

NLF 2024/152

Heffing Arubaanse dividendbelasting niet strijdig met verdrag met VS

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 14 november 2023, AUA2021H00143, ECLI:NL:OGHACMB:2023:251

SAMENVATTING

X (belanghebbende) is een in Aruba gevestigde, naar Arubaans recht opgerichte vennootschap. Zij exploiteert onder andere een schoonheidssalon, saunagelegenheid en massagefaciliteit en handelt in massagebenodigdheden.

LLC houdt alle aandelen in X. LLC is gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika. LLC is een vennootschap opgericht naar het recht van de VS.

Op 31 augustus 2017 heeft X een bedrag van Afl. 890.000 (\$500.000) als dividend uitgekeerd aan LLC. Zij heeft op 15 september 2017 aangifte gedaan en een bedrag van Afl. 89.000 aan dividendbelasting afgedragen. De dividendbelasting is berekend op basis van het tarief van 10%.

Bij het GHvJ is (in hoger beroep) in geschil het antwoord op de vraag of de heffing van dividendbelasting door Aruba in strijd is met artikel VII, lid 1 en/of artikel XI, lid 1, Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart (Trb. 1956, 40), dat op 27 maart 1956 tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de VS is gesloten (hierna: Vriendschapsverdrag).

Daarnaast is in hoger beroep tevens in geschil of die heffing in strijd is met artikel XI, lid 2 en/of artikel XII, lid 2, Vriendschapsverdrag.

Net als het Gerecht in eerste aanleg (Aruba) beantwoordt het GHvJ beide vragen ontkennend. De uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg (Aruba) wordt bevestigd.

NOOT

De onderhavige uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: GHvJ) gaat in de kern om de vraag of de Arubaanse heffing van dividendbelasting in strijd is met het Nederlands-Amerikaanse Vriendschapsverdrag. Dit is een opmerkelijke procedure omdat het Vriendschapsverdrag een vrij onbekend verdrag is. In 2009 heeft de Arubaanse Raad van Beroep voor Belastingzaken geoordeeld in een vergelijkbare fiscale zaak waarin de gevolgen van het Vriendschapsverdrag aan de orde kwamen.¹

De feiten van de voorliggende zaak zelf zijn tamelijk eenvoudig. Het betreft een Arubaanse vennootschap die dividend uitkeert aan haar enige aandeelhouder, een limited liability company

¹ Beschikking van de Arubaanse Raad van Beroep voor Belastingzaken van 22 juni 2009, 2008/0478.

(hierna: LLC), die naar het recht van de Verenigde Staten is opgericht en aldaar is gevestigd. Alvorens inhoudelijk op de zaak in te gaan, maak ik eerst enkele opmerkingen over het Nederlands-Amerikaanse Vriendschapsverdrag.

Het Vriendschapsverdrag

Op initiatief van de VS is in 1956 het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika gesloten en per 1957 in werking getreden. Uit de memorie van toelichting bij het verdrag blijkt dat de achterliggende gedachte van het initiatief was, dat:

‘de ontwikkeling van het economische leven en daardoor bevordering van de welvaart een belangrijke bijdrage is voor het behoud van de vrede. Voor die ontwikkeling zijn vaak investeringen van buitenaf noodzakelijk, die slechts dan kunnen worden aangetrokken, indien de spelregels, die daarvoor plegen te gelden, over en weer worden erkend.’²

Uitgangspunt is volgens de toelichting het beginsel van gelijke behandeling van de wederzijdse onderdanen van de in het verdrag beschreven gevallen en omstandigheden. Het Vriendschapsverdrag is tamelijk beschrijvend van aard: het omschrijft bestaande regelingen van de twee landen. Daarnaast bevat het verdrag slechts algemene regels.

Het Koninkrijk der Nederlanden (hierna: Koninkrijk) is als geheel partij bij het sluiten van verdragen en zo ook bij het Vriendschapsverdrag. Dit betekent dat de vier landen binnen het Koninkrijk – Nederland, Curaçao, Aruba en Sint Maarten – niet afzonderlijk een verdrag met derde landen kunnen sluiten. Hoewel ten tijde van de inwerkingtreding van het Vriendschapsverdrag Aruba nog niet de status aparte had, maakte Aruba wel deel uit van het Koninkrijk der Nederlanden. Dat veranderde niet na de status aparte van Aruba in 1986. Het Vriendschapsverdrag is derhalve nog steeds van toepassing op het land Aruba.

Rechtstreekse werking

Bij een beroep op de artikelen van het Vriendschapsverdrag dient allereerst te worden beoordeeld of het betreffende artikel rechtstreekse werking heeft. Het principe van rechtstreekse werking van verdragsbepalingen ligt besloten in artikel 93 GW, waarin is opgenomen dat bepalingen van verdragen die naar inhoud eenieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Dit betekent in concreto dat de eisen die uit de verdragsbepaling voortvloeien zozeer bepaalbaar zijn dat deze bepaling zich, zonder nadere uitwerking door de wetgever of de uitvoerende macht, leent voor toepassing als rechtsregel in de nationale rechtsorde ten behoeve van de eigen onderdanen, net als voorschriften van nationale oorsprong. Met het Gerecht overweegt het GHvJ in de onderhavige zaak dat artikel XI, lid 1, Vriendschapsverdrag rechtstreekse werking heeft. Ten aanzien van de overige artikelen (artikel VII, lid 1; artikel XI, lid 2 en artikel XII) gaat het GHvJ niet in op de vraag over rechtstreekse werking. Aangezien wel een inhoudelijke behandeling van de toepasselijkheid van deze artikelen plaatsvindt door het GHvJ moet worden aangenomen dat het GHvJ van oordeel is dat deze artikelen eveneens rechtstreekse werking hebben. Ik onderschrijf dit oordeel van het GHvJ.

