

Brexit en directe belastingen: There's still a way to escape that Brexit day? Vrij naar: Milqman (feat. Anna & Mimmi), 'Regrets Won't Do on Brexit Day'

Citation for published version (APA):

Korving, J. (2021). Brexit en directe belastingen: There's still a way to escape that Brexit day? Vrij naar: Milqman (feat. Anna & Mimmi), 'Regrets Won't Do on Brexit Day'. *Maandblad Belasting Beschouwingen*, 2021(13), 33-48. Article 2021/40. https://www.ndfr.nl/content/g-SDU_MBB132021_422654

Document status and date:

Published: 01/01/2021

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Document license:

Taverne

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

40. Brexit en directe belastingen: There's still a way to escape that Brexit day?¹

MR. DR. J.J.A.M. KORVING EN J.C. VAN DER HAVE BSC

Het VK is geen onderdeel meer van de EU. De nieuwe relatie tussen beide partijen is uitgemond in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. De overeenkomst bevat bepalingen die het vrije verkeer moeten garanderen, maar heeft geen directe werking. Dit roept de vraag op wat we precies hebben aan die overeenkomst, met name op het gebied van de directe belastingen. De auteurs gaan in op de directe werking van de overeenkomst en verdragsconforme interpretatie, en beoordelen bovendien wat de impact van Brexit en de overeenkomst is op de Nederlandse vennootschapsbelasting.

1. Inleiding

Op 31 december 2020 is de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst² tussen de Europese Unie (EU) en het Verenigd Koninkrijk (VK) in werking getreden. Hiermee heeft het VK afstand van de Europese interne rechtsorde genomen.³ De overeenkomst is het resultaat van bijna vijf jaar⁴ aan onderhandelingen tussen de EU en het VK.⁵ Ze voorkomt de – gevreesde⁶ – harde Brexit en zou de stabiliteit en rust weer terug moeten brengen in de relatie tussen de EU en het VK.⁷ Maar hoe is de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst precies vormgegeven? En wat betekent dit voor de fiscale praktijk, specifiek voor directe belas-

tingen⁸? In deze bijdrage brengen we de gevolgen van de Brexit respectievelijk de implicaties van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor de directe belastingen in kaart.

Om een volledig beeld te schetsen bekijken we zowel de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in het algemeen als specifieke fiscale kwesties. Allereerst komt de (werking van de) Handels- en Samenwerkingsovereenkomst aan bod. Achtereenvolgens worden de doelstelling (paragraaf 2.1) en bepalingen die vergelijkbaar zijn met de fundamentele vrijheden (en die daarmee invloed kunnen hebben op de directe belastingen) (paragraaf 2.2) uitgelicht. In paragraaf 2.3 gaan we in op de directe werking van handelsverdragen en overeenkomsten van de EU in het algemeen. Daarbij komt met name de vraag aan de orde wanneer een belastingplichtige zich rechtstreeks kan beroepen op de rechten uit een handelsverdrag, en de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK in het bijzonder. In het licht van (de afwezigheid van) rechtstreekse werking van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst biedt paragraaf 2.4 inzicht in de mogelijkheden tot geschillenbeslechting in EU-VK situaties. In paragraaf 2.5 wordt aandacht besteed aan verdragsconforme interpretatie (of indirecte werking). Paragraaf 2.6 bevat de tussenconclusie. In het kader van de bevindingen lichten we in onderdeel 3 een aantal fiscale casusposities uit, waarbij wij ons veelal beperken tot de gevolgen voor de vennootschapsbelasting. We bespreken achtereenvolgens de implicaties van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor fiscale

1 Vrij naar: Milqman (feat. Anna & Mimmi), 'Regrets Won't Do on Brexit Day'.

2 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese gemeenschap voor atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, *PbEU* 2021, L 149/10.

3 Volledigheidshalve: het VK heeft de EU formeel op 31 januari 2020 verlaten. Hierop volgde een overgangperiode waarin nog steeds bijna het gehele Unierecht voor het VK gold (zie: Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, *PbEU* 2019, CI 384/1).

4 Vanaf het Brexit referendum op 23 juni 2016.

5 Zie voor een overzicht van (de onderhandelingen omtrent) de Brexit: *Brexit – EU-VK akkoord: stand van zaken*, rijksoverheid.nl/onderwerpen/Brexit/Brexit-stand-van-zaken.

6 Zie ter illustratie: Redactie, 'Brexit overleg onder hoogspanning hervat in Brussel', *Trouw* 5 december 2020.

7 *Prime Minister's statement on EU negotiations: 24 December 2020*, gov.uk/government/speeches/prime-ministers-statement-on-eu-negotiations-24-december-2020.

8 Indirecte belastingen vallen buiten de reikwijdte van dit artikel. De gevolgen van de Brexit voor indirecte belastingen en sociale zekerheid worden elders in dit nummer van *MBB* besproken. Zie tevens: J. Hollebeek & P. Bakker, 'Btw- en douane-impact van de Brexit (4)', *BTW-bulletin* 2021/23 en E. Sparadis, D.B. Middelburg & A.C.E. Hoevers, 'De gelding van het Brexit-akkoord voor de btw', *WFR* 2021/37.

eenheden met een VK top- of tussenmaatschappij (paragraaf 3.1), dividenden (paragraaf 3.2), rente- en royaltybetalingen (paragraaf 3.3), ATAD1⁹ en ATAD2¹⁰ (paragraaf 3.4) en staatssteun (paragraaf 3.5). Wij beogen niet volledig te zijn in de implicaties van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst op de directe belastingen. Wij zullen bijvoorbeeld niet ingaan op de gevolgen van Brexit op de Bijstandsrichtlijn.¹¹ In onderdeel 4 sluiten wij af met een conclusie.

2. De Handel- en Samenwerkingsovereenkomst

2.1 'Global' Britain

Het VK heeft de EU verlaten om meer soevereiniteit en autonomie te verkrijgen.¹² In dit kader vormt het nu een separate markt met eigen reguleringen.¹³ In het verlengde van het verkrijgen van deze soevereiniteit en autonomie ligt het wegvallen van de voor- en nadelen van het EU-lidmaatschap. Zo gelden de Europese vrijheden in beginsel¹⁴ niet meer voor het VK.¹⁵ Verder kan het VK geen aanspraak meer maken op de bilaterale afspraken en samenwerkingen die de EU op verscheidende terreinen heeft afgesloten of onderhandeld met derde landen.¹⁶ Het VK moet deze zelf onderhandelen en kan, waar mogelijk, een 'rollover'-deal afsluiten als gevolg waarvan bestaande afspraken en regelingen (uit de periode dat het VK een EU-lidstaat was) worden voortgezet.¹⁷ Een ander punt is dat het Hof van Justitie (HvJ) geen rechtsmacht meer heeft over het (belas-

ting)recht in het VK.¹⁸ Dit laatste was een belangrijke, principiële kwestie gedurende de Brexit-onderhandelingen in het kader van soevereiniteit en autonomie.¹⁹ In de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst is afgesproken dat de bepalingen zouden worden toegepast per 1 januari 2021.²⁰ Dat betekent dat het HvJ vanaf die datum in beginsel ook geen rechtsmacht meer heeft over nieuwe kwesties. Op basis van de Terugtrekkingsovereenkomst²¹ blijft het HvJ echter voorlopig bevoegd om prejudiciële vragen van Britse rechters te beantwoorden, mits deze vragen voor 31 december 2020²² zijn ingediend bij het HvJ.²³ Wel kan de Europese Commissie nog tot 31 december 2024 infractieprocedures starten tegen het VK indien deze inbreuk zijn oorsprong vindt voor 31 december 2020.²⁴ Kortom, het VK moet zich opnieuw – en nu individueel – begeven en ontwikkelen op het wereldtoneel. De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst vormt hier een belangrijke stap in. Deze overeenkomst vormt namelijk de basis van de samenwerking tussen de EU en het VK op verschillende terreinen.²⁵ Met de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst willen de EU en het VK een ambitieuze, brede, diepgaande en flexibele samenwerking op verschillende gebieden bewerkstelligen.²⁶ In dit kader vindt de overeenkomst haar rechtsgrond in art. 217 VWEU.²⁷ De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst bevat afspraken voor kwesties van gemeenschappelijk belang. Deze komen voort uit de door

9 Richtlijn (EU) 2016/1164 van de Raad van 12 juli 2016 tot vaststelling van regels ter bestrijding van belastingontwijkingpraktijken die rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de interne markt.

10 Richtlijn (EU) 2017/952 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2016/1164 wat betreft hybridemismatches met derde landen.

11 Zie in dit kader bijvoorbeeld H. Vermeulen, 'Brexit: belastingen', *Bb.* 2021/37, paragraaf 3.3.

12 *Foreword from the Prime Minister bij International treaty, Summary Explainer*, gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements.

13 Zie onder meer: preambule Handels- en Samenwerkingsovereenkomst, punt 7.

14 Volledigheidshalve: vrij verkeer van kapitaal geldt in het algemeen voor derde landen. Zie art. 63 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Als gevolg hiervan mogen de EU-lidstaten ten aanzien van deze verdragsvrijheid in relatie tot het VK nog steeds geen beperkingen toepassen. Verder bevat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst enkele afspraken omtrent de vrijheden. Zie bijvoorbeeld de nationale behandeling van dienstverleners (art. 137 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst).

15 Art. 26 lid 2 VWEU.

16 Zie ec.europa.eu/info/index_nl voor inzicht in het scala aan werkerreinen en (de voortgang van) onderhandelingen en/of afspraken van de EU.

17 Voor een overzicht van de (voortdurende) onderhandelingen van het VK omtrent handelsafspraken zie: *UK trade agreements with non-EU countries*, gov.uk/guidance/uk-trade-agreements-with-non-eu-countries; en T. Edgington, 'Brexit: What trade deals has the UK done so far?', *BBC* 15 juni 2021.

18 (De rechtspraak van) het HvJ heeft slechts geringe werking met betrekking tot derde landen (zie voor de bevoegdheden van het HvJ: art. 19 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), art. 251-281 VWEU; en Protocol (nr. 3) betreffende het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, *PbEU* 2016, C 202). Bovendien bevat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst een bepaling die de invloed van het HvJ volledig uitsluit (art. 754 lid 5 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst). We bespreken dit uitgebreid in paragraaf 2.4.

19 Zie onder meer: *Foreword from the Prime Minister bij International treaty, Summary Explainer*, gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements en C. van de Wiel, 'De EU is groter en machtiger dan het VK – maar heeft zij ook 'gewonnen' in dit akkoord?', *NRC* 24 december 2020.

20 Art. 783 lid 2 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

21 Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, *PbEU* 2019, C 384 I/1.

22 Het einde van de overgangperiode conform art. 126 Terugtrekkingsovereenkomst.

23 Art. 86 Terugtrekkingsovereenkomst.

24 Art. 87 Terugtrekkingsovereenkomst.

25 Art. 1 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

26 Politieke verklaring waarin het kader wordt geschetst voor de toekomstige betrekkingen tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk, *PbEU* 2019, C 384 I/178, paragraaf 3.

27 Zie onder meer: aanhef van Besluit (EU) 2021/443 van de Raad van 18 februari 2021 betreffende het standpunt dat namens de Europese Unie moet worden in de Partnerschapsraad die is opgericht bij de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds, met betrekking tot de datum waarop de voorlopige toepassing op grond van de handels- en Samenwerkingsovereenkomst dient te worden beëindigd, *PbEU* 2021, L 85/198.

partijen gedeelde geschiedenis, geografische nabijheid en algemene Europese waarden,²⁸ zoals het waarborgen van individuele rechten en de fundamentele vrijheden.²⁹ Concreet bevat de overeenkomst afspraken omtrent de volgende terreinen: handel, vervoer, visserij, deelname van het VK aan programma's van de EU, financiële bepalingen, geschillenbeslechting, horizontale bepalingen en enige algemene en overige zaken.³⁰ Samenvattend bevat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst enerzijds afspraken voor samenwerking, anderzijds moet ze de autonomie en soevereiniteit van de partijen waarborgen.³¹

2.2 De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst nader bekeken

Na de meer algemene uiteenzetting gaan we in op bepalingen uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst die relevant kunnen zijn voor de directe belastingen in EU-VK-situaties. De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst bevat nauwelijks concrete bepalingen omtrent belastingen. In dat kader bekijken we de mogelijke implicaties van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor de directe belastingen in bredere zin. We lichten eerst de bepalingen uit die vergelijkbaar zijn met de fundamentele verdragsvrijheden. Daarna komt de meestbegunstigingsbehandeling aan bod. Volledigheidshalve: de artikelen uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst die wel specifiek zien op belastingen behandelen we in paragraaf 3 bij de casusoplossingen.

