraag is of de BES-eilanden nog wel in staat zullen zijn om opbrengstbelasting te heffen over dividenduitkeringen gedaan aan de in andere EU-lidstaten gevestigde aandeelhouders.

1. Inleiding

Op 2 april 2020 heeft het Europese Hof van Justitie (HvJ) een interessante uitspraak gedaan in de zaak C-458/18 (*Bulgarije/Gibraltar*).¹ De Bulgaarse rechter had prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van de Moeder-dochterrichtlijn (MDR)² ingeval een Bulgaarse vennootschap dividenden uitkeert aan haar moedermaatschappij in Gibraltar.³ Het HvJ besliste in deze zaak dat de in de MDR genoemde begrippen ‘vennootschappen naar Brits recht’ en ‘corporation tax in het Verenigd Koninkrijk’ niet zien op vennootschappen die in Gibraltar zijn opgericht en aldaar aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Hoewel de status van Gibraltar⁴ geen Ultraperifeer Gebied (UPG) is, is de beantwoording van de vraag naar de toepasselijkheid van de MDR interessant voor vennootschappen die op de

BES-eilanden (Bonaire, St. Eustatius en Saba) zijn gevestigd. De BES-eilanden hebben op dit moment de Unierechtelijke status van Landen en Gebieden Overzee (LGO) en vallen daarmee buiten het EU-acquis. Een statuswijziging in UPG, waardoor het EU-acquis *in beginsel* volledig op hen van toepassing zal worden, is evenwel mogelijk.⁵

Op de BES-eilanden wordt geen winstbelasting, maar een opbrengstbelasting geheven over winstuitkeringen door op de BES gevestigde lichamen. Gesteld dat de EU, Nederland en de BES-eilanden een statuswijziging in UPG wensen, zijn de BES-eilanden na de verwerving van de UPG-status nog wel in staat om opbrengstbelasting te heffen over dividenduitkeringen gedaan aan de in andere EU-lidstaten gevestigde aandeelhouders? Het ligt voor de hand dat in andere EU-lidstaten gevestigde moedermaatschappijen bezwaar zullen hebben tegen de belastingheffing en zich zullen beroepen op de voordelen van de MDR.

In hoofdstuk 3 zal ik de achtergrond van de introductie van een opbrengstbelasting op de BES-eilanden schetsen. Vervolgens zal in hoofdstuk 4 de opbrengstbelasting van de BES-eilanden de revue passeren. In hoofdstuk 5 toets ik of de BES-vennootschappen onder de reikwijdte van de MDR vallen bij een UPG-status van de BES-eilanden. Ik betrek daarbij de zaak C-458/18 (*Bulgarije/Gibraltar*). Vervolgens zal ik in hoofdstuk 6 bij de Estse regeling stilstaan aangezien Estland ook een winstuitdelingsbelasting kent. Ik besluit deze bijdrage in hoofdstuk 7 met een conclusie. Eerst ga ik in hoofdstuk 2 in op de Unierechtelijke status van de BES-eilanden.

1 HvJ 2 april 2020, C-458/18, ECLI:EU:C:2020:266 (*Bulgarije/Gibraltar*), NTFR 2020/1148.

2 Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (*PbEG* 1990, L225/6), vervangen door Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 (*PbEU* 2011, L345/8).

3 De MDR bepaalt kort gezegd dat lidstaten geen bronbelasting mogen heffen over winstuitkeringen gedaan door kwalificerende dochtervennootschappen aan hun kwalificerende moedervennootschappen. Daarnaast bepaalt de MDR dat de dividendontvangsten op aandeelhoudersniveau evenmin belast mogen worden (vrijstellingsmethode of verrekeningsmethode). De MDR beoogt hiermee economische dubbele heffing weg te nemen.

4 Gibraltar is een autonoom gebied van het Verenigd Koninkrijk (VK), maar ook Europees grondgebied waarvan de buitenlandse betrekkingen door het VK worden behartigd en waarop *in beginsel* de EU-Verdragsbepalingen van toepassing zijn en EU-acquis. Vanwege de bijzondere rechtspositie van Gibraltar zijn bepaalde domeinen van het Unierecht niet van toepassing. Zo maakt Gibraltar onder andere geen deel uit van het douanegebied van de EU.

