

ARUBAANS NFR 2006: AVV EN CHECK-THE-BOX

PROF. MR. J. W. BELLINGWOUT*

1 Inleiding

Hieronder ga ik in op Arubaanse fiscale wetgeving die op 1 januari 2006 in werking is getreden. Het betreft een grondige herziening van het belastingregime voor de Aruba vrijgestelde vennootschap (hierna: AVV) en de invoering van een keuzemogelijkheid voor vennootschappen om te opteren voor fiscale transparantie.¹ Voordat ik inga op de techniek van beide landsverordeningen en de gevolgen daarvan voor de praktijk, schets ik eerst de achtergrond van deze nieuwe wetgeving.

1.1 OESO & EU

Toen de OESO en de Ecofin min of meer gelijktijdig hun projecten tegen schadelijke belastingconcurrentie lanceerden (eind 1997, begin 1998),² was in Aruba al enige jaren de voorbereiding van een Nieuw Fiscaal Raamwerk (hierna: NFR) aan de gang. De offshore wetgeving die Aruba in 1986 bij de status aparte van de Nederlandse Antillen had gekopieerd,³ had nimmer geleid tot een bloeiende offshore sector. Ook was Aruba het uitgebreide regime van tax holidays, dat met name voor de hotelsector werd gebruikt, ontgroeid. De toeristenindustrie was immers in een decennium een volwassen en zelfs zeer belangrijk onderdeel geworden van de lokale Arubaanse economie. Voorts was destijds door Staatssecretaris van Financiën Willem Vermeend het signaal afgegeven aan de Nederlandse Antillen en Aruba, dat hij bereid zou zijn terug te keren naar het 0% dividendbelastingtarief in de Belastingregeling voor het Koninkrijk (hierna: BRK), op voorwaarde dat beide landen een dividendbelasting zouden invoeren. Door de vermelding van Aruba op de zwarte lijst van 'tax havens' van de OESO in 2000 en door de vermelding van vier fiscale Arubaanse regimes op de zwarte lijst van Primarolo, kwam het hervormingsproces op Aruba in een stroomversnelling. Na een periode van

onderhandelen met een delegatie van de OESO committeerde Aruba zich in mei 2001 aan de internationale fiscale normen van de OESO.⁴ En tussen kerst en oudjaar

* Hoogleraar Belastingrecht aan de VU, tevens verbonden aan Baker & McKenzie Amsterdam NV. De auteur is als adviseur van de Minister van Financiën en Economische Zaken van Aruba nauw betrokken geweest bij de totstandkoming van de in deze bijdrage besproken wetgeving. Het is daarom van belang op te merken dat deze bijdrage geheel op persoonlijke titel is geschreven.

¹ Voluit: de 'Landsverordening tot wijziging van het Wetboek van Koophandel van Aruba (AB 1990, nr. GT 50), de Landsverordening winstbelasting (AB 1988, nr. GT 47), de Landsverordening inkomstenbelasting (AB 1991, nr. GT 51), de Landsverordening dividendbelasting en imputatiebetaling (AB 2002, nr. 123), alsmede de Landsverordening vrije zones 2000 (AB 2000, nr. 28), de Landsverordening deviezenprovisie en de landsverordening deviezenverkeer (aanpassing belastingregime Aruba vrijgestelde vennootschap)', alsmede de 'Landsverordening tot wijziging van de Algemene landsverordening belastingen (AB 2004, nr. 10), de Landsverordening invordering directe belastingen (AB 1991, nr. GT 4), alsmede de Landsverordening winstbelasting (AB 1988, nr. GT 47) (invoering transparante vennootschappen)'. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage waren de publicatienummers van beide landsverordeningen nog niet bekend.

² OESO, *Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue*, OECD, 1 januari 1998, te vinden op: www.oecd.org; EU, *Code of Conduct for Business Taxation*, 1 december 1997, te vinden op: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/index_en.htm.

³ Art. 8a, 8b, 14 en 14a Landsverordening winstbelasting zoals deze luidde tot 1 januari 2003.

⁴ Het commitment van Aruba is te vinden op de website van de OESO: www.oecd.org.

2002 werd onder grote druk de eerste tranche van het NFR aanvaard, die op 1 januari 2003 in werking trad.⁵

1.2 Aruba en Primarolo

Deze eerste tranche van het NFR was opgebouwd uit een aantal elementen. Een deel daarvan had betrekking op de Europese Code of Conduct for Business Taxation. Hoewel Aruba geen deel uitmaakt van de EU, is in de Ecofin druk uitgeoefend op de lidstaten met landen en gebieden overzee (hierna: lgo), zoals Nederland, om deze lgo's in de pas te laten lopen met de in de gedragscode neergelegde en door de gedragscodegroep (Primarolo-groep) ruim geïnterpreteerde spelregels. In het Primarolo-rapport uit 1999⁶ waren de volgende vier Arubaanse regimes vermeld op de lijst van schadelijke belastingregimes: het offshore regime, het 'vrije zone'-regime, het regime voor captive insurance en de AVV. Inherent aan het politieke karakter van de gedragscode was aanvankelijk volstrekt onduidelijk op welke gronden deze vier regimes op de zwarte lijst waren opgenomen. Het feit dat Aruba niet rechtstreeks met (de ambtenaren van) Primarolo aan tafel mocht zitten, maar dat alle communicatie via Nederland moest lopen, maakte het proces allesbehalve transparant. Voor wat betreft 'captive insurance' bleek de steen des aanstoets te liggen in een aantal oude rulings die bij de status aparte in 1986 waren overgenomen en die niet meer werden afgegeven door de Arubaanse Belastingdienst. Captive insurance kon dan ook gemakkelijk van de zwarte lijst worden verwijderd. Bij de vrije zone ging het Primarolo, zo bleek, er vooral om een verbod te bewerkstelligen op financiële dienstverlening. Het was niet de bedoeling dat financiële activiteiten van het 2% winstbelastingtarief in de vrije zone gebruik zouden kunnen maken. Nu was deze mogelijkheid reeds uitgesloten in de toelichting bij de Landsverordening vrije zones 2000, maar voor Primarolo was dit niet voldoende; dit verbod diende ook met zoveel woorden in de wettekst te worden opgenomen. Ter zake van het offshore regime en de AVV was het de combinatie van een laag belastingtarief (2,4-3%) danwel een winstbelastingvrijstelling met het gebruik daarvan voor financiële activiteiten (mobiel kapitaal) en met elementen van ringfencing⁷ die beide regimes het schadelijke karakter gaven in de ogen van Primarolo. Saillant detail is dat de OESO aanvankelijk ook deze criteria (laag tarief in combinatie met ringfencing) hanteerde, maar deze criteria voor de 'tax havens' onder invloed van de Verenigde Staten (waar net president Bush was aangetreden) had laten vallen.⁸ De trein van de gedragscode reed echter onveranderd door, met als neven-effect een groot verschil tussen de landen in het Caribisch gebied die via hun band met een lidstaat van de EU wel aan de eisen van de gedragscode moeten voldoen en die landen die slechts aan de veel lichtere eisen van de OESO moeten (of zouden moeten) voldoen. Kortom, geen 'level playing field'.

1.3 NFR 2003

Met de eerste tranche van het NFR werd het algemene winstbelastingtarief op 35% gesteld en het Arubaanse offshore regime afgeschaft. Overgangsrecht voorziet erin dat op 1 juli 2003 bestaande offshore vennootschappen uiterlijk tot medio 2008 van dit regime gebruik kunnen maken.⁹ Daarmee was voor wat betreft het offshore regime tegemoetgekomen aan de eisen van Primarolo. Aanpassingen aan de Landsverordening vrije zones 2000 en aanpassing aan de AVV-wetgeving werden uitgesteld tot een later moment. Wel werd de 'tax holiday'-wetgeving – die eerder al buiten werking was gesteld – formeel ingetrokken.¹⁰ Belangrijk element van het NFR was voorts de invoering van een dividendbelasting naar Nederlands voorbeeld (tarief: 5% voor beursgenoteerde ondernemingen, 10% in de overige gevallen), alsmede de invoering van een imputatieregime. Op grond van dit regime ontvangt de aandeelhouder van een imputatievennootschap een imputatiebetaling die gelijk is aan 33/65 van het uitgekeerde dividend.¹¹ Het imputatieregime is voorbehouden aan naamloze vennootschappen (imputatie-NV's) waarvan de activiteiten zich beperken tot die activiteiten die zijn vermeld in een activiteitenlijst.¹² Deze activiteitenlijst bevat – voorzover hier van belang – een aantal activiteiten op het terrein van 'mobiel kapitaal', alsmede activiteiten op het terrein van internationale verhuur (lease), handel en dienstverlening. Dit imputatieregime was informeel door de OESO goedgekeurd.

