

NLF 2024/1889

Cassatieberoep van Arubaanse nv tegen ingehouden dividendbelasting volgens A-G ongegrond

A-G 12 juli 2024, 23/04888, ECLI:NL:PHR:2024:752

SAMENVATTING

X (nv; belanghebbende) is opgericht naar Arubaans recht en gevestigd in Aruba. Zij exploiteert daar onder meer een schoonheidssalon, een sauna en een massagefaciliteit en zij handelt in massagebenodigdheden.

Al haar aandelen zijn in handen van A (LLC), opgericht naar Amerikaans recht en gevestigd in de VS.

Op 31 augustus 2017 heeft X dividend ad Afl 890.000 uitgekeerd aan A, waarop zij 10% dividendbelasting heeft ingehouden en afgedragen.

In geschil is of die dividendbelasting terecht is geheven. Voor het Gerecht in eerste aanleg (Aruba) (hierna: het Gerecht) beriep X zich op de non-discriminatiebepaling in artikel XI, lid 1, van het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart van 27 maart 1956 tussen Nederland en de VS (hierna: het Vriendschapsverdrag).

Het Gerecht heeft het beroep verworpen omdat A zich zijns inziens niet bezighoudt met handel of een ander op winst gericht streven binnen Aruba. A geniet slechts passief dividend uit aandelenbezit en artikel XI, lid 1 ziet niet op dergelijke passieve inkomsten, aldus het Gerecht.

In hoger beroep voor het Gemeenschappelijke Hof van Justitie (hierna: GHvJ) heeft X zich primair op artikel XI, lid 1 en subsidiair op artikel XI, lid 2, Vriendschapsverdrag beroepen.

Het GHvJ heeft het hoger beroep ongegrond verklaard. Artikel XI, lid 1 ziet volgens het GHvJ ook op de dividenduitkeringen van X maar leidt niet tot teruggaaf. Het subsidiaire beroep op artikel XI, lid 2 heeft het GHvJ afgewezen, omdat die bepaling niet rechtstreeks werkt.

X heeft met twee middelen cassatieberoep ingesteld maar volgens A-G Wattel falen beide middelen.

Hij geeft de Hoge Raad in overweging om het cassatieberoep ongegrond te verklaren, onder verbetering van de gronden van het GHvJ.

NOOT

Deze conclusie van A-G Wattel gaat over de vraag of de Arubaanse dividendbelasting van 10% bij dividenduitdeling aan een Amerikaanse Ltd. in strijd is met het Amerikaanse Vriendschapsverdrag. Voor een uitgebreide bespreking van deze zaak verwijs ik naar mijn noot in NLF 2024/0152. Op basis van de non-discriminatiebepaling in artikel XI, lid 1, Vriendschapsverdrag kan gesteld worden dat vennootschappen opgericht binnen het grondgebied van de VS die zich binnen het grondgebied van

Aruba bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven, niet worden onderworpen aan drukkender belastingen dan waaraan vennootschappen opgericht binnen het grondgebied van Aruba worden onderworpen.

Inhoudelijk spitst deze conclusie zich toe op de volgende vragen:

- Houdt de Amerikaanse Ltd. zich bezig met handelsactiviteiten in Aruba?
- Geldt het verbod van discriminatie ten aanzien van vestigingsplaats of de oprichtingsplaats?

Ten aanzien van het eerste punt was het Gerecht in eerste aanleg (Aruba) van mening dat de Ltd. geen onderneming drijft, terwijl het Gemeenschappelijke Hof van Justitie (hierna: GHvJ) juist oordeelde dat de dividenduitkering een beloning vormt voor de zakelijke activiteiten van de Ltd. Voor belanghebbende was dit oordeel van het GHvJ een mooie opsteker en aanleiding om de cassatiemiddelen hierop voort te borduren.

Anders dan het GHvJ is A-G Wattel echter van mening dat de Ltd. zich niet bezighoudt met handel of streven naar winst (uit onderneming) op het grondgebied van Aruba in de zin van artikel XI, lid 1; en al zou dat het geval zijn, dan is het volgens A-G Wattel zo dat 'het verbod in art. XI(1) Verdrag alleen discriminatie naar oprichtingsjurisdictie verbiedt'. Volgens de A-G impliceert de definitie van 'vennootschappen van een Partij' in het Vriendschapsverdrag dat vennootschappen opgericht in de ene verdragsstaat moeten worden vergeleken met vennootschappen opgericht in de andere verdragsstaat onder overigens gelijke omstandigheden. Om te beoordelen of de Ltd. wordt gediscrimineerd zoals verboden in het Vriendschapsverdrag, moet zij aldus worden vergeleken met een vennootschap die niet in de VS, maar in Aruba is opgericht. Op basis van dit verschil in het recht van oprichting mag de Ltd. dus niet ongunstiger worden behandeld dan een Ltd. die feitelijk gevestigd is in de VS en beheerst wordt door Amerikaans recht.

Deze redenering is in lijn met mijn conclusie in NLF 2024/0152. De bedoeling is om gevallen van verschillende nationaliteiten eenzelfde fiscale behandeling te geven. Punt is alleen dat de Arubaanse deelnemingsvrijstelling alleen geldt voor binnenlandse verhoudingen. Ltd. is niet in Aruba, maar in de VS gevestigd, waardoor de Arubaanse deelnemingsvrijstelling niet van toepassing is. De vraag is aldus of de Arubaanse deelnemingsvrijstelling – alleen van toepassing voor binnenlandse verhoudingen – in de onderhavige zaak een verschil in fiscale behandeling oplevert waar artikel XI Vriendschapsverdrag op ziet.

A-G Wattel stelt van niet. Ltd. wordt niet anders belast op grond van haar oprichtingsrecht, maar op grond van haar vestigingsplaats en bijgevolg haar niet-onderworpenheid in Aruba. Dat verschil in behandeling wordt volgens de A-G niet verboden door artikel XI, lid 1, Vriendschapsverdrag.

Ik meen dat het discriminatieverbod in het Vriendschapsverdrag inhoudt dat Amerikaanse vennootschappen (naar het recht van de VS opgericht) een Arubaanse behandeling dienen te krijgen voor hun zakelijke activiteiten *binnen* Aruba.

De vraag die resteert, is of het houden van de aandelen in de Arubaanse dochtermaatschappij een zakelijke activiteit binnen Aruba voor Ltd. vormt. We gaan dat hopelijk zien in de slotfase van deze procedure.

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

BRON ECLI:NL:PHR:2024:752

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 23/04888

Datum 12 juli 2024

Belastingkamer A

Onderwerp/tijdvak Dividendbelasting (Aruba) 2017

Nr. Gerechtshof AUA2021H00143

CONCLUSIE

P.J. Wattel

In de zaak van

X nv

tegen

Minister van Financiën van Aruba

en vice versa

1. Overzicht

1.1. De belanghebbende is een naamloze vennootschap opgericht naar Arubaans recht en gevestigd in Aruba. Zij exploiteert daar onder meer een schoonheidssalon, een sauna en een massagefaciliteit en zij handelt in massagebenodigdheden.

1.2. Al haar aandelen zijn in handen van [A] LLC (LLC), opgericht naar Amerikaans recht en gevestigd in de VS. Op 31 augustus 2017 heeft de belanghebbende dividend ad Afl 890.000 uitgekeerd aan LLC, waarop zij 10% dividendbelasting heeft ingehouden en afgedragen.

1.3. In geschil is of die dividendbelasting terecht is geheven. Voor het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba beriep de belanghebbende zich op de non-discriminatiebepaling in art. XI(1) van het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart van 27 maart 1956 tussen Nederland en de VS (het Verdrag). Die bepaling luidt als volgt:

“1. (...) vennootschappen van de ene partij, die zich binnen het grondgebied van de andere Partij bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven, (...), zullen niet worden onderworpen aan drukkender belastingen (...) 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 (...) vennootschappen van die andere Partij worden onderworpen.

2. 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. (...).

1.4. Art. XXIII(3) Verdrag definieert 'vennootschappen van een Partij':

"3. (...). Vennootschappen, opgericht binnen het grondgebied van de ene Partij overeenkomstig de geldende wetten en voorschriften, zullen worden geacht vennootschappen van die Partij te zijn en hun bestaan in rechte als zodanig zal worden erkend binnen het grondgebied van de andere Partij."

1.5. Combinatie van deze twee bepalingen levert voor belanghebbendes geval de volgende regel op:

Vennootschappen opgericht binnen het grondgebied van de VS, die zich binnen het grondgebied van Aruba bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven, zullen niet worden onderworpen aan drukkender belastingen op inkomsten, vermogen, transacties, werkzaamheden of enig ander object, dan waaraan vennootschappen opgericht binnen het grondgebied van Aruba worden onderworpen.

1.6. De belanghebbende acht de dividendbelastingheffing daarmee in strijd omdat voor een uitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte en in Aruba gevestigde moeder een nultarief geldt. Het Gerecht heeft dat betoog verworpen omdat LLC zich zijns inziens niet bezighoudt met handel of ander op winst gericht streven binnen Aruba. LLC geniet slechts passief dividend uit aandelenbezit en art. XI(1) Verdrag ziet volgens het Gerecht niet op dergelijke passieve inkomsten.

1.7. In hoger beroep voor het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba heeft de belanghebbende zich primair op art. XI(1) en subsidiair op art. XI(2) van het Verdrag beroepen. Anders dan het Gerecht, meende het Hof dat LLC zich wel bezighoudt met 'een op winst gericht streven' binnen Aruba. Voor de uitleg van de term achtte hij relevant dat art. VII(1) Verdrag bepaalt dat vennootschappen van de ene partij binnen het grondgebied van de andere partij nationale behandeling genieten bij alle op winst gerichte activiteit, 'hetzij rechtstreeks uitgeoefend, hetzij door middel van elke andere wettelijke toegelaten rechtsvorm'. Het Hof leidde daaruit af dat art. XI(1) ook LLC's middellijke bezigheid in Aruba bestrijkt omdat de belanghebbende zelf binnen Aruba op winst gericht bedrijvig is en het Hof aannemelijk acht dat LLC actief haar marktbeleid bepaalt. Art. XI(1) Verdrag ziet volgens het Hof ook op dividenduitkeringen omdat dividend moeilijk anders kan worden gezien dan als beloning voor LLC's middellijke ontwikkeling van belanghebbendes zakelijke activiteit op Aruba.

1.8. Dat leidt volgens het Hof echter niet tot teruggaaf van de dividendbelasting omdat LLC moet worden vergeleken met een naar Arubaans recht opgerichte en op basis van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen statutair naar de VS zetelverplaatste vennootschap, dus met een in de VS gevestigde en door Amerikaans recht beheerste vennootschap. De Arubaanse vestigingsplaatsfictie voor de winstbelasting sluit aan bij het recht waardoor een vennootschap wordt beheerst, zodat zo'n zetelverplaatste vennootschap evenmin het nultarief krijgt. Op basis van deze vergelijkingsmaatstaf wordt de belanghebbende niet nadeliger behandeld.

1.9. Het Hof heeft ook belanghebbendes subsidiaire beroep op art. XI(2) Verdrag afgewezen omdat die bepaling zijns inziens niet rechtstreeks werkt.

1.10. Belanghebbende stelt in **cassatie** twee middelen voor, waarvan middel I twee grieven omvat. Middel I klaagt ten eerste dat LLC voor de toepassing van de non-discriminatieregels in art. XI(1) Verdrag niet moet worden vergeleken met een in de VS gevestigde moeder maar met een in Aruba gevestigde moeder omdat art. XI(1) 'vennootschappen van de ene Partij' gelijkstelt met 'vennootschappen van de andere Partij', waaruit volgt dat LLC (vennootschap van de ene Partij) moet worden vergeleken met een in Aruba gevestigde moeder (vennootschap van de andere Partij). Middel I stelt verder dat *als* LLC al met een in de VS gevestigde moeder vergeleken zou moeten worden, dan met een moeder die beheerst wordt door Arubaans recht (voor wie het nultarief geldt) en niet met een moeder die beheerst wordt door Amerikaans recht.

1.11. Volgens middel II heeft het Hof ten onrechte geen rechtstreekse werking toegekend aan art. XI(2) Verdrag.

1.12. De Directeur van het *Departemento di Impuesto* stelt namens de Inspecteur bij verweer primair dat niet aan de voorwaarden van art. XI(1) Verdrag is voldaan omdat (i) LLC zich niet bezighoudt met handel of ander op winst gericht streven en (ii) dividenduitkeringen niet onder deze bepaling vallen. Dit verweer lijkt mij mede een voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel in te houden. Voor het geval u de toegangsvoorwaarden van art. XI(1) Verdrag wel vervuld acht, meent de Directeur met het Hof dat LLC vergeleken moet worden met een naar Arubaans opgerichte, maar door Amerikaans recht beheerste en in de VS gevestigde holding. Ad art. XI(2) Verdrag onderschrijft de Directeur 's Hof's oordeel dat deze bepaling niet rechtstreeks werkt. Ook als dat wél het geval zou zijn, meent de Directeur (i) subsidiair dat dividenduitkeringen niet onder deze bepaling vallen en (ii) meer subsidiair dat de Arubaanse overheid slechts hoeft te 'streven' naar een gelijke behandeling, hetgeen de vrijheid impliceert om niet gelijk te behandelen. Ook deze subsidiaire en meer subsidiaire standpunten houden mijns inziens een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in.