5 Art. 355 lid 6 VwEU.

2. Unierechtelijke status van de BES-eilanden

De BES-eilanden hebben, net als de andere Caribische Koninkrijksgebieden in relatie met de EU, de LGO-status. De bijzondere status van LGO is met de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG) in 1957 toegekend aan landen en gebieden die bijzondere betrekkingen onderhouden met lidstaten. De LGO behoren niet tot het grondgebied van de EU. Zij zijn bij de totstandkoming van de EEG opgenomen op een lijst die als bijlage IV gevoegd is bij het EEG-Verdrag. Bij de totstandkoming van het EEG-Verdrag werden de voormalige Nederlandse Antillen op hun verzoek niet vermeld op de lijst van Bijlage IV, aangezien de consequenties van deze keuze niet bekend waren.⁶ Immers, deze regeling werd pas op het laatste moment, onder druk van Frankrijk, opgesteld. Het was daarom van meet af aan onduidelijk wat de gevolgen van de LGO-status zouden zijn voor de eilanden. Het EEG-Verdrag werd in 1957 alleen voor Europees Nederland bekrachtigd.⁷ De toevoeging van de Nederlandse Antillen aan de lijst van Bijlage IV vond pas in 1962 plaats. De vraag wie nu EU-lidstaat is, Nederland of het gehele Koninkrijk, is lange tijd onderwerp van discussie geweest. Voor bepaling van de territoriale werking van het verdrag is art. 52 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) relevant: het verdrag is van toepassing op de EU-lidstaten die daar genoemd worden, waaronder 'het Koninkrijk der Nederlanden'. De verdragsbepalingen zijn op basis van art. 355 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) eveneens van toepassing voor UPG's; voor de LGO geldt daarentegen dat volgens het tweede lid slechts deel IV van het verdrag toepassing vindt. Kortom, het verdrag is van toepassing op het gehele Koninkrijk, maar op verzoek van de Caribische Koninkrijksgebieden is alleen het bijzondere regime van deel IV van toepassing verklaard. De Raad van State stelde zich in 2004 eveneens op het standpunt dat het gehele Koninkrijk lidstaat is en niet alleen Europees Nederland.⁸

Terwijl Europees Nederland integraal deel uitmaakt van de Europese Unie (EU), is dat bij de BES-eilanden niet het geval. Nu zij de LGO-status hebben, vallen ze buiten het EU-acquis: alle verdragen en wetten van de Europese Unie, de Europese verklaringen en resoluties, door de EU gesloten internationale overeenkomsten en de wetgeving en rechtspraak van het Europees Hof van Justitie zijn niet van toepassing op de BES-eilanden. De Unierechtelijke status van de BES-eilanden is menigmaal onderwerp van discussie geweest.⁹ Bij een statuswijziging in UPG zullen de BES-eilanden integraal deel uit gaan maken van de EU en is het EU-acquis in beginsel volledig op hen van toepas-

sing. De BES-eilanden zullen met een UPG-status evenwel geen zelfstandige EU-lidstaat worden. Ze blijven onderdeel uitmaken van lidstaat Koninkrijk der Nederlanden. Bij de staatkundige vernieuwing in 2010 is de BES-wetgeving al enigszins in overeenstemming gebracht met de Nederlandse wetgeving en daarmee ook met het EU-recht. Een statuswijziging in UPG voor de BES-eilanden ligt daarom meer voor de hand dan voor de overige Caribische Koninkrijksgebieden.

Een statuswijziging in UPG betekent op fiscaal gebied dat niet alleen het primaire EU-recht (verdragsvrijheden en staatssteunverbod), maar ook het secundaire EU-recht in de vorm van EU-richtlijnen op het materiële belastingrecht van toepassing wordt.¹⁰ Dit is onder meer relevant voor in EU-lidstaten (andere dan Nederland) gevestigde moedermaatschappijen die via een op de BES-eilanden gevestigde dochtermaatschappij investeren in de BES. Op de winstuitkeringen van de dochter aan haar moedermaatschappij zou de MDR van toepassing kunnen zijn.¹¹ Bij de invoering van de Wet Belastingwet BES (Belastingwet BES)¹² per 1 januari 2011 is de winstbelasting buiten werking gesteld en vervangen door een vastgoedbelasting en een opbrengstbelasting. Interessant is dat tijdens de parlementaire behandeling van de opbrengstbelasting van Belastingwet BES de fiscale regeling van Estland aan de orde is geweest. De reden hiervoor is dat Estland, evenals de BES-eilanden, een belasting heft over de winst op het moment dat deze uitgekeerd wordt. Anders dan de BES-opbrengstbelasting, wordt de Estse belasting geheven van het winstuitdelende lichaam en niet van de winstgenieter-aandeelhouder. In hoofdstuk 6 zal ik uitgebreider ingaan op de uitdelingsbelasting van Estland, dat bij de toetreding tot de EU in 2004 een derogatie op het EU-acquis overeen kwam voor de uitdelingsbelasting.¹³

3. Ontbreken van een winstbelasting

Een indertijd onverwacht element bij de totstandkoming van de Belastingwet BES was het achterwege laten van een winstbelasting. Wat waren de achterliggende redenen om geen winstbelasting in te voeren? Volgens de toenmalige Minister van Financiën, Jan Kees de Jager, zou invoering van een winstbelasting 'extreem schadelijk' zijn voor de economie en werkgelegenheid op de eilanden. Hij pleitte voor een eenvoudig en uitvoerbaar stelsel.¹⁴ De Jager wilde op deze wijze experimenteren. Uit de parlementaire stukken blijkt dat ook de specifieke karaktereigenschappen van de BES-eilanden een rol hebben gespeeld bij de keuze voor het afzien van een winstbelasting: de lokale economische omstandigheden, de ligging in de Caribische regio, de bevolkingsomvang, de kleine oppervlakte en het insu-

6 A.G. Croes, *De herdefiniëring van het Koninkrijk*, (diss. Universiteit van Tilburg), 2006, p. 132-133.

7 Protocol betreffende de toepassing van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap op de niet-Europese delen van het Koninkrijk der Nederlanden, *Trb.* 1957, 91, p. 157.