⁵ 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, nr. 123), hierna afgekort als LDI, alsmede 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, nr. 124), hierna afgekort als Invoeringsverordening LDI.

⁶ Code of Conduct Group (Business Taxation)/Primarolo Group, 29 november 1999, gepubliceerd op 29 februari 2000, te vinden op http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/index_en.htm.

⁷ Van ringfencing is sprake indien een fiscaal voordelig regime niet toegankelijk is voor lokale investeerders en evenmin gebruikt mag worden voor deelname aan de lokale economie.

⁸ Zie *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*, 14 november 2001, par. 28, eveneens te vinden op www.oecd.org.

⁹ Art. IX Invoeringsverordening LDI.

¹⁰ Art. VII en VIII Invoeringsverordening LDI.

¹¹ Zie art. 19-23 LDI.

¹² Landsbesluit aanwijzing imputatie-N.V. activiteiten, van 11 juli 2003 (AB 2003, nr. 53).

1.4 Imputatieregime & Code of Conduct

Bij de Arubaanse wetgever bestond ten tijde van het opstellen van het imputatieregime de stellige overtuiging dat, als gevolg van de substance eisen waaraan de imputatie-NV's moeten voldoen, dit regime in overeenstemming was met de Europese gedragscode. Desondanks besloot Nederland dit regime in 2004 op grond van het 'standstill'-gebod uit de gedragscode bij Primarolo aan te melden vanwege zijn 'potentieel schadelijke' karakter. De criteria van de gedragscode werden door de Gedragscodegroep ruimer uitgelegd dan een buitenstaander kon bevroeden. Conform de Nederlandse inschatting werd het regime afgekeurd door de Gedragscodegroep. De grootste bezwaren waren gericht tegen elementen van ringfencing die schuilgingen in de activiteitenlijst van het imputatieregime. Zo kon in geval van handel, dienstverlening of verhuur van materiële activa slechts toegang worden gekregen tot het imputatieregime, indien ten minste 75% van de omzet in het buitenland werd gegenereerd. Bij verhuur van materiële activa gold onverkort de eis dat slechts aan buitenlandse ondernemers kon worden verhuurd. Toen Aruba aanbod deze elementen uit de activiteitenlijst te verwijderen, ging de Gedragscodegroep daarmee akkoord. Op de Primarolo-vergadering van 24 februari 2005 is de aangepaste activiteitenlijst goedgekeurd, welk besluit op de Ecofin van 7 juni 2005 is bekrachtigd. Een concept van de aangepaste activiteitenlijst is in maart 2005 op Aruba openbaar gemaakt. Op die aangepaste lijst staan ook activiteiten op het terrein van mobiel kapitaal (beleggen, financieren, ontwikkelen en licenseren van intellectuele-eigendomsrechten, houden van aandelen). Ik verwacht dat de formele aanpassing van de activiteitenlijst (de wijziging van het landsbesluit) vlak voor het einde van 2005 haar beslag zal hebben gekregen. Hoewel de behandeling van het imputatieregime door de Gedragscodegroep enige onrust – en tijdelijk ook grote rechtsonzekerheid – heeft veroorzaakt, is de uitkomst per saldo positief. Immers, de aangepaste lijst draagt nu het predikaat 'goedgekeurd door Primarolo'.

1.5 NFR en 'base erosion'

Ook Aruba heeft te maken met 'base erosion', waarbij aftrekbare vergoedingen wegvloeien naar landen zonder winstbelasting of met een laag tarief. Aan de aftrekbaarheid van rente voor de winstbelasting was reeds de eis gesteld dat sprake moest zijn van een 'at arm's length'-rente ter zake van een lening die berust op zakelijke motieven.¹³ Ondanks deze zakelijkheidseis voelde de wetgever de noodzaak de aanzienlijke stroom van rente, royalty's en managementvergoedingen die betaald werd aan buitenlandse groepsvennootschappen in te dammen. Met de invoering van het NFR in 2003 is art. 6 LWB aangescherpt, waarbij bewust niet het Nederlandse voorbeeld van art. 10a Wet VPB 1969 is gevolgd, maar waarin wel elementen van die bepaling zijn overgenomen. Daarbij werd, kort samengevat, voor niet-beursgenoteerde on-

dernemingen de eis toegevoegd van een compenserende heffing, naar een effectief tarief van 5%, voor rente betaald aan een verbonden lichaam dat niet in Aruba is gevestigd. Al snel bleek echter dat de praktijk dit criterium als 'safe harbour' gebruikte door ervoor te zorgen dat over de betalingen in het buitenland exact 5% werd afgedragen. De aanscherping leidde derhalve niet tot vergroting van de Arubaanse heffingsgrondslag, maar versterkte vooral de afdracht aan de schatkist van een ander land.

1.6 OESO, EU & ALB

De eis van de OESO dat overheden op grond van hun lokale wetgeving over voldoende bevoegdheden beschikken om in hun land fiscale informatie op te vragen, dient het door de OESO nagestreefde (inmiddels:) hoofddoel van effectieve grensoverschrijdende uitwisseling van fiscale gegevens.¹⁴ Maar ook los van het OESO-project inzake schadelijke belastingconcurrentie werd reeds op Aruba de noodzaak gevoeld tot invoering van een AWR-achtige regeling, op grond waarvan ook bij derden informatie kan worden opgevraagd, die voor de Arubaanse belastingheffing van belang is. Begin 2004 is de Algemene landsverordening belastingen (hierna: ALB) aanvaard, die op veel onderdelen gelijkenis vertoont met de Nederlandse AWR.¹⁵ Met de invoering van deze landsverordening is een groot deel van de toezeggingen van Aruba aan de OESO nagekomen. Deze landsverordening, waarin ook de bevoegdheid is neergelegd om informatie uit te wisselen met autoriteiten van andere landen, geeft immers inhoud aan de toezegging van Aruba (het OESO-commitment uit 2001) om een TIEA (Tax Information Exchange Agreement) te sluiten, al dan niet conform de OESO-model-TIEA,¹⁶ met OESO-landen die daarom vragen. Op 21 november 2003 is met de Verenigde Staten zo'n verdrag gesloten, dat op 13 september 2004 in werking is getreden.¹⁷ De ALB verschaft ook de – lokale – juridische basis voor de spontane gegevensuitwisseling op basis van de Europese spaarrenterichtlijn. In de aanloop naar de deadline van 1 juli 2005 heeft Aruba met alle 24 lidstaten

¹³ Art. 6, eerste lid, onderdeel c, Landsverordening winstbelasting (hierna: LWB).

¹⁴ Zie de desbetreffende passage uit het OESO-rapport, vermeld in noot 8.

¹⁵ Landsverordening van 28 februari 2004, inzake de uitvoering van de belastingwetgeving (Algemene landsverordening belastingen) (AB 2004, nr. 10).

¹⁶ Het modelverdrag draagt de naam: OECD Agreement on Exchange of Tax Matters (ongedateerd), te vinden op www.oecd.org.

¹⁷ Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, ten behoeve van Aruba, en de Verenigde Staten van Amerika inzake de uitwisseling van informatie met betrekking tot belastingen; Washington, 21 november 2003, Trb. 2004, 17 en 232.

van de EU¹⁸ verdragen gesloten op basis waarvan deze (wederkerige¹⁹) gegevensuitwisseling zal plaatsvinden. Opmerkelijk is overigens dat ondanks deze wederkerigheid Aruba geen gelijkwaardige positie inneemt in het spaarrendossier. Zo heeft Aruba niet de bevoegdheid om bronheffing te ontvangen van rente afkomstig uit Zwitserland, terwijl de EU-lidstaten deze bevoegdheid voor zichzelf wel hebben gecreëerd in het met Zwitserland over dit onderwerp gesloten verdrag.²⁰ Ook hier derhalve: geen level playing field.