1.13. Ik acht beide onderdelen van belanghebbendes middel I ongegrond. Anders dan het Hof, meen ik dat art. VII(1) Verdrag niet relevant is voor de uitleg van art. XI Verdrag en dat LLC's enkele *holding* van de belanghebbende niet binnen de werkingssfeer van art. XI(1) Verdrag valt, hoezeer LLC zich mogelijk ook bemoeit met belanghebbendes marktbeleid. De nationale behandeling die vennootschappen van de ene partij volgens art. VII(1) binnen het grondgebied van de andere partij genieten bij alle op winst gerichte activiteit, 'hetzij rechtstreeks uitgeoefend, hetzij door middel van elke andere wettelijke toegelaten rechtsvorm', ziet mijns inziens op markt- en bedrijvigheidstoegang; niet op belastingen. Daarover gaat art. XI, dat mijns inziens als *specialis* moet worden beschouwd. Volgens art. VII(1) houdt de daar bedoelde nationale behandeling immers in dat het vennootschappen van de VS is geoorloofd om op Aruba bedrijfsvestigingen te openen en te drijven, vennootschappen naar Arubaans recht op te richten, beheersende belangen te verwerven in Arubaanse vennootschappen en op Aruba ondernemingen te beheersen en te besturen. Dat gaat over markttoegang; niet over belastingen. Art. XI Verdrag geeft specifieke non-discriminatieregels ter zake van belastingen en andere heffingen. Dat volgt ook uit punt 12 van het Protocol, dat bepaalt dat het verdrag niet mag worden uitgelegd als in enig opzicht vervangende het belastingverdrag met de VS van 1948.¹ Op basis van de non-discriminatiebepaling van

1 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot belastingen van inkomsten en bepaalde andere belastingen gesloten op 29 april 1948 (Stb. I 464).

dat – in 1992 vervangen – belastingverdrag, dat mijns inziens nog steeds van belang is bij de uitleg van het Vriendschapsverdrag omdat art. 12 Protocol van het Vriendschapsverdrag ernaar verwijst, kan de belanghebbende geen aanspraak maken op het nultarief.

1.14. LLC houdt zich mijns inziens niet bezig met handel of streven naar winst (uit onderneming) op het grondgebied van Aruba in de zin van art. XI(1); dat doet alleen de belanghebbende. Dat LLC zich bemoeit met dier marktbeleid lijkt mij niet relevant omdat dergelijke bemoeienis geen ondernemingsactiviteit op het grondgebied van Aruba is, net zomin als mogelijke bemoeienis met wie de belanghebbende bestuurt, welke tarieven zij rekent, welke reserveringsautomatiseerder zij inhuurt of welke accountant haar jaarrekening controleert. Zulke bemoeienis produceert op zichzelf geen eigen actief inkomen op het grondgebied van de vestigingsstaat van de deelneming. Middel I veronderstelt mijns inziens ten onrechte dat LLC's enkele *holding* -bezigheid (hoe moeiend ook) binnen de werkingssfeer van art. XI(1) Verdrag valt, dat mijns inziens echter alleen op eigen actief inkomen van LLC ziet, al is geen vaste inrichting, vastgoed of vaste vertegenwoordiger van LLC op Aruba vereist. De door het Hof aannemelijk geachte bemoeienis van LLC met belanghebbendes marktbeleid speelde zich overigens kennelijk ook niet af op het grondgebied van Aruba, zoals vereist door art. XI(1) Verdrag. Op winst gericht streven binnen het grondgebied van de andere verdragspartij impliceert een *eigen* fysieke aanwezigheid van die activiteit op dat grondgebied, ook al hoeft dat geen v.i. of vastgoed te zijn.

1.15. Ik meen daarom dat het impliciete voorwaardelijke incidentele cassatieberoep van de Directeur het bij het rechte eind heeft en dat belanghebbendes middel I haar niet kan baten omdat het klaagt over de vergelijkingsmaatstaf in een bepaling die niet op LLC van toepassing is. Dat leidt tot ongegrondverklaring van middel I en verbetering van gronden van 's Hofs qua dictum correcte uitspraak.

1.16. Voor het geval u met het Hof meent dat LLC's *holding* van belanghebbendes aandelen wèl als actief inkomen genererend binnen de werkingssfeer van art. XI(1) Verdrag valt, meen ik met het Hof dat het verbod in art. XI(1) Verdrag alleen discriminatie naar oprichtingsjurisdictie verbiedt. De definitie van 'vennootschappen van een Partij' in art. XXIII(3) impliceert dat voor de toepassing van art. XI(1) vennootschappen opgericht in de ene verdragsstaat moeten worden vergeleken met vennootschappen opgericht in de andere verdragsstaat onder overigens gelijke omstandigheden. Om te beoordelen of LLC wordt gediscrimineerd zoals verboden in art. XI(1), moet zij dan worden vergeleken met een vennootschap die niet in de VS, maar in Aruba is opgericht (op basis van dit verschil in oprichtingsrecht mag LLC niet ongunstiger geheven worden), en net als LLC feitelijk gevestigd is in de VS en beheerst wordt door Amerikaans recht. Dat heeft het Hof gedaan. LLC wordt niet anders belast op grond van haar oprichtingsrecht, maar op grond van haar vestigingsplaats en bijgevolg haar niet-onderworpenheid in Aruba. Dat verschil in behandeling wordt mijns inziens niet verboden door art. XI(1).

1.17. Middel II bestrijdt mijns inziens tevergeefs een correct rechtskundig oordeel. Art. XI(2) Verdrag is een intentieverklaring die hoogstens een inspanningsverplichting meebrengt om vennootschappen die niet voldoen aan de handel-of-winststreven-toets in lid 1 desondanks onder die non-discriminatiebepaling te laten vallen. Dat daar 'in het algemeen' naar 'gestreefd' wordt, is verre van onvoorwaardelijk. Die termen geven juist aan dat beide partijen op dat punt hun beleidshanden geheel vrij wensten te houden en alleen als hen dat opportuun zou voorkomen, de lid 1-behandeling zouden willen uitbreiden naar gevallen die niet onder lid 1 vallen. Dat lid 2 in die zin naar lid 1 verwijst,

betekent uiteraard niet dat de rechtstreekse werking van lid 1 ook voor lid 2 zou gelden. Daarmee zou elke betekenis worden ontnomen aan het niet voor niets separate lid 2.

1.18. Ik geef u in overweging belanghebbendes cassatieberoep ongegrond te verklaren onder verbetering van 's Hofs gronden. Het impliciete voorwaardelijke incidentele cassatieberoep van de Directeur behoeft dan geen verdere bespreking.

2. De feiten en het geding in feitelijke instantie

De feiten

2.1. De belanghebbende is een naamloze vennootschap opgericht naar het recht van Aruba en gevestigd in Aruba. Zij exploiteert daar onder meer een schoonheidssalon, een sauna en een massagefaciliteit en zij handelt in massagebenodigdheden.

2.2. Alle aandelen in de belanghebbende zijn in handen van [A] LLC (LLC). LLC is opgericht naar het recht van de Verenigde Staten (VS) en is gevestigd in de VS.

2.3. Op 31 augustus 2017 heeft de belanghebbende een dividend ad Afl 890.000 uitgekeerd aan LLC. Op 15 september 2017 heeft zij aangifte dividendbelasting gedaan en 10% (Afl 89.000) aan dividendbelasting afgedragen. Tegen die afdracht heeft zij op 10 november 2017 een bezwaarschrift ingediend.

2.4. Op 7 juli 2020 heeft de belanghebbende wegens het door de Inspecteur niet tijdig doen van uitspraak op bezwaar beroep ingesteld bij het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba (het Gerecht).

Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba²

2.5. In geschil was – voor zover in cassatie nog van belang – of Arubaanse heffing van dividendbelasting in strijd is met art. XI(1) van het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart van 27 maart 1956 tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika, *Trb* . 1956, 40 (het Verdrag). De belanghebbende meent van wel omdat de uitkering aan LLC aan hogere dividendbelasting is onderworpen (10%) dan een uitkering aan een in Aruba gevestigde, naar Arubaans recht opgerichte vennootschap zou zijn geweest (nultarief in deelnemingsverhoudingen).

2.6. Het Gerecht achtte art. XI Verdrag op basis van zijn tekst en totstandkomingsgeschiedenis rechtstreeks toepasselijk; het met die bepaling te bewerkstelligen resultaat is onvoorwaardelijk en voldoende gepreciseerd (r.o. 4.6.3). Dat baat de belanghebbende echter niet omdat zij zich niet bezighoudt met handel of een ander op winst gericht streven binnen het grondgebied van Aruba. LLC drijft geen onderneming in Aruba, maar geniet slechts passief dividend uit een aandelenbezit. Art. XI(1) Verdrag ziet volgens het Gerecht niet op dergelijke passieve inkomsten (r.o. 4.7.1-4.7.4).

2.7. Het Gerecht heeft daarom belanghebbendes beroep weliswaar gegrond verklaard, maar alleen voor zover gericht tegen het niet-tijdig doen van uitspraak op bezwaar (r.o. 4.1.5), en ongegrond verklaard voor zover gericht tegen de voldoening op aangifte (r.o. 4.9).

2 Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 17 mei 2021, BBZ nr. AUA202001587, ECLI:NL:OGEEA:2021:258.

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba³

2.8. De belanghebbende heeft zich in hoger beroep tegen die uitspraak primair op art. XI(1) en subsidiair op art. XI(2) van het Verdrag beroepen.

2.9. Het Hof heeft eerst vastgesteld dat (i) het Verdrag ook van toepassing is in de verhouding tussen Aruba en de VS en (ii) Aruba geen belastingverdragen heeft gesloten die daaraan in de weg zouden kunnen staan (r.o. 5.1).

2.10. Vervolgens heeft het Hof het oordeel van het Gerecht onderschreven dat art. XI(1) Verdrag rechtstreeks toepasselijk is (r.o. 5.9). Diens oordeel dat LLC zich niet bezighoudt met handel of een ander op winst gericht streven binnen het grondgebied van Aruba achtte het Hof echter onjuist. Voor de uitleg van de term “op winst gericht streven” achtte het Hof relevant (r.o. 5.12) dat art. VII(1) Verdrag – over toegang tot de markt van de andere verdragspartij – uitdrukkelijk bepaalt dat vennootschappen van de ene Partij binnen het grondgebied van de andere Partij nationale behandeling genieten bij alle op winst gerichte activiteiten (‘zakelijke activiteiten’), ‘hetzij rechtstreeks uitgeoefend, hetzij door middel van elke andere wettelijk toegelaten rechtsvorm’. Het Hof meende op grond daarvan dat art. XI(1) – over heffingen – ook LLC’s middellijke zakelijke activiteit in Aruba bestrijkt omdat de belanghebbende zelf zich binnen Aruba bezighoudt met op winst gericht streven (r.o. 5.11) en aannemelijk is dat de LLC actief belanghebbendes marktbeleid bepaalt (r.o. 5.13). Anders dan het Gerecht oordeelde en anders dan de Raad van Beroep voor Belastingzaken in 2009 oordeelde in een vergelijkbare zaak,⁴ ziet art. XI(1) Verdrag volgens het Hof ook op dividenduitkeringen omdat dividend moeilijk anders kan worden gezien dan als beloning voor LLC’s middellijke ontwikkeling van de zakelijke activiteit op Aruba (r.o. 5.14).

2.11. Toepassing van art. XI(1) Verdrag leidt volgens het Hof echter niet tot teruggaaf van de dividendbelasting. Op basis van de omschrijving van ‘nationale behandeling’ in art. XXIII(1) Verdrag, meent hij dat belanghebbendes dividenduitkering niet moet worden vergeleken met een dividenduitkering aan een in Aruba gevestigde moeder (waarvoor het nultarief zou gelden in deelnemingsverhoudingen) omdat art. XI(1) Verdrag discriminatie naar nationaliteit verbiedt, hetgeen niet uitsluit dat onderscheid wordt gemaakt naar land van vestiging (r.o. 5.18). De juiste vergelijking is die met een dividenduitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte, maar in de VS gevestigde moeder, aldus het Hof (r.o. 5.19). Hij overwoog vervolgens:

“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

3 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 14 november 2023, nr. AUA2021H00143, ECLI:NL:OGHACMB:2023:251, NLF 2024/0152 met noot Rekwest.

4 Het Hof verwijst naar Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) 22 juni 2009, nr. 2008/0478, ECLI:NL:ORBBNAA:2009:18.

aanpassingsverordening van 27 november 2008, AB 2008 no. 63, blz. 4-5 [ingekort; zie voor het volledige citaat 5.5 hieronder; PJW]:

"(...) 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]. (...)"

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."

2.12. Het Hof heeft belanghebbendes subsidiaire beroep op art. XI(2) Verdrag afgewezen omdat die bepaling geen rechtstreekse werking heeft en de belanghebbende ook overigens niet kan baten omdat zij niet anders wordt behandeld dan een Arubaanse vennootschap die winst uitkeert aan een naar Arubaans recht opgerichte, in de VS gevestigde moeder.