2 Kamerstukken II 1955/56, 4338 (R 38), 3, p. 1.

De Arubaanse dividendbelasting

Aruba kent een 10% dividendbelasting. Daarnaast kent Aruba een deelnemingsvrijstelling voor binnenlandse verhoudingen. De vraag die in hoger beroep centraal staat, is of de heffing van de Arubaanse dividendbelasting in strijd is met artikel VII, lid 1 en 2, en/of artikel XI, lid 1 en 2, Vriendschapsverdrag.

Kort weergegeven, zien de argumenten die belanghebbende in voorliggende zaak heeft aangevoerd op het volgende:

1. De heffing van dividendbelasting is in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, omdat in de situatie dat de LLC een Arubaanse vennootschap (al dan niet gevestigd in Aruba of de VS) zou zijn, de dividenduitkering niet aan de Arubaanse dividendbelasting zou zijn onderworpen (artikel VII, lid 1, Vriendschapsverdrag).
2. Vennootschappen van de VS mogen op basis van het verdrag niet onderworpen worden aan belastingen die drukkender zijn dan die waaraan Arubaanse vennootschappen worden onderworpen (artikel XI, lid 1 en 2, Vriendschapsverdrag).
3. De dividendbelasting is in strijd met het verbod om deviezenbeperkingen op te leggen (artikel XII, lid 2, Vriendschapsverdrag). Vanwege de beperkte omvang van deze noot laat ik dit punt verder onbesproken.

De beoordeling door het GHvJ

Ten aanzien van het eerste punt overweegt het GHvJ dat het beginsel van gelijke nationale behandeling en meestbegunstiging zoals is verwoord in artikel VII Vriendschapsverdrag niet ziet op het vaststellen, declareren en inhouden van dividendbelasting, maar op de feitelijke uitoefening van de (zakelijke) activiteit zelf, namelijk het daadwerkelijk kunnen opstarten, onderhouden en eventueel uitbreiden van de activiteiten, daarbij niet gehinderd door allerlei juridische beperkingen. Op basis hiervan acht het GHvJ de primaire stelling van belanghebbende ongegrond. Dit lijkt mij juist. De verdragstekst en de memorie van toelichting bij artikel VII zijn hier helder over.

Ten aanzien van het tweede punt oordeelde het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (hierna: het Gerecht) eerder nog dat artikel XI, lid 1, Vriendschapsverdrag weliswaar ziet op belastingen, maar de LLC drijft volgens het Gerecht geen onderneming in Aruba, omdat zij uitsluitend dividend geniet uit een aandelenbezit; artikel XI, lid 1, van het verdrag heeft geen betrekking op dergelijke passieve inkomsten. Het GHvJ ziet dit anders. De dividenduitkering aan de LLC kwalificeert wél als inkomsten bedoeld in artikel XI, lid 1, van het verdrag. De LLC houdt zich immers middellijk bezig met zakelijke activiteiten binnen het grondgebied van Aruba en de dividenduitkering is een beloning voor de zakelijke activiteit.

De vervolgvraag is of in de onderhavige situatie sprake is van gelijke behandeling van de wederzijdse onderdanen (nationale behandeling). Volgens het GHvJ dient in de onderhavige zaak de nationale behandeling te zijn 'de fiscale behandeling die een dividenduitkering door belanghebbende ten deel zou vallen in Aruba, indien haar moedermaatschappij aan wie het dividend wordt uitgekeerd een Arubaanse, in de VS gevestigde, vennootschap zou zijn geweest'.

Ik vraag me af of het GHvJ hier een juiste maatstaf hanteert. Immers, de verplichting van nationale behandeling van artikel XI, lid 1, Vriendschapsverdrag houdt een verbod op discriminatie

naar nationaliteit (oprichtingsrecht) in. Volgens artikel XXIII, lid 3, Vriendschapsverdrag zullen 'vennootschappen, opgericht binnen het grondgebied van de ene Partij (*GR: de VS*) overeenkomstig de geldende wetten en voorschriften, worden geacht vennootschappen van die Partij (*GR: de VS*) te zijn en hun bestaan in rechte als zodanig zal worden erkend binnen het grondgebied van de andere Partij (*GR: Aruba*)'. Artikel XXIII, lid 2, Vriendschapsverdrag omvat de nationale behandeling (van de Amerikaanse vennootschap): 'een behandeling binnen het grondgebied van een Partij (*GR: Aruba*), welke niet minder gunstig is dan de behandeling, welke, in overeenkomstige omstandigheden, binnen dat gebied aan onderdanen, vennootschappen, produkten, schepen of andere zaken, al naar het geval zich voordoet, van die Partij (*GR: Aruba*) wordt toegekend'. Het voorgaande betekent dat Amerikaanse vennootschappen (naar het recht van de VS opgericht) een Arubaanse behandeling dienen te krijgen voor hun zakelijke activiteiten binnen Aruba.