1.7 NFR 2006 & Primarolo

De op 6 december 2005 door de Staten van Aruba aangevaarde tweede tranche van het NFR, vormt de laatste stap op de door Brussel voorgeschreven marsroute. Immers, de AVV en de vrije zone dienden nog te worden aangepast conform de wensen van de Gedragscodegroep. De aanpassing van de AVV houdt kort gezegd in dat de subjectvrijstelling van de AVV in de winstbelasting, alsmede de algehele inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting, zijn afgeschaft en dat het verbod van de AVV om deel te nemen aan de lokale Arubaanse economie art. 155a Wetboek van Koophandel van Aruba (hierna: WvKA) is komen te vervallen. Tegelijkertijd is een nieuwe, beperkte objectvrijstelling ingevoerd voor de AVV. Deze vrijstelling voor de winstbelasting – en daaraan vastgeknoopte inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting – is gekoppeld aan een lijst van kwalificerende activiteiten (beleggen, financieren, licenseren, houden van aandelen). Deze nieuwe vrijstelling is 'gebenchmarkt' op het door de Gedragscodegroep goedgekeurde regime van de Luxemburgse 1929 holding en de Antilliaanse vrijgestelde BV. Ter zake van de vrije zone is aan de wensen van Primarolo tegemoetgekomen door nu uitdrukkelijk in de landsverordening zelf op te nemen dat onder kwalificerende diensten niet wordt verstaan financiële diensten.²¹ Tevens is in het kader van deze tweede tranche van de gelegenheid gebruikgemaakt om een keuzeregime voor fiscale transparantie in te voeren. Invoering van een dergelijk check-the-boxsysteem naar Amerikaans voorbeeld heeft tot doel de financiële sector van Aruba verder uit te bouwen op een wijze die volledig voldoet aan de internationale fiscale normen. Met de waarborgen die in het regime zijn opgenomen omtrent bekendmaking van de identiteit van de aandeelhouders en van de financiële gegevens, sluit het systeem aan bij de transparantie-eisen van de OESO (transparantie in deze OESO-context betekent hier: kenbaarheid en beschikbaarheid van gegevens). Het generieke karakter van het regime – alle (nieuw opgerichte) Arubaanse kapitaalvennootschappen (NV's en AVV's) kunnen van het regime gebruikmaken, ongeacht de aard van hun activiteiten en ongeacht de woon- of vestigingsplaats van hun aandeelhouders – maakt ook dat het regime niet in strijd komt met de Code of Conduct for Business Taxation.

1.8 Overzicht NFR 2006

Voordat ik inga op de techniek van de verschillende onderdelen, is het wellicht goed eerst een kort overzicht te schetsen van de onderwerpen die in deze herzieningsoperatie zijn behandeld en waar dit in de regeling is opgenomen. Zoals uit het voorgaande reeds naar voren is gekomen, bevat het NFR 2006 twee hoofdonderwerpen: de AVV en fiscale transparantie. Dit heeft zich vertaald in twee landsverordeningen met de volgende verkorte citeertitel: de Landsverordening aanpassing belastingregime Aruba vrijgestelde vennootschap en de Landsverordening invoering transparante vennootschappen.²²

1.8.1 Landsverordening aanpassing belastingregime AVV

In deze landsverordening zijn de volgende onderwerpen opgenomen:

- toegang tot de lokale Arubaanse economie (aanpassing art. 155a, 155hh, 155kk WvKA);
- afschaffing subjectvrijstelling AVV voor de winstbelasting (aanpassing art. 1 LWB);
- invoering objectvrijstelling AVV voor de winstbelasting (aanpassing art. 2 LWB);
- uitsluiting van de AVV als moedermaatschappij voor de deelnemingsvrijstelling in de winstbelasting (art. 11 LWB);
- aanpassing inhoudingsvrijstelling AVV voor de dividendbelasting (aanpassing art. 3 LDI);
- invoering van compartimentering ten aanzien van dividenden in verband met mogelijke sfeerovergangen van de AVV (aanpassing art. 3 en art. 5 LDI, verder uitgewerkt bij nota van wijziging);
- uitsluiting teruggaaf Arubaanse dividendbelasting voor dividend betaald aan een vrijgestelde AVV (art. 10 LDI);

¹⁸ De spontane gegevensuitwisseling met Nederland is uitgewerkt in een uitvoeringsvoorschrift dat aanknoopt bij art. 37 BRK.

¹⁹ In de verdragen met Oostenrijk, Luxemburg en België staat tegenover de Arubaanse gegevensuitwisseling de verplichting van die landen om een bronheffing in te houden.

²⁰ Zie art. 1, eerste lid, Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat waarbij wordt voorzien in maatregelen van gelijke strekking als die welke zijn vevat in richtlijn 2003/48/EG van de Raad betreffende belastingheffing op inkomsten uit spaargelden in de vorm van rentebetaling, PbEU 2004 L 385/30.

²¹ Art. V Landsverordening aanpassing belastingregime Aruba vrijgestelde vennootschap, behelst deze aanpassing van art. 1, eerste lid, Landsverordening vrije zones 2000.

²² Zie omtrent dit onderwerp eveneens: P.J. T'chong, 'Tweede Tranche Nieuw Fiscaal Raamwerk – Aruba', in: K.L.H van Mens (eindred.), *Fiscale actualiteiten in het Koninkrijk, NVAB*, blz. 121-136, Amersfoort: Sdu 2005.

- aanpassing van bestaande fiscale transparantie voor inwoners van Aruba die een belang houden in een vrijgestelde AVV (aanpassing art. 4 LWB, art. 3 en art. 17 LIB);
- aanpassing van de Landsverordening vrije zones 2000 (geen financiële dienstverlening; aanpassing art. 1 van deze landsverordening);
- de AVV onder de reikwijdte brengen van de Landsverordening deviezenverkeer en de Landsverordening deviezenprovisie (bij amendement, staande de Statenvergadering op 6 december 2005); en last but not least:
 - overgangsrecht op basis waarvan een bestaande AVV – als alternatief voor de nieuw ingevoerde objectvrijstelling – met ingang van 1 januari 2006 kan opteren voor fiscale transparantie.

1.8.2 Landsverordening invoering transparante vennootschappen

In deze landsverordening zijn de volgende onderwerpen opgenomen:

- een omschrijving van het begrip ‘transparante vennootschap’ en uitbreiding van de definitie van ‘maatschap’ in de ALB (aanpassing art. 3 ALB);
- een uitsluiting (‘carve out’) van de transparante vennootschap van de diverse aanduidingen van NV’s en AVV’s in de fiscale wetgeving van Aruba (nieuw art. 3a ALB);
- invoegen van een formele bepaling in de ALB die betrekking heeft op de aanmelding als transparante vennootschap en de daaraan gestelde eisen (nieuw art. 3b ALB, aangepast bij nota van wijziging);
- uitbreiding van diverse fiscale informatieverplichtingen tot de transparante vennootschap (aanpassing art. 45, 49 en 68 ALB);
- invoering van aansprakelijkheid van de transparante vennootschap voor belastingschulden van haar aandeelhouders die voortvloeien uit de fiscale transparantie (nieuw art. 10a Landsverordening invordering directe belastingen);
- uitsluiting van fiscale transparantie voor een vrijgestelde AVV waarvan de aandelen worden gehouden door een imputatie-NV (aanpassing art. 4 LWB);
- aanscherping en versoepeling van de anti-‘base-erosion’-bepaling in de winstbelasting (aanpassing art. 6 LWB);
- het ter voorkoming van overkill bij de crediteur onder de deelnemingsvrijstelling brengen van inkomsten die bij de debiteur niet aftrekbaar zijn op grond van de anti-‘base-erosion’-bepaling van art. 6 LWB (aanpassing art. 11 LWB);
- invoering van een hoog winstbelastingtarief voor vennootschappen die terugkeren uit transparantie naar normale belastingplicht (aanpassing art. 15 LWB);
- invoering van de mogelijkheid dat offshore vennootschappen, waarvan het overgangsregime ten einde loopt, opteren voor fiscale transparantie (bij nota van wijziging: een nieuw art. IV in de Landsverordening invoering transparante vennootschappen).