2.13. Het Hof heeft het hogere beroep van de belanghebbende ongegrond verklaard.

3. Het geding in cassatie

3.1. De belanghebbende heeft tijdig en regelmatig beroep in cassatie ingesteld. De directeur van het *Departamento di Impuesto* van Aruba heeft namens de Inspecteur, die kennelijk namens de Minister optreedt (zie onderdeel 10.A hieronder), een verweerschrift ingediend dat mijns inziens mede een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep inhoudt. De belanghebbende heeft gerepliceerd en heeft in het voorwaardelijke incidentele beroep het standpunt ingenomen dat dat beroep niet-ontvankelijk is. De directeur heeft gedupliceerd in het principale beroep en gerepliceerd in het incidentele beroep. De belanghebbende heeft gedupliceerd in het incidentele beroep.

Het (principale) cassatieberoep van de belanghebbende

3.2. De belanghebbende stelt twee cassatiemiddelen voor, waarvan middel I twee grieven omvat:

Middel I klaagt (6 t/m 8) dat het Hof art. XI(1) Verdrag onjuist heeft toegepast door te vergelijken met een dividenduitkering aan een in de VS gevestigde moeder en ten onrechte betekenis heeft gehecht aan art. XXIII(1) Verdrag, nu art. XI(1) daar niet naar verwijst, noch spreekt over nationale behandeling. Art. XI(1) Verdrag vergelijkt 'vennootschappen van de ene Partij' met 'vennootschappen van de andere Partij', waaruit volgt dat de uitkering aan LLC (vennootschap van de ene Partij) moet worden vergeleken met een uitkering aan een Arubaanse [ik begrijp: een in Aruba gevestigde] moeder (vennootschap van de andere Partij). Duidelijk is dan dat de LLC onderworpen wordt aan 'drukkender belastingen' (dividendbelasting) dan de Arubaanse moedermaatschappij (nultarief), hetgeen in strijd is met art. XI(1) Verdrag.

Middel I stelt verder (9 t/m 11) dat als al met een in de VS gevestigde moeder vergeleken zou moeten worden, dan met een moeder beheerst door Arubaans recht (voor wie het nultarief geldt) en niet met een moeder beheerst door Amerikaans recht. De belanghebbende meent dat het Hof art. XI(1) Verdrag onjuist heeft toegepast door te vergelijken met een dividenduitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte moeder die door statutaire zetelverplaatsing juridisch is omgezet in een Amerikaanse vennootschap. Art. XI(1) strekt ertoe 'vennootschappen van de ene Partij' (de VS) die binnen het

grondgebied van de andere Partij (Aruba) handel drijven of anderszins naar winst streven (zoals LLC), niet te onderwerpen aan drukkender belastingen dan ‘vennootschappen van die andere Partij’ (Aruba). Een naar Arubaans opgerichte vennootschap die juridisch is omgezet naar een Amerikaanse rechtsvorm is volgens de belanghebbende geen ‘vennootschap van de andere Partij’ (Aruba) meer. De belanghebbende leest in de definitie van ‘vennootschappen van een Partij’ in art. XXIII(3) Verdrag dat het gaat om vennootschappen die worden beheerst door het recht van die Partij, zodat LLC voor de toepassing van art. XI(1) Verdrag vergeleken moet worden met een vennootschap beheerst door Arubaans recht. Zo’n vennootschap wordt – ook als zij (feitelijk) in de VS is gevestigd – geacht in Aruba te zijn gevestigd (art. 2(2) Ldb),⁵ zodat ook in dat geval het nultarief ex art. 6(2)(b) Ldb geldt (en LLC ‘drukkender’ belast wordt).

Volgens middel II heeft het Hof ten onrechte geen rechtstreekse werking toegekend aan art. XI(2) Verdrag. Als het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te realiseren resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet keuze- of beleidsvrijheid bij de verwezenlijking van dat resultaat niet dat die bepaling rechtstreeks werkt, aldus de belanghebbende.⁶ Zij acht art. XI(2) voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk en ziet niet in waarom lid 2 niet rechtstreeks zou werken hoewel het verwijst naar lid 1, dat volgens het Hof wél rechtstreeks werkt. Voor het geval u meent dat niet is voldaan aan de voorwaarden in art. XI(1) Verdrag omdat LLC zich niet bezighoudt met handel of winststreven, acht zij dividendbelasting ten laste van LLC in strijd met lid 2 van art. XI, dat volgens haar LLC vrijwaart van drukkender belastingen dan die waaraan een vennootschap van Aruba wordt onderworpen.

Verweer en kennelijk voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep van de Minister

3.3. Ad art. XI(1) Verdrag stelt de Directeur van het *Departemento di Impuesto* namens de Inspecteur primair dat niet aan alle voorwaarden van art. XI(1) Verdrag is voldaan omdat (i) LLC slechts een deelneming in de belanghebbende houdt en zich niet zelf met handel of ander op winst gericht streven binnen Aruba bezighoudt en (ii) dividenduitkeringen niet onder ‘inkomsten, vermogen, transacties, werkzaamheden of enig ander object’ vallen.⁷ Ik meen dat dit verweer een voorwaardelijk incidenteel cassatiemiddel inhoudt.

3.4. Meent u dat wel aan de voorwaarden in art. XI(1) Verdrag is voldaan, dan meent de Directeur met het Hof dat LLC niet anders wordt behandeld dan een ‘Arubaanse, in de VS gevestigde holding’ [ik begrijp: een naar Arubaans opgerichte, maar door Amerikaans recht beheerste en in de VS gevestigde holding]

5 Ik betwijfel of de verwijzing naar een vestigingsplaatsfictie in de dividendbelasting correct is. Het gaat om de vestigingsplaatsfictie in de winstbelasting; die bepaalt of de deelnemingsvrijstelling toegepast kan worden, wat weer bepalend is voor de vraag of het nultarief in de dividendbelasting kan worden toegepast.

6 De belanghebbende verwijst naar HR 9 april 2010 na conclusie A-G Langemeijer, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP), AB 2010/190 met noot Van Ommeren; JB 2010/115 met noot Schutgens; JBPr 2010/32 met noot De Folter; NJ 2010/388 met noot Alkema; NTM/NJCM-bull. 2010, p. 485 met noot Woltjer en Nehmelman.

7 Zie het verweer, onderdeel 6.1.2, onder ‘Primair standpunt Inspecteur’. De Directeur verwijst naar r.o. 5.5 van de beschikking van de Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) 22 juni 2009, nr. 2008/0478, ECLI:NL:ORBBNAA:2009:18 en r.o. 4.7.3 van de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba van 17 mei 2021 in de zaak van de belanghebbende.

die immers evenmin beroep zou kunnen doen op de deelnemingsvrijstelling van art. 11 Lwb en daardoor evenmin het nultarief van art. 6(2)(b) Ldb zou kunnen toepassen.

3.5. Ad belanghebbendes beroep op lid 2 van art. XI Verdrag onderschrijft de Directeur 's Hofs oordeel dat deze bepaling niet rechtstreeks werkt. Meent u dat deze bepaling zich wél leent voor rechtstreekse werking, dan meent de Directeur (i) subsidiair dat dividenduitkeringen niet onder deze bepaling vallen en (ii) meer subsidiair deze bepaling van de Arubaanse overheid slechts vraagt om te 'streven' naar een gelijke behandeling, hetgeen de vrijheid impliceert om niet gelijk te behandelen.⁸ Ook deze subsidiaire en meer subsidiaire standpunten houden mijns inziens een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in.

Replik principaal/verweer incidenteel

3.6. De belanghebbende acht het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep van de Inspecteur (zie 3.3 en 3.5 hierboven) niet-ontvankelijk omdat de Arubaanse wetgeving niet voorziet in incidenteel cassatieberoep in belastingzaken. Zij verwijst naar art. 29b AWR en art. 8:110 Awb. Verder heeft het Hof volgens haar al feitelijk vastgesteld dat LLC zakelijke activiteiten uitvoert binnen het grondgebied van Aruba zoals bedoeld in art. XI(1) Verdrag, en kan die feitelijke vaststelling niet bestreden worden in cassatie. Voor het overige neemt de belanghebbende dezelfde standpunten in als in haar cassatieberoepschrift.

Dupliek principaal/replik incidenteel

3.7. Bij dupliek in het principale cassatieberoep herhaalt de Directeur dat LLC vergeleken moet worden met een Arubaanse vennootschap die in de VS is gevestigd. Bij repliek in zijn incidentele beroep betoogt hij dat het ontvangen moet worden in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. Tot steun van zijn standpunt dat LLC zich niet bezighoudt met handel of op winst gericht streven op Aruba, wijst hij op belanghebbendes aangifte winstbelasting 2017, waaruit blijkt dat (i) niet LLC, maar [B] LLC haar management doet, waarvoor zij een managementvergoeding betaalt (productie I) en (ii) belanghebbende haar eigen marketing- en advertentiefuncties uitoefent, gegeven dat zij de kosten daarvan als algemene kosten verantwoordt (productie II). Voor het overige neemt de Directeur dezelfde standpunten in als bij verweer principaal.

Dupliek incidenteel

3.8. Bij dupliek in het incidentele beroep verzet de belanghebbende zich tegen de overlegging van de nieuwe producties. Volgens haar kan in cassatie niet meer kan worden opgekomen tegen 's Hofs feitelijke vaststelling dat LLC op winst gericht bezig is op Aruba. Ook overigens neemt zij dezelfde standpunten in als in haar eerder ingediende stukken.

4. De staatkundige relatie; buitenlandse betrekkingen zijn Koninkrijksaangelegenheid

Het Statuut

4.1. Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden regelt de staatkundige relatie tussen de landen Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten, die volgens art. 1 Statuut samen het Koninkrijk der Nederlanden vormen. Bij de totstandkoming van het Statuut in 1954⁹ was Aruba geen zelfstandig land

8 Zie het verweer, onderdeel 6.2.2, onder 'Subsidiair standpunt Inspecteur'.

9 Stb. 1954, 596.

maar onderdeel van het land Nederlandse Antillen dat destijds samen met Nederland en Suriname het Koninkrijk vormde.

4.2. Per 1 januari 1986 werd Aruba een autonoom land binnen het Koninkrijk. In verband daarmee werd een rijkswet voorgesteld om de gelding van een aantal verdragen die tot dan alleen voor Nederland golden, uit te breiden tot Aruba.¹⁰ Over de verdragen die al wél golden voor Aruba als onderdeel van de Nederlandse Antillen vermeldt de memorie van toelichting bij dat rijkswetsvoorstel dat die blijven gelden, maar dat de verdragspartners wel mededeling gedaan moest worden van de interne staatkundige herschikking binnen het Koninkrijk:

“Wanneer Aruba de hoedanigheid van land in het Koninkrijk verkrijgt (...) is dit een interne aangelegenheid van het Koninkrijk. Op zichzelf brengt dit geen verandering teweeg in de verdragsrelaties met staten die met het Koninkrijk verdragen hebben gesloten die (mede) gelden voor de Nederlandse Antillen. Die verdragen blijven in beginsel ook na de verkrijging van hoedanigheid van land hun gelding voor Aruba behouden; het zal hierbij alleen nodig zijn de wederpartij, c.q. de depositaris, tijdig formeel te informeren omtrent de wijziging in de Koninkrijksverhoudingen, tenzij overigens in het kader van deze wijziging ook veranderingen in bestaande verdragsrelaties wenselijk of nodig worden geacht.”¹¹

Navraag bij de Directie Juridische Zaken, Afdeling Verdragen, van het Ministerie van Buitenlandse Zaken leert dat de Amerikaanse regering bij *note verbale* van 31 december 1985 is geïnformeerd over de statuswijziging van Aruba. Bij deze *note* was een overzicht gevoegd van de op dat moment geldende verdragen tussen het Koninkrijk en de VS, waarin ook het litigieuze Vriendschapsverdrag was opgenomen.

4.3. Op 10 oktober 2010 is vervolgens het land Nederlandse Antillen opgeheven en zijn Curaçao en Sint Maarten net als Aruba autonome landen binnen het Koninkrijk geworden, terwijl Bonaire, Sint Eustatius en Saba (de BES-eilanden) onderdeel van het land Nederland zijn geworden. Aangezien deze staatkundige hervorming opnieuw een interne aangelegenheid van het Koninkrijk was die bovendien de status van Aruba niet wijzigde, bleven de reeds op Aruba toepasselijke door het Koninkrijk gesloten verdragen van toepassing op Aruba.

De Grondwet

4.4. Binnen het Koninkrijk bestaan vijf constituties: het Koninkrijk heeft als overkoepelend verband het Statuut en elk van de landen heeft een eigen landsconstitutie; in Nederland de Grondwet; in Aruba, Curaçao en Sint Maarten de respectieve Staatsregelingen, aldus art. 42(1) Statuut,¹² maar art. 5(1) Statuut verklaart de Grondwet ook Koninkrijksbreed van toepassing voor zover het gaat om de in die schakelbepaling genoemde onderwerpen die niet door het Statuut zijn geregeld, waaronder ‘aangelegenheden van het Koninkrijk’. Buitenlandse betrekkingen zijn aangelegenheden van het Koninkrijk (art. 3(1)(b) Statuut) en daaronder valt onder meer de doorwerking van internationaal recht in

10 Dit voorstel heeft geleid tot de Rijkswet van 12 december 1985, houdende goedkeuring van verdragen in verband met het verkrijgen van de hoedanigheid van land in het Koninkrijk door Aruba (Stb . 1985, 668).