8 Raad van State, *Verdieping of geleidelijk uiteengaan? De relaties binnen het Koninkrijk en met de Europese Unie*, Voorlichting Raad van State, 2004, p. 27.

9 *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 1435.

10 Bij het implementeren van de EU-richtlijnen zullen voor de BES-wetgeving vooral de MDR en de fusierichtlijn van belang zijn.

11 Overigens kan dan niet alleen de MDR worden ingeroepen, maar mogelijk ook het vrije kapitaalverkeer.

12 Wet van 16 december 2010, zoals laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2016, 544.

13 *PbEU* L236, p. 816, van 23 september 2003.

14 'Op de bres voor BES', *Antilliaans Dagblad*, 28 september 2010.

laire karakter van de eilanden.¹⁵ Daarnaast was het achterwege laten van de winstbelasting volgens de memorie van toelichting ingegeven door 'de te verwachten disbalans tussen enerzijds de opbrengsten van de winstbelasting en anderzijds de administratieve lasten voor het bedrijfsleven en de uitvoeringskosten voor het uitvoeringsapparaat'.¹⁶ Kortom, de winstbelasting leverde geringe belastinginkomsten op terwijl de uitvoeringskosten hoog waren. Deze lasten zouden verder toenemen door de noodzaak om meer grondslagbeschermingsmaatregelen te nemen bij de invoering van een winstbelasting.

4. Opbrengst- en vastgoedbelasting

4.1 Inleiding

Uit de parlementaire stukken van de Belastingwet BES blijkt dat er bij de Raad van State (RvS) zorgen waren over het volledig ontbreken van een winstbelasting.¹⁷ Volgens de RvS zou het ontbreken van een winstbelasting in de Belastingwet BES mogelijk in strijd zijn met de EU- Gedragscode voor belastingen op ondernemingen.¹⁸ De EU-Gedragscode, die gericht is op de bevordering van een eerlijke belastingconcurrentie, is onder andere ook van toepassing op de geassocieerde gebieden van de lidstaten. Bij de inrichting van het belastingstelsel van de BES-eilanden diende met de gedragscode rekening te worden gehouden. De RvS heeft bij het uiten van zijn zorgen over het ontbreken van een winstbelasting tevens verwezen naar het fiscale stelsel van Estland: 'In dit kader is er ook op te wijzen, dat in het BES-stelsel alleen een vastgoedbelasting en een uitdelingsbelasting zijn opgenomen, een stelsel dat voor de toetreding tot de Europese Gemeenschap ook in de Republiek Estland gold maar onder druk van de Europese Commissie is afgeschaft'.¹⁹ In hoofdstuk 6 zal nader worden ingegaan op de Estse winstuitdelingsbelasting.

Ter vervanging van de winstbelasting zijn op de BES-eilanden twee andere heffingen geïntroduceerd: de opbrengstbelasting en de vastgoedbelasting. Hieronder bespreek ik enkele fiscale aspecten van de opbrengst- en vastgoedbelasting. Hoewel de nadruk van dit artikel op de opbrengstbelasting ligt, wordt hieronder kort ingegaan op de vastgoedbelasting die eveneens dient ter vervanging van een winstbelasting op de BES-eilanden.

4.2 Vastgoedbelasting

De vastgoedbelasting is op een aantal punten vergelijkbaar met de vermogensrendementsheffing in de Wet inkomstenbelasting 2001 die in Europees Nederland geldt. De belasting wordt op grond van art. 4.1 Belastingwet BES geheven van voordelen uit een op de BES-eilanden gelegen onroerende zaak. Belastingplichtig is degene die bij het begin van het kalenderjaar het genot heeft op grond van eigendom, bezit

of beperkt recht van een onroerende zaak. Dit betekent dat de belasting in beginsel van eenieder kan worden geheven: natuurlijke personen en rechtspersonen. Ten aanzien van rechtspersonen worden alleen actieve vennootschappen feitelijk in de heffing betrokken. Passieve vennootschappen zijn vrijgesteld en worden geacht in Europees Nederland te zijn gevestigd. Deze vestigingsplaatsfictie is op gelijke wijze geregeld als de vestigingsplaatsfictie voor de opbrengstbelasting. In paragraaf 4.3 ga ik daar verder op in. Het tarief van de vastgoedbelasting bedraagt 17,5% van de voordelen uit een onroerende zaak; voor de hotelsector bedraagt het tarief 10%. De grondslag, te weten 'de voordelen', is echter forfaitair vastgesteld op 4% van de waarde van de onroerende zaak. In het kader van deze bijdrage zal ik niet verder ingaan op de vastgoedbelasting.