Zoals reeds is opgemerkt³² gelden de Europese verdragsvrijheden niet meer voor het VK, hoogstens geldt een ervan – het vrije kapitaalverkeer – nog in relatie tot het VK. Het geografische bereik van de meeste fundamentele vrijheden is immers beperkt tot EU-situaties, waardoor een grensoverschrijdende belemmering niet kan worden bestreden met een beroep op de vrijheden van goederen, diensten en vestiging. De Brexit heeft echter, vanuit het perspectief van de EU, geen invloed op het vrije verkeer van kapitaal. Deze vrijheid werkt immers al in relatie tot niet-EU-lidstaten (of derde landen), zoals het VK nu ook is,³³ behoudens toepassing van rechtvaardigingsgronden of de standstillbepaling.³⁴ Dat betekent dat belemmeringen in de wetgeving van EU-lidstaten die het VK raken, bijvoorbeeld ten aanzien van investeringen in het VK, met een beroep op het vrije kapitaalverkeer teniet kunnen worden gedaan, tenzij deze beperkingen al bestonden op 31 december 1993. Om

het VK er toe aan te zetten geen nieuwe belemmeringen te introduceren in het kader van het vrije kapitaalverkeer in relatie tot de EU is ook een met het vrije kapitaalverkeer vergelijkbare bepaling opgenomen in de overeenkomst.^{35, 36} Deze bepaalt dat zowel de EU als het VK met betrekking tot verrichtingen op de kapitaalrekening en de financiële rekening van de betalingsbalans het vrije verkeer van kapitaal toestaat met het oog op de liberalisering van investeringen. Wij nemen aan dat hiermee enige wederkerigheid van het vrije kapitaalverkeer moet worden gewaarborgd. Verder is het in het kader van de directe belastingen interessant om de bepaling omtrent de vrijheid van vestiging in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst uit te lichten. Art. 129 daarvan luidt als volgt:

'1. Elke Partij behandelt ondernemers van de andere Partij en onder deze overeenkomst vallende ondernemingen niet minder gunstig dan haar eigen ondernemers en hun ondernemingen in vergelijkbare situaties, wat exploitatie op haar grondgebied betreft;

2. Onder de door een Partij uit hoofde van lid 1 toegekende behandeling wordt verstaan:

a) met betrekking tot een regionaal of lokaal overheidsniveau van het Verenigd Koninkrijk, een behandeling die niet minder gunstig is dan de gunstigste behandeling die in soortgelijke situaties door dat overheidsniveau aan investeerders uit het Verenigd Koninkrijk en aan hun ondernemingen op zijn grondgebied wordt toegekend, alsmede

b) ten aanzien van een overheid van of in een lidstaat, een behandeling die niet minder gunstig is dan de gunstigste behandeling die die overheid in soortgelijke situaties toekent aan investeerders van die lidstaat en hun ondernemingen op zijn grondgebied.'

De vestigingsvrijheid in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst is duidelijk anders gedefinieerd dan zijn evenknie in art. 49 VWEU.³⁷ Het Unierechtelijke begrip verbiedt in het algemeen beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondge-

28 Preambule Handels- en Samenwerkingsovereenkomst, punt 2; en de politieke verklaring waarin het kader wordt geschetst voor de toekomstige betrekkingen tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk, *PbEU* 2019, C 384 I/178, paragraaf 3 & 77.

29 Questions & Answers: EU-UK Trade and Cooperation Agreement, ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2532, p. 36.

30 Deel 1-7 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

31 Art. 1 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst en politieke verklaring waarin het kader wordt geschetst voor de toekomstige betrekkingen tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk, *PbEU* 2019, C 384 I/178, paragraaf 4 en 5.

32 Zie paragraaf 2.1.

33 Art. 63 VWEU.

34 Art. 64 VWEU.

35 Art. 215 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

36 De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst lijkt daarbij geen standstillbepaling te bevatten, op grond waarvan beperkingen die reeds bestonden in de relatie tussen het VK en de EU op 1 januari 2021 vanuit het perspectief van het VK in stand mogen blijven. Of dit gevolgen heeft voor het VK hangt overigens af van de vraag of art. 215 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst rechtstreekse werking heeft, waar wij later op ingaan. Omdat de datum van de standstillbepaling in art. 64 VWEU niet is aangepast naar aanleiding van de Brexit, stimuleert het vrije kapitaalverkeer wel EU investeringen in het VK, maar in beperktere mate VK investeringen in de EU. Zie in dit licht: G. Beretta, P.J. de Jonge & E. Thomas, *EU-UK Trade and Cooperation Agreement (with several comments of the editorial board of H&I)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, paragraaf 2a.7.

37 Datzelfde geldt bovendien voor de bepaling inzake het vrije kapitaalverkeer van art. 215 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst die afwijkt van de bewoordingen van art. 63 VWEU.

bied van een andere lidstaat. Voor deze bijdrage is met name de brede werking van deze vrijheid voor vennootschappen³⁸ relevant.³⁹ Uit de jurisprudentie volgt dat de vrijheid van vestiging een ruime grensoverschrijdende mobiliteit voor vennootschappen bewerkstelligt. Denk bijvoorbeeld aan het gebruik van een buitenlandse vennootschap⁴⁰ of een grensoverschrijdende fusie^{41, 42}. De vraag is of de anders geformuleerde bepaling uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst wel op dezelfde wijze moet worden geïnterpreteerd als de vestigingsvrijheid uit het VWEU. Naar onze mening moet die vraag bevestigend worden beantwoord. Art. 129 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst is, net als de verdragsvrijheid, breed opgezet en qua doel en strekking gelijk aan art. 49 VWEU.⁴³ Dit sluit overigens ook aan bij het gegeven dat de fundamentele vrijheden een van de gedeelde waarden van de EU en het VK zijn, die als uitgangspunt voor de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst gelden.⁴⁴ Ten aanzien van de andere formulering van de vestigingsvrijheid kan uit de zaak-TBG⁴⁵ worden afgeleid dat een afwijkende bewoording van een artikel niet hoeft te betekenen dat de uitleg van dat artikel afwijkt van het vergelijkbare VWEU-begrip.⁴⁶ De zaak-TBG betreft het LGO-besluit⁴⁷ en de interpretatie van de – in het LGO-besluit tevens afwijkend geformuleerde – vrijheid van kapitaal. Volgens het HvJ kan het desbetreffende artikel uit het LGO-besluit in lijn met het Unierechtelijke begrip uitgelegd worden aangezien het doel en de strekking van de kapitaalbepalingen overeenkomen:

‘Door te verwijzen naar de betalingsbalans en door beperkingen aan betalingen in vrij convertibele munt op de lopende rekening van de betalingsbalans en tevens beper-

kingen aan het verkeer van kapitaal voor investeringen in vennootschappen en betreffende transacties op de kapitaalrekening van de betalingsbalans te verbieden, heeft artikel 47, lid 1, van het LGO-besluit een bijzonder ruime draagwijdte, die nauw aansluit bij de draagwijdte van artikel 56 EG in de verhoudingen tussen de lidstaten en derde landen(...)’⁴⁸

Wij interpreteren het arrest in de zaak-Wächtler⁴⁹ op vergelijkbare wijze. Deze zaak betreft de overeenkomst EU-Zwitserland inzake het vrije verkeer van personen (OVP)⁵⁰. Het HvJ stelt dat de in de overeenkomst opgenomen bepalingen inzake het vrije verkeer van personen, die net als in de zaak-TBG afwijkend geformuleerd is ten opzichte van de vergelijkbare VWEU-verkeersvrijheid, en het gelijkheidsbeginsel in lijn met het Unierecht moeten worden uitgelegd.⁵¹ Met andere woorden: ook het vrije personenverkeer uit de OVP moet worden uitgelegd zoals het HvJ de bepalingen inzake het vrije personenverkeer uit het VWEU interpreteert. In het arrest Wächtler lijkt dus eveneens een vorm van Unierechtelijke uitleg van begrippen uit bilaterale verdragen terug te komen.⁵² Een kanttekening hierbij is dat in de OVP is opgenomen dat EU-rechtspraak – en hiermee de Europese uitleg van een begrip – geldig blijft in de context van de overeenkomst⁵³. Dat betekent dat bij de uitleg van begrippen uit het OVP niet alleen rekening moet worden gehouden met jurisprudentie die voor het OVP tot stand is gekomen, maar tevens met latere rechtspraak, als daarin alleen maar een verduidelijking of een bevestiging wordt gegeven van de beginselen die zijn geformuleerd in de op de datum van ondertekening van de OVP bestaande rechtspraak over begrippen van het Unierecht.⁵⁴ Onzes inziens volgt de Unierechtelijke uitleg van de OVP derhalve ook al rechtstreeks uit de overeenkomst, en niet alleen uit de rechtspraak.

Wat ons betreft gaat de redenering volgend uit voornoemde jurisprudentie ook op voor de vrijheid van vestiging in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst respectievelijk het VWEU. Concreet betekent dit dat art. 129 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst onder meer bewerkstelligt dat investeerders uit het VK op dezelfde wijze behandeld moeten worden als inwoners van een lidstaat, wanneer zij in de desbetreffende lidstaat investeren. En andersom.

38 Art. 54 VWEU geeft invulling aan het begrip vennootschappen in het kader van de vrijheid van vestiging. Dit begrip is tevens breed ingestoken (zie: de tweede alinea van art. 54 VWEU).

39 De gevolgen van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor directe belastingen zien namelijk hoofdzakelijk op kwesties met vennootschappen. Zie paragraaf 3 van deze bijdrage.

40 Bijvoorbeeld: HvJ 9 maart 1999, zaak C-212/97 (*Centros*), ECLI:EU:C:1999:126.

41 Bijvoorbeeld: HvJ 13 december 2005, zaak C-411/03 (*SEVIC Systems*), ECLI:EU:C:2005:762.

42 Zie uitgebreider: M.J. Kroeze, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht.2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon, Deventer: Wolters Kluwer 2015, paragraaf 7.4, 372.

43 Verschillende auteurs delen deze opvatting, zie onder meer: *Applying CJEU Case Law in Tax Treaties with the UK: The Indirect Effect of the EU/UK Trade Agreement* (online, bijgewerkt 3 juni 2021); en Redactie, ‘Verzamelwet Brexit gewijzigd’, *V-N* 2021/9.4, p. 22.

44 Zie paragraaf 2.1.

45 HvJ 5 juni 2014, gevoegde zaken C-24/12 en C-27/12 (*TBG*), ECLI:EU:C:2014:1385.

46 Zie tevens E.W. Ros, ‘Hoe het EVA-hof in een fiscaal arrest een bijzondere symbiose tussen context, homogeniteit en effectiviteit tot stand bracht’, *WFR* 2019/251. De auteur gaat in op de context waarbinnen een aan het EU-recht gelijklopende bepaling van een associatieovereenkomst moet worden uitgelegd en concludeert dat bij een vergelijkbare context de uitleg van de bepaling uit de associatieovereenkomst gelijk is aan de uitleg onder de verkeersvrijheid in het VWEU (‘Polydor-beginsel’).

47 Besluit 2013/755/EU van de Raad van 25 november 2013 betreffende de associatie van de landen en gebieden overzee met de Europese Unie.

48 HvJ 5 juni 2014, gevoegde zaken C-24/12 en C-27/12 (*TBG*), ECLI:EU:C:2014:1385, r.o. 48.

49 HvJ 26 februari 2019, zaak C-581/17 (*Wächtler*), ECLI:EU:C:2019:138.

50 De Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen, *PbEU* 2002, L114/6.

51 HvJ 26 februari 2019, zaak C-581/17 (*Wächtler*), ECLI:EU:C:2019:138, r.o. 38-40 & 55.

52 Zie vergelijkbaar: H. Vermeulen, ‘Brexit: belastingen’, *Bb* 2021/37, paragraaf 3.5; en H. Vermeulen, ‘Uitvergroot: Brexit: directe werking exit?’, *V-N* 2021/14.0.