11 Kamerstukken II 1984/85, 19 135 (R 1296), nrs. 1-3, p. 7.

12 Zie A. van Rijn, Handboek Caribisch Staatsrecht , Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 36. Van Rijn duidt het Koninkrijk daarom aan als ‘semi-federale structuur’.

de nationale rechtsorde van de landen.¹³ De bepalingen in de Grondwet over die doorwerking (art. 93 en 94) zijn op grond van art. 5(1) Statuut dan ook van toepassing op het gehele Koninkrijk, ook op Aruba.¹⁴

4.5. Die art. 93 en 94 van de Grondwet bepalen:

“93. Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.

94. Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

4.6. Ook het sluiten van verdragen valt onder buitenlandse betrekkingen, zodat conform art. 3(1)(b) slechts het Koninkrijk en niet elk van de afzonderlijke landen de bevoegdheid heeft om verdragen te sluiten.¹⁵ Het is dan ook steeds het Koninkrijk dat partij is bij een verdrag,¹⁶ ook als de territoriale reikwijdte ervan beperkt is tot een deel van het Koninkrijk zoals bij verdragen ter voorkoming van dubbele belasting die vaak alleen gelden voor het Europese deel van het Koninkrijk.

5. Het Arubaanse recht (teksten 2017)

De Landsverordening dividendbelasting (Ldb) ¹⁷

5.1. De dividendbelasting is in 2003 op Aruba ingevoerd. Art. 2 Ldb bepaalt:

“1. Onder de naam dividendbelasting wordt een belasting geheven van degenen die, rechtstreeks of door middel van certificaten, gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in of winstbewijzen en winstdelende schuldvorderingen op in Aruba gevestigde lichamen.

2. Of een lichaam in Aruba is gevestigd, wordt naar de omstandigheden beoordeeld. Wordt de rechtsvorm van het lichaam beheerst door Arubaans recht, dan wordt echter steeds Aruba als land van vestiging beschouwd.”

De literatuur zegt over de vestigingsplaatsfictie in de tweede volzin van art. 2(2) Ldb – vergelijkbaar met art. 1(3) Wet op de dividendbelasting 1965 – dat zij een nationaliteitsbeginsel inhoudt: heeft het

13 Zie A. van Rijn, Handboek Caribisch Staatsrecht , Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 36.

14 Zie A. van Rijn, Handboek Caribisch Staatsrecht , Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 244.

15 Zie H.G. Hoogers, T & C Grondwet en Statuut, commentaar op art. 3 Statuut voor het Koninkrijk (online geraadpleegd en actueel t/m 01-03-2023), par. 1 onder b, A. van Rijn, Handboek Caribisch Staatsrecht , Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 248, W.W. Geursen en G.D. Rekwest, Internationaal en interregionaal belastingrecht , in: G.D. Rekwest (red.), Capita Selecta Caribisch Fiscaal Recht , Deventer: Kluwer 2023, p. 378-379 en J.W. van den Berge e.a., Het fiscale stelsel in het Caribisch Koninkrijk , Den Haag: SDU 2022, p. 730.

16 Geursen en Rekwest wijzen in dit verband op aanwijzing 8.1 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (Stcrt . 1992, 230, laatstelijk gewijzigd bij Stcrt . 2022, 5649), waarin staat vermeld: ‘Het Koninkrijk der Nederlanden is het volkenrechtelijk subject, ook indien het om een verdrag gaat dat binnen het Koninkrijk uitsluitend geldt voor Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten. De aanduiding ‘Nederland’ als verdragsluitende partij is niet juist.’

17 Landsverordening van 28 december 2002 houdende regels met betrekking tot de heffing en inning van een dividendbelasting en de toekenning van imputatiebepalingen, AB 2002, no. 123.

lichaam de Arubaanse rechtsvorm, dan wordt Aruba als land van vestiging beschouwd, ook al bevindt de feitelijke leiding van het lichaam zich in een ander land.¹⁸

5.2. Art. 6 Ldb bepaalt:

“1. De belasting bedraagt tien procent van de opbrengst.

2. In afwijking van het eerste lid bedraagt de belasting:

(...);

b. nul procent van de opbrengst van een bezit aan aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid, die voor de tot die opbrengst gerechtigden een deelneming vormen als bedoeld in artikel 11 van de Landsverordening winstbelasting;

(...).”

De MVT bij art. 6 Ldb vermeldt over het nultarief voor deelnemingsdividend:¹⁹

“De regeling van onderdeel b van het tweede lid is opgenomen om te voorkomen dat ook dividendbelasting moet worden ingehouden, indien de ontvanger van het dividend aanspraak kan maken op de deelnemingsvrijstelling in de winstbelasting. In deze gevallen wordt het percentage teruggebracht naar 0%. De regering heeft niet gekozen voor een vrijstelling van inhouding, omdat met een 0% tarief een betere controle mogelijk is; bij een dergelijk tarief is de inhoudingsplichtige immers nog steeds gehouden tot het doen van een aangifte dividendbelasting.”

De Landsverordening winstbelasting (Lwb) ²⁰

5.3. Art. 1(1)(a) Lwb bepaalt dat bij binnenlandse belastingplicht Arubaanse winstbelasting wordt geheven:

“(…) van de winst van in Aruba gevestigde naamloze vennootschappen (...);”

5.4. Art. 1(1)(c) Lwb bepaalt dat bij buitenlandse belastingplicht Arubaanse winstbelasting wordt geheven:

“(…) van de winst van niet in Aruba gevestigde lichamen (...):

- uit bedrijven die en voor zover zij door middel van een in Aruba gevestigde vaste inrichting worden uitgeoefend,

- uit in Aruba gelegen onroerende zaken of daarop betrekking hebbende rechten zomede uit buiten bedrijf gebezigde schuldvorderingen welke – wat de hoofdsom betreft – verzekerd zijn door hypotheek, op zodanige goederen gevestigd.”

18 J.W. van den Berge e.a., Het fiscale stelsel in het Caribisch Koninkrijk, Den Haag: SDU 2022, p. 298.

19 Memorie van toelichting bij de Landsverordening van 28 december 2002 houdende regels met betrekking tot de heffing en inning van een dividendbelasting en de toekenning van imputatiebetalingen (Landsverordening dividendbelasting en imputatiebetaling), AB 2002, no. 123, p. 26.

20 Landsverordening winstbelasting, AB 1988, no. GT 47.

5.5. Art. 1(3) Lwb bevat voor de bepaling van de vestigingsplaats van een juridische entiteit een feitelijke toets (eerste volzin) en een vestigingsplaatsfictie die sinds 1 januari 2009 aansluit bij het recht dat de rechtsvorm beheerst (tweede volzin):

“Of een vennootschap, vereniging, maatschappij, stichting of lichaam in Aruba is gevestigd, wordt naar de omstandigheden beoordeeld. Wordt de rechtsvorm beheerst door Arubaans recht, dan wordt echter steeds Aruba als land van vestiging beschouwd.”

Tot 1 januari 2009 gold een vestigingsplaatsfictie die aansloot bij het oprichtingsrecht en die ook gold toen het Vriendschapsverdrag werd gesloten. Art. 1(3) Lwb (oud) en materieel ook diens voorgangers luiden als volgt:

“Of een vennootschap, vereniging, maatschappij, stichting of lichaam in Aruba is gevestigd, wordt naar de omstandigheden beoordeeld. Heeft de oprichting of het instellen plaatsgevonden naar Arubaans recht, dan wordt echter steeds Aruba als land van vestiging beschouwd.”

5.6. De tekst van de vestigingsplaatsfictie is per 1 januari 2009 gewijzigd bij de aanpassing van de wetgeving aan de toen ingevoerde Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (LVBA). De MvT bij de Aanpassingsverordening LVBA vermeldt:²¹

“De aanpassing van de vestigingsplaatsfictie (...) is ingegeven door de onderhavige wetswijziging 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. 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

21 MvT bij de Landsverordening van 27 november 2008 houdende nadere voorschriften in verband met de inwerkingtreding van de Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Aanpassingsverordening Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid), AB 2008 no. 63, opgenomen in: W.J.M. van Veen, Parlementaire geschiedenis van de Arubaanse Landsverordening vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2009, p. 145.

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.”

5.7. Op grond van art. 11(1) Lwb blijven voordelen uit een deelneming buiten aanmerking bij het bepalen van de winst. Art. 11(2) Lwb merkt als onder meer deelneming aan:

“(…) een bezit aan aandelen of bewijzen van deelgerechtigdheid in vennootschappen, verenigingen of stichtingen uit bedrijven als genoemd in artikel 1, eerste lid, onderdelen a en b (…).”

De Arubaanse deelnemingsvrijstelling onderscheidt zich aldus van de Nederlandse doordat zij geen kwantitatief criterium stelt.

5.7. Uit art. 1(1)(c) Lwb volgt dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing kan zijn op een buitenlands lichaam als het niet subjectief belastingplichtig is voor de Arubaanse winstbelasting: een lichaam dat niet belastingplichtig is, kan niet voor enig deel van een niet-bestaand belastingobject vrijgesteld worden.²² De MvT bij art. 11 Lwb, dat bij de invoering van de Arubaanse dividendbelasting (de Ldb) per 1 januari 2003 werd gemoderniseerd, zegt daarover:²³

“Aan de aard van de belastingplichtige worden - behoudens de hier genoemde uitsluitingen - geen verdere eisen gesteld. Alle lichamen, genoemd in artikel 1 LWb, kunnen derhalve een beroep doen op deze bepaling. Wat de niet in Aruba gevestigde lichamen betreft, zij - wellicht ten overvloede - opgemerkt dat deze slechts gebruik kunnen maken van de deelnemingsvrijstelling, indien zij belastingplichtig zijn voor de winstbelasting, derhalve slechts indien zij beschikken over een vaste inrichting in Aruba, waaraan het aandelenbezit ter zake waarvan een beroep op de vrijstelling wordt gedaan, moet worden toegerekend.”

De Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen²⁴

5.8. De Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen (Lzr) regelt sinds 30 oktober 1996 de statutaire zetelverplaatsing van rechtspersonen naar en vanuit Aruba.

5.9. De Lzr definieert ‘zetelverplaatsing’ niet, maar uit haar bepalingen kan de betekenis van die term afgeleid worden. Art. 14 Lzr bepaalt over zetelverplaatsing vanuit Aruba:

“1. Zetelverplaatsing vanuit Aruba komt tot stand op het tijdstip en op de wijze, bepaald door het recht van de andere staat.

22 Zie J.W. van den Berge e.a., Het fiscale stelsel in het Caribisch Koninkrijk, Den Haag: SDU 2022, p. 286.

23 MvT bij de Landsverordening van 28 december 2002 houdende wijzigingen in andere regelgeving, benevens overgangsbepalingen in verband met de invoering van dividendbelasting en imputatiebetalingen (Invoeringsverordening Landsverordening dividendbelasting en imputatiebetaling), AB 2002, no. 124, p. 12.

24 Landsverordening houdende nieuwe regels ter zake van de verplaatsing van de zetel van bepaalde rechtspersonen naar en vanuit Aruba, AB 1996, no. 64.

2. Indien het recht van de andere staat ter zake geen bepalingen kent, gaat de zetelverplaatsing in, zodra de vennootschap of de stichting voldaan heeft aan de bepalingen van het recht van de andere staat om de hoedanigheid van een naar het recht van die staat opgerichte rechtspersoon te verkrijgen.”

5.10. Hieruit volgt dat met ‘zetelverplaatsing’ wordt bedoeld verkrijging van de hoedanigheid van een naar het recht van een andere staat opgerichte rechtspersoon, i.e. het aannemen van een rechtsvorm naar het recht van een andere staat. Zo’n verandering van ‘nationaliteit’ met behoud van rechtspersoonlijkheid, waarbij de oude nationale rechtsvorm wordt ingeruild voor een rechtsvorm van het andere land, heeft veel weg van grensoverschrijdende omzetting.²⁵

6. Het Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart met de VS

Ontstaan, achtergrond en karakter van het Verdrag

6.1. Het Vriendschapsverdrag is op 27 maart 1956²⁶ gesloten en op 5 december 1957 in werking getreden.²⁷ Het luidt gelijkelijk authentiek in het Nederlands en het Engels. Uit de MvT van de goedkeuringswet blijkt dat het op initiatief van de VS tot stand is gekomen tot ontwikkeling van de economie en de bevordering van de welvaart en daarmee het behoud van vrede.²⁸

“De achterliggende gedachte van dit initiatief is, dat de ontwikkeling van het economisch 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. Door deze algemeen gebruikelijke regels in een verdrag vast te leggen schept men de voorwaarden, die voor het gestelde doel noodzakelijk zijn. Zulk een verdrag bevat derhalve algemene regelen ten aanzien van de toelating en de rechtspositie van de wederzijdse onderdanen, de mogelijkheden een bedrijf uit te oefenen en daarmee samenhangende rechten te verkrijgen, de wijze van behandeling van goederen en schepen en ter zake van belastingen, douanevoorschriften en de overmaking van gelden naar het buitenland.”