2 Aanpassing AVV

2.1 Van subject- naar objectvrijstelling

De in februari 2003 aan de Gedragscodegroep gedane toezegging de belastingvrijstelling van de AVV af te schaffen, is gestand gedaan door het schrappen van de subjectvrijstelling van de AVV in art. 1, vierde lid, LWB en het met zoveel woorden toevoegen van de rechtsvorm van de AVV aan de kring van belastingsubjecten in art. 1, eerste lid, LWB. Daarmee is de AVV van subjectief vrijgesteld lichaam veranderd in een subjectief belastingplichtige rechtsvorm voor de winstbelasting. Vervolgens zijn de objectvrijstellingen van art. 2 LWB uitgebreid met de invoering van een nieuw onderdeel d LWB, dat als volgt luidt: ‘[Van de belasting is vrijgesteld:] d. de winst van de Aruba vrijgestelde vennootschap, waarvan de activiteiten zich gedurende het gehele boekjaar beperken tot bij landsbesluit, houdende algemene maatregelen, aan te wijzen activiteiten’. Dit landsbesluit,²³ dat ten tijde van het schrijven van deze bijdrage nog niet geformaliseerd was, maar waarvan wel een finale ontwerptekst is vrijgegeven, vermeldt in art. 1 de volgende vier activiteiten:

- het houden van aandelen of andere bewijzen van deeltgerechtigdheid;
- het, al dan niet binnen concernverband, financieren van andere ondernemingen of vennootschappen;
- het beleggen van vermogen, met uitzondering van onroerende zaken;
- het in licentie geven van intellectuele en industriële eigendomsrechten en soortgelijke vermogensrecht of gebruiksrechten naar het recht van Aruba en naar het recht van andere landen’.

Ten aanzien van de holdingactiviteit is, met het oog op de Code of Conduct en naar het voorbeeld van de Luxemburgse 1929 holding, in art. 2 van het landsbesluit een onderworpenheidseis opgenomen met een minimumtarief gelijk aan de helft van het reguliere Arubaanse winstbelastingtarief (derhalve 17,5%). Het ongerijmd van deze door de Code of Conduct opgedrongen onderworpenheidseis is dat bijvoorbeeld een dividend ontvangen van een Ierse vennootschap (tarief 12,5%) niet kwalificeert, ook al is Ierland een volwaardig lid van de EU en ook al staat dit tarief niet in de Gedragscodegroep ter discussie. De onderworpenheidseis ziet uitsluitend op van buitenlandse vennootschappen ontvangen dividenden, en speelt geen rol bij het houden van aandelen als zodanig en bij de eventueel daarmee behaalde capital gains. Ook is nog in art. 2, tweede lid, van het landsbesluit een cou-lanceregeling opgenomen op grond waarvan ten hoogste 5% van de in een jaar ontvangen dividenden afkomstig mogen zijn uit deelnemingen die niet aan de onderworpenheidseis voldoen.

²³ Verkorte citeertitel: Landsbesluit aanwijzing activiteiten Aruba vrijgestelde vennootschap.

2.2 Sfeerovergang op 1 januari 2006

AVV's die activiteiten verrichten die niet zijn toegestaan op grond van het landsbesluit, kunnen geen gebruikmaken van de objectvrijstelling en zijn derhalve met ingang van 1 januari 2006 voor hun gehele winst belastingplichtig in de winstbelasting. Dit is ook het geval indien een gedeelte van de activiteiten wel voldoet aan de criteria van het landsbesluit; het is alles of niets. Een AVV die bijvoorbeeld handelsactiviteiten verricht en daarnaast vermogen belegt, is met ingang van 1 januari 2006 onbeperkt belastingplichtig. Op grond van de vestigingsplaatsfictie van art. 1, tweede lid, LWB wordt de AVV geacht gedurende haar gehele bestaan in Aruba te zijn gevestigd. Bij de aanvang van deze belastingplicht krijgt de AVV een step-up voor de winstbelasting.²⁴ Ook is de AVV – in beginsel – vanaf dat moment inhoudingsplichtig voor de dividendbelasting.²⁵ Ondanks die inhoudingsplicht kunnen winstreserves afkomstig uit de vrijgestelde periode tot en met 31 december 2005 ook na die datum zonder inhouding van dividendbelasting worden uitgekeerd: art. 5, vierde lid, LDI voorziet in compartimentering ten aanzien van deze winstreserves (in feite: een step-up voor de dividendbelasting). Het was derhalve niet nodig om – met het oog op mogelijke inhoudingsplicht voor de dividendbelasting – alle bestaande AVV's leeg te schudden voor 1 januari 2006. Op wie de bewijslast rust ten aanzien van het feit dat de uitgekeerde dividenden inderdaad afkomstig zijn uit vóór 1 januari 2006 gerealiseerde winst (stille reserves tellen niet mee voor de compartimentering), is niet geheel duidelijk. In het ingediende ontwerp was aan het voorgestelde art. 5, vierde lid, LDI een slotzin toegevoegd die de bewijslast terzake op de inhoudingsplichtige AVV legde. Met de aanpassing van de tekst van deze bepaling bij nota van wijziging is de slotzin – kennelijk per abuis – niet overgenomen. Ook zonder deze slotzin ligt het echter in de rede dat de inhoudingsplichtige die stelt dat een dividenuitkering uit 'oude' winstreserves afkomstig is, deze stelling zelf onderbouwt.²⁶

Voor wat betreft de binnenlands of buitenlands belastingplichtige aandeelhouder zij nog opgemerkt dat bij de aanvang van de belastingplicht van de AVV, ook voor de aandeelhouder belastingplicht uit hoofde van een aanmerkelijk belang kan ontstaan.²⁷ Zowel de binnenlands als de buitenlands belastingplichtige aandeelhouder krijgt bij de sfeerovergang echter een step-up voor de verkrijgingsprijs van zijn aandelen naar de waarde in het economische verkeer op dat moment.²⁸

2.3 Geruisloos doorschuiven op 1 januari 2006

AVV's die wel aan de criteria van de activiteitenlijst (zoals neergelegd in het landsbesluit) voldoen, kunnen in beginsel geruisloos doorschuiven naar de objectvrijstelling van art. 2, onderdeel d, LWB. Een verzoek is niet nodig; de vrijstelling vloeit rechtstreeks voort uit de landsverordening. De AVV's, waarvan de activiteiten zich beperken

tot de in het landsbesluit vermelde activiteiten, blijven ook vrij van inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Voor deze AVV's verandert er in feite niets, zij het dat zij zich wel bewust moeten zijn van het feit dat objectieve belastingplicht voor de winstbelasting en inhoudingsplicht voor de dividendbelasting aan de orde is zodra zij buiten de lijst van toegestane activiteiten treden. De AVV's die gebruikmaken van de objectvrijstelling hoeven niet jaarlijks aangifte te doen voor de winstbelasting.²⁹ Wel kan de inspecteur, indien hij twijfelt of wel aan de voorwaarden van art. 2, onderdeel d, LWB is voldaan, op grond van art. 6, eerste lid, ALB een aangiftebiljet uitreiken. In dat geval is de AVV verplicht aangifte te doen.³⁰ Op de vrijgestelde AVV zijn voorts de informatieverplichtingen van art. 45-47 ALB van toepassing. Tevens is de vrijgestelde AVV gewoon administratieplichtig op grond van art. 48 ALB. De fiscus kan derhalve controleren of de AVV wellicht ook belaste activiteiten verricht in plaats van louter vrijgestelde activiteiten.