53 Art. 16 lid 2 OVP.

54 HvJ 26 februari 2019, zaak C-581/17 (*Wächtler*), ECLI:EU:C:2019:138, r.o. 38-39. Zie tevens E.W. Ros, ‘Het vrije verkeer van personen tussen Zwitserland en de EU: Zwitserse autonomie onder druk?’, *MBB* 2019/12-46, p. 505.

Ten slotte is noemenswaardig dat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst een meestbegunstigingsbepaling bevat.⁵⁵ Deze bepaling is – waarschijnlijk ingevolge de D-zaak⁵⁶ – buiten toepassing verklaard voor bepalingen uit belastingverdragen.⁵⁷ Het Nederlandse belastingrecht lijkt verder geen bepalingen te bevatten die onderscheid maken tussen verschillende grensoverschrijdende situaties.⁵⁸ Derhalve is deze meestbegunstigingsbepaling in het algemeen niet relevant voor belastingen.⁵⁹

2.3 Directe werking

Na de vraag over het bereik van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor de directe belastingen, moet de vraag beantwoord worden of een belastingplichtige zich ook rechtstreeks kan beroepen op een bepaling uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Eerst komt de directe werking van verdragen en overeenkomsten van de EU in het algemeen aan bod. Vervolgens gaan we uitgebreid in op de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in het bijzonder. In paragraaf 2.5 behandelen wij de indirecte werking van de overeenkomst, ook wel verdragsconforme interpretatie genoemd.

De EU onderhandelt voortdurend over handelsakkoorden met derde landen en organisaties.⁶⁰ Tot 2008 bevatten deze bilaterale overeenkomsten geen of nauwelijks bepalingen omtrent de doorwerking in nationaal recht.⁶¹ Hierdoor was het aan het HvJ om de doorwerking van desbetreffende verdragen en overeenkomsten in de interne rechtsorde van individuele lidstaten uit te leggen.⁶² Sinds 2008 wordt de directe werking echter voor (bijna) alle verdragen expliciet uitgesloten. Dit wordt bijvoorbeeld gedaan via een bepa-

ling in het verdrag of in het besluit van ondertekening.⁶³ De reden achter deze verschuiving, of beperking, omtrent de doorwerking van bepalingen in handelsverdragen en overeenkomsten naar nationaal recht is niet uitgekristalliseerd.⁶⁴ De ratio van het uitsluiten van de directe werking is daarentegen wel duidelijk. A-G Bot concludeert het volgende bij een geschil omtrent de handelsovereenkomst tussen Canada en de EU:⁶⁵

‘in de praktijk [bevatten] alle vrijhandelsovereenkomsten die de Unie recent heeft gesloten, een bepaling die de rechtstreekse werking van deze overeenkomsten met zoveel woorden uitsluit. De belangrijkste reden daarvan is dat in lijn met de doelstellingen van de gemeenschappelijke handelspolitiek daadwerkelijke wederkerigheid tussen de partijen moet worden gewaarborgd.’⁶⁶

Het waarborgen van wederkerigheid lijkt dus de reden achter het uitsluiten van directe werking in de relatie tussen het EU en het VK. Op zich hoeft de wederkerigheid van bepalingen uiteraard niet in het geding te komen door het afsluiten van een verdrag, maar als bepaalde rechtsgebieden van gemeenschappelijke rechterlijke controle worden uitgesloten kan dat anders zijn. In dergelijke gevallen kan het immers gebeuren dat – als een bepaling uit de overeenkomst rechtstreekse werking heeft – in het ene land wel een inbreuk op de bepaling wordt vastgesteld terwijl de rechter in het andere land een dergelijke inbreuk niet vaststelt. Hierdoor kan het evenwicht van het verdrag in het gedrang komen, met name als er geen gemeenschappelijke scheidsrechter is om het geschil wederkerig te beslechten om uniforme uitleg te garanderen. Mede door de bijzondere regels voor geschilbeslechting en de uitsluiting van de rechtsmacht van het Hof van Justitie (zie hieronder verder) begrijpen wij het gebrek aan wederkerigheid en – dus – het expliciet uitsluiten van de directe werking van de bepalingen.

55 Art. 130 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

56 HvJ 5 juli 2005, zaak C-376/03 (D), ECLI:EU:C:2005:424. Zie uitgebreid over de D-zaak: G.T.K. Meussen, ‘Exit meestbegunstiging’, *WFR* 2005/1027.

57 Art. 130 lid 3 onderdeel a Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

58 Hoewel ten aanzien van de 30%-regeling wellicht kan worden volgehouden dat, door toepassing van de 150-kilometergrens, de (voormalig) inwoner van het ene land gunstiger werd behandeld dan de (voormalig) inwoner van een ander land. Zie HvJ 24 februari 2015, zaak C-512/13 (Sopora), ECLI:EU:C:2015:108, punt 25.

59 Vergelijkbaar: H. Vermeulen, ‘Brexit: belastingen’, *Bb* 2021/37, paragraaf 3.4.

60 Handelsverdragen EU, europa-nu.nl/id/vjf5k35389v3/handelsverdragen_eu.

61 Zie uitgebreid over de ontwikkelingen omtrent (de uitsluiting van) directe werking: A. Semertzi, ‘The preclusion of direct effect in the recently concluded EU free trade agreements’, *Common Market Law Review* 51:2014, paragraaf 1.

62 HvJ 26 oktober 1982, zaak 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg & Cie), ECLI:EU:C:1982:362, r.o. 17; HvJ 23 november 1999, zaak C-149/96 (Portugal v Raad), ECLI:EU:C:1999:574, r.o. 34; en HvJ 21 december 2011, zaak C-366/10 (Air Transport Association of America), ECLI:EU:C:2011:864, r.o. 49.

63 Zie onder meer: art. 8, Besluit van de Raad van 16 september 2010 betreffende de ondertekening namens de Europese Unie en de voorlopige toepassing van de Vrijhandelsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en de Republiek Korea, anderzijds (2011/265/EU), *PbEU* 2011, L 127/1, preambule, punt 9 & art. 7, Besluit van de Raad van 31 mei 2012 betreffende de ondertekening, namens de Unie, en de voorlopige toepassing van de Handelsovereenkomst tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Colombia en Peru, anderzijds (2012/735/EU), *PbEU* 2012, L 354, paragraaf 9, preambule & art. 7, Besluit van de Raad van 25 juni 2012 betreffende de ondertekening namens de Europese Unie van de Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Unie en haar lidstaten, enerzijds, en Midden-Amerika, anderzijds, en de voorlopige toepassing van deel IV hiervan dat de handel betreft (2012/734/EU), *PbEU* 2012, L 346, art. 30.6, Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, *PbEU* 2017, L 11/23; en preambule, punt 5 & art. 23.5, Overeenkomst tussen de Europese Unie en Japan betreffende een economisch partnerschap, *PbEU* 2018, L 330/3.

64 Zie onder meer: A. Semertzi, ‘The preclusion of direct effect in the recently concluded EU free trade agreements’, *Common Market Law Review* 51:2014.

65 Brede Economische en Handelsovereenkomst tussen Canada, enerzijds, en de Europese Unie en haar lidstaten, anderzijds, *PbEU* 2017, L 11/23.

66 A-G Bot 30 april 2019, conclusie bij C 1/17 (Petronas Lubricants Italy), ECLI:EU:C:2019:341, r.o. 91.

gen uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in art. 5 van die overeenkomst:

‘Onverminderd artikel SSC.67 van het Protocol betreffende de coördinatie van de sociale zekerheid en, waar het de Unie betreft, met uitzondering van deel drie van deze overeenkomst, wordt niets in deze overeenkomst of eventuele aanvullende overeenkomsten aldus uitgelegd dat daarbij aan personen rechten worden toegekend of verplichtingen worden opgelegd, anders dan die welke tussen de Partijen uit hoofde van internationaal publiekrecht in het leven zijn geroepen, of aldus uitgelegd dat op deze overeenkomst of eventuele aanvullende overeenkomsten een rechtstreeks beroep kan worden gedaan binnen de interne rechtsorden van de Partijen.’

Wij merken op dat enige punten uitgezonderd zijn van de uitsluiting van de directe werking. Deze betreffen sociale zekerheid en de samenwerking inzake rechtshandhaving en justitie in strafzaken.⁶⁷ De uitzonderingen van de uitsluiting van directe werking zien dus niet op (directe) belastingen. In dat kader zou men op basis van de tekst van art. 5 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst kunnen concluderen dat een belastingplichtige geen directe rechten kan ontlenen aan de overeenkomst.⁶⁸ Naar onze mening is dit echter mogelijk toch te kort door de bocht. Derhalve moeten we art. 5 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst beschouwen in het licht van verschillende interpretatiemethoden. Hiermee verschaffen we een bredere context en daarmee meer duidelijkheid omtrent het uitsluiten van de rechtstreekse werking voor fiscale kwesties. Startpunt is een grammaticale benadering van art. 5 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Zoals reeds is opgemerkt, wordt op basis van de tekst ondubbelzinnig duidelijk dat een belastingplichtige zich in het kader van belastingen niet direct op de bepalingen uit de overeenkomst kan beroepen.⁶⁹ Met andere woorden: de belastingplichtige zou dan bijvoorbeeld niet kunnen stellen dat een nationale wettelijke bepaling in strijd is met de vestigingsvrijheid uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Verder vallen ons twee punten op ten aanzien van de ratio omtrent het uitsluiten van directe werking. Allereerst: in het licht van de ratio van het hoofdstuk van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst waarin art. 5 opgenomen is, is het uitsluiten van directe werking logisch. Het doel en de strekking van deel 1, titel II, Handels- en Samenwerkingsovereenkomst betreffen namelijk: de Britse overheid wil dat de nieuwe relatie van de EU en het VK gebaseerd is op internationaal recht – dus niet op EU-recht – en het uitslui-

ten van de directe werking draagt hier aan bij.⁷⁰ Immers, onder meer wegens het uitsluiten van de directe werking staat het HvJ buitenspel ten opzichte van het VK.⁷¹ Volledigheidshalve: omdat de uitsluiting van de rechtsmacht van het Hof van Justitie altijd de inzet is geweest van het VK sluit bovenstaande analyse tevens aan bij de rechtshistorische interpretatiemethode. Minder invloed van (de rechters van) de EU betekent immers meer autonomie en soevereiniteit⁷² voor het VK.

Het tweede punt betreft de ratio van het uitsluiten van directe werking. Zoals reeds is opgemerkt, is het doel van het uitsluiten van directe werking het waarborgen van wederkerigheid tussen partijen, zoals hier tussen de EU en het VK. Het HvJ heeft echter gesteld dat juist die wederkerigheid in geding kan komen bij het ontbreken van rechtstreekse werking:

‘Niettemin kan het ontbreken van wederkerigheid (...) een onevenwichtige toepassing van de WTO-regels in de hand werken.’⁷³

Deze uitlating heeft betrekking op een zaak inzake overeenkomsten van de World Trade Organization (WTO-overeenkomsten)⁷⁴, die zijn aangegaan op de grondslag van wederkerigheid en wederzijds voordeel. Ten tijde van deze uitspraak bevatten afspraken van de EU met derde landen veelal asymmetrie in de wederzijdse verplichtingen.⁷⁵ In de recent afgesloten overeenkomsten van de EU – waaronder de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst – is wederkerigheid daarentegen wel van belang.⁷⁶ Tevens lijkt de vormgeving van handelsverdragen van de EU steeds meer naar die van de WTO-overeenkomsten toe te bewegen. De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst is hier geen uitzondering op.⁷⁷ De uitspraak van het HvJ sluit daarom naar onze mening logisch aan bij de context van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Daarbij past het om rechtstreekse werking aan bepalingen toe te kennen

67 Art. 5 jo. deel drie & art. SSC.67, Protocol betreffende de coördinatie van de sociale zekerheid, Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

68 Zie in dit kader: *Kamerstukken II* 2020/21, 35393, nr. 32, p. 1.

69 Dat de bepalingen mogelijk wel een indirecte werking hebben behandelde wij in paragraaf 2.5.

70 Summary Explainer, [gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements](https://www.gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements), paragraaf 14.