6.2. De MvT vermeldt over het karakter van het Verdrag:²⁹

“Een vriendschapsverdrag heeft uit zijn aard een geheel ander karakter dan de gebruikelijke verdragen op commercieel gebied. Bij die andere verdragen staan de te verkrijgen voordelen en te verlenen concessies op de voorgrond; men kan het vóór en tegen aan de hand van die voordelen en concessies afwegen en zodoende een vrij duidelijk inzicht verkrijgen in het belang van het afsluiten van de betrokken overeenkomst. Een vriendschapsverdrag heeft daarentegen een beschrijvend karakter; het bevat als regel slechts algemene regels, welke aan de Regeringen nog voldoende speelruimte laten om voor zoveel nodig de gewenste maatregelen

25 Zie D.W. Ormel, ‘Grensoverschrijdende fusies en omzetting/verplaatsing met en binnen het Caribisch deel van het Koninkrijk’, MvO 2020/3.3, par. 3.1, J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1996, p. 32, K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch rechtspersonenrecht, Deventer: Kluwer 2017, par. 11.1.1 en J.L. van de Streek, Omzetting van rechtspersonen, Deventer: Kluwer 2008, par. 9.2.2.

26 Trb. 1956, 40.

27 Trb. 1957, 234.

28 Kamerstukken II 1955/56, 4388 (R 38), nr. 3 (MvT), p. 2.

29 Kamerstukken II 1955/56, 4388 (R 38), nr. 3 (MvT), p. 2.

te treffen zonder met het verdrag in strijd te komen. Zulks is b.v. het geval ten aanzien van de bepalingen op het gebied van de deviezencontrole, welke aan Partijen voldoende armslag laten om de deviezenwetgeving in overeenstemming met de ervaringen van het verleden te kunnen toepassen zonder met verdragsrechten in conflict te komen. (...). Uit zijn aard is dus een vriendschapsverdrag ook geen afgerond geheel en zal als regel in een ruim kader in algemene bewoordingen verplichtingen opleggen. Het belang van een vriendschapsverdrag ligt dus veeleer in de geest van samenwerking en vriendschap, die in zulk een verdrag uitdrukking vindt.”

Over reciprociteit en gelijke behandeling van elkaars onderdanen zegt de MvT:

“Het beschrijvend karakter van een vriendschapsverdrag heeft nog een belangrijk gevolg, nl. het weergeven van bestaande regelingen, welke in de twee landen niet noodzakelijkerwijze volledig gelijk behoeven te zijn. 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.”

De preambule vermeldt dat aan het Verdrag:

“(…) in het algemeen de beginselen van het wederzijds toekennen van nationale behandeling en van onvoorwaardelijke meestbegunstiging ten grondslag liggen (…).”

6.3. Tijdens de behandeling van de goedkeuringswet in de Eerste Kamer waren de Kamerleden het niet eens over de vraag of het algemene en beschrijvende karakter van het verdrag meebracht dat zijn bepalingen geen rechtstreekse werking zouden hebben.³⁰

“Het was deze leden [niet] ontgaan, dat in de Memorie van Toelichting tot dit ontwerp van Rijkswet (blz. 2, rechterkolom) de Regering erop heeft gewezen, dat een vriendschapsverdrag slechts een beschrijvend karakter heeft, dat in hoofdzaak slechts algemene regels bevat, „welke aan de Regeringen nog voldoende speelruimte laten om voor zoveel nodig de gewenste maatregelen te treffen zonder met het verdrag in strijd te komen”. Dit gaf deze leden, die zich met de in de voren aangehaalde zinsnede neergelegde opvatting van de Regering ter zake konden verenigen, aanleiding tot het stellen van de vraag, of de onderwerpelijke overeenkomst bepalingen bevat, welke naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden. Voorshands waren deze leden van oordeel, dat zodanige bepalingen in het onderwerpelijke verdrag niet worden aangetroffen, zodat het eerste lid van artikel 65, alsmede artikel 66 onzer Grondwet [thans artt. 93 en 94; PJW] te dezen niet van toepassing zullen zijn.

De leden, vóór de laatstvermelden aan het woord, merkten (...) op, dat het toch onbetwistbaar is, dat onderdanen van de beide Verdragspartijen direct rechten kunnen ontleenen aan het verdrag. Huns inziens legt vrijwel elk artikel van het verdrag de Overheid een verplichting op, waaraan deze zonder verdere wettelijke voorziening gebonden is. In dit verband vestigden zij er de aandacht op, dat het ontwerp van Rijkswet geen voorbehoud van bekrachtiging inhoudt en dat hetzelfde het onderwerpelijke verdrag zonder meer beoogt goed te keuren.”

6.4. De regering reageerde daarop in de MvA als volgt:³¹

“(…). Het feit, dat in bepaalde verdragsartikelen, zoals sommige leden terecht opmerkten, door de partijen aan elkanders onderdanen dan wel aan elkanders vennootschappen direct positieve rechten worden toegekend, is volgens de ondergetekenden niet in strijd met het algemene en beschrijvende karakter van het verdrag. (...).

30 Kamerstukken I 1956/57, 4338 (R 38), nr. 140 (Voorlopig verslag), p. 2-3.

31 Kamerstukken I 1956/57, 4338 (R 38), nr. 140a (MvA), p. 1-2.

Naar aanleiding van de opmerkingen over bepalingen in het verdrag, welke naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (...), mogen de ondergetekenden naar voren brengen, dat een verdrag zeer wel een beschrijvend karakter kan hebben en aan de Regeringen voldoende speelruimte kan laten, doch niettemin bepalingen kan bevatten, waaraan de onderdanen der partijen rechtstreeks rechten kunnen ontlelen. Verschillende artikelen van het verdrag bevatten zulke bepalingen, doch in den regel zijn de rechten, die daaraan kunnen worden ontleend, van algemene aard en laten zij partijen voldoende armslag bij de toepassing der nationale wetgeving. In hoofdzaak zal de rechtstreekse werking der verdragsartikelen tot uiting komen, wanneer door de ene partij op ongeoorloofde wijze ten nadele van de onderdanen der andere partij wordt gediscrimineerd."

De in casu relevante bepalingen van het Vriendschapsverdrag

6.5. Art. VII(1) 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 (...) (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."

De MvT bij de goedkeuringswet vermeldt over deze bepaling dat zij

"(...) 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 XII. Ten einde alle misverstand uit te sluiten, is in lid 6 van artikel XII wellicht ten overvloede bepaald, dat bedoeld artikel bij uitsluiting de aangelegenheden, welke zich voordoen met betrekking tot deviezencontrole, beheerst."³²

6.6. Art. XI Verdrag luidt:

"1. 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 aan 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.

2. 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

32 Kamerstukken II 1955/56, 4388 (R 38), nr. 3 (MvT), p. 6.

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. (...)”

en in het eveneens authentieke Engels:

“1. Nationals of either Party residing within the territories of the other Party, and nationals and companies of either Party engaged in trade or other gainful pursuit or in scientific, educational, religious or philanthropic activities within the territories of the other Party, shall not be subject to the payment of taxes, fees or charges imposed upon or applied to income, capital, transactions, activities or any other object, or to requirements with respect to the levy and collection thereof, within the territories of such other Party, more burdensome than those borne by nationals and companies of such other Party.

2. With respect to nationals of either Party who are neither resident nor engaged in trade or other gainful pursuit within the territories of the other Party, and with respect to companies of either Party which are not engaged in trade or other gainful pursuit within the territories of the other Party, it shall be the aim of such other Party to apply in general the principle set forth in paragraph 1 of the present Article. (...)”

De MvT bij de goedkeuringswet vermeldt over deze bepaling:³³

“Dit artikel geeft regelen omtrent de belastingheffing. Het eerste en tweede lid hebben betrekking op de wederzijdse behandeling op de voet van eigen onderdanen of vennootschappen. (...) In verband met dit artikel is nog van belang de bepaling onder punt 12 van het Protocol, dat dit verdrag niet mag worden uitgelegd als in enig opzicht het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika ter vermijding van dubbele belasting van 29 april 1948 (*Stb.* I 464) te vervangen.”

6.7. Van Raad³⁴ schreef in zijn dissertatie (1986) over de activiteitentoets (handel of winststreven):

“As far as the ‘active’ nature of the income is concerned, it should be noted that presence in a foreign country does not necessarily involve ‘active engagement’. Thus, for instance a foreign ship waiting in a US port was judged by a US court not to be engaged in US commerce.”

Over het type inkomsten dat onder Art. XI(1) valt, schreef hij dat het om een ruimere categorie gaat dan alleen v.i.-winst en inkomen uit vastgoed, mits het inkomen maar stamt uit ‘some activity carried on by the US company in the Netherlands’.³⁵

“The types of income to which this national treatment clause applies is quite broad. It covers, inter alia, income earned without a permanent establishment, as long as the income is earned through some activity carried on by the US company in the Netherlands.”

Van Raad gaat er dus vanuit dat lid 1 ziet op actief inkomen, mede gegeven dat hij lid 2 een merkwaardige bepaling noemt onder meer omdat volgens hem daaronder *investment income* valt zoals

33 Kamerstukken II 1955/56, 4388 (R 38), nr. 3 (MvT), p. 6.

34 K. van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law* (Series on International Taxation, no. 6), Deventer: Kluwer 1986, p. 232.

35 K. van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law* (Series on International Taxation, no. 6), Deventer: Kluwer 1986, p. 236.

huur, dividenden, interest en royalties.³⁶ Zulke inkomsten worden in de bronstaat veelal onderworpen aan een bronheffing op brutobasis, terwijl toepassing van het beginsel uit lid 1 zou betekenen dat geheven zou moeten worden op nettobasis. Hij acht het minstens twijfelachtig dat een bronstaat daarvoor zou kiezen.

6.8. Art. XI Verdrag kan worden gezien als een (van de) voorloper(s) van de non-discriminatiebepalingen die later werden opgenomen in verdragen ter voorkoming van dubbele belasting en die vanaf de eerste versie van 1963 is opgenomen in art. 24 van het OESO-modelbelastingverdrag.³⁷ Het Commentaar bij art. 24 OESO-modelverdrag verwijst vanaf de 1997-versie ook naar vriendschaps- en handelsverdragen als herkomst van deze bepaling:

“It is noteworthy that the principle of non-discrimination, under various descriptions and with a more or less wide scope, was applied in international fiscal relations well before the appearance, at the end of the 19th Century, of the classic type of double taxation conventions. Thus, in a great many agreements of different kinds (consular or establishment conventions, treaties of friendship or commerce, etc.) concluded by States, especially in the 19th Century, in order to extend and strengthen the diplomatic protection of their nationals wherever resident, there are clauses under which each of the two Contracting States undertakes to accord nationals of the other State equality of treatment with its own nationals. The fact that such clauses subsequently found their way into double taxation conventies has in no way affected their original justification and scope.”³⁸

6.9. Art. 24 OESO-modelverdrag 1963 luidde als volgt:

“1. The nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances are or may be subjected.

2. The term “nationals” means:

- a) all individuals possessing the nationality of a Contracting State;
- b) all legal persons, partnerships and associations deriving their status as such from the law in force in a Contracting State.”

De term ‘in the same circumstances’ staat niet in het litigieuze art. XI(1) en (2) Vriendschapsverdrag. De literatuur acht dat ook niet nodig omdat aan non-discriminatie en gelijke behandeling inherent

36 Aldus K. van Raad, Nondiscrimination in International Tax Law (Series on International Taxation, no. 6) , Deventer: Kluwer 1986, p. 238.

37 Zie K. van Raad, Nondiscrimination in International Tax Law (Series on International Taxation, no. 6) , Deventer: Kluwer 1986, p. 78 en 213.

38 Zie par. 6 van het Commentaar bij art. 24 OESO-modelverdrag 2017.

is dat vergeleken wordt met vergelijkbare gevallen.³⁹ Zo schrijft Dirksen dat non-discriminatie naar onderdaanschap niet meebrengt dat onderscheid naar vestigingsplaats niet zou zijn toegestaan.⁴⁰

“Bij toepassing van de non-discriminatie-bepaling: ‘Staat A belast onderdanen van Staat B niet zwaarder dan eigen onderdanen’, worden onderdanen van Staat B vergeleken met onderdanen van Staat A. Betekent dit nu dat een onderdaan van Staat B zich mag vergelijken met elke willekeurige onderdaan van Staat A? (...) Het antwoord luidt: neen. (...) Een non-discriminatie-bepaling elimineert slechts het effect van dat verschil dat uit de omschrijving van vergelijkingsobject en subject van de regeling in de bepaling blijkt. In de hier als voorbeeld genomen non-discriminatie-bepaling is dat het verschil in onderdaanschap. Elk ander voor de belastingheffing relevant verschil, zoals in het gestelde geval het verschil in woonplaats, blijft zijn invloed uitoefenen. Meermalen wordt dit aspect van de fiscale non-discriminatie in de desbetreffende bepaling uitdrukkelijk vermeld door toevoeging van de clause dat het vergelijkingsobject zich in dezelfde positie dient te bevinden als het subject van de regeling. Met zulk een clause kan de als voorbeeld genomen bepaling luiden: ‘Staat A belast onderdanen van Staat B niet zwaarder dan eigen onderdanen die zich (overigens) in gelijke omstandigheden bevinden.’ Zulk een clause is niet noodzakelijk (...), zodat een bepaling zonder geen andere werking heeft dan een bepaling met de clause.”