Aan de geruisloze doorschuiving op 1 januari 2006 is wel een belangrijke voorwaarde verbonden. Op grond van art. VI, vijfde lid, Landsverordening aanpassing belastingregime AVV heeft de AVV slechts toegang tot de objectvrijstelling van art. 2, onderdeel d, LWB, en daarmee indirect ook tot de inhoudingsvrijstelling van art. 3 LDI, indien de AVV al haar verplichtingen ten aanzien van het vastrecht en het registratierecht voor de Kamer van Koophandel over de jaren vanaf haar oprichting tot en met het jaar 2006 heeft voldaan. De uiterste datum van betaling is bij nota van wijziging vastgesteld op 31 maart 2006. De AVV's worden tot 1 juli 2006 in de gelegenheid gesteld aan te tonen dat deze betalingen inderdaad voor die datum (1 april 2006) zijn verricht.

Voor de praktijk is deze voorwaarde van groot belang. Immers, het kan nu gebeuren dat een achterstand ten aanzien van een gering bedrag grote fiscale gevolgen heeft. De voorwaarde is ingegeven door het feit dat ter zake van veel AVV's het vastrecht in het verleden niet is betaald, aangezien niet geheel duidelijk was hoe en aan wie dit vastrecht moest worden voldaan. De wetgever streeft er kennelijk naar deze historisch verklaarbare betalingsachterstand, die was opgelopen tot een bedrag van circa Afl. 6 miljoen, in één klap op te lossen. Van de kant van de

²⁴ MvT, ad art. II, onderdeel c.

²⁵ De dividendbelasting kent eveneens een vestigingsplaatsfictie (art. 2, tweede lid, LDI).

²⁶ Ter zake van deze compartimentering is ook geen fifo- of lifo-voorschrift opgenomen.

²⁷ Dit is het geval bij een bezit van 25%; zie art. 11, eerste lid, onderdeel c, LIB.

²⁸ MvT ad art. III, onderdeel b.

²⁹ Zie art. 7, vijfde lid, ALB, op grond waarvan niet om uitreiking van een aangiftebiljet hoeft te worden gevraagd indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat geen belasting verschuldigd is.

³⁰ Art. 6, vierde lid, ALB.

overheid is toegezegd in de loop van 2006 een goede regeling te treffen voor toekomstige jaren.

2.4 Sfeerovergang na 1 januari 2006

Uiteraard kunnen zich ook na de datum van 1 januari 2006 gevallen voordoen van sfeerovergang. Een aanvankelijk vrijgestelde AVV kan bijvoorbeeld in de loop van 2007 aanvullende activiteiten entameren die niet vermeld staan in art. 1 van het landsbesluit. In dat geval voldoet de AVV niet aan de eis van art. 2, onderdeel d, LWB dat zij gedurende het gehele boekjaar slechts vrijgestelde activiteiten verricht. De objectieve belastingplicht van de AVV vangt in dat geval aan met ingang van de eerste dag van het desbetreffende boekjaar waarin die aanvullende activiteiten zijn opgestart. Indien de AVV in de loop van een boekjaar buiten het boekje gaat van de activiteitenlijst, vervalt dus haar (object)vrijstelling en inhoudingsvrijstelling met terugwerkende kracht tot het begin van dat boekjaar! Stel nu dat dit het geval is voor het boekjaar 2007, dat gelijk is aan het kalenderjaar. Ook in die situatie krijgt de AVV bij aanvang van de objectieve belastingplicht per 1 januari 2007 een step-up voor de winstbelasting³¹ en voor de dividendbelasting.³² Aandeelhouders met een aanmerkelijk belang krijgen bij deze sfeerovergang een step-up voor hun verkrijgingsprijs.³³

Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen: een volledig belaste AVV gaat in de loop van een boekjaar (stel: 2007, boekjaar is kalenderjaar) haar activiteiten beperken tot die vermeld in het landsbesluit. Zij kwalificeert dan pas voor de objectvrijstelling van art. 2, onderdeel d, LWB met ingang van het daaropvolgende boekjaar (in casu 2008). Bij deze sfeerovergang van belast naar onbelast ligt het in de rede dat de AVV dient af te rekenen over haar stille reserves, open fiscale reserves en goodwill; bij de sfeerovergang van onbelast naar belast krijgt zij immers ook een step-up. De inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting geldt in dit voorbeeld eveneens pas met ingang van het boekjaar 2008.³⁴ Uiteraard is het niet de bedoeling dat met een dergelijke sfeerovergang de dividendbelastingclaim kan worden afgeschud. Art. 3, tweede lid, LDI bepaalt daarom dat de inhoudingsvrijstelling niet geldt indien en voorzover winst wordt uitgekeerd die afkomstig is uit de belaste periode. Het derde lid van art. 3 voegt daar een fifo-achtige benadering aan toe, met een wettelijk vermoeden dat eerst de winst afkomstig uit de belaste periode geacht wordt te zijn uitgekeerd. Ook in deze situatie is derhalve ten aanzien van de dividendbelasting sprake van compartimentering. De sfeerovergang van de AVV leidt, naar ik aanneem, tot beëindiging van binnenlandse belastingplicht uit hoofde van het aanmerkelijk belang.³⁵ Voor de buitenlands belastingplichtige aanmerkelijkbelanghouder is dit zonder meer het geval op grond van de tekst van art. 17, tweede lid, onderdeel f, LIB. Ter zake van de aanmerkelijkbelangclaim is in beide gevallen van sfeerovergang niets geregeld.³⁶ Het valt derhalve te betwijfelen of de aanmerkelijkbelanghouder bij deze sfeerovergang moet afrekenen over de waardeinstijging

van zijn aandelen.

Ter relativering van deze complexe materie zij opgemerkt dat op voorhand niet valt in te schatten of dergelijke sfeerovergangen zich in de praktijk daadwerkelijk zullen voordoen. Een vrijgestelde AVV zal er immers belang bij hebben om vrijgesteld te blijven. Daarmee is ook onderdeel 2.5 hieronder wellicht meer van theoretisch dan van praktisch belang.

2.5 Samenloop sfeerovergang en transparantie

Reeds onder het oude regime werden inwoners van Aruba die aandelen in een AVV bezitten, rechtstreeks voor de inkomsten van die AVV belast. Deze vorm van fiscale transparantie – goed te onderscheiden van de nieuw ingevoerde keuzemogelijkheid voor fiscale transparantie – geldt zowel voor de inkomstenbelasting³⁷ als voor de winstbelasting.³⁸ Deze vorm van fiscale transparantie is gehandhaafd voor aandelenbelangen in AVV's die gebruikmaken van de objectvrijstelling in de winstbelasting en de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting. Indien op enig moment (per definitie: aan het begin van een boekjaar) een sfeerovergang plaatsvindt van vrijgestelde naar belaste status van de AVV, betekent dit dat de binnenlandse aandeelhouder reeds zelf voor de ingehouden winsten van de AVV in de vrijgestelde periode is aangeslagen. Latere uitkering van die winsten door de AVV in de belaste periode (derhalve na sfeerovergang), zou voor de inkomstenbelasting kunnen leiden tot dubbele heffing. Voor de dividendbelasting is dit probleem opgelost met de uitgebreide regeling van de compartimentering. Voor de inkomstenbelasting kan slechts worden volstaan met het advies de op grond van de transparantie in de vrijgestelde periode aangerekende winsten, ook daadwerkelijk uit te keren. Bij de toepassing van art. 12a Wet LB 1964 in Nederland (fictief loon) is dit naar ik meen niet anders. Lastiger wordt het indien achteraf blijkt dat de AVV zich niet aan de grenzen van art. 2, onderdeel d, LWB heeft gehouden. In dat geval heeft de binnenlandse aandeelhouder wel de inkomsten van de AVV in zijn aangifte inkomstenbelasting of winstbelasting opgenomen, maar wordt nogmaals nagevorderd bij de AVV in de winstbelasting. Deze dubbele heffing kan uiteraard niet beoogd zijn. In de nota naar aanleiding van het verslag is voor dat geval een vermindering (al dan niet ambtshalve) van de aanslag inkomstenbelasting toegezegd.

³¹ Op grond van het totaalwinstbegrip.

³² Art. 5, vierde lid, LDI.

³³ MvT ad art. III, onderdeel b.

³⁴ Zie art. 3, eerste lid, LDI.

³⁵ Zie a contrario art. 3, vijfde lid, Landsverordening inkomstenbelasting (hierna: LIB).

³⁶ De LIB kent geen fictieve vervreemding.

³⁷ Art. 3, vijfde lid, LIB.

³⁸ Art. 4, derde lid, LWB.

2.6 Deviezenprovisie

Aruba heft een deviezenprovisie (1,3%) over betalingen door ingezetenen aan het buitenland. De AVV werd tot 2006 vanwege haar offshore karakter als niet-ingezetene aangemerkt.³⁹ Nu het verbod op deelname aan de lokale economie met ingang van 1 januari 2006 is komen te vervallen, zou handhaving van de status van de AVV als niet-ingezetene voor de deviezenprovisie een gemakkelijke manier hebben verschaft om de deviezenprovisie te omzeilen. Om dit te voorkomen, is de vermelding van de AVV – bij wijze van amendement, ingediend staande de Statenvergadering van 6 december – als niet-ingezetene in art. 1, tweede lid, onderdeel a, Landsverordening deviezenprovisie, geschrapt. Voorts is de AVV uitdrukkelijk ook als ingezetene aangemerkt in art. 1, eerste lid, onderdeel b, Landsverordening deviezenprovisie.⁴⁰ Vergelijkbare wijzigingen zijn aangebracht in de Landsverordening deviezenverkeer. Om te voorkomen dat de op 1 januari 2006 bestaande AVV's, die hun offshore activiteiten handhaven, plotseling onder de werking van de deviezenprovisie zouden vallen – het gaat om circa vierduizend AVV's – is voorts in het amendement een generieke ontheffing verleend.⁴¹ Indien een dergelijke AVV haar activiteiten wijzigt, dient zij de Centrale Bank van Aruba (hierna: CBA) hierover te informeren. Die beslist dan op grond van het bestaande ontheffingsbeleid of de AVV in aanmerking komt voor ontheffing (het aanmerken als niet-ingezetene). Nieuw opgerichte AVV's dienen individueel om ontheffing te vragen indien zij menen daarvoor in aanmerking te komen. Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om verder op het ontheffingsbeleid van de CBA in te gaan. Het mag duidelijk zijn dat de positie van de AVV voor toepassing van de deviezenprovisie, zowel voor op 1 januari 2006 bestaande AVV's als voor daarna opgerichte AVV's aandacht verdient.

2.7 AVV en BRK

Net zo min als de subjectief vrijgestelde AVV zal de objectief vrijgestelde AVV aanspraak kunnen maken op toepassing van de bepalingen uit de Belastingregeling voor het Koninkrijk. Maakt de AVV geen gebruik van de objectiefvrijstelling van art. 2, onderdeel d, dan is zij gewoon op grond van haar inwonerschap in de zin van art. 2, eerste lid, onderdeel d, BRK volledig onderworpen aan de Arubaanse winstbelasting en kan zij derhalve de bescherming inroepen van de BRK.

3 Transparantie

3.1 Concept en vormgeving

De tweede poot van het NFR 2006 betreft de invoering van de mogelijkheid te opteren voor fiscale transparantie. Het gaat om een keuzeregime. Belastingplichtigen kunnen derhalve vrij kiezen of zij van het regime gebruikmaken of niet. Doelstelling van het regime is blijkens de

memorie van toelichting een verdere diversificatie van het fiscale stelsel van Aruba. Ook maakt de memorie van toelichting melding van de wens van het Arubaanse bedrijfsleven om de keuze voor het gebruik van een kapitaalvennootschap los te koppelen van het creëren van een aparte belastingplichtige entiteit. Het onderbrengen van activiteiten of vermogen in een afzonderlijke kapitaalvennootschap kan zijn ingegeven door bedrijfseconomische of juridische motieven (bijvoorbeeld beperking van aansprakelijkheid, het afscheiden van activiteiten in een joint venture, enz.). De keuze voor fiscale transparantie maakt het dan mogelijk om het bestaan van deze aparte rechtspersoon voor toepassing van de belastingheffing te negeren. Daarmee biedt het regime de mogelijkheid van een 'fiscale eenheid', in geval van een transparante dochtervennootschap, zonder dat sprake is van een minimum aandelenbezit of andere kwaliteitseisen omtrent het aandeelhouderschap.

Technisch is de fiscale transparantie vormgegeven door aan te sluiten bij de fiscale behandeling van de Arubaanse maatschap. De fiscale transparantie van de maatschap is een ingeburgerd fenomeen in het Arubaanse belastingrecht. De aansluiting bij de maatschap heeft de vorm van een wettelijke fictie: onder het begrip 'maatschap' wordt in de ALB ook de transparante vennootschap gerangschikt (art. 3, eerste lid, onderdeel c, ALB). Een vennootschap is een 'transparante vennootschap' indien zij heeft aangegeven te opteren voor de behandeling als maatschap (art. 3, eerste lid, onderdeel d, ALB). Een vennootschap kan deze keuze ook uitbrengen indien zij slechts één aandeelhouder heeft. De behandeling als maatschap is derhalve louter een fiscale fictie die niet raakt aan of gedictieerd wordt door de juridische werkelijkheid.⁴² Indien een transparante vennootschap – die vennootschapsrechtelijk immers gewoon een kapitaalvennootschap blijft – dividend uitkeert aan haar aandeelhouders, is dat fiscaal als gevolg van de transparantie niet zichtbaar.

De keuze voor fiscale transparantie is neergelegd in de ALB en niet in de afzonderlijke materiële belastingverordeningen. Dit heeft als voordeel dat dit regime op een centrale plaats kon worden geregeld. De keuze geldt niet voor alle fiscale landsverordeningen waarop de ALB betrekking heeft, maar uitsluitend voor de winstbelasting, inkomstenbelasting en dividendbelasting.⁴³ Omdat de

³⁹ Art. 1, tweede lid, onderdeel a, Landsverordening deviezenprovisie.

⁴⁰ In feite is de vermelding van de AVV in deze bepaling niet nodig, nu in Aruba gevestigde 'rechtspersonen' reeds als ingezetenen zijn aangemerkt.

⁴¹ Namelijk met de aanpassing van art. 19 Landsverordening deviezenverkeer.

⁴² Zo is bijvoorbeeld geheel irrelevant of de aandelen in de transparante vennootschap al dan niet vrij overdraagbaar zijn.

⁴³ De transparantie werkt derhalve niet door naar de loonbelasting, logeerberlasting, overdrachtsbelasting, successiebelasting en grondbelasting (zie art. 2 ALB).

aanduiding van een vennootschap als transparante vennootschap op grond van art. 3 ALB slechts werkt voor toepassing van de ALB zelf, vermeldt art. 3a, eerste lid, ALB dat, waar in de drie bovengenoemde landsverordeningen de termen 'naamloze vennootschap' en 'Aruba vrijgestelde vennootschap' worden gebezigd (of woorden van gelijke strekking), daaronder niet wordt begrepen de transparante vennootschap. Het tweede lid voegt daaraan toe dat voor toepassing van die drie landsverordeningen het inkomen en vermogen van de transparante vennootschap rechtstreeks wordt toegerekend aan de aandeelhouders van de transparante vennootschap. Art. 3a ALB vormt in feite de brug tussen de definitiebepaling van art. 3 ALB en de doorwerking van de keuze voor fiscale transparantie in de drie fiscale landsverordeningen: de LWB, de LIB en de LDI.

De doorwerking naar deze drie fiscale landsverordeningen heeft op het niveau van de NV of AVV tot gevolg dat de subjectieve belastingplicht van de transparante vennootschap voor de winstbelasting is opgeheven en dat de vennootschap niet onderworpen is aan de inhoudingsplicht voor de dividendbelasting. Op het niveau van de aandeelhouder heeft de transparantie tot gevolg dat het inkomen en vermogen van de transparante vennootschap rechtstreeks aan de aandeelhouder wordt toegerekend voor toepassing van de inkomstenbelasting (indien de aandeelhouder een natuurlijke persoon is) en voor toepassing van de winstbelasting (indien de aandeelhouder een lichaam is).

3.2 Toegang tot fiscale transparantie

In beginsel hebben alleen nieuw opgerichte NV's en AVV's toegang tot het regime van fiscale transparantie.⁴⁴ De aandelen van deze vennootschappen mogen niet luiden aan toonder.⁴⁵ Een eenmaal uitgebrachte keuze kan niet meer ongedaan worden gemaakt en geldt derhalve gedurende het gehele bestaan van de transparante vennootschap.⁴⁶ Lastige sfeerovergangkwesties zijn zo voorkomen. Slechts in een enkel uitzonderingsgeval kan de transparante vennootschap terugkeren naar de status van belastingsubject. Dit gebeurt, onder meer, bij wijze van sanctie, indien de transparante vennootschap in strijd met het verbod van art. 3, tweede lid, ALB toonderaandelen uitrekt.⁴⁷ Een bewuste sfeerovergang, te bewerkstelligen door de uitgifte van toonderaandelen, is echter ontmoe-digd, door vervolgens een winstbelastingtarief van toepassing te verklaren dat 150% bedraagt van het reguliere tarief.⁴⁸ Het regime voor fiscale transparantie heeft een generiek karakter. De keuze is niet gebonden aan kwalificerende activiteiten. Alle nieuw opgerichte NV's en AVV's, ongeacht de aard van hun activiteiten en ongeacht de aard, woon- of vestigingsplaats van hun aandeelhouders, kunnen opteren voor fiscale transparantie.

Op de regel dat alleen nieuw opgerichte NV's en AVV's kunnen opteren voor fiscale transparantie bestaan twee uitzonderingen. De eerste uitzondering betreft op 31 december 2005 bestaande AVV's: deze AVV's kunnen

eveneens opteren voor fiscale transparantie.⁴⁹ De keuze voor fiscale transparantie werkt in dat geval terug tot 31 december 2005. De subjectief vrijgestelde AVV's kunnen derhalve rond de jaarwisseling geruisloos overstappen op het regime van fiscale transparantie, indien zij dat wensen. Daarbij geldt een riante bedenktijd: de AVV's hebben tot 1 juli 2006 de tijd om deze keuze uit te brengen.⁵⁰ De mogelijkheid voor bestaande AVV's om te opteren voor fiscale transparantie biedt wellicht soelaas aan die AVV's die in verband met hun activiteiten geen gebruik kunnen maken van de objectvrijstelling van art. 2, onderdeel d, LWB. Ook hier geldt echter dat achterstallig vastrecht en registratierecht voor 1 april 2006 moet zijn voldaan.⁵¹ Aangezien veel van de bestaande AVV's toonderaandelen hebben uitgegeven, is voor deze groep een uitzondering gemaakt op het verbod op toonderaandelen. In plaats daarvan geldt de strenge sanctie van verval van de transparante status, gevolgd door het verhoogde winstbelastingtarief van art. 15, vijfde lid, LWB, indien de AVV niet voldoet aan de eisen van art. 49, vierde lid, ALB (jaarlijks verstrekken van informatie omtrent de identiteit aandeelhouders en van een eenvoudige commerciële balans en verlies- en winstrekening).

De tweede uitzondering betreft bestaande offshore-NV's waarvan de overgangsperiode ter zake van de afschaffing van het offshore regime afloopt. Deze NV's kunnen eveneens – tot uiterlijk een maand na afloop van het overgangsregime – opteren voor fiscale transparantie.⁵² Omdat hier een sfeerovergang plaatsvindt van een (weliswaar laag) belaste sfeer naar fiscale transparantie, dient de offshore-NV af te rekenen over nog niet gereali-seerde winst, voorzover die winst niet is vrijgesteld.⁵³

3.3 Transparantie internationaal

Voor buitenlandse aandeelhouders van een Arubaanse NV of AVV leidt de keuze voor fiscale transparantie mogelijk-erwijs tot buitenlandse belastingplicht. Indien de aandeelhouder een natuurlijke persoon is, betreft het buitenlandse belastingplicht in de inkomstenbelasting; indien de aandeelhouder een lichaam is, betreft het buitenlandse belastingplicht in de winstbelasting. Van buitenlandse belastingplicht is uiteraard slechts sprake indien

⁴⁴ Art. 3b, vierde lid, ALB.

⁴⁵ Art. 3, tweede lid, ALB.

⁴⁶ Art. 3b, vierde lid, ALB.

⁴⁷ Zie art. 3b, derde lid.

⁴⁸ Op dit moment derhalve 52,5%; zie art. 15, vijfde lid, LWB.

⁴⁹ Zie art. VI Landsverordening aanpassing belastingregime AVV.

⁵⁰ Art. VI, derde lid, Landsverordening aanpassing belastingregime AVV.

⁵¹ Zie boven, onderdeel 2.3.

⁵² Art. IV Landsverordening invoering transparante vennootschappen, opgenomen bij nota van wijziging.

⁵³ Zie de toelichting ad onderdeel b, bij de nota van wijziging.

de activiteiten of het vermogen van de transparante vennootschap daartoe aanleiding geven, bijvoorbeeld indien sprake is van vaste-inrichtingswinst uit bedrijven zoals bedoeld in art. 1, eerste lid, onderdeel c, LWB, of indien sprake is van in Aruba gelegen onroerend goed. Indien de desbetreffende activiteiten een vaste inrichting vormen, wordt deze vaste inrichting – en de daaraan toe te rekenen winst – conform de doorkijkgedachte toegerekend aan de aandeelhouder. Indien sprake is van meerdere aandeelhouders, resulteert dit in evenzovele vaste inrichtingen. De Arubaanse Belastingdienst heeft aangegeven van geval tot geval te beoordelen of sprake is van een vaste inrichting, aan de hand van de door de OESO gehanteerde criteria. Indien geen onderneming wordt gedreven, zal derhalve geen sprake zijn van een vaste inrichting. Indien wel een onderneming wordt gedreven, maar niet met behulp van een 'fixed place of business' in Aruba, zal evenmin sprake zijn van een vaste inrichting. Het feit dat de transparante vennootschap – in voorkomend geval – door een trustkantoor wordt bestuurd, leidt als zodanig en op zichzelf beschouwd niet tot de aanwezigheid van een vaste inrichting.⁵⁴

Indien geen sprake is van een Arubaanse vaste inrichting of van op Aruba gelegen onroerend goed, maar bijvoorbeeld van beleggingen of deelnemingen in buitenlandse dochtervennootschappen, kan de buitenlandse aandeelhouder niet voor de beleggingsinkomsten of houdsterwinsten worden belast. Weliswaar wordt het vermogen en rendement op grond van de fiscale transparantie aan de aandeelhouder toegerekend, echter in dit geval ontbreekt een nexus met Aruba die buitenlandse belastingplicht voor de Arubaanse winst- of inkomstenbelasting zou rechtvaardigen.

Uiteraard kan de transparante vennootschap geen beroep doen op de BRK. Haar subjectieve belastingplicht is opgeheven, zodat zij niet meer als inwoner van Aruba kan worden aangemerkt voor toepassing van de BRK. Dit kan een nadeel zijn dat moet worden betrokken bij de afweging al dan niet te kiezen voor fiscale transparantie.⁵⁵

3.4 Formele aspecten

Omdat de keuze voor fiscale transparantie bepalend kan zijn voor de fiscale positie van de aandeelhouders van de transparante vennootschap, kan de keuze voor transparantie slechts worden uitgebracht indien de vennootschap daartoe door elk van haar aandeelhouders afzonderlijk is gemachtigd. De keuze voor transparantie dient bij aangekondigd schrijven en onder overlegging van deze machtiging(en) bij de inspecteur te worden aangemeld.⁵⁶ De inspecteur kan de geldigheid van de uitgebrachte keuze slechts marginaal toetsen (is voldaan aan de formele eisen?). De keuze is eenzijdig en verlangt derhalve geen bevestiging of beschikking van de inspecteur. De keuze moet op grond van art. 3b, tweede lid, ALB worden uitgebracht binnen een maand na oprichting van de NV of AVV.⁵⁷ Ter bescherming van nieuwe aandeelhouders die toetreden na het uitbrengen van de keuze, of die aandelen

kopen van zittende aandeelhouders, zal de naam van de transparante vennootschap in een openbaar register worden vermeld.⁵⁸ Welke instantie dit openbare register zal bijhouden en in welke vorm, is nog in beraad.

4 Zetelverplaatsing

AVV's die geen gebruik kunnen of willen maken van de beperkte objectvrijstelling van art. 2, onderdeel d, LWB, of van de mogelijkheid van fiscale transparantie, hebben de mogelijkheid naar een ander oord te vertrekken op basis van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen (AB 1996, nr. 64). De landsverordening voorziet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van verplaatsing van de statutaire zetel van een AVV en een NV naar een ander land, indien het recht van dat andere land zich daartegen niet verzet.⁵⁹ Met behoud van rechtspersoonlijkheid vormt de AVV zich dan om naar een vennootschap die beheerst wordt door het recht van het nieuwe statutaire vestigingsland (wisseling van vennootschapsstatuut). Voor een NV die haar statutaire zetel heeft verplaatst, is in de landsverordening bepaald dat de vestigingsplaatsfictie van art. 1, tweede lid, LWB niet langer van toepassing is.⁶⁰ Tevens is een emigratieheffing (eindafrekening) voor de winstbelasting voorgeschreven, door art. 4, vierde lid, LWB van overeenkomstige toepassing te verklaren.⁶¹ De Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen is echter nog niet aangepast aan het feit dat ook de AVV met ingang van 1 januari 2006 onder de reikwijdte van de winstbelasting valt. Op basis van de huidige tekst van de landsverordening blijft de vestigingsplaatsfictie van art. 1, tweede lid, LWB op de AVV van toepassing, met mogelijk anderszins – indien de AVV niet voldoet aan de eisen van art. 2, onderdeel d, LWB, binnenlandse subjectieve en objectieve belastingplicht tot gevolg. De vennootschapsrechtelijke, statutaire zetelverplaatsing heeft dan voor de belastingplicht van de AVV in de winstbelasting geen enkel effect.⁶² De AVV blijft in dat geval overigens ook in-

⁵⁴ Zie par. 12 OESO-commentaar bij art. 5, tweede lid, OESO-modelverdrag.

⁵⁵ Binnenlandse (Arubaanse) aandeelhouders van de transparante vennootschap kunnen wellicht voor inkomsten uit Nederland wel een beroep doen op het besluit van 19 maart 1997, nr. IFZ97/204, BNB 1997/168.

⁵⁶ Art. 3b, eerste lid, ALB.

⁵⁷ Zoals gezegd, geldt een uitzondering op deze regel ingevolge overgangsrecht voor bestaande AVV's en bestaande offshore-NV's.

⁵⁸ Art. 3b, vijfde lid, ALB.

⁵⁹ Art. 15 Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen.

⁶⁰ Art. 18, eerste lid, Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen.

⁶¹ Art. 18, tweede lid, Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen.

⁶² Of de Arubaanse fiscus in dit geval mogelijkheden heeft om de heffing te effectueren is een andere vraag.

houdingsplichtig voor de dividendbelasting. De vestigingsplaatsfictie van art. 2, tweede lid, LDI blijft immers – zolang de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen niet is aangepast – ook op de AVV van toepassing.⁶³ Aanpassing van de Landsverordening zetelverplaatsing rechtspersonen op deze punten ligt dan ook in de rede.

5 Base erosion

De fiscale herziening in deze tweede NFR-tranche is aangegrepen om de aftrekbeperking van art. 6 LWB verder aan te scherpen.⁶⁴ Zoals hierboven reeds is opgemerkt, heeft de aanscherping van deze bepaling in 2003 niet het gewenste effect gehad.⁶⁵ De aanscherping betreft de eis van compenserende heffing, die overigens uitsluitend een rol speelt indien een zakelijke⁶⁶ rente, royalty of andere vergoeding wordt betaald aan een verbonden lichaam.⁶⁷ De eis van compenserende heffing is met ingang van 1 januari 2006 opgeschroefd van 5% over de brutobetalingen tot 15% over de brutobetalingen.⁶⁸ Dit effectieve tarief is vrij hoog en zal back-to-backsituaties nagenoeg onmogelijk maken. Indien bijvoorbeeld de crediteur in het land van vestiging is onderworpen aan een winstbelastingtarief van 30%, kan – nog afgezien van andere kosten – ten hoogste de helft van de rente worden doorbetaald aan een achterliggende partij om tot een effectieve belastingdruk van 15% over het bruto rentebedrag te geraken. Met name met het oog op royaltybetalingen die worden verricht aan de eigenaar van het intellectuele eigendomsrecht, mogen de kosten van afschrijvingen bij het berekenen van de effectieve belastingdruk worden genegeerd.⁶⁹ Operationele kosten (verliezen) daarentegen drukken wel het effectieve tarief. Overkill is daarom niet uitgesloten, temeer daar de aftrekbeperking nu ook geldt voor betalingen aan inwoners van Aruba. De oppositie tegen deze aanscherping heeft ertoe geleid dat een aanmerkelijke verzachting is opgenomen. Allereerst is de op grond van deze bepaling bij de debiteur niet-aftrekbare vergoeding, bij de crediteur onder de reikwijdte van de deelnemingsvrijstelling gebracht, los van de vraag of een aandeelhoudersrelatie bestaat tussen de crediteur en de debiteur.⁷⁰ Voor binnenlandse situaties is daarmee de kou uit de lucht. De tweede verzachting is eveneens aanzienlijk: indien niet aan de eis van 15% compenserende heffing is voldaan, kan de debiteur terugvallen op een nieuw

vierde lid van art. 6 LWB. Daarin is bepaald dat de belastingplichtige toch nog 75% van de rente (of royalty, of andere vergoeding) mag aftrekken, indien de rente (enz.) bij de crediteur in de grondslag wordt betrokken van een belastingheffing naar de winst. Aan de hoogte van die belastingheffing (objectieve onderworpenheid) zijn geen eisen gesteld. Naar het huidige winstbelastingtarief van 35% komt de aftrekbeperking ten aanzien van 25% van de rente (enz.) neer op een verkapte bronheffing van circa 8% op rente en dergelijke betaald aan verbonden lichamen. Dat is de (naar verwachting voor de praktijk acceptabele) prijs voor het realiseren van een renteaftrek bij de debiteur tegen het winstbelastingtarief van 35%. Uiteraard valt het pas in de komende jaren te bezien of de wetgever met deze verkapte bronheffing een deel van de kosten van base erosion vergoed ziet.

6 Slot

Ik houd het kort. Het bovenstaande geeft, naar ik hoop, inzicht in de wijzigingen die per 1 januari van kracht zijn geworden in Aruba. Behoud en uitbouw van de financiële sector stonden bij deze wijzigingen voorop. Na deze fiscale activiteiten ligt het in de rede ook op vennootschapsrechtelijk vlak de wetgeving te moderniseren. Invoering van een moderne, flexibele kapitaalvennootschap (besloten vennootschap) naar het voorbeeld van de Amerikaanse LLC zou wellicht een eerste stap in die richting kunnen zijn.

⁶³ Dit geldt overigens ook voor de NV die haar statutaire zetel verplaatst.

⁶⁴ De aanscherping is opgenomen in de Landsverordening invoering transparante vennootschappen, art. III, onderdeel b. Zie boven, onderdeel 1.5.

⁶⁵ Zakelijk in de betekenis van: at arm's length voor wat betreft de hoogte en berustend op een zakelijk motief; zie art. 6, tweede lid, onderdeel c, LWB. De hier besproken eis van compenserende heffing speelt derhalve slechts in zakelijke situaties, waarin wordt betaald aan een verbonden lichaam.

⁶⁶ Welk verbonden lichaam bovendien niet tot de groep van een beursgenoteerde onderneming behoort.

⁶⁷ Art. 6, derde lid, onderdeel b, LWB.

⁶⁸ Art. 6, derde lid, onderdeel b, LWB.

⁶⁹ Art. 11, zesde lid, LWB.