De redenering van het GHvJ is echter dat een vergelijking dient te worden gemaakt met een Arubaanse vennootschap, nadat deze statutair is verplaatst naar de VS. Omdat deze vennootschap vanaf het moment van statutaire zetelverplaatsing geen beroep meer kan doen op de deelnemingsvrijstelling, is geen verschil in behandeling meer waar te nemen, aldus het GHvJ. Ik betwijfel of de tussenstap van de statutaire zetelverplaatsing kan worden afgeleid uit het eerdergenoemde artikel XXIII Vriendschapsverdrag. Uit de letterlijke wettekst blijkt dat in elk geval niet en het lijkt me bovendien niet de bedoeling van deze bepaling. De bedoeling is om gevallen van verschillende nationaliteit eenzelfde fiscale behandeling te geven. Dit dient (juist) te gelden indien het verschil in nationaliteit (door een statutaire zetelverplaatsing) niet wordt opgeheven.

Kortom, de LLC mag niet onderworpen worden aan een drukkender belasting op inkomsten dan waaraan Arubaanse vennootschappen worden onderworpen.

De Arubaanse deelnemingsvrijstelling – alleen van toepassing voor binnenlandse verhoudingen – levert in onderhavige zaak aldus een verboden verschil in fiscale behandeling op grond van nationaliteit. Dit is nu precies waar artikel XI Vriendschapsverdrag op ziet. Een beroep op artikel XI Vriendschapsverdrag zou mijns inziens moeten slagen.

Slot

Op het eerste gezicht lijkt het Vriendschapsverdrag een investeringsverdrag te zijn. Het verdrag heeft tot doel waarborgen te geven ter bescherming van investeringen. Bij een nadere analyse, in het bijzonder artikel XI, lijkt ruimte te bestaan om aan te nemen dat het Vriendschapsverdrag ook relevant is voor de toepassing van de Arubaanse deelnemingsvrijstelling in de situatie dat dividend wordt uitgekeerd aan een Amerikaanse moedervernootschap.

dr. mr. G.D. Rekwest
University of Curaçao

BRON ECLI:NL:OGHACMB:2023:251

Uitspraak op het hoger beroep van **belanghebbende te Aruba**, appellant in hoger beroep (hierna: belanghebbende), tegen de uitspraak van het Gerecht in eerste aanleg van Aruba (het Gerecht) van 17 mei 2021 in de zaak BBZ nr. AUA202001587, in het geding tussen belanghebbende en

de inspecteur der belastingen zetelend in Aruba, verweerder in hoger beroep (hierna: de Inspecteur).

1. Procesverloop

1.1. Belanghebbende heeft op 15 september 2017 op aangifte een bedrag van Afl 89.000 aan dividendbelasting voldaan.

1.2. Belanghebbende heeft daartegen op 10 november 2017 een bezwaarschrift ingediend.

1.3. Belanghebbende is op 7 juli 2020 in verband met het door de Inspecteur niet tijdig doen van uitspraak op bezwaar in beroep gekomen bij het Gerecht.

1.4. Het Gerecht heeft het beroep voor zover het is gericht tegen het niet tijdig doen van uitspraak op bezwaar gegrond verklaard en voor zover het beroep is gericht tegen de voldoening op aangifte ongegrond verklaard.

1.5.1. Belanghebbende heeft op 14 juli 2021 hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van het Gerecht.

1.5.2. Daarvoor is een bedrag aan griffierecht betaald van Afl. 300.

1.5.3. De Inspecteur heeft een verweerschrift in hoger beroep ingediend.

1.5.4. Belanghebbende heeft nadien een nader stuk ingediend. De Inspecteur heeft een pleitnota overgelegd.

1.6. Tot de stukken van het geding behoort, naast de hiervoor vermelde stukken, het van het Gerecht ontvangen dossier dat op deze zaak betrekking heeft.

1.7. De zaak is ter zitting te Oranjestad behandeld op 25 oktober 2022, waar zijn verschenen en gehoord [A] namens belanghebbende bijgestaan door [B], [C] en [D] alsmede [E] namens de Inspecteur.

1.8. De Inspecteur heeft ter zitting een pleitnota overgelegd.

1.9. Aan het eind van de zitting is het onderzoek gesloten.

2. Feiten

2.1. Belanghebbende is een in Aruba gevestigde naar Arubaans recht opgerichte vennootschap. Belanghebbende exploiteert onder andere een schoonheidssalon, saunagelegenheid en massagefaciliteit en handelt in massagebenodigdheden.

2.2. [X] LLC (LLC) houdt alle aandelen in belanghebbende. LLC is gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika (V.S.). LLC is een vennootschap opgericht naar het recht van de V.S.

2.3. Op 31 augustus 2017 heeft belanghebbende een bedrag van Afl. 890.000 (USD 500.000) als dividend uitgekeerd aan LLC. Belanghebbende heeft op 15 september 2017 aangifte gedaan en een bedrag van Afl. 89.000 aan dividendbelasting afgedragen. De dividendbelasting is berekend op basis van het tarief van 10 percent.