Bij art. 24 OESO-modelverdrag 1963 gaat het bij rechtspersonen dan om een verboden onderscheid naar het recht waaraan zij hun rechtspersoonlijkheid ontleen. Bij art. XI(1) Verdrag gaat het om de oprichtingsjurisdictie omdat art. XXIII(3) Verdrag een vennootschap van een Partij definieert als een vennootschap opgericht binnen het grondgebied van die Partij (zie 6.10 hieronder).

6.10. Art. XXIII Verdrag definieert ‘nationale behandeling’ en ‘vennootschappen van een Partij’:

“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.

(...).

3. Onder de uitdrukking “vennootschappen” (...) in dit Verdrag wordt verstaan maatschappijen, maatschappen, vennootschappen, stichtingen, verenigingen en andere juridische eenheden (“legal entities”) of rechtspersonen, met of zonder beperkte aansprakelijkheid of met of zonder winst oogmerk. Vennootschappen, opgericht binnen het grondgebied van de ene Partij overeenkomstig de geldende wetten en voorschriften, zullen worden geacht vennootschappen van die Partij te zijn en hun bestaan in rechte als zodanig zal worden erkend binnen het grondgebied van de andere Partij.”

6.11. Art. XXIV Verdrag bepaalt zijn territoriale reikwijdte:

“Het grondgebied, waarop dit Verdrag van toepassing is, omvat alle landstrekken en wateren onder de rechtsmacht van ieder der Partijen alsook ieder gebied, waarvoor zij internationaal verantwoordelijk is, met uitzondering van de Panama Kanaal Zone en het Trustgebied van de Stille Zuidzee-eilanden, met dien verstande, dat het niet eerder van toepassing is op onderscheidenlijk Suriname of de Nederlandse Antillen dan

39 Zie bijvoorbeeld K. van Raad, *Nondiscrimination in International Tax Law* (Series on International Taxation, no. 6), Deventer: Kluwer 1986, p. 88.

40 W. Dirksen, ‘Fiscale non-discriminatie (I)’, WFR 1974/361, par. 9.

na een maand nadat de Regering van de Verenigde Staten van Amerika de kennisgeving heeft ontvangen, dat het Koninkrijk der Nederlanden het Verdrag daarop zal toepassen.”

Nederland heeft de bedoelde kennisgeving bij nota van 5 november 1957 aan de Amerikaanse regering gedaan, waardoor het Verdrag ook van toepassing werd op de toenmalige Nederlandse Antillen inclusief Aruba.⁴¹

6.12. Art. 12 van het Protocol bij het Verdrag luidt:

“Dit Verdrag vervangt generlei bepaling van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot inkomsten- en zekere andere belastingen, ondertekend te Washington 29 april 1948.”

en in het Engels:

“Nothing in the present Treaty shall be construed to supersede any provision of the Convention between the Kingdom of the Netherlands and the United States of America with respect to taxes on income and certain other taxes, signed at Washington April 29, 1948.”

7. Het belastingverdrag 1948 tussen het Koninkrijk en de VS

7.1. De protocolbepaling geciteerd in 6.12 doet de vraag rijzen hoe het daarin voorrang gegeven belastingverdrag tussen het Koninkrijk en de VS van 1948⁴² luidt. Per 10 november 1955 is de werking van dat belastingverdrag met terugwerkende kracht tot 1 januari 1955 uitgebreid tot de toenmalige Nederlandse Antillen inclusief Aruba.⁴³ Op 1 januari 1988 is het voor Aruba buiten werking gesteld met uitzondering van art. VIII (interest) en de daarbij horende bepalingen.⁴⁴ Op 1 januari 1997 zijn voor Aruba ook die laatste bepalingen van het belastingverdrag 1948 buiten werking gesteld.⁴⁵ Voor Nederland is het 1948-Verdrag op 31 december 1992 vervangen door het belastingverdrag met de VS van 1992,⁴⁶ waarvan de werking zich niet uitstrekt tot Aruba.⁴⁷

41 Trb . 1957, 234, onder H.

42 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot belastingen van inkomsten en bepaalde andere belastingen gesloten op 29 april 1948 (Stb . I 464).

43 Trb . 1956, 108.

44 Trb. 1987, 185.

45 Zie Trb . 2007, 45, onder G.

46 Overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting met betrekking tot belastingen naar het inkomen van 18 december 1992, Trb. 1993, 77.

47 De memorie van toelichting bij de goedkeuring van het belastingverdrag van 1992 vermeldt: “De verhoudingen op fiscaal terrein met de andere landen van het Koninkrijk [de Nederlandse Antillen en Aruba; PJW] waren naar het oordeel van de Verenigde Staten zodanig verstoord, dat zelfs het afgeven van een intentieverklaring om op basis van het nieuwe verdrag tot een eventuele uitbreiding te kunnen komen niet opportuun werd geoordeeld.” Zie Kamerstukken II 1992/93, 23 220, nr. 3, p. 13.

7.2. Art. XXV(3) van het belastingverdrag 1948 zoals het gold bij de totstandkoming van het Vriendschapsverdrag in 1956, dus vóór de wijziging in 1965, bevatte de volgende non-discriminatiebepaling:

“De burgers of onderdanen van een der Verdragsluitende Staten zullen, zolang zij inwoner van de andere Verdragsluitende Staat zijn, daarin niet onderworpen zijn aan andere of aan drukkender belastingen dan die waaraan de burgers of onderdanen van die andere Verdragsluitende Staat onderworpen zijn, die in zijn gebied wonen. De uitdrukking „burgers” of „onderdanen” gebezigd in dit Artikel omvat mede alle rechtspersonen, vennootschappen en verenigingen die haar rechtspositie ontleen aan of opgericht zijn volgens de wet van kracht in de onderscheidene Verdragsluitende Staten. In dit Artikel betekent het woord „belastingen” elke belasting van elke soort of benaming, ongeacht of het een Rijksbelasting, een federale belasting, een staatsbelasting, een provinciale of een gemeentelijke belasting betreft.”

De MvT bij de goedkeuringswet vermeldt:⁴⁸

“Gelijke behandeling van onderdanen van de beide Staten.

Artikel XXV, 3de lid, schrijft op het stuk van belastingen gelijke behandeling voor als eigen inwonende onderdanen voor onderdanen van de andere Staat. Deze gelijke behandeling geldt niet alleen voor de belastingen in het verdrag genoemd, maar voor alle belastingen.”

7.3. Deze non-discriminatiebepaling zou de belanghebbende niet baten. LLC is immers op geen enkel moment inwoner van Aruba geweest, noch heeft zij daar een vaste inrichting uitgebaat waaraan de deelneming in de belanghebbende toegerekend zou hebben kunnen worden. De vraag rijst of dit meebrengt dat art. XI van het Vriendschapsverdrag haar evenmin kan baten, gegeven dat het in 6.12 hierboven geciteerde art. 12 Protocol bepaalt dat geen bepaling van het Vriendschapsverdrag in de plaats kan treden van enige bepaling van het belastingverdrag 1948. Het belastingverdrag 1948 gold niet meer in het geschiljaar 2017, zodat enerzijds de gedachte kan opkomen dat art. 12 Protocol geen betekenis meer heeft, omdat iets wat niet meer geldt, ook niet vervangen kan worden. Anderzijds moet geldend recht soms wel degelijk uitgelegd worden in het licht van de betekenis van een reeds vervallen bepaling waarnaar dat geldende recht verwijst. Ik wijs op de onderdeel 7.5 van de conclusie⁴⁹ voor uw arrest van 19 april 2024⁵⁰ in een zaak waarin de vraag rees of het gegeven dat de Wet energiedistributie (WEnD) was ingetrokken in de weg stond aan vennootschapsbelastingplicht ex art. 2(7)(e)(oud) Wet Vpb, dat voor de betekenis van bepaalde termen verwees naar die ingetrokken WEnD. Die vraag beantwoordde ik ontkennend. Art. 2(7)(e)(oud) Wet Vpb bood mijns inziens de wettelijke basis en plicht om de voor de uitleg van Art. 2(7)(e)(oud) Wet Vpb relevante definities uit de WEnD te blijven gebruiken. Dat een wet is ingetrokken, wil immers niet zeggen dat zijn tekst niet meer bestaat, niets meer betekent of iets anders is gaan betekenen. Uw arrest bevatte geen antwoord op de gerezen vraag. Ik meen dat het

48 Kamerstukken II 1948/49, 941, nr. 3, p. 12.

49 Conclusie van 17 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:156, NLF met noot De Ruiter; NTFR 2022/191 met noot Bresser; V-N 2022/16.8 met noot Redactie.

50 HR 19 april 2024 na conclusie Wattel, ECLI:NL:HR:2024:627, FutD 2024-0940 met noot redactie; NLF 2024/1017 met noot De Ruiter; NTFR 2024/732 met noot Bresser; V-N 2024/19.8 met noot Redactie.

in 6.12 hierboven geciteerde art. 12 Protocol meebrengt dat art. XI(1) Verdrag nog steeds aldus moet worden uitgelegd dat het geen bepaling van het belastingverdrag 1948 kan vervangen.

7.4. Het is dan duidelijk dat art. XI(1) Vriendschapsverdrag niet iets anders kan betekenen dan de non-discriminatiebepaling in het belastingverdrag 1948, maar niet meteen duidelijk is of het om exclusieve voorrang van de betekenis van die laatste (vervallen) bepaling gaat. 'Vervangen' ('supersede') kan verschillend uitgelegd worden afhankelijk van de vraag of het belastingverdrag op de terreinen die erdoor bestreken worden (waaronder fiscale non-discriminatie) als *exclusieve* specialis bedoeld is of dat art. XI(1) Vriendschapsverdrag wel betekenis heeft voor door het belastingverdrag bestreken terreinen voor zover het niet in strijd komt met het belastingverdrag 1948. In het laatste geval zou art. XI(1) Vriendschapsverdrag verdergaande non-discriminatie kunnen inhouden dan art. XXV(3) van het belastingverdrag 1948. Van Raad schreef daarover (ik laat voetnoten weg):⁵¹

"As the scope of the commercial treaty nondiscrimination clause in respect of taxation is different (in some respects broader and in other respects narrower) from that of the tax treaty clause, the question arises as to their interrelationship. In a few treaties this situation is recognized. For instance, Article 12 of the Protocol to the US-Netherlands FCN treaty [Friendship, Commerce and Navigation; PJW] provides: (...) [zie 6.12 hierboven; PJW].

Does this clause mean that in respect of subjects covered both by provisions of the FCN treaty and by the tax treaty, the latter's provisions automatically prevail? Another, more probable, interpretation would be that no superseding occurs where the nondiscrimination provisions in the FCN treaty are merely broader than the corresponding tax treaty provisions, at least where the latter provisions do not purport to be exclusive. Such an interpretation would be in line with a provision in later US Model Income Tax Treaties. Both the 1977 and the 1981 US Model provide in Article i(2)(b):

The Convention shall not restrict in any manner any exclusion, exemption, deduction, credit, or other allowance now or hereafter accorded ... by any other agreement between the Contracting States.

The special rules in both the US-Netherlands FCN treaty Protocol and the US Model Income Tax Treaty appear to confirm the rights a taxpayer has in the absence of such special rules: given direct rights under two different but both applicable international agreements, the taxpayer is entitled to choose whatever he finds more advantageous to himself."

7.5. De door Van Raad geciteerde bepaling uit het Amerikaanse modelverdrag is woordelijk opgenomen in art. 1(2)(b) van het belastingverdrag 1992 met de VS. De Nederlandse gelijkelijk authentieke tekst luidt:

"2. De Overeenkomst zal op geen enkele wijze enige uitsluiting, vrijstelling, aftrek, verrekening of andere tegemoetkoming beperken, nu dan wel later toegestaan:

(...)

b. door enige andere overeenkomst tussen de Staten."

51 K. van Raad, Nondiscrimination in International Tax Law (Series on International Taxation, no. 6) , Deventer: Kluwer 1986, p. 252.

Deze bepaling lijkt mij echter niet te zien op de bescherming geboden door een non-discriminatiebepaling in een ander verdrag, nu non-discriminatie (in het belastingverdrag 1992: art. 28) moeilijk onder een specifieke fiscale ‘uitsluiting, vrijstelling, aftrek, verrekening of andere tegemoetkoming’ kan worden begrepen.

7.6. Bij protocol van 8 maart 2004⁵² is een lid 3 toegevoegd aan het geciteerde art. 1 van het belastingverdrag 1992, dat als volgt luidt:

“3. a. Onverminderd het bepaalde in het tweede lid, onderdeel b: (...)

ii) zijn de bepalingen van artikel XVII [nationale behandeling; PJW] van de Algemene Overeenkomst inzake de handel in diensten [GATS⁵³; PJW] niet van toepassing op een belastingmaatregel tenzij de bevoegde autoriteiten overeenkomen dat de maatregel niet valt onder de reikwijdte van artikel 28 (Non-discriminatie) van deze Overeenkomst. (...)”

De memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van dit protocol vermeldt:⁵⁴

“Bij nationale behandeling gaat het erom dat personen die in vergelijkbare omstandigheden verkeren maar op grond van nationaliteit niet gelijk worden behandeld, alsnog de gelijke behandeling kunnen verkrijgen met een beroep op het recht van nationale behandeling. De uitsluiting van belastingmaatregelen houdt verband met het feit dat in belastingverdragen al wordt voorzien in nationale behandeling via het non-discriminatieartikel. De nationale behandeling als bedoeld in artikel XVII van de GATS geldt dus niet voor belastingmaatregelen, tenzij de bevoegde autoriteiten anders beslissen.”