71 In paragraaf 2.4 gaan wij hier uitgebreid op in.

72 Dit is immers het doel van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst, specifiek voor het VK (art. 1 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst; en *Foreword from the Prime Minister bij International treaty, Summary Explainer*, [gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements](https://www.gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements)). Zie uitgebreider: paragraaf 2.1.

73 HvJ 23 november 1999, zaak C-149/96 (*Portugal v Raad*), ECLI:EU:C:1999:574, r.o. 45.

74 De in bijlagen 1 tot en met 4 van de Overeenkomst tot oprichting van de WTO opgenomen akkoorden en memoranda, *PbEU* 1994, L336/3.

75 HvJ 23 november 1999, zaak C-149/96 (*Portugal v Raad*), ECLI:EU:C:1999:574.

76 Zie paragraaf 2.1, sinds 2008 wordt rechtstreekse werking namelijk steeds expliciet uitgesloten in het kader van wederkerigheid.

77 A. Semertzi, ‘The preclusion of direct effect in the recently concluded EU free trade agreements’, *Common Market Law Review* 51:2014 en N. Saccardo, *Tax Implications of Brexit*, Londen: Bloomsbury Professional 2021, paragraaf part 2: 1.41 & 1.48.

indien dit bijdraagt aan het waarborgen van de wederkerigheid. In dit kader bekijken we de bepaling omtrent vrijheid van vestiging uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst nader. Dit artikel kan namelijk van invloed zijn op directe belastingen en indien het wederkerigheid bewerkstelligt zou naar ons inzicht voor rechtstreekse werking van dit artikel gepleit kunnen worden.

Bij het nauwkeurig bekijken van de tekst⁷⁸ van de bepaling omtrent de vrijheid van vestiging in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst valt het volgende op. In lid 2 wordt duidelijk gemaakt dat – vanuit het perspectief van het VK – de minder gunstige behandeling zijn oorsprong moet vinden op *een regionaal of lokaal overheidsniveau*. Vanuit de EU-lidstaten geldt dat dat het geval is bij ‘*een overheid*’. Effectief wordt hiermee de ‘Partij’ gedefinieerd die de beperkende wetgeving of regeling moet hebben geïntroduceerd. Deze specificaties van het begrip Partij zijn in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst niet gedefinieerd. Andere bepalingen bevatten ook geen nadere specificatie omtrent het begrip ‘Partij’.⁷⁹ Dit kan betekenen dat lid 2 geen volledige wederkerigheid bewerkstelligt. Concreet resulteert deze grammaticale interpretatie van de vrijheid van vestiging namelijk in het volgende: Nederlandse investeerders hoeven door het VK ten aanzien van de nationale heffing van corporate income tax aldaar niet gelijk behandeld te worden met inwoners van het VK wanneer zij een investering doen in het VK, omdat een eventuele belemmering dan niet wordt veroorzaakt door een regionale of lokale overheid maar door de nationale overheid. In een omgekeerde situatie, waarin een VK-entiteit door Nederland voor de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting minder gunstig behandeld zou worden, wordt de inbreuk wel veroorzaakt door een kwalificerende overheid. Daarmee ontstaat derhalve een niet-wederkerige toepassing van de vestigingsvrijheid. Volledigheidshalve benadrukken we dat er – bijvoorbeeld in een toelichting of politiek statement – geen specificatie omtrent dit artikel is gegeven.⁸⁰ Met andere woorden: mogelijk wordt de grammaticaal beperktere aanduiding van het betrokken overheidsorgaan in het VK aldaar niet zo beperkt uitgelegd, maar dat blijft voorsnog in het midden. Verder betreft de titel van art. 129 van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst ‘*nationale* behandeling’, wat tevens een reden zou kunnen zijn om het overheidsniveau van art. 129 op VK-niveau niet zo beperkt uit te leggen dat het wettelijke bepalingen van de nationale overheid niet omvat. Voorgaande punten zijn derhalve aanwijzingen vóór wederkerigheid. Hoewel wij de argumenten zien lijken ze ons niet duidelijk genoeg om te

concluderen dat sprake is van voldoende wederkerigheid en – dus – van directe werking.

Verder kan gezien de context worden gesteld dat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst geen directe werking moet hebben. Ze bevat immers een bijzondere geschilbeslechtingsprocedure die uitgaat van onderling overleg (zie nader paragraaf 2.4). Daarmee voorziet de overeenkomst in haar eigen methode om geschillen op te lossen, waardoor een rechtstreeks beroep op de overeenkomst bij nationale rechters niet aan de orde zou moeten zijn. Het uitgangspunt is immers om in gezamenlijk overleg tussen de EU en het VK tot een oplossing voor het geschil te komen, niet om dat unilateraal over te laten aan een rechter van een van de betrokken partijen bij de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Hoewel het VWEU ook in een eigen geschilbeslechtingsprocedure voorziet, is de contextuele benadering daar wel anders, omdat de methode uit het VWEU uitgaat van supranationaliteit binnen een interne markt. Die mogelijkheid bestaat binnen de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst niet. Overigens merken wij wel op dat het contextuele argument veelal ondersteunend van aard zal zijn in de conclusie dat de overeenkomst directe werking ontbeert.

Naar onze mening is echter, vanuit een breed teleologisch perspectief, ook een andere methode denkbaar. De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst bevat namelijk verschillende verplichtingen voor de partijen, zoals het waarborgen van de vrijheid van vestiging,⁸¹ die door het verbod op rechtstreekse werking juist worden ondermijnd. Wat heeft een belastingplichtige immers aan een niet-afdwingbaar recht op vrijheid van vestiging? Wij erkennen uiteraard dat verdragen te goeder trouw uitgelegd moeten worden⁸² en dat EU-lidstaten gehouden zijn zich te houden aan het Europese loyaliteitsbeginsel.⁸³ In dat kader behoort een in een overeenkomst opgenomen bepaling – ook zonder directe werking – nageleefd te worden. Echter, dit gebeurt niet altijd (volledig).⁸⁴ Illustratief in dat kader is art. 13d lid 2 onderdeel a onder 2 Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969). Dit onderdeel bevat een territoriale voorwaarde voor het nemen van een liquidatieverlies boven het franchisebedrag. Concreet valt uit art. 13d lid 2 onderdeel a onder 2 Wet Vpb 1969 af te leiden dat de wetgever buitenlandse belastingplichtigen in het kader van de vrijheid van vestiging de mogelijkheid wil bieden tot het nemen van een hoger liquidatieverlies. Hieraan wordt echter wel de voorwaarde verbonden dat het een land betreft waarmee Nederland een associatieovereenkomst heeft afgesloten wat zowel rechtstreekse werking als een bepaling omtrent de vrijheid van vestiging bevat (mits die vergelijkbaar is met het Unierechtelijke begrip).⁸⁵ Belastingplichtigen uit landen

78 Zie paragraaf 2.2 voor de volledige tekst van art. 129 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

79 Bijvoorbeeld de meestbegunstigingsclausule (art. 130 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst) en de bepaling omtrent vrijheid van kapitaalverkeer (art. 215 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst).

80 Zie bijvoorbeeld: Summary Explainer, gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements, paragraaf 16.

81 Art. 129 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

82 Art. 31 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht en art. 3 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

83 Art. 4 lid 3 VEU.

84 Zie vergelijkbaar: N. Saccardo, *Tax Implications of Brexit*, Londen: Bloomsbury Professional 2021, paragraaf part 2: 1.42.

85 *Kamerstukken I* 2020/21, 35568, C, p. 3-4.

zoals Oekraïne,⁸⁶ waarmee de EU een associatieovereenkomst heeft afgesloten zonder rechtstreekse werking maar met een bepaling omtrent vrijheid van vestiging, voldoen dus niet aan de territoriale voorwaarde.⁸⁷

Samenvattend kan worden gesteld dat het uitsluiten van de directe werking van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst past bij de grammaticale interpretatie van art. 5, bij doel en strekking van (dat deel van) de overeenkomst en bij de historische achtergrond ervan. Vanuit een breed teleologisch perspectief is het uitsluiten echter mogelijk minder evident, maar de vraag is of dit voldoende is om tot rechtstreekse toepassing van de overeenkomst (of een individuele bepaling daarin) te komen.

2.4 Geschillenbeslechting

Zoals reeds is opgemerkt, voorziet de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in een eigen geschilbeslechtingsprocedure.⁸⁸ In deze paragraaf gaan wij in op (de vormgeving van) deze procedure. Vervolgens komt de uitwerking hiervan op belastinggeschillen tussen de EU en het VK aan bod. Wat ons betreft is het noodzakelijk dat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voorziet in een eigen geschilbeslechtingsprocedure. Dit vloeit voornamelijk voort uit de wens van het VK om onder de invloed van het HvJ uit te komen.⁸⁹ In dat kader sluit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst de beslisbevoegdheid over de overeenkomst van nationale rechters (voor de EU inclusief het HvJ)⁹⁰ expliciet uit:

‘Voor alle duidelijkheid: de rechtbanken van elke Partij zijn niet bevoegd voor de beslechting van geschillen tussen de Partijen uit hoofde van deze overeenkomst.’⁹¹

Hierdoor kunnen belastingplichtigen zich niet op de overeenkomst beroepen en dus staan rechters in die gevallen buitenspel. Om die reden moet worden voorzien in een alternatieve geschilbeslechtingsprocedure.

Startpunt van het arbitrageproces is het zoeken van een politieke⁹² oplossing door middel van onderling overleg tussen de EU en het VK.⁹³ Indien dat geen uitkomst biedt, kan de klagende partij verzoeken om instelling van een scheidsgerecht.⁹⁴ Het ingestelde scheidsgerecht – bestaande uit drie onafhankelijke arbiters⁹⁵ – beoordeelt of de verwerende partij inderdaad niet heeft voldaan aan de verplichtingen voortvloeiend uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.⁹⁶ In dat geval moet de verwerende partij maatregelen nemen om de desbetreffende verplichtingen alsnog na te leven. Indien nodig kan dit afgedwongen worden door verplichtingen van de klagende partij op te schorten. De opschorting geldt in eerste instantie voor het deel van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst waar het geschil over gaat (*retaliation*). Bij voortdurende niet-naleving kan ze tevens voor andere delen opgaan (*cross-retaliation*).⁹⁷

Zoals reeds is opgemerkt bevat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst (slechts) enkele artikelen omtrent belastingen. Hierin spreken de EU en het VK onder meer (opnieuw) hun steun uit voor het BEPS-project.^{98,99} Opvallend is dat de artikelen omtrent belastingen zijn uitgesloten van alle arbitragemogelijkheden.^{100,101} Dit betekent dat de afspraken omtrent belastingen uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst niet afdwingbaar zijn. Concreter: indien het VK bijvoorbeeld de – uit het BEPS-project volgende en in ATAD1 opgenomen – CFC-regels¹⁰² niet naleeft, kan de EU geen sancties ondernemen. Er is immers geen toegang tot de (afdwingmogelijkheden) volgend uit de

86 Preambule, punt 5 en art. 5, Besluit van de Raad van 17 maart 2014 inzake de ondertekening namens de Europese Unie en de voorlopige toepassing van de Associatieovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie en hun lidstaten, enerzijds, en Oekraïne, anderzijds, betreffende de preambule, art. 1 en de titels I, II en VII daarvan (2014/295/EU), *PbEU* 2014, L 161/1; en art. 88, lid 2, Associatieovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor atoomenergie en hun lidstaten, enerzijds, en Oekraïne, anderzijds, *PbEU* 2014, L 161/3.

87 Art. 2c lid 2 Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971.

88 Art. 734-762 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

89 Zie paragraaf 2.1.

90 De EU is als zelfstandige partij de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst aangegaan (dit volgt onder meer uit de volledige titel van de overeenkomst: Handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, enerzijds, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, anderzijds). Het HvJ – en dus niet de nationale rechters van lidstaten – wordt derhalve als rechter van de EU aangemerkt. Volledigheidshalve: het feit dat de EU als partij optreedt bij de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst leidt er overigens toe dat het HvJ kan berechten in de context van de overeenkomst; namelijk indien een lidstaat de overeenkomst niet naleeft. Logischerwijs heeft dit geen bindende implicaties voor het VK. Het HvJ staat ten opzichte van het VK dus wel volledig buitenspel. Zie uitgebreider: N. Saccardo, *Tax Implications of Brexit*, Londen: Bloomsbury Professional 2021, paragraaf part 2: 1.44 & 1.46.