3. Geschil in hoger beroep

3.1. Evenals in eerste aanleg is in hoger beroep in geschil het antwoord op de vraag of de heffing van dividendbelasting door Aruba in strijd is met artikel VII, lid 1 en/of artikel XI, lid 1 van het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart, Trb. 1956, 40, dat op 27 maart 1956 tussen het Koninkrijk der

Nederlanden en de V.S. is gesloten (hierna: het Verdrag). Daarnaast is in hoger beroep tevens in geschil of die heffing in strijd is met artikel XI, lid 2 en/of artikel XII, lid 2 van het Verdrag.

3.2. Belanghebbende stelt voorop dat het beginsel van gelijke behandeling de grondslag vormt van het Verdrag. De in geschil zijnde heffing is daarmee in strijd omdat indien LLC wordt vergeleken met een door Arubaans recht beheerste en hetzij op Aruba hetzij in de V.S. gevestigde vennootschap, met betrekking tot de dividendbelasting onmiskenbaar een verschil in behandeling is waar te nemen omdat in die vergelijkbare gevallen de dividenduitkering niet zou zijn onderworpen aan dividendbelasting.

3.2.1. Primair stelt belanghebbende dat de in geschil zijnde heffing in strijd is met de in artikel VII, lid 1 van het Verdrag aan vennootschappen van de V.S. toegekende “nationale behandeling” door Aruba.

3.2.2. Subsidiair stelt belanghebbende dat de onderhavige heffing in strijd is met artikel XI, lid 1 en lid 2 van het Verdrag, welke onder meer garandeert dat vennootschappen van de V.S. niet zullen worden onderworpen dan drukkender belastingen of aan drukkender vereisten ten aanzien van de heffing en inning daarvan, dan waaraan vennootschappen van Aruba worden onderworpen. Belanghebbende voldoet aan alle in artikel XI van het Verdrag voor toepassing gestelde vereisten, zo stelt belanghebbende.

3.2.3. Meer subsidiair stelt belanghebbende dat de onderhavige heffing van dividendbelasting in strijd is met het in artikel XII, lid 2 van het Verdrag opgenomen verbod om deviezenbeperkingen op te leggen.

3.3. De Inspecteur stelt zich op het standpunt dat Artikel VII, lid 1 van het Verdrag niet ziet op fiscale aangelegenheden en daarom geen regels geeft voor belastingheffing. Bovendien gaan – aldus de Inspecteur – de door belanghebbende aangedragen situaties waarbij LLC wordt vergeleken met een door Arubaans recht beheerste en hetzij op Aruba hetzij in de V.S. gevestigde vennootschap, mank doordat geen sprake is van met de situatie van belanghebbende vergelijkbare situaties. De stelling van belanghebbende dat ingeval van een dividenduitkering door een Arubaanse dochtermaatschappij aan een naar Arubaans recht opgerichte doch in de V.S. gevestigde moederverenootschap, de dividenduitkering niet zou zijn onderworpen aan dividendbelasting is bovendien onjuist, aldus de Inspecteur. Artikel XI van het Verdrag is wel van toepassing op belastingheffing, doch speelt geen rol bij de interpretatie van Artikel VII van het Verdrag. Aan de voorwaarden voor toepassing van Artikel XI, lid 1 van het Verdrag wordt bovendien niet voldaan doordat LLC zich niet binnen Aruba bezighoudt met handel of een ander op winst gericht streven. Artikel XI, lid 2 bevat slechts een algemeen beschreven intentie, welke Aruba voldoende vrijheid geeft de onderhavige dividenduitkering te belasten. Artikel XII, lid 2 van het Verdrag is niet van toepassing omdat hier geen sprake is van deviezenbeperkingen. Voor het geval het Hof mocht oordelen dat het Verdrag wel van toepassing is op de onderhavige dividenduitkering, stelt de Inspecteur zich subsidiair op het standpunt dat er in dit geval een rechtvaardiging is voor de heffing van dividendbelasting, omdat daarmee de samenhang van het belastingstelsel van Aruba is verzekerd en bij LLC, als ontvanger van het dividend, economisch gezien de totale belastingdruk na toepassing van de nationale regelingen van Aruba en de V.S. niet hoger is dan in de nationale situatie.

3.4. Partijen doen hun standpunten verder steunen op de gronden welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de van hen afkomstige stukken, alsmede op wat zij ter zitting hebben bijgebracht.

3.5. Belanghebbende concludeert tot vernietiging van de uitspraak van het Gerecht en verzoekt het Hof om de inspecteur te gelasten aan belanghebbende teruggaaf te verlenen van de ingehouden dividendbelasting van Afl. 89.000. De Inspecteur concludeert tot bevestiging van de uitspraak van het Gerecht.

4. Oordeel van het Gerecht

Het Gerecht heeft, kort gezegd en voor zover in hoger beroep van belang, geoordeeld dat artikel VII, lid 1 van het Vriendschapsverdrag niet ziet op bepalingen betreffende de heffing van belastingen. Artikel XI, lid 1 van het Vriendschapsverdrag ziet naar het oordeel van het Gerecht wel op de bepalingen betreffende de heffing van belastingen en het betreffende artikelonderdeel heeft ook rechtstreekse werking, aldus het Gerecht. Belanghebbende voldoet echter, zo oordeelt het Gerecht, niet aan de voorwaarden voor toepassing van dat artikel omdat de houdstermaatschappij van belanghebbende, LLC, geen onderneming drijft in Aruba doch uitsluitend dividend geniet uit een aandelenbezit, en artikel XI, lid 1 van het Vriendschapsverdrag geen betrekking heeft op dergelijke passieve inkomsten. Voorts oordeelde het Gerecht dat LLC als niet in Aruba gevestigde vennootschap geen recht heeft op toepassing van de deelnemingsvrijstelling, evenmin als een naar Arubaans recht, doch feitelijk in de V.S. gevestigde vennootschap die de aandelen in de Arubaanse dochtermaatschappij niet tot haar Arubaanse ondernemingsvermogen rekent, recht heeft op die deelnemingsvrijstelling. Het beroep van belanghebbende op het gelijkheidsbeginsel heeft het gerecht bij gebrek aan feitelijke grondslag afgewezen.

5. Beoordeling van het hoger beroep

Het Verdrag en Aruba

5.1. Tussen partijen is niet in geschil dat het Verdrag ook van toepassing is in de verhouding van Aruba en de V.S. en dat Aruba geen belastingverdragen heeft gesloten die daaraan in de weg zouden kunnen staan. Het Hof acht die uitgangspunten juist.

Gelijke behandeling van wederzijdse onderdanen en vennootschappen

5.2. De preambule van het Verdrag vermeldt dat het een overeenkomst betreft waaraan de beginselen van het wederzijds toekennen van nationale behandeling en van onvoorwaardelijke meestbegunstiging ten grondslag liggen. In de Memorie van Toelichting bij het Verdrag (zitting 1955-1956 – 4338 (R38), hierna: de Memorie van Toelichting) bladzijde 2, punt 4, is vermeld "Het is duidelijk, dat het beginsel van gelijke behandeling van de wederzijdse onderdanen in de in het verdrag beschreven gevallen en omstandigheden het punt van uitgang vormt.". Verder is in de Memorie van Toelichting op bladzijde 4, onder punt 8 opgemerkt: "Bij het sluiten van het vriendschapsverdrag is het belang voor de Amerikanen gelegen in het verkrijgen van de meestbegunstiging bij de behandeling van goederen. Bij de meeste andere onderwerpen is over en weer nationale behandeling bedongen.". Niettegenstaande dat geen sprake is van een gemeenschappelijke toelichting, doch een toelichting van uitsluitend de Nederlandse regering, acht het Hof deze toelichting (mede) bruikbaar bij de uitleg van de bepalingen van het Verdrag.

5.3. Bij de beoordeling wordt voorop gesteld dat met de "gelijke behandeling van de wederzijdse onderdanen" het beginsel van reciprociteit met betrekking tot nationaliteit wordt verwoord, en dat dit bijvoorbeeld niet betekent dat aan de onderdanen van de ene Partij, niet zijnde tevens inwoners van de

andere Partij, in alle gevallen de gelijke behandeling wordt toegekend als aan onderdanen-inwoners van de andere Partij.

Artikel VII, lid 1

5.4. Artikel VII, lid 1 van het Verdrag luidt:

Onderdanen en vennootschappen van de ene Partij zullen binnen het grondgebied van de andere Partij nationale behandeling genieten bij alle op winst gerichte activiteit op handels-, industrieel-, financieel- en ander gebied (zakelijke activiteit), hetzij dat deze rechtstreeks wordt uitgeoefend, hetzij door een vertegenwoordiger, hetzij door middel van elke andere wettelijk toegelaten rechtsvorm. Bijgevolg zal het aan die onderdanen en vennootschappen binnen dat grondgebied zijn geoorloofd: (a) filialen, agentschappen, kantoren, fabrieken en andere vestigingen, welke geschikt zijn voor de uitoefening van hun bedrijf, op te richten en in stand te houden; (b) hetzij rechtstreeks, hetzij door middel van een of meer tussenschakels, vennootschappen op te richten overeenkomstig de algemene wettelijke bepalingen van die andere Partij op het stuk van vennootschappen, en het overwegend belang te verwerven in vennootschappen van die andere Partij en (c) ondernemingen, welke zij hebben gevestigd of verworven, te beheersen en te besturen. Bovendien zullen ondernemingen, welke zij beheersen, ongeacht de vorm, hetzij als eigen bedrijf, hetzij als vennootschap of anderszins, met betrekking tot alles wat verband houdt met de uitoefening van het bedrijf, niet ongunstiger worden behandeld dan vergelijkbare ondernemingen, beheerst door onderdanen en vennootschappen van die andere Partij.

5.5. Bij de artikelsgewijze toelichting in de Memorie van Toelichting op artikel VII is vermeld:

“Voor alle economische activiteit van personen en ondernemingen, zowel direct als indirect, wordt nationale behandeling toegekend. (...) Voor recht begrip van dit artikel zij nog opgemerkt, dat het alleen betrekking heeft op de activiteit in het gastland van de onderdaan van de andere Partij. Hieronder valt uitdrukkelijk niet b.v. de overmaking van winsten naar het buitenland, waar over gehandeld wordt in artikel XI.”

5.6. De tekst van artikel VI, lid 1 van het Verdrag en de daarop betrekking hebben toelichting in de Memorie van Toelichting wijzen er naar het oordeel van het Hof op dat artikel VII, lid 1 een regeling geeft met betrekking tot de (zakelijke) activiteit zelf en beoogt te bereiken dat de feitelijke uitoefening (het daadwerkelijk kunnen opstarten, onderhouden en eventueel uitbreiden) van die activiteiten door onderdanen en vennootschappen van de ene Partij binnen het grondgebied van de andere Partij niet door allerlei juridische beperkingen, welke niet voor eigen vennootschappen van de ene Partij zouden gelden, worden gehinderd. In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld genoemd dat het overmaken van winsten naar het buitenland uitdrukkelijk niet tot die in artikel VII van het verdrag bedoelde activiteit behoort. Het vaststellen, declareren, inhouden van dividendbelasting valt op dezelfde gronden niet onder het toepassingsbereik van artikel VII van het Verdrag.

5.7. De primaire stelling van belanghebbende acht het Hof op grond van het voorgaande ongegrond.

Artikel XI, lid 1

5.8. Artikel XI, lid 1 van het Verdrag luidt:

Onderdanen van de ene Partij, woonachtig binnen het grondgebied van de andere Partij, en onderdanen en vennootschappen van de ene partij, die zich binnen het grondgebied van de andere Partij bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven, of werkzaam zijn op het gebied van wetenschap, onderwijs, godsdienst of liefdadigheid, zullen niet worden onderworpen dan drukkender

belastingen, rechten en heffingen geheven van of gelegd op inkomsten, vermogen, transacties, werkzaamheden of enig ander object, of aan drukkender vereisten ten aanzien van de heffing en inning daarvan, dan waaraan onderdanen en vennootschappen van die andere Partij worden onderworpen.

5.9. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld dat artikel XI, lid 1 van het Verdrag rechtstreekse werking heeft.

5.10. Belanghebbende stelt dat aan de voorwaarden van deze bepalingen is voldaan omdat LLC zich door middel van haar deelneming (belanghebbende) binnen het grondgebied van Aruba bezig houdt met op winst gericht streven en doordat een belangrijk deel van het beheer van belanghebbende vanuit LLC plaatsvindt. Daarbij is – aldus belanghebbende – te denken aan onder andere management, marketing en advertentie functies. Belangrijke beslissingen worden ook op het niveau van LLC genomen. LLC houdt derhalve geen passieve investering in Aruba aldus nog steeds belanghebbende. De Inspecteur heeft deze stellingen van belanghebbende gemotiveerd bestreden.

5.11. Tussen partijen is kennelijk niet in geschil dat belanghebbende zelf zich binnen Aruba bezig houdt met een op winst gericht streven.

5.12. Bij de beoordeling van de vraag of aan de voorwaarden voor toepassing van artikel XI, lid 1 van het Verdrag is voldaan, met name of is voldaan aan de daarin gestelde eis dat sprake moet zijn van een op winst gericht streven van de inwoner van de ene Partij binnen het grondgebied van de andere partij wordt te rade gegaan bij het voor de zakelijke activiteit zelf geschreven artikel VII, lid 1 van het Verdrag. Daarbij wijst het Hof met name op onderstaande delen van die bepaling:

“Onderdanen en vennootschappen van de ene Partij zullen binnen het grondgebied van de andere Partij nationale behandeling genieten bij alle op winst gerichte activiteit (...) (zakelijke activiteit), hetzij dat deze rechtstreeks wordt uitgeoefend, (...), hetzij door middel van elke andere wettelijk toegelaten rechtsvorm. Bijgevolg zal het aan die (...) vennootschappen binnen dat grondgebied zijn geoorloofd: (a) (...) vestigingen, welke geschikt zijn voor de uitoefening van hun bedrijf, op te richten en in stand te houden; (b) (...) vennootschappen op te richten overeenkomstig de algemene wettelijke bepalingen van die andere Partij op het stuk van vennootschappen, en het overwegend belang te verwerven in vennootschappen van die andere Partij en (c) ondernemingen, welke zij hebben gevestigd of verworven, te beheersen en te besturen.”

5.13. Naar het oordeel van het Hof vallen op grond van het voorgaande de (middellijke) zakelijke activiteiten van LLC onder de zakelijke activiteiten zoals bedoeld in artikel XI, lid 1 van het Verdrag. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat hij de stelling van belanghebbende dat LLC actief haar marktbeleid bepaalt aannemelijk acht.

5.14. Anders dan de Raad van Beroep voor Belastingzaken in het verleden heeft geoordeeld (Beschikking 22 juni 2009, nr. 2008/0478) dienen naar oordeel van het Hof onder “inkomsten” of “enig ander object” als bedoeld in artikel XI, lid 1 van het Verdrag tevens te worden verstaan “dividend-inkomsten”. Immers, LLC houdt zich, zoals geoordeeld in 5.13 hiervoor, middellijk bezig met zakelijke activiteit binnen het grondgebied van Aruba, en de dividenduitkering kan in dat verband bezwaarlijk anders worden gezien dan als beloning voor het ontwikkelen van die zakelijke activiteit aldaar. Er zijn geen belastingverdragen van toepassing die tot een ander oordeel voeren.

Gevolgen van de toepassing van Artikel XI lid 1

5.15. Anders dan belanghebbende stelt leidt toepassing van Artikel XI, lid 1 van het Verdrag er in de onderhavige situatie echter niet toe dat aan belanghebbende het bedrag van de ingehouden en afgedragen dividendbelasting dient te worden teruggegeven. Daartoe overweegt het Hof als volgt.

5.16. Het doel van het Verdrag is de gelijke behandeling van de wederzijdse onderdanen (5.2 en 5.3.). Het Verdrag tracht dat het gestelde doel te bereiken in de vorm van meestbegunstiging dan wel in de vorm van nationale behandeling.

5.17. Artikel XXIII van het Verdrag voor zover hier van belang luidt:

1. Onder „nationale behandeling” wordt verstaan een behandeling binnen het grondgebied van een Partij, welke niet minder gunstig is dan de behandeling, welke, in overeenkomstige omstandigheden, (..) aan (...), vennootschappen, (...) van die Partij wordt toegekend.

5.18. Zoals eerder aangegeven betekent het bovenstaande niet dat aan de onderdanen c.q. vennootschappen van de ene Partij, niet zijnde tevens inwoners van, of gevestigd in, de andere Partij, in alle gevallen de gelijke behandeling wordt toegekend als aan onderdanen-inwoners van, of aldaar gevestigde vennootschappen in, de andere Partij. De situatie van belanghebbende, met een niet in Aruba gevestigde moedermaatschappij is dan ook niet vergelijkbaar met die van een andere Arubaanse vennootschap met een in Aruba gevestigde moedermaatschappij. Het verbod van het Verdrag op discriminatie naar nationaliteit sluit namelijk niet uit dat onderscheid wordt gemaakt naar land van vestiging.

5.19. De in de situatie van belanghebbende en LLC toe te passen nationale behandeling, dient dan ook te zijn de fiscale behandeling die een dividenduitkering door belanghebbende ten deel zou vallen in Aruba, indien haar moedermaatschappij aan wie het dividend wordt uitgekeerd een Arubaanse, in de V.S. gevestigde, vennootschap zou zijn geweest.

5.20. Anders dan belanghebbende stelt leidt toepassing van de vestigingsplaatsfictie voor door Arubaans recht opgerichte vennootschappen, zoals opgenomen in artikel 1, lid 3 van de Landsverordening winstbelasting (Lwb) er niet toe dat een naar Arubaans recht opgerichte vennootschap welke is gevestigd in de V.S. de deelnemingsvrijstelling van artikel 11 Lwb deelachtig wordt, zodat in die situatie ook niet met succes op de voet van artikel 6, lid 2, onder b, van de Landsverordening dividendbelasting een beroep op het nultarief kan worden gedaan. In dit verband is van belang hetgeen is vermeld in de Memorie van Toelichting bij de Landsverordening aanpassingsverordening van 27 november 2008, AB 2008 no. 63, blz. 4-5:

“De aanpassing van de vestigingsplaatsfictie, voorgesteld in onderdeel B van artikel XXVI (auteur: onderdeel A van artikel XXVIII), is ingegeven door de onderhavige wetswijzing en de recente herziening van het AVV-regime (Landsverordening aanpassing belastingregime Aruba vrijgestelde vennootschap, AB 2005 no. 76). In de nieuwe formulering van de vestigingsplaatsfictie is tot uitdrukking gebracht dat een lichaam geacht wordt in Aruba te zijn gevestigd, zolang de rechtsvorm van dit lichaam wordt beheerst door Arubaans recht. Dit is in beginsel het geval indien het lichaam is opgericht naar Arubaans recht, maar de onderwerping aan het Arubaanse recht (het verkrijgen van een Arubaans 'vennootschapsstatuut') kan ook het gevolg zijn van zetelverplaatsing naar Aruba op grond van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen (AB 1996 no. 64), of de omzetting van een buitenlandse rechtsvorm in een VBA op de voet van artikel 63, zesde lid, van de voorgestelde Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. *Daarentegen is een Arubaanse NV of AVV die haar statutaire*

zetel naar een ander land heeft verplaatst op grond van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen, niet meer als zodanig onderworpen aan het Arubaanse recht met als gevolg dat de vestigingsplaatsfictie niet meer van toepassing is. [cursivering GHVJ]. Het ligt immers voor de hand om ook voor de belastingheffing aan te sluiten bij de gevolgen van toepassing van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen. Dit is nu reeds (zij het nog niet voor de AVV en slechts voor geval van emigratie) geregeld in artikel 18, onderdeel a, van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen. Daar komt nu voor wat betreft de VBA de mogelijkheid bij van omzetting in een buitenlandse rechtsvorm. Ook in dat geval is het niet zinvol de VBA, na omzetting in een buitenlandse rechtsvorm, nog fictief in Aruba gevestigd te achten. Om alle hier genoemde situaties in één bepaling te kunnen regelen, is ervoor gekozen niet langer aan te knopen bij het historische feit van de oprichting naar Arubaans recht, maar bij het dynamische criterium van onderworpenheid aan Arubaans recht. Zowel de situaties van oprichting naar Arubaans recht, zetelverplaatsing naar en vanuit Aruba als grensoverschrijdende omzetting naar en vanuit Aruba zijn in de nieuwe formulering van de vestigingsplaatsfictie inbegrepen. Zoals uit het voorgaande mag blijken, is de reikwijdte van de nieuwe vestigingsplaatsfictie deels ruimer en deels beperkter dan de huidige bepaling."

Belanghebbende wordt derhalve met betrekking tot de onderhavige dividenduitkering voor de heffing van de dividendbelasting niet anders behandeld dan een Arubaanse vennootschap met in een de V.S. gevestigde Arubaanse moedermaatschappij. Van een verboden verschil in fiscale behandeling op grond van nationaliteit is daarom in casu geen sprake.

Artikel XI, lid 2

5.21 Artikel XI, lid 2 van het Verdrag luidt:

Met betrekking tot onderdanen van de ene Partij, die noch woonachtig zijn, noch zich bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven binnen het grondgebied van de andere Partij, en met betrekking tot vennootschappen van de ene Partij, welke zich niet bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven binnen het grondgebied van de andere Partij, zal die andere Partij er naar streven, in het algemeen het beginsel omschreven in het eerste lid van dit artikel toe te passen.

5.22. Gezien de formulering van deze bepaling leent deze zich niet voor rechtstreekse werking.

Gezien hetgeen is overwogen in 5.15 tot en met 5.20 hiervoor, kan bovendien toepassing ervan in het onderhavige geval ook niet tot gevolg hebben dat de heffing van dividendbelasting in het voorliggende geval achterwege had dienen te blijven.

Artikel XII van het Verdrag

5.23. Artikel XII van het Verdrag, voor zover hier van belang, luidt:

1. Onderdanen en vennootschappen van de ene Partij zullen vanwege de andere Partij nationale behandeling en de behandeling van de meestbegunstigde natie genieten met betrekking tot betalingen, overmakingen en transfers van gelden of waardepapieren tussen de grondgebieden van de twee Partijen alsook tussen het grondgebied van die andere Partij en van een derde land.

2. Geen van beide Partijen zal deviezenbeperkingen als omschreven in lid 5 van dit artikel instellen, behalve voor zover zulks nodig is om haar monetaire reserves voldoende op peil te houden of weer te brengen, in het bijzonder in verhouding tot haar buitenlandse commerciële en financiële behoeften. Het is wel verstaan dat de bepalingen van dit artikel geen wijzigingen brengen in de verplichtingen, welke ieder der Partijen eventueel

heeft tegenover het Internationale Monetaire Fonds, noch het instellen van bijzondere beperkingen uitsluiten, wanneer het Fonds een Partij uitdrukkelijk machtigt of verzoekt deze bijzondere beperkingen in te stellen.

(...)

5. De term „deviezenbeperkingen”, als gebruikt in het artikel, omvat alle beperkingen, regelingen, heffingen, belastingen of andere vereisten, ingesteld door een van beide Partijen, welke bezwarend of belemmerend werken ten aanzien van betalingen, overmakingen of transfers van gelden of waardepapieren tussen de grondgebieden van beide Partijen.

5.24. De Memorie van Toelichting vermeldt dat dit artikel enkele algemene beginselen op het gebied van deviezenrestricties behelst waarbij het begrip deviezenrestricties ruim wordt omschreven. Het heffen van dividendbelasting op uitgaande dividenden kan naar het oordeel van het Hof niet als een zodanige deviezenbeperking worden aangemerkt. De in lid 5 bedoelde “belastingen” zien in het licht van het bepaalde van lid 1, op belastingen ter zake van het directe betalingsverkeer.

Overig

5.25. Voor zover belanghebbende zijn voor het Gerecht gedane beroep op behandeling van meestbegunstiging heeft willen herhalen, slaagt dat beroep niet omdat, zoals het Gerecht terecht heeft overwogen, Aruba geen regeling kent op basis waarvan aan vennootschappen van derde landen (derhalve niet binnen het Koninkrijk) met een 100 percent aandelenbezit in een binnenlandse vennootschap, een ander tarief dan tien percent dividendbelasting wordt toegekend.

Slotsom

Gelet op al het voorgaande is het hoger beroep ongegrond.

6. Griffierecht en proceskosten

Gelet op het voorgaande zijn geen termen aanwezig voor het vergoeden van het griffierecht aan belanghebbende dan wel voor een veroordeling van de Inspecteur in de kosten die belanghebbende in verband met de behandeling van het (hoger) beroep heeft moeten maken

7. Beslissing

Het Hof bevestigt de uitspraak van het Gerecht.

De uitspraak is gedaan door mr. drs. M.G.J.M. van Kempen, voorzitter, mr. J. Snitker en mr. drs. P.J.J. Vonk, leden, in tegenwoordigheid van M. Faro MSc, als griffier. Wegens ontstentenis van de voorzitter is de uitspraak ondertekend door de oudste raadsheer. De beslissing is op 14 november 2023 in het openbaar uitgesproken.