Ik maak hieruit op dat nationale-behandeling-bepalingen in andere verdragen zoals de GATS niet van toepassing zijn op belastingmaatregelen, die slechts beheerst worden door de regelingen in belastingverdragen, tenzij de twee betrokken verdragspartijen incidenteel anders beslissen. Deze toevoeging dient kennelijk om de volledige *carve out* van belastingmaatregelen uit het GATS-regime bilateraal te kunnen herroepen ter zake van specifieke belastingmaatregelen waarvan beide partijen menen dat die niet beoordeeld moeten worden onder de non-discriminatiebepaling in het belastingverdrag. Dat duidt mijns inziens op exclusieve specialiteit van de non-discriminatiebepaling in het belastingverdrag als het om belastingmaatregelen gaat. Wat daarvan zij, het belastingverdrag 1992 lijkt mij niet relevant voor de uitleg van art. XI(1) Vriendschapsverdrag omdat art. 12 Protocol bij dat verdrag voorrang geeft aan het voorafgaande en anders luidende belastingverdrag 1948.

7.6. Wijnen meent dat art. 12 Protocol slechts zegt dat de non-discriminatiebepalingen in het Vriendschapsverdrag die uit het belastingverdrag 1948 niet kunnen beperken, en dat investeerders zich op de non-discriminatiebepalingen in het Vriendschapsverdrag kunnen beroepen als die meer

52 Trb . 2004, 166.

53 General Agreement on Trade in Services: Annex 1B van de Agreement establishing the World Trade Organization (Overeenkomst tot oprichting van de Wereldhandelsorganisatie) van 15 april 1994, ondertekend te Marrakesh, Trb . 1995, 130.

54 Kamerstukken II 2003/04, 29 632, nr. 3, p. 15.

bescherming tegen fiscale discriminatie bieden dan die in het belastingverdrag 1948.⁵⁵ Hij ziet de specialiteit van de non-discriminatiebepaling in het belastingverdrag dus niet als exclusief, maar als uitbreiding of aanvulling toelatend.

7.7. Exclusieve specialiteit ligt mijns inziens echter meer voor de hand. Uit niets blijkt dat de partijen de in het belastingverdrag specifiek geregelde fiscale non-discriminatie wilden uitbreiden in een 'algemeen' en 'beschrijvend' vriendschapsverdrag dat bovendien een specifieke protocolbepaling meekreeg die voorrang geeft aan het belastingverdrag. Zoals in 10.9 hieronder betoogd, meen ik overigens dat ook *binnen* het Vriendschapsverdrag art. XI(1) de fiscale exclusieve *specialis* is ten opzichte van de *generalis* in art. VII over nationale behandeling bij markttoegang.

8. Rechtspraak

8.1. Op 22 juni 2009 oordeelde de Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) over de verenigbaarheid van Arubaanse dividendbelasting op een uitkering door een naar Arubaans recht opgerichte en in Aruba gevestigde vennootschap aan haar naar Amerikaans recht opgerichte en in de VS gevestigde aandeelhouder (een LLC) met – onder meer – art. XI(1) en (2) Verdrag. Het dividendbelastingtarief was 5% omdat de indirecte aandeelhouder van de LLC een NASDAQ-notering had voor meer dan 50% van haar aandelen en zeggenschapsrechten. De Raad van Beroep wees het standpunt van de belanghebbende af, omdat:⁵⁶

"(...) het niet zonder meer in de rede ligt om onder inkomsten, vermogen, transacties, werkzaamheden of enig ander object' [als bedoeld in art. XI(1) en (2); PJW] ook dividenduitkeringen te begrijpen. De Raad neemt daarbij in aanmerking dat in de toelichting op het artikel in de Memorie van Toelichting bij het ontwerp van rijkswet 'Goedkeuring van het op 27 maart 1956 te 's Gravenhage gesloten Verdrag van vriendschap, handel en scheepvaart tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika, met bijbehorend Protocol en briefwisseling' het volgende is opgemerkt (Kamerstukken II, 1955/56, nr. 3, p. 6, r.k.):

"In verband met dit artikel is nog van belang de bepaling onder punt 12 van het Protocol, dat dit verdrag niet mag worden uitgelegd als in enig opzicht het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika ter vermijding van dubbele belasting van 29 april 1948 (Stb. I 464) te vervangen."

Pancham en Brandsma vonden dit een opmerkelijke redenering (ik laat voetnoten weg):⁵⁷

"Als een dividenduitkering al niet "inkomsten" vormen, kunnen deze ons inziens zeker als "enig ander object" kwalificeren. Dat dividenduitkeringen niet onder de onderhavige bepaling zouden vallen, wordt door de RvBvB beargumenteerd met de opmerking dat dat "niet zonder meer in de rede ligt". Waarom dat niet het geval is, maakt de RvBvB niet duidelijk. Wel geeft de RvBvB aan dat hij daarbij in aanmerking neemt (de Nederlandse toelichting bij de goedkeuringswet bij) punt 12 van het Protocol waarin is bepaald dat het Vriendschapsverdrag

55 W.F.G. Wijnen, Netherlands Report in Non-Discrimination Rules in International Taxation, IFA Cahiers 1993, vol. 78b, p. 599-600.

56 Raad van Beroep voor Belastingzaken (Nederlandse Antillen en Aruba) 22 juni 2009, nr. 2008/0478, ECLI:NL:ORBBNAA:2009:18, r.o. 5.5.

57 S.R. Pancham en R.P.C.W.M. Brandsma, 'Enkele fiscale gevolgen van het Nederlands-Amerikaans Vriendschapsverdrag voor Aruba', WFR 2010/545.

generlei bepaling vervangt van het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag 1948. Het is ons niet duidelijk waarom in de visie van de RvBvB deze bepaling van invloed is op de vraag of een dividenduitkering onder "inkomsten, vermogen, transacties, werkzaamheden of enig ander object" zoals bedoeld in art. XI, eerste lid, Vriendschapsverdrag valt. Wellicht heeft de RvBvB bedoeld te zeggen dat indien er een belastingverdrag is tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de VS art. XI Vriendschapsverdrag niet aan de orde komt voor zover het belastingverdrag van toepassing is, en derhalve een heffingsrecht toebedeelt aan Aruba. Er dient echter te worden bedacht dat het genoemde belastingverdrag uit 1948 niet van toepassing is in het jaar van het geschil. En zijn opvolger, het Nederlands-Amerikaanse belastingverdrag 1992, is in het geheel niet van toepassing in de verhouding tussen Aruba en de VS. Dus hoewel het bepaalde in punt 12 van het Protocol wellicht als een specifieke regeling kan worden gezien om een mogelijk conflict tussen het Vriendschapsverdrag en een belastingverdrag te vermijden, doet zich hier een dergelijk conflict niet voor."

9. Rechtstreekse werking

9.1. In het *Rookverbod*- arrest⁵⁸ formuleerde uw eerste kamer het volgende kader voor de beoordeling van de vraag of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt (een ieder verbindt) in de zin van art. 93 en 94 Grondwet:

"3.5.1 De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51, en 1985, 79). (...).

3.5.2. Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354).

3.5.3. Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking. (Vgl. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 (SGP))."

9.2. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) beoordeelde op 1 maart 2023⁵⁹ het betoog van een student aan de Universiteit Leiden dat het hogere collegegeld dat hij verschuldigd was vanwege zijn Amerikaanse nationaliteit – € 12.100 ten opzichte van het reguliere collegegeld ad

58 HR 10 oktober 2014 na conclusie Langemeijer, ECLI:NL:HR:2014:2928, AA 20150305 met noot Schutgens; AB 2015/21 met noot De Wit; JB 2014/224 met noot Sillen; JIN 2015/19 met noot Sillen; NJ 2015/12 met noot Alkema (Rookverbod).

59 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:839.

€ 2.209 – het ook in onze zaak litigieuze art. XI(1) Vriendschapsverdrag schond. De ABRvS achtte art. XI(1) Verdrag onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om zonder meer als objectief recht in de nationale rechtsorde door de rechter te worden toegepast (r.o. 8) Dit baatte de belanghebbende echter niet omdat het collegegeld niet als ‘heffing’ over ‘inkomen’ of ‘werkzaamheden’ in de zin van art. XI(1) Vriendschapsverdrag kon worden aangemerkt (r.o. 12-13).

10. Bespreking van de middelen

A: procedurele voorvragen: wie is bevoegd tot verweer en (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep en staat incidenteel cassatieberoep open?

10.1. Net als in de zaak waarin ik concludeerde op 24 maart 2023⁶⁰ heeft niet de Minister van Financiën van Aruba een verweerschrift ingediend, maar de Directeur van het *Departemento di Impuesto*, zulks namens de Inspecteur. Ik verwijs naar de onderdelen 5.1 t/m 5.4 van de conclusie in die zaak, die u met toepassing van art. 81(1) Wet RO heeft afgedaan.⁶¹

10.2. Inmiddels heeft u ook uitspraak gedaan in de zaak met nummer 21/04337, waarin de Directeur eveneens zonder machtiging namens de Inspecteur als verweerder optrad in plaats van de Minister. In dat arrest heeft u geen aandacht besteed aan de bevoegdheid tot verweer.⁶² Zulks mijns inziens terecht, gelet op hetgeen ik opmerkte in onderdeel 5.3 van bovengenoemde conclusie.

10.3. De belanghebbende stelt bij verweer (zie 3.6 hierboven) dat de Directeur (de Minister) geen (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep kan instellen. Daarover het volgende:

10.4. Art. 1a van de Rijkswet rechtsmacht Hoge Raad voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba bepaalt:

“De Hoge Raad neemt in belastingzaken met betrekking tot Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba kennis van een beroep in cassatie, ingesteld hetzij door de belanghebbende of door Onze Minister van Financiën van onderscheidenlijk Aruba, Curaçao, Sint Maarten of Nederland, hetzij «in het belang der wet» door de procureur-generaal bij de Hoge Raad.”

10.5. Art. 15a van die wet bepaalt:

“1. De belanghebbende die bevoegd was in belastingzaken hoger beroep in te stellen bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba en Onze Minister van Financiën van Aruba, Curaçao, Sint Maarten of Nederland kunnen bij de Hoge Raad beroep in cassatie instellen tegen uitspraken in belastingzaken van het Gemeenschappelijk Hof. Tegen andere beslissingen van het Gemeenschappelijk Hof kan slechts tegelijkertijd met het beroep in cassatie tegen de uitspraak beroep in cassatie worden ingesteld. (...).

3. Afdeling 4 van hoofdstuk V, met uitzondering van artikel 28, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen is van overeenkomstige toepassing. (...)”

60 Conclusie van 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:292, NLF 2023/0996 met noot Ramirez; NTFR 2023/739 met noot Van Tilburg; V-N 2023/21.9 met noot Redactie.

61 HR 12 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:690, NLF 2023/1171 met noot Adeler; V-N 2023/22.10 met noot Redactie.

62 HR 19 april 2024, ECLI:NL:HR:2024:629.

10.6. Hieruit volgt dat op onze procedure de art. 28a t/m 30 AWR van overeenkomstige toepassing zijn, dus ook art. 29b AWR, dat bepaalt:

“1. De andere partij dan de partij die het beroep in cassatie heeft ingesteld, kan binnen acht weken na de dag van verzending van het beroepschrift:

- a. een verweerschrift indienen;
- b. incidenteel beroep in cassatie instellen. (...)”

Anders dan de belanghebbende stelt, staat dus ook in Arubaanse zaken zoals de hare incidenteel cassatieberoep open. Zij is wellicht uitgegaan van Arubaans procesrecht: in Arubaanse fiscale hoger beroepsprocedures kan geen incidenteel hoger beroep ingesteld worden bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie. In de Arubaanse wetgeving ontbreekt daarvoor een wettelijke grondslag vergelijkbaar met art. 8:110 Awb.⁶³

B: is het Vriendschapsverdrag van toepassing op Aruba?

10.7. Niet in geschil is dat het Verdrag van toepassing is op Aruba en het Hof heeft zich daarbij aangesloten (r.o. 5.1). Dat lijkt mij juist. De werking van het Verdrag is immers conform art. XXIV uitgebreid tot Aruba, destijds als onderdeel van de Nederlandse Antillen, bij notawisseling van 5 november 1957 (zie 6.11 hierboven). Het Verdrag bleef ook na 1 januari 1986 van toepassing op Aruba, vanaf die datum autonoom land binnen het Koninkrijk omdat de statuswijziging van Aruba een interne aangelegenheid van het Koninkrijk was zonder invloed op de verdragsrelatie tussen het Koninkrijk en de VS als verdragspartners (zie 4.2 hierboven). Het Verdrag is voor Aruba ook blijven gelden na de staatkundige hervorming van het Koninkrijk per 10 oktober 2010, die bovendien de status van Aruba niet wijzigde (zie 4.3 hierboven). Desgevraagd heeft de Directie Juridische Zaken, Afdeling Verdragen, van het Ministerie van Buitenlandse Zaken mij bevestigd dat het Verdrag van toepassing is op Aruba.