91 Art. 754 lid 5 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

92 Summary Explainer, gov.uk/government/publications/agreements-reached-between-the-united-kingdom-of-great-britain-and-northern-ireland-and-the-european-union/summary-explainer#part-2--trade-transport-fisheries-and-other-arrangements, paragraaf 15, UK-EU future-relationship: the deal, governance, institute.forgovernment.org.uk/publication/future-relationship-trade-deal/governance; en J. Larik, ‘De handels- en Samenwerkingsovereenkomst tussen de EU en het VK, Veertienhonderd bladzijden aan schadebeperking’, *Nederlands juristenblad* 2021/5, p. 355.

93 Art. 7, 735 & 738 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

94 Art. 739 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

95 Art. 740 & 741 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

96 Art. 742-745 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

97 Art. 746-749 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

98 Art. 383-384 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

99 In onderdeel drie van deze bijdrage gaan we hier dieper op in.

100 Art. 735 lid 2 onderdeel e & art. 385 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

101 Volledigheidshalve merken we op dat sommige auteurs stellen dat de artikelen die uitgesloten zijn van de algemene geschilprocedure, wel onder het politieke arbitrageproces vallen. Dit zou volgen uit art. 735 lid 3 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst (zie bijvoorbeeld: Analysis 4 of the Brexit Deal: Dispute settlement and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement, eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/analysis-4-of-Brexit-deal-dispute.html). Naar onze mening moet nauwkeurige lezing van dit – weliswaar onzorgvuldig geformuleerde – lid er echter toe leiden dat het gaat om artikelen die juist wél onder de reguliere geschilbeslechting vallen. Daarmee is de mening van auteurs gebaseerd op een incorrecte veronderstelling.

102 Art. 384 lid 1 onderdeel b Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

geschillenbeslechting en zowel het HvJ als Britse rechters hebben geen rechtsmacht in het kader van de overeenkomst door het ontbreken van rechtstreekse werking. Wellicht brengt het VK onder politieke of maatschappelijke druk de regels alsnog in lijn met de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Een juridisch afdwingbare verplichting is dat echter niet. Naar onze mening ondermijnt dit de rechtskracht van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in de context van belastingen. De afwezigheid van een geschillenbeslechtingsprocedure voor belastingen is overigens ook vanuit contextueel oogpunt onzuiver. Wij merken namelijk eerder op dat het uitsluiten van directe werking tot op zekere hoogte hand in hand gaat met het opnemen van een geschillenbeslechtingsmechanisme.¹⁰³ Nu een dergelijke geschillenbeslechtingsprocedure ontbreekt voor fiscale kwesties kan men zich afvragen of de uitsluiting van directe werking van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voor belastingen nog wel volledig stand kan houden of dat, bijvoorbeeld, een nationale rechter alsnog over dergelijke kwesties moet kunnen oordelen. Vermoedelijk is dat laatste niet het geval, althans niet in het kader van de directe belastingen. Wij achten het niet voldoende om op grond van de uitsluiting van geschillenbeslechting ten aanzien van fiscale kwesties toch volledig directe werking toe te kennen aan de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Volledigheidshalve merken we op dat enkele onderdelen van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst een eigen of gedeeltelijk afwijkend arbitrageproces kennen.¹⁰⁴ Verder is een aantal onderdelen – waaronder dus de artikelen inzake belastingen – uitgesloten van de geschillenbeslechtingsprocedure.¹⁰⁵

2.5 Verdragsconforme interpretatie

Het lijkt er derhalve op dat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in beginsel geen directe werking heeft. Ook indien dat het geval is, zijn er nog interpretatieve mogelijkheden om bepalingen, zoals de vestigingsvrijheid, uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst toch effectief te laten zijn. Dat kan door het beginsel van de verdragsconforme interpretatie, ook wel indirecte rechtstreekse werking genoemd. In deze paragraaf gaan wij daar nader op in. Verdragsconforme interpretatie houdt in dat rechterlijke instanties het nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met een bepaald verdrag of overeenkomst moeten uitleggen.¹⁰⁶ In een dergelijk geval wordt de nationale wettelijke bepaling dan niet als inbreuk op het

EU-recht bestempeld op grond waarvan het niet meer als zodanig mag worden toegepast, maar de betreffende wettelijke bepaling wordt zodanig uitgelegd dat zij van kracht kan blijven én binnen de kaders van het EU-recht blijft. Concreet betekent dit dat een belanghebbende – via de uitleg van de rechter – een (afdwingbaar) recht kan hebben op een bepaling uit een verdrag of overeenkomst, ook wanneer directe werking is uitgesloten. Voor de volledigheid merken we op dat verdragsconforme interpretatie wel is begrensd: de methode is niet toegestaan indien de uitkomst onvereenigbaar is met het Unierecht.¹⁰⁷

Verdragsconforme interpretatie kennen we met name in het kader van de WTO-overeenkomsten. WTO-overeenkomsten bezitten geen rechtstreekse werking.¹⁰⁸ Wegens de indirecte werking hebben belanghebbenden in sommige gevallen toch profijt van het WTO-recht. Het HvJ oordeelde als volgt over de WTO-overeenkomst inzake de handelsaspecten van intellectueel eigendom (TRIPs¹⁰⁹):

‘Weliswaar zijn de in laatstgenoemde bepaling bedoelde maatregelen, alsook de daarmee verbonden procedureregels, die welke in de nationale wet van de betrokken lidstaat zijn voorzien voor het nationale merk, maar aangezien de Gemeenschap partij is bij het TRIPs en deze overeenkomst het gemeenschapsmerk betreft, moeten de in artikel 99 van verordening nr. 40/94 bedoelde rechterlijke instanties, wanneer zij nationale regels toepassen bij het treffen van voorlopige maatregelen ter bescherming van de aan een gemeenschapsmerk ontleende rechten, dit zoveel mogelijk doen in het licht van de bewoordingen en het doel van artikel 50 van het TRIPs (...).¹¹⁰

In het arrest in kwestie paste het HvJ verdragsconforme interpretatie toe op een terrein waarop de EU regelgevend is geweest, in casu door een verordening met betrekking tot het gemeenschapsmerk. Deze rechtspraak is later door het HvJ verschillende keren bevestigd.¹¹¹ Dit leidt tot de conclusie dat in ieder geval in kwesties waarbij de EU regelgevend is geweest, het nationale recht in lijn met het WTO-recht moet worden uitgelegd. In de context van de directe

107 Zie onder meer: HvJ 16 december 1993, zaak C-334/92 (*Wagner Miret*), ECLI:EU:C:1993:945, r.o. 22; en HvJ 22 december 2010, zaak C-277/09 (*RBS Deutschland Holding*), ECLI:EU:C:2010:810, r.o. 44.

108 HvJ 23 december 1993, zaak C-149/96 (*Portugal v Raad*), ECLI:EU:C:1999:574, r.o. 36-47.

109 Het in bijlage 1 C van de Overeenkomst tot oprichting van de WTO opgenomen akkoord, *PbEU* 1994, L 336/3.

110 HvJ 16 juni 1998, zaak C-53/96 (*Hermès International*), ECLI:EU:C:1998:292, r.o. 28. Cursivering door auteurs.

111 HvJ 10 september 1996, zaak C-61/94 (*Commissie v Duitsland*), ECLI:EU:C:1996:313, r.o. 52; HvJ 14 december 2000, zaak C-300/98 (*Dior*), ECLI:EU:C:2000:688, r.o. 47; en HvJ 6 juli 2010, zaak C-428/08 (*Monsanto Technology*), ECLI:EU:C:2010:402, r.o. 72. Verder is verdragsconforme interpretatie – impliciet – terug te zien in: HvJ 27 september 2007, zaak C-351/04 (*IKEA Wholesale*), ECLI:EU:C:2007:547, r.o. 29-30; en HvJ 14 april 2011, zaak C-288/09 (*British Sky Broadcasting en Pace*), ECLI:EU:C:2011:248, r.o. 83. Zie uitgebreider over de impliciete verdragsconforme interpretatie: N. van den Broek, ‘Doorwerking van het WTO-recht in de Europese rechtsorde: het toenemende belang van de verdragsconforme interpretatie’, *NtEr* 2015/3.

103 Zie paragraaf 2.3; en de eerste alinea van deze paragraaf.

104 Zie bijvoorbeeld art. 411 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

105 Art. 735 lid 1 & 2 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

106 Zie over verschillende gradaties van (in)directe werking: D. van Eeckhoutte & A. Vandaele, ‘Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde’, *Instituut voor Internationaal Recht, Working Paper* Nr. 33 – 2002, paragraaf 22.

belastingen vallen richtlijnen onder het regelend recht van de EU.¹¹²

Dit roept uiteraard twee vragen op: (i) Kan verdragsconforme interpretatie worden toegepast op andere overeenkomsten dan de WTO-overeenkomst (zoals de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst), en (ii) kan het worden gebruikt op gebieden waar de EU nog niet regelgevend heeft opgetreden?

Ten aanzien van de eerste vraag bevat een conclusie van A-G Jääskinen een aanwijzing voor een dergelijke ruimere toepassing. De zaak betreft een geschil over het Verdrag van Aarhus¹¹³ en valt dus buiten de context van WTO-overeenkomsten.¹¹⁴ Desalniettemin benadrukt de A-G het belang van verdragsconforme interpretatie door ook in het geschil rondom het Verdrag van Aarhus een vergelijking te maken met de verdragsconforme interpretatie zoals eerder geaccepteerd rondom de WTO-overeenkomst:

‘Dit alles trekt echter niet de fundamentele regel in twijfel dat de GATT en de WTO-overeenkomsten deel uitmaken van het gemeenschapsrecht en dus in beginsel de Gemeenschap binden. Zo zijn volgens het Hof de normen van de WTO (...), als integrerend deel van de communautaire rechtsorde, referentienormen bij de uitlegging van de handelingen van het Unierecht.’¹¹⁵

Wat ons betreft, is dit een voorzichtige aanwijzing dat verdragsconforme interpretatie verder strekt dan het WTO-recht.¹¹⁶ Helaas gaat het HvJ hier niet op in.¹¹⁷ Het is dus (nog) niet met zekerheid te zeggen of verdragsconforme interpretatie ook zal gelden voor de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Wat ons betreft, moet dit overigens wel het geval zijn. Wij zien namelijk geen reden waarom verdragsconforme interpretatie beperkt zou moeten worden tot het WTO-recht. Een en ander zou betekenen dat een nationale rechter bij het toepassen van nationale regels ook rekening moet houden met de tekst en achtergrond van bepalingen uit de Handels- en Samenwerkings-

overeenkomst, zoals de vestigingsvrijheid, ondanks het feit dat een belastingplichtige zich er niet rechtstreeks op kan beroepen. De relevantie van doel en strekking van de vestigingsbepaling moet daarmee niet worden verward met doel en strekking van het verbod op directe werking. Ten aanzien van de verdragsconforme interpretatie dient dan overigens nog wel een extra stap gezet te worden, namelijk ten aanzien van de tweede opgeworpen vraag. Tot heden is de toepassing van de verdragsconforme interpretatie beperkt gebleven tot terreinen waar een Unierechtelijke (positieve) harmonisatie aan ten grondslag lag; met andere woorden: gebieden waar, bijvoorbeeld, een richtlijn voor is uitgevaardigd die de wetgeving van de lidstaten volledig of gedeeltelijk harmoniseert. Dat zal niet bij de toepassing van alle nationale fiscale bepalingen het geval zijn, omdat op het gebied van de directe belastingen nog niet veel positieve harmonisatie heeft plaatsgevonden. Toch zien wij wel openingen om tot een ruimere interpretatie te komen, met name (maar mogelijk niet uitsluitend) ten aanzien van situaties waar sprake was van negatieve harmonisatie; met andere woorden: op gebieden waar het HvJ eerder al een inbreuk op het EU-recht heeft vastgesteld. Mogelijk kan ten aanzien van nationale fiscale bepalingen die als gevolg van jurisprudentie van het HvJ een wijziging hebben moeten ondergaan (en daarmee negatief zijn geharmoniseerd) ook verdragsconforme interpretatie worden toegepast. Wij voorzien echter wel dat er enige juridische geschilpunten ten aanzien van dit standpunt ontstaan.

In het verlengde hiervan wijzen wij op een conclusie van A-G Keus in een civielrechtelijke procedure¹¹⁸. Het betreft een geschil omtrent het WTO-recht. Het valt ons op dat de redenering van de A-G omtrent verdragsconforme interpretatie niet beperkt is tot het regelend recht van de EU, wat onze conclusie in voorgaande alinea bevestigt:

‘Verdragsconforme interpretatie van nationaal recht is de Nederlandse rechter (ook op andere dan door het gemeenschapsrecht bestreken gebieden) niet vreemd. De rechtspraak biedt zelfs aanwijzingen hoe de rechter in het algemeen bij verdragsconforme interpretatie te werk moet gaan. In een arrest van 16 november 1990⁽¹¹⁹⁾ besliste de Hoge Raad dat de rechter het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet, en dat, als niet in de voor de uitvoering van deze verplichtingen noodzakelijke wetgeving is voorzien, de rechter deze leemte in de wet dient op te vullen op een wijze die past in het stelsel van de wet en aansluit bij wel geregelde gevallen.’¹²⁰

Zoals het HvJ niet nader inging op de conclusie van A-G Jääskinen ten aanzien van verdragsconforme interpretatie, behandelde de HR bovenstaande ook niet in zijn arrest.¹²¹

112 Denk hierbij met name aan Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2011, L 345/8; en Richtlijn 2003/49/EG van de Raad van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, *PbEU* 2003, L 157/49.

113 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, *PbEU* 2005, L 124/4.

114 A-G Jääskinen 8 mei 2014, conclusie bij gevoegde zaken C-401-403/12 (*Raad v Vereniging Milieudéfensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*), ECLI:EU:C:2014:310.

115 A-G Jääskinen 8 mei 2014, conclusie bij gevoegde zaken zaak C-401-403/12 (*Raad v Vereniging Milieudéfensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*), ECLI:EU:C:2014:310, r.o. 44.

116 Vergelijkbaar: N. van den Broek, ‘Doorwerking van het WTO-recht in de Europese rechtsorde: het toenemende belang van de verdragsconforme interpretatie’, *NtEr* 2015/3, p. 97.

117 HvJ 13 januari 2015, gevoegde zaken C-401/12 t/m C-403/12 (*Raad v Vereniging Milieudéfensie en Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*), ECLI:EU:C:2015:4.

118 Conclusie van 19 april 2002, nr. C97/291 16812, ECLI:NL:PHR:2002:AD8168.

119 HR 16 november 1992, 13.997, ECLI:NL:HR:1990:ZC0044, r.o. 3.2.3.

120 Conclusie van 19 april 2002, nr. C97/291 16812, ECLI:NL:PHR:2002:AD8168, r.o. 2.14.

121 HR 19 november 2002, nr. C97/291 16812, ECLI:NL:HR:2002:AD8168.

Desalniettemin lijkt deze conclusie een aanknopingspunt te bieden om te stellen dat verdragsconforme interpretatie een rol kan spelen bij geharmoniseerd recht en niet-geharmoniseerd recht op basis van Unierechtelijke beginselen (waaronder het non-discriminatiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, en daardoor mogelijk ook van de van die beginselen afgeleide verkeersvrijheden).

2.6 Tussenconclusie

In het eerste deel van deze bijdrage hebben we met name ingezoomd op de vraag naar de mogelijke directe werking van de bepalingen in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. De argumenten om te concluderen dat deze niet bestaat zijn talrijk. Zowel tekst, doelstelling, context als historie wijst voornamelijk in de richting van het niet-bestaan van directe werking. Bij deze conclusie zijn echter wel twee kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste is het uitsluiten van directe werking vanuit een breed, teleologisch perspectief niet evident. Ten tweede resulteert het uitsluiten van directe werking in het ontbreken van een rechtsgang voor belastinggeschillen tussen het VK en de EU. Dat kan uiteraard beoogd zijn, maar daardoor kan men zich tevens afvragen wat het nut is van het opnemen van een bepaling die vergelijkbaar is met de verkeersvrijheden. Wat ons betreft, moeten echter nog veel stappen worden genomen om alsnog tot directe werking van de overeenkomst te concluderen.

Daarentegen zien wij wel een andere mogelijkheid om de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst effectief te laten uitwerken in de context van belastingen, te weten door toepassing van indirecte rechtstreekse werking. Verdragsconforme interpretatie moet kunnen gelden in de context van de overeenkomst, wat betekent dat nationale wettelijke bepalingen in overeenstemming met de tekst en doelstelling van de bepalingen van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst uitgelegd moeten worden. Belastingplichtigen kunnen zich dus mogelijk, zij het indirect, toch op de beginselen van de overeenkomst beroepen.

3. Brexit en directe belastingen

3.1 Papillon fiscale eenheden

Na onze uiteenzetting over de (directe of indirecte) werking van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst op fiscale aangelegenheden zullen wij beoordelen wat de consequenties van Brexit zijn voor de Nederlandse fiscale wetgeving, met name in het licht van de vennootschapsbelasting. We beginnen met de fiscale eenheid. Als gevolg van het arrest in de zaak-SCA e.a.¹²² is het Nederlandse fiscale eenheidsregime aangepast. Het is sindsdien mogelijk om een fiscale eenheid aan te gaan tussen twee of meerdere in Nederland gevestigde vennootschappen met een (of meerdere) buitenlandse top- of tussenmaatschappij(en) (*Papillon fiscale eenheid*).¹²³ Om te kwalificeren als top- of tussen-

maatschappij moet de betreffende vennootschap allereerst zijn opgericht naar het recht van Nederland, de BES-eilanden, Aruba, Curaçao en Sint Maarten, een EU-lidstaat of een staat in de relatie waarmee een met Nederland gesloten verdrag ter voorkoming van dubbele belasting van toepassing is waarin een bepaling is opgenomen die discriminatie naar nationaliteit verbiedt voor lichamen die overigens in dezelfde omstandigheden verkeren als naar Nederlands recht opgerichte lichamen.¹²⁴ Omdat het VK een dergelijke verdragsstaat is,¹²⁵ kan een naar het recht van het VK opgerichte vennootschap nog steeds voldoen aan dit eerste criterium. Daarnaast moet een top- of tussenmaatschappij zijn gevestigd in een lidstaat van de EU of Europese Economische Ruimte (EER).¹²⁶ Een vestigingsplaats in een verdragsstaat is dus niet voldoende. Omdat het VK niet langer als EU-lidstaat wordt aangemerkt, kan derhalve geen fiscale eenheid meer worden gevormd met een top- of tussenmaatschappij in het VK. Verder zijn bestaande fiscale eenheden met een top- of tussenmaatschappij in het VK per 1 januari 2021 verbroken.

Men kan zich afvragen of dit terecht is. Wij kwamen eerder tot de conclusie dat de vestigingsvrijheid uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst geen rechtstreekse werking heeft.¹²⁷ Het gevolg daarvan is dat een belastingplichtige zich niet tot de rechter kan wenden door te stellen dat de weigering van een fiscale eenheid met een in het VK gevestigde top- of tussenmaatschappij in strijd is met die vestigingsvrijheid.¹²⁸ Wel kan de rechter de Nederlandse wetgeving verdragsconform interpreteren.¹²⁹ De wetgever heeft er voor gekozen om de fiscale eenheid met een top- of tussenmaatschappij te beperken tot EU-/EER-situaties omdat dat zou volgen uit de rechtspraak van het HvJ.¹³⁰ In essentie klopt dat omdat het arrest-SCA, waarin Nederland werd verplicht tot het uitbreiden van het fiscale eenheidsregime tot Papillon-situaties, was gebaseerd op de vrijheid van vestiging. Deze verdragsvrijheid heeft alleen effect in relatie tot andere EU-lidstaten.¹³¹ Als gevolg daarvan hoefden Papillon-situaties met vennootschappen in niet-EU-lidstaten niet te worden toegestaan. Bij de totstandkoming van de bepalingen over de top- en tussenmaatschappij waren er ook geen andere alternatieven dan de vrijheid van vestiging in het VWEU en de EER-overeenkomst. Daar is echter wegens de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst een variant bijgekomen, te weten die in relatie tot het VK (dat ten tijde van de totstandkoming van de wetgeving nog als EU-lidstaat kwalificeerde). Verdragsconforme interpretatie zou er dan toe kunnen leiden dat de Nederlandse wetgeving – door de vestigingsvrijheid in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst – zodanig moet worden uitgelegd dat een fiscale eenheid met een in het VK gevestigde top- of

124 Art. 15 lid 5 aanhef & lid 6 Wet Vpb 1969.

125 Zie art. 24 lid 1 van het belastingverdrag tussen Nederland en het VK.

126 Art. 15 lid 5 onderdeel a & lid 6 Wet Vpb 1969.

127 Zie paragraaf 2.3 & 2.6.

128 Zie in dit kader paragraaf 2.4.

129 Paragraaf 2.5.

130 *Kamerstukken II* 2015/16, 34323, nr. 6, p. 17-18.

131 Art. 49 VWEU.

122 HvJ 12 juni 2014, gevoegde zaken C-39-41/13 (*SCA e.a.*),

ECLI:EU:C:2014:1758.

123 Art. 15 lid 2 & 3 onderdeel b Wet Vpb 1969.

tussenmaatschappij in feite ook zou moeten worden toegestaan, omdat het aan doel en strekking van het vestigingsplaatscriterium in de Nederlandse wetgeving voldoet, ook al ontbreekt directe werking van de vestigingsvrijheid in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

Daarnaast heeft de wetgever er bewust voor gekozen om de vestigingsplaatsvoorwaarde voor top- en tussenmaatschappijen, in tegenstelling tot de oprichtingsvoorwaarde, niet uit te breiden tot verdragsstaten en onderbouwde dit als volgt:

‘Ook verplicht een OESO-conform non-discriminatieartikel in een belastingverdrag daar in de visie van het kabinet niet toe. Naar doel en strekking heeft een dergelijk artikel geen betrekking op consolidatieregels en soortgelijke regelingen, waaronder het Nederlandse fiscale-eenheidsregime. Het kabinet wijst in dit verband op het Commentaar op artikel 24 van het OESO-modelverdrag (non-discrimination) en op de conclusie van A-G Wattel van 16 januari 2014.’¹³²

Later wees de Hoge Raad arrest in de Israël-casus. Hierin wenste belastingplichtige een Papillon-fiscale eenheid aan te gaan tussen in Nederland gevestigde vennootschappen met in Israël gevestigde top- en tussenmaatschappijen, maar wel ‘avant la lettre’. De Nederlandse wetgeving kende destijds immers nog niet de fiscale eenheidsvariant met top- of tussenmaatschappij, waardoor de belastingplichtige het standpunt verdedigde dat de weigering van deze Papillon-achtige fiscale eenheid in strijd was met de non-discriminatiebepaling uit het belastingverdrag tussen Nederland en Israël.¹³³ De Hoge Raad was het echter niet eens met belastingplichtige:

‘Het Hof heeft terecht geoordeeld dat bij de toepassing van artikel 27, lid 4, van het Verdrag, ter beantwoording van de vraag of de Nederlandse belanghebbenden worden gediscrimineerd op grond van de vestigingsplaats van de aandeelhouders in Israël, een vergelijking dient te worden gemaakt tussen enerzijds de behandeling van de Nederlandse belanghebbenden – in Nederland gevestigde vennootschappen waarvan de gezamenlijke aandeelhouders in Israël zijn gevestigd – en anderzijds de behandeling van de dochtermaatschappijen in de hypothetische situatie. Het Hof heeft evenwel vervolgens ten onrechte de behandeling van de Nederlandse belanghebbenden, die tezamen – zonder hun in Israël gevestigde gezamenlijke aandeelhouders – een fiscale eenheid wensen te vormen, vergeleken met de behandeling van in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen die met hun wel in Nederland gevestigde gezamenlijke aandeelhouder een fiscale eenheid kunnen vormen. In de regeling van de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting zoals deze in artikel 15 van de Wet is vormgegeven, is essentieel dat de moedermaatschappij als belastingplichtige deel uitmaakt van de fiscale eenheid. De regeling gaat immers ervan uit dat de werkzaamheden en

het vermogen van elke dochtermaatschappij behorend tot de fiscale eenheid deel uitmaakt van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij, en dat na het ingaan van de fiscale eenheid de vennootschapsbelasting uitsluitend wordt geheven bij de moedermaatschappij. In het onderhavige geval dient daarom voor de toepassing van artikel 27, lid 4, van het Verdrag een vergelijking te worden gemaakt tussen enerzijds de behandeling van de Nederlandse belanghebbenden die gezamenlijk, zonder hun in Israël gevestigde gezamenlijke aandeelhouders, een fiscale eenheid willen vormen, en anderzijds de behandeling van in Nederland gevestigde vennootschappen die gezamenlijk, eveneens zonder hun in Nederland gevestigde gezamenlijke aandeelhouder, een fiscale eenheid willen vormen. In laatstgenoemde vergelijkbare situatie biedt artikel 15 van de Wet de in Nederland gevestigde vennootschappen niet de mogelijkheid een fiscale eenheid aan te gaan. De omstandigheid dat de Inspecteur de Nederlandse belanghebbenden evenmin heeft toegestaan om tezamen, zonder hun in Israël gevestigde gezamenlijke aandeelhouders, een fiscale eenheid te vormen, kan daarom niet worden aangemerkt als een door artikel 27, lid 4, van het Verdrag verboden discriminatie.’¹³⁴

De Hoge Raad concludeerde, kort gezegd, dat een Papillon-fiscale eenheid met een Israëlische top- en tussenmaatschappij geweigerd mocht worden. Er was immers ook geen fiscale eenheid mogelijk tussen de Nederlandse vennootschappen in de hypothetische situatie dat de Israëlische top- en tussenmaatschappij wel in Nederland gevestigd waren geweest. In dat geval zouden die entiteiten namelijk ook meegevoegd moeten worden in de fiscale eenheid en kon geen fiscale eenheid tot stand komen zonder voeging van een eventuele Nederlandse top- en/of tussenmaatschappij. De Hoge Raad vond dit blijkbaar in een belastingverdragsituatie wel relevant, terwijl de rechter dit in EU-verhoudingen geen onderscheidend criterium vond. In de rechtbankuitspraak (die uiteindelijk tot het arrest-MSA¹³⁵) leidde, oordeelde de rechtbank immers:

‘Verweerder heeft in dit verband naar voren gebracht dat het ook niet mogelijk is een fiscale eenheid te vormen tussen een feitelijk in Nederland gevestigde moedervenootschap en een feitelijk in Nederland gevestigde kleindochtervenootschap, indien de tussenhoudster weliswaar in Nederland is gevestigd, maar deze tussenhoudster niet is gevoegd in de fiscale eenheid. De rechtbank gaat voorbij aan dit verweer nu de keuze om de tussenhoudster in die situatie niet in de fiscale eenheid te voegen een keuze is van de moedervenootschap, terwijl de belastingplichtige in gevallen als de onderhavige, waarbij sprake is van een in een andere lidstaat gevestigde tussenhoudster, een vergelijkbare keuze niet toekomt. Het criterium dat de tussenhoudster deel moet uitmaken van de fiscale eenheid werkt aldus in

¹³² Kamerstukken II 2015/16, 34323, nr. 6, p. 17-18.

¹³³ HR 15 december 2017, 16/02919, ECLI:NL:HR:2017:3128.

¹³⁴ HR 15 december 2017, 16/02919, ECLI:NL:HR:2017:3128, r.o. 2.5.3.

¹³⁵ HvJ 12 juni 2014, gevoegde zaken C-39-41/13 (SCA e.a.), ECLI:EU:C:2014:1758.

feite ten nadele van grensoverschrijdende situaties als hier aan de orde omdat elke keuzemogelijkheid ontbreekt.¹³⁶

Ten aanzien van de post-Brexit-situatie waarbij een fiscale eenheid met een VK top- of tussenmaatschappij gewenst is zou een vergelijkbare redenering kunnen worden gevolgd. Omdat het bereik van de non-discriminatiebepaling in een belastingverdrag mogelijk beperkter is dan het bereik van het belemmeringenverbod van de EU-verkeersvrijheden lijkt vooral te moeten worden gekeken naar de Israël-casus. Daarbij moet dan wel worden aangetekend dat het uitgangspunt bij een VK top- of tussenmaatschappij inmiddels wel anders is, omdat op dit moment wel de juridische mogelijkheid wordt geboden om een fiscale eenheid aan te gaan zonder voeging van de top- of tussenmaatschappij.¹³⁷ Dat is anders dan in de Israël-casus, toen er nog van werd uitgegaan dat het 'essentieel [is] dat de moedermaatschappij als belastingplichtige deel uitmaakt van de fiscale eenheid'¹³⁸. Nu dat niet langer het geval is, kan worden betoogd dat een VK top- of tussenmaatschappij niet wezenlijk anders is dan een EU-/EER top- of tussenmaatschappij. Hierbij komt dat het belastingverdrag met het VK voorziet in de mogelijkheid van informatie-uitwisseling,¹³⁹ waardoor kan worden gecontroleerd hoe de fiscale behandeling van de VK-entiteit is en Nederland fiscaal geen inkomsten hoeft te verliezen.

3.2 Dividenden

De Moeder-dochterrichtlijn¹⁴⁰ geldt niet meer in relatie tot het VK.¹⁴¹ Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn is Nederland verplicht om in kwalificerende verhoudingen een vrijstelling van bronbelasting op dividenden toe te passen.¹⁴² Dat betekent, onder andere, dat de moedermaatschappij in een EU-lidstaat gevestigd moest zijn.¹⁴³ Nederland heeft de inhoudingsvrijstelling echter ruimer geïmplementeerd, door deze ook toe te passen op dividenduitkeringen aan moedermaatschappijen in verdragslanden met een dividendartikel.¹⁴⁴ Omdat het VK aan dit criterium voldoet,¹⁴⁵ heeft Brexit niet direct een gevolg voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling.

Hierbij verdient overigens wel opmerking dat de inhoudingsvrijstelling alleen nog wordt toegepast op uitkeringen aan vennootschappen die gevestigd zijn in gebieden die binnen het territoriale bereik van het belastingverdrag met het VK vallen. Uit het belastingverdrag blijkt dat onder 'Verenigd Koninkrijk' wordt verstaan:

136 Rb. Haarlem 14 september 2011, 10/3865, ECLI:NL:RBHAA:2011:BT2305, r.o. 4.7.

137 Art. 15 lid 2 Wet Vpb 1969.

138 HR 15 december 2017, 16/02919, ECLI:NL:HR:2017:3128, r.o. 2.5.3

139 Art. 26 van het belastingverdrag tussen Nederland en het VK.

140 Richtlijn 2011/96/EU van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, *PbEU* 2011, L 345/8.

141 Zie tevens H. Vermeulen, 'Brexit: belastingen', *Bb* 2021/37, paragraaf 3.3.

142 Art. 4 Moeder-dochterrichtlijn.

143 Art. 3 Moeder-dochterrichtlijn.

144 Art. 4 lid 2 onderdeel a ten tweede Wet op de Dividendbelasting 1965 (Wet DB 1965).

145 Zie art. 10 van het belastingverdrag tussen Nederland en het VK.

'Groot-Brittannië en Noord-Ierland, met inbegrip van elk gebied buiten de territoriale zee van het Verenigd Koninkrijk dat is aangewezen uit hoofde van zijn wetgeving inzake het Continentaal Plat en in overeenstemming met het internationale recht als een gebied waarbinnen de rechten van het Verenigd Koninkrijk met betrekking tot de zeebodem en de ondergrond en hun natuurlijke rijkdommen mogen worden uitgeoefend.'¹⁴⁶

Deze definitie omvat dus nagenoeg alleen Groot-Brittannië en Noord-Ierland. Het verdrag ziet niet op kroonbezit¹⁴⁷ en overzeese gebieden^{148,149} Dat betekent dat dividenduitkeringen aan deze landen niet (langer) in aanmerking komen voor toepassing van de inhoudingsvrijstelling, waar dat voor Brexit door toepassing van de verplichte inhoudingsvrijstelling uit de Moeder-dochterrichtlijn nog wel het geval was.

3.3 Rente en royalty's

Ten aanzien van betalingen van rente en royalty's verandert er niet veel naar aanleiding van de Brexit. De Wet bronbelasting 2021 sluit immers niet aan bij een vestigingsplaats binnen de EU, maar bij een kwalificatie als laagbelastende jurisdictie.¹⁵⁰ Het feit dat het VK de EU heeft verlaten, leidt daardoor niet automatisch tot een wijziging van de heffingsbevoegdheid voor Nederland.

De Rente- en royaltyrichtlijn¹⁵¹ is overigens niet meer van toepassing in relatie tot het VK. Die schrijft voor dat een vrijstelling van bronbelasting moet worden toegekend voor betalingen tussen twee EU-vennootschappen indien (i) de ene vennootschap een rechtstreeks belang van ten minste 25% heeft in de andere vennootschap, of (ii) een derde vennootschap een rechtstreeks belang van ten minste 25% houdt in zowel de betalende als ontvangende vennootschap.¹⁵² Zoals opgemerkt, maakt het feit dat het VK geen EU-lidstaat is voor de Nederlandse bronbelasting geen verschil. Dat kan anders zijn voor andere EU-lidstaten, wanneer zij de vrijstelling uit de rente- en royaltyrichtlijn op nagenoeg identieke wijze hebben geïmplementeerd. Met name de vraag of de bronbelastingvrijstelling moet worden toegekend bij een betaling tussen twee EU-vennootschappen waarbij de 'derde vennootschap' in het VK gevestigd is, kan tot discussie leiden. De richtlijn lijkt niet te bepalen dat ook die houdstervenootschap in een EU-lidstaat gevestigd moet zijn, waardoor ook rente- en royaltybetalingen tussen twee kwalificerende EU-zustervenootschappen nog steeds van bronbelasting moeten zijn vrijgesteld.

146 Art. 3 lid 1 onderdeel c van het belastingverdrag tussen Nederland en het VK.

147 De Kanaaleilanden Jersey en Guernsey alsmede het eiland Man.

148 Onder andere Anguilla, Bermuda, Britse Maagdeneilanden, Kaaimaneilanden, Gibraltar, Montserrat en de Turks- en Caicoseilanden.

149 *Kamerstukken II* 2009/10, 32145, nr. 6, p. 3.

150 Art. 2.1 jo. 1.2 lid 1 onderdeel e Wet bronbelasting 2021.

151 Richtlijn 2003/49/EG van 3 juni 2003 betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten, *PbEU* 2003, L 157/49.

152 Art. 1 lid 1 & lid 7 jo. art. 3 sub b rente- en royaltyrichtlijn.

3.4 ATAD

Vanuit Nederlands fiscaal perspectief lijkt Brexit weinig relevantie te hebben voor de bepalingen ter implementatie van ATAD1 en ATAD2. De earningsstrippingregels, CFC-regeling en anti-hybridewetgeving sluiten niet aan bij een EU-vestigingsplaats van een entiteit, waardoor de uittreding van het VK in het algemeen niet tot andere uitkomsten zal leiden.

Dat is anders voor de eindafrekeningsbepalingen.¹⁵³ Daarvoor geldt voortaan dat een emigratie naar het VK wordt gezien als een emigratie naar buiten de EU, waardoor de emigratie niet langer in aanmerking komt voor uitstel van betaling van de exitheffing.¹⁵⁴ Een belastingschuldige kan immers alleen succesvol een verzoek doen tot uitstel van betaling als deze is gevestigd in een EU-lidstaat, of in een EER-lidstaat waarmee een verdrag of regeling bestaat die voorziet in wederzijdse bijstand inzake de invordering van belastingschulden die voortvloeien uit belastingen naar de winst. Indien echter reeds uitstel van betaling is verleend, eindigt dat ingeval de belastingschuldige niet meer is gevestigd in een EU-/EER-lidstaat.¹⁵⁵ Aan dit criterium wordt nu, ingeval een emigratie naar het VK reeds heeft plaatsgevonden, van rechtswege voldaan na de uittreding van het VK. Daarmee komt ook een einde aan het uitstel van betaling. De Brexit resulteert wel in gevolgen voor de ATAD-verplichtingen vanuit het perspectief van het VK. De (fiscale) richtlijnen zijn post-Brexit immers niet meer van toepassing op het VK en derhalve hoeft het VK zich in beginsel ook niet langer te conformeren aan ATAD-verplichtingen. Om te voorkomen dat het VK de anti-belastingontwijkingsregels zou schrappen, waardoor een concurrentievoordeel kan ontstaan voor Britse bedrijven, zijn in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst afspraken hierover gemaakt:

‘Een Partij mag het beschermingsniveau waarin haar wetgeving aan het eind van de overgangperiode voorziet, niet afzwakken of verlagen tot onder het niveau waarin wordt voorzien door de normen en regels die aan het eind van de overgangperiode in het kader van de OESO zijn overeengekomen, met betrekking tot:

(...)

b) regels inzake renteaftrekbepaling, gecontroleerde buitenlandse vennootschappen en het aanpakken van hybridemismatches.¹⁵⁶

153 Zie art. 5 ATAD1.

154 Art. 25b Invorderingswet 1990 (IW 1990).

155 Art. 25b lid 4 onderdeel a IW 1990.

156 Art. 384 lid 1 onderdeel b Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. In onderdeel a wordt overigens aangegeven dat ten aanzien van informatie-uitwisseling rondom fiscale rulings, landenverslagen en meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies hetzelfde geldt. Als gevolg daarvan heeft het VK er voor gekozen om, bijvoorbeeld, DAC6 nog wel toe te passen, maar alleen ten aanzien van hallmark D. Zie bijvoorbeeld <https://www.gov.uk/government/publications/agent-update-issue-82/agent-update-issue-82#man>.

Met deze bepaling wordt het VK wel de mogelijkheid geboden om de earningsstrippingsregels, CFC-bepalingen en anti-hybridemismatch-artikelen aan te passen, maar daarbij mogen ze niet door het op OESO-niveau overeengekomen minimumniveau zakken. Daarmee heeft het VK enige ruimte, omdat ATAD niet naadloos aansluit bij de OESO BEPS Actieplannen.¹⁵⁷ Vooral nog heeft het VK overigens de ATAD-implementatiebepalingen nog niet aangepast.

3.5 Staatssteun

De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst bevat bepalingen omtrent staatssteun (*subsidy control*).¹⁵⁸ Opvallend is dat deze artikelen qua terminologie en uitgangspunten gebaseerd lijken te zijn op het EU-¹⁵⁹ en WTO-recht¹⁶⁰, hoewel de concrete definitie daarvan afwijkt.¹⁶¹ Op een aantal punten omtrent staatssteun is de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst echter minder strikt dan het EU-recht.¹⁶²

In beginsel verbiedt de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst subsidies. Om als subsidie te kwalificeren, moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan, bijvoorbeeld aan een selectiviteitscriterium zoals we dat ook kennen uit het staatssteunrecht.¹⁶³ Ten aanzien van fiscale bepalingen bevat de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst echter een behoorlijk aantal uitzonderingen. Hoewel de definitie van ‘subsidie’ weliswaar fiscale voordelen kan omvatten, wordt aangevuld dat fiscale voordelen in beginsel niet als selectief worden beoordeeld in de zin van staatssteuntermen. Fiscale voordelen worden daarentegen wel als staatssteun aangemerkt, wanneer bepaalde belastingplichtigen minder belasting hoeven te betalen dan zij onder het normale regime zouden hebben moeten betalen, terwijl vergelijkbare belastingplichtigen die voordeligere behandeling niet krijgen.¹⁶⁴ Indien wel sprake is van selectiviteit kan de subsidie echter worden gerechtvaardigd door beginselen die inherent zijn aan de opzet van het algemene belastingstelsel.¹⁶⁵ Daarmee zullen veel fiscale regelingen

157 Zoals het VK die ruimte al wel heeft benut ten aanzien van DAC6, door die richtlijn nog slechts toe te passen ten aanzien van hallmark D. Zie bijvoorbeeld <https://www.gov.uk/government/publications/agent-update-issue-82/agent-update-issue-82#man>.

158 Art. 363-375 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

159 Art. 93 & 107-109 VWEU; en art. 106 VWEU voor zover dat ziet op staatssteun.

160 Specifieker: WTO agreement on Subsidies and Countervailing Measures.

161 Zie onder meer: P. Hardy, L. Korsten & R. Sterneberg, ‘Brexit “done”: the UK-EU Trade and Cooperation Agreement’, *Bb* 2021/7, paragraaf 5; M. van Wanroij, ‘Brexit: gevolgen voor mededinging, staatssteun en aanbestedingen’, *Bb* 2021/42, paragraaf 3; H. Vermeulen, ‘Brexit: belastingen’, *Bb* 2021/37, paragraaf 3.2 en F. de Lillo, T. Morales & O. Popa, ‘European Union/United Kingdom – Brexit: Selected Tax Implications of the Trade and Cooperation Agreement’, *European Taxation* 2021 61/4, paragraaf 3. Voor een uitgebreidere beschouwing omtrent de (vormgeving van de) staatssteunregels in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst verwijzen wij naar voornoemde literatuur.

162 M. van Wanroij, ‘Brexit: gevolgen voor mededinging, staatssteun en aanbestedingen’, *Bb* 2021/42, paragraaf 3.

163 Zie art. 366 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst en art. 107 VWEU.

164 Art. 363 lid 2 onderdeel a Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

165 Art. 363 lid 2 onderdeel b Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

in de vennootschapsbelastingenfeer buiten het 'verboden subsidie'-regime blijven. Meer specifiek wordt ook nog opgemerkt dat geen sprake is van selectiviteit bij heffingen voor speciale doeleinden indien zij moeten worden ontwikkeld op grond van niet-economische beleidsdoelstellingen, zoals de noodzaak om de negatieve gevolgen van bepaalde activiteiten of producten voor het milieu of de menselijke gezondheid te beperken, voor zover de beleidsdoelstellingen niet discriminerend zijn.¹⁶⁶

De Handels- en Samenwerkingsovereenkomst bevat tevens beginselen voor een controlesysteem omtrent staatssteun. Binnen de lijnen van deze beginselen kunnen de EU en het VK eigen regels omtrent staatssteun vormgeven.¹⁶⁷ De huidige staatssteunregels van de EU¹⁶⁸ passen uiteraard binnen de uitgangspunten van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.¹⁶⁹ Derhalve behoeft deze na de Brexit geen aanpassing. Het VK had – als EU-lidstaat – geen eigen regels omtrent staatssteun en zal derhalve nieuwe regels implementeren.^{170, 171} De vormgeving van deze regelgeving is op hoofdlijnen al duidelijk aangezien ze moet aansluiten bij de beginselen van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Dit betekent dat belastingplichtigen die een subsidie van het VK ontvangen ingevolge de Brexit onderworpen zijn aan enigszins afwijkende respectievelijk soepelere staatssteunregels.¹⁷²

Fiscale subsidierregels van het VK kunnen, als hier aan wordt toegekomen, worden afgedwongen via de in paragraaf 2.4

beschreven geschilbeslechtsingsprocedure.¹⁷³ Terugvordering van een subsidie kan echter niet afgedwongen worden indien deze is toegekend door een besluit van de Raad van de Europese Unie, van de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement gezamenlijk of van het parlement van het VK.¹⁷⁴ Indien een fiscale subsidie dus als 'verboden subsidie' zou worden aangemerkt, wat wij slechts in een zeer beperkt aantal gevallen verwachten, lijkt het er niet op dat het VK de toegekende fiscale voordelen ook daadwerkelijk moet terugvorderen van begunstigden.¹⁷⁵

4. Conclusie

We zijn inmiddels aan het idee gewend van een EU zonder het VK. Ook op het gebied van de directe belastingen. Toch zullen er nog wel enige discussies ontstaan. De vraag is of belemmeringen in de Nederlandse wetgeving in relatie tot het VK nog kunnen worden bestreden met een beroep op de verkeersvrijheden. Als het kapitaalverkeer in geding is, kan dat in ieder geval nog steeds op grond van het territoriale bereik van die verkeersvrijheid. Voor de andere verkeersvrijheden moet worden beoordeeld of een beroep op de verkeersvrijheden uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst kan slagen. Die overeenkomst kent met het VWEU vergelijkbare bepalingen en die kunnen, ondanks de afwijkende formulering, op vergelijkbare wijze worden geïnterpreteerd.

De vraag is echter of belastingplichtige ook een rechtstreekse beroep op die bepalingen kan doen. De meeste aanwijzingen duiden op een negatief antwoord. Tekst, doel en strekking, context en de historie wijzen erop dat met name het VK niet wilde dat enige verkeersvrijheid kan worden ingeroepen. Datzelfde zal dan gelden in EU-lidstaten. Als belastingplichtigen vinden dat zij worden belemmerd in hun vestigingsvrijheid lijkt een beroep op die vestigingsvrijheid in de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst dan geen uitkomst te kunnen bieden. Door het ontbreken van rechtstreekse werking voor die verkeersvrijheden worden die bepalingen toch met name een politiek pressiemiddel zonder echte tanden.

Indirect heeft de vestigingsvrijheid mogelijk wel gevolgen, omdat de rechter verdragsconform moet interpreteren. Dat kan betekenen dat bepalingen in de Nederlandse wetgeving moeten worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst, zoals ook de daarin opgenomen verkeersvrijheden. Daarmee moet de

166 Art. 363 lid 2 onderdeel c Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

167 Art. 366 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

168 Art. 93 & 107-109 VWEU en art. 106 VWEU voor zover dat ziet op staatssteun.

169 Art. 636-675 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst zijn immers gedeeltelijk gebaseerd op het EU-recht en op sommige vlakken minder strikt (zie de eerste alinea van deze paragraaf).

170 In afwachting van het eigen controleregime van het VK gelden op dit moment tijdelijke regels omtrent staatssteun (zie: Guidance on the UK's international subsidy control commitments, gov.uk/government/publications/complying-with-the-uks-international-obligations-on-subsidy-control-guidance-for-public-authorities/technical-guidance-on-the-uks-international-subsidy-control-commitments#section-7; en Government response to the consultation on subsidy control, A flexible, principles-based approach for the UK, juni 2021 CP 469).

171 Volledigheidshalve: de Europese staatssteunregels blijven van kracht voor ondernemingen in Noord-Ierland indien de steun handel in goederen of elektriciteit kan bevorderen in EU-Noord-Ierland-situaties (art. 10 Protocol inzake Ierland/Noord-Ierland bij Akkoord inzake de terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland uit de Europese Unie en de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie, *PbEU* 2021, L 29/7 en; Government response to the consultation on subsidy control, A flexible, principles-based approach for the UK, juni 2021 CP 469, p. 21).

172 Volledigheidshalve: de Britten mogen – net als de EU – ook strengere staatssteunregels invoeren dan de beginselen uit de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst voorschrijven. Uit de reactie op de consultatie omtrent staatssteunregels van de Britse overheid volgt echter dat dit niet zal gebeuren (Government response to the consultation on subsidy control, A flexible, principles-based approach for the UK, juni 2021 CP 469).

173 Art. 375 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst. Enkele elementen van het arbitrageproces werken overigens anders uit. Zie meer in detail over de geschilbeslechting van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in de context van staatssteun: M. van Wanroij, 'Brexit: gevolgen voor mededinging, staatssteun en aanbestedingen', *Bb* 2021/42, paragraaf 3.

174 Art. 373 lid 5 Handels- en Samenwerkingsovereenkomst.

175 Ten overvloede merken wij op dat het VK als gevolg van Brexit niet meer onderworpen is aan de Code of Conduct on Business Taxation. Op grond van die Gedragscode probeerde de Europese Raad lidstaten er toe te bewegen om, veelal onder politieke druk, schadelijke belastingregelingen aan te passen of af te schaffen. Na het verlaten van de EU is het VK hier niet meer aan gebonden.

doelstelling van die bepalingen indachtig worden gehouden, waardoor een beroep op de vestigingsvrijheid indirect toch kan slagen. Toegepast op de Nederlandse wetgeving, en met name de Papillon-fiscale eenheden, kan deze benadering mogelijk toch nog uitkomst bieden.

Al met al gaat de nieuwe status van het VK, en de toepassing van de Handels- en Samenwerkingsovereenkomst in het bijzonder, vermoedelijk in de toekomst tot jurisprudentie leiden.

Over de auteurs

Mr. dr. J.J.A.M. Korving

Werkzaam bij Netherlands Knowledge Management van Deloitte Belastingadviseurs BV en tevens als universitair docent belastingrecht verbonden aan de Universiteit Maastricht.

J.C. van der Have BSc

Master student Fiscale Economie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.