4.3 Opbrengstbelasting

Naast de introductie van de vastgoedbelasting is op de BES-eilanden bovendien een opbrengstbelasting ingevoerd; zoals eerder aangehaald dienen beide belastingen ter vervanging van de winstbelasting. 'Onder de naam opbrengstbelasting wordt een belasting geheven van degenen die rechtstreeks of door middel van certificaten gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in en winstbewijzen van op de BES eilanden gevestigde naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, open commanditaire vennootschappen en andere vennootschappen waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld', aldus art. 5.1 lid 1 letter a Belastingwet BES. Een belangrijk element in deze bepaling betreft het belastingsubject: 'de gerechtigden tot de opbrengst' die uitgekeerd wordt door op de BES gevestigde lichamen. De opbrengstbelasting wordt volgens art. 5.3 Belastingwet BES 'geheven naar de opbrengst'. Het tarief van 5% zou volgens de parlementaire stukken concurrerend zijn ten aanzien van de fiscale regimes van de omringende eilanden, zoals de Britse Maagdeneilanden, Kaaimaneilanden, Bermuda en Anguilla, die overigens in het geheel geen winstbelasting heffen.²⁰ Echter, bij een tarief van 5% opbrengstbelasting zouden de BES-eilanden als belastingparadijs kunnen worden gezien, met name voor passieve lichamen. Daarom is in art. 5.2 Belastingwet BES een vestigingsplaatsfictie als antimisbruikbepaling geïntroduceerd. Door de vestigingsplaatsfictie worden in beginsel alle BES-vennootschappen geacht in Nederland te zijn gevestigd.²¹ Dit betekent dat deze lichamen niet alleen onderworpen zijn aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, maar ook inhoudingsplichtig zijn voor de Nederlandse dividendbelasting. Ook zal per 1 januari 2021 de Wet Bronbelasting van toepassing zijn op rente- en royaltybetalingen gedaan door deze lichamen. Voor lichamen die reële ondernemingsactiviteiten verrichten geldt dat zij op verzoek een vestigingsplaatsbeschikking van de inspecteur kunnen krijgen waardoor ze alsnog aan de opbrengstbelasting van de Belastingwet BES zijn onder-

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32189, nr. 3, p. 17 (MvA).

16 *Kamerstukken II* 2008/09, 31958, nr. 2, p. 12 (MvA).

17 *Kamerstukken II* 2009/10, 32189, nr. 3, p. 28-29 (MvT).

18 Code of Conduct Group (Business Taxation), 9 maart 1998, Ecofin Raad.

19 *Kamerstukken II* 2009/10, 32189, nr. 4, p. 16.

20 *Kamerstukken II* 2009/10, 32189, nr. 3, p. 28 (MvT).

21 *Kamerstukken II* 2009/10, 32189, nr. 3, p. 42 (MvT).

worpen.²² De vestigingsplaatsbeschikking wordt afgegeven als het lichaam aan een aantal *substance*-vereisten voldoet. Passieve vennootschappen zullen in de regel hier niet aan kunnen voldoen en blijven onderworpen aan de Nederlandse vennootschaps- en dividendbelasting en zullen per 1 januari 2021 vallen onder de Wet Bronbelasting 2021. In de praktijk deed zich het probleem voor dat een ‘actieve’ vennootschap de vestigingsplaatsbeschikking niet aanvraagde en daardoor noch op de BES-eilanden noch in Nederland onder de belastingheffing viel. Weliswaar was de ‘actieve’ vennootschap vanwege de vestigingsplaatsfictie onderworpen aan de Nederlandse vennootschapsbelasting, maar vanwege de toen geldende objectvrijstelling in de Belastingregeling voor het land Nederland (BRN) werd de BES-winst niet in de Nederlandse vennootschapsbelasting betrokken. De lacune in de BRN is per 1 januari 2019 gerepareerd.²³ De vestigingsplaatsfictie is blijkens de parlementaire stukken geïnspireerd door de antimisbruikregel die Noorwegen kent in relatie met de eilandengroep Spitsbergen.²⁴ De fictie fungeert als antimisbruikbepaling met als doel fiscale (offshore)constructies, die vanwege het ontbreken van een winstbelasting worden opgezet, te voorkomen.

5. Moeder-dochterrichtlijn

5.1 Reikwijdte MDR

Gesteld dat de BES-eilanden een UPG-status willen, dan zal ook het fiscale beleid dat voor de BES-eilanden van toepassing zal zijn ter sprake komen.²⁵ In hoeverre dient het volledige EU-recht van toepassing te zijn voor de BES-eilanden en waarvoor is een derogatie nodig? Daar zal over onderhandeld dienen te worden. Zoals hieronder uiteengezet zal worden, is de MDR niet automatisch van toepassing op de UPG. Om de BES-vennootschappen onder de reikwijdte van de MDR te brengen zal de MDR derhalve aangepast moeten worden.

Voor de vraag naar de reikwijdte van de MDR is van belang om vast te stellen of de BES-vennootschap als ‘vennootschap van een lidstaat’ zoals bedoeld in art. 2 MDR kwalificeert. Volgens art. 2 MDR is een ‘vennootschap van een lidstaat’ iedere vennootschap die:

1. een van de in bijlage I, deel A, genoemde rechtsvormen heeft;
2. volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat wordt beschouwd in die staat haar fiscale woonplaats te hebben en die, volgens een met een derde staat gesloten verdrag op het gebied van dubbele belastingheffing, niet wordt beschouwd als fiscaal buiten de Unie te zijn gevestigd;
3. bovendien, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen is aan een van de in bijlage I, deel B, genoemde belastingen of aan enige an-

dere belasting die in de plaats zou treden van een van die belastingen.

Bijlage I, deel A, bij de MDR bevat de lijst van de rechtsvormen en vermeldt onder punt s):

‘De vennootschappen naar Nederlands recht, geheeten „naamloze vennootschap”, „besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid”, „open commanditaire vennootschap”, „coöperatie”, „onderlinge waarborgmaatschappij”, „fonds voor gemene rekening”, „vereniging op coöperatieve grondslag”, en „vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt”, alsmede andere vennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht en die onder de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen’.

Punt s) van de lijst bevat voor lidstaat Nederland in de laatste volzin een zogeheten *catch-all*-clausule: een vangnetbepaling waardoor andere vennootschappen dan die opgesomd zijn, ook aangemerkt worden als ‘vennootschap van een lidstaat’. Daarvoor geldt de additionele eis dat deze vennootschappen onder de Nederlandse vennootschapsbelasting moeten vallen. Met Geursen ben ik van mening dat BES-vennootschappen die op grond van Boek 2 BW BES zijn opgericht en die via de bepaling van de vestigingsplaatsfictie van art. 5.2 lid 1 Belastingwet BES in Europees Nederland zijn gevestigd onder de *catch-all*-clausule vallen.²⁶ Het betreft immers andere vennootschappen die naar Nederlands recht zijn opgericht, aangezien Boek 2 BW BES Nederlands recht is. Daarnaast vallen deze vennootschappen vanwege de vestigingsplaatsfictie op grond van art. 2 lid 8 Wet VPB 1969 onder de Nederlandse vennootschapsbelasting. De BES-vennootschappen die niet via de vestigingsplaatsfictie onder de Nederlandse vennootschapsbelasting en dividendbelasting vallen, zullen onder de opbrengstbelasting vallen. Een vervolgvraag is of deze belasting gelijkgesteld kan worden met de Nederlandse vennootschapsbelasting. Ik kom hier op terug bij de bespreking van de zaak C-458/18 (*Bulgarije/Gibraltar*).

De tweede voorwaarde lijkt bij een eerste oogopslag problematisch voor de BES-vennootschap omdat de fiscale woonplaats van de vennootschap in een EU-lidstaat moet zijn gelegen. Met het verkrijgen van een UPG-status maken de BES-eilanden onderdeel uit van de interne markt, maar worden zij nog geen lidstaat van de EU. Echter, vennootschappen die feitelijk op de BES zijn gevestigd worden geacht te zijn gevestigd in Europees Nederland op basis van de geldende vestigingsfictie van art. 5.2 lid 1 Belastingwet BES en art. 2 lid 8 Wet VPB 1969. Daarmee vallen alle BES-vennootschappen in principe onder het toepassingsbereik van de MDR, zowel de actieve als de passieve vennootschappen. Actieve vennootschappen die aan de voorwaarden voldoen voor een vestigingsplaatsbeschikking en deze ook aanvragen en verkrijgen, zullen niet onder de vestigingsfictie van art. 5.2 lid 1 Belastingwet BES vallen. Deze vennootschappen zijn op de BES-eilanden gevestigd.

²² Art. 5.2 lid 2 Belastingwet BES.

²³ Besluit van 19 december 2018, *Stb.* 2018, 514. Zie ook *NLF* 2018/2048, m.nt. Rekwest.

²⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 32186, nr. 6, p. 15(NV).

²⁵ Art. 349 VwEU.

²⁶ W. Geursen, ‘EU-rechtelijke aspecten van de fiscale BES-wetgeving’, *MBB* 2011/7-8.

Daarmee voldoen deze (actieve) vennootschappen niet aan de tweede voorwaarde van de MDR.

De derde voorwaarde betreft de onderworpenheidseis: de vennootschap dient aan een belasting te zijn onderworpen die op bijlage I, deel B van de MDR is vermeld. Op deze bijlage is de Nederlandse vennootschapsbelasting opgenomen. De vraag komt op of aan deze eis wordt voldaan indien de BES-vennootschap onderworpen is aan een vennootschapsbelasting die gelijkgesteld kan worden met de vennootschapsbelasting in Nederland. Immers, de opbrengstbelasting en de vastgoedbelasting zijn ter vervanging van de winstbelasting geïntroduceerd.²⁷ Kortom, dient de werkingssfeer van de MDR op dit punt ruim te worden uitgelegd, waardoor de opbrengstbelasting gelijkgesteld kan worden met de Nederlandse vennootschapsbelasting? Deze vraag was ook aan de orde bij de zaak C-458/18 (*Bulgarije/Gibraltar*). Het HvJ stelt in r.o. 34 dat de MDR ‘(...) niet tot doel heeft een gemeenschappelijke regeling in te voeren voor alle vennootschappen van de lidstaten of voor alle soorten deelnemingen (arresten van 22 december 2008, *Les Vergers du Vieux Tauves*, C-48/07, ECLI:EU:C:2008:758, punt 49, en 1 oktober 2009, *Gaz de France — Berliner Investissement*, C-247/08, ECLI:EU:C:2009:600, punt 36).’ Het HvJ stelt in r.o. 35 verder: ‘Elke mogelijkheid om de werkingssfeer van richtlijn 2011/96 naar analogie toe te passen op andere vennootschapsvormen dan die welke in bijlage I, deel A, daarbij zijn vermeld, vanwege de rechtszekerheid wordt uitgesloten. De materiële werkingssfeer van deze richtlijn wordt immers bepaald aan de hand van een uitputtende lijst van vennootschapsvormen’. De MDR is voor het Verenigd Koninkrijk enkel van toepassing op ‘vennootschappen naar Brits recht’ die onderworpen zijn aan de ‘corporation tax in het Verenigd Koninkrijk’. Het HvJ concludeert dat ‘(...) vennootschappen naar Brits recht en corporation tax in het Verenigd Koninkrijk niet zien op vennootschappen die in Gibraltar zijn opgericht en aldaar aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen.’

Hieruit volgt dat het HvJ een restrictieve uitleg geeft. Dat betekent dat de MDR in relatie tot de BES-vennootschap enkel van toepassing zal zijn op vennootschappen die naar Nederlands recht zijn opgericht (of naar buitenlands recht opgerichte entiteiten die feitelijk in Nederland zijn gevestigd) en die onbeperkt onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting in Nederland. De actieve BES-vennootschap die onderworpen is aan de opbrengstbelasting van de Belastingwet BES zal daardoor evenmin aan de derde voorwaarde voldoen. Uit het voorgaande volgt dat ook ingeval de BES-eilanden de UPG-status zouden verkrijgen, geen beroep gedaan kan worden op de voordelen van de MDR. Het is de vraag of het in de rede ligt de MDR op dit punt aan te passen. Bij een eventuele aanpassing van de MDR zal de kwalificatie van de opbrengstbelasting relevant zijn.

5.2 Is de opbrengstbelasting een bronbelasting?

Ingeval de MDR aangepast wordt, waardoor ook UPG's onder de reikwijdte van de MDR vallen, dan is de vraag

relevant of de opbrengstbelasting van de Belastingwet BES aan te merken is als een bronbelasting in de zin van art. 5 MDR. Uit vaste jurisprudentie van het HvJ – meer in het bijzonder het arrest *Ferrero*²⁸ – vloeit voort dat een belasting slechts als een bronbelasting in de zin van art. 5 MDR kan worden aangemerkt indien aan drie cumulatieve criteria is voldaan. Ten eerste moet de belasting worden ingehouden in de staat waar de dividenden worden uitkeerd en moet het belastbare feit ervan bestaan in de uitkering van dividenden (of van elke andere opbrengst van de waardepapieren). Op grond van art. 5.6 lid 3 Belastingwet BES is de inhoudingsplichtige verplicht de belasting in te houden op het tijdstip waarop de opbrengst ter beschikking is gesteld. Aldus wordt aan het eerste criterium voldaan. Volgens het tweede criterium moet de grondslag van de belasting de opbrengst van de waardepapieren zijn. Ook hieraan wordt voldaan getuige de bewoordingen van art. 5.5 lid 1 Belastingwet BES: ‘De belasting bedraagt 5% van de opbrengst.’ Volgens het derde criterium dient de belastingplichtige de aandeelhouder te zijn. De formulering van art. 5.1 Belastingwet BES wekt stellig de indruk dat aan dit criterium wordt voldaan. Onder de naam ‘opbrengstbelasting’ wordt volgens genoemd artikel een belasting geheven van degenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst. Kortom, de moedervennootschap die gerechtigd is tot de opbrengst wordt als subjectief belastingplichtige aangewezen. Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de opbrengstbelasting als een bronbelasting in de zin van art. 5 MDR kwalificeert die niet geheven mag worden omdat dit onverenigbaar is met de MDR. Bij een overgang van de BES-eilanden naar de status van UPG zou een aanpassing van het belastingsubject voor de opbrengstbelasting overwogen kunnen worden. Niet de winstgerechtigde maar de uitkerende vennootschap, gelijk aan Estland (zie hierna in hoofdstuk 6), zou als belastingsubject dienen te worden aangemerkt. In dat geval is geen sprake van een bronheffing in de zin van art. 5 MDR.

6. Estland

6.1 Inleiding

Naar aanleiding van het voorstel Wet Belastingwet BES zijn door de RvS in 2009 vragen gesteld in verband met de Estse opbrengstbelasting.²⁹ De RvS verkeerde in de veronderstelling dat Estland bij toetreding tot de EU de Estse winstuitdelingsbelasting moest afschaffen omdat deze in strijd zou zijn met het primaire Europese recht (het EG-verdrag). Echter, de Estse winstuitdelingsbelasting bleek niet verenigbaar te zijn met het secundaire recht: de MDR. In Estland geldt een met de BES vergelijkbare regeling waarbij belasting wordt geheven op het moment van winstuitkering. De Estse regeling hield in dat pas bij winstuitdeling belasting verschuldigd was. Door toepassing van de MDR zou de Estse winst vanaf het moment van uitdeling aan een lichaam

27 Kamerstukken II 2009/10, 32189, nr. 3, p. 13 (MvT).

28 HvJ 24 juni 2010, C-338/08, ECLI:EU:C:2010:364 (*Ferrero*), pnt. 26, *NTFR* 2010/1619.

29 Kamerstukken II 2009/10, 32189, nr. 4.

in de EU bovendien vrijgesteld zijn op basis van de MDR. Kortom: er zou in Estland helemaal geen belastingheffing over winst plaatsvinden. Bij toetreding tot de EU moest de Estse belastingwetgeving in overeenstemming zijn met het EU-acquis en dientengevolge ook met de MDR. Tijdens de onderhandelingen met Estland voor toetreding tot de EU is een derogatie op dit punt opgenomen.³⁰ De Staatssecretaris van Financiën heeft in antwoord op de vraag van de RvS als volgt gereageerd: ‘zelfs als de BES-eilanden op enig moment een zogenaamd Ultra Perifeer Gebied (UPG) zou worden, kan het voorgaande stelsel blijven bestaan, mits als onderdeel van de onderhandelingen tussen de Europese Commissie en Nederland – en na bekrachtiging door de Raad van Ministers van de Europese Unie – over de daadwerkelijke invulling van zo’n eventuele UPG-status voor de BES-eilanden is overeengekomen dat de Moeder-dochter-richtlijn bij wijze van derogatie op het “acquis communautaire” in de BES-eilanden tijdelijk of helemaal geen toepassing vindt.’³¹ Het is nog maar de vraag of de EU met een derogatie op dit punt instemt. Voor zover ik kan nagaan zijn voor de MDR nog geen derogaties bij statuswijziging in UPG door de EU toegekend.

Hieronder ga ik voor een beter begrip kort in op de fiscale regeling zoals die gold voor Estland bij de toetreding tot de EU.

6.2 Estse winstbelasting

De Estse winstbelasting *Income Tax Act* (ITA) is per 1 januari 2000 volledig herzien en is gebaseerd op andere uitgangspunten dan de andere EU-lidstaten. In Estland gevestigde lichamen en niet-inwoners met een vaste inrichting in Estland zijn vrijgesteld van belasting over niet uitgedeelde winst. Winstbelasting naar een tarief van 22%³² wordt enkel geheven over uitgekeerde dividenden aan zowel inwoners van Estland als aan niet-inwoners.³³ Als gevolg hiervan is het moment van belastingheffing afhankelijk van het moment dat de aandeelhouders tot uitkering van winst besluiten. Niet uitgedeelde winsten worden in Estland niet belast. Enerzijds had Estland hierdoor het laagste effectieve winstbelastingtarief in de EU, namelijk 0%. Anderzijds kende de fiscale wetgeving in Estland in tegenstelling tot andere lidstaten geen belastingfaciliteiten.

Bij de onderhandelingen in het kader van de toetreding van Estland tot de EU rees bij de Europese Commissie de vraag of de Estse winstbelasting als bronheffing in de zin van de MDR moet worden aangemerkt.³⁴ De Europese Commissie was van mening dat de Estse winstbelasting een verboden bronheffing in de zin van art. 5 MDR was en heeft in dat kader met Estland afspraken gemaakt bij de onderhandelingen voor toetreding van Estland tot de EU. Estland heeft een tijdelijke derogatie gekregen voor toepassing van

de MDR.³⁵ Ondanks het verbod van bronheffing op grond van de MDR ‘mag Estland zolang het belasting blijft heffen op uitgekeerde winsten zonder niet uitgekeerde winsten te belasten, en uiterlijk tot en met 31 december 2008, die belasting blijven toepassen op uitgekeerde winsten door Estse dochterondernemingen aan hun in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappijen’.³⁶ In tegenstelling tot een statuswijziging in UPG is bij toetreding tot de EU wel een derogatie voor de MDR mogelijk.

Eind 2008 is de Estse winstbelasting op een aantal punten aangepast.³⁷ Het uitgangspunt dat niet uitgedeelde winst niet in de heffing wordt betrokken is echter gehandhaafd. De overeengekomen derogatie in het kader van de toetreding tot de EU is per 1 januari 2009 verlopen. Vanaf 2009 mag Estland geen verboden bronheffing toepassen op winstuitdelingen. De uitspraak van het HvJ in de zaak *Burda*³⁸ was medio 2008 en kwam net op tijd voor Estland. In de zaak *Burda* gaat het kort gezegd om het volgende. *Burda* is een vennootschap naar Duits recht waarvan de zetel in Duitsland is gevestigd. De aandelen van *Burda* waren voor gelijke delen in handen van de in Nederland gevestigde RCS en de in Duitsland gevestigde *Burda International Holding*. *Burda* heeft de winsten uit twee boekjaren uitbetaald aan haar moedermaatschappijen. Deze winst is belast tegen 30%. Het Bundesfinanzhof heeft de volgende prejudiciële vraag aan het HvJ voorgelegd: ‘Is er sprake van bronbelasting in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 90/435 [...], thans artikel 5 in de versie van richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 (PB 2004, L 7, blz. 41), wanneer het nationale recht bepaalt dat bij winstuitkeringen van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij de inkomsten en vermogensaanwas van de kapitaalvennootschap worden belast, terwijl deze naar nationaal recht niet belastbaar zijn wanneer zij bij de dochteronderneming blijven en niet aan de moedermaatschappij worden uitgekeerd?’ Het HvJ gaat eerst in op het doel van de MDR: ter vermijding van dubbele belasting is de winstuitkering in de staat van de dochteronderneming van bronbelasting vrijgesteld. Vervolgens refereert het HvJ naar de vaste jurisprudentie waarin de drie eerder genoemde criteria zijn geformuleerd. In rechtsoverweging 55 stelt het HvJ vast dat dochtervennootschap *Burda* over de winstuitkering vennootschapsbelasting verschuldigd is, terwijl *Burda International* en RCS de houders van de waardepapieren zijn. Anders gezegd: nu de belastingsubjecten in casu niet de aandeelhouders-winstgenieters zijn, maar de uitkerende vennootschap (*Burda*), is geen sprake van een bronbelasting in de zin van art. 5 MDR. Het HvJ overweegt dat aldus niet wordt voldaan aan de derde voorwaarde voor het bestaan van bronbelasting in de zin van art. 5 lid 1 van Richtlijn 90/435, namelijk dat de aandeelhouder de belastingplichtige dient te zijn. Uit deze uitspraak

30 PbEU 2003, L236, p. 816 van 23 september 2003.

31 Brief van de Staatssecretaris van Financiën, 1 februari 2010, AFP/2009/485 U.

32 Art. 4 lid 1 ITA.

33 Art. 1 lid 2 ITA.

34 E. Uustalu, ‘EU accession and the Estonian Tax System’, *IBFD*, mei 2003.

35 COM(2003)675 def., p. 30-31.

36 PbEU 2003, L236, p. 816.

37 P. Kalamäe, ‘Estonia reduces withholding tax on non-resident income’, *European Taxation*, IBFD, februari 2009, p. 95.

38 HvJ 26 juni 2008, C-284/06, ECLI:EU:C:2008:365 (*Burda*), NTFR 2008/1325.

volgt dat wanneer de uitdelende dochtervennootschap als subjectieve belastingplichtige wordt aangemerkt, en niet de winstgenietende aandeelhouders, deze belasting niet als een bronbelasting in de zin van art. 5 MDR is aan te merken. Naar aanleiding van de zaak *Burda* heeft Estland eind 2008 zich op het standpunt gesteld dat de Estse winstbelasting in overeenstemming is met het doel van de MDR.³⁹ Volgens Estland is geen sprake van dubbele belastingheffing aangezien de Estse winst pas voor het eerst wordt belast als ze uitgekeerd wordt. Daarna vindt geen heffing plaats. De Estse winstbelasting is de eerste en enige heffing over de winst van de dochteronderneming waardoor zij volgens Estland niet in strijd kan zijn met art. 5 MDR. Na de uitspraak van *Burda* is duidelijk geworden dat Estland haar belastingwetgeving op dit punt niet hoefde aan te passen.

7. Conclusie

Gesteld dat de BES-eilanden een UPG-status verkrijgen waardoor ze integraal onderdeel uitmaken van het EU-acquis, dan zal voor de actieve BES-vennootschap die een vestigingsplaatsbeschikking heeft en onderworpen is aan de opbrengstbelasting van Belastingwet BES de MDR niet van toepassing zijn. Uit de zaak C-458/18 (*Bulgarije/Gibraltar*)

blijkt dat voor de toepassing van de MDR de voorwaarde ‘vennootschap van een lidstaat’ restrictief uitgelegd dient te worden. De BES-vennootschap is weliswaar een van de in bijlage I, deel A, van de MDR genoemde rechtsvorm, maar de BES-vennootschap wordt volgens de fiscale wetgeving van lidstaat Nederland niet geacht in Nederland haar fiscale woonplaats te hebben. Bovendien is de BES-vennootschap niet aan een vennootschapsbelasting in Nederland onderworpen. De BES-eilanden worden bij een overgang naar de UPG-status geen EU-lidstaat, maar blijven onderdeel van lidstaat Koninkrijk der Nederlanden. Als gevolg hiervan wordt voor de toepassing van de MDR de BES-vennootschap niet als ‘vennootschap van een lidstaat’ beschouwd. UPG’s vallen niet onder de reikwijdte van de MDR. Vooralsnog ziet het er ook niet naar uit dat een aanpassing van de MDR op dit punt zich zal voordoen, getuige het feit dat geen enkele UPG op de lijst van bijlage I, deel A, of op deel B van de MDR is geplaatst.

Over de auteur

Mr. G.D. Rekwest

Mr. G.D. Rekwest is promovenda fiscaal recht bij University of Curaçao en Erasmus Universiteit Rotterdam.

39 L. Lehis e.a.(2008), ‘The Compatibility of the Estonian Corporate Income Tax System with the Community Law’, *Juridica International* XV, 2008.