C: is de dividendbelastingheffing in strijd met art. XI(1) Verdrag?

10.8. Niet in geschil is dat art. XI(1) Verdrag rechtstreeks werkt. Het Hof heeft zich daarbij aangesloten (r.o. 5.9) en de ABRvS heeft gelijkluidend geoordeeld in een zaak over collegegeld (zie 9.2). Ook ik meen dat die bepaling onvoorwaardelijk is en voldoende concreet om rechtstreeks rechten aan te ontlenen zoals bedoeld in art. 93 Grondwet.

10.9. Ik acht beide onderdelen van belanghebbendes middel I ongegrond. Anders dan het Hof, meen ik dat art. VII(1) Verdrag niet relevant is voor de uitleg van art. XI Verdrag en dat de enkele *holding*-bezigheid van LLC niet binnen de werkingssfeer van art. XI(1) Verdrag valt, hoezeer zij zich mogelijk ook bemoeit met belanghebbendes marktbeleid. De nationale behandeling die vennootschappen van de ene partij volgens art. VII(1) binnen het grondgebied van de andere partij genieten bij alle op winst gerichte activiteit, ‘hetzij rechtstreeks uitgeoefend, hetzij door middel van elke andere wettelijke toegelaten rechtsvorm’, ziet mijns inziens op markttoegang en marktgelijkheid; niet op belastingen, waarover

63 Zie A.J.H. van Suilen, Fiscaal procesrecht in het Caribisch deel van het Koninkrijk (Fed Fiscale Studieresie), Deventer: Kluwer 2020, p. 165; J.A. Starreveld en J. Adeler, ‘Cassatierechtspraak in belastingzaken in de Caribische Koninkrijksdelen’, FED 2021/1, par. 2.2; en P.E. Muller, ‘Pleidooi voor het invoeren van incidenteel hoger beroep in het Caribische fiscale procesrecht’, Caribisch Juristenblad 2019/3.3, p. 201-205.

de *specialis* art. XI gaat. Volgens art. VII(1) houdt de daar bedoelde nationale behandeling immers in dat het vennootschappen van de VS is geoorloofd om op Aruba bedrijfsvestigingen te openen en te drijven, vennootschappen naar Arubaans recht op te richten, beheersende belangen te verwerven in Arubaanse vennootschappen en op Aruba ondernemingen te beheersen en te besturen. Dat gaat over markt- en bedrijvigheidstoegang. Een vennootschap van één van beide partijen mag in haar toegang tot economische activiteit op het grondgebied van de andere partij niet belemmerd worden op de grond dat haar hoofdhuis in de andere Staat staat (als het om een filiaal gaat) of op de grond dat haar aandeelhouder(s) in de andere Staat ingezeten zijn (als het om een vennootschap gaat). Art. XI Verdrag geeft vervolgens specifieke non-discriminatieregels ter zake van belastingen en andere heffingen. Punt 12 van het Protocol bepaalt bovendien dat het verdrag niet mag worden uitgelegd als in enig opzicht vervangende het belastingverdrag met de VS van 1948.⁶⁴ Zoals boven (onderdeel 7) bleek, meen ik dat die protocolbepaling exclusieve voorrang geeft aan het belastingverdrag voor de onderwerpen die in het belastingverdrag worden geregeld, waaronder fiscale non-discriminatie. Op basis van het bovenstaande valt mijns inziens niet in te zien dat de term 'zich bezighouden met handel of een ander op winst gericht streven' in art. XI(1) ook de enkele *holding* van een deelneming zou omvatten, hoezeer het in casu mogelijk om een 'moeiende' of 'schakelende' holding zou gaan. Het Hof meende dat LLC zich 'middellijk' via de belanghebbende bezighoudt met handel of een ander op winst gericht streven in Aruba. De exploitatie van de schoonheidssalon, de sauna en de massagefaciliteit en de handel in massagebenodigdheden lijken aldus toegerekend te worden aan LLC. Dat lijkt mij onverenigbaar met de verdragstekst, zeker in de temporele context van 1956. Het gaat er om wat LLC zélf in Aruba doet, niet om wat de belanghebbende daar doet. Ten overvloede: het door het Hof aannemelijk geachte bepalen van belanghebbendes marktbeleid door LLC vindt bovendien kennelijk niet plaats op het grondgebied van Aruba, maar in de VS. Het handel drijven of naar winst streven 'binnen het grondgebied van de andere Partij' impliceert een zekere fysieke aanwezigheid van LLC's activiteiten in Aruba. Die is niet gesteld of gebleken.

10.10. Ik concludeer dat de vastgestelde feiten geen andere conclusie toelaten dan dat LLC zich niet bezig houdt met handel of streven naar winst (uit onderneming) op het grondgebied van Aruba in de zin van art. XI(1); dat doet alleen de belanghebbende. Dat LLC zich bemoeit met dier marktbeleid lijkt mij niet relevant omdat dergelijke bemoeienis geen ondernemingsactiviteit op het grondgebied van Aruba is, net zomin als mogelijke bemoeienis met wie de belanghebbende bestuurt, welke tarieven zij rekent, welke reserveringsautomatiseerder zij inhuurt of welke accountant haar jaarrekening controleert. Een 100%-moeder bemoeit zich soms vergaand met het beleid van haar dochter, maar zulke bemoeienis produceert op zichzelf geen eigen actief inkomen op het grondgebied van de vestigingsstaat van de deelneming. Die bemoeienis is geen vaste inrichting of vertegenwoordiger of andere lokale bron van eigen winst van de moeder.

10.11. Ik meen daarom dat het impliciete voorwaardelijke incidentele cassatieberoep van de Directeur het bij het rechte eind heeft en dat belanghebbendes middel I haar niet kan baten omdat het klaagt over de vergelijkingsmaatstaf in een bepaling die niet op LLC van toepassing is. Dat middel I veronderstelt ten onrechte dat LLC's enkele *holding* -bezigheid (hoe moeiend ook) binnen de werkingssfeer van art.

64 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika met betrekking tot belastingen van inkomsten en bepaalde andere belastingen gesloten op 29 april 1948 (Stb . I 464).

XI(1) Verdrag valt, dat echter alleen op eigen actief inkomen van LLC ziet, al is geen vaste inrichting, vastgoed of vaste vertegenwoordiger op Aruba vereist.

10.12. Dat leidt mijns inziens tot ongegrondverklaring van middel I en verbetering van gronden van 's Hofs qua dictum correcte uitspraak.

10.13. Voor het geval u met het Hof meent dat LLC's *holding* van belanghebbendes aandelen wél binnen de werkingssfeer van art. XI(1) Verdrag valt, stelt belanghebbendes middel I de vraag aan de orde welke vergelijkingsmaatstaf geldt bij de toepassing van art. XI(1) en (2) Verdrag. Er kunnen vier gevallen worden onderscheiden waarin een Arubaanse vennootschap een dividend uitkeert aan een 100%-aandeelhouder:

- i. het geval van de belanghebbende en LLC: een uitkering aan een naar Amerikaans recht opgerichte, door Amerikaans recht beheerste en feitelijk in de VS gevestigde moeder; die uitkering is onderworpen aan 10% dividendbelasting ex art. 6(1)(a) Ldb;
- ii. het geval waarmee de belanghebbende primair vergelijkt: uitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte, door Arubaans recht beheerste en feitelijk in Aruba gevestigde moeder. Die uitkering is onderworpen aan 0% dividendbelasting ex art. 6(1)(b) Ldb jo. art. 11 Lwb;
- iii. het geval waarmee het Hof vergelijkt: een uitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte, maar door Amerikaans recht beheerste en feitelijk in de VS gevestigde moeder. Die uitkering is onderworpen aan 10% dividendbelasting. De vestigingsplaats-fictie van art. 1(3) Lwb is niet van toepassing, zodat de vestigingsplaats van de moeder in de VS ligt. Heeft de moeder geen vaste inrichting in Aruba waaraan de deelneming kan worden toegerekend, dan is zij niet subjectief winstbelastingplichtig en valt zij noch onder de deelnemingsvrijstelling ex art. 11 Lwb, noch onder het nultarief ex art. 6(2)(b) Ldb; en
- iv. het geval waarmee de belanghebbende subsidiair vergelijkt: uitkering aan een naar Arubaans recht opgerichte en door Arubaans recht beheerste, maar feitelijk in de VS gevestigde moeder. Die uitkering is onderworpen aan 0% dividendbelasting. Doordat de moeder wordt beheerst door Arubaans recht, is de vestigingsplaatsfictie ex art. 1(3) Lwb nu wel van toepassing, waardoor zij wordt geacht gevestigd te zijn in Aruba en als binnenlands belastingplichtige een beroep kan doen op zowel de deelnemingsvrijstelling als het nultarief, aldus de belanghebbende. Het lijkt mij niet dat dit de bedoeling geweest kan zijn van de wijziging van de vestigingsplaatsfictie.

Samengevat:

Geval	Oprichting	Rechtsvorm	Feitelijk gevestigd	Tarief
i	VS	VS	VS	10%
ii	Aruba	Aruba	Aruba	0%
iii	Aruba	VS	VS	10%
iv	Aruba	Aruba	VS	0%

10.14. Zoals in 6.9 en 6.10 bleek, meen ik dat art. XI(1) een verbod op discriminatie (alleen) naar oprichtingsjurisdictie inhoudt. Gelet op de definitie van vennootschap van een verdragsstaat in art.

XXIII(3) Verdrag moeten vennootschappen opgericht in de ene verdragsstaat worden vergeleken met vennootschappen opgericht in de andere verdragsstaat onder overigens gelijke omstandigheden. LLC's omstandigheden moeten dus ongewijzigd worden gelaten, behalve haar oprichtingsrecht; dat moet worden veranderd in Arubaans recht. Zij moet dan worden vergeleken met een vennootschap die in Aruba is opgericht (naar dit kenmerk mag niet gediscrimineerd worden), die overigens net zoals LLC beheerst wordt door Amerikaans recht en feitelijk gevestigd is in de VS. Dat heeft het Hof gedaan en zijn oordeel is op dat punt dus juist: ook die vergelijkingsvennootschap is onderworpen aan 10% dividendbelasting. In de gevallen (ii) en (iv) zijn niet alle andere omstandigheden dan het oprichtingsrecht gelijk aan belanghebbendes geval: in die gevallen zijn ook de rechtsvorm en/of de vestigingsplaats gewijzigd ten opzichte van belanghebbendes geval. Belanghebbendes uitleg van 'vennootschappen van de andere Partij' (Aruba) – nl. vennootschappen gevestigd in Aruba of beheerst door Arubaans recht (zie 3.2) – acht ik onjuist in het licht van de definitie daarvan in art. XXIII(3) Verdrag, die slechts aansluit bij de oprichtingsjurisdictie. LLC wordt niet anders belast op grond van haar oprichtingsrecht, maar op grond van haar vestigingsplaats en bijgevolg haar niet-onderworpenheid in Aruba. Dat verschil in behandeling wordt niet verboden door art. XI(1).

10.15. Ik meen dat beide grieven in middel I stranden.

D: is de dividendbelastingheffing in strijd met art. XI(2) Verdrag?

10.16. Ook de vraag of art. XI(2) Verdrag rechtstreeks werkt, moet beantwoord worden aan de hand van het *Rookverbod*-arrest (zie 9.1 hierboven). Art. XI(2) zelf bepaalt niet dat het geen rechtstreekse werking heeft. Diens totstandkomingsgeschiedenis zegt bij mijn weten evenmin expliciet dat het niet rechtstreeks werkt. Tijdens de parlementaire behandeling van de goedkeuring van het Verdrag is slechts in het algemeen opgemerkt dat rechtstreekse werking van bepalingen van het Verdrag, ondanks diens algemene en beschrijvende karakter, niet uitgesloten is en dat dit vooral het geval zal zijn bij de non-discriminatiebepalingen (zie 6.3 en 6.4 hierboven).

10.17. De vraag is dan of art. XI(2) onvoorwaardelijk luidt en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. Met het Hof meen ik van niet. Art. XI(2) is een intentieverklaring die hoogstens een inspanningsverplichting meebrengt om vennootschappen die niet voldoen aan de handel-of-winststreven-toets in lid 1 of die niet voldoen aan de vergelijkingsmaatstaf van lid 1, desondanks onder die non-discriminatiebepaling te laten vallen. Dat daar 'in het algemeen' naar 'gestreefd' wordt, lijkt mij verre van onvoorwaardelijk. Die termen geven juist aan dat beide partijen op dat punt hun beleidshanden vrij wensten te houden en alleen als hen dat opportuun zou voorkomen, de lid 1-behandeling zouden willen uitbreiden naar gevallen die niet onder lid 1 vallen. Dat lid 2 in die zin naar lid 1 verwijst, betekent uiteraard niet dat de rechtstreekse werking van lid 1 ook voor lid 2 zou gelden, zoals de belanghebbende betoogt. Elke betekenis zou daarmee worden ontnomen worden aan lid 2.

10.18. Ik meen dat ook belanghebbendes middel II strandt.

10.19. Het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep van de Directeur behoeft dan geen verdere bespreking.

11. Conclusie

Ik geef u in overweging belanghebbendes cassatieberoep ongegrond te verklaren onder verbetering van 's Hofs gronden.

De Procureur-Generaal bij de

Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal