

**ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM**

**NADRUK VERBODEN**

Faculteit der Economische Wetenschappen

Masterscriptie

**Winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting**

Naam: Thanh Pham

Student nummer: 304811

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Studiejaar: 2011 / 2012

## INHOUDSOPGAVE

<b>LIJST MET AFKORTINGEN</b> .....	3
<b>1 INLEIDING</b> .....	4
1.1 Algemeen .....	4
1.2 Onderzoeksvraag .....	6
1.3 Toetsingskader .....	7
1.4 Opzet .....	8
<b>2 TOEREKENING VAN VERMOGENSBESTANDELEN</b> .....	9
2.1 Inleiding .....	9
2.2 Stap 1: identificatie van de activiteiten en verantwoordelijkheden van de vaste inrichting en de zelfstandigheidsfictie .....	10
2.2.1 Functionally separate entity approach vs. relevant business approach .....	10
2.2.2 Functionele en feitelijke analyse .....	15
2.3 'Dealings' en 'Transactions' .....	18
2.4 Toerekening van activa .....	21
2.4.1 Visie van de OESO .....	21
2.4.2 Nederlandse visie .....	24
2.4.3 Tijdelijk- en duurzaam ter beschikking stellen .....	29
2.4.4 Toerekening van een deelneming .....	32
2.4.5 Toerekening van beleggingsvermogen .....	32
2.5 Documentatieverplichting .....	33
2.6 Dynamische vs. statische interpretatiemethode .....	33
2.7 Conclusie .....	38
<b>3 KAPITALISATIE VAN DE VASTE INRICHTING</b> .....	41
3.1 Inleiding .....	41
3.2 Visie van de OESO .....	42
3.2.1 Toerekening van het eigen vermogen van de vaste inrichting .....	42
3.2.2 Toerekening van het vreemd vermogen .....	51
3.2.3 Verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van de vaste inrichting .....	54
3.3 Nederlandse visie .....	56
3.3.1 Toerekening van het vreemd vermogen .....	56
3.3.2 Toerekening van het eigen vermogen .....	61
3.3.3 Verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van de vaste inrichting .....	63
3.4 Verenigbaarheid Nederlandse benadering met OESO-benadering .....	66
3.4.1 Vermogensallocatiemethodiek .....	67
3.4.2 Toerekeningmethodiek eigen vermogen .....	68
3.4.3 Toerekeningmethodiek vreemd vermogen .....	70
3.4.4 Vermogensverhouding .....	72
3.5 Conclusie .....	74
<b>4 WINSTTOEREKENING</b> .....	76
4.1 Inleiding .....	76
4.2 Stap 2: vergelijkbaarheidsanalyse .....	77
4.2.1 Prijsvaststelling .....	77
4.3 Het gebruik van activa .....	79
4.3.1 Overbrenging van bedrijfsmiddelen van hoofdhuis aan vaste inrichting .....	79
4.3.2 Interne levering van goederen .....	82

4.4	Interne dienstverlening .....	83
4.4.1	Rentekosten.....	84
4.4.2	Royaltykosten .....	97
4.4.3	Managementkosten .....	98
4.4.4	Valuta resultaten.....	101
4.5	Voorkoming van dubbele belasting .....	103
4.5.1	Voorkomingsbepalingen: art. 23A en 23B OMV .....	103
4.5.2	Objectvrijstelling.....	104
4.5.3	Corresponding adjustment.....	106
4.6	Conclusie.....	108
<b>5</b>	<b>CONCLUSIE</b> .....	<b>111</b>
5.1	Inleiding .....	111
5.2	Toerekening van vermogensbestanddelen .....	112
5.3	Kapitalisatie van de vaste inrichting .....	113
5.4	Winsttoerekening.....	115
5.5	Eindconclusie .....	117
	<b>LITERATUURLIJST</b> .....	<b>120</b>

## LIJST MET AFKORTINGEN

A-G	Advocaat-generaal
Art.	Artikel
AOA	Authorised OECD Approach
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BvdB	Besluit voorkoming van dubbele belasting
BW	Burgerlijk Wetboek
EC	Europese Commissie
FSE	Functionally separate entity approach
Guidelines	OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
KERT-functions	Key entrepreneurial risk-taking functions
Ltd	Limited
LB	Loonbelasting
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
OESO	Organisation of Economic Co-operation and Development
OMV	OESO-modelverdrag
PE-report	Report on the attribution of profits to permanent establishments
V-N	Vakstudie Nieuws
VI	Vaste inrichting
VpB	Vennootschapsbelasting
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

# 1 INLEIDING

## 1.1 Algemeen

In de internationale winstsfeer zijn er twee belangrijke vraagstukken, te weten de toewijzing van de heffingsbevoegdheid en de samenhangende *transfer pricing* problematiek. De buitenlandse winst kan worden behaald door middel van een dochtervennootschap, dan wel met behulp van een vaste inrichting. In het eerste geval is er sprake van een volledig zelfstandig lichaam die een eigen winstbepaling kent die los staat van de winstbepaling van de andere juridische lichamen. In het tweede geval is er geen afzonderlijke juridische entiteit en is het resultaat van het filiaal in feite onderdeel van het resultaat van het lichaam. Zodoende wordt de vaste inrichting ook wel gezien als een verlengstuk van het hoofdhuis. De classificatie tot vaste inrichting wordt op grond van de feiten bepaald waarbij de aard en omvang van de activiteiten van betekenis zijn. Het begrip is uitgewerkt in art. 5 OESO-modelverdrag (hierna: OMV). Art. 7 OMV regelt de toerekening van de winst uit onderneming. Art. 7, lid 1 bepaalt dat de bronstaat niet mag heffen over ondernemingswinsten van een inwoner van een andere staat tenzij deze een onderneming uitoefent in de bronstaat door middel van een vaste inrichting. De bepaling is in die zin ook onlosmakelijk verbonden met art. 5 OMV inzake het begrip vaste inrichting. De overige leden van art. 7 OMV stellen verder de kaders waarbinnen deze winsttoerekening dient plaats te vinden.

Aan de wijze van winsttoerekening aan de vaste inrichting is door de OESO door de jaren heen veel aandacht besteed. Zo zijn er diverse rapporten, besluiten en updates van het OESO-commentaar betreffende art. 7 OMV verschenen met als doel het bereiken van internationale consensus met betrekking tot de kapitaal- en winsttoerekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Om de positie van de vaste inrichting bij de winsttoerekening over hoofdhuis en vaste inrichting vast te stellen heeft het OESO comité van fiscale zaken (hierna: de OESO) een onderzoek gestart naar de principes in de 1995 *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (hierna: de *Guidelines*). Het onderzoek schrijft voor dat art. 9 OMV (*Associated Enterprises*) naar analogie van toepassing is bij transacties tussen ondernemingen die tot dezelfde groep behoren.

Deze regelingen bieden niet altijd een concrete oplossing ten aanzien van de kapitaal- en winsttoerekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Zodoende is er regelmatig sprake van interpretatieverschillen tussen landen waardoor situaties met dubbele belastingheffing ontstaan, maar ook situaties van zogenaamde 'non-taxation'. Daarnaast zorgt de mogelijke verschillende wijze van winstberekening en de berekening van het bedrag waarvoor voorkoming van dubbele belasting wordt gegeven, voor een verzwaarde of verlichte belastingheffing. Om duidelijkheid hieromtrent te creëren besloot de OESO een nieuwe versie van art. 7

OMV inclusief een nieuw commentaar tot stand te brengen. Dit resulteerde in 2008 door middel van een *discussion draft*, in een rapport: *The Attribution of Profits to Permanent Establishments (hierna: PE-report)*, gevolgd met een algehele wijziging van art. 7 OMV met een bijbehorend OESO-commentaar en een nieuw PE-report. Het doel van deze algehele herziening was het bereiken van een grotere internationale consensus dan tot dan toe. Op deze manier trachtte de OESO (potentiële) interpretatieverschillen tussen landen weg te nemen. In het PE-report 2008 wordt een nieuwe methode van winsttoerekening aan de vaste inrichting voorgeschreven, die behoorlijk afwijkt van de tot dan toe gangbare OESO-visie. In het rapport wordt de leer van het gedeelte, waarbij inkomens- en kostenbestanddelen enkel kunnen worden toegerekend aan de vaste inrichting indien en voor zover zij voorkomen in de wereldwinst, geheel verlaten. In plaats van de leer van het gedeelte, dient de vaste inrichting voor de winstallocatie als een geheel zelfstandige entiteit behandeld te worden. Het gevolg is dat de vaste inrichting een winst toebedeeld kan krijgen, ook al is de wereldwinst negatief. Omgekeerd kan de vaste inrichting een verlies genereren, ook al is de wereldwinst positief.

De voorgeschreven wijze van winsttoerekening over hoofdhuis en vaste inrichting in het PE-report 2008 fungeert slechts als een aanbeveling en heeft daarom geen bindende werking in de OESO-landen. Door middel van deze aanbeveling wilde de OESO onderzoeken hoe ver de verzelfstandigingfictie van de vaste inrichting kon worden doorgetrokken. Ten tijde dat het PE-report 2008 werd goedgekeurd, erkende de OESO echter dat sommige conclusies van het rapport en de interpretatie van art. 7 OMV niet consistent waren met het oude commentaar van art. 7 OMV. Om deze reden werd in 2008 het OESO-commentaar gewijzigd. Tegelijkertijd wenste de OESO een herziening van art. 7 OMV in de volgende update, om deze inconsistentie te incorporeren. Dit resulteerde in 2010 tot een nieuw art. 7 OMV (hierna: art. 7 OMV(nieuw)) met een nieuw aanhangend commentaar en het nieuwe PE-report 2010.

Het PE-report 2008 blijft echter van kracht bij belastingverdragen die gebaseerd zijn op de interpretatie van pre-2010 art. 7 OMV (hierna: art. 7 OMV(oud)). Desalniettemin, wenste de OESO een verdere uitwerking van het PE-report 2008; dat is het PE-report 2010 geworden. In het PE-report 2010 zijn de verouderde verwijzingen naar de oude tekst van art. 7 OMV(oud) weggelaten. Daarnaast sluit het rapport beter aan tot de nieuwe tekst van art. 7 OMV(nieuw). Het PE-Report 2010 vormt de basis van toekomstige belastingverdragen die gebaseerd zijn op art. 7 OM(nieuw). Het PE-report 2010 wijzigt echter de conclusies van het PE-report 2008 niet. Het is slechts opgesteld om (potentiële) moeilijkheden, die op kunnen komen bij het gebruik van het PE-report 2008 in samenhang met de interpretatie van art. 7 OMV(nieuw), te vermijden.

Het uitgangspunt van het Nederlandse verdragsbeleid is het hanteren van een dynamische interpretatie. Dit houdt in dat de jongste versie van het commentaar in beginsel het uitgangspunt vormt bij de interpretatie van artikelen. Deze dynamische methode van interpretatie blijkt minder vanzelfsprekend te zijn omdat in 2010 zowel de tekst van art. 7 OMV als het bijbehorende commentaar is gewijzigd. De wijziging van de tekst van art. 7 OMV werkt immers niet door naar de bestaande verdragen. Ter verduidelijking heeft de Staatssecretaris in het besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ201/457M, BNB 2011/91 (hierna: het Besluit) inzicht gegeven op welke wijze, vanuit Nederlands standpunt, dient te worden omgegaan met de nieuwe regels. Daarnaast is Nederland, onder voorwaarden, ook bereid de uitgangspunten van art. 7(nieuw) en van het PE-rapport 2010 bij bestaande verdragen als uitgangspunt te nemen.

## **1.2 Onderzoeksvraag**

In deze scriptie wordt onderzocht of de nieuwe winsttoerekeningmethodiek, waarin de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting een primaire rol speelt, leidt tot een evenwichtiger resultaat ten opzichte van de oude winsttoerekeningmethodiek, waarin het resultaat van de vaste inrichting meer werd beschouwd als onderdeel van het resultaat van het lichaam. Hierbij zullen drie perioden onderscheiden worden: pré-2008, 2008-2010, post-2010. Mijn onderzoeksvraag luidt zodoende als volgt:

*‘Leidt de voorgeschreven systematiek in het 2008 en 2010 PE-report voor de behandeling van winsttoerekening over hoofdhuis en vaste inrichting tot een evenwichtiger resultaat dan de situatie voor de publicatie van het 2008 en 2010 PE-report?’*

Deze centrale vraag zal beantwoord worden aan de hand van deelvragen waarbij, bij elke deelvraag de uitgangspunten van de OESO worden afgezet tegen de Nederlandse wet- en regelgeving, Nederlandse jurisprudentie en beleid. De deelvragen, die ieder een afzonderlijk hoofdstuk beslaan, luiden als volgt:

- *Op welke wijze vindt de toerekening van activa en passiva over hoofdhuis en vaste inrichting plaats?*
- *Op welke wijze vindt de toerekening van kapitaal en vreemd vermogen over hoofdhuis en vaste inrichting plaats?*
- *Op welke wijze beïnvloedt het verkeer tussen hoofdhuis en vaste inrichting de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming?*

### *1.3 Toetsingskader*

De belangrijkste doelstelling van het internationale belastingrecht is het voorkomen van (juridische) dubbele belasting in grensoverschrijdende situaties. Juridische dubbele belasting ontstaat in de situatie waarbij een subject ten aanzien van een bepaald inkomensbestanddeel of een bepaald vermogensbestanddeel door de belastingheffing van twee staten getroffen wordt. Deze juridisch dubbele belasting wordt veroorzaakt doordat de meeste staten aan hun belastingstelsel doorgaans gelijktijdig twee of drie principes hanteren bij de afbakening van de heffingsbevoegdheid en deze principes elkaar waar het de uitwerking betreft gedeeltelijk overlappen. Deze principes zijn het woonstaat-, het bronstaat- en het nationaliteitsprincipe. Aan deze principes liggen weer (andere) beginselen ten grondslag waaronder: de gelijkheid tussen staten, efficiency en de economische neutraliteit. De wijze waarop de basisprincipes in de nationale wetgeving zijn uitgewerkt verschilt van staat tot staat. Het doel van het ontwerp van een nieuwe systematiek voor de behandeling van winsttoerekening over het hoofdhuis en de vaste inrichting – door middel van de wijzigingen in art. 7 OMV, het OESO-commentaar en de publicatie van de PE-Rapporten – is het behalen van een grotere internationale consensus dan de situatie voorafgaande aan de wijzigingen. Op deze manier wil de OESO de basisprincipes in de nationale wetgeving stroomlijnen waardoor situaties met dubbele belastingheffing en zogenaamde ‘non-taxation’ zo veel mogelijk worden voorkomen.

Voor de beoordeling van de nieuwe systematiek toets ik het resultaat aan de volgende criteria: rechtszekerheid, praktische uitvoerbaarheid en doelmatigheid. Het rechtszekerheidsbeginsel beschermt verkregen rechten en bewerkstelligt dat de overheid in beginsel geen maatregelen neemt die de rechtspositie van een belastingplichtige onaanvaardbaar aantasten. Dit houdt in dat belastingplichtigen kunnen vertrouwen op het recht en rechtssysteem om hun juridische positie te bepalen. Het geldende recht moet dus kenbaar zijn. De nieuwe wetsystematiek dient ook praktisch uitvoerbaar te zijn. Hieronder versta ik een nieuwe wetsystematiek die geen zware administratieve lasten meebrengt en waarmee geen langdurige en uitgebreide overgangsregels samenhangen. Ten slotte, dient de nieuwe wetsystematiek doelmatig te zijn; dit is het geval als de betreffende wijzigingen daadwerkelijk bijdragen aan de realisatie van het beoogde doel (de basisprincipes in de nationale wetgeving stroomlijnen ten einde situaties met dubbele belastingheffing en zogenoemde ‘non-taxation’ zo veel mogelijk te voorkomen).



## *1.4 Opzet*

Om de wijze van winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te bespreken is de scriptie verdeeld in vijf hoofdstukken. Afgezien van het inleidende en afsluitende hoofdstuk, volgen de drie tussenliggende hoofdstukken de structuur van het PE Report om tot de uiteindelijke winsttoerekening aan de vaste inrichting te komen. In hoofdstuk 2 wordt de toerekening van activa en passiva aan de vaste inrichting besproken. Vervolgens wordt aan de hand van deze toegerekende activa en passiva de toerekening van kapitaal en vreemd vermogen aan de vaste inrichting besproken in hoofdstuk 3. Aan de hand van de genoemde hoofdstukken wordt in hoofdstuk 4 de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting besproken.

## 2 TOEREKENING VAN VERMOGENSBESTANDELEN

### 2.1 Inleiding

De toerekening van winst uit onderneming wordt geregeld door art. 7 OMV. De algemene strekking van het artikel is dat de winst belast wordt in de staat waar ze wordt behaald, dat wil zeggen waar zich een vaste inrichting, dan wel een vaste vertegenwoordiger bevindt. De bronstaat mag de winst belasten voor zover deze – op grond van art. 7 lid 2 OMV – is toe te rekenen aan de vaste inrichting. Voor de toerekening van de generale winst aan het hoofdhuis en de vaste inrichting is in het PE-report 2008 de Authorised OECD Approach (hierna: AOA) ontwikkeld door de OESO. Volgens deze methode wordt de winsttoerekening op grond van een tweetrapsbenadering vastgesteld.

In de eerste stap wordt de vaste inrichting door fictie beschouwd als een zelfstandige entiteit. Op basis van deze zelfstandigheidfictie wordt een functionele- en feitelijke analyse uitgevoerd die de economische significante activiteiten en verantwoordelijkheden die de vaste inrichting draagt identificeert. Hieruit volgt de allocatie van activa, risico's alsmede het vermogen aan de vaste inrichting. Daarbij wordt rekening gehouden met het onderscheid tussen *transactions* (transacties tussen de generale onderneming en andere externe, (niet)gelieerde partijen) en *dealings* (interne/fictieve transacties tussen onderdelen van de generale onderneming). De tweede stap bestaat uit het benoemen van *dealings* tussen hypothetische entiteiten volgens art. 9 OMV om de toerekenbare winst van de vaste inrichting te bepalen volgens het arm's-length beginsel. Aan de hand van deze twee-stappen analyse vindt de winsttoerekening aan de vaste inrichting plaats rekening houdend met alle activiteiten van de vaste inrichting, inclusief de transacties met derde lichamen, verbonden lichamen en andere onderdelen van de generale onderneming.

Er dient echter in ogenschouw te worden genomen dat de AOA niet specifiek ziet op het toepassen van eenzelfde systematiek voor het toerekenen van winsten aan vaste inrichtingen en dochtermaatschappijen, maar op het op eenzelfde wijze benoemen van *dealings* tussen verschillende onderdelen van een onderneming (de vaste inrichting en het hoofdhuis) en *transacties* tussen verschillende onderdelen van de generale onderneming.<sup>1</sup> In dit hoofdstuk wordt de eerste stap van de AOA behandeld aan de hand van de volgende vraag:

*Op welke wijze dient de toerekening van activa en risico's tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting te geschieden?*

---

<sup>1</sup> PE-report 2008 p. 26, par. 84.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst de theoretische achtergrond van art. 7 OMV behandeld. Vervolgens wordt besproken op welke wijze de allocatie van activa en risico's over hoofdhuis en vaste inrichting geschiedt, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen de OESO- en de Nederlandse visie. Tot slot worden twee restonderwerpen besproken die essentieel zijn voor zowel de allocatie van activa en risico's over hoofdhuis en vaste inrichting, als voor de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting in het algemeen: de documentatieverplichting en de dynamische- en statische verdragsinterpretatie.

## **2.2 Stap 1: identificatie van de activiteiten en verantwoordelijkheden van de vaste inrichting en de zelfstandigheidsfictie**

In de eerste stap van de AOA wordt de vaste inrichting door een fictie beschouwd als een zelfstandige entiteit. Op basis van deze zelfstandigheidsfictie wordt een functionele- en feitelijke analyse uitgevoerd, die de economische significante activiteiten en verantwoordelijkheden die de vaste inrichting draagt identificeert. Hieruit volgt de allocatie van activa, risico's alsmede het vermogen over hoofdhuis en vaste inrichting.

### **2.2.1 Functionally separate entity approach vs. relevant business approach**

#### **2.2.1.1 Visie van de OESO**

In het PE-report wordt bij de uitleg van art. 7 OMV onderscheid gemaakt tussen de '*functionally separate entity approach*' (hierna: *FSE approach*) en de '*relevant business activity approach*'.

#### **Relevant business activity approach**

Volgens de '*relevant business activity approach*' wordt de aan de vaste inrichting toe te rekenen winst beperkt door de winst die behaald wordt met de activiteiten van de generale onderneming. Voor de toerekenbare winst aan de vaste inrichting wordt alleen gekeken naar de winst behaald met de bedrijfsactiviteiten van de vaste inrichting ('*relevant business*'). De toerekenbare winst aan de vaste inrichting wordt onder deze methode beïnvloed door alle onderdelen van de generale onderneming die bijdragen aan bedrijfsactiviteiten van de vaste inrichting. Indien de vaste inrichting een verlies lijdt op haar bedrijfsactiviteiten, kan geen winst worden toegerekend aan de vaste inrichting.

In het verleden is gebleken dat deze methode door de OESO-landen inconsistent werd toegepast.<sup>2</sup> Dit komt met name door het subjectieve karakter van de *relevant business activity*. Deze terminologie wordt namelijk niet beschreven in art. 7 OMV noch in enig onderdeel van het OESO-commentaar; het is slechts

---

<sup>2</sup> Kobetsky, M., '*International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy*', Cambridge University Press, New York, 2004, p. 199.

ontstaan uit praktische overwegingen om betekenis toe te kennen aan de terminologie *profits of the enterprise* ingevolge art. 7, lid 1 OMV. Indien aan de *relevant business activity* een brede betekenis wordt toegekend, zullen andere onderdelen van de onderneming een grote invloed hebben op de winsttoerekening aan de vaste inrichting en wordt de zelfstandigheid van de vaste inrichting beperkt. Deze zienswijze komt naar mijn mening sterk overeen met de realiteit. De vaste inrichting oefent immers haar activiteiten uit als onderdeel van de generale onderneming en heeft een gezamenlijk winstmotief. Aan de *relevant business activity* kan echter ook een ingeperkte betekenis worden toegekend, zodat andere onderdelen van de generale onderneming slechts een beperkte invloed hebben op de winsttoerekening aan de vaste inrichting. Zodoende wordt aan de vaste inrichting een sterkere zelfstandigheid toegekend waardoor de toerekenbare winst aan de vaste inrichting niet langer beperkt wordt. Strikt genomen is het dan zelfs mogelijk winst toe te rekenen aan de vaste inrichting indien de generale onderneming in het geheel een verlies lijdt. Deze zienswijze komt overeen met de *FSE approach* waarin een zelfstandig bedrijfsonderdeel slechts activiteiten verricht tegen een vergoeding. Deze constatering doet echter niet af aan het feit dat de vaste inrichting slechts een geïntegreerd onderdeel is van de generale onderneming. Niet verassend ontstonden, door het gebrek aan een duidelijke formulering, ook diverse andere inconsistenties,<sup>3</sup> waardoor toepassing van deze methode als controversieel wordt beschouwd.<sup>4</sup>

### **Functionally separate entity approach**

Volgens de *FSE approach* dient de winstallocatie plaats te vinden alsof de vaste inrichting een zelfstandige onderneming is die onafhankelijk van de rest van de onderdelen van de onderneming transacties verricht met die onderneming (stap 1: zelfstandigheidsfictie), handelend onder dezelfde of overeenkomstige omstandigheden (stap 2: arm's-lengthbeginsel). Indien de vaste inrichting een activiteit verricht voor een ander bedrijfsonderdeel van de generale onderneming dient de vergoeding voor de vaste inrichting gelijk te zijn aan een vergoeding aan een onafhankelijke derde. Dit geldt ook indien de transactie in zijn geheel niet leidt tot een winst bij de generale onderneming. De zelfstandigheidfictie wordt echter beperkt tot het vaststellen van winst van de vaste inrichting en de voorkoming van dubbele belasting met betrekking tot die winst binnen de wereldwinst, zodat de vaste inrichting feitelijk onderdeel van de generale onderneming blijft.

In het PE-report 2008 wordt beschreven dat zowel de *FSE approach* als de *relevant business approach* werden toegestaan.<sup>5</sup> Ondanks het feit dat het resultaat, bij een zuivere toepassing van deze methoden,

---

<sup>3</sup> Ter bepaling van de '*relevant business activity*' kunnen landen bijvoorbeeld een verschillend tijdsbestek hanteren.

<sup>4</sup> Kobetsky, M., zie noot 1, p. 199.

<sup>5</sup> PE-report 2008 p. 26, par. 72.

gelijk dient te zijn ontbrak een consistente en symmetrische werking van het verdrag tussen verdragslanden waardoor situaties met dubbele belastingheffing en situaties met non-taxation ontstonden. Dit was met name het geval in situaties waarin een jurisdictie de *FSE approach* hanteerde en de andere jurisdictie de *relevant business activity approach*. Om dit te voorkomen heeft de OESO in het PE-report 2008 een expliciete keuze gemaakt voor de *FSE approach* als basis voor de AOA en de interpretatie van art. 7 OMV.<sup>6</sup> De OESO acht deze 'directe methode' het meest consistent met de bewoording van art. 7, lid 2, OMV en met het arm's-length principe dat is opgenomen in art. 9 OMV.<sup>7</sup> Deze methode, afgezien van de *force of attraction* implicaties, beperkt namelijk niet de hoogte van de winst van de vaste inrichting die kan worden toegerekend aan de vaste inrichting. Daarnaast acht de OESO toepassing van de *FSE approach* gewenst omdat het niet vereist dat in het land waar het hoofdhuis is gevestigd de wereldwijde winst vastgesteld dient te worden aan de *relevant business activity*.<sup>8</sup>

Aanvankelijk werd op de zelfstandigheidsfictie op talrijke gebieden inbreuk gemaakt. Deze uitzonderingen hadden betrekking op vergoedingen wegens onderlinge dienstverlening, de interne renteverrekening en de interne royalty- en huurverrekening.<sup>9</sup> Hoewel niet-gelieerde ondernemingen elkaar zakelijke vergoedingen in rekening zouden brengen voor deze activiteiten, was dit met betrekking tot de winstbepaling van de vaste inrichting niet toegestaan. Interest in hoofde van de vaste inrichting was slechts in specifieke situaties aftrekbaar, bijvoorbeeld ingeval het hoofdhuis de ter beschikking gestelde gelden aan de vaste inrichting extern had ingeleend.<sup>10</sup> Ook in het OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV werd deze zienswijze gevolgd. In navolging op de arresten bestond in de literatuur de opvatting dat deze uitzonderingen niet in overeenstemming waren met het arm's-length beginsel en de zelfstandigheidsfictie voor de vaste inrichting. Leijenhorst<sup>11</sup> ziet bijvoorbeeld niet in waarom onderlinge rente anders behandeld zou moeten worden dan onderlinge vergoedingen ter zake van goederentransacties waarvoor een at arm's-length vergoeding in aanmerking wordt genomen. Daarnaast bestond de opvatting dat door een inconsequente toepassing van de zelfstandigheidsfictie, deze beter afgeschaft kon worden. In dit kader stelde Michielse<sup>12</sup> voor de

---

<sup>6</sup> PE-report 2008 p. 12, par. 8-10.

<sup>7</sup> PE-report 2008 p. 26, par. 72.

<sup>8</sup> Afgezien van de situaties waarin de *profit split* methode wordt gehanteerd.

<sup>9</sup> Zie in dit kader HR 7 mei, 1997, BNB 1997/263-264 en G.H. Soeten, 'De zelfstandigheid van de vaste inrichting is een fictie', *WFR* 1997/6257 en Mooij, H., 'Zelfstandigheidsfictie, vermogensallocatie en interestvergoedingen', *Internationaal Belasting Bulletin* 1997, nr. 4, p. 15-20.

<sup>10</sup> HR 28 april 1954, BNB 1954/186.

<sup>11</sup> Leijenhorst, G.J., van, 'Fiscale Winstsplitsing (vervolg)', *Weekblad* 1978/5382, p. 1156-1157.

<sup>12</sup> Michielse, G.M.M., De vaste inrichting, *NTFRB* 2007/35.

grensoverschrijdende onderneming als één juridische eenheid te beschouwen en de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te laten geschieden aan de hand van een vooraf vastgestelde formule.<sup>13</sup>

Ten gevolge van de kritiek in de literatuur tendeeft de beperkte zelfstandigheidsfictie dan ook steeds meer naar een onbeperkte zelfstandigheidsfictie. Zodoende worden bovengenoemde uitzonderingen onder de AOA niet langer toegestaan en wordt de vaste inrichting als *FSE* in staat geacht over het economische eigendom van activa (onafhankelijk van het hoofdhuis) te beschikken. Deze tendens behelst een fundamentele wijziging ten opzichte van de oorspronkelijke visie. Het OESO-commentaar van 2008 impliceert namelijk niet langer een verbod op het in rekening brengen van huur-, royalty en interestvergoedingen, maar beveelt een zo ver mogelijk doorgetrokken zelfstandigheidsfictie waarbij rekening wordt gehouden met arm's-length vergoedingen. Het PE-report blijft op dit punt echter ambivalent, waardoor interne leningen slechts aangenomen kunnen worden indien de vaste inrichting, dan wel het hoofdhuis, een duidelijke *treasury*-functie vervult. Ook heeft deze nieuwe benadering implicaties voor de toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan een vaste inrichting.<sup>14</sup> Ondanks de verdergaande verzelfstandiging van de vaste inrichting schrijft de AOA geen volledige (fictieve) gelijkschakeling voor tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting<sup>15</sup> en wordt in het PE-report de zelfstandigheidsfictie niet volledig doorgetrokken, zodat de behandeling van de vaste inrichting zich nog steeds in een grijs gebied omgeeft.<sup>16</sup> Zodoende wordt ter bepaling van de kredietwaardigheid van de vaste inrichting nog steeds uitgegaan van de kredietwaardigheid van het hoofdhuis. Dit betekent dat interne garantiebetalen niet worden geaccepteerd. Helaas laat de OESO zich niet uit op welke theoretische uitgangspunten de verdergaande zelfstandigheidsfictie is gebaseerd. Ook is het (nog) onduidelijk op welke wijze om dient te worden gegaan met de collisie tussen de nationale jurisprudentie in de OESO landen en de hernieuwde benadering van de OESO. Deze onduidelijkheden zullen in de onderscheiden onderdelen nader worden toegelicht.

### 2.2.1.2 Nederlandse visie

Eind 1987 verscheen de 'Notitie algemeen fiscaal verdragsbeleid' (Kamerstukken II, 1987/88, 20 365, nr. 1-2) waarin de algemene beginselen die aan het Nederlandse fiscale verdragsbeleid ten grondslag liggen zijn

---

<sup>13</sup> Alternatieve suggesties voor de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting worden in hoofdstuk 4 besproken.

<sup>14</sup> De toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan een vaste inrichting en de implicaties van de nieuwe benadering worden in hoofdstuk 3 behandeld.

<sup>15</sup> Een dergelijk vergaande gelijkschakeling zou uiteenlopende gevolgen met zich brengen zoals de kwalificatie van de vaste inrichting als persoon en inwoner in de zin van een belastingverdrag.

<sup>16</sup> Vaste inrichtingen kunnen echter wel aanspraak maken op verdragstoepassing ingevolge HvJ EG 21 september 1999, nr. C 307/97, St. Gobain, BNB 2000/75. In Europees verband dienen vaste inrichtingen op gelijke wijze te worden behandeld in hun belastingwetgeving zoals de buitenlandse dochtermaatschappijen. Dit geldt zowel voor de winstbepaling (ingevolge Avoir Fiscal HvJ EG 28 januari 1986, zaak C-270/83) als voor de internationale voorkoming van dubbele belasting (ingevolge St. Gobain HvJ EG 21 september 1999, zaak C-30797). Indien zij dit niet doen is er, ingevolge art. 43 EG, sprake van schending van de vrijheid van vestiging.

verwoord. Deze notitie is ook heden ten dage nog van belang aangezien Nederland in de afgelopen jaren zich nog steeds feitelijk volgens hetgeen in de notitie naar voren is gebracht heeft opgesteld in de sfeer van het internationaal belastingrecht.<sup>17</sup> Desalniettemin is het internationaal belastingrecht onderhevig aan voortgaande maatschappelijke ontwikkelingen waardoor aanpassingen op een aantal punten noodzakelijk zijn.<sup>18</sup> Inmiddels zijn er in totaal drie vervolg notities verschenen die een aanvulling vormen op de eerdergenoemde notitie uit 1987.<sup>19</sup> In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011<sup>20</sup>, wordt een uiteenzetting geboden van de algemene aspecten van het beleid inzake verdragen ter voorkoming van dubbele belasting op inkomen, winst en vermogen. Daarbij wordt ook enige aandacht besteed aan het Besluit. De Notitie onderschrijft dat Nederland als uitgangspunt voor het verdragsbeleid zoveel mogelijk het OMV volgt en daarmee ook het PE-Report.<sup>21</sup> Het Nederlandse voornemen is daarom erop gericht zich zo dicht mogelijk aan te sluiten bij de bepalingen uit het OMV, zij het dat daar waar nodig een zekere flexibiliteit wordt gehanteerd om rekening te houden met specifieke omstandigheden. Daarbij poogt de Nederlandse Belastingdienst de winsttoerekening aan een vaste inrichting zo veel mogelijk te laten aansluiten bij het arm's-length beginsel.<sup>22</sup> Dientengevolge worden bij interne transacties arm's-length prijzen gehanteerd, tenzij het OESO-commentaar bij art. 7 OMV, het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 en/of de Nederlandse jurisprudentie hier een beperking op aanbrengt. Daarbij geldt dat het land waar de vaste inrichting is gelegen de voordelen mag belasten voor zover deze aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend. De winst wordt toegerekend aan de vaste inrichting afhankelijk van de verrichte functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's. Daarbij dient te worden gehandeld alsof de vaste inrichting een afzonderlijke niet-gelieerde onderneming is.<sup>23</sup> Het OESO-Commentaar is echter wet noch verdrag, maar werkt in zekere mate door in de Nederlandse rechtsorde omdat de Hoge Raad het als belangrijk voor de uitleg van verdragen heeft verklaard. Daarnaast is de overheid gebonden aan de OESO-Recommendation waarin wordt voorgeschreven het OESO-commentaar bij de uitleg en de toepassing van verdragen te volgen.

---

<sup>17</sup> Graaf, A.C.G.A.C., de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., *Internationaal belastingrecht*, FED fiscale studieserie, derde herziende druk, Kluwer, Deventer, p. 74.

<sup>18</sup> Gedacht kan worden aan de positie van het communautaire recht op het gebied van E-commerce, de problematiek van de belastingconcurrentie en de ontwikkelingen in de pensioensfeer. Het betreft in het algemeen het kunnen handhaven en effectueren van de fiscale claim op inkomsten in allerlei grensoverschrijdende situaties.

<sup>19</sup> Kamerstukken II 1996/97, 25 087, nr. 1, Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

<sup>20</sup> In het vervolg wordt uitgegaan van de meest recente notitie (2011).

<sup>21</sup> Zij het dat bij onderhandelingen met ontwikkelingslanden, naast het OMV, ook het VN-Modelverdrag een rol speelt aangezien de meeste opkomende staten geen lid van de OESO zijn. Zie in dit kader: Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, par. 1.3.3.

<sup>22</sup> Par. 10, Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M, BNB 2001/286 ('het verrekenprijsbesluit') en de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011 par. 2.6.4.

<sup>23</sup> In het PE-Report wordt dit aangeduid als de '*legally distinct and separate enterprise*'.

In het Besluit is bovengenoemde analyse te herkennen door het voorschrijven om de conclusies van het PE-report en de AOA met betrekking tot de winstallocatie te volgen.<sup>24</sup> Het Besluit heeft echter geen constituerend effect, maar heeft enkel ten doel 'om nader inzicht te geven in de standpunten van de Staatssecretaris met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen'. Ook in de Nederlandse wetgeving zijn aanwijzingen voor toepassing van deze zelfstandigheidsfictie te herkennen. Art. 18 Wet VpB 1969 regelt de winst vaststelling van de Nederlandse vaste inrichting. In samenhang met art. 8 Wet VpB 1969, art. 8b Wet VpB 1969 en art. 3.8 Wet IB 2001 wordt de vaste inrichting als een zelfstandig en afzonderlijk functionerend onderdeel van de generale onderneming gezien. In navolging van het OMV wordt in de door Nederland gesloten verdragen ter voorkoming van dubbele belasting derhalve aangesloten bij deze zelfstandigheidsfictie.

### 2.2.2 Functionele en feitelijke analyse

Bij onafhankelijke ondernemingen bepalen juridisch bindende contracten of andere juridische regelingen welke activa de onderneming bezit en welke risico's de onderneming draagt. Deze overwegingen gelden ook bij verbonden lichamen. Bij de vaste inrichting ontbreekt een dergelijke feitelijke- en juridische basis. Zodoende worden in de eerste stap van de *FSE approach* op basis van een functionele- en feitelijke analyse de risico's, de functies, de bedrijfsmiddelen en het vermogen toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>25</sup>

De functionele- en feitelijke analyse is gericht op het identificeren en het vergelijken van economisch vergelijkbare significante activiteiten, opgenomen verantwoordelijkheden, gebruikte activa en genomen risico's door de partijen van een transactie. De doorslaggevende factor voor de vermogensetikettering van het hoofdhuis en de vaste inrichting is de zogenoemde *significant people functions* (hierna: *SPF's*).<sup>26,27</sup> Deze kunnen gesplitst worden in *SPF's* met betrekking tot het economische eigendom van activa en *SPF's* met betrekking tot het gelopen risico. Indien en voor zover de vaste inrichting de *SPF's* van de betreffende activa en risico's uitoefent, wordt de vaste inrichting als economisch eigenaar van die activa en risico's

---

<sup>24</sup> Het Besluit par. 3.

<sup>25</sup> Door het ontbreken van contractuele overeenkomsten bij vaste inrichtingen, dienen contractuele overeenkomsten afgeleid te worden uit accounting records en interne documentatie om het risico en het voordeel van activa te verdelen over de vaste inrichting en andere onderdelen van het lichaam. Zuiver genomen draagt, bij een vaste inrichting, het hele lichaam de risico's waardoor een splitsing niet mogelijk is.

<sup>26</sup> Voor financiële instellingen worden de *key entrepreneurial risk-takers* gehanteerd voor de verdeling van activa en risico's over hoofdhuis en vaste inrichting. De theorie achter deze afwijkende benadering in de financiële sector is de potentiële correlatie tussen het beheer van activa en risico. Hierdoor bestaat de mogelijkheid dat dezelfde personen belangrijke beslissingen maken met respect tot het management van activa als risico.

<sup>27</sup> Naast de *SPF's* dienen echter ook rekening te worden gehouden met andere factoren zoals het karakter van het vermogensbestanddeel, contractuele afspraken, economische omstandigheden en strategieën.



beschouwd met de daaraan verbonden baten en lasten. In het PE-report worden de *SPF's* als volgt gedefinieerd<sup>28</sup>:

*'The significant people functions relevant to the economic ownership are those which require active decision making with regard to taking on and management of individual risk and portfolios of risk'*

Aan de hand van de functionele analyse worden de volgende punten vastgesteld<sup>29</sup>:

- De toedeling aan de vaste inrichting van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit transacties tussen de generale onderneming en overige ondernemingen;
- De identificatie van de zogenoemde *SPF's* die relevant zijn voor de toebedeling van de economische eigendom van bedrijfsmiddelen gevolgd door de daadwerkelijke toebedeling van de economische eigendom van bedrijfsmiddelen aan de vaste inrichting;
- De vaststelling van de zogenoemde *SPF's* die relevant zijn voor het dragen van *risico's* en de allocatie van *risico's* aan de vaste inrichting;
- De identificatie van overige functies van de vaste inrichting;
- De vaststelling van *dealings* tussen de vaste inrichting en overige onderdelen van de generale onderneming; en
- De toerekening van kapitaal aan de vaste inrichting.

Aan de hand van de functionele- en feitelijke analyse worden activa en *risico's* gealloceerd aan de plaats waar de zogenaamde *SPF's* worden uitgeoefend. Ondanks deze definitie leidt het vaststellen van de *SPF's* in de praktijk vaak niet tot een eenduidig resultaat. De vaststelling kan immers zeer afhankelijk zijn van de industrie, maar er kunnen ook verschillen ontstaan tussen verschillende ondernemingen binnen de industrie. Met name kunnen zich de volgende vragen voordoen:

- Wat zijn functies?
- In welke mate dient, voor de vermogensetikettering, een persoon actief betrokken te zijn bij de besluitvorming over vermogensbestanddelen?
- Op welk niveau binnen de generale onderneming worden de *SPF's* beoordeeld?

---

<sup>28</sup> PE-report 2010: p. 17 par. 22.

<sup>29</sup> PE-report 2010: p. 21 par. 22.

### 2.2.2.1 Functies

In de verrekenprijrichtlijn worden functies omschreven als activiteiten en verantwoordelijkheden. Functies omvatten drie elementen: (I) de uitoefening van taken; (II) de toekenning van beslissingsbevoegdheden; en (III) de benodigde competenties (i.e. kennis en vaardigheden) om de opgedragen taken uit te oefenen. Indien één van deze drie elementen ontbreekt, is de functie niet compleet en kan dat gevolgen hebben voor de analyse. Volgens de OESO zijn de *SPF's*, die functies die zien op de belangrijkste winst genererende activiteiten in de onderneming, die uitgevoerd worden door het personeel van de onderneming:<sup>3031</sup>

*'The functional and factual analysis takes account of the functions performed by the personnel of the enterprise as a whole including the PE – 'people functions' – and assess what significance if any they have in generating the profits of the business. People functions can range from support or ancillary functions to significant functions relevant to the attribution of economic ownership of assets and/or the assumption of risk.'*

### 2.2.2.2 'Active decision making'

De OESO gaat in het bijzonder in op de *SPF's* met betrekking tot zelfontwikkelde immateriële activa.<sup>32</sup>

*'The significant people functions relevant to the determination of the economic ownership of internally created intangibles are those which require active decision-making with regard to the taking on and management of individual risk and portfolios of risks associated with the development of intangible property.'*

Op basis van deze definitie zijn de *SPF's* met betrekking tot een activum, die functies die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen over het aangaan en managen van de risico's. De OESO benadrukt het belang van 'active decision making' als volgt:<sup>33</sup>

*'...as the focus for determining the significant people functions relevant to the determination of economic ownership is on the active decision-making and management rather than on simply saying yes or no to a proposal...'*

Uit bovenstaande concludeer ik dat er niet snel sprake is van de vervulling van de voorwaarde 'active decision making'. De OESO biedt geen specifieke omschrijving van de voorwaarde omdat het sterk afhankelijk is van de onderneming. Er kan echter wel geconcludeerd worden dat bij de beslissing voor de

---

<sup>30</sup> In het kader van *non-people functions* wordt in het PE-report als voorbeeld een server, die op haar locatie (geautomatiseerde) functies uitoefent zonder aanwezigheid van personeel, genomen. In dat geval acht de OESO het enkel mogelijk om activa en risico's te alloceren indien deze direct gerelateerd zijn aan de server hardware. Zodoende kan in het algemeen geconcludeerd worden dat de OESO beperkte waarde aan *non-people functions* hecht, zodat deze doorgaans niet als significant worden gekwalificeerd. Zie in dit verband: PE-report 2010 p. 32 par. 95.

<sup>31</sup> PE-report 2010: p. 32 par. 91.

<sup>32</sup> PE-report 2010: p. 30 par. 85.

<sup>33</sup> PE-report 2010: p. 31 par. 87.

toerekening van vermogensbestanddelen aan een vaste inrichting streng wordt getoetst op de *active decision making* voorwaarde.

### 2.2.2.3 Niveau van de SPF

Naargelang de structuur van de onderneming, kan de *'active decision making'* verspreid zijn over de gehele onderneming. Met name bij het economische eigendom van immateriële activa is het moeilijk te bepalen of de beslissingsbevoegdheid op een hoog centraal strategisch niveau wordt bepaald door bijvoorbeeld het *senior management* of op een lokaal lager niveau.<sup>34</sup> De OESO neemt in ieder geval het standpunt in dat er doorgaans geen bewijs is voor een sterk gecentraliseerde beslissingsbevoegdheid. Zodoende is het uitgangspunt dat de *SPF's* ten aanzien van het economische eigendom van immateriële activa doorgaans op een lokaal niveau uit worden gevoerd; namelijk op het niveau waar het voortbrengen van het immateriële activa werkelijk wordt uitgevoerd.<sup>35</sup>

Om deze onduidelijkheid te voorkomen heeft de Staatssecretaris in het Besluit een nadere toelichting gegeven ten aanzien van de *SPF's*. *SPF's* worden gerelateerd aan de mensen die de activiteiten verrichten met betrekking tot het aangaan en beheren van risico's. Dit houdt in dat activa en risico's toegerekend worden aan de vaste inrichting op basis van de door natuurlijke personen verrichte functies die uitgevoerd worden bij de vaste inrichting. Daarbij gaat het om de zogenaamde *'day to day'* activiteiten die bij de bedrijfsvoering een bepalende rol spelen. De plaats waar deze activiteiten worden verricht is bepalend voor de allocatie van het economische eigendom van de activa en de door de onderneming gelopen risico's. Op deze manier tracht de Staatssecretaris de activiteiten van bij de vaste inrichting werkzame personen te toetsen aan de economische realiteit.

## 2.3 *'Dealings' en 'Transactions'*

Omdat de onderneming van een deelneming geen onderdeel vormt van de aandeelhouders en de vaste inrichting integraal onderdeel is van de generale onderneming, wordt door de OESO een onderscheid gemaakt tussen *transactions* (transacties tussen de generale onderneming en andere externe, (on)gelieerde partijen) en *dealings*<sup>36</sup> (overdrachten of betalingen binnen de generale onderneming). *Dealings* zien op een verandering van functies, economisch eigendom van bedrijfsmiddelen en risico's binnen de onderneming.<sup>37</sup> Strikt genomen zou dit betekenen dat bij elke verandering in het gebruik van een

<sup>34</sup> PE-report 2010: p. 37 par. 117.

<sup>35</sup> PE-report 2010: p. 31 par. 87.

<sup>36</sup> Voorbeelden hiervan zijn het aanwenden van (im)materiële vermogensbestanddelen door de vaste inrichting die door het hoofdhuis zijn aangeschaft c.q. ontwikkeld of vice versa. Daarnaast kan het voorkomen dat de vaste inrichting diensten van het hoofdhuis ontvangt of vice versa.

<sup>37</sup> VN The 2010 update to the model tax convention; approved by the OECD Council on 22 July 2010 VN 2010/39.2.

bedrijfsmiddel, een overeenkomstige mutatie in het vermogen van het hoofdhuis dan wel de vaste inrichting tot gevolgen heeft. In het PE-report 2006 is ter voorkoming van deze ondoenlijke administratieve exercitie opgenomen dat pas op het moment dat het hoofdkantoor het bedrijfsmiddel niet langer nodig heeft, deze naar verkoopanalogie geadministreerd dient te worden.<sup>38</sup> In het PE-Report 2010 ontbreekt deze bepaling, maar wordt verondersteld dat in bijzondere omstandigheden een andere benadering dan de *place of use* kunnen rechtvaardigen. In de Nederlandse jurisprudentie en het Besluit wordt het tijdelijk ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aangemerkt als een bijzondere omstandigheid.<sup>39</sup> Dientengevolge geschiedt de toerekening niet volgens het werkelijk gebruik, maar de *SPF's*, waardoor de realisatie van vermogenswinst achterwege kan blijven. Naar mijn mening sluit deze visie aan bij de zelfstandigheidsfictie, aangezien de verhuur van bedrijfsmiddelen aan onafhankelijke derde slechts leidt tot huuropbrengsten en niet tot het nemen van verkoopwinst.

Transacties tussen de aandeelhouder en de deelneming leiden tot winstneming waarbij conform art. 8b Wet VpB 1969 een zakelijke prijs gehanteerd dient te worden. Bij overdrachten van vermogensbestanddelen binnen de generale onderneming kan dat, ondanks de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting, anders liggen. De vaste inrichting blijft immers integraal onderdeel van de generale onderneming waardoor er één belastingplichtige is die voor de in totaliteit behaalde winst in de heffing wordt betrokken. Zodoende wordt aan de hand van een functionele- en feitelijke analyse bepaald of een reële en identificeerbare gebeurtenis heeft plaatsgevonden en of deze erkend wordt c.q. in aanmerking moet worden genomen als een *dealing* met economische relevantie tussen de vaste inrichting en een ander onderdeel van de generale onderneming. Daarbij wordt door het gebrek aan juridisch bindende contracten een groter belang toegerekend aan de boekhouding en overige interne documentatie. Deze vormen dan ook een goed startpunt voor de erkenning van interne *dealings*. Desalniettemin fungeert de administratie slechts als indicatie en niet als doorslaggevende factor. De administratie moet een daadwerkelijk en identificeerbare gebeurtenis doen blijken (bijvoorbeeld een fysieke transfer van voorraad, dienstverlening, het gebruik van immateriële activa en de verandering van het daadwerkelijke gebruik van vermogensbestanddelen of financiële middelen), die beoordeeld wordt door een functionele- en feitelijke analyse. Indien de gebeurtenis afdoende economische relevantie heeft in de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting, kwalificeert deze als een *dealing*. Ondanks het gebrek aan juridische werking van deze

---

<sup>38</sup> Pijl, H. Het besluit winsttoerekening 2011: Kritiek, *NtFR* 2011/440.

<sup>39</sup> Het tijdelijk ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen wordt in paragraaf 2.5.3 behandeld.

interne documentatie schrijft de OESO voor dat belastingdiensten deze kunnen aanvaarden indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan<sup>4041</sup>:

- De documentatie komt overeen met hetgeen volgt uit de functionele- en feitelijke analyse (c.q. de economische werkelijkheid).
- De documentatie en afspraken met betrekking tot de *dealing* komen in zijn geheel overeen met de documentatie en afspraken die zouden zijn gemaakt door onafhankelijke onderneming.
- De gedocumenteerde *dealing* is niet in strijd met de beginselen van het PE-rapport 2010.

Door middel van deze 'drempel' beoogt de OESO het risico van artificiële winstverschuivingen te voorkomen.

De Hoge Raad hanteert in HR 25 november 2005, BNB 2007/117 en HR 8 november 1989, BNB 1990/36 een zakelijkheidstoets<sup>42</sup> voor de erkenning van *dealings*, waarbij expliciet twee uitzonderlijke gevallen worden benoemd waarin niet aan de 'zakelijkheid' getwijfeld kan worden: interne leverancierskredieten en 'advances' tussen onderdelen van een financiële onderneming als bedoeld in het OESO-commentaar.<sup>43</sup> Peeters<sup>44</sup> toetst de 'zakelijkheid' aan de hand van de volgende voorwaarden:

- De ondernemingsactiviteiten van personen werkzaam in die vaste inrichting moeten als gevolg van de desbetreffende interne transacties daadwerkelijk wijzigingen hebben ondergaan; en/of
- De interne transfer van goederen of diensten en de bijbehorende facturering moet in beginsel soortgelijk zijn aan die met betrekking tot niet-gelieerde derden.

Aangezien zowel de OESO als de Hoge Raad aansluiten bij de economische realiteit, bevatten de onderscheiden gehanteerde criteria veel overeenkomsten. De erkenning van *dealings* aan de hand van de 'zakelijkheidstoets' of de 'drempeltoets' zal naar mijn verwachting dan ook doorgaans tot eenzelfde resultaat leiden. Dit ligt enigszins ook wel voor de hand, aangezien de OESO streeft naar consensus in de lidstaten en daarbij zal hebben (kunnen) verwijzen naar de verschillende nationale rechtspraktijken.

Vanaf 2008 en met de gedeeltelijke implementatie van het PE-Report 2008 gaat de OESO steeds verder bij het in aanmerking nemen van *dealings*. Ingevolge art. 7, lid 2 OMV (nieuw) dienen *dealings* in

---

<sup>40</sup> PE-report 2010: p. 48 Par. 181.

<sup>41</sup> Indien aan deze 'threshold' (drempel) wordt voldaan is er, aldus de OESO, wordt de *dealing* erkend.

<sup>42</sup> Ook wel realiteitstoets genoemd.

<sup>43</sup> Rechtsoverweging 3.2.2. zoals bedoeld in het OESO-commentaar bij art. 7 OMV, par. 19.

<sup>44</sup> Peeters, P.J.J.M., 'Winsttoerekening aan de vaste inrichting', *TFO* 2011/122.

overeenstemming met de zelfstandigheidsfictie in aanmerking te worden genomen bij de winstbepaling van de vaste inrichting:

*‘... Profits to be attributed to the PE must also be based on the hypothetical separate and independent enterprise, acting as such also in its dealings with other parts of the enterprise...’*

Door deze vedergaande verzelfstandiging van de vaste inrichting, worden interne diensten beoordeeld als ware concerndiensten. Dit betekent dat een zakelijke winstopslag in aanmerking wordt genomen indien het hoofdhuis een dienst verricht ten behoeve van de vaste inrichting (of vice versa) en deze dienst economische en/of commerciële waarde toevoegt ter verbetering van de commerciële positie van de vaste inrichting.<sup>45</sup>

## 2.4 Toerekening van activa

Voor de toerekening van bedrijfsmiddelen en risico's aan niet-gelieerde lichamen worden juridisch bindende contracten of soortgelijke juridische regelingen, die de economische werkelijkheid reflecteren, als uitgangspunt genomen. In de context van vaste inrichtingen is dit door het ontbreken van een civiele zelfstandigheid (en daarmee ook de mogelijkheid tot het sluiten van juridische contracten) anders, waardoor het niet mogelijk is het juridische eigendom, de gelopen risico's en het kapitaal bij een specifiek onderdeel van de generale onderneming neer te leggen. Dientengevolge is door de OESO<sup>46</sup> en in de Nederlandse jurisprudentie<sup>47</sup> een alternatieve methode ontwikkeld voor de toerekening van activa en risico's.

### 2.4.1 Visie van de OESO

Door het ontbreken van een civiele zelfstandigheid van de vaste inrichting wordt voor de belastingplicht van de vaste inrichting aangesloten bij het economische eigendom van vermogensbestanddelen. Zoals reeds beschreven blijkt het economische eigendom uit de functionele- en feitelijke analyse, dan wel meer specifiek *de SPF's relevant to the determination of economic ownership*.<sup>48</sup> In tegenstelling tot de toerekening van vermogensbestanddelen binnen een generale onderneming op basis van de *SPF's*,

---

<sup>45</sup> Pötgens, F.P.G., Raad C. Van., *Studenteneditie Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer, par. 3.0.5.B, sub f.

<sup>46</sup> De OESO heeft in juli 2008 een viertal rapporten gepubliceerd inzake de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen. In deze rapporten wordt een nieuwe methode van winstallocatie aan de vaste inrichting uiteengezet die behoorlijk afwijkt van de gangbare OESO-visie. Ingevolge deze methode vindt de toedeling van bedrijfsmiddelen en risico's plaats op basis van de zogenoemde *SPF's*.

<sup>47</sup> Kortweg worden in de Nederlandse jurisprudentie bedrijfsmiddelen gealloceerd over hoofdhuis en vaste inrichting op basis van een functionele- economische analyse. Daarbij is het uitgangspunt, zoals in HR 7 mei 1997, BNB 1997/264 en in HR 20 december 2002, BNB 2003/246, de dienstbaarheid het uitgangspunt. Uit HR 27 april 1960, BNB 1960/167 bleek echter dat andere factoren, zoals het werkelijk gebruik en de bedoeling van de ondernemer zoals blijkt uit de boekhouding, ook een rol kunnen spelen.

<sup>48</sup> PE-report 2010: p. 28, par. 72.

overweegt de OESO ook de toerekening van vermogensbestanddelen binnen een generale onderneming op basis van de *place of use* (ofwel, het werkelijk gebruik).<sup>49</sup> In het OESO-commentaar van 2008 wordt uit pragmatische redenen de toerekening van materiële activa aan de vaste inrichting op basis van de *place of use* toegestaan, tenzij bijzondere omstandigheden een andere benadering rechtvaardigen.<sup>50</sup>

De OESO gaat ervan uit dat beide methoden resulteren in dezelfde uitkomst. Toch is het van belang om te realiseren dat de etikettering van materiële activa bij beide methoden leidt tot een verschillend resultaat. Indien vermogensbestanddelen worden toegerekend op basis van de *SPF's*, wordt de vaste inrichting slechts als huurder bestempeld. Daarentegen wordt de vaste inrichting bestempeld als eigenaar indien vermogensbestanddelen worden toegerekend op basis van het werkelijk gebruik. De OESO acht dit verschil niet significant aangezien de vaste inrichting als huurder recht heeft op aftrek van een zakelijke huursom en als eigenaar recht heeft op aftrek van de afschrijving en de rentekosten indien het vermogensbestanddeel (deels) is gefinancierd door vreemd vermogen. De zakelijke huursom is het bedrag dat bij een onafhankelijke derde, die in dezelfde omstandigheden verkeert als de vaste inrichting, zou kunnen worden bedongen en zal in de regel bestaan uit de componenten afschrijving, interest en winst. Ingevolge art. 8 Wet VpB 1969 juncto art. 3.25 Wet IB 2001 is de totale huursom van een vermogensbestanddeel, mits zakelijk bepaald, volledig aftrekbaar. Daarentegen wordt de afschrijving op vermogensbestanddelen sinds 2007 beperkt ingevolge art. 3.30 Wet IB 2001, zodat de Nederlandse vaste inrichting jaarlijks slechts 20% van de aanschaffings- of voortbrengingskosten van het bedrijfsmiddel in aftrek kan brengen. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat deze aftrekbeperking wordt doorberekend in de huurprijs waardoor een verschil in aftrekbare kosten ontstaat. Hieruit blijkt dat in een aantal lidstaten, nationale bepalingen en de voorschriften van de OESO niet altijd op elkaar aansluiten. Deze uitkomst is onvermijdelijk; de OESO kan immers niet met alle nationale wetgevingen rekening houden.

Desalniettemin is de uiteindelijke keuze voor de OESO om de *SPF's* als allocatiecriterium te hanteren evident, gezien het grote belang van de functionele analyse ten behoeve van de toepassing van het arm's-length beginsel. Volgens het arm's-length beginsel dienen de voorwaarden bij transacties tussen gelieerde onderneming in overeenstemming te zijn met de voorwaarden van vergelijkbare transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen. De transacties worden kortweg vergeleken aan de hand van vijf vergelijkbaarheidscriteria<sup>51</sup> en zes transfer-pricing methoden<sup>52</sup>. Bij de functionele- en feitelijke analyse wordt

---

<sup>49</sup> PE-report 2010: p. 75, par. 50.

<sup>50</sup> In het Besluit wordt de tijdelijke terbeschikkingstelling aan de vaste inrichting genoemd als bijzondere omstandigheid die een andere benadering rechtvaardigt.

<sup>51</sup> Vergelijkbaarheidscriteria: product/dienst, functies met inbegrip van bezittingen en risico's, contractuele voorwaarden, industrie en strategie (VP richtlijnen, par. 1.17).

een herkenbare vergelijkingsmethode toegepast. Deze identificeert en vergelijkt namelijk transacties tussen gelieerde ondernemingen met economisch vergelijkbare significante transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen.

Zoals eerder genoemd kunnen de *SPF's* met betrekking tot het economische eigendom van activa en de *SPF's* met betrekking tot het risico enige overlapping tonen. Met name in de financiële sector komt het vaak voor dat dezelfde significante functies relevant zijn voor het betreffende activum als de daaraan verbonden risico's. Naast het onderscheiden van verschillende functies is het daarom ook van belang om het relatieve belang van deze functies te bepalen. Door de speciale relatie tussen activa en risico's in specifieke sectoren, zoals in de financiële sector, is het onder de AOA toegestaan het economische eigendom van activa en risico's toe te rekenen aan de vaste inrichting aan de hand van de '*key entrepreneurial risk-taking functions*' (hierna: KERT-functies). Deze worden als volgt gedefinieerd<sup>53</sup>:

*'The key entrepreneurial risk-taking functions are those which require active decision-making with regard to the acceptance and/or management (subsequent to the transfer) of individual risks and portfolios of risks.'*

Voor de toewijzing van de KERT-functies staat de beslissingsmacht met betrekking tot de belangrijkste winstgeneratoren van de onderneming centraal. Het belang van deze beslissingsbevoegdheid wordt ook bevestigd in de Nederlandse jurisprudentie. Zo werd in HR 24 mei 2002, BNB 2002/320 beslist dat bij de verplaatsing van een dochtermaatschappij naar de Nederlandse Antillen waarin de pensioenverplichting jegens de directeur en enig aandeelhouder is opgenomen, die verplichting niet tot de buitenlandse vaste inrichting behoorde aangezien het beheer niet berustte bij het buitenlandse trustkantoor. De vennootschap werd daarom geacht haar onderneming mede te drijven met behulp van een vaste inrichting op de Nederlandse Antillen. Daarbij heeft het Hof geoordeeld dat de door de dochter ingeschakelde Antilliaanse trustkantoor niet bevoegd was beslissingen te nemen met betrekking tot de pensioenverplichting waardoor uitsluitend het beheer was over gebracht naar de vaste inrichting. Aan dit oordeel heeft het Hof de gevolgtrekking verbonden dat de pensioenverplichting bleef behoren tot het vermogen van de in Nederland gedreven onderneming.

Bij het bankbedrijf kan gedacht worden aan productontwikkeling (de creatie van financiële activa) en het managen van de risico's verbonden aan het ontstane activum (beheer). Het is echter afhankelijk van de feiten en omstandigheden waar de KERT-functies zijn gelegen. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat het

---

<sup>52</sup> Transfer-pricingmethoden: comparable uncontrolled price ('CUP'), resale price, cost plus, profit split en transactional net margin method. Daarnaast staat de OESO iedere andere methode toe die tot een arm's-length prijs leidt. (VP richtlijnen par. 1.68, 2.1 en 3.1).

<sup>53</sup> PE-report 2010 p. 66, par. 8.



bedrijfsonderdeel dat het product heeft ontwikkeld niet het risico verbonden aan de transactie draagt. Het economische eigendom van de financiële activa (gepaard met de inkomsten uit en de kosten die gemaakt worden voor het beheer van de activa) word(t)(en) in beginsel toegerekend aan het bedrijfsonderdeel dat de aan het product verbonden risico's heeft geëvalueerd en de actieve beslissing heeft genomen om het risico te aanvaarden. Het bedrijfsonderdeel dat het product heeft ontwikkeld, maar niet het risico verbonden aan de transactie draagt, ontvangt een arm's-length vergoeding voor de ontwikkeling van het product. Indien de KERT-functies door een aantal bedrijfsonderdelen worden uitgevoerd, dient het activum pro-rato te worden toegerekend.

Tot slot kan een vaste inrichting een *treasury* functie vervullen binnen de onderneming. Dit betekent dat de vaste inrichting een bancaire functie vervult en de gehele onderneming voorziet van kapitaal. Zodoende zijn de activiteiten van de vaste inrichting vergelijkbaar met algemene handelsactiviteiten van een financiële instelling. Volgens het PE-report worden interne interest *dealings* enkel erkend indien en voor zover er sprake is van *treasury* activiteiten die als *SPF's* kunnen worden aangemerkt. Nederland hanteert echter een afwijkend uitgangspunt; naar het oordeel van de Staatssecretaris kan het bestaan van een *treasury* functie alleen leiden tot het in aanmerking nemen van interne rente indien de lening afkomstig is van externe partijen.<sup>54</sup>

## 2.4.2 Nederlandse visie

De allocatie van vermogensbestanddelen over hoofdhuis en vaste inrichting is in de Nederlandse jurisprudentie regelmatig aan de orde geweest. Nog steeds is er geen heldere lijn in de rechtspraak te herkennen, maar bieden (met name recente) arresten enige houvast.

### 2.4.2.1 Dienstbaarheid

In HR 7 mei 1997, BNB 1997/264 drijft Belanghebbende haar onderneming onder andere door middel van een vaste inrichting. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat indien gelden die aan een belastingplichtige zijn opgekomen via een buitenlandse vaste inrichting, niet dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting, zij in het algemeen geen deel uit maken van het vermogen daarvan. Derhalve vormt de opbrengst van zodanige gelden geen winst van de vaste inrichting. Indien de gelden worden verantwoord in de rekening-courant ten gunste van de vaste inrichting kan rente daarover niet als winst van die vaste inrichting worden beschouwd, te minder indien, als in casu, geen rente is geboekt. In dit geval is er geen aanleiding voor de veronderstelling dat de door belanghebbende in rekening-courant geboekte gelden op enigerlei dienstbaar waren aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Derhalve werd beslist dat bij

---

<sup>54</sup> Deze problematiek wordt nader behandeld in hoofdstuk 3.

de berekening van de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting geen bedrag in aanmerking kon worden genomen ter zake van met die gelden behaalde of daaraan toe te rekenen opbrengsten.

In HR 20 december 2002, BNB 2003/246 houdt de ter beurzen genoteerde topholding H, gevestigd in Engeland, de aandelen in de naar Engels recht opgerichte tussenhoudster I, die een vaste inrichting heeft in Nederland en aandelen in belanghebbende, een zogenoemde 'dividendmixer'. Het Hof heeft geoordeeld dat het aandelenbezit van tussenhoudster moet worden toegerekend aan de vaste inrichting, omdat er buiten de vaste inrichting in Nederland geen ondernemingsactiviteiten werden uitgeoefend door de tussenhoudster, en in aansluiting daarop dat de gehele onderneming van de tussenhoudster werd uitgeoefend door de vaste inrichting in Nederland. Mitsdien kon op de dividenden van belanghebbende aan de tussenhoudster ingevolge art. 4 lid 2 Wet DB 1965 inhouding van dividendbelasting achterwege worden gelaten. Desalniettemin besliste de Hoge Raad echter dat de aandelen in belanghebbende niet tot vaste inrichting behoorden. Het feit dat de tussenhoudster, zoals het Hof heeft vastgesteld, over vrijwel geen andere activa dan de aandelen in belanghebbende, de inventaris van een kantoor en over geen ander personeel dan een voor de vaste inrichting in Nederland werkzame persoon en diens secretaresse heeft, houdt nog niet in dat de aandelen *dienstbaar* waren aan de activiteiten van de vaste inrichting. Volgens de Hoge Raad valt niet in te zien dat de werknemer zijn werkzaamheden niet kon verrichten zonder bevoegdheden uit te oefenen die waren verbonden aan de aandelen in belanghebbende. De uitkomst toont het belang van specifieke feiten en omstandigheden ter beoordeling van het 'dienstbaarheids criterium'. De Staatssecretaris heeft in het Besluit van 13 juni 2001, nr. CPP 2001/1045M, BNB 2001/390 voor het verstrekken van zekerheid vooraf zelfs additionele en stringentere voorwaarden gesteld aan de toerekening van deelnemingen aan het vermogen van een in Nederland gevestigde vaste inrichting.<sup>55</sup>

Op basis van de bovengenoemde arresten worden vermogensbestanddelen opgenomen in het vermogen van de vaste inrichting indien deze *dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting*. Dit wordt bepaald aan de hand van een functioneel-economische analyse waarbij gekeken wordt naar de activiteiten van de werkzame natuurlijke personen ten behoeve van de vaste inrichting. Deze activiteiten worden vervolgens getoetst aan de economische realiteit. Kemmeren en Peeters<sup>56</sup> hanteren ter beoordeling van het door de Hoge Raad ontwikkelde 'dienstbaarheid' criterium de activiteiten- en de vermogenstoets.<sup>57</sup> Volgens deze toetsen dienen vermogensbestanddelen te worden toegerekend aan de

---

<sup>55</sup> De toerekening van deelnemingen aan het vermogen van een in Nederland gevestigde vaste inrichting zal nader worden behandeld in par. 2.5.4.

<sup>56</sup> Peeters, P.J.J.M., zie noot 44.

<sup>57</sup> Zie voor een alternatieve beoordeling: Burgers, I.J.J., 'Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen', *NtFR* 2004-908.

vaste inrichting indien de winst behaald met de betreffende vermogensbestanddelen wordt veroorzaakt door de werkzaamheden van de vaste inrichting (activiteitentoets)<sup>58</sup> en met het vermogen dat aan de vaste inrichting is toe te rekenen (vermogenstoets)<sup>59</sup>. Zodoende wordt een koppeling gemaakt tussen de door natuurlijke personen verrichte relevante activiteiten en de vermogenstoerekening. Naar mijn mening heeft deze benadering overeenkomsten met de door de OESO gehanteerde *SPF's* (functies/activiteiten die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen over het aangaan en beheren van de risico's van de activiteiten binnen de onderneming) voor de toerekening van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting. Het door de Hoge Raad ontwikkelde 'dienstbaarheid' criterium en de door de OESO ontwikkelde *SPF's* leiden dan ook tot hetzelfde resultaat, zodat beide conclusies elkaar ondersteunen.

De concrete uitwerking van de functioneel-economische toerekening kan uiteenlopen per type vermogensbestanddeel. Naast de gevolgtrekking uit de activiteiten- en vermogenstoets kunnen andere factoren ook van belang zijn voor de toerekening van vermogensbestanddelen, zoals het werkelijke gebruik van vermogensbestanddelen binnen de vaste inrichting<sup>60</sup> of de bedoeling van de onderneming zoals blijkt uit de boekhouding<sup>61</sup>. Dit was het geval in HR 27 april 1960, BNB 1960/167. In casu exploiteerde een Belgische vennootschap een Nederlandse textielfabriek (hierna: Belanghebbende). Belanghebbende betrok haar grondstoffen uit de Belgische vennootschap en transfereerde de geldelijke opbrengsten weer naar de Belgische vennootschap. Ten gevolge van de bezettingsomstandigheden in 1943 werden de activiteiten in Nederland stilgelegd en bleven de liquide middelen, welke onder normale omstandigheden aan het hoofdhuis zouden zijn overgemaakt, achter. Belanghebbende belegde vervolgens bovengenoemde geldmiddelen in een effectenportefeuille. Het geschil betrof de vraag of de aangekochte effecten tot het vermogen van de Nederlandse textielfabriek behoorden. De Hoge Raad volgde het oordeel van het Hof waarin de aangekochte effecten toerekenbaar zijn aan het vermogen van de Nederlandse textielfabriek. Hierbij speelden de volgende overwegingen een beslissende rol: (I) Belanghebbende heeft de opbrengsten van de effecten steeds verantwoord in haar Nederlandse belastingaangiften als winst van het Nederlandse bedrijf en opgenomen in de boekhouding van het Nederlandse bedrijf; (II) de effecten vormden de belegging van kasgelden van de Belanghebbende; en (III) de beleggingshandeling vond plaats in Nederland. Op basis van de bovengenoemde overwegingen oordeelde het Hof alsmede de Hoge Raad dat het effectenbezit voor het betrokken jaar als opbrengst van de Nederlandse bedrijfsinrichting opgenomen dient te worden. Ondanks dat de Hoge Raad in casu niet spreekt over de mogelijkheid tot keuzevermogen,

---

<sup>58</sup> Zie onder meer HR 31 maart 1952, BNB 1954/180.

<sup>59</sup> Zie onder meer HR 7 mei 1997, BNB 1997/264, HR 20 december 2002, BNB 2003/246, HR 9 april 2004, BNB 2004/214, HR 23 april 2007, BNB 2007/117.

<sup>60</sup> Zie HR 16 november 1956, BNB 1956/10.

<sup>61</sup> Zie HR 7 mei 1997, BNB 1997/264.

brengt het Hof expliciet onder woorden, dat deze mogelijkheid voor de effecten bestaat en acht daarvoor beslissend de wil van de vaste inrichting zoals deze in haar boekhouding tot uiting is gekomen. De Hoge Raad past daarmee het in het PE-report gehanteerde beslissingsbevoegdheidscriterium toe voor de toerekening van vermogensbestanddelen. Mijn inziens staat deze conclusie haaks op de formulering van de Hoge Raad dat gelden die zijn opgekomen in de uitoefening van de onderneming geen deel meer uitmaken van het vermogen daarvan, als deze gelden niet dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Aan de hand van het dienstbaarheids criterium dienen de opbrengsten uit de effecten dan ook niet tot de winst van de vaste inrichting gerekend te worden.

#### 2.4.2.2 Keuzevermogen

In de literatuur en de jurisprudentie bestaat discussie over de vraag of een bedrijfsmiddel als keuzevermogen aangewezen kan worden, indien de dienstbaarheid van het bedrijfsmiddel aan de vaste inrichting ontbreekt.<sup>62</sup> Daarbij wordt een parallel getrokken met de regels omtrent de vermogensetikettering uit de Wet IB 2001. In de Wet IB 2001 wordt onderscheid gemaakt tussen verplicht zakelijk vermogen, verplicht privévermogen en keuzevermogen. In het kader van de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, zou een bedrijfsmiddel dat uitsluitend dienstbaar is aan de vaste inrichting verplicht toegerekend kunnen worden aan het vermogen van die vaste inrichting.<sup>63</sup> Indien het bedrijfsmiddel echter aan zowel het hoofdhuis als aan de vaste inrichting dienstbaar is, kan aangesloten worden bij het keuzevermogen. Indien een bedrijfsmiddel uitsluitend dienstbaar is aan het hoofdhuis, kan het bedrijfsmiddel verplicht toegerekend worden aan het vermogen van het hoofdhuis.

In de jurisprudentie is de aanvaardbaarheid van het onderscheid tussen keuze en verplicht vaste-inrichtingsvermogen niet altijd duidelijk geweest. In het verleden werd deze keuzemogelijkheid bijvoorbeeld verdedigd in HR 19 juni 1985, BNB 1985/274 en HR 8 november 1989, BNB 1990/36. Ook in de literatuur wordt deze keuzemogelijkheid ondersteund. Naar de mening van Nobel<sup>64</sup> en van Raad<sup>65</sup> dient analoog aan de natuurlijke persoon-ondernemer, in het generale vermogen 'verplicht vaste-inrichtingsvermogen' en 'keuze vaste-inrichtingsvermogen' te worden onderscheiden. Bovendien beschouwt van Brunschot<sup>66</sup> het als een beperking als een internationaal opererende ondernemer geen keuzevrijheid<sup>67</sup> toekomt ter zake van de

---

<sup>62</sup> Zie onder andere Kemmeren, E.C.C.M., 'Vermogensetikettering bij een vi', *WFR* 2003/1965 en *WFR* 2003/2005; Feskens, Th., 'Het Baggerarrest is boven water', *WFR* 1986/203; HR 19 juni 1985, BNB 1985/274 en HR 8 november 1989, BNB 1990/36.

<sup>63</sup> In de literatuur wordt ook wel de terminologie 'effectively connected' gehanteerd. Zie bijvoorbeeld Tol, M.C. en Wolf, M., van der, 'Fiscale problematiek ronde de buitenlandse vaste inrichting of dochter', Den Haag: DELWEL, 1993, p. 29.

<sup>64</sup> Zie in dit verband Nobel, 'Belastingheffing van ondernemingen met vaste inrichtingen', FED Fiscale Brochures, FED Deventer, eerste druk 1973 p. 19.

<sup>65</sup> Pötgens, F.P.G. en Raad, Van., C., zie noot 45, par. 2.5.2.C, sub b.

<sup>66</sup> Zie noot HR 19 juni 1985, BNB 1985/274.

<sup>67</sup> Uiteraard binnen de grenzen der redelijkheid.

allocatie van bedrijfsmiddelen die in het vergelijkbare geval, te weten de belastingplichtige die zijn ondernemingsvermogen afbakent, niet gelegen is. Hij heeft daarbij met name de situatie van een internationaal opererende ondernemer voor ogen, die een zekere ruimte nodig heeft waarbinnen de ondernemer naar subjectieve inzichten, blijkende uit zijn commerciële administratie, vermogensbestanddelen kan alloceren. Daarnaast kan de situatie voordoen dat een vermogensbestanddeel dienstbaar is aan het hoofdhuis en de vaste inrichting. De *SPF's* zouden er dan toe moeten leiden dat activa gesplitst toegerekend worden aan de vaste inrichting en het hoofdhuis. Ondanks de geleverde kritiek laat de OESO zich niet uit over deze kwestie.

Toch lijkt op basis van de Nederlandse jurisprudentie en literatuur bij de toerekening van vermogensbestanddelen geen keuzevrijheid voor de belastingplichtige te bestaan. Met name als gevolg van het *baggerarrest* kan worden opgemerkt dat voor de etikettering van bedrijfsmiddelen van de vaste inrichting geen ruimte bestaat voor een subjectieve invulling door belastingplichtige, doch dat deze afhangt van het door de Hoge Raad ontwikkelde 'dienstbaarheid' criterium. Romyn onderschrijft deze conclusie in HR 7 mei 1997, BNB 1997/264, waarin is beslist dat gelden die aan een belastingplichtige zijn opgekomen in de uitoefening van zijn onderneming door middel van een vaste inrichting niet deel uitmaken van het vermogen van die vaste inrichting indien deze niet dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Deze visie sluit aan bij zowel de feitelijke- en functionele benadering in het OESO-commentaar als het PE-Report. Ook in HR 25 november 2005, BNB 2007/117 verwerpt de Hoge Raad de keuzevrijheid van een in België gevestigde hoofdhuis bij de toerekening van schulden aan het vermogen van de in Nederland gelegen vaste inrichting. Hoewel het in casu de allocatie van een schuld aan de vaste inrichting betrof, kan worden aangenomen dat de Hoge Raad eenzelfde visie op de allocatie van activa aan een vaste inrichting volgt.<sup>68</sup>

Om deze ondoorzichtige situatie weg te nemen, acht Brood<sup>69</sup> het mogelijk dat de Hoge Raad in de toekomst zal tenderen naar het hanteren van meer objectieve criteria bij het vaststellen waartoe bepaalde vermogensbestanddelen behoren. Hierdoor zal er volgens hem minder snel sprake zijn van keuzevermogen. In zijn beredenering slaagt hij er echter niet in een tastbaar objectief onderscheidend criterium aan te wijzen, zodat ik deze propositie ongefundeerd beschouw. Bovendien acht ik het bezwaarlijk dat in deze discussie voorbij wordt gegaan aan de doelstelling van het keuzevermogen in de inkomstenbelasting. Het uitgangspunt in de vermogensetikettering is dat de IB-ondernemer, enkel ten

---

<sup>68</sup> Deze conclusie wordt mede gedeeld door R.J. de Vries (ingevolge zijn annotatie bij BNB 2007/117 onderdeel 4) en A-G Wattel (ingevolge zijn annotatie bij BNB 2007/117, onderdeel 7.7).

<sup>69</sup> Brood, E.A. en Krebbers, J. Th., *'Compendium van het Nederlands internationaal belastingrecht'*, Kluwer Deventer, 1992, p. 93.

aanzien van vermogensbestanddelen waarvan de aard en functie niet duidelijk aangeven of deze privé en/of zakelijk worden gebruikt, binnen de grenzen der redelijkheid kan uitmaken of zij tot het ondernemingsvermogen dan wel tot het privévermogen behoren (keuzevermogen). Daarbij ligt het belang in de mogelijkheid tot boxenarbitrage dat het boxensysteem in de Wet IB 2001 meebrengt. Dit is in principe een puur nationale aangelegenheid. Een pand dat gemengd wordt gebruikt, maar binnen de grenzen der redelijkheid door de IB-ondernemer wordt aangemerkt als privévermogen, gaat enkel ten koste van de winstgrondslag maar niet ten koste van de Nederlandse belastinggrondslag. In het kader van het hoofdhuis en de vaste inrichting is dit anders. Ik betwijfel dan ook of de Nederlandse vermogensetiketteringregels, inzake de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, naar analogie kunnen worden toegepast.

#### *2.4.3 Tijdelijk- en duurzaam ter beschikking stellen*

Zoals eerder beschreven kan het voorkomen dat bepaalde bedrijfsmiddelen zijn aangekocht ten behoeve van het hoofdhuis of de vaste inrichting en na verloop van tijd door een ander deel van de onderneming worden gebruikt. Evenals door de OESO, wordt ook door Nederland bij een dergelijk gebruik van een bedrijfsmiddel niet zondermeer een overdracht geconstateerd. Daartoe maakt Nederland een onderscheid tussen duurzame- en tijdelijke terbeschikkingstelling van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting.<sup>70</sup> Indien een bedrijfsmiddel duurzaam ter beschikking wordt gesteld aan de vaste inrichting, wordt naar koop-verkoop analogie de vaste inrichting als economisch eigenaar van het bedrijfsmiddel beschouwd. Dit betekent dat het bedrijfsmiddel het vermogen van dat gedeelte van de onderneming dat het ter beschikking stelt verlaat en wordt opgenomen in het vermogen van de buitenlandse vaste inrichting.<sup>71</sup> Indien het bedrijfsmiddel tijdelijk ter beschikking wordt gesteld aan de vaste inrichting, wordt een huur-verhuuranalogie gevolgd voor zover deze 'interne' overeenkomst wordt erkend. De overeenkomst wordt erkend indien de functionele- en feitelijke analyse een daadwerkelijke en identificeerbare gebeurtenis, die afdoende economische relevantie heeft in de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting, representeert. Voorts wordt een arm's-length prijs voor de verhuur bepaald op grond van c.q. naar analogie van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen 2010. Daarentegen worden (externe) kosten<sup>72</sup> aan de vaste inrichting doorberekend indien de 'interne' verhuurovereenkomst niet wordt erkend. Zodoende is er geen sprake van vermogenstoerekening, maar van kostenallocatie.

---

<sup>70</sup> HR 23 januari 1974, BNB 1986/100 en de toelichting bij art. 9 van het BvdB.

<sup>71</sup> De fiscale gevolgen ten aanzien van het onderscheid tussen het tijdelijke- en duurzame ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen worden nader behandeld in hoofdstuk 4.

<sup>72</sup> Dit betreft de doorberekening van generale kosten zonder winstopslag, die doorgaans bestaat uit afschrijvingskosten (op basis van historische kostprijs of boekwaarde), en eventuele onderhouds- of rentekosten.

De OESO gaat bij toerekening van materiele activa uit van de *SPF's*, tenzij bijzondere omstandigheden een andere methode (de *place of use*), rechtvaardigt. Het begrip 'bijzondere omstandigheden' wordt door de OESO nergens nader toegelicht, zodat afgevraagd kan worden of het tijdelijk ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen gekwalificeerd kan worden als een 'bijzondere omstandigheid'. Toch maken de Staatssecretaris<sup>73</sup> en Pijl<sup>74</sup> een koppeling tussen het tijdelijk ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen en een 'bijzondere omstandigheid' die een andere benadering rechtvaardigt dan de vermogenstoerekening op basis van de *place of use*, zodat het Nederlandse beleid op dit punt verenigbaar zou zijn met de uitgangspunten van de OESO. Sturm<sup>75</sup> acht deze koppeling onjuist. Zij is namelijk van mening dat 'bijzondere omstandigheden' zich pas voordoen indien de toerekening op grond van het werkelijk gebruik tot een andere uitkomst leidt dan toerekening op grond van de *SPF's*. Deze omstandigheid doet zich pas voor indien de risico's ten aanzien van het activum op een andere plaats worden beheerd en gemanaged dan de plaats waar het activum in gebruik is.<sup>76</sup> Omdat het tijdelijk gebruik (ofwel verhuur) van een activum in (aan) een ander onderdeel van de onderneming niet per definitie leidt tot een wijziging van de risico's<sup>77</sup>, die verband houden met dat activum, hoeft een toerekening op basis van de *place of use* niet af te wijken van een toerekening op basis van de *SPF's*. Zodoende komt zij tot de conclusie dat tijdelijke ingebruikgeving van een activum geen 'bijzondere omstandigheid' vormt, dat een ander uitgangspunt dan de *place of use* rechtvaardigt. Dit zou echter betekenen dat het gebruik van een bedrijfsmiddel dat niet is aangeschaft ten behoeve van dat specifieke onderdeel van de generale onderneming, ongeacht de duur, aangemerkt wordt als een overdracht. Ik acht deze uitkomst ondoelmatig en misplaatst. Bovendien acht ik het onderscheid tussen tijdelijke- en duurzame ingebruikgeving in lijn met het OESO-beleid, zodat het Nederlandse onderscheid beschouwd kan worden als een nadere invulling van hetgeen de OESO voorschrijft.

Door de uiteenlopende fiscale behandeling van bedrijfsmiddelen die tijdelijk- of duurzaam ter beschikking worden gesteld, is het van belang deze goed te onderscheiden. Daarbij is het Hopperzuiger-arrest<sup>78</sup> een kernarrest. In casu werd een hopperzuiger (tijdelijk) van het Nederlandse hoofdhuis overgebracht voor gebruik in een buitenlandse vaste inrichting. De Hoge Raad besliste dat de hopperzuiger niet behoefde te

---

<sup>73</sup> Besluit 15 januari 2011, noot 20.

<sup>74</sup> Pijl, H., zie noot 38.

<sup>75</sup> Sturm, M.C., 'Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiele vaste activa', *MBB* 2011/05.

<sup>76</sup> Sturm leidt deze conclusie af uit het PE-report 2006 par. 234: 'Where economic ownership of a tangible asset would not be attributed to the part of the enterprise using the asset (i.e. in those cases where the particular circumstances warrant this view), the functional and factual analysis may reflect that the transfer of that asset from one part of the enterprise to another is analogous to a lease or a licence between independent enterprises'.

<sup>77</sup> Risico's met betrekking tot de bezettingsgraad (het risico of het activum kan worden ingezet voor een volgend project) kunnen bijvoorbeeld ongewijzigd blijven. Ingeval een activum tijdelijk ter beschikking wordt gesteld kan het beheer en management ervan immers achterblijven bij het hoofdhuis.

<sup>78</sup> HR 12 februari 1964, BNB 1964/95.

worden geboekt op de vaste-inrichtingsbalans voor de waarde in het economische verkeer op het moment van overbrenging naar de buitenlandse vaste inrichting. Art. 7, tweede lid OMV brengt namelijk niet mee dat een bedrijfsmiddel, het welk slechts ten gebruiken is gegeven aan de buitenlandse vaste inrichting, bij wege van fictie aangemerkt zou moeten worden als door de vaste inrichting te zijn aangeschaft tegen een – eveneens bij wege van fictie – schattenderwijze bepaalde kostprijs. Met dit oordeel maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen tijdelijk- en duurzaam ter beschikking stellen van vermogensbestanddelen. In samenhang met BNB 1997/264 kan geconcludeerd worden dat het enkele gebruik van de hopperzuiger door de vaste inrichting niet betekent dat de hopperzuiger dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Zodoende werd de afschrijving gebaseerd op de (lagere) boekwaarde aan de vaste inrichting doorberekend. Dit resulteerde in een hogere vrij te stellen vaste-inrichtingswinst dan het geval zou zijn geweest als de vaste inrichting als een derde zou zijn beschouwd.<sup>79</sup>

In HR 2 maart 1994, BNB 1994/190 werd een machine duurzaam ter beschikking gesteld aan een in België gevestigde vaste inrichting van een Nederlandse vennootschap. Ook in HR 30 maart 1983, BNB 1992/160 (het Ertsoverslag-arrest) werd geoordeeld dat een bedrijfsmiddel (een lening op lange termijn tussen een commanditaire vennoot en een commanditaire vennootschap) duurzaam ter beschikking werd gesteld aan de vaste inrichting. Er dient echter wel opgemerkt te worden dat het in casu geen zuivere interne lening betrof, maar dat deze daadwerkelijk in civielrechtelijke zin bestond. De fiscale erkenning van een dergelijke lening is naar mijn mening dan ook in overeenstemming met de economische realiteit.

De Hoge Raad hanteert voor het onderscheid tussen het tijdelijk- of duurzaam ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen het dienstbaarheids criterium.<sup>80</sup> Daarentegen schrijft de OESO geen expliciete onderscheidende criteria voor, maar biedt zij slechts een algemene opmerking dat een specifieke situatie een andere benadering rechtvaardigt dan het toerekenen van vermogensbestanddelen op basis van de *place of use*. Zodoende beschouw ik het Nederlandse beleid, ten aanzien van het onderscheid tussen het tijdelijk- of duurzaam ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen op basis van het dienstbaarheid criterium, als een nadere invulling binnen de algemene kaders van de OESO-commentaren van 2008 en 2010 en het PE-report 2010.

---

<sup>79</sup> De uitkomst van het arrest resulteerde in een heffingslek, doordat bij vervreemding van het bedrijfsmiddel door de vaste inrichting de behaalde (door te lage afschrijving te hoge) winst vrijgesteld was. In reactie op het arrest nam de besluitgever een bepaling op in het toenmalige BvdB 1965 waardoor bedrijfsmiddelen welke na enige tijd door de generale onderneming 'binnenlands' zijn gebruikt, aan een vaste inrichting ter beschikking worden gesteld, geacht worden door de vaste inrichting op dat moment tegen werkelijke waarde te zijn aangeschaft. Deze bepaling is echter bij de invoering van het BvdB 2001 weer verwijderd door de zelfstandigheidsfictie in het BvdB 2001.

<sup>80</sup> Het dienstbaarheids criterium is uitvoerig behandeld in paragraaf 2.5.2.



#### 2.4.4 Toerekening van een deelneming

Onder de toe te rekenen bedrijfsmiddelen kunnen zich ook deelnemingen in dochtermaatschappijen bevinden. Deze zijn, mits wordt voldaan aan de voorwaarden van art. 4 DB 1965, onderhevig aan een bijzonder regime; dividenden uitgekeerd door een in Nederland gevestigde dochtervennootschap aan haar in het buitenland gevestigde moedervernootschap kunnen vrij van dividendbelasting worden uitgekeerd, indien de aandelen in een dergelijke dochter tot het vermogen van een in Nederland gevestigde vaste inrichting van die buitenlandse moedervernootschap behoren. Daarbij is het meergenoemde dienstbaarheid criterium een belangrijke factor.<sup>81</sup> De Staatssecretaris stelt zich beducht op tegen structuren die erop zijn gericht om bestaande dividendbelastingclaims op winstreserves bij een Nederlandse houdstermaatschappij buiten het bereik van dividendbelasting te brengen. De Staatssecretaris stelt voor het verstrekken van zekerheid vooraf zelfs additionele en stringentere voorwaarden aan de toerekening van deelnemingen aan het vermogen van een in Nederland gevestigde vaste inrichting.<sup>82</sup> Bovendien legt hij de bewijslast op de belastingplichtige die aannemelijk dient te maken dat aan de opzet van de structuur overwegend zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Volgens de Staatssecretaris is er in ieder geval sprake van het ontwijken van de bestaande Nederlandse dividendclaim indien de hoofdkantooractiviteiten vanuit de Nederlandse houdster naar de Nederlandse vaste inrichting van de buitenlandse aandeelhouder worden overgebracht.<sup>83</sup> Kemmeren<sup>84</sup> is van mening dat de Staatssecretaris met zijn eisen neigt naar een fraus legis benadering die in dit verband misplaatst zou zijn. Omdat de toerekening van vermogensbestanddelen aan een vaste inrichting aan de hand van de feiten en omstandigheden in het kader van de door de Hoge Raad gegeven rechtsregels geschiedt, is Kemmeren van mening dat niet toegekomen kan worden aan deze rechtsvindingmethode.

#### 2.4.5 Toerekening van beleggingsvermogen

In de jurisprudentie zijn verschillende methoden voor de toerekening van beleggingsvermogen te vinden. Romyn<sup>85</sup> verdeelt deze in drie categorieën: causale toerekening<sup>86</sup>, handelingenstandpunt<sup>87</sup> en de functionele toerekening<sup>88, 89</sup>. In het algemeen geschiedt de toewijzing van baten en lasten uit belegde

<sup>81</sup> Zie in dit verband het eerder behandelde arrest HR 20 december 2002, BNB 2003/246.

<sup>82</sup> Besluit van 13 juni 2001, BNB 2001/390 par. 3.

<sup>83</sup> Besluit van 13 juni 2001, BNB 2001/390 par. 2.

<sup>84</sup> Kemmeren, E.C.C.M., Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2), *WFR* 2003/2005.

<sup>85</sup> HR 18 november 1931, B. 5058.

<sup>86</sup> Voor de toerekening van beleggingen wordt uitgegaan van de oorsprong van de belegde reserve. Deze methode wordt gevolgd in HR 27 april 1960, BNB 1960/167.

<sup>87</sup> Voor de toerekening van beleggingen wordt onderzocht waar de 'bedrijfsdaden' (beleggingen) werden verricht. Deze methode wordt gevolgd in HR 5 november 1930, B. 4841 en HR 27 april 1960, BNB 1960/167.

<sup>88</sup> Voor de toerekening van beleggingen wordt gekeken onderzocht met welk oogmerk de beleggingen werden verricht en of er een functionele samenhang bestaat met de activiteiten van de vaste inrichting. Deze methode wordt gevolgd in HR 7 mei 1997, BNB 1997/264.

<sup>89</sup> M. Romyn, *'Internationaal belastingrecht'*, Kluwer Deventer, 7e druk 1999, p. 25/26.

reserves op basis van de aard of functie die de reserve binnen de onderneming vervult.<sup>90</sup> Daarbij kan de jurisprudentie met betrekking tot de toerekening van beleggingsvermogen in de inkomstenbelasting naar analogie worden gevolgd. Indien de belegde reserve dienstbaar is aan de vaste inrichting, dienen de baten en lasten uit de belegde reserve te worden toegerekend tot het bedrijfsresultaat van de vaste inrichting. Indien de belegde reserve slechts gedeeltelijk in een bedrijfsonderdeel een aanwijsbare functie verleent, is de wijze van toerekening van het beleggingsvermogen afhankelijk van de mogelijkheid om het beleggingsvermogen naar keuze toe te rekenen.<sup>91</sup> Vervult het beleggingsvermogen geen enkele functie in de vaste inrichting, dan zullen de baten en lasten uit de belegde reserve worden uitgesloten uit het resultaat van de vaste inrichting.

## 2.5 Documentatieverplichting

Door het ontbreken van juridisch bindende contracten, wordt voor de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting de interne documentatie als zeer belangrijk beschouwd. Daartoe bevat het huidige commentaar bij art. 7 OMV een specifieke bepaling, waarin wordt aangegeven dat deze documentatieverplichting niet zwaarder mag zijn dan de documentatieverplichting ingevolge art. 9 OMV.<sup>92</sup> In de Nederlandse wetgeving is deze documentatieverplichting sinds 1 januari 2002 opgenomen in art. 8b Wet VpB 1969. Naar de letterlijke tekst van het artikel, strekt deze bepaling slechts tot transacties tussen gelieerde lichamen en dus niet tot transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Toch blijkt, zoals hierboven opgenomen, dat deze documentatie essentieel is voor de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting. *Dealings* worden volgens de OESO als de Nederlandse rechtspraak immers slechts erkend indien deze volgens de juiste vereisten zijn gedocumenteerd. De in het OESO-commentaar opgenomen bewering lijkt mij dan ook zeer twijfelachtig en de Nederlandse wetgever had er beter voor kunnen kiezen transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting toe te voegen aan art. 8b Wet VpB 1969.

## 2.6 Dynamische vs. statische interpretatiemethode

De verdergaande zelfstandigheidsfictie die de OESO voorschrijft brengt wijzigingen in de vermogensallocatie over het hoofdhuis en de vaste inrichting met zich. Het is essentieel om daarbij af te vragen of verdragsbepalingen naar de status van de wetgeving ten tijde van de totstandkoming van het verdrag (statische interpretatie) geïnterpreteerd dienen te worden, dan wel naar de toestand ten tijde van de actuele verdragstoepassing (dynamische interpretatie). Art. 3, lid 2 OMV vormt het aanknopingspunt voor deze problematiek. Deze bepaling schrijft voor op welke wijze begrippen die in het OMV worden

<sup>90</sup> Pötgens, F.P.G., Raad, Van., C., zie noot, p. 442.

<sup>91</sup> Zie par. 2.4.2 voor een nadere toelichting.

<sup>92</sup> OESO-commentaar bij art. 7 OMV par. 24.

gebruikt, maar niet worden gedefinieerd, geïnterpreteerd dienen te worden; namelijk volgens de regels van de nationale wet *op het moment van toepassing van het verdrag*. Deze laatste zinsnede ('*at any time*' en '*at that time*') is per 21 september 1995 aan art. 3, lid 2 OMV toegevoegd en geeft expliciet aan dat wordt verwezen naar de betekenis van de verdragsterm in het huidige nationale recht (*ten tijde van de verdragstoepassing*) en niet naar de betekenis ten tijde van de sluiting van het verdrag.<sup>93</sup> Er wordt dus expliciet aangesloten bij een dynamische interpretatiemethode, zij het dat deze wordt beperkt door de context van het verdrag. Indien de context anders bepaalt, wordt de betekenis naar het nationale recht niet gevolgd. In het OESO-commentaar is opgenomen dat de context wordt bepaald door de bedoeling van de verdragsluitende staten bij de ondertekening van het verdrag, alsmede door de betekenis die het desbetreffende begrip in de wetgeving van de andere verdragsstaat heeft. Naar mijn mening vormt dit een enigszins merkwaardige uitkomst; ingevolge art. 3, lid 2 OMV dient een dynamische interpretatiemethode te worden gevolgd, terwijl de interpretatie naar de context een statische interpretatiemethode nadert. Daarbij dient echter wel opgemerkt te worden dat het niet de bedoeling is dat een verdragsstaat door een aanpassing in zijn nationale regelgeving, na de totstandkoming van een verdrag, de overeengekomen heffingsbevoegdheid naar zich toe kan trekken.<sup>9495</sup>

Opmerkingswaardig is dat de toevoeging van de termen '*at any time*' en '*at that time*' niet hebben geleid tot een aanpassing in het OESO-commentaar op dit punt.<sup>96</sup> Volgens het OESO-commentaar is er geen sprake van een materiele wijziging, aangezien volgens de oude tekst de huidige nationaalrechtelijke betekenis al bepalend was.<sup>97</sup> Dit zou bovendien moeten voortvloeien uit de in het OESO-commentaar van 1992 opgenomen noodzaak om verdragen op een praktische manier toe te kunnen passen, waarbij de verwijzing naar verouderde begrippen dient te worden voorkomen.<sup>98</sup> De wijziging per 21 september 1995 zou daarom slechts fungeren '*to make the point explicitly*'. Aangezien het OESO-commentaar van groot belang is voor de interpretatie van het OMV, had de OESO er goed aan gedaan het commentaar op dit punt aan te vullen.<sup>99</sup> Bovendien wordt aan het OESO-commentaar een toenemende betekenis gehecht bij de interpretatie van gesloten verdragen, daar de laatste jaren het OESO-commentaar steeds vaker wordt geactualiseerd dan voorheen het geval was.<sup>100</sup>

---

<sup>93</sup> OESO-commentaar bij art. 3 OMV par. 2.7.

<sup>94</sup> OESO-Commentaar par. 13.

<sup>95</sup> Daarbij kan gedacht worden aan ficties in de wetgeving die bewerkstelligen dat de heffingsbevoegdheid over bepaalde voordelen aan Nederland toekomt, waar dat zonder fictie niet het geval zou zijn.

<sup>96</sup> Graaf, A.C.G.A.C., de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., zie noot 17 en Kobetsky, M., zie noot 2, p. 199.

<sup>97</sup> OESO-Commentaar par. 11.

<sup>98</sup> OESO-Commentaar par. 13.

<sup>99</sup> Tieskens, R.W., 'De betekenis van het OESO-modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen', *WFR* 1999/6368.

<sup>100</sup> Romyn, M., zie noot 88.

In HR 21 februari 2003, BNB 2003/178 lijkt de Hoge Raad uit te gaan van een statische verdragsinterpretatie. In casu wordt benadrukt dat bij de interpretatie van verdragen de tekst van een bepaling van primair belang is, waardoor de meest recente andersluidende versie van de tekst van art. 15, lid 2, onderdeel a, OMV (dat sinds de wijzigingen in 1992 als referentieperiode voor de berekening van 183 dagen een twaalfmaandsperiode gebruikt die begint of eindigt in het belastingjaar) niet werd toegepast op het uit 1991 daterende belastingverdrag met Nigeria (dat in art. 15, lid 2, onderdeel a, als referentieperiode het belastingjaar hanteert). De uitkomst van het arrest suggereert een statische interpretatie doordat een latere wijziging in de tekst van een bepaling van het OMV niet doorwerkt naar het belastingverdrag dat uitgaat van een andere bewoording. Doch dient opgemerkt te worden dat de Hoge Raad zich niet expliciet uitlaat of hij in dit verband heeft gezocht in de Nederlandse belastingwetgeving zoals die gold ten tijde van het sluiten van de verdragen met Brazilië en Nigeria (statische methode) of ten tijde van de toepassing van die verdragen (dynamische methode). Bovendien dient opgemerkt te worden dat Nigeria geen lid is van de OESO of kwalificeert als de zogenoemde 'derde staten' die hun positie kenbaar hebben gemaakt ten aanzien van het OMV en het OESO-commentaar. Tenslotte is het verdrag niet rechtstreeks gebaseerd op het OMV, maar blijkt uit de Nederlandse toelichtende nota dat Nederland zich gebaseerd heeft op het Nederlandse Standaardverdrag en Nigeria op het VN-modelverdrag van 1980.<sup>101</sup> Het is naar mijn mening dan ook ongegrond om conclusies te verbinden met betrekking tot de interpretatiemethode van verdragen op basis van de uitkomst van dit arrest.

Zoals eerder beschreven is het niet de bedoeling dat een verdragsstaat door een aanpassing in zijn nationale regelgeving, na de totstandkoming van een verdrag, de overeengekomen heffingsbevoegdheid naar zich toe kan trekken.<sup>102</sup> Dit kan zich voordoen in gevallen waarbij de wetgever ficties in de wetgeving opneemt zodat de heffingsbevoegdheid over bepaalde voordelen daardoor aan Nederland toekomt, waar dat zonder het opnemen van de fictie niet het geval zou zijn.<sup>103</sup> In HR 5 september 2003, BNB 2003/379 en HR 5 september 2003, BNB 2003/381 (de Fictief Loon-arresten) past de Hoge Raad uitdrukkelijk een dynamische verdragsinterpretatie toe. In casu betrof het de toepassing van de fictief loonregeling in combinatie met het oude verdrag tussen Nederland en België uit 1970. Ingevolge art. 15, lid 1 van het verdrag mogen salarissen, lonen en andere, soortgelijke beloningen verkregen door een inwoner van België ter zake van een in Nederland uitgeoefende dienstbetrekking in Nederland worden belast. Ingevolge art. 16, lid 1 van het verdrag is dit ook van toepassing op tantièmes, presentiegelden en andere beloningen

---

<sup>101</sup> HR 21 februari 2003, BNB 2003/178 rechtsoverweging 5.4.

<sup>102</sup> Graaf, A.C.G.A.C., de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., zie noot 17 p. 101.

<sup>103</sup> In de Nederlandse jurisprudentie betreffen het met name het fictief loon (art. 12a Wet LB 1964), de voormalige fictieve rentebepaling en ficties in de fiscale pensioenregels (met name art. 19a en art. 19b Wet LB 1964), alsmede de vervreemdingsficties die gelden voor het aanmerkelijk-belangregime (art. 4.16 Wet IB 2001).

verkregen door een inwoner van België die bestuurder is van een naamloze vennootschap die gevestigd is in Nederland. Omdat deze begrippen in het verdrag niet nader zijn gedefinieerd, dienen deze ingevolge art. 3, lid 2 OMV van het verdrag uitgelegd te worden naar de betekenis die zij hebben volgens de Nederlandse fiscale wetgeving; het scheppen van een bevredigend evenwicht tussen enerzijds de behoefte aan de '*permanency of commitments*' en anderzijds de behoefte het verdrag praktisch toepasbaar te houden door de afhankelijkheid van achterhaalde begrippen te vermijden. De Hoge Raad overweegt voorts dat dergelijke uitdrukkingen in het algemeen dynamisch moeten worden uitgelegd, maar dat die wijze van uitleg zijn grens vindt waar een verdragsluitende staat het verdrag gedeeltelijk buiten werking stelt door de betekenis van uitdrukkingen die in het verdrag niet worden gedefinieerd in het nationale recht te wijzigen. Er dient daarom beoordeeld te worden of de vertrekvergoeding als fictief loon kwalificeert. Indien dit het geval is, zou Nederland potentieel een heffingsrecht hebben over inkomen dat normaal gesproken als dividend of vermogenswinsten aan de belastingplichtige zou toevloeien, daar waar zonder een dergelijke fictie Nederland een beperkt of geen heffingsrecht zou hebben. Vanwege de uitdrukkelijke verwijzing naar nationaal recht door de Hoge Raad ligt een dynamische interpretatiemethode voor de hand. Zij vindt echter haar grens in de context van het verdrag waardoor in casu op basis van de goede verdragstrouw de effectuering van het fictief loon onder het voormalige belastingverdrag met België achterwege werd gelaten. Art. 3, lid 2 OMV laat daarom niet een zodanige dynamische interpretatie toe dat een verdragsluitende staat de werking van een verdrag eenzijdig wijzigt door inkomsten die naar hun aard onder een bepaald verdragsartikel vallen dat de heffing niet aan Nederland toewijst, door wetsduiding of het gebruik van ficties bestempelt tot inkomsten die, zou die benadering voor de verdragskwalificatie worden gevolgd, onder een ander verdragsartikel vallen op grond waarvan Nederland wel heffingsbevoegd is.<sup>104</sup> De algemene lijn in de Nederlandse jurisprudentie staat de doorwerking van ficties en forfaits in principe toe onder verdragen, maar niet zover dat Nederland hierbij de werking van het verdrag zou kunnen uithollen of ondermijnen.

Zowel de OESO als Nederland<sup>105</sup> hebben expliciet kenbaar gemaakt aan te sluiten bij een dynamische interpretatiemethode van verdragen. Dit zou het beste aansluiten bij het doel van verdragen; het voorkomen van dubbele belastingheffing en zogenoemde non-taxation situaties. Wijzigingen in het OESO-commentaar die een artikel anders uitleggen dan voorheen, dienen echter van geval tot geval te worden beoordeeld. Toch biedt de literatuur diverse standpunten die voor de statische interpretatiemethode

---

<sup>104</sup> Zie HR 5 september 2003, BNB 2003/379 rechtsoverweging 3.4.2.

<sup>105</sup> Notitie(1998), Kamerstukken II 1997/98, 25 087 p. 1971.

pleiten.<sup>106</sup> Zo doet een statische interpretatiemethode meer recht aan de bedoelingen van de verdragsluitende partijen en de verwachtingen van de verdragssubjecten omtrent hun belastingpositie. Het is namelijk onbekend op welke wijze latere feiten en omstandigheden de onderhandelingen zouden hebben beïnvloed. Daarentegen biedt een dynamische interpretatiemethode de ruimte om zich te ontdoen van oude inzichten wanneer die door economische, maatschappelijke en technische ontwikkelingen achterhaald zijn.<sup>107</sup> Bovendien kan een onderzoek naar oude teksten die niet of slechts met moeite te achterhalen zijn zeer moeizaam verlopen. Wel doet de statische interpretatiemethode meer recht aan het rechtszekerheidsbeginsel. Belastingplichtigen moeten namelijk kunnen vertrouwen op de uitleg van een verdrag die gangbaar is op het moment dat zij een rechtshandeling verrichten. Bij een statische interpretatiemethode komen belastingplichtigen en verdragspartners dan ook niet voor verassingen te staan door latere wijzigingen in een nationale wet. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: NOB) pleit er dan ook voor dat Nederland bij een verdrag posterieure wijziging van het OESO-commentaar die leidt tot een andere uitleg dan voorheen, een overgangperiode van vijf jaar in acht neemt. Alleen dán zou volgens de NOB de rechtszekerheid voldoende gewaarborgd zijn.<sup>108</sup> Bovendien is het verdrag een product van onderhandelingen die gebaseerd zijn op de toenmalige wetgeving van de verdragspartners en zien zij niet op potentiële toekomstige wijzigingen. Het valt naar mijn mening niet te onderkennen dat een statische interpretatiemethode een praktische verdragstoepassing, waarbij verwijzingen naar verouderde begrippen gevolgd dienen te worden, in de weg staat. Ik ben echter van mening dat het verdragspartners vrij staat om in onderling overleg te gaan, of zelfs het betreffende onderdeel in het verdrag aan te passen. Een groot nadeel van de statische interpretatiemethode is echter dat deze ertoe leidt dat – in overige identieke omstandigheden verkerende – belastingplichtigen verschillend worden behandeld naargelang de op hen toepasselijk gelijklopende verdragen ouder of recenter zijn. Desalniettemin leidt een dynamische interpretatiemethode er juist weer toe dat belastingplichtigen ongelijk behandeld worden indien hetzelfde verdrag in verschillende jaren op hen wordt toegepast. Derhalve tasten beide interpretatiemethoden de rechtsgelijkheid van belastingplichtigen aan.

Voor het aanhangende OESO-commentaar geldt, aldus de Hoge Raad, indien een verdrag een bepaling bevat conform art. 7 OMV(nieuw) het daarbij behorende OESO-commentaar van 2010 van belang is voor de interpretatie van die bepaling. Dezelfde analogie is van toepassing indien een belastingverdrag een

---

<sup>106</sup> Zie in dit verband: Marres, O.C.R., *'Statische of dynamische interpretatie van belastingverdragen?'*, WB der Nederlanden: 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, December 2003, Wolf Legal Publishers, p. 263 – 265; Wattel, P.J. en Marres, O.C.R., *'Characterization of Fictitious Income under OECD-patterned Taks Treaties'*, *European Taxation*, Maart 2003 p. 66-79 en Vogel, K. *'Double Taxation Conventions'*, Kluwer, Londen, 1996 p. 208 – 216.

<sup>107</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan e-commerce.

<sup>108</sup> NOB, *'Commentaar van de Commissie Wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011'*, 16 maart 2011.

bepaling bevat conform art. 7 OMV(oud). Alsdan is het corresponderende OESO-commentaar van 2008 van kracht (alook eventuele verwijzingen naar het corresponderende PE-Report). Dit houdt in dat de in het aanhangende OESO-commentaar bij art. 7 OMV(oud) opgenomen beperkte zelfstandigheidsfictie, nog steeds van toepassing is indien de bepaling gebaseerd is op art. 7 OMV(oud). De nieuwe benadering van de OESO is dan met name van belang voor toekomstige belastingverdragen waarin art. 7 OMV(nieuw) wordt opgenomen. Toch stelt de Staatssecretaris in het Besluit dat het OESO-commentaar dynamisch geïnterpreteerd dient te worden, waardoor bij de uitleg van een belastingverdrag uitgegaan wordt van de meest recente versie. Dit geldt ook indien op het moment van onderhandeling, sluiting en ratificatie van dat verdrag een andersluidende versie van het OESO-commentaar van kracht was.<sup>109</sup> Naar mijn mening is dit een controversieel standpunt, dat dan ook in de literatuur uitvoerig wordt bekritiseerd.<sup>110</sup> Engelen<sup>111</sup> en Ward<sup>112</sup> beschouwen het OESO-commentaar als een gevolg van een stilzwijgende aanvaarding door verdragspartijen van de context van het belastingverdrag. De in het verdrag overeengekomen bepalingen dienen volgens hen conform het bijgaande OESO-commentaar te worden uitgelegd, tenzij in dit verband een voorbehoud is gemaakt. Derhalve zijn zij van mening dat het OESO-commentaar zoals dat luidt ten tijde van het sluiten van een verdrag, deel is van de verdragscontext en beperken zij het gebruik van later gewijzigde OESO-commentaren voor de interpretatie van eerder gesloten verdragen tot situaties waarin het verdrag door het gewijzigde OESO-commentaar wordt aangevuld c.q. verduidelijkt. Ingeval het gewijzigde OESO-commentaar een wijziging in de verdragstekst zelf behelst achten zij het gewijzigde OESO-commentaar niet van belang voor de uitleg van eerder afgesloten verdragen. Deze wijzigingen kunnen immers nooit de bedoeling zijn geweest van partijen op het moment van afsluiten of ratificatie van het verdrag. Ook in de Nederlandse jurisprudentie werken wezenlijke wijzigingen in het OESO-commentaar in principe niet door in reeds afgesloten verdragen.<sup>113</sup>

## 2.7 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik behandeld op welke wijze de toerekening van activa tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting dient te geschieden aan de hand van de bevindingen door de OESO, de Nederlandse rechtspraak en de literatuur. De toerekening van bedrijfsmiddelen en risico's geschiedt normaliter volgens juridisch bindende contracten of soortgelijke juridische regelingen, die de economische werkelijkheid

<sup>109</sup> Notitie (2011), Kamerstukken II 2010/11, 25 087 nr. 7.

<sup>110</sup> Zie onder andere Ward et al., *The interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IFA/Canadian Branch en IBFD, Ontario/Amsterdam 2005, p. 78-111, Wattel en Marres, 'The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretations of Tax Treaties', *European Taxation* 2003, nr. 7/8, p. 224.

<sup>111</sup> Engelen, F, 'Interpretation of Tax Treaties under International Law', *IBFD*, 2004, p. 463-469.

<sup>112</sup> Ward, 'Is there an obligation in international law of OECD Member countries to follow the Commentaries on the Model', in the *Legal Status of the OECD Commentaries*, *IBFD*, 2008, p. 86-87.

<sup>113</sup> HR 9 december 1998, BNB 1999/267c en HR 21 februari 2003, BNB 2003/177 – 178.

reflecteren. Doordat de vaste inrichting geen juridische werkelijkheid is, maar slechts integraal onderdeel is van de generale onderneming, is zowel in het OESO-commentaar als in de Nederlandse rechtspraak een alternatieve methode ontwikkeld voor de vermogensetikettering tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. In het algemeen kan geconcludeerd worden dat de uitgangspunten van de OESO en de uitgangspunten in de Nederlandse jurisprudentie overeenkomen.

De OESO voert aan de hand van de zelfstandigheidsfictie een functionele- en feitelijke analyse uit die de economische significante activiteiten en verantwoordelijkheden die de vaste inrichting draagt identificeert (*SPF's*). Op basis van deze analyse worden de allocatie van activa, risico's alsmede het vermogen aan de vaste inrichting toegerekend. Daarbij is het van belang om transacties (transacties tussen de generale onderneming en andere externe, (niet-)gelieerde partijen) van *dealings* (interne/fictieve transacties tussen onderdelen van de onderneming) te onderscheiden. Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid om de toerekening van vermogensbestanddelen binnen een generale onderneming op basis van de *place of use* te laten geschieden. Met ingang van 2008 wordt in het OESO-commentaar uit pragmatische redenen aangesloten bij deze toerekeningmethodiek, tenzij bijzondere omstandigheden een andere benadering (de *SPF's*) rechtvaardigen. In de Nederlandse rechtspraak geschiedt de allocatie van activa volgens het door de Hoge Raad ontwikkelde 'dienstbaarheid criterium', welke wordt beoordeeld aan de hand van een functioneel-economische analyse. Voorts speelt in de literatuur de vraag of een bedrijfsmiddel als keuzevermogen aangewezen kan worden indien de dienstbaarheid van het bedrijfsmiddel aan de vaste inrichting ontbreekt. Met name als gevolg van het Baggerarrest lijkt voor de vermogensallocatie geen ruimte te bestaan voor een subjectieve invulling door belastingplichtige.

Een strikte toepassing van het door de OESO ontwikkelde '*place of use*' en de door de Hoge Raad ontwikkelde dienstbaarheid criterium brengt met zich dat het bedrijfsmiddel dat het vermogen van dat gedeelte van de onderneming dat het ter beschikking stelt verlaat en vervolgens opgenomen wordt in het vermogen van dat gedeelte van de onderneming dat het ter beschikking gestelde bedrijfsmiddel gebruikt (koop-verkoop analogie). Om deze intensieve administratieve exercitie te voorkomen en de realisatie van stille reserves, is in de Nederlandse rechtspraak het onderscheid gemaakt tussen tijdelijk- en duurzaam ter beschikking stellen van activa. Daarnaast biedt ook de OESO een oplossing, doch minder expliciet.

Ten slotte is het internationaal belastingrecht onderhevig aan voortgaande maatschappelijke ontwikkelingen. Verouderde begrippen en regelingen kunnen een praktische verdragstoepassing in de weg staan. De vraag speelt dan ook of verdragsbepalingen naar de status van de wetgeving ten tijde van de totstandkoming van het verdrag (statische interpretatie) geïnterpreteerd dienen te worden, dan wel naar de



toestand ten tijde van de actuele verdragstoepassing (dynamische interpretatie). Art. 3, lid 2 OMV vormt een goed aanknopingspunt om deze vraag te beantwoorden

## 3 KAPITALISATIE VAN DE VASTE INRICHTING

### 3.1 Inleiding

Het is essentieel voor ondernemingen om over kapitaal te beschikken dat de dagelijkse activiteiten bekostigt, hen in staat stelt (im)materiele activa aan te schaffen en hun gelopen risico's af te dekken. De volgende fase betreft het vaststellen over hoeveel eigen vermogen de vaste inrichting dient te beschikken om de aan haar toegerekende activiteiten uit te kunnen oefenen, de activa aan te kunnen houden en de gelopen risico's te kunnen dragen. Daarbij is het van groot belang een juiste methode te hanteren om de waarde van de activa en passiva te bepalen.

De zelfstandigheidsfictie veronderstelt dat de vaste inrichting beschikt over eigen vermogen. Derhalve wordt een passend gedeelte van het eigen vermogen van de generale onderneming toegedeeld aan de vaste inrichting, in zoverre dat de kredietwaardigheid van de vaste inrichting overeenkomt met de kredietwaardigheid van de onderneming waarvan zij deel uitmaakt. Toch blijkt de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting niet altijd even eenvoudig te zijn. Daarnaast is de bepaling van de juiste vermogensverhouding niet altijd evident. Hoewel de OESO in het OESO-commentaar en het PE-report voorziet in enige richtlijnen ten aanzien van de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, geeft zij op veel punten lidstaten een grote beoordelingsvrijheid. Enerzijds is dit logisch, aangezien de OESO niet in kan gaan op specifieke feiten en omstandigheden die van toepassing zijn in de verschillende OESO-lidstaten, anderzijds brengt dit ook onzekerheid met zich. Zo sluit, ten aanzien van de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, de Nederlandse jurisprudentie niet altijd even goed aan bij de conclusies in het OESO-commentaar en het PE-report.

In dit hoofdstuk wordt de toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting behandeld aan de hand van de volgende vraag:

*Is de OESO-benadering ten aanzien van de kapitaalallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting verenigbaar met de Nederlandse rechtspraak en beleid?*

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst de toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting behandeld uitgaande van een *'distinct and separate enterprise'* als bedoeld in art. 7, lid 2 OMV. Vervolgens wordt de Nederlandse benadering behandeld, waarbij zowel conclusies uit de Nederlandse jurisprudentie, als het Besluit aan bod komen. Tot slot wordt beoordeeld of beide visies verenigbaar zijn, worden eventuele knelpunten behandeld en potentiële oplossingen geboden.

## 3.2 Visie van de OESO

In het PE-Report is een viertal methoden ontwikkeld die kunnen worden toegepast voor de toerekening van het eigen vermogen aan een vaste inrichting: (I) de *Capital Allocation Approach*, (II) de *Thin Capitalisation Approach*, (III) de *Economic Allocation Approach* en (IV) de *Safe Harbour Approach*.<sup>114</sup> Welke methode wordt gehanteerd is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van een specifiek geval waarbij in ieder geval geldt dat het resultaat at arm's-length dient te zijn. Nadat het eigen vermogen in de vaste inrichting is bepaald, wordt de rest van de financieringsbehoefte van de vaste inrichting aangevuld met rentedragende leningen.<sup>115</sup> Sinds 2010 zijn er een tweetal methoden toegestaan om de toerekening van rentedragende leningen en de daarover verschuldigde rente te bepalen: (I) de *Tracing Approach* en (II) de *Fungibility Approach*.<sup>116</sup>

### 3.2.1 Toerekening van het eigen vermogen van de vaste inrichting

Kapitaal kan in grote lijnen onderverdeeld worden in drie categorieën: bijdragen van het eigen vermogen door aandeelhouders, ingehouden winsten en leningen.<sup>117</sup> De eerste twee categorieën worden door het PE-report beschouwd als '*free capital*'. Klaarblijkelijk is het onderscheid van belang voor de aftrekbaarheid van interest. Dividend (een vergoeding voor eigen vermogen) is in principe niet aftrekbaar, terwijl rente (een vergoeding voor vreemd vermogen) in principe wel aftrekbaar is.<sup>118</sup> Omdat interest op vreemd vermogen in principe fiscaal aftrekbaar is, is het vaststellen van een juiste vermogensstructuur van belang om tot een at arm's-length winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te komen.

Aan de kapitalisatie van de vaste inrichting werd in het verleden weinig aandacht besteed.<sup>119</sup> Met betrekking tot de allocatie van schulden werd een onbegrensde proportionele aftrek toegestaan.<sup>120</sup> Niet verassend resulteerde deze summiere aanwijzing tot divergerende vermogensallocatiemethoden die werden toegepast door lidstaten. In 1994 werd door de lidstaten geopperd om een vermogensstructuur te benaderen die aansluit bij de vermogensstructuur van de generale onderneming en daarbij een link te leggen met de door de vaste inrichting uitgevoerde functies en de aan de vaste inrichting toegerekende activa en risico's.<sup>121</sup> Dit leidde in het OESO-commentaar van 2008 tot de toevoeging van de volgende

<sup>114</sup> Deze methoden worden in hoofdstuk 4 uitvoerig behandeld.

<sup>115</sup> Deze benadering strookt met hetgeen in de Nederlandse jurisprudentie wordt voorgeschreven waarbij eerst (extern) vreemd vermogen causaal wordt toegerekend en de rest (het kapitaal) een sluitpost vormt. Zie in dit verband HR 23 januari 2004, BNB 2004/214 en HR 25 november 2005, BNB 2007/117.

<sup>116</sup> Deze methoden zullen in par. 3.2.2.1 uitvoerig worden behandeld.

<sup>117</sup> PE-report 2010 p. 34, par. 105.

<sup>118</sup> Onder voorbehoud van de renteaftrekbeperkingen die in de nationale wet van lidstaten zijn opgenomen.

<sup>119</sup> Zowel in het OESO-commentaar 1963 als 1977 bij art. 7 OMV zijn geen bepalingen opgenomen omtrent de kapitalisatie van de vaste inrichting.

<sup>120</sup> OESO-commentaar van 1963 bij art. 7 OMV par. 15 en OESO-commentaar van 1977 bij art. 7 OMV par. 17.

<sup>121</sup> OESO-commentaar van 1994 bij art. 7 OMV par. 18.2, 18.3 en 20.

zinsnede: *'the objective is therefore to attribute an arm's-length amount of interest to the permanent establishment after attributing an appropriate amount of 'free' capital (...)*'. Deze toevoeging heeft met betrekking tot de kapitalisatie van de vaste inrichting veel onduidelijkheid meegebracht. Met name ten aanzien van de vraag of de in 2008 ontwikkelde kapitaalattributie methodiek, waarbij eerst de toerekening van het eigen vermogen geschiedt en daarna de schuld als sluitpost wordt bepaald, zich verdraagt met het OESO-commentaar van 1994, waar deze zinsnede ontbrak. Pijl<sup>122</sup> is van mening dat bij een vergelijking van het OESO-commentaar van 1994 en het OESO-commentaar van 2008 geen sprake is van tegenstrijdigheid, noch van een kwestie die niet was geadresseerd in het OESO-commentaar van 1994. Hij beschouwt deze toevoeging slechts als verheldering van- en aanvulling op wat in het OESO-commentaar van 1994 reeds bepaald was. Derhalve komt hij tot de conclusie dat de volgorde van toerekening op grond van het OESO-commentaar van 2008 (eerst kapitaal, dan schuld) ook van toepassing is op verdragen op basis van het 1994-model. Hij is echter wel van mening dat deze verdragsuitleg niet van toepassing is op het 1963- en 1977-regime, aangezien in deze versies de verwijzing naar een overeenstemmende vermogensstructuur van het hoofdhuis en de vaste inrichting in zijn geheel ontbreekt.

De uiteindelijke toerekening van het eigen vermogen aan een vaste inrichting geschiedt volgens het PE-report op basis van een functionele- en feitelijke analyse. Daarbij is het uitgangspunt dat de vaste inrichting over voldoende vermogen beschikt voor de uitoefening van zijn activiteiten, voor het aanhouden van zijn vermogensbestanddelen en voor de risico's die hij loopt. Het kapitaal van de generale onderneming volgt als het ware de activiteiten, activa en risico's. Gezien het feit dat normaliter kapitaal, ondernemingen juist in staat stelt om activiteiten uit te voeren, activa aan te schaffen en risico's te nemen, is dit naar mijn mening een opmerkelijke uitkomst.

Omdat de juridische werkelijkheid van een vaste inrichting ontbreekt, veronderstelt de OESO dat de vermogensstructuur en het risicoprofiel van de vaste inrichting niet afgescheiden van de generale onderneming gezien kan worden.<sup>123</sup> De gedachte achter deze veronderstelling is dat het tegen de feitelijke situatie in zou gaan om voor fiscale doeleinden de vermogensstructuur en het risicoprofiel zelfstandig te bepalen. Bovendien zou het inconsistent zijn met de AOA. Hoewel het concept om de vaste inrichting als zelfstandige entiteit te beschouwen berust op een fictie, kan ik me enigszins vinden in de gedachte dat het tegen de feitelijke situatie in zou gaan om voor fiscale doeleinden de vermogensstructuur en het risicoprofiel zelfstandig te bepalen. De vaste inrichting is immers naar haar aard geen juridische entiteit. Naar mijn mening zou deze gedachte dan echter ook impliceren dat op andere gebieden de

---

<sup>122</sup> Pijl, H., 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen', *WFR* 2011/201.

<sup>123</sup> PE-report 2010 p. 18, par. 29.

zelfstandigheidsfictie niet zou moeten gelden.<sup>124</sup> In het argument dat een gescheiden vermogensstructuur en risicoprofiel afbreuk zou doen aan de AOA, kan ik me echter niet vinden. Naar mijn weten berust de AOA op de gedachte dat de vaste inrichting juist als zelfstandige entiteit beschouwd dient te worden. Bovendien neigt de OESO naar een steeds verdergaande zelfstandigheidsfictie waardoor het juist consistent zou zijn met de AOA om de vermogensstructuur en het risicoprofiel van de vaste inrichting onafhankelijk van de generale onderneming te bepalen.

Nadat de allocatie van activa en risico's over het hoofdhuis en de vaste inrichting is vastgesteld aan de hand van de functionele- en feitelijke analyse, dient de juiste hoeveelheid kapitaal toegerekend te worden aan de vaste inrichting om de activa te ondersteunen en de gelopen risico's af te dekken. Dit proces omvat twee stappen: (I) de waardering van de aan de vaste inrichting toegerekende risico's en activa en (II) het bepalen van de juiste hoeveelheid eigen vermogen om de aan de vaste inrichting toegerekende activa te ondersteunen en de gelopen risico's af te dekken.

### *3.2.1.1 Stap 1: waardering van de activa en gelopen risico's*

Om het aan de vaste inrichting toe te rekenen eigen vermogen te bepalen is het van belang om de activa te waarderen en de gelopen risico's te meten. Hoewel de OESO de waardering van activa en de gelopen risico als een zeer belangrijk onderdeel van de functionele- en feitelijke analyse acht, is de uitleg op dit punt in het PE-report summier.<sup>125</sup>

#### **Waardering activa**

De waardering van activa is sterk afhankelijk van de nationale wet- en regelgeving. Nederland hanteert bij de beoordeling van de juiste methode het goedkoopmansgebruik, wat kortgezegd inhoudt dat de ondernemer zich bij de bepaling van de winst niet rijker, maar wel armer mag rekenen dan hij is.<sup>126</sup> Zodoende worden in hoofdzaak een drietal waarderingmethoden in principe aanvaard: kostprijs, marktwaarde en bedrijfswaarde. Inmiddels is echter jurisprudentie geweest waarin bepaalde grenzen worden gesteld aan deze beoordelingsvrijheid. Aangezien de waarderingmethodiek sterk afhankelijk is van de nationale wet- en regelgeving is het niet verassend dat het PE-report zeer beknopt is ten aanzien van deze problematiek. Zodoende worden de bovengenoemde waarderingmethoden zonder enige

---

<sup>124</sup> In dat geval zouden huur-, leen- en licentie- overeenkomsten tussen hoofdhuis en de vaste inrichting ook niet in aanmerking moeten komen.

<sup>125</sup> In het PE-report 2010 zien par. 108-114 op p. 35-36 op de waardering van activa en risico's. Hoewel deze uitleg toch enige paragrafen beslaat, bestaat het merendeel uit herhaling van de functionele- en feitelijke analyse. Aan de concrete waardering van de activa en risico's wordt, afgezien van het benoemen van drie waarderingssystemen inclusief een zeer beknopte toelichting, weinig aandacht besteed.

<sup>126</sup> HR 14 juni 2000, BNB 2000/269.

toelichting of waardeoordeel genoemd. Wel wordt van belang geacht dat landen de gekozen waarderingsmethodiek consistent toepassen.<sup>127</sup><sup>128</sup>

Omdat de OESO extra aandacht besteedt aan de waardering op basis van historische kostprijs, lijkt de OESO deze methode impliciet te prefereren boven de andere methoden. Hoewel deze methode tot onjuiste resultaten zou kunnen leiden ingeval verschillende onderdelen van de generale onderneming over dezelfde vermogensbestanddelen beschikken die zijn aangeschaft tegen verschillende prijzen<sup>129</sup>, acht ik deze methode het meest correct uit het oogpunt van een consistente waarderingsmethode welke minder wordt gehinderd door de nationale regelgeving in de OESO-lidstaten. Aangezien ten aanzien van de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting per definitie een aantal jurisdicties betrokken zijn, dient deze gedachte overwogen te worden. Dit geldt met name indien jurisdicties verschillende accounting standaarden hanteren om de boekwaarden van vermogensbestanddelen te waarderen. Ook uit het oogpunt van eenvoud lijkt de waardering op basis van de historische kostprijs het meest geschikt. Deze methode vereist immers geen jaarlijkse herwaardering naar de waarde in het economische verkeer. Toch neemt de Staatssecretaris het standpunt in dat aangesloten dient te worden bij de waarde van de activa in het economische verkeer. De boekwaarde dient vervolgens jaarlijks in het hoofdhuis en de vaste inrichting opnieuw te worden berekend. Aangezien de Staatssecretaris bij de beoordeling een zekere flexibiliteit in acht neemt, erkent hij de complexiteit van een jaarlijks relatieve waardering van de activa in het hoofdhuis en de vaste inrichting. Een zekere toelichting voor deze keuze, die overigens ontbreekt, zou naar mijn mening dan ook gepast zijn. In tegenstelling tot de Staatssecretaris acht ik uit het oogpunt van consistentie en administratieve eenvoud de historische kostprijs een betere keuze dan de waarde in het economische verkeer voor de waardering van vermogensbestanddelen. Bovendien leidt deze waarderingsmethode tot een meer consistente allocatie van rentelasten aan de vaste inrichting dan een waardering die van jaar tot jaar anders uitvalt.

### **Kwantificering gelopen risico's**

Het drijven van een onderneming gaat vaak gepaard met een breed scala aan risico's.<sup>130</sup> Omdat de vaste inrichting civielrechtelijk niet bestaat, worden de risico's gedragen door de generale onderneming. Vervolgens worden de risico's aan de vaste inrichting toegerekend die gerelateerd zijn aan de '*significant people functions relevant to the assumption of risks*' die uitgevoerd worden door het personeel van de vaste inrichting. Om deze risico's af te dekken dient de vaste inrichting over voldoende eigen vermogen te

---

<sup>127</sup> OESO (2010), 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments p. 35, par. 110.

<sup>128</sup> Dit is in overeenstemming met de bestendige gedragslijn dat uit het goedkoopmansbeginsel vloeit.

<sup>129</sup> Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen ingeval de vermogensbestanddelen zijn aangeschaft op verschillende tijden.

<sup>130</sup> Daarbij kan gedacht worden aan voorraad risico's, krediet risico's, valuta risico's, markt risico's, garantie risico's et cetera.

beschikken. Dit is met name herkenbaar in de financiële sector, waar bankbedrijven wettelijk worden verplicht aan een bepaalde dekkinggraad te voldoen.<sup>131</sup> Hoewel minder zichtbaar, bestaat de link tussen de gelopen risico's en het eigen vermogen ook in de niet-financiële sector. Omdat niet-financiële ondernemingen in principe niet onderhevig zijn aan het aanhouden van een bepaalde dekkinggraad en het niet in hun bedrijfsvoering past om de gelopen risico's regelmatig te meten, wordt dit in de praktijk vaak nagelaten.<sup>132</sup> Om in deze situaties toch tot een juiste winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te komen, oppert het PE-report de mogelijkheid de toerekening van kapitaal primair te koppelen aan de activa die aan de vaste inrichting zijn gealloceerd.<sup>133</sup> Dit lijkt mij een ongeschikte methode, omdat de risico's die een niet-financiële onderneming loopt niet noodzakelijkerwijs verband houden met bepaalde activa. Het is namelijk discutabel of de gelopen risico's in de vaste inrichting voortkomen uit de activiteiten die uitgevoerd worden met behulp van de activa of uit de activa zelf. Indien het eerste het geval is, lijkt het me onwaarschijnlijk dat deze optie leidt tot een arm's-length resultaat. Bepaalde vermogensbestanddelen kunnen namelijk, afhankelijk van het gebruik, diverse functies uitoefenen die andere risico's met zich brengen.

De gelopen risico's van een onderneming zijn niet altijd even voor de hand liggend, waardoor het een moeizame exercitie kan zijn om deze te identificeren, laat staan te kwantificeren. Het lijkt mij dan ook een ondoenlijke taak om een specifiek bedrag dat nodig is om deze risico's af te dekken op een consistente wijze vast te stellen. Op zijn best zal het bedrag een resultaat zijn van een ruwe schatting. Ook in het PE-report wordt erkend dat het moeilijk is om dergelijke risico's te kwantificeren. Niet verassend wordt daartoe in het PE-report ook geen poging gewaagd, maar wordt slechts verondersteld dat ondernemingen in principe zelf beschikken over instrumenten om dergelijke risico's te meten.<sup>134</sup> Dit is naar mijn mening een zeer teleurstellende constatering, aangezien het voor niet-financiële ondernemingen juist op dit punt uitkomst zou bieden om een leidraad voor handen te hebben. Niet-financiële ondernemingen zullen zich, net als financiële onderneming, doorgaans wel realiseren dat aan het drijven van een onderneming risico's verbonden zijn (en in een gunstig geval deze ook kunnen identificeren), maar zullen doorgaans niet de juiste waarderingssystemen voorhanden hebben om deze risico's op een consistente wijze te kwantificeren. Gezien het feit dat de AOA vereist risico's te kwantificeren om tot een correcte winstallocatie

---

<sup>131</sup> In vergelijking met niet-financiële instellingen is er meer bekend ten aanzien van een juiste inschatting van de risico's bij financiële-instellingen. Zo is de OESO in 2001 deel 2 van de *permanent establishment discussion draft* ingegaan op de toepassing van de zelfstandigheidsfictie op de vaste inrichting van een bank. In de loop der jaren zijn herziende versies verschenen. Bovendien kan ten aanzien van het meten van risico's bij financiële-ondernemingen aangesloten worden bij de internationaal geaccepteerde normen die zijn vastgesteld door het Bazel comité. Het Bazel Comité is het orgaan dat de internationaal aanvaarde standaard vaststelt voor '*capital adequacy*' van banken.

<sup>132</sup> PE-report 2010 p. 35, par. 108.

<sup>133</sup> PE-report 2010 p. 35, par. 109.

<sup>134</sup> PE-report 2010 p. 36, par. 113.

over hoofdhuis en vaste inrichting te komen, en het niet in de aard van de activiteiten van niet-financiële ondernemingen ligt om deze risico's te waarderen, ben ik van mening dat de OESO belastingplichtigen in richtlijnen dient te voorzien ten aanzien van deze problematiek. Wellicht zouden bepaalde aannames die worden aangenomen door het Basel comité bij financiële ondernemingen kunnen worden doorgetrokken naar niet-financiële ondernemingen. Zo wordt een zogenoemde '*liquidity coverage ratio*' in het Basel III rapport<sup>135</sup> voorgesteld om het risico op faillissement tegen te gaan. Deze ratio bestaat uit de verhouding tussen activa (rekening houdend met de mate van liquiditeit) en potentiële netto kasuitstromen die de onderneming zou kunnen ondervinden in acute tegenvallende marktomstandigheden. Bij niet-financiële ondernemingen zou bijvoorbeeld aangesloten kunnen worden bij tegenvallende verkoopresultaten<sup>136</sup>, of het verlies van gesloten contracten met leveranciers en/of afnemers. Een andere mogelijkheid is om de periode te meten hoe lang een product in het bezit is van de onderneming voordat het product verkocht wordt. Hoe langer deze periode, hoe groter de risico's die de onderneming loopt.

### *3.2.1.2 Stap 2: vaststelling van het eigen vermogen (toerekeningsmethodiek)*

Nadat de aan de vaste inrichting toegerekende activa gewaardeerd zijn en de gelopen risico's door de vaste inrichting zijn vastgesteld, dient een daarop passend gedeelte van het eigen vermogen van de generale onderneming toegerekend te worden aan de vaste inrichting. Daarbij wordt rekening gehouden met het feit dat bepaalde bedrijfsactiviteiten meer risico's met zich kunnen brengen, dan andere bedrijfsactiviteiten. Aan deze risicovolle bedrijfsactiviteiten wordt dan ook relatief meer eigen vermogen toegerekend. Het kan dus wel voorkomen dat de vermogensstructuur van de vaste inrichting afwijkt van die van de generale onderneming. Het PE-report behandelt vier methoden om de vermogensstructuur van de vaste inrichting te bepalen: '*the capital allocation approach*', '*the economic capital allocation approach*', '*the thin capitalisation approach*' en '*the safe harbour approach*'. Deze methoden kunnen kortweg worden onderverdeeld in twee benaderingen: (I) methoden die in hun benadering uitgaan van de actuele vermogensstructuur van de generale onderneming; of (II) methoden die in hun benadering uitgaan van de vermogensstructuur van de met de vaste inrichting vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen.

#### **The capital allocation approach**

Voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting dient volgens de *capital allocation approach* de aan de vaste inrichting toegerekende activa en risico's naar rato te worden gevolgd.<sup>137</sup> Daarbij

<sup>135</sup> Basel Committee on Banking Supervision, '*Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*', December 2010 (rev. June 2011) p. 17.

<sup>136</sup> Tegenvallende verkoopresultaten kunnen in termen van hoeveelheid (Q) als prijs (P) tegenvallen of het product (Q\*P) van beide variabelen.

<sup>137</sup> Dit betekent dat indien aan de vaste inrichting 10% van de activa en risico's van de generale onderneming is toegerekend, ook 10% van het eigen vermogen van de generale onderneming aan de vaste inrichting wordt toegerekend



wordt de hoogte van het eigen vermogen van de generale onderneming bepaald aan de hand van de fiscale regels die in het land van de vaste inrichting gelden.<sup>138</sup> Deze methode zou de kans op dubbele belastingheffing bij het hoofdhuis en de vaste inrichting minimaliseren, omdat winsten uit schaalvoordelen die bijdragen aan het eigen vermogen ook worden meegenomen in de vermogensallocatie.

Het grootste nadeel van deze methode is dat de vaste inrichting niet meer kapitaal toegerekend kan krijgen dan in de generale onderneming aanwezig is.<sup>139</sup> Zodoende acht ik deze benadering niet in lijn met de omarming van de *FSE approach* (waarbij de aan de vaste inrichting toegerekende winst onafhankelijk van de generale onderneming wordt bepaald). Daarnaast worden situaties genegeerd waarin de vaste inrichting andere activiteiten verricht dan de generale onderneming en wanneer de marktomstandigheden waaronder de belastingplichtige opereert verschillen van die van de rest van de generale onderneming. Het risicoprofiel van de vaste inrichting kan dan afwijken van het risico profiel van de rest van de generale onderneming. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de business van de generale onderneming ziet op de productie van goederen (dat gemoeid gaat met een laag risicoprofiel) en de vaste inrichting alle *research and development* activiteiten (die gemoeid gaan met een hoog risicoprofiel) uitoefent. Juist in deze gevallen kan ik me voorstellen dat veel gebruik wordt gemaakt van vaste inrichtingen. Daarnaast doen zich ook problemen voor in gevallen waarin de generale onderneming over een negatief eigen vermogen beschikt met (winstgevende) vaste inrichtingen die over een hoog risicoprofiel bezitten. In deze situatie dient de vaste inrichting niet over eigen vermogen te beschikken, terwijl het hoge risicoprofiel een zekere hoeveelheid eigen vermogen vereist. Deze methode lijkt mij dan ook enkel toepasbaar indien de activiteiten en risico's van de vaste inrichting en de generale onderneming geheel overeen komen. Aangezien in de vaste inrichting doorgaans een specifiek onderdeel van de generale onderneming wordt uitgeoefend, zal naar mijn verwachting het risicoprofiel van het hoofdhuis en de vaste inrichting doorgaans niet overeenkomen.

### **Economic capital allocation approach**

De *economic allocation approach* wordt met name gehanteerd in het bankbedrijf. Volgens deze methode wordt de vermogensstructuur primair bepaald door de gelopen risico's in het bankbedrijf. De gelopen risico's worden niet beperkt door de door wet- en regelgeving aangewezen risico's, maar worden aangewezen op basis van de economische werkelijkheid. De grondgedachte achter deze methode is dat toezichthouders vaak alleen rekening houden met de door wet- en regelgeving aangewezen risico's, terwijl er andere risico's besloten kunnen liggen in de activa en de activiteiten van de vaste inrichting die ook een

---

<sup>138</sup> PE-report 2010 p. 37, par. 118.

<sup>139</sup> Pijl, H., zie noot 122.

significante invloed kunnen hebben op de winstgevendheid van het bankbedrijf. Hoewel deze methode met name gehanteerd wordt in het bankbedrijf, zou deze methode in specifieke gevallen ook toegepast kunnen worden door niet-financiële instellingen. Gedacht kan worden aan het vaststellen van de gelopen economische risico's die besloten liggen in het ontwikkelen van een patent. Er dient dan echter wel een geschikt systeem voor handen te zijn die de risico's kan kwantificeren. Dit zal niet vaak het geval zijn omdat het kwantificeren van deze risico's een zeer moeizame exercitie vormt.

### **Thin capitalisation approach**

Volgens de *thin capitalisation approach* wordt voor de vermogensallocatie wederom door middel van een functionele- en feitelijke analyse de allocatie van de activa en risico's gevolgd. Zodoende wordt ook onder deze methode rekening gehouden met de vermogensstructuur van de generale onderneming. Het verschil is echter dat de vermogensstructuur van de vaste inrichting ook wordt vergeleken met de vermogensstructuur van een onafhankelijke zelfstandige onderneming die onder dezelfde omstandigheden vergelijkbare activiteiten uitvoert in het land waar de vaste inrichting is gevestigd.<sup>140</sup>

Naar mijn mening ligt deze benadering in lijn met de in het PE-report ontwikkelde *FSE approach* en is deze methode theoretisch gezien het meest geschikt. Het vinden van vergelijkbare onafhankelijke zelfstandige ondernemingen lijkt mij echter een zeer moeizame exercitie, aangezien een onderneming immers per definitie niet gelijk is aan een vaste inrichting. Omdat doorgaans een onafhankelijke zelfstandige onderneming een breder scala aan activiteiten uitoefent dan een vaste inrichting, zullen de activiteiten ten hoogste slechts gedeeltelijk overeenkomen.<sup>141</sup> Door het oprekken van de marge aan testresultaten kan dit probleem worden voorkomen. Dit schaadt echter de betrouwbaarheid van de *thin capitalisation approach*, waardoor ook aan deze methode nadelen kleven. De hoogte van het eigen vermogen van een onafhankelijke zelfstandig onderneming is vaak onderhevig aan een bepaalde '*debt-to-equity*' verhouding. Deze verhouding wordt bepaald door een breed scala aan factoren<sup>142</sup> en kan per onderneming zeer uiteenlopend zijn zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het arm's-length beginsel. Het heikele punt van deze methode is de beoordeling of het mogelijk is alle factoren die invloed hebben op de '*debt-to-equity*' verhouding te identificeren.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> PE-report 2010 p. 39, par. 130.

<sup>141</sup> Een vaste inrichting geniet doorgaans diensten van andere onderdelen van de generale onderneming, terwijl een onafhankelijke zelfstandige onderneming alle activiteiten zelf uitoefent.

<sup>142</sup> Factoren die invloed kunnen hebben op de '*debt-to-equity*' ratio zijn onder andere het risico profiel van de aandeelhouders, de kwaliteit en aard van de vermogensbestanddelen, de industrie en de zakelijke strategieën van de onderneming.

<sup>143</sup> OESO (2010), 2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments p. 40, par. 132.

### **Safe harbour approach – quasi thin capitalisation / regulatory minimum capital approach**

De *safe harbour approach* is in principe bedoeld voor het bankbedrijf, maar kan onder omstandigheden ook toegepast worden op niet-financiële instellingen. Op grond van deze benadering wordt verondersteld dat de vaste inrichting over minimaal dezelfde hoeveelheid eigen vermogen beschikt, als een vergelijkbare onafhankelijke zelfstandige onderneming zou beschikken die onderhevig is aan een door wettelijke vereisten minimale hoeveelheid eigen vermogen. Omdat deze methode de onderliggende grondslagen van de AOA negeert<sup>144</sup>, wordt deze methode in principe niet geaccepteerd door de OESO.<sup>145</sup> Indien echter niet meer winst aan de vaste inrichting wordt toegerekend dan het geval zou zijn onder toepassing van een andere methode die als AOA wordt beschouwd, staat de OESO toepassing van deze methode wel toe. Het staat de belastingplichtige echter vrij aan te tonen dat de vaste inrichting over minder eigen vermogen dient te beschikken dan door de *safe harbour approach* wordt verondersteld.

### **Afweging vermogen toerekening methoden**

Zoals hierboven beschreven hebben bovengenoemde methoden hun eigen sterke kanten en tekortkomingen. De keuze voor de geschikte methode is sterk afhankelijk van specifieke feiten- en omstandigheden, waardoor het moeilijk is om tot een algemeen waardeoordeel te komen. Afgezien van de constatering in het PE-report dat er internationale consensus bestaat over het beginsel dat een vaste inrichting over een arm's-length hoeveelheid aan eigen vermogen dient te beschikken, laat het PE-report ook na om tot een algemeen waardeoordeel te komen. Zij zet slechts de principes uiteen op grond waarvan het eigen vermogen toegerekend dient te worden en bevat aanwijzingen waarop deze principes op een flexibele en pragmatische wijze toegepast kunnen worden.

Het PE-report benoemt in ieder geval de *capital allocation approach* en de *thin capitalisation approach* als AOA-conforme methoden die gehanteerd mogen worden. Afgezien van specifieke feiten- en omstandigheden lijkt de 'juiste' methode sterk afhankelijk te zijn van de mate waarin de zelfstandigheidsfictie op de vaste inrichting wordt doorgevoerd. Zo wordt in de 'leer van het gedeelte' de winst van de vaste inrichting wel zelfstandig bepaald, maar worden fiscaalrechtelijke transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting niet in aanmerking genomen. Daarentegen kan in de 'leer van de absolute zelfstandigheid', de zelfstandigheidsfictie zover doorgetrokken worden dat transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting in aanmerking worden genomen terwijl deze civielrechtelijk niet bestaan.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> De gedachte dat de vaste inrichting dezelfde vermogensstructuur als de generale onderneming zou hebben wordt genegeerd.

<sup>145</sup> De *safe harbour approach* gaat bijvoorbeeld voorbij aan de gedachte dat de vaste inrichting een vergelijkbare vermogensstructuur als de generale onderneming dient te hebben. Daarnaast wordt onvoldoende rekening gehouden met de activiteiten en de functies van de vaste inrichting.

<sup>146</sup> Vleggeert, J. 'Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht', Fiscale Monografieën nr. 132, Kluwer, Deventer 2009, p. 341

Aangenomen dat beide uitkomsten tot een arm's-length uitkomst kunnen leiden, lijkt mij de juiste methode afhankelijk te zijn van de mate waarin de zelfstandigheidsfictie is doorgetrokken. Indien wordt uitgegaan van een beperkte zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting, is in mijn ogen de *capital allocation approach* het meest geschikt. Deze benadering leidt immers de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting volstrekt af uit de gegevens van de generale onderneming waarvan de vaste inrichting deel uitmaakt. Indien echter wordt uitgegaan van een absolute zelfstandigheid op de vaste inrichting, lijkt mij de *thin capitalization approach* het meest geschikt. Alsdan wordt in principe ook rekening gehouden met de vermogensstructuur van de generale onderneming, maar is deze onderhevig aan vergelijkbare niet-gelieerde zelfstandige ondernemingen.

Hoewel de vaste inrichting civielrechtelijk niet bestaat, breidt de werking van de zelfstandigheidsfictie zich steeds verder uit.<sup>147</sup> De OESO lijkt daarmee de koers naar een onbeperkte zelfstandigheidsfictie in te slaan. De *thin capitalization approach* lijkt mij dan ook het meest geschikt om tot een at arm's-length resultaat te komen. Met name de gedachte van de door de AOA ontwikkelde *FSE approach* komt goed tot zijn recht. Daarnaast heeft deze methode het voordeel dat ingeval de generale onderneming een afwijkende vermogensstructuur heeft (relatief veel vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen of vice versa), dit geen consequenties heeft voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting. Daar staat echter wel tegenover dat het aan de vaste inrichting toegerekende vastgestelde eigen vermogen groter kan zijn dan het eigen vermogen waarover de generale onderneming beschikt. Dit kan echter worden verholpen door een inbreuk te maken op deze benadering. Zo kan het eigen vermogen dat aan de vaste inrichting wordt toegerekend gemaximeerd worden tot het totale eigen vermogen van de generale onderneming. Ingeval op basis van deze methode relatief minder eigen vermogen aan de vaste inrichting wordt toegerekend ten opzichte van de generale onderneming, dient de uitkomst naar mijn mening niet gecorrigeerd te worden. Het nadeel dat het moeilijk kan zijn om vergelijkbare onzelfstandige onderneming te vinden waaraan de '*debt-to-equity*' verhouding gerelateerd kan worden blijft echter bestaan.

### 3.2.2 Toerekening van het vreemd vermogen

Nadat de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting is vastgesteld wordt de rest van de financieringsbehoefte aangevuld met vreemd vermogen. In tegenstelling tot de omvangrijke richtlijnen voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting, biedt het PE-report geen richtlijnen om de

---

<sup>147</sup> Waar voorheen huur-, leen- en licentie- overeenkomsten tussen hoofdhuis en de vaste inrichting niet werden toegestaan bij het bepalen van de vaste inrichtingswinst, dient volgens het BvdB 2001 (21 december 2000, Stb. 2000, nr. 642, p. 37) wel een arm's-length vergoeding in dergelijke gevallen in rekening te worden gebracht.

totale financieringsbehoefte van de vaste inrichting te bepalen. Het doel van de AOA is om een at arm's-length gedeelte van de rentekosten die de generale onderneming draagt aan de vaste inrichting toe te rekenen. Op deze manier beoogt de OESO excessieve renteaftrek door de vaste inrichting tegen te gaan. In tegenstelling tot het huidige OESO-commentaar<sup>148</sup>, is in het PE-report opgenomen dat interest ook door niet-financiële instellingen aangenomen dient te worden. Dit leidt echter pas tot een transactie ingeval de vaste inrichting de KERT-functies op zich neemt, zoals een 'treasury'-functie.<sup>149</sup> Slechts in deze gevallen wordt de doorberekening van at arm's-length rentekosten aan de vaste inrichting geaccepteerd. Indien hiervan geen sprake is, worden alleen de externe interest kosten die verbonden zijn aan het aan de vaste inrichting toegerekende vreemd vermogen, aan de vaste inrichting doorberekend.

### 3.2.2.1 Externe leningen

Zoals eerder beschreven ontbrak in het verleden in de OESO-commentaren bij art. 7 OMV de nodige begeleiding met betrekking tot de allocatie van het vreemd vermogen. Zodoende werden in de onderscheiden lidstaten verschillende toerekeningmethodieken voorgeschreven ten aanzien van de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Deze methoden werden alle als AOA beschouwd, mits ze er niet toe leiden dat er aan de vaste inrichting meer interestlasten worden toegerekend dan at arm's-length is. Niet verassend werden verschillende methoden toegepast: directe toerekening van leningen aan activa, indirecte toerekening van leningen aan activa en allerlei tussenvarianten. Omdat bij de meerderheid van de lidstaten de behoefte bestond naar een uniforme toerekeningsmethode, onderging het OESO-commentaar van 1994 bij art. 7 OMV een verandering. Mitsdien werd ter bepaling van de vermogensstructuur van de vaste inrichting, de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt genomen.<sup>150</sup> Daarnaast dienen schulden die uitsluitend zijn aangegaan ten behoeve van de vaste inrichting, aan die vaste inrichting te worden toegerekend.<sup>151</sup> Vervolgens moet worden bekeken of de vaste inrichting is onder gekapitaliseerd. Uit de praktijk bleek echter dat het zeldzaam is dat een externe schuld uitsluitend wordt aangegaan ten behoeve van een specifiek onderdeel van de generale onderneming.<sup>152</sup> Zodoende werd in de OESO-commentaren voor 1994 een pro-rata benadering toegestaan in dergelijke gevallen.<sup>153</sup> Het huidige OESO-commentaar verwerpt deze benadering echter.

<sup>148</sup> Uit de tekst van art. 7 OMV is namelijk niet expliciet op te maken of interne rente in aanmerking komt bij de toerekening van de winst aan een vaste inrichting.

<sup>149</sup> In par. 2.5.1 is opgenomen wanneer er sprake is van een treasury functie.

<sup>150</sup> OESO-commentaar 1994 bij art. 7 OMV par. 18.3.

<sup>151</sup> OESO-commentaar 1994 bij art. 7 OMV par. 18.1.

<sup>152</sup> Vleggeert, J., zie noot 145, p. 348.

<sup>153</sup> OESO-commentaar van 1992 bij art. 7 OMV par. 17.

### 3.2.2.2 Interne leningen

Doordat de vaste inrichting geen juridische werkelijkheid is, maar slechts integraal onderdeel is van de generale onderneming, bestaat er discussie over de vraag of het hoofdhuis door het verstrekken van liquide middelen aan een vaste inrichting onder voorwaarden die vergelijkbaar zijn met een lening, een zogenoemde interne lening aan zichzelf, dat wil zeggen aan de vaste inrichting, kan verstrekken. In de OESO-commentaren van 1963 en 1977 werd bij de winstberekening van de vaste inrichting ervan uitgegaan dat er geen sprake kon zijn van interne leningen. Dit uitgangspunt wordt in de OESO-commentaren van 1994 en 2008 nog steeds gehandhaafd: *'the ban of deductions for internal debts and receivables should continue to apply'*. De OESO baseerde dit standpunt op zowel juridische als economische gronden. Omdat de vaste inrichting geen juridische entiteit is, maar slechts voor de winstberekening per fictie behandeld wordt als een zelfstandige entiteit, kan de vaste inrichting geen juridisch bindende contracten aangaan. Een leenovereenkomst, die twee partijen met elkaar verbindt ten aanzien van een geldsom die wordt uitgeleend aan de andere partij, kan juridisch gezien dan ook niet worden aangegaan binnen één rechtspersoon. Een dergelijke leenovereenkomst en de daarbij behorende betalingscondities vormen uit juridisch oogpunt slechts een formele kwestie. Ik acht dit argument niet houdbaar, aangezien het hele beleid ten aanzien van de behandeling van de vaste inrichting berust op een zelfstandigheidsfictie. Ook vanuit een economisch perspectief worden interne leningen genegeerd (en daarmee ook de aftrek van interne rentekosten). De beoogde renteaftrek ziet namelijk op het eigen vermogen van het hoofdhuis dat uitgeleend wordt aan de vaste inrichting.<sup>154</sup> Omdat eigen vermogen niet kan worden omgezet in vreemd vermogen zonder dat de economische omstandigheden veranderen, achtte de OESO het vanuit economisch perspectief onjuist om rente in aftrek te nemen dat niet bestaat.<sup>155</sup> Het belang van deze discussie ligt bij de mogelijkheid voor ondernemingen – om door middel van interne leningen tussen het hoofdhuis en vaste inrichting(en) – winsten naar eigen inzicht te kunnen verdelen over verschillende staten, zonder dat dit enig bedrijfseconomisch doel dient.

In het PE-report 2008 is de OESO echter gedeeltelijk teruggekomen op het niet accepteren van interne leningen, zodat bij wijze van uitzondering rekening gehouden kan worden met interne leningen.<sup>156</sup> Om te bepalen of er sprake is van een dergelijke uitzondering, dient allereerst bepaald te worden of er wordt voldaan aan de algemene voorwaarden voor *dealings*.<sup>157</sup> Daarnaast dient te worden beoordeeld of de geldverstrekker met betrekking tot de *dealing, treasury* activiteiten verricht ten behoeve van andere

<sup>154</sup> OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV par. 41.

<sup>155</sup> Voor banken wordt in het OESO-commentaar echter een uitzondering gemaakt, omdat het in- en uitlenen van geldmiddelen hun hoofdactiviteit is.

<sup>156</sup> De achterliggende reden voor deze inkeer is dat in het OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV de 'leer van het gedeelte' wordt verlaten voor de 'leer van de absolute zelfstandigheid' (OESO-commentaar van 2008 par. 11).

<sup>157</sup> Zie voor een uitvoerige beschrijving van zogenoemde '*dealings*' par. 2.4.

onderdelen van de onderneming. De vaste inrichting vervult dan een bancaire functie en voorziet de gehele onderneming van kapitaal. Indien de activiteiten van de vaste inrichting op basis van de functionele- en feitelijke analyse als *SPF's* worden aangemerkt, leidt dit ertoe dat de geldverstrekker de economische eigendom van het door deze *treasury* activiteiten ontstane financiële activum verkrijgt. Indien aan al deze voorwaarden is voldaan, kan de interne lening geaccepteerd worden en mag de interne geldverstrekker een vergoeding in rekening brengen als beloning voor het gelopen risico met betrekking tot de *treasury* activiteiten.<sup>158</sup> Deze kan bestaan uit een aan de hoofdsom gerelateerde interne interestvergoeding, waardoor er een *spread* bij de vaste inrichting achterblijft. Indien een niet-financiële onderneming echter uitsluitend of grotendeels is gefinancierd met eigen vermogen, acht de OESO een *treasury* functie onwaarschijnlijk. In dit geval worden interne leningen dan ook doorgaans niet erkend, zodat alleen externe interestkosten worden toegerekend.<sup>159</sup>

### 3.2.3 *Verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van de vaste inrichting*

Zoals eerder beschreven werd in de OESO-commentaren van voor 1994 weinig aandacht besteed aan de kapitalisatie van de vaste inrichting. Om tot een uniform beleid te komen ten aanzien van de kapitaaldotatie opperde de meerderheid van de OESO-lidstaten in 1994 een praktische oplossing te zoeken die recht doet aan de vermogensstructuur van de generale onderneming en daarbij een link te leggen met de door de vaste inrichting uitgevoerde functies en de aan de vaste inrichting toegerekende activa en risico's.<sup>160</sup> In het OESO-commentaar van 2008 werd voorts opgenomen dat eerst het eigen vermogen toegerekend dient te worden alvorens toegekomen kan worden aan de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting.

Ten aanzien van de toerekening van eigen vermogen wordt in het PE-report overwogen dat indien belastingoverwegingen en specifieke bepalingen die zorgen dat aan de vaste inrichting een minimaal hoeveelheid eigen vermogen wordt toegerekend achterwege zouden blijven, het in veel gevallen niet nodig zou zijn om aan vaste inrichting eigen vermogen toe te rekenen.<sup>161</sup> Om dit te voorkomen wordt onder de AOA aangenomen dat de vaste inrichting over een passende hoeveelheid eigen vermogen beschikt om de activiteiten te ondersteunen, activa te financieren en risico's te dragen. Zodoende wordt aangenomen dat iedere vaste inrichting over een bepaald minimum '*free capital*' dient te beschikken. Deze gedachte lijkt in overeenstemming te zijn met de zelfstandigheidsgedachte waarop de AOA berust, aangezien het voor een zelfstandige entiteit in principe ook niet mogelijk is om vreemd vermogen aan te trekken zonder eigen

<sup>158</sup> OESO-commentaar van 2010 bij art. 7 OMV par. 28-29 en PE-report 2010 par. 114, 151-158.

<sup>159</sup> PE-report 2010 par. 157-158.

<sup>160</sup> OESO-commentaar van 1994 bij art. 7 OMV par. 18.2, 18.3 en 20.

<sup>161</sup> PE-report 2008 par. 149 p. 43.

vermogen. Wel wordt door het aannemen van een bepaald minimum *'free capital'* het directe verband verbroken tussen een schuld die is aangegaan ter financiering van een activum dat dienstbaar is aan de vaste inrichting. Bovendien strookt de toerekening van een minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting met de economische realiteit. Vanuit economisch oogpunt vormt de winst immers de toename van het eigen vermogen over een bepaalde periode en dient de toerekening aan te sluiten bij het werkelijke inkomen van de vaste inrichting. Ik acht het dan ook een opmerkelijke uitkomst dat de OESO enerzijds erkent dat het in veel gevallen niet nodig is om eigen vermogen toe te rekenen aan de vaste inrichting (en dit slechts door belastingoverwegingen en andere specifieke bepalingen anders is), maar anderzijds het wel nodig acht om een minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting toe te rekenen om tot een at arm's-length winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te komen.<sup>162</sup>

### 3.2.3.1 Onder- en overkapitalisatie

Bij de financiering van de vaste inrichting kunnen zich twee problematische situaties voordoen: onder- en overkapitalisatie van de vaste inrichting.<sup>163</sup> Er is sprake van onderkapitalisatie van de vaste inrichting indien deze bovenmatig is gefinancierd met vreemd vermogen. Indien de vaste inrichting echter bovenmatig is gefinancierd met eigen vermogen is er sprake van overkapitalisatie. Het PE-report en de Thin Capitalisation-report<sup>164</sup> bevatten aanwijzingen ten aanzien van een onder- of over gekapitaliseerde vaste inrichting. Indien een vaste inrichting is onder gekapitaliseerd dient het hoofdhuis aftrek toe te laten van de rente die voor de toepassing van de winstbelasting van het land van de vaste inrichting niet in aftrek is gekomen. Als de vaste inrichting echter is over gekapitaliseerd, mag de vaste inrichting een fictieve rente op het excès eigen vermogen in aanmerking nemen. Of een vaste inrichting is onder- of over gekapitaliseerd dient beoordeeld te worden naar de regelgeving en de praktijk van de vaste-inrichtingsstaat, tenzij de verdragsluitende staten in onderling overleg ingevolge art. 25 OMV overeenstemming bereiken over een andere oplossing.<sup>165</sup> Dit zal overigens niet vaak het geval zijn aangezien de lidstaten de keuze hebben om verschillende benaderingen toe te passen voor de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting.<sup>166</sup> Gezien het feit dat in het OESO-commentaar een voorbehoud is gemaakt ten aanzien van de landen die niet hebben ingestemd een 'praktische oplossing' te

---

<sup>162</sup> In het PE-report 2008 par. 149 p. 43 wordt aangenomen dat onder de AOA vanuit belastingoverwegingen een minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting toegerekend dient te worden om tot een at arm's-length winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting te komen. Bovendien acht de OESO de toerekening van een minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting van belang om belastingontwijking tegen te gaan.

<sup>163</sup> Maatregelen die opgenomen zijn in de Nederlandse wet- en regelgeving ten aanzien van de onder- en overkapitalisatie van de vaste inrichting worden nader behandeld in par. 3.3.

<sup>164</sup> Het Thin Capitalisation-report is in 1987 opgesteld om de relatie tussen nationale regels en het OMV ten aanzien van de 'thin-capitalisation' regels te beschrijven.

<sup>165</sup> PE-report 2008 par. 139 p. 41.

<sup>166</sup> PE-report 2008 par. 139 p. 42.



vinden en de verwijzing in het PE-report naar de nationale regelgeving en de praktijk, lijkt er geen duidelijk criterium te bestaan om de financieringsstructuur van de vaste inrichting te toetsen. Sterker nog, in het Thin Capitalisation-report wordt zelfs aangestipt dat het onuitvoerbaar is om een relatie tussen het vreemd- en eigen vermogen aan te wijzen die als norm gehanteerd kan worden om te bepalen of een bepaalde vermogensstructuur de economische realiteit weerspiegelt.<sup>167</sup> Zo kan enerzijds een financieringsstructuur met relatief veel vreemd vermogen ten opzichte van eigen vermogen, een constructie zijn om een belastingvoordeel te beogen. Anderzijds kan een dergelijke financieringsstructuur de commerciële en economische realiteit weerspiegelen zonder dat een belastingvoordeel wordt beoogd.

### 3.3 *Nederlandse visie*

Waar de OESO op basis van een functionele- en feitelijke analyse eerst het eigen vermogen en als rest post het vreemd vermogen aan de vaste inrichting toerekent, wordt in Nederland een omgekeerde volgorde gevolgd.<sup>168</sup><sup>169</sup> De Hoge Raad gaat in beginsel uit van een toerekening van rente op externe schulden aan een vaste inrichting. Deze externe schulden worden aan de vaste inrichting toegerekend indien er een (historisch) causaal verband is met de activiteiten van de vaste inrichting. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een door een lening gefinancierd activum, toegerekend wordt aan de vaste inrichting. Nadat de externe schulden aan de vaste inrichting zijn toegerekend, wordt de rest van de financieringsbehoefte van de vaste inrichting aangevuld met eigen vermogen. Daarbij is het uitgangspunt om de aan de vaste inrichting toegerekende winst, en daarmee ook de toerekening van rentekosten aan de vaste inrichting, zoveel mogelijk overeen te laten komen met de winst die een afzonderlijke niet-gelieerde onderneming zou hebben behaald met vergelijkbare activiteiten onder vergelijkbare omstandigheden.

#### 3.3.1 *Toerekening van het vreemd vermogen*

##### 3.3.1.1 *Externe leningen*

Bij de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting, lijkt het dienstbaarheids criterium wederom van belang te zijn. Of een lening dienstbaar is aan de bedrijfsoefening van de vaste inrichting wordt beoordeeld aan de hand van de activiteiten van de in die vaste inrichting werkzame natuurlijke personen en de daarbij behorende activiteiten. Kemmeren<sup>170</sup> vraagt zich daarbij af of aangesloten dient te worden bij de activiteiten die samenhangen met het beheer, het bestuur en de controle van de *lening* of het beheer, het bestuur en de exploitatie van het desbetreffende *activum*. Hij komt op basis van HR 18

---

<sup>167</sup> Thin Capitalisation-report (April 2000) par. 12 p. 7: adopted by the OECD Council on 26 November 1986.

<sup>168</sup> Potentiële problemen die kunnen ontstaan door deze tegengestelde methode ten aanzien van de financiering van de vaste inrichting worden nader besproken in par. 3.4.

<sup>169</sup> Zie in dit verband B. nr. 5790, HR 7 mei 1995, BNB 1997/263, BNB 2004/214 en BNB 2007/117.

<sup>170</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 84.

november 1931, B. 5085 tot de conclusie dat aangesloten dient te worden bij het bestuur en de exploitatie van het desbetreffende *activum*. In casu werd namelijk geoordeeld dat een obligatielening uitgegeven door een in België gevestigde NV, ter verschaffing van werkkapitaal voor haar vaste inrichting in Nederland om haar in staat te stellen haar bedrijf in Nederland uit te oefenen en dáár winst te behalen, toegerekend kon worden aan de vaste inrichting. Hoewel ik me bij deze keuze aansluit, vloeit de uitkomst ook voort uit het theoretische kader van de AOA. Onder de AOA worden activa en risico's gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van een functionele- en feitelijke analyse. Daarna wordt het vermogen waarover de vaste inrichting dient te beschikken afgeleid uit de aan de vaste inrichting toegerekende activa en risico's. In deze benadering wordt niet overwogen welk onderdeel het beheer, het bestuur en de controle heeft over deze lening. Er wordt enkel aandacht besteed aan het beheer, het bestuur en de exploitatie van het desbetreffende *activum*.

In HR 25 november 2005, BNB 2007/117 wordt nader ingegaan op de aard van het vreemd vermogen. In casu beoefende een in België gevestigde vennootschap (hierna: 'Belanghebbende') met behulp van een in Nederland gevestigde vaste inrichting een bankbedrijf uit. Belanghebbende beschikte over een aanzienlijk eigen vermogen terwijl de vaste inrichting volgens haar eigen balans een grote schuld in rekening-courant aan het hoofdkantoor had en een negatief eigen vermogen. Voor de toerekening van schulden aan het vermogen van de vaste inrichting geldt als hoofdregel, aldus de Hoge Raad, dat voor de fiscale winstberekening alleen financieringsmiddelen die dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting tot het vermogen van de vaste inrichting worden gerekend.<sup>171</sup> Om te bepalen of het vreemd vermogen dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening, dient belanghebbende een aantoonbaar rechtstreekse band tussen de activa en de passiva van het bankbedrijf aannemelijk te maken.<sup>172</sup> Op basis van deze uitspraak kan geconcludeerd worden dat het dienstbaarheid criterium ten aanzien van de toerekening van passiva aan de vaste inrichting niet bepalend is of het personeel van de vaste inrichting beschikt over de beslissingsbevoegdheid van de passiva, maar welk onderdeel het *activum* bezit waarvoor het vreemd vermogen is aangetrokken. Een passivum is derhalve dienstbaar aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting indien een aantoonbaar rechtstreeks verband tussen de activa en de passiva aannemelijk kan worden gemaakt.<sup>173</sup> Met name in het bankbedrijf is het moeilijk een relatie te leggen tussen specifieke posten van de actiefzijde en specifieke posten van de passiefzijde van de balans. In casu slaagde Belanghebbende er dan ook niet in om feiten en omstandigheden aannemelijk te maken die in redelijkheid verklaren waarom in het onderhavige geval het door belanghebbende aan haar vaste inrichting

---

<sup>171</sup> 'Interne leningen' worden daarbij, anders dan in uitzonderlijke gevallen waarin aan de zakelijkheid daarvan niet kan worden getwijfeld, niet in aanmerking genomen.

<sup>172</sup> Rechtsoverweging 3.2.2.

<sup>173</sup> De boekhouding van de onderneming is daarbij niet doorslaggevend.

gealloceerde vermogen uitsluitend uit vreemd vermogen bestond. Derhalve werd de door de inspecteur berekende gedeelte van de schuld in rekening-courant aangemerkt als 'tekort eigen vermogen' en de daarop betrekking hebbende rente niet in aftrek toegelaten.<sup>174</sup>

De Hoge Raad laat in principe de toerekening van externe schulden aan een vaste inrichting niet toe indien deze schuld niet jegens derden ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangegaan. In HR 7 mei 1997, BNB 1997/263 verstrekke een tot de fiscale eenheid behorende dochtermaatschappij aan haar vaste inrichting in Ierland een lening, welke in de boekhouding van de vaste inrichting werd geboekt op de *current account* (welke was gerangschikt onder '*liabilities*'). In casu werd geoordeeld dat de middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting als eigen vermogen aangemerkt dienen te worden. Bij een zelfstandige onderneming zouden de daarin geïnvesteerde middelen, voor zover deze niet zijn verkregen door het aangaan van schulden, ook als eigen vermogen aangemerkt worden. Het lijkt er dus op dat andere middelen, die niet zijn verkregen doordat ten behoeve van de vaste inrichting jegens derden schulden zijn aangegaan, volgens de Hoge Raad in de regel als eigen vermogen aangemerkt dienen te worden. Uitsluitend middelen die zijn verkregen door het aangaan van schulden jegens derden ten behoeve van de vaste inrichting worden aangemerkt als vreemd vermogen van de vaste inrichting. Ingeval een lening niet specifiek is aangegaan ten behoeve van de vaste inrichting, maar bijvoorbeeld voor een andere investering die uiteindelijk niet doorgaat, en die gelden alsnog worden aangewend ter financiering van de vaste inrichting, dan is die aanwending bepalend en niet het doel waarover de lening (oorspronkelijk) is opgenomen.<sup>175</sup> De Hoge Raad lijkt gezien de uitkomst van het arrest uit te gaan van de historische methode voor de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Slechts ingeval de historische aanwending van een lening niet goed kan worden bepaald, lijkt de mathematische methode, waarbij een evenredig deel van het eigen- en vreemd vermogen van de generale onderneming aan de vaste inrichting wordt toegedeeld, een nuttig hulpmiddel te zijn.

### 3.3.1.2 Interne leningen

De vraag of in de Nederlandse rechtspraak interne leningen tussen de vaste inrichting en de generale onderneming waarvan zij deel uitmaakt in aanmerking komen, raakt precies de kern van het probleem: *in*

---

<sup>174</sup> Voor de berekening vergelijkt de Belastingdienst de kapitalisatie van de vaste inrichting met de kapitalisatie van het hoofdkantoor aan de hand van de zogenoemde 'BIS-ratio'. Deze ratio wordt vastgesteld aan de hand van het aanwezige toetsingsvermogen (deze bestaat grotendeels uit kapitaal, winstreserves en achtergestelde leningen) gedeeld door de naar risico gewogen activa en uitzettingen. Internationaal hebben de Centrale Banken afgesproken dat de uitkomst van deze verhouding minimaal 8% moet bedragen. Dit percentage wordt de BIS-ratio genoemd.

<sup>175</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 84.

welke mate wordt de zelfstandigheidsfictie doorgetrokken en in welke mate wordt de vaste inrichting vergeleken met een dochtermaatschappij? Leningen tussen dochter- en moedervenootschappen worden in principe geaccepteerd, terwijl interne leningen tussen een vaste inrichting en (andere onderdelen van) de generale onderneming in principe niet aanvaard worden.<sup>176</sup> De Hoge Raad baseert deze algemene opvatting op het arm's-length beginsel. Dit is verassend aangezien het arm's-length beginsel naar mijn begrip juist impliceert interne leningen tussen een vaste inrichting en (andere onderdelen van) de generale onderneming te erkennen. Het arm's-length beginsel veronderstelt immers dat de vaste inrichting op overeenkomstige wijze behandeld dient te worden als een onafhankelijke onderneming met vergelijkbare activiteiten onder dezelfde feiten en omstandigheden. In dit kader dient de interne lening, verstrekt door het hoofdhuis aan de vaste inrichting, beschouwd te worden als een lening die verstrekt wordt aan een willekeurige derde. De Hoge Raad volgt daarentegen de economische realiteit van de lening om tot de algemene opvatting te komen. Als een vaste inrichting eigen vermogen aantrekt van het hoofdhuis, blijft dat eigen vermogen. Het feit dat het vermogen in een ander onderdeel van de onderneming bevindt, verandert de aard van het vermogen niet. Deze opvatting blijft ook in stand indien een dochtermaatschappij als zelfstandige onderneming eigen vermogen aantrekt van haar moedermaatschappij. Deze economische interpretatiewijze gebiedt dat de aard van het verstrekte vermogen niet kan worden gewijzigd enkel door het verschuiven van het vermogen aan een ander onderdeel van de onderneming en voorkomt dat naar willekeur winsten kunnen worden verschoven.<sup>177</sup>

Voorts bestaan er wel uitzonderingen op deze opvatting en laat de Hoge Raad onder omstandigheden toe rekening te houden met interne leningen. Zo worden schuldvorderingen die voortvloeien uit handelingen waarvan aan de zakelijkheid niet getwijfeld kan worden en die zich in niet-gelieerde verhoudingen op exact dezelfde wijze zouden voordoen, wel erkend. Zo werd in HR 8 november 1989, BNB 1990/36 een schuld in Engelse ponden van de vaste inrichting in Nederland aan het hoofdkantoor in Engeland aanwezig geacht en werden valutaresultaten op deze schuld in Engelse ponden (ten opzichte van de Nederlandse gulden) tot uiting in de aan de vaste inrichting toe te rekenen winst gelaten. In casu betrof het een in Engeland gevestigde onderneming die zich bezig hield met de productie en verkoop van machines. De verkoop- en serviceactiviteiten met betrekking tot deze machines werden uitgevoerd met behulp van een in Nederland gevestigde vaste inrichting. De vaste inrichting voerde uitsluitend verkoop- en serviceactiviteiten uit met

---

<sup>176</sup> In HR 28 april 1954, BNB 1954/186 werd geoordeeld dat belanghebbende (een in Nederland gevestigde hypotheekbankbedrijf) geen schuld kan hebben aan zichzelf (een in Amerika gevestigde vaste inrichting). Deze algemene opvatting werd in HR 7 mei 1993, BNB 1997/263 bevestigd door de middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting in het kader van de zelfstandigheidsfictie als eigen vermogen van die vaste inrichting te beschouwen, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan.

<sup>177</sup> Zie bijvoorbeeld BNB 1997/263 waarin de Hoge Raad oordeelde dat geen schuld aan een vaste inrichting toegerekend dient te worden als deze schuld niet jegens derden ten behoeve van de vaste inrichting is aangegaan (zie rechtsoverweging 3.3.2.).

betrekking tot de goederen van de in Engeland gevestigde hoofdkantoor. Voor de geleverde goederen verstuurde het hoofdhuis facturen in Engelse ponden aan de vaste inrichting. Het hoofdhuis hanteerde overeenkomstige prijzen en betalingscondities voor deze goederen welke ook tegenover onafhankelijke derden werden gehanteerd. Omdat de factuurbedragen in Engelse ponden werden uitgedrukt, dienden deze omgerekend te worden in guldens naar de koers per balansdatum. Dientengevolge kwamen in de boekhouding van de vaste inrichting valutaverschillen tot uitdrukking. Daartoe heeft de vaste inrichting een verlies geboekt die, aldus de Hoge Raad, als schuld in Engelse ponden van de vaste inrichting aan het hoofdkantoor behandeld dient te worden. Deze schuld is echter '*geen schuld in juridische zin*<sup>178</sup>', van de vaste inrichting aan het hoofdhuis, maar dient slechts te worden behandeld als een schuld voor de winstberekening van de vaste inrichting. Kemmeren<sup>179</sup> wijst op de onzorgvuldige formulering van de Hoge Raad aangezien hij wel in fiscaal-juridische zin de schuld erkent. Hierdoor lijkt het alsof de Hoge Raad de juridische werking van het fiscaal recht niet erkent. Ik sluit me bij deze constatering aan, maar kan me geen geschiktere uitspraak indenken. De vaste inrichting blijft immers onderdeel van de generale onderneming, waardoor zij niet in staat is juridisch bindende contracten aan te gaan. Juridisch gezien kan een interne lening dan ook niet bestaan, waardoor de Hoge Raad naar mijn mening dan ook terecht constateert dat er geen sprake is van een schuld in juridische zin. Dat per fictie deze lening fiscaal gezien erkend wordt, doet daar naar mijn mening niets aan af.

Het dienstbaarheid criterium lijkt ook van toepassing te zijn bij het bepalen of al dan niet sprake is van een interne lening. In HR 27 mei 1997, BNB 1997/264 dreef een in Nederland gevestigde vennootschap haar onderneming door middel van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vaste inrichting. In verband daarmee hield belanghebbende in haar boeken een rekening-courant met de vaste inrichting aan, welke per saldo een vordering van de vaste inrichting op het hoofdkantoor aangaf. Over het saldo van de rekening-courant werd geen rente geboekt. Belanghebbende heeft zich in casu op het standpunt gesteld dat voor berekening van de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting ter zake van de rekening-courant aan de vaste inrichting rente dient te worden toegerekend over het gemiddelde van het saldo bij het begin en het einde van het jaar. Subsidiar heeft zij het standpunt ingenomen dat de door haar genoten rente over een bedrag, gelijk aan het saldo van de rekening-courant, als winst van de vaste inrichting dient te worden aangemerkt. Het Hof oordeelde dat een dergelijke rekening-courant van het hoofdhuis met de vaste inrichting in principe in aanmerking kan worden genomen bij de berekening van de winst van de vaste inrichting, zodat een interne lening werd geaccepteerd. Omdat feitelijk geen rente in rekening werd gebracht aan het hoofdhuis, oordeelde het Hof dat de rekening-courant verhouding (en de opbrengsten die

---

<sup>178</sup> HR 8 november 1989, BNB 1990/36 rechtsoverweging. 4.2.

<sup>179</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 84.

daaruit voortvloeien) niet dienstbaar was aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Dientengevolge oordeelde het Hof dat er geen sprake kon zijn van de toerekening van rentewinst aan de vaste inrichting en werd voor de berekening van de aftrek ter voorkoming van dubbele belasting geen bedrag in aanmerking genomen ter zake van het met die gelden behaalde of de daaraan toe te rekenen opbrengsten. In het algemeen kan er vanuit worden gegaan dat het dienstbaarheid criterium ook van toepassing is om te beoordelen of er sprake is van een interne lening. Opbrengsten die voortvloeien uit de uitoefening van de onderneming van de vaste inrichting, vormen geen deel van het vermogen van de vaste inrichting indien deze gelden niet langer dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting.

### *3.3.2 Toerekening van het eigen vermogen*

Nadat de direct verbonden externe schuld aan de vaste inrichting is toegerekend, dient volgens de Hoge Raad het vaste inrichtingsvermogen als sluitpost met eigen vermogen aangevuld te worden.<sup>180</sup><sup>181</sup> Daarbij wordt rekening gehouden met de zelfstandigheidsfictie, zodat de vaste inrichting in principe over eigen vermogen dient te beschikken. In de parlementaire geschiedenis bij het BvdB 1989 is deze kwestie aan de orde gesteld. Als voorbeeld werd een verzekeringsbedrijf behandeld waarbij aan de vaste inrichting vermogensbestanddelen werden toegerekend die bij het hoofdkantoor waren ondergebracht. Deze vermogensbestanddelen dienen echter in een at arm's-length situatie wel tot het vermogen van de vaste inrichting gerekend te worden. Op deze manier kon de verzekeringsonderneming een bepaald dekkingsvermogen aanhouden tegenover de verplichtingen uit overeenkomsten. Nu echter de winstberekening bij de vaste inrichting volgens de zelfstandigheidsfictie geschiedt, dient ook bij de vaste inrichting waarmee een verzekeringsbedrijf wordt uitgeoefend, een dergelijk dekkingsvermogen aanwezig te zijn. De vaste inrichting dient derhalve aan de passiefzijde van de balans ook over eigen vermogen te beschikken.<sup>182</sup> Ook uit verschillende uitspraken door de Hoge Raad kan geconcludeerd worden dat de vaste inrichting over eigen vermogen dient te beschikken. In HR 7 mei 1997, BNB 1997/263 oordeelde de Hoge Raad dat de middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de zelfstandigheidsfictie, in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting dienen te worden beschouwd.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> In par. 3.3 worden de consequenties besproken van de door de Hoge Raad afwijkende benadering.

<sup>181</sup> Zie in dit verband wederom HR 23 januari 1935, B. nr. 5790, HR 7 mei 1995, BNB 1997/263, HR 23 januari 2004, BNB 2004/214 en HR 25 november 2005, BNB 2007/117.

<sup>182</sup> Nota Algemeen fiscaal verdragsbeleid, Kamerstukken II, 1988-1989, 20 365, nr. 8, p. 6.

<sup>183</sup> Dit arrest is reeds behandeld in par. 3.2.2.1

### 3.3.2.1 Toerekeningmethodiek

In par. 3.2.1.2 wordt voor de toerekening van het eigen vermogen verschillende methoden beschreven die door de OESO zijn ontwikkeld. In de Nederlandse jurisprudentie is ten aanzien van de toerekening van het eigen vermogen niet meer bekend dan het gegeven dat eigen vermogen als sluitpost fungeert. Veel wijzer worden we daar ook niet van, aangezien ook hieruit niet kan worden afgeleid volgens welke toerekeningmethodiek de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te geschieden. Wel blijkt uit BNB 2007/117 een relatieve aanvaardbaarheid van de *capital allocation approach*.<sup>184</sup> In casu werd bij gebreke van mogelijkheden bij een bank om ingeleende gelden causaal te koppelen aan uitgezette gelden, aangesloten bij de individuele BIS-ratio<sup>185</sup> en de gewogen activa van de vaste inrichting om het eigen vermogen van de vaste inrichting te bepalen.<sup>186</sup> De toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting wordt dan bepaald aan de hand van de omvang van de risico's die de vaste inrichting loopt ten aanzien van de uitgezette gelden. Indien de activiteiten van de vaste inrichting riskanter zijn dan die van de generale onderneming als geheel, leidt toepassing van de BIS-ratio er derhalve toe dat aan de vaste inrichting een hoger percentage eigen vermogen wordt toegerekend dan dat van de generale onderneming. Aan de overige onderdelen van de generale onderneming wordt dan een lager bedrag aan eigen vermogen toegerekend.<sup>187</sup> Verder is bekend dat de Hoge Raad in BNB 1997/263 de *thin capitalisation approach* heeft verworpen.<sup>188</sup>

In het Besluit wordt de voorkeur uitgesproken voor de *capital allocation approach* waarbij rekening wordt gehouden met de waarde van de activa als de aan de activiteiten en activa verbonden risico's. Slechts indien gevallen zich voordoen waarin de onderneming als geheel niet at arm's-length is gefinancierd, wordt de *thin capitalisation approach* toegestaan.<sup>189</sup> De Staatssecretaris laat zich hierover in het Besluit als volgt uit: 'Mede gelet op het uitgangspunt van het PE-report dat de vaste inrichting in principe een gelijke kredietwaardigheid heeft als de onderneming als geheel heb ik de voorkeur voor de *capital allocation approach*'. Praktisch bezien is de keuze voor deze eenvoudig toepasbare methode begrijpelijk. Zij voorkomt namelijk de arbeidsintensieve beoordeling van ruime 'debt-to-equity' verhoudingen die onder de *thin capitalisation approach* (kunnen) voorkomen. Daarnaast voorkomt deze methode ook de moeizame zoektocht naar vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen. Toch is er naar mijn mening op deze vaststelling het een en ander af te dingen. Met betrekking tot de kredietwaardigheid van de vaste inrichting maakt het namelijk niet uit of de kapitaal allocatie aan de vaste inrichting op basis van de *capital allocation*

<sup>184</sup> Pijl, H., 'Kapitaalallocatie aan de vaste inrichting', *WFR* 2010/1445.

<sup>185</sup> BIS-ratio staat voor Bank of International Settlements en is een internationaal standaard voor de solvabiliteit van een bank.

<sup>186</sup> Rechtsoverweging 2.4

<sup>187</sup> Rechtsoverweging 5.6

<sup>188</sup> Zie in dit verband par. 3.3.4

<sup>189</sup> Het Besluit par. 2.2.

*approach* of de *thin capitalisation approach* geschiedt. Op basis van beide methoden wordt de kapitaal allocatie immers vastgesteld aan de hand van de aan de vaste inrichting toegerekende activiteiten, activa en risico's. Onder de *thin capitalisation approach* wordt het resultaat vervolgens nog vergeleken met de vermogensstructuur van onafhankelijke zelfstandige ondernemingen die onder dezelfde omstandigheden vergelijkbare activiteiten uitvoeren in het land waar de vaste inrichting is gevestigd. Dit doet echter niets af aan het feit dat de grondslag van beide methoden beoogt de kredietwaardigheid van de generale onderneming in de vaste inrichting te bewerkstelligen. Voorts merkt Pijl<sup>190</sup> terecht op dat de bewoording van de Staatssecretaris de indruk wekt dat er nog andere argumenten bestaan die de voorkeur voor de *capital allocation approach* ondersteunen. Deze ontbreken echter, waardoor de enige redenen de eenvoud en het voorkomen van lastige discussies lijkt te zijn. De Staatssecretaris lijkt op dit punt (bewust) blindelings het uitgangspunt van het PE-report te volgen en ten onrechte de kredietwaarheidskwestie als onderscheidend criterium aan te wijzen.

### 3.3.3 *Verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van de vaste inrichting*

De Hoge Raad lijkt de norm voor de verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van een vaste inrichting te verwerpen. In BNB 1997/263 verwerpt de Hoge Raad de door het Hof geformuleerde overweging dat voor de berekening van het vermogen van de vaste inrichting de verhouding tussen het fictief eigen vermogen en het fictief vreemd vermogen aangesloten dient te worden bij de verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van zelfstandige vergelijkbare ondernemingen. De vermogensverhouding is, aldus de Hoge Raad, afhankelijk van de feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert en van de keuze van de ondernemer op welke wijze hij de financiering van de onderneming wenst te voorzien.<sup>191</sup>

Op basis van het reeds besproken arrest BNB 2007/117, kwam ik zelfs tot de conclusie dat indien op basis van een functionele- en feitelijke analyse blijkt dat de vaste inrichting uitsluitend met vreemd vermogen is gefinancierd, de zelfstandigheidsfictie niet met zich brengt dat de vaste inrichting over een bepaald minimum eigen vermogen dient te beschikken. Pijl<sup>192</sup> ziet het arrest zelfs als een bevestiging van de fiscale aanvaardbaarheid van volledige financiering met vreemd vermogen. Dit lijkt namelijk slechts een kwestie van bewijs te zijn. In casu oordeelde de Hoge Raad echter dat bij het bankbedrijf het in het algemeen niet is na te gaan op welke wijze een bepaald activum is gefinancierd, zodat in beginsel enkel aansluiting kan worden gezocht bij de omstandigheid dat ieder activum in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen.

---

<sup>190</sup> Pijl, H., zie noot 122.

<sup>191</sup> Zie rechtsoverweging 3.3.2 van het arrest.

<sup>192</sup> Pijl, H., zie noot 122.



In de literatuur bestaat echter ook de opvatting dat een vaste inrichting niet volledig gefinancierd kan worden met vreemd vermogen.<sup>193</sup> Volgens de stamkapitaaltheorie beschikt een onderneming over een minimaal hoeveelheid eigen vermogen. Indien het eigen vermogen van de onderneming tekortschiet of ontbreekt, dient voor de toepassing van het fiscale recht het vreemd vermogen geheel of gedeeltelijk aangemerkt of behandeld te worden als eigen vermogen.<sup>194</sup> Hoewel de Hoge Raad een norm ter bepaling van de verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen lijkt te verwerpen, wordt met betrekking tot de vaste inrichting niet geheel afgeweken van de stamkapitaal theorie. Zo merkt de Hoge Raad in BNB 2007/117 op dat in principe elk activum (gedeeltelijk) gedekt zou zijn met eigen vermogen. Hoogterp<sup>195</sup> verbindt aan deze opmerking de conclusie dat de Hoge Raad aanneemt dat elke vaste inrichting in principe over stamkapitaal beschikt. Strikt genomen hoeft dit niet te betekenen dat een deel van het vreemd vermogen daadwerkelijke als kapitaal wordt aangemerkt. De rechter kan namelijk ook het vreemd vermogen slechts al kapitaal behandelen door de rente niet aftrekbaar te verklaren. Ingeval de door de rechter geachte *debt-to-equity* ratio wordt overschreden, wordt de betaalde (winstafhankelijke) rente niet aftrekbaar geacht. Ter bepaling van de juiste vermogensstructuur in de vaste inrichting, wordt gekeken naar de verdeling tussen het eigen- en vreemd vermogen bij zelfstandige ondernemingen die met de vaste inrichting vergelijkbaar zijn wat betreft de aard van hun bedrijvigheid. Kemmeren<sup>196</sup> is echter van mening dat op basis van het arrest BNB 1997/263 de vaste inrichting volledig met vreemd vermogen gefinancierd kan worden zodat de stamkapitaaltheorie in het Nederlands internationaal- en nationaal belastingrecht expliciet verworpen is. Ik acht deze conclusie onjuist. Naar mijn mening verwerpt de Hoge Raad in casu slechts de norm dat voor de vermogensverhouding van een onderneming aangesloten kan worden bij de vermogensverhouding van vergelijkbare ondernemingen en daarmee dus enkel de *thin capitalisation approach*.

Zoals beschreven lopen de opvattingen ten aanzien van de financiering van de vaste inrichting uiteen. Enerzijds wordt, op basis van de functionele- en feitelijke analyse, verondersteld dat de vaste inrichting uitsluitend met vreemd vermogen gefinancierd kan zijn ingeval deze schulden uitsluitend zijn aangegaan ter financiering van vermogensbestanddelen die tot het ondernemingsvermogen behoren. Anderzijds wordt het oordeel dat in een bankbedrijf in het algemeen niet is na te gaan op welke wijze een bepaald activum is gefinancierd door de Hoge Raad juist geacht, waardoor er in beginsel enkel aansluiting kan worden

---

<sup>193</sup> Pötgens, F.P.G. en Raad, Van., C., zie noot 45, par. 2.9.2.C.c.

<sup>194</sup> Deze theorie kan in ruime zin worden opgevat, zodat alle criteria van een lening fiscaalrechtelijk als kapitaalverstrekking kunnen worden aangemerkt, of in beperkte zin, zodat de 'financieringsnormen der bedrijfseconomie' bepalen of een lening in wezen als kapitaalverstrekking beschouwd dient te worden.

<sup>195</sup> Hoogterp, P., 'Interestlasten vaste inrichtingen', *WFR* 2008/1085 par. 6.1-6.3.

<sup>196</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 84; en Vleggeert, J., zie noot 45, p. 397.

gezocht bij de omstandigheid dat ieder activum in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen. Gezien de dagelijkse activiteiten van een bankbedrijf doorgaans bestaan uit het uitvoeren van transacties, kan ik me goed indenken dat het een ondoenlijke taak is om van elk aangekocht activum de financieringswijze vast te leggen. De Hoge Raad legt naar mijn mening dan ook (bewust) een onuitvoerbare bewijslast op de schouders van belastingplichtigen. Dit kan resulteren in situaties waarin de posten aan de actiefzijde van de vaste inrichting daadwerkelijk door vreemd vermogen zijn gefinancierd, maar (onjuist) als eigen vermogen worden aangemerkt. Hierdoor worden aan de vaste inrichting minder rentelasten toegerekend dan het geval had moeten zijn, resulterend in een te hoge aftrekwinst (waarvoor Nederland voorkoming van dubbele belasting verleent), wat ten koste gaat van de Nederlandse grondslag. Bovendien acht ik, op basis van de bewoording van de door de Hoge Raad geformuleerde 'hoofdregel', het onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad zal toestaan dat aan de vaste inrichting uitsluitend vreemd vermogen wordt toegerekend. Als 'hoofdregel' heeft immers te gelden dat slechts vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de vaste inrichting kan worden toegerekend.<sup>197</sup> Aangenomen dat de Hoge Raad de bewoording van de 'hoofdregel' zorgvuldig heeft gekozen, suggereert het gebruik van het werkwoord 'kunnen' in plaats van 'moeten' dat van de hoofdregel afgeweken kan worden. Aangezien uit het OESO-commentaar bij art. 7 OMV<sup>198</sup> en de Nederlandse praktijk<sup>199</sup> blijkt dat bekeken dient te worden of de vaste inrichting is onder gekapitaliseerd, zal de Hoge Raad naar mijn verwachting dan ook afwijken van de hoofdregel indien hieruit zou voortvloeien dat ten aanzien van de financiering enkel vreemd vermogen wordt toegerekend aan de vaste inrichting. Alsdan zal de Hoge Raad mogelijk (onjuist) oordelen dat op basis van een arm's-length benadering eigen vermogen aan de vaste inrichting moet worden toegerekend, of een gedeelte van het aan de vaste inrichting toegerekende vreemd vermogen als kapitaal behandelen (door de toerekening van rentekosten (gedeeltelijk) achterwege te laten).

### *3.3.3.1 Onder- en overkapitalisatie*

Zoals eerder beschreven dient naar de regelgeving en de praktijk van de vaste inrichtingsstaat beoordeeld te worden of een vaste inrichting is onder- of over gekapitaliseerd. De regeling tegen onderkapitalisatie is in de Nederlandse wetgeving neergelegd in art. 10d Wet VpB 1969. Deze beperkt de aftrek van rente op geldleningen, verschuldigd aan verbonden lichamen in een groep, ingeval de binnenlandse- of buitenlandse belastingplichtige bovenmatig is gefinancierd met vreemd vermogen.<sup>200</sup> Op deze manier wil

<sup>197</sup> Zie BNB/2007/117\* rechtsoverweging 3.2.2.

<sup>198</sup> Punt 18.1 van het commentaar op art. 7 OMV.

<sup>199</sup> Zie bijvoorbeeld de thincap-regeling ingevolge art. 10d wet VpB 1969.

<sup>200</sup> Deze aftrekbeperking is via een nota van wijziging van het Belastingplan 2004 (Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 8, art. XI, onderdeel Bc) samen met twee andere maatregelen (vervallen van de aftrekbeperkingen voor kosten van deelnemingen en een beperking van de verrekening van de verliezen van houdstermaatschappijen), ingevoerd naar aanleiding van het Bosal-arrest.

de wetgever de renteaftrek, door aandelenvennootschappen die in concernverband hun ondernemingen bovenmatig met vreemd vermogen financieren, tegengaan. Deze regeling treedt in werking indien wordt voldaan aan de volgende twee voorwaarden: (I) het betreft een financieringsstructuur in groepsverband; en (II) er wordt bovenmatig met vreemd vermogen gefinancierd.

Omdat de winstbepaling van de vaste inrichting volgens de zelfstandigheidsfictie geschiedt, is tijdens de parlementaire behandeling opgemerkt dat bij het bepalen van de verhouding tussen het vreemd- en eigen vermogen van de vaste inrichting het uitgangspunt geldt dat de vaste inrichting als zelfstandige entiteit getoetst moet worden aan de thincap-regeling.<sup>201</sup> Als argument wordt aangevoerd dat de zelfstandigheidsfictie besloten ligt in art. 3.8 Wet IB 2001 en doorwerkt naar de vennootschapsbelasting in verbinding met art. 8, lid 1 Wet VpB 1969. Dit betekent dat op basis van de verhouding tussen het vreemd- en eigen vermogen van de vaste inrichting wordt bepaald in hoeverre er bij de berekening van de voorkomingswinst rente van aftrek wordt uitgesloten.<sup>202</sup> Indien de vaste inrichting met meer vreemd vermogen is gefinancierd dan is toegestaan ingevolge de thincap-regeling, wordt het teveel aan vreemd vermogen behandeld als eigen vermogen. Bij de berekening van de voorkomingswinst is deze rente, net als dividend, van aftrek uitgesloten. Het te veel aan vreemd vermogen blijft echter wel als vreemd vermogen op de balans van de vaste inrichting staan. De thincap-regeling heeft derhalve geen invloed op de toerekening van het eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting zelf.<sup>203</sup>

### ***3.4 Verenigbaarheid Nederlandse benadering met OESO-benadering***

In de voorgaande paragrafen is besproken op welke wijze het eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting kan worden toegerekend. Het doel daarbij is om de omvang van de aan de vaste inrichting toerekenbare rentelast te bepalen en deze zoveel mogelijk te laten aansluiten bij de omvang van de rentelast die een niet-gelieerde geldverstrekker in rekening zou brengen bij de financiering van een soortgelijke niet-gelieerde onderneming. Hoewel de OESO als de Nederlandse praktijk hetzelfde doel beogen, blijkt uit voorgaande paragrafen dat de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting niet altijd evident is en kan leiden tot uiteenlopende resultaten. Bovendien zijn er door de ontwikkelingen in de wet- en regelgeving ten aanzien van de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting in de loop der jaren ook inconsistenties ontstaan binnen de visie van de OESO en binnen het Nederlandse beleid.

---

Dientengevolge geldt de aftrekbeperking voor boekjaren die beginnen op of na 1 januari 2004. Andere aftrekbeperkingen komen in hoofdstuk 4 aan de orde.

<sup>201</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 20.

<sup>202</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 20.

<sup>203</sup> De werking van de thincap-regeling wordt besproken in hoofdstuk 4.

### 3.4.1 Vermogensallocatiemethodiek

Zoals eerder beschreven werd door de OESO weinig aandacht besteed aan de kapitalisatie van de vaste inrichting. Pas in 1994 werd door lidstaten geopperd een vermogensstructuur te benaderen die overeenkomt met de vermogensstructuur van de generale onderneming. Dit werd vervolgens nader uitgewerkt in het OESO-commentaar van 2008 en resulteerde in het primaat voor kapitaal (eerst toerekening van eigen vermogen en daarna het vreemd vermogen als sluitpost).

Nederland hanteert van oudsher een omgekeerde volgorde ten aanzien van de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting. De Hoge Raad gaat in beginsel uit van een toerekening van rente op externe schulden aan een vaste inrichting. Deze externe schulden worden aan de vaste inrichting toegerekend indien er een (historisch) causaal verband is met de activiteiten in de vaste inrichting. Daarna wordt als sluitpost het eigen vermogen aan de vaste inrichting toegerekend. Om de vraag te kunnen beantwoorden of het Nederlandse beleid verenigbaar is met de door de OESO voorgeschreven toerekeningmethodiek dient rekening te worden gehouden met de verschillen in de OESO-commentaren van 1963, 1977, 1994, 2008 en 2010 bij art. 7 OMV.<sup>204</sup>

Omdat Nederland zich jegens de OESO-lidstaten (politiek) gecommitteerd heeft aan een dynamische interpretatie van de OESO-commentaren, dient afgevraagd te worden of de door de Hoge Raad gevolgde kapitaalallocatiemethode stand houdt.<sup>205</sup> Volgens de dynamische toepassing is een later commentaar van belang voor de uitleg van een verdrag dat onder een eerder commentaar tot stand is gekomen, mits de wijziging binnen de grenzen van de in de eerdere commentaarversie uitgezette lijnen blijft. Een wijziging van ingrijpende aard schuift de dynamische toepasbaarheid van een later OESO-commentaar derhalve opzij. Zoals eerder beschreven constateert Pijl<sup>206</sup>, in navolging van de dynamische interpretatiemethodiek de volgende tweedeling: (I) ten aanzien van pre-1994 verdragen kan de Nederlandse rechter de door de Hoge Raad gevolgde volgorde schuld-kapitaal volgen; en (II) ten aanzien van post-1994 verdragen dient de 2008 OESO-volgorde kapitaal-schuld te worden gevolgd. In tegenstelling tot deze tweedeling wekken de besproken arresten BNB 1997/263, BNB 2004/214 en BNB 2007/117 de indruk dat de Hoge Raad de volgorde schuld-kapitaal blijft volgen, in weerwil van het OESO-commentaar van 1994. Dit is echter een onjuiste constatering, aangezien het in deze arresten verdragen betreft die zijn ontstaan onder het OESO-commentaar van 1963 of eerder.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> De verschillen in de OESO-commentaren zijn reeds beschreven in par. 3.2.

<sup>205</sup> Pijl, H., zie noot 122.

<sup>206</sup> Pijl, H., zie noot 122.

<sup>207</sup> Het betreft respectievelijk de verdragen Nederland-Zwitserland 1951, Nederland-België 1970 en Nederland-Ierland 1969.

Gezien het feit dat er nog geen zaak aanhangig is geweest die deze tweedeling confirmeert, trek ik deze tweedeling in twijfel. Meer specifiek trek in twijfel welke volgorde de Hoge Raad juist acht bij verdragen die zijn ontstaan tussen 1994 en 2008. Of met andere woorden, acht de Hoge Raad de toegevoegde zinsnede in het OESO-commentaar van 2008 als een wijziging van ingrijpende of slechts als een verduidelijking van het OESO-commentaar van 1994? De in het OESO-commentaar van 1994 toegevoegde opmerking – dat voor de vermogensstructuur van de vaste inrichting de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt dient te worden genomen – impliceert immers niets ten aanzien van de vraag of de volgorde ‘schuld-kapitaal’ of ‘kapitaal-schuld’ gevolgd dient te worden. Deze opmerking beoogt enkel de onbegrensde proportionele aftrek van rentkosten, die onder het OESO-commentaar van 1963 en 1977 werd toegestaan, tegen te gaan. Zodoende beschouw ik de opmerking in het OESO-commentaar van 1994 van zeer algemene aard en acht ik de toegevoegde zinsnede in het OESO-commentaar van 2008 – waarin expliciet het primaat voor kapitaal is vastgelegd – als een wezenlijke verandering ten opzichte van het OESO-commentaar van 1994. Daarmee wil ik echter niet ontkennen dat de opmerking in het OESO-commentaar van 1994 het startpunt van de kapitalisatie van de vaste inrichting vormde. Deze opmerking behelsde immers een afbreuk aan de onbegrensde proportionele aftrek van rentekosten in de vaste inrichting. Zodoende acht ik het, in het kader van het doorvoeren van een dergelijke fundamentele systematiekwijziging op internationaal niveau, wenselijk dat de Staatssecretaris zich coulant opstelt ten opzichte van deze problematiek. Voor post-2008 verdragen dient in ieder geval de door de OESO geformuleerde kapitaal-schuld volgorde te worden gevolgd. Dit volgt voor verdragen die zijn ontstaan tussen 2008 en 2010 uit het gewijzigde OESO-commentaar van 2008 en voor post-2010 verdragen uit art. 7 OMV(nieuw)<sup>208</sup> en het bijgaande OESO-commentaar van 2010.

### 3.4.2 Toerekeningmethodiek eigen vermogen

In het PE-report worden vier methoden beschreven voor de toerekening van het eigen vermogen van de generale onderneming aan de vaste inrichting. Het PE-report legt daarbij de OESO-lidstaten niet op om een bepaalde methode te volgen. Een methode die niet tot een arm's-length resultaat leidt mag echter door een andere AOA-methode vervangen worden.<sup>209</sup> De *capital allocation approach* en de *thin capitalisation approach* worden in het PE-report in ieder geval als AOA-conform beschouwd. In Nederland bestaat er geen beleid of jurisprudentie waaruit blijkt op welke wijze de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te geschieden. Wel werd in HR 7 mei 1997, BNB 1997/263 de *thin capitalisation approach* verworpen en blijkt uit HR 25 november 2005, BNB 2007/117 dat de *capital allocation approach* slechts

<sup>208</sup> De wijziging in art. 7 OMV wordt in hoofdstuk 4 uitvoerig besproken.

<sup>209</sup> PE-report 2008 par. 152.

geaccepteerd wordt indien de historische methode niet geschikt bevonden wordt voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting. De Hoge Raad lijkt zich daarmee kritisch op te stellen ten opzichte van de door de OESO genoemde AOA-methoden. Het is dus nog niet geheel duidelijk op welke wijze de kapitaaldotatie aan de vaste inrichting dient te geschieden in Nederland. De Nederlandse rechter heeft zich regelmatig gebaseerd op het OESO-commentaar voor de invulling van nationaalrechtelijke ongedefinieerde criteria rondom de vaste inrichting als voor de methodisering van de nationaalrechtelijke onbepaalde vaste-inrichtingswinst.<sup>210</sup> Het lijkt mij dan ook voor de hand liggen dat elke in het PE-report genoemde methode wordt toegestaan, mits de gekozen methode leidt tot de toerekening van een at arm's-length hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting. Dit brengt met zich dat de in BNB 1997/263 verworpen *thin capitalisation approach* in beginsel open dient te staan voor belastingplichtigen. Ik ben dan ook van mening dat indien BNB 1997/263 in de huidige tijdsspanne aan de orde zou zijn geweest, de Hoge Raad de *thin capitalisation approach* niet had kunnen verwerpen.

In het Besluit wordt de voorkeur uitgesproken voor de *capital allocation approach*. Slechts indien gevallen zich voordoen waarin de onderneming als geheel niet at arm's-length is gefinancierd, met als gevolg daarvan te weinig eigen vermogen en te hoge rentelasten, staat de Staatssecretaris de *thin capitalisation approach* toe.<sup>211</sup> Ik plaats hierbij een aantal opmerkingen. Allereerst vind ik het verassend dat de Staatssecretaris meent dat hij zich met succes op de *thin capitalisation approach* kan beroepen ingeval de generale onderneming niet at arm's-length is gefinancierd. Deze methode is immers door de Hoge Raad in BNB 1997/263 expliciet verworpen, waardoor toepassing van deze methode in de Nederlandse rechtspraak niet wordt toegestaan. Daarnaast wordt in het Besluit beschreven dat slechts in het geval de vaste inrichting met te weinig eigen vermogen (met als gevolg te hoge rentelasten) is gefinancierd de *thin capitalisation approach* wordt toegestaan. Mijn inziens is er ook sprake van een niet at arm's-length situatie, indien aan de vaste inrichting te veel eigen vermogen (met als gevolg te weinig rentelasten) wordt toegerekend. Het lijkt mij dan ook voor de hand liggen dat in deze situatie ook ruimte voor de *thin capitalisation approach* is. Bovendien dient volgens de door Nederland gevolgde dynamische interpretatiemethode toepassing van de *thin capitalisation approach* open te staan onder de post-1994 verdragen. Naar mijn verwachting zullen dan ook procedures ontstaan over de vraag of het Besluit de toepassing van de *thin capitalisation approach* terecht slechts in gevallen van onderkapitalisatie toestaat, in afwijking van het PE-report 2008. Hoewel de Staatssecretaris met deze uitspraak duidelijkheid probeert te scheppen daar waar de Hoge Raad dat niet doet, is het naar mijn mening niet aan de Staatssecretaris een

---

<sup>210</sup> Pijl, H., zie noot 184.

<sup>211</sup> Het Besluit par. 2.2.

bepaalde methode op te leggen, dan wel diverse methoden te aanvaarden voor de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting.

### 3.4.3 Toerekeningmethodiek vreemd vermogen

#### 3.4.3.1 Externe leningen

In het PE-report worden verschillende methoden aangegeven voor de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting: directe toerekening van leningen aan activa, indirecte toerekening en allerlei tussenvormen. Deze methoden kunnen elk als AOA aangemerkt worden, mits ze er niet toe leiden dat aan de vaste inrichting meer intrestlasten worden toegerekend dan at arm's-length toegestaan is. Uit B. 5085 werd voor de toerekening van externe leningen aan de vaste inrichting het doel van de lening gekoppeld aan de vraag waarvoor deze lening daadwerkelijk werd gebruikt. In BNB 1997/263 werd deze lijn gevolgd en werd expliciet geoordeeld dat de daadwerkelijke aanwending van de externe lening doorslaggevend is. Zodoende worden schulden enkel aan een vaste inrichting toegerekend indien deze schulden jegens derden ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangegaan. Ook in BNB 2007/117 werd deze leer bevestigd en werd geoordeeld dat slechts vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de vaste inrichting aan het vaste inrichtingsvermogen kan worden toegerekend. De Hoge Raad hanteert derhalve van oudsher de leer van de directe toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Aangezien de OESO-lidstaten op eigen wijze invulling kunnen geven aan de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting, mits deze leidt tot een at arm's-length rentevergoeding, lijkt het beleid van de OESO en de Hoge Raad verenigbaar te zijn. Toch sluit het beleid van de OESO en de Hoge Raad op dit punt niet altijd goed aan. Indien een activum dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting geheel is gefinancierd met vreemd vermogen, dan is volgens de Nederlandse traditie de schuld eveneens geheel toerekenbaar aan de vaste inrichting. In het OESO Commentaar van 2008 en 2010 wordt echter enig kapitaal verlangd, zodat de historische methode, zoals deze wordt toegepast door de Hoge Raad, in wezen wordt afgewezen.<sup>212</sup> Een vaste inrichting kan volgens de OESO nimmer volledig met vreemd vermogen zijn gefinancierd, zodat dit standpunt zich naar mijn mening niet verdraagt met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het gevolg van het uiteenlopende beleid ten aanzien van de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting, is dat de belastingplichtigen zich kunnen beroepen op hetgeen wenselijk is in een specifieke situatie. Dit leidt, zoals verwoord door Kemmeren, tot onwenselijke *cherrypicking*.<sup>213</sup>

<sup>212</sup> Kemmeren, E.C.C.M., 'Kapitaalallocatie aan de vaste inrichting', *TFO* 2011/108.

<sup>213</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 84.

### 3.4.3.2 Interne leningen

Tot en met het OESO-Commentaar van 2008 werd bij de winstberekening van de vaste inrichting ervan uitgegaan dat er geen sprake kon zijn van interne leningen tussen een vaste inrichting en (andere onderdelen van) de generale onderneming. In het PE-report van 2008 werd hierop echter gedeeltelijk teruggekomen, zodat bij wijze van uitzondering rekening gehouden kan worden met interne leningen. Er is sprake van een dergelijke uitzondering indien de vaste inrichting een *treasury* functie uitoefent ten behoeve van andere onderdelen van de onderneming. Alsdan gaat de onderneming extern leningen aan en leent deze weer intern door via de vaste inrichting aan andere onderdelen van de onderneming. Dientengevolge zullen alleen externe interestkosten worden toegerekend. Daarbij is wel vereist dat op basis van de *SPF's* het economische eigendom van de kasmiddelen of financiële middelen toegerekend wordt aan de vaste inrichting. Ook in het Nederlands internationaal belastingrecht wordt op terughoudende wijze rekening gehouden met interne leningen. De Hoge Raad acht het namelijk niet mogelijk dat door de onderneming aangetrokken eigen vermogen wordt 'getransformeerd' tot vreemd vermogen door er in een ander onderdeel van de generale onderneming een ander label op te plakken. Dit zou namelijk niet in overeenstemming zijn met de economische realiteit. Zo werd in de volgende arresten geen rekening gehouden met interne leningen: (I) in BNB 1954/186 kon belanghebbende geen schuld aan zichzelf hebben; (II) in BNB 1997/263 werden middelen ter financiering van een vaste inrichting die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan in de regel als eigen vermogen beschouwd; en (III) in BNB 2007/117 werd als hoofdregel geformuleerd dat voor de fiscale winstbepaling alleen financieringsmiddelen die dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting tot het vermogen van die vaste inrichting worden gerekend. Daarbij wordt, anders dan in uitzonderlijke gevallen, geen rekening gehouden met interne leningen. Hoewel in de voorgaande arresten geen rekening werd gehouden met een interne lening, sluiten de overwegingen het bestaan van een interne lening niet uit. Interne leningen worden door de Hoge Raad namelijk erkend indien niet aan de zakelijkheid van de lening kan worden getwijfeld. Hiervan is sprake bij een leverancierskrediet zoals in BNB 1990/36.

Zowel de OESO als de Hoge Raad lijken in uitzonderlijke gevallen rekening te houden met interne leningen. Zij baseren zich echter wel op verschillende gronden, zodat de vraag rijst of de opvatting van de Hoge Raad wel in overeenstemming is met de opvatting van de OESO. Hoewel het expliciet verbod op interne rente niet meer in het OESO-commentaar is opgenomen, blijft de OESO restrictiever dan de Nederlandse Hoge Raad ten aanzien van het erkennen van interne leningen. In de jurisprudentie wordt een leverancierskrediet zakelijk geacht indien een dergelijk krediet ook aan derden zou zijn verstrekt. Om de vergoeding te bepalen wordt vervolgens gekeken naar de voorwaarden (waaronder het rentepercentage)



die met derden overeen zou zijn gekomen. De OESO neemt geen genoegen met een dergelijke vergelijking, maar vereist een functionele- en feitelijke analyse waaruit moet blijken dat op basis van de *SPF's* de vaste inrichting beschikt over het economische eigendom van de kasmiddelen of financiële middelen. Ik acht het onwaarschijnlijk dat een dergelijk leverancierskrediet in het kader van een *treasury* functie, die wordt verricht door het hoofdhuis of de vaste inrichting, wordt verstrekt. De Hoge Raad wijkt naar mijn mening dan ook af van hetgeen door de OESO wordt toegestaan, zodat ook in dit geval belastingplichtige weer de mogelijkheid heeft tot '*cherry picking*'. Bovendien leidt het accepteren van een *treasury dealing* niet tot een daadwerkelijke toename van het aan de vaste inrichting toegerekende vreemd vermogen, maar worden slechts erkend om een *treasury* functie te belonen.<sup>214</sup>

#### 3.4.4 Vermogensverhouding

Volgens de stamkapitaaltheorie dient een onderneming over een minimale hoeveelheid eigen vermogen te beschikken. Indien het eigen vermogen van de onderneming tekortschiet of ontbreekt, dient voor de toepassing van het fiscaal recht het vreemd vermogen geheel of gedeeltelijk aangemerkt of behandeld te worden als eigen vermogen. Dit betekent dat een vaste inrichting niet volledig met vreemd vermogen zou kunnen worden gefinancierd. De OESO lijkt deze theorie te volgen door aan de vaste inrichting een bepaald minimum '*free capital*' toe te rekenen zodat de vaste inrichting over een passende hoeveelheid eigen vermogen beschikt om haar activiteiten te ondersteunen, activa te financieren en risico's te dragen. Daarnaast is in het OESO-commentaar van 1994 opgenomen dat voor de vermogensstructuur van de vaste inrichting, de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt genomen dient te worden. Nederland kent geen expliciete bepaling of uitspraak waarin gesteld wordt dat bij het drijven van een onderneming eigen vermogen vereist is en lijkt daarmee een norm voor de verhouding tussen het eigen- en vreemd vermogen van de vaste inrichting te verwerpen. In BNB 1997/263 werd overwogen dat de vermogensverhouding afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert en van de keuze van de ondernemer op welke wijze hij in de financiering van de onderneming wenst te voorzien. Een norm ter bepaling van de verhouding welke pleegt te bestaan tussen eigen- en vreemd vermogen van een zelfstandige onderneming of een fictief zelfstandige onderneming te beschouwen vaste inrichting, kan, gelet op de verscheidenheid, bezwaarlijk worden vastgesteld, zodat de bepaling van de winst van een vaste inrichting op basis van een zodanige norm, tot willekeurige uitkomsten zou kunnen leiden. Met deze uitspraak verwerpt de Hoge Raad de door de OESO geformuleerde *thin capitalisation approach* voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting. Kemmeren<sup>215</sup> ziet in deze uitspraak de mogelijkheid tot een volledige financiering met vreemd vermogen van de vaste inrichting,

<sup>214</sup> PE-report 2010 par. 157-158.

<sup>215</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 212.

zodat de stamkapitaaltheorie expliciet wordt verworpen in het Nederlands internationaal- en nationaal belastingrecht. Ik acht deze conclusie echter onjuist en onderken op basis van het arrest slechts de verwerping van de *thin capitalisation approach* door de Hoge Raad. Bovendien heeft de Hoge Raad (nog) niet kenbaar gemaakt op welke wijze de totale financiering van de vaste inrichting dient te geschieden. Het lijkt mij dan ook voorbarig om op basis van dit arrest een uitspraak te doen of in gevallen waarbij de gehele financiering van activa van een vaste inrichting door middel van causaal toe te rekenen vreemd vermogen kan plaatsvinden en of deze toerekening beperkt kan worden door een toerekening van eigen vermogen.<sup>216</sup> In HR 2005, BNB 2007/117 werd overwogen dat het op de weg van belanghebbende ligt een aantoonbaar rechtstreeks verband tussen de activa en de passiva aan te tonen. Daarbij werd echter aangenomen dat in principe elk activum (gedeeltelijk) gedekt zou zijn met eigen vermogen. Enerzijds kan uit deze constatering afgeleid worden dat iedere vaste inrichting in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen. Anderzijds kan uit deze constatering afgeleid worden dat indien uit een gedegen functionele analyse zou blijken dat de vaste inrichting volledig met vreemd vermogen is gefinancierd, de zelfstandigheidsfictie – zoals geïnterpreteerd door de Hoge Raad – niet meebrengt dat de vaste inrichting voor fiscale doeleinden over een bepaald minimum eigen vermogen dient te beschikken. Naar mijn mening is de Hoge Raad hier niet eenduidig geweest en scheidt deze uitspraak verwarring, wat schade brengt aan de rechtszekerheid. Net als Pijl<sup>217</sup> en Hoogendoorn sluit ik mij aan bij de tweede gedachte, zodat afstand wordt gedaan van de stamkapitaaltheorie.

Het OESO standpunt dat een vaste inrichting nimmer volledig met vreemd vermogen gefinancierd kan zijn verdraagt zich, naar mijn oordeel, niet met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Deze constatering lijkt te worden erkend aangezien de OESO in 2008 in het kader van de discussie van winsttoerekening een bepaling heeft voorgesteld om de stamkapitaal vast te leggen.<sup>218</sup> Deze poging bleek echter niet succesvol.<sup>219,220</sup> Zodoende acht ik de afwijzende houding van de Hoge Raad ten aanzien van de stamkapitaaltheorie niet in geschil met het OESO standpunt. Het staat een belastingplichtige echter wel vrij om zich ten opzichte van de Nederlandse Belastingdienst te beroepen op de stamkapitaaltheorie indien

---

<sup>216</sup> Hoogterp, P., zie noot 195.

<sup>217</sup> Pijl, H., zie noot 22.

<sup>218</sup> Discussion draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention (7 July to 31 December 2008) p. 4.

<sup>219</sup> Kemmeren, E.C.C.M., 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO* 2011/108 par. 4.1.2.

<sup>220</sup> De voorgestelde bepaling om de stamkapitaaltheorie vast te leggen is mogelijk mislukt omdat dit zou kunnen signaleren dat de stamkapitaaltheorie onder de voorgangers van art. 7 OMV(nieuw) niet zou kunnen worden geïmplementeerd. Dat zou betekenen dat deze theorie niet zou kunnen worden toegepast onder belastingverdragen, waarin de oude tekst nog was opgenomen.

hem dit goed uitkomt. Hiervan kan sprake zijn bij de berekening van de vrij te stellen vaste inrichtingswinst. Kemmeren<sup>221</sup> merkt in dit kader op dat dit leidt tot onwenselijk *cherry picking*.

### 3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk heb ik de kapitalisatie van de vaste inrichting besproken. Uit bovenstaande rechtsvergelijking blijkt dat op dit punt verschillen bestaan tussen de (huidige) benadering van de OESO en de Nederlandse jurisprudentie. Hoewel deze uitkomst, gezien het feit dat de OESO met haar beleid geen rekening kan houden met het beleid van alle lidstaten, onvermijdelijk is, dienen deze verschillen wel beperkt te blijven. De kernvraag van dit hoofdstuk luidt als volgt:

*Is de OESO-benadering ten aanzien van de kapitaalallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting verenigbaar met de Nederlandse praktijk?*

Voor de financiering van de vaste inrichting rekent de Hoge Raad eerst externe schulden aan de vaste inrichting indien deze een (historisch) causaal verband hebben met de activiteiten van de vaste inrichting. De rest van de financieringsbehoefte wordt aangevuld met eigen vermogen. In het OESO-commentaar van 2008 is ten aanzien van de financiering van de vaste inrichting een bepaling opgenomen dat eerst aan de vaste inrichting een arm's-length hoeveelheid eigen vermogen toegerekend dient te worden en daarna het vreemd vermogen als sluitpost. Ik beschouw deze toegevoegde bepaling als een wezenlijke verandering in het OESO-commentaar zodat deze niet verenigbaar met de OESO-commentaren van 1963, 1977 en 1994. Met inachtneming van de dynamische interpretatiemethode, ben ik van mening dat het Nederlandse beleid overeind blijft in verdragen die zijn gesloten voor 2008 en dat het primaat voor het kapitaal gevolgd dient te worden in verdragen die zijn gesloten na 2008.

Voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting beschrijft de OESO in het PE-report verschillende methoden. Deze methoden zijn alle toegestaan mits de gekozen methode leidt tot de toerekening van een at arm's-length hoeveelheid eigen vermogen. De *capital allocation approach* en de *thin capitalisation approach* worden als AOA-conforme methoden benoemd. In Nederland bestaat er geen beleid of jurisprudentie waaruit blijkt op welke wijze de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te geschieden. Wel is bekend dat op basis van BNB 1997/263 de *thin capitalisation approach* expliciet is verworpen en op basis van BNB 2007/117 de *capital allocation approach* enkel wordt toegestaan indien er geen beter alternatief is. In het Besluit wordt de voorkeur voor de *capital allocation approach* uitgesproken en wordt de *thin capitalisation approach* toegestaan indien de onderneming als

---

<sup>221</sup> Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 219.

geheel niet at arm's-length is gefinancierd. Mede gelet op de dynamische interpretatiemethode van het OESO-commentaar ben ik van mening dat het belastingplichtigen vrij staat een door de OESO beschreven methode te kiezen, mits deze leidt tot de toerekening van een at arm's-length hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting.

Volgens de stamkapitaaltheorie dient een onderneming over een minimale hoeveelheid eigen vermogen te beschikken. De OESO lijkt deze theorie te volgen door aan de vaste inrichting een bepaald minimum '*free capital*' toe te rekenen. Daarnaast is in het OESO-commentaar van 1994 opgenomen dat voor de vermogensstructuur van de vaste inrichting de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt genomen dient te worden. Nederland kent geen expliciete bepaling of uitspraak waarin gesteld wordt dat het drijven van een onderneming eigen vermogen vereist, zodat afstand wordt gedaan van de stamkapitaaltheorie. Bovendien werd in BNB 1997/263 zelfs overwogen dat een bepaalde norm ter bepaling van de verhouding welke pleegt te bestaan tussen eigen- en vreemd vermogen tot willekeurige uitkomsten zou leiden. Het staat een belastingplichtige echter wel vrij om zich ten opzichte van de Nederlandse Belastingdienst te beroepen op de stamkapitaaltheorie indien hem dit goed uitkomt. Dit leidt naar mijn mening tot onwenselijk *cherry picking*.

De behandelde verschillen in het Nederlandse beleid ten aanzien van de kapitaalallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting ten opzichte van de bevindingen van de OESO, zijn met name te wijten aan de wijzigingen die door de jaren heen in het OESO-commentaar zijn aangebracht. Dit geldt met name voor de wijzigingen in het OESO-commentaar van 2008. Dit brengt mij tot de conclusie dat Nederland in navolging van de wijzigingen in het OESO-commentaar haar werkwijze op een aantal punten zal moeten aanpassen aan die van de OESO. Daar komt nog bij dat de complexiteit van deze problematiek wordt vergroot doordat Nederland zich heeft gecommitteerd aan een dynamische interpretatiemethode van het OESO-commentaar, waardoor het op sommige punten niet geheel duidelijk is tot welk tijdstip het Nederlandse beleid overeind blijft.

## 4 WINSTTOEREKENING

### 4.1 Inleiding

Hoewel de OESO aanvankelijk zowel de *relevant business activity approach* als de *FSE approach* toestond ten aanzien van de winsttoerekening aan de vaste inrichting<sup>222</sup>, is in art. 7, lid 2 OMV(nieuw) en het bijgaande OESO-commentaar van 2010 een expliciete keuze gemaakt voor de *FSE approach*.<sup>223</sup> Aan de vaste inrichting dient de winst toegerekend te worden die door de vaste inrichting zou zijn behaald indien zij een afzonderlijke niet-gelieerde onderneming (stap 1: zelfstandigheidsfictie) zou zijn geweest met dezelfde of soortgelijke functies, handelend onder dezelfde of overeenkomstige omstandigheden (stap 2: arm's-length beginsel). De Hoge Raad neemt bij de winsttoerekening aan een vaste inrichting ook de zelfstandigheidsfictie als uitgangspunt door als hoofdregel aan te sluiten bij de ondernemingsplitsingsmethode.<sup>224</sup>

In de tweede stap<sup>225</sup> worden alle transacties, tussen de generale onderneming en andere externe, (niet)gelieerde partijen, die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting voorzien in een prijs met behulp van de *Guidelines*. Deze *Guidelines* worden overeenkomstig toegepast op *dealings* tussen de vaste inrichting en overige onderdelen van de onderneming waarvan de vaste inrichting deel uitmaakt. Kort gezegd impliceert de tweede stap de geïdentificeerde transacties en *dealings* (die volgen uit de eerste stap) te voorzien in een arm's-length prijs. Voorts bevat art. 7, lid 3 OMV(oud) een aanvulling op deze wijze van winstberekening; kosten die zijn gemaakt ten behoeve van de vaste inrichting dienen in aanmerking genomen te worden bij de fiscale winstbepaling van de vaste inrichting.<sup>226</sup> Hoewel deze bepaling in art. 7 OMV(nieuw) is vervallen, vloeit dit voort uit art. 7, lid 2 OMV(nieuw). Zodoende wordt ingevolge art. 7, lid 2 OMV de winst van de vaste inrichting bepaald, op basis van de zelfstandigheidsfictie, met inachtneming van de door art. 7, lid 3 OMV(oud) aangewezen kosten.<sup>227</sup> Uiteraard hebben ook andere factoren, zoals het specifieke belastingtarief in de onderscheiden landen en de mogelijkheden ter voorkoming van dubbele belasting, invloed op de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming. Zodoende luidt de kernvraag van dit hoofdstuk als volgt:

<sup>222</sup> Zie par. 2.2 voor een uitgebreide analyse van beide winsttoerekeningsystemen.

<sup>223</sup> Omdat de OESO haar voorkeur ten aanzien van de winsttoerekeningsystematiek in het verleden niet kenbaar maakte kon dit leiden tot dubbele belastingheffing of situaties met non-taxation indien beide betrokken landen een andere winsttoerekeningsstelsel hanteren.

<sup>224</sup> De ondernemingsplitsingsmethode is reeds aan de orde geweest in par. 2.2.1.

<sup>225</sup> De eerste stap is reeds aan de orde geweest in hoofdstuk twee (de allocatie van functies, activa en risico's over hoofdhuis en vaste inrichting) en in hoofdstuk drie (de allocatie van eigen- en vreemd vermogen over hoofdhuis en vaste inrichting).

<sup>226</sup> Ongeacht in welk onderdeel van de generale onderneming deze kosten zijn gemaakt.

<sup>227</sup> Art. 7, lid 3 OMV(oud) betreft slechts de toerekening van kosten aan de vaste inrichting. Of deze kosten daadwerkelijk in aftrek kunnen komen bij het bepalen van de fiscale winst wordt op nationaal niveau bepaald. Zie in dit verband het OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV par. 30.

*Op welke wijze beïnvloedt het verkeer tussen hoofdhuis en vaste inrichting de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming?*

Hoewel de Hoge Raad zich bij de winsttoerekening aan een vaste inrichting baseert op een vergelijkbaar uitgangspunt als de OESO, is het van belang zich te realiseren dat op specifieke punten de Nederlandse regelgeving en het beleid kunnen afwijken van hetgeen door de OESO wordt voorgeschreven. Het is bij de beantwoording van de kernvraag dan ook van belang om rekening te houden met de vraag in hoeverre de Nederlandse regelgeving en beleid verenigbaar is met het beleid dat voorgeschreven wordt door de OESO.

Om de kernvraag te beantwoorden wordt eerst de theoretische achtergrond besproken met betrekking tot de prijsvaststelling van interne transacties. Voorts wordt behandeld op welke wijze interne activa transacties en interne dienstverlening invloed hebben op de winstbepaling van de vaste inrichting. Tot slot komt aan bod op welke wijze de OESO dubbele belasting tracht te voorkomen.

## **4.2 Stap 2: vergelijkbaarheidsanalyse**

### **4.2.1 Prijsvaststelling**

In de tweede stap worden *dealings* voorzien in een arm's-length prijs aan de hand van twee stappen: (I) de vergelijking van een *dealing* met een transactie tussen onafhankelijke derde aan de hand van de Guidelines' vergelijkbaarheidsfactoren<sup>228</sup> of op basis van de feitelijke omstandigheden van de vaste inrichting<sup>229</sup>, en (II) het toepassen van de Guidelines' methoden<sup>230</sup> om tot een arm's-length vergoeding te komen voor de desbetreffende *dealing*. Dientengevolge wordt de winst van de vaste inrichting berekend, op grond van haar transacties met derden, gelieerde ondernemingen (directe toepassing van art. 9 OMV) en met andere delen van haar onderneming (indirecte toepassing van art. 9 OMV via stap twee van de AOA). Daarbij is het uitgangspunt om een prijs te vinden voor de *dealing*, die tot stand zou zijn gekomen indien de desbetreffende *dealing* tussen partijen die volledig onafhankelijk van elkaar zijn, in een vrijemarktsituatie; ofwel een '*comparable uncontrolled price method*' (hierna: CUP). Deze methode wordt beschouwd als de meest directe en de meest betrouwbare manier om een verrekenprijs te bepalen, zodat deze methode geprefereerd wordt boven de andere methoden.<sup>231</sup> Bij het ontbreken van een dergelijk vergelijkbare marktprijs, wordt de prijs vastgesteld op basis van een *resale price method* (indien de koper op zijn beurt

<sup>228</sup> Eventuele vergelijkbaarheidsfactoren kunnen zijn: kenmerken van bezit of dienstverlening zijn economische omstandigheden en ondernemingsstrategieën.

<sup>229</sup> Daarbij zijn onder andere de functionele- en feitelijke analyse en contractuele voorwaarden van belang.

<sup>230</sup> In de '*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*' worden verschillende methoden beschreven volgens welke wijze *dealings* binnen de generale onderneming vergeleken kunnen worden met *transacties* tussen onafhankelijke ondernemingen.

<sup>231</sup> Verrekenprijsbesluit par. 2.1.

aan een echte derde verkoopt) of op basis van een *cost plus method* (indien de verkoper van een onafhankelijke derde heeft gekocht).<sup>232233</sup>

Ik acht het niet mogelijk om op basis van deze vergelijkingsmethoden te komen tot een onafhankelijke marktprijs. Een vaste inrichting is per definitie niet gelijk aan een gelieerde onderneming dan wel een niet-gelieerde onderneming die zelfstandig haar activiteiten uitoefent, zodat deze zuiver genomen niet vergeleken kunnen worden. Bovendien doen zich ook tussen onafhankelijken partijen specifieke factoren voor die de prijs kunnen beïnvloeden, zodat ik het niet zuiver acht daar een eenduidige prijsvaststelling uit af te leiden. De 'beste' vergelijkingsmethode, de CUP-methode, is naar mijn mening dan ook slechts een theoretisch uitgangspunt. De betrouwbaarheid van deze methode is immers sterk afhankelijk van de nauwkeurigheid waarmee aanpassingen kunnen worden aangebracht om de vergelijkbaarheid mogelijk te maken. Bovendien leiden de alternatieve methoden slechts tot een benadering van een onafhankelijke marktprijs, zodat deze niet leiden tot een eenduidige prijsvaststelling. Ook dient naar mijn mening niet zomaar voorbij te worden gegaan aan het feit dat deze methoden primair zijn ontwikkeld met als doel transacties tussen gelieerde ondernemingen te voorzien in een arm's-length prijs (en dus niet met als doel *dealings* te voorzien in een arm's-length prijs). Aangezien deze wijze van *intercompany pricing* in de literatuur als enigszins arbitrair wordt beschouwd<sup>234</sup>, acht ik het twijfelachtig of deze systematiek naar analogie toegepast kan worden op *dealings* binnen de generale onderneming. Deze situatie is immers nog een stap verder verwijderd van een transactie tussen willekeurige derden.

In het algemeen is het uitgangspunt van de OESO dat bij elke transactie gestreefd wordt naar het behalen van winst, zodat de gehanteerde prijzen marktconform dienen te zijn. Doorgaans bestaat de prijs uit de kostprijs en een winsttopslag. Er kunnen zich echter ook situaties voordoen waarin een bepaald product of een bepaalde dienst niet van een onafhankelijke onderneming is te verkrijgen, of waar onafhankelijke ondernemingen overeenkomen de kosten van bepaalde activiteiten gezamenlijk te delen<sup>235</sup>. In deze situaties kan het gepast zijn om alle relevante door de onderneming gemaakte kosten in aanmerking te nemen bij de fiscale winstbepaling van de vaste inrichting. Hoewel het vaak lastig is onderscheid te maken tussen deze situaties, vloeit het onderscheid voort uit de vraag of bij een dergelijke interne transactie een prijs gehanteerd is die de onderneming ook zou hanteren indien de transactie had plaatsgevonden met een

---

<sup>232</sup> Indien deze *traditional transaction methods* niet leiden tot een betrouwbaar resultaat, kunnen *transactional profits methods* een uitkomst bieden.

<sup>233</sup> Het verrekenprijsbesluit (Besluit van 31 maart 2001, nr. IFZ2001/295, BNB 2001/286) verschilt in essentie niet van hetgeen geldend recht is onder het OMV. Het verrekenbesluit kan beschouwd worden als een soort 'codificatie', zodat het Nederlandse beleid op dit punt verenigbaar is met het OESO-beleid.

<sup>234</sup> Zie in dit verband Michielse, G.M.M., 'De vaste inrichting', *NTRFB* 2007/35.

<sup>235</sup> Dit fenomeen wordt ook wel *cost sharing* genoemd.

derde partij (tegen een arm's-length prijs inclusief een winstopslag).<sup>236</sup> Daarbij kan de situatie zich voordoen dat een willekeurige derde een bepaalde dienst, die binnen de generale onderneming plaatsvindt, niet zou afnemen. Ook in dit geval wordt er geen arm's-length vergoeding in rekening gebracht, maar worden slechts de kosten doorberekend.

### 4.3 *Het gebruik van activa*

#### 4.3.1 *Overbrenging van bedrijfsmiddelen van hoofdhuis aan vaste inrichting*

Zoals eerder beschreven kan het binnen een generale onderneming voorkomen dat bepaalde bedrijfsmiddelen zijn aangekocht ten behoeve van het hoofdhuis of de vaste inrichting en na verloop van tijd door een ander deel van de onderneming worden gebruikt.<sup>237</sup> Of een dergelijk gebruik van een bedrijfsmiddel daadwerkelijk leidt tot een overdracht wordt door de OESO beoordeeld op basis van de *place of use*, tenzij 'bijzondere omstandigheden' een andere benadering (de *SPF's*) rechtvaardigen. Het onderscheid is van belang voor de vermogensetikettering. Ook Nederland maakt een dergelijk onderscheid: duurzame- en tijdelijke ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen.<sup>238239</sup>

##### 4.3.1.1 *Duurzame ingebruikgeving*

Bij duurzame ingebruikgeving van een activum wordt een koop- verkoop analogie gevolgd. Zodoende verlaat het activum het vermogen van het onderdeel van de generale onderneming dat het activum ter beschikking stelt en wordt deze opgenomen in het onderdeel van de generale onderneming dat het activum in gebruik neemt. Omdat een Nederlandse vennootschap wordt belast over haar gehele winst, leidt deze overbrenging niet tot een afrekeningsmoment en blijft de afschrijving op basis van de historische kostprijs in stand. In het kader van de zelfstandigheidsfictie, wordt het verschoven activum wel voor de waarde in het economische verkeer op de balans van de vaste inrichting opgenomen en wordt deze waarde in het vaste inrichtingsland ook als afschrijvingsbasis gehanteerd. Het verschil in afschrijvingsbedragen tussen de generale- en de vaste inrichtingsresultaten wordt vervolgens geleidelijk tot uitdrukking gebracht als verschil tussen de (belaste) bijdragewinst van de vaste inrichting en de (vrijgestelde) vast inrichtingswinst.

---

<sup>236</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 31.

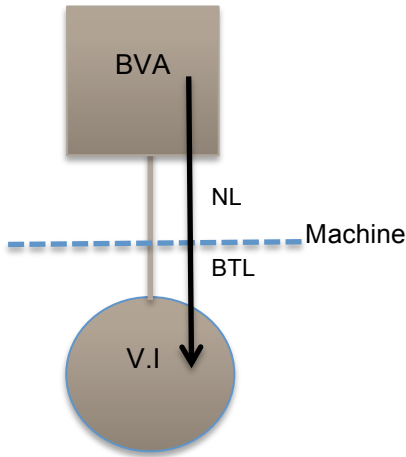
<sup>237</sup> Gemakshalve ga ik uit van de situatie waarin de generale onderneming bestaat uit het hoofdhuis en uitsluitend één vaste inrichting.

<sup>238</sup> HR 23 januari 1974, BNB 1986/100 en de toelichting bij art. 9 van het BvdB.

<sup>239</sup> Voor de theoretische achtergrond verwijs ik terug naar par. 2.5.3. Deze paragraaf ziet enkel op de uitwerking van de fiscale consequenties in de onderscheiden situaties.



Figuur 1: Duurzame ingebruikgeving



BVA stelt op  $t_3$  een machine, die is aangeschaft voor € 2000, duurzaam ter beschikking aan haar vaste inrichting. Het afschrijvingspercentage bedraagt 20% per jaar, zodat de boekwaarde € 800 is.

De werkelijke waarde op  $t_3$  bedraagt € 1000. In tegenstelling tot de balans van de generale onderneming, wordt de machine opgenomen op de balans van de vaste inrichting voor de werkelijke waarde. Aangenomen dat de levensduur van de machine nog vier jaar bedraagt, leidt de duurzame ingebruikgeving tot de volgende fiscale consequenties:

	Afschrijving	V.I. Winst	Vrijgestelde V.I. winst	Bijdrage winst
BVA	Jaar 4: € 400 Jaar 5: € 400	n.v.t. n.v.t.		Jaar 4: € 600 <sup>240</sup> Jaar 5: € 600
VI	Jaar 4: € 250 <sup>241</sup> Jaar 5: € 250 Jaar 6: € 250 Jaar 7: € 250	Jaar 4: € 1000 Jaar 5: € 1000	Jaar 4: € 750 <sup>242</sup> Jaar 5: € 750	

In jaar vier en jaar vijf ontstaat binnen de generale winst een bedrag van € 300<sup>243</sup> aan 'binnenlandse winst' dat wordt vrijgesteld. In jaar zes heeft de machine in de generale winstberekening een boekwaarde van nihil bereikt, terwijl deze nog voor € 500 in de boeken staat bij de vaste inrichting. Dientengevolge wordt in jaar zes en jaar zeven de vaste-inrichtingswinst in totaal met € 500 verminderd, terwijl de bijdrage winst niet door de afschrijving wordt verlaagd.<sup>244</sup> Dit betekent dat in deze jaren in totaal € 500 minder vaste-inrichtingswinst wordt vrijgesteld dan het bedrag dan de bijdrage winst. Per saldo is € 200<sup>245</sup> niet vrijgesteld. Deze € 200 komt overeen met het verschil tussen de boekwaarde en de werkelijke waarde van de machine in jaar drie. Zodoende wordt het verschil door het onderscheid in afschrijvingsbedragen tussen de generale en de vaste-inrichtingsresultatenrekening in de navolgende jaren geleidelijk tot uitdrukking gebracht en wel als verschil tussen de (belaste) bijdrage van de vaste inrichting aan de generale winst en de (vrijgestelde) vaste-inrichtingswinst zelf.<sup>246</sup>

<sup>240</sup> € 1000 (v.i. winst) - €400 (afschrijving BVA) = € 600.

<sup>241</sup> € 1000 (werkelijke waarde) / 4 jaar = € 250 p.j.

<sup>242</sup> € 1000 (v.i. winst) - € 250 (afschrijving VI) = € 750.

<sup>243</sup>  $2 * [€ 750 \text{ (vrijgestelde v.i. winst)} - € 600 \text{ (bijdrage winst)}] = € 300.$

<sup>244</sup> Op het niveau van de generale onderneming is de machine immers volledig afgeschreven.

<sup>245</sup> € 300 ('binnenlandse winst' dat wordt vrijgesteld in jr. 4 en 5) - € 500 (vi-winst dat minder wordt vrijgesteld de bijdrage winst in jr. 6 en 7) = € 200.

<sup>246</sup> In casu wordt geen rekening gehouden met verschillen in nationale wet ten aanzien van het afschrijvingsregime. Daarbij kan gedacht worden aan verschillen in afschrijvingspercentages en het moment waarop inkomen in aanmerking wordt genomen.

#### 4.3.1.2 Tijdelijke ingebruikgeving

In het Hopperzuigerarrest besliste de Hoge Raad dat de overdracht van een hopperzuiger, van het Nederlandse hoofdhuis voor het (tijdelijk) gebruik in een buitenlandse vaste inrichting, niet behoefde te worden geboekt op de balans van de vaste inrichting.<sup>247</sup> Dientengevolge werd voor de fiscale winstbepaling van de vaste inrichting, de afschrijving gebaseerd op de (lagere)generale boekwaarde aan de vaste inrichting doorberekend (resultierend in een hogere vrijstelling).<sup>248</sup> Zodoende vindt er geen wijziging plaats in de vermogenstoerekening indien een bedrijfsmiddel tijdelijk in een ander onderdeel van de generale onderneming wordt gebruikt, maar is er slechts sprake van een kostenallocatie.<sup>249</sup> Er wordt namelijk aangenomen dat het bedrijfsmiddel blijft in het vermogen van het onderdeel van de generale onderneming dat het bedrijfsmiddel ter beschikking stelt en in het geheel niet op de balans van de vaste inrichting wordt opgenomen, zodat er in feite sprake is van een huur-verhuuranalogie.

Ik acht deze redentatie in lijn met de economische realiteit. Het zou namelijk ondoelmatig en misplaatst zijn om in elke situatie een overdracht van het bedrijfsmiddel te fingeren. De hopperzuiger was immers aangeschaft zodat deze overal ter wereld te werk zou kunnen worden gesteld. Ik vind het echter wel opmerkelijk dat in het oordeel van de Hoge Raad geen aandacht wordt besteed aan de vraag of bij de kostenallocatie een winstopslag gerekend dient te worden. Er wordt simpelweg aangesloten bij de afschrijving gebaseerd op de (lagere) generale boekwaarde van het bedrijfsmiddel, terwijl een 'zakelijke prijs' doorgaans bestaat uit een kostenbasis plus een winstopslag. Het is slechts in situaties waarin er geen onafhankelijke vergelijkbare transacties zijn, gepast om een winstopslag achterwege te laten. Dit onderscheid vloeit voort uit de volgende vraag<sup>250</sup>: *is bij de interne transactie een prijs gehanteerd die de onderneming ook zou hebben gehanteerd indien de transactie had plaatsgevonden met een derde partij?* Hoewel de term 'hopperzuiger' anders suggereert, bestaat er wel degelijk een markt voor de (ver)huur voor dergelijke schepen. Het lijkt mij dan ook onwaarschijnlijk dat slechts een bedrag ter grootte van de afschrijving op basis van de (lagere) generale boekwaarde van het bedrijfsmiddel in rekening zou zijn gebracht indien de transactie had plaatsgevonden met een derde partij.

---

<sup>247</sup> Het Hopperzuigerarrest is reeds besproken in par. 2.5.3.

<sup>248</sup> Hoewel de Hoge Raad in casu geen onderscheid maakte tussen tijdelijk- en duurzame ter beschikking stelling, lijkt de uitspraak enkel passend te zijn in het eerste geval. Bij duurzame overbrenging wordt immers een heffingslek gecreëerd omdat bij latere vervreemding de bij gelegenheid daarvan behaalde (door te lage afschrijving te hoge) winst als winst behaald met een vasteninrichtingsvermogensbestanddeel vrijgesteld zou zijn. Om dit te voorkomen werd door de besluitgever in het BvdB (1965) opgenomen dat bedrijfsmiddelen welke na enige tijd door de generale onderneming 'binnenlands' te zijn gebruikt, aan een vaste inrichting ter beschikking worden gesteld, geacht worden door de vaste inrichting op dat moment tegen werkelijke waarde te zijn aangeschaft. Ook deze bepaling maakte geen onderscheid tussen tijdelijke- en duurzame ter beschikkingstelling, zodat in het BvdB (1989) in art. 2, lid 4 is opgenomen dat een fictieve vervreemding bij tijdelijke ter beschikkingstelling ondoelmatig en misplaatst zou zijn. Bij de invoering van het BvdB (2001) is deze bepaling weer verdwenen omdat dit zou volgen uit de zelfstandigheidsfictie.

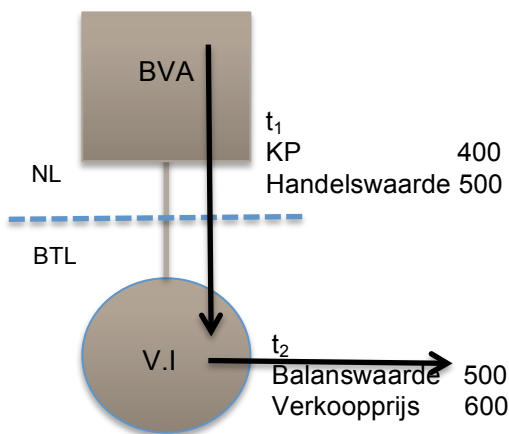
<sup>249</sup> Zie par. 2.5.3. voor een theoretische achtergrond.

<sup>250</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 31.

### 4.3.2 Interne levering van goederen

Binnen de generale onderneming is het gebruikelijk dat verschillende onderdelen verantwoordelijk zijn voor een specifiek gedeelte van de business. Het hoofdhuis kan bijvoorbeeld goederen produceren die vervolgens geleverd worden aan de vaste inrichting ter afwikkeling van de verkoop (of vice versa). Vanaf het OESO-commentaar van 2005<sup>251</sup> wordt in de meeste staten bij een dergelijke interne goederenleverantie winst in aanmerking genomen. Zodoende wordt de generale winst gesplitst in winst behaald ten behoeve van de productie en winst behaald ten behoeve van verkoop. In het OESO-commentaar van 2010 is deze bepaling echter geschrapt, maar wordt verwezen naar het PE-report 2010, waarin in het algemeen wordt vermeld dat dergelijke leveringen beschouwd worden als *dealings* en hetzelfde effect hebben als leveringen tussen onafhankelijke derden.<sup>252</sup>

**Figuur 2.1: Zaken van het Nederlandse hoofdhuis naar de vaste inrichting in het buitenland**

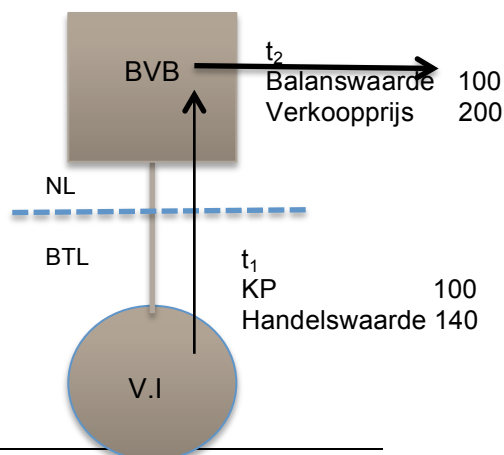


BVA produceert fietsen waarvan de kostprijs € 400 bedraagt. Deze productie wordt in het generale ondernemingsvermogen opgenomen als 'voorraad' en wordt vervolgens in  $t_1$  overgedragen aan de vaste inrichting om aldaar verkocht te worden. In  $t_2$  worden deze fietsen verkocht vanuit de vaste inrichting aan derden. Zodoende komen de volgende winststromen tot uiting op  $t_2$ :

Generale winst:  $600 - 400 = 200$

VI winst:  $600 - 500 = 100$  (belastingvrijstelling)

**Figuur 2.2: Zaken van de buitenlandse vaste inrichting naar het hoofdhuis in het buitenland.**



BVB koopt ten behoeve van haar buitenlandse vaste inrichting grondstoffen om in het buitenland producten te vervaardigen die in Nederland zullen worden verkocht. Vervolgens worden gereede producten naar Nederland overgedragen om aldaar verkocht te worden. Daarbij komen de volgende winststromen tot uiting:

$t_1$ : VI winst:  $140 - 100 = 40$  (belastingvrijstelling)

$t_2$ : Generale winst:  $200 - 100 = 100$

<sup>251</sup> OESO-commentaar van 2005 par. 15. Zie in dit verband ook het OESO-commentaar van 2008 par. 22 en het OESO-commentaar van 2009 par. 21.

<sup>252</sup> PE-report 2010 par. 9.

## **Vergelijking**

Het vestigingsland gaat uit van de heffing naar de wereldwinst, zodat in het eerste voorbeeld (waarbij goederen worden overgebracht van het hoofdhuis naar de vaste inrichting in het buitenland) de gerealiseerde winst pas tot uitdrukking komt bij daadwerkelijke verkoop aan derden; in casu  $t_2$ . In het tweede voorbeeld ontstaat wel een timing-verschil. In het kader van de zelfstandigheidsfictie verlaten de goederen het vermogen van de vaste inrichting, zodat binnen de vaste inrichting winst wordt geconstateerd. De generale winst wordt echter pas geconstateerd bij verkoop aan derden. Zodoende ontstaat er een timing-verschil: op tijdstip  $t_1$  wordt een belastingvrijstelling verkregen voor een stuk winst dat pas in  $t_2$  op generaal niveau wordt geconstateerd. In principe wordt aangenomen dat de woonstaat een oplossing dient te zoeken voor het probleem van dubbele belasting die kan ontstaan door dit timing-verschil.<sup>253</sup>

### **4.4 Interne dienstverlening**

Met betrekking tot de beloning van interne diensten bestaat sinds de OESO Draft Convention van 1963 veel discussie.<sup>254</sup> Dit geldt met name met betrekking tot de beruchte *three cases*: toerekening van rentekosten, royalty's en overige ondersteunende diensten zoals managementkosten.<sup>255</sup> In het OESO-commentaar van 1963 werd op deze punten om 'praktische redenen', zonder enige nadere specificatie, de aftrekbaarheid van een arm's-length beloning uitgesloten.<sup>256</sup> Deze conclusie was duidelijk niet in overeenstemming met de principes van het latere art. 7, lid 2 OMV. Pas in het OESO-commentaar van 1994 kwam dit te vervallen en werd een nieuw kostenregime opgenomen.<sup>257</sup> Voorts werd in het algemeen aangenomen dat voor interne diensten geen opslag wordt gehanteerd, tenzij het diensten betreft die ook aan derden worden geleverd of ingeval de vaste inrichting specifieke diensten levert die (I) voor de ontvanger leiden tot een aanzienlijk voordeel; en (II) waarvoor de dienstverlenende vaste inrichting aanzienlijke kosten maakt. Ook deze beschrijving mist in mijn optiek een link met de principes neergelegd in art. 7, lid 2 OMV. Bovendien faalt de OESO op dit punt wederom in het opstellen van een duidelijke rechtsregel.<sup>258</sup> In het OESO-commentaar van 2010 wordt afstand gedaan van de *three cases* en wordt voor de behandeling van interne diensten expliciet aangesloten bij de principes van art. 7, lid 2 OMV. Zodoende worden interne diensten at arm's-length beloond en zijn de Guidelines naar analogie van toepassing.

<sup>253</sup> OESO-commentaar van 2008, par. 22.

<sup>254</sup> Pijl, H., zie noot 38, par. 6.

<sup>255</sup> OESO-commentaar van 1963 bij art. 7 OMV par. 15 – 18.

<sup>256</sup> De daadwerkelijk in rekening gebrachte kosten konden wel in aftrek worden gebracht.

<sup>257</sup> OESO-commentaar van 1994 bij art. 7 OMV par. 16 – 17.7 en werd gehandhaafd in het OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV par. 27 – 39.

<sup>258</sup> De geformuleerde rechtsregel is naar mijn mening onderhevig aan subjectiviteit; wanneer is er bijvoorbeeld sprake van een specifieke dienst of aanzienlijke kosten?

#### 4.4.1 Rentekosten

##### 4.4.1.1 Externe rentekosten

Hoewel aanvankelijk werd uitgegaan van een ban inzake het toerekenen van interne intrestkosten, werd het aan derde verschuldigde gedeelte van de rente dat kon worden toegerekend aan de activiteiten van de vaste inrichting wel voor aftrek in aanmerking genomen bij de winstberekening van de vaste inrichting. Zodoende worden (externe) rentekosten, aan de vaste inrichting doorberekend indien de daarmee verband houdende lening bij derden is aangegaan ten behoeve van de vaste inrichting.<sup>259</sup> De Hoge Raad volgt een vergelijkbaar beleid. Uit BNB 2007/117 volgt de hoofdregel dat bij de fiscale winstberekening alleen financieringsmiddelen die dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting tot het vermogen van die vaste inrichting worden gerekend. In dit verband staat de Hoge Raad renteaftrek bij de vaste inrichting toe indien aangetoond kan worden dat de rente op de lening aan de vaste inrichting verschuldigd is aan een derde. Ik acht het beleid van de OESO en het Nederlandse beleid op dit punt dan ook verenigbaar.

Toch bleek uit de praktijk dat de (directe of indirecte) toerekening van generaal verschuldigde rente een lastige exercitie was.<sup>260</sup> Deze constatering werd erkend in het OESO-commentaar van 1994. De OESO gaf daarbij aan, op zoek te gaan naar een praktische oplossing waarbij rekening wordt gehouden met de vermogensstructuur van de generale onderneming en daarbij een link te leggen met de activiteiten die worden uitgevoerd in de generale onderneming. In het PE-report 2008 en het OESO-commentaar van 2008 werden voor de toerekening van externe rentekosten drie methoden beschreven: *'the tracing approach'*, *'the fungibility approach'* en een mix van beide methoden.<sup>261</sup> Onder de *tracing approach* wordt elke verschuiving van het hoofdhuis aan de vaste inrichting in het vreemd vermogen, teruggekoppeld aan de oorspronkelijke lening die destijds door derde partijen is verschaft. Het rentepercentage dat van toepassing is op de vaste inrichting blijft gelijk aan het rentepercentage dat tot stand is gekomen tussen de generale onderneming en de derde partij waarmee de overeenkomst is afgesloten. Volgens de *fungibility approach* wordt het vreemd vermogen dat toegerekend is aan de vaste inrichting niet zelfstandig beschouwd, maar als onderdeel van de financieringsbehoefte van de generale onderneming. De totale rentelast van de generale onderneming wordt naar rato toegerekend aan de vaste inrichting en het historische verband wordt volledig genegeerd. Zodoende worden verschuivingen in het vreemd vermogen binnen de generale onderneming en de doorbelasting van interne rentekosten genegeerd. Net als bij de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting, slaagt de OESO er niet in een methode te ontwikkelen voor de

<sup>259</sup> OESO-commentaar 2008 bij art. 7 OMV par. 43.

<sup>260</sup> Pötgens, F.P.G. en Raad, C. zie noot 45 par. 3.4.2.A.b4.

<sup>261</sup> PE-report 2010 par. 154.

toerekening van externe rentekosten aan de vaste inrichting die in alle situaties leidt tot een juiste uitkomst.<sup>262</sup> Dientengevolge zijn de OESO-lidstaten vrij om naar eigen inzicht de juiste methode te kiezen.<sup>263</sup>

Bakker en Smith<sup>264</sup> benadrukken dat beide methoden problemen opleveren. Bij de toepassing van de *tracing approach* is het moeilijk na te gaan waar de daadwerkelijke financiering van de vaste inrichting vandaan komt en bij de *fungibility approach* achten zij het onaanvaardbaar dat leningen aangegaan door de vaste inrichting bij derden louter bijdragen aan het vreemde vermogen van de generale onderneming en niet in hun geheel worden toegerekend aan de vaste inrichting zelf. De keuze voor een specifieke methode lijkt derhalve een afweging te zijn tussen eenvoud (ofwel praktische toepasbaarheid) en de economische realiteit. In het kader van de zelfstandigheidsfictie, acht ik de *tracing approach* als de juiste methode voor de toerekening van rentekosten aan de vaste inrichting. Het is naar mijn mening namelijk onwenselijk indien de rente op een lening die is aangegaan door, dan wel voor, de vaste inrichting slechts gedeeltelijk in aftrek komt. Daarentegen wordt in het Besluit de voorkeur uitgesproken voor de *fungibility approach*. De Staatssecretaris acht deze methode superieur ten opzichte van de *tracing approach* omdat deze methode meer rekening zou houden met specifieke omstandigheden waarin de vaste inrichting verkeert.<sup>265</sup> Ook zou deze benadering beter aansluiten bij het uitgangspunt van gelijke kredietwaardigheid.<sup>266</sup> Zodoende acht hij deze methode het meest geschikt om de omvang van de rentelast die een niet-gelieerde geldverstrekker in rekening zou brengen bij de financiering van een soortgelijke niet-gelieerde onderneming te benaderen. Hoewel de Staatssecretaris met deze invulling duidelijkheid probeert te scheppen door een keuze te maken daar waar de OESO verschillende mogelijkheden biedt, kunnen bij deze keuze toch enige kanttekeningen worden geplaatst. Aangezien de jurisprudentie duidelijk uitgaat van een (historisch) causale toerekening van rentelasten, poogt het Besluit de gevestigde jurisprudentie opzij te zetten zonder dat de OESO daartoe enige aanleiding geeft. Nederland gaat bij de toerekening van externe leningen (en daarmee ook de toerekening van externe rentekosten) namelijk uit van een (historisch) causaal verband en past daarmee de *tracing approach* toe ten aanzien van de toerekening van interestlasten aan de vaste inrichting. Aangezien het Besluit slechts tot doel heeft duidelijkheid te verschaffen omtrent de visie van de Staatssecretaris ten aanzien van de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, acht ik het

---

<sup>262</sup> PE-report 2010 par. 191.

<sup>263</sup> In par. 156 van het PE-report 2010 is echter wel opgenomen dat lidstaten wel gebonden zijn aan de volgende twee voorwaarden: (I) de hoogte van de toerekenbare externe rentekosten wordt beperkt door wat at arm's-length is toegestaan; en (II) zogenoemde 'treasury functies' dienen op gepaste wijze te worden beloond.

<sup>264</sup> Bakker, A.J. en Hoey-Smith, A. van., 'Ontwikkelingen inzake renteaftrek op een lening tussen een onderneming en haar vaste inrichting', *WFR 2003/1360*.

<sup>265</sup> Het Besluit par. 2.1.

<sup>266</sup> Het Besluit par. 2.2.

onwaarschijnlijk dat de *tracing approach* niet langer wordt toegestaan en dat belastingplichtigen gebonden zouden zijn aan de in het Besluit gemaakte keuze. Bovendien acht ik de koppeling met het uitgangspunt van de vergelijkbare kredietwaardigheid merkwaardig, aangezien in het PE-report juist aangesloten wordt bij de *separate entity approach*. De Staatssecretaris had zijn keuze dan ook beter kunnen baseren op andere argumenten. Burgers<sup>267</sup> oppert bijvoorbeeld het argument dat toepassing van de *fungibility approach* een uitvloeisel is van het kapitaal-import-neutraliteitsbeginsel en mede in verband daarmee toepassing van het arm's-length beginsel. Aangezien lokale ondernemingen vaak gelden inlenen op de lokale markt, kunnen vaste inrichtingen in een nadeliger concurrentiepositie verkeren dan de lokale ondernemingen indien de rentetarieven daar relatief hoog zijn. De vaste inrichting mag onder de *fungibility approach* namelijk rekening houden met een lager rentepercentage dan een lokale onderneming. Verder draagt zij het eenvoudbeginsel en het voorkomen van belasting aan ter ondersteuning van de *fungibility approach*.

#### 4.4.1.2 Interne rentekosten

Zoals hiervoor beschreven werd in de OESO-commentaren van 1963 en 1977 bij de winstberekening van de vaste inrichting ervan uitgegaan dat er geen sprake kon zijn van interne leningen en daarmee ook geen interne rentekosten. Dit uitgangspunt wordt in de OESO-commentaren van 1994 en 2008 nog steeds gehandhaafd: *'the ban of deductions for internal debts and receivables should continue to apply (...)'*.<sup>268</sup><sup>269</sup> In het PE-report 2008 wordt hier gedeeltelijk op teruggekomen: *'The recognition of internal dealings represents a departure from the existing Commentary on Article 7(3), which only recognises internal dealings in financial enterprises'*.<sup>270</sup> De OESO houdt echter alleen rekening met interne rente indien er sprake is van een *'treasury dealing'*<sup>271</sup>: *'Whilst movements of funds between parts of the enterprise do not necessarily give rise to dealings, there would be circumstances where they could be recognised as internal interest dealings within non-financial enterprises, for the purposes of rewarding a treasury function'*.<sup>272</sup> Deze conclusie is overgenomen in het OESO-commentaar van 2010, zodat het absolute verbod op de aftrek van interne rente is verlaten.<sup>273</sup> Met inachtneming van de beschreven methoden ten aanzien van de toerekening van eigen- en vreemd vermogen wordt door de Staatssecretaris in het Besluit opgemerkt dat er

<sup>267</sup> Burgers, I.J.J., 'Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming', *MBB 2011/04*.

<sup>268</sup> OESO-commentaar 2008 par. 41.

<sup>269</sup> In het bankbedrijf wordt echter een uitzondering gemaakt, aangezien hun normale bedrijfsvoering pleegt te bestaan uit het verstrekken van leningen.

<sup>270</sup> PE-report 2008 par. 185 van deel 1.

<sup>271</sup> Zie par. 2.5 voor de criteria van een *'treasury function'*.

<sup>272</sup> PE-report 2008 par. 187 van deel 1.

<sup>273</sup> OESO-commentaar 2010 par. 28 *'(...) the fact that, under paragraph 2, a notional interest charge could be deducted in determining the profits attributable to a permanent establishment (...)'*.

weinig ruimte lijkt te zijn voor het in aanmerking nemen van dergelijke *treasury dealings*.<sup>274</sup> Ten eerste omdat op basis van de in het Besluit ‘opgelegde’ toerekeningmethodiek ten aanzien van eigen vermogen (de *capital allocation approach*) het niet mogelijk zou zijn dat de vaste inrichting meer vreemd vermogen krijgt toebedeeld dan daadwerkelijk door de onderneming van externe partijen is geleend. Ten tweede omdat wordt aangenomen dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming. Zodoende neemt de Staatssecretaris in principe een afwijzende houding aan ten opzichte van het in aanmerking nemen van interne rente bij *treasury dealings*. De Staatssecretaris lijkt met deze uitspraak te vergeten dat het Besluit geen constituerend effect heeft, maar enkel ten doel heeft nader inzicht te geven in zijn standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Allereerst ben ik van mening dat hij bij deze conclusie – zonder enig constituerende kracht – de in het PE-report beschreven, AOA-conforme *thin capitalisation approach* uitsluit. Aangezien beide argumenten het in aanmerking nemen van *treasury* activiteiten onder de *thin capitalisation approach* niet in de weg staan, ben ik van mening dat de Nederlandse belastingdienst zich op dit punt coulant dient op te stellen.

In de Nederlandse wetgeving is niets geregeld ten aanzien van de behandeling van interne rente, zodat deze grotendeels wordt afgeleid uit de Nederlandse rechtspraak. In HR 28 april 1954, BNB 1954/186 werd overwogen dat een interne lening niet bestaat, zodat ook geen rekening gehouden kan worden met interne rente. De Hoge Raad overwoog namelijk dat ‘*Belanghebbende (een in Nederland gevestigde hypotheekbedrijf) geen schuld kan hebben aan zichzelf*’ en dat in casu ‘*slechts sprake kan zijn van de vraag voor rekening van welk bedrijfsdeel de schuld moet worden gebracht*’. Er bestaan echter wel uitzonderingen op het verbod op de aftrek van interne rente. Dit is het geval indien niet aan de zakelijkheid van de interne lening kan worden getwijfeld. Hiervan is in ieder geval sprake bij een intern leverancierskrediet<sup>275</sup> en bij ‘advances’ tussen onderdelen van een financiële onderneming<sup>276, 277</sup>.

De OESO en de Hoge Raad hanteren klaarblijkelijk andere maatstaven ten aanzien van het erkennen van interne rentekosten. Dit is naar mijn mening een onwenselijk resultaat, aangezien dit kan leiden tot situaties waarin de OESO wel uitgaat van een ‘*internal interest dealing*’ terwijl op basis van de Nederlandse jurisprudentie geen rekening wordt gehouden met interne rentekosten (of vice versa). Ik betwijfel dan ook of de OESO in BNB 1954/186, ten aanzien van het in aanmerking nemen van interne rente, tot hetzelfde oordeel was gekomen. In casu werd door het hoofdhuis pandbrieven uitgegeven om gelden te verkrijgen

---

<sup>274</sup> Het Besluit par. 4.3.

<sup>275</sup> zoals in BNB 1990/36 en Hof Amsterdam 11 september 1997, nr. 95/4896, V-N 1998/12.13.

<sup>276</sup> In het OESO-commentaar van 2008 in par. 19 worden met dergelijke ‘advances’ situaties bedoeld waarin op basis van interne overeenkomsten, transacties op symmetrische wijze tot uitdrukking komen in de boekhouding van zowel het hoofdhuis al de vaste inrichting.

<sup>277</sup> HR 25 november 2005, BNB 2007/117c.



ten behoeve van de vaste inrichting. Dit is naar mijn mening te vergelijken met een *treasury* activiteit; het hoofdhuis vervult hier immers een bancaire functie door het extern inlenen van gelden (het uitgeven van pandbrieven om gelden te verwerven) en deze vervolgens intern door te lenen aan de vaste inrichting (ofwel aan een ander onderdeel van de generale onderneming). Op basis van de OESO-maatstaven zou geoordeeld kunnen worden dat in deze situatie een interne lening – ofwel *internal interest dealing* – geconstateerd kan worden, zodat aan het hoofdhuis een beloning toegerekend dient te worden als vergoeding voor de risico's die het hoofdhuis loopt bij het uitvoeren van de *treasury* activiteit. Toch acht ik in casu de overweging van de Hoge Raad doorslaggevend. Het in aanmerking nemen van een *'internal interest dealing'* en daarmee ook een interne rentevergoeding, zou naar mijn inzicht namelijk in strijd zijn met de economische realiteit. Het verband tussen de verworven geldmiddelen en de activiteiten van de vaste inrichting stonden immers onlosmakelijk vast. Het feit dat deze geldmiddelen via het hoofdhuis zijn aangetrokken doet daar naar mijn mening niet aan af. Bovendien is bij de vermogensallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting niet het beheer, bestuur en de controle (dat in casu ligt bij het hoofdhuis) van de *lening* doorslaggevend, maar het beheer, bestuur en de exploitatie van het desbetreffende *activum* (dat in casu ligt bij de vaste inrichting).<sup>278</sup>

Indien een *treasury* functie wordt erkend, dient de intrest marge te worden verdeeld tussen de onderdelen van de generale onderneming die betrokken zijn bij de *interest dealing*.<sup>279</sup> Om tot een at arm's-length verdeling te komen dient de *interest dealing* te worden vergeleken met een vergelijkbare transactie.<sup>280</sup> Omdat *treasury* activiteiten zeer uiteenlopend kunnen zijn, is het erg lastig om een *treasury* functie ten behoeve van andere onderdelen van de generale onderneming te vergelijken met de handelsactiviteiten van een financiële instelling. Bovendien bestaan er fundamentele verschillen tussen beide, zodat er terecht afgevraagd kan worden of deze überhaupt vergeleken kunnen worden. Zo wordt in het bankbedrijf aangenomen dat alle onderdelen van de onderneming dezelfde kredietwaardigheid genieten als het bankbedrijf in zijn geheel. Dit is naar mijn mening niet in overeenstemming met de *FSE approach*, dat uitgaat van een zelfstandige behandeling van de vaste inrichting. Daarnaast verschilt het kredietrisico dat een vaste inrichting loopt bij het in- en doorlenen van gelden aan andere onderdelen van de generale onderneming aanzienlijk van het kredietrisico dat een bankbedrijf loopt ten aanzien van het in- en doorlenen van gelden aan derden. Indien het onderdeel van de generale onderneming die de *treasury* functie uitoefent een lening verstrekt aan een ander onderdeel van de onderneming, loopt deze in principe minder (of zelfs geen) risico op een default ten opzichte van een bank die een lening verstrekt aan een

---

<sup>278</sup> Zie par. 2.3.1 en E.C.C.M. Kemmeren, zie noot 84.

<sup>279</sup> OESO-commentaar van 2010 bij art. 7 OMV par. 162.

<sup>280</sup> Daarbij worden alle factoren van de lening in ogenschouw genomen.

derde. Een bankbedrijf die gelden verstrekt aan derden zal, naar het mij voorkomt, een hoger kredietrisico lopen. Het is dan ook niet verassend dat dit risico afgedekt wordt door het in rekening brengen van een hoger rentepercentage.

#### 4.4.1.3 Rente aftrekbeperkingen

Zoals eerder besproken is dividend (de vergoeding voor eigen vermogen) niet aftrekbaar, terwijl rente (de vergoeding voor vreemd vermogen) in principe wel aftrekbaar is. Aangezien de financiering met vreemd vermogen de te betalen belasting verlaagt, is deze wijze van financiering fiscaal voordeliger. Om overmatige financiering met vreemd vermogen tegen te gaan, heeft de wetgever in de loop der jaren een scala aan renteaftrekbeperkingen opgenomen.<sup>281</sup> Ik beperk me echter tot de behandeling van art. 10, lid 1 onderdeel d Wet VpB 1969 (deelnemerschapslening) en de in concernverband spelende renteaftrekbeperkingen art. 10a Wet VpB 1969 (winstdrainage) en in het bijzonder art. 10d Wet VpB 1969 (*thin capitalisation*).

#### **Art. 10, lid 1, onderdeel d (deelnemerschapslening)**

Allereerst is het van belang te realiseren dat rente slechts in aftrek komt op de winst indien er daadwerkelijk sprake is van een fiscaalrechtelijke lening.<sup>282</sup> Zodoende kan een geldverstrekking – met een civielrechtelijke verschijning van een lening – toch kenmerken vertonen van eigen vermogen, zodat deze een ‘hybride’ karakter heeft. In HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208c maakte de Hoge Raad in dit kader drie situaties kenbaar waarin de vergoeding van aftrek wordt uitgesloten in verband met het hybride karakter van de lening: de schijnlening<sup>283</sup>, de deelnemerschapslening en de bodemlozeputlening<sup>284</sup>. Ingevolge art. 10, lid 1, onderdeel d, Wet VpB kwalificeert de (hybride) geldverstrekking in ieder geval als deelnemerschapslening indien rechtens dan wel in feite ten minste twee van de drie volgende omstandigheden zich voordoen: (I) de vergoeding is grotendeels winstafhankelijk; (II) er is geen aflossingsdatum, dan wel langer dan dertig jaar na het tijdstip waarop de lening is aangegaan; en (III) de lening is achtergesteld ten opzichte van andere leningen. Alsdan zijn de voorwaarden van de verstrekte lening zodanig dat de schuldeiser met het uitgeleende bedrag in feite deelneemt in de onderneming van de schuldenaar. Ik acht de invloed van deze bepaling in het kader van de winstallocatie

<sup>281</sup> Deze zijn onder te verdelen in drie groepen: (I) de verschuldigde rente vloeit niet voort uit de ondernemingsuitoefening, bijvoorbeeld omdat zij elders hoort te worden gedragen; (II) de overeengekomen rente wordt in volledig in aftrek toegelaten omdat zij onzakelijk hoog is; en (III) de aftrek van (zakelijke)rente wordt belemmerd door expliciete wettelijke regels.

<sup>282</sup> Hoewel de civielrechtelijke kwalificatie van een geldverstrekking het uitgangspunt vormt voor de fiscaalrechtelijke kwalificatie, is deze niet doorslaggevend.

<sup>283</sup> Er is sprake van een schijnlening indien op voorhand vaststaat dat de crediteur en debiteur in werkelijkheid geen lening, maar een kapitaalverstrekking tot stand hebben willen brengen.

<sup>284</sup> Er is sprake van een bodemlozeputlening indien op voorhand vaststaat dat de verstrekte lening geheel of gedeeltelijk niet of niet ten volle kan worden terugbetaald.

over hoofdhuis en vaste inrichting nihil. Zoals hiervoor beschreven worden rentekosten ingevolge art. 7 OMV enkel doorberekend aan de vaste inrichting indien deze verband houden met een lening die bij derden is aangegaan ten behoeve van de vaste inrichting. Een geldverstrekking – met een civielrechtelijke verschijning van een lening – van het hoofdhuis aan de vaste inrichting (of vice versa) vormt een pure interne aangelegenheid, zodat deze op basis van de functionele- en feitelijke analyse niet anders kan worden gekwalificeerd dan eigen vermogen.

### **Art. 10a: winstdrainage**

Art. 10a Wet VpB 1969 richt zich tegen belastingbesparende constructies<sup>285</sup>, die als doel hebben de grondslag voor de vennootschapsbelasting te versmallen, door de aftrekbaarheid van rente uit te sluiten. De aftrekbeperking treedt in werking indien de schuld aan een verbonden lichaam of natuurlijk persoon verband houdt met één van de rechtshandelingen genoemd onder art. 10a, lid 1 Wet VpB 1969. Deze rechtshandelingen beogen eigen vermogen om te vormen naar rentedragend vreemd vermogen. Tenzij de belastingplichtige erin slaagt aannemelijk te maken dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen, wordt de renteaftrek uitgesloten.

De aftrekbeperking treedt enkel in werking indien het een schuld betreft aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon. De drempel, ingevolge art. 10a, lid 4 tot en met lid 6, ten aanzien van het verbondenheids criterium is neergelegd bij een aandelenbelang van ten minste een derde in de belastingplichtige of een met hem verbonden lichaam. Dientengevolge betreft het niet enkel directe aandeelhoudersrelaties, maar ook indirecte aandeelhoudersrelaties, alsmede (in)directe belangen in lichamen die niet een in aandelen verdeeld kapitaal hebben zoals verenigingen en coöperaties.<sup>286</sup> Daarbij is het (nog) onduidelijk of voor de invulling van het begrip 'belang' gekeken dient te worden naar de economische- of juridische realiteit, ofwel naar beide. Ik acht het onjuist om voor de invulling van de term 'belang' louter te refereren naar de gerechtigheid in het nominale aandelenkapitaal. De term is immers geïntroduceerd ter vervanging van het aandeelhouderschapscriterium.<sup>287</sup> Ik acht het dan ook juist een ruime, materiële invulling te geven aan het begrip en aan te sluiten bij de economische realiteit. Daarbij kan gedacht worden om in principe het aandeelhouderschap als doorslaggevend criterium te hanteren, doch onder omstandigheden de economische omstandigheid te volgen. Deze bepaling is immers in de wet

---

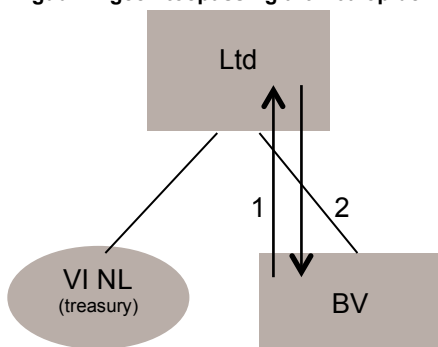
<sup>285</sup> Daarbij kan gedacht worden aan kasronddjes en verhangingen binnen concernverband, schuldig erkennen van dividend, terugbetalingen van kapitaal kapitaalstortingen en verwerving of uitbreiding van een belang in een verbonden lichaam dat louter het doel dient een fiscaal voordeel tot stand te brengen.

<sup>286</sup> Dool, R.P., *'Compendium van de vennootschapsbelasting'*, Kluwer, Deventer 2010, p. 143.

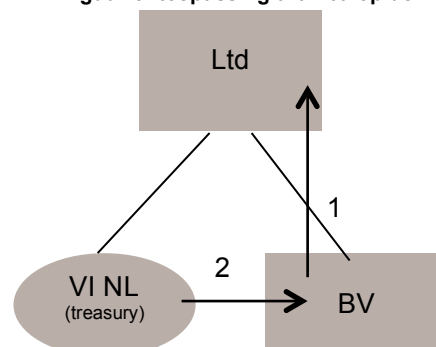
<sup>287</sup> O.C.R. Marres, *'Winstdrainage door renteaftrek'*, Fiscale Monografieën nr. 113, p. 172.

opgenomen om de renteaftrek uit te sluiten indien eigen vermogen, zonder zakelijke overwegingen, omgevormd wordt naar rentedragend vreemd vermogen. Bovendien impliceren de termen *'rechtens dan wel in feite direct of indirect'* een ruime invulling te geven aan art. 10a Wet VpB 1969. Met name in de situatie waarin civielrechtelijk geen sprake is van een zogenoemde *'intercompany lening'*, maar materieel-inhoudelijk *'in feite'* wel. Vanuit de economische werkelijkheid acht ik het dan ook op zijn plaats te overwegen of de vaste inrichting onder deze bepaling (behoort te) val(len)t. Met name omdat de OESO en ook Nederland de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting steeds verder doorwerkt en meer specifiek indien op basis van de functionele- en feitelijke analyse blijkt dat de vaste inrichting de *treasury* functie uitoefent. Indien de vaste inrichting buiten het bereik van art. 10a, Wet VpB 1969 valt, acht ik het namelijk alsnog mogelijk om op vrij eenvoudige wijze eigen vermogen om te vormen naar rentedragend vreemd vermogen. Dit zal aan de hand van het volgende voorbeeld worden aangetoond:

Figuur 4: geen toepassing art. 10a op de v.i.



Figuur 5: toepassing art. 10a op de v.i.



In het eerste voorbeeld (figuur 4) ontvangt de Ltd een (1) dividenduitkering, welke vervolgens gebruikt wordt ter verstrekking van een (2) lening aan de BV. Ingevolge art. 10a, lid 1, onderdeel a Wet VpB 1969, is de renteaftrek uitgesloten, tenzij de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen. Het tweede voorbeeld (figuur 5) kent een andere uitwerking. Indien de zelfstandigheidsfictie niet wordt doorgetrokken, blijft de renteaftrek op de lening van de vaste inrichting aan de BV (die eigenlijk wordt verstrekt door Ltd) bij BV in stand, zodat de mogelijkheid tot winstdrainage in Nederland blijft bestaan. Om dit te voorkomen acht ik het juist om in het kader van de zelfstandigheidsfictie de economische werkelijkheid te volgen, zodat de vaste inrichting net als een *'verbonden lichaam'* of *'verbonden persoon'* binnen het bereik van de bepaling valt. Het wenselijk resultaat is dat in het tweede voorbeeld een *'indirect belang'* vastgesteld kan worden en dat ingevolge art. 10a, lid 1, onderdeel b wet VpB 1969 de renteaftrek in principe wordt uitgesloten. In de wetsgeschiedenis is het voorgekomen dat een Nederlandse vaste inrichting van een buitenlands lichaam voor de

wetstoepassing als 'lichaam' werd beschouwd.<sup>288289</sup> Deze benadering acht ik echter onjuist, omdat de buitenlandse belastingplichtige die zijn onderneming drijft door middel van een Nederlandse vaste inrichting zelf een lichaam is.<sup>290</sup> Bovendien heeft de Staatssecretaris in de wetgeschiedenis het standpunt ingenomen dat het begrip 'lichaam' in art. 10a, lid 2 Wet VpB 1969, '*evenals in alle andere bepalingen van de wet*', moet worden opgevat conform art. 1 Wet VpB 1969.<sup>291</sup>

### **Art. 10d: Thincap-regeling**

Art. 10d, Wet VpB 1969 beperkt de renteaftrek op geldleningen, verschuldigd aan verbonden lichamen in een groep, ingeval de binnenlandse- of buitenlandse belastingplichtige bovenmatig is gefinancierd met vreemd vermogen.<sup>292</sup> Als gevolg van de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten per 1 januari 2012, zijn de specifieke onderdelen van art. 10d, Wet VpB 1969 die van toepassing zijn op de vaste inrichting gewijzigd.

#### Thincap-regeling tot 2012

In het kader van de zelfstandigheidsfictie strekt de toepassing van art. 10d Wet VpB 1969 zich tot de winstbepaling van (buitenlandse) vaste inrichtingen.<sup>293294</sup> Het negende tot en met het elfde lid van art. 10d, Wet VpB bevatten specifieke bepalingen om de beperking van renteaftrek bij buitenlandse vaste inrichtingen te maximaliseren.<sup>295</sup> Een renteaftrekbeperking leidt immers tot een stijging in de buitenlandse winst en als gevolg daarvan tot een hoge aftrek ter voorkoming van dubbele belasting.<sup>296</sup> In het kader van de zelfstandigheidsfictie, wordt de regeling toegepast op de balans van de vaste inrichting.<sup>297</sup> Bij de berekening van de winst van de vaste inrichting blijft ingevolge art. 10d, lid 9 Wet VpB 1969(oud) echter een drietal leden van de thincap-regeling achterwege: lid 2 (de groepseis), lid 3 (de limiet) en lid 5 (de concerntoets).

---

<sup>288</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6 p. 7 onderdeel A.f.

<sup>289</sup> De wetgever heeft de mogelijkheid gegeven tot het vormen van een risico-reserve voor een Nederlandse vaste inrichting die deel uitmaakt van een internationaal opererend concern, door het oprekken van de term 'lichamen' in art. 15b Wet VpB 1969(oud).

<sup>290</sup> Zie in dit verband ook: O.C.R. Marres, zie noot 287.

<sup>291</sup> Kamerstukken II, 1997-1997, 24 696, nr. 8 p. 19.

<sup>292</sup> De theoretische achtergrond van deze bepaling is reeds beschreven in par. 3.3.4. Voorts wordt enkel ingegaan op de bepaling in samenhang met de vaste inrichting.

<sup>293</sup> Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 20.

<sup>294</sup> De argumentatie is reeds besproken in par. 3.3.4.

<sup>295</sup> In ieder geval tot het bedrag aan rente dat van aftrek wordt uitgesloten bij de bepaling van de winst van het hoofdhuus.

<sup>296</sup> Vakstudie Vennootschapsbelasting 2, aantekening 13.1 Doel en strekking bij Wet op de vennootschapsbelasting 1969, art. 10d.

<sup>297</sup> Kamerstukken I, 2003-2004, 29 210, C, p. 21-22.

## Groepsbegrip

Ingevolge art. 10d, lid 2 Wet VpB 1969 treedt de thincap-regeling alleen in werking indien er sprake is van een 'groep' in de zin van art. 2:24b Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).<sup>298</sup> Hiervan is sprake indien rechtspersonen en vennootschappen een economische eenheid vormen en organisatorisch<sup>299</sup> met elkaar zijn verbonden. Gezien het feit dat de vaste inrichting geen juridische werkelijkheid is, maar integraal onderdeel is van de generale onderneming, ontstond discussie of de vaste inrichting deel uit kan maken in de groep van de belastingplichtige (lees: hoofdhuis) en of een gedeelte van de eventuele van aftrek uitgesloten rente toegerekend kan worden aan die vaste inrichting.<sup>300</sup> In de literatuur kunnen hieromtrent de volgende drie opvattingen onderscheiden worden:

1. Het civielrechtelijke groepsbegrip leidt ertoe dat de vaste inrichting geen deel uit kan maken in een groep;<sup>301</sup>
2. De vaste inrichting is verbonden in een groep indien de belastingplichtige dat is;<sup>302</sup>
3. Ingevolge de zelfstandigheidsfictie dient de thincap-regeling zelfstandig te worden toegepast op buitenlandse vaste inrichting.<sup>303</sup>

Gezien de verwijzing in art. 10d, lid 2 Wet VpB 1969 naar het civiele recht, sluit ik mij aan bij het eerste standpunt. Omdat de vaste inrichting niet kwalificeert als rechtspersoon of vennootschap, kan deze naar de letter van de wet geen deel uitmaken in een groep. Toch lijkt de wetgever gezien de verwijzing voor het 'groepsbegrip' naar art. 2:24 BW, en dus bewust niet naar het verbonden lichaam in de zin van art. 10a, lid 4 Wet VpB 1969 (waarbij uitsluitend het aandelenbelang bepalend is), af te wijken van dit standpunt. Bovendien wordt de thincap-regeling zelfstandig toegepast op de vaste inrichting. Omdat het hoofdhuis doorgaans het beleid bepaalt ten aanzien van de activiteiten in de vaste inrichting en de fiscale zelfstandigheidsfictie geen civielrechtelijke betekenis heeft, zou de conclusie getrokken kunnen worden dat de vaste inrichting verbonden is in een groep wanneer het hoofdhuis dat ook is. Toch acht ik deze gedachte onjuist, omdat een vaste inrichting geen rechtspersoon of vennootschap is. In dit kader houdt het

---

<sup>298</sup> Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

<sup>299</sup> Er is sprake van organisatorische verbondenheid indien een bepaalde maatschappij in wezen een andere maatschappij beheerst, ofwel feitelijk beleidsbepalend is in een andere maatschappij.

<sup>300</sup> Deze discussie is onder andere aan de orde geweest in de Nota navnv, TK, 2003/04, 29 210, p. 32.

<sup>301</sup> Kavelaars, P. en van den Kommeren, L.P., 'Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd', *WFR* 2006/67.

<sup>302</sup> Strien, J. van, '*Renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting*', Kluwer, Deventer 2007, p. 466.

<sup>303</sup> Roepiah-arresten en NVW, Kamerstukken II, 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 20.

derde uitgangspunt ook geen stand. Om discussie op dit punt te voorkomen, heeft de wetgever de groeiseis uitgesloten voor de berekening van de voorkomingswinst.<sup>304</sup>

### *Maximale rente*

Omdat de thincap-regeling beoogt de grondslagverschuiving binnen concernverband tegen te gaan, wordt het niet-aftrekbare bedrag aan rente ingevolge art. 10d, lid 3 Wet VpB gemaximeerd tot het bedrag aan rente dat in het jaar per saldo verschuldigd is aan verbonden lichamen. Art. 10d, lid 9, Wet VpB 1969 bepaalt echter dat het aftrekplafond niet van toepassing is op bestanddelen van de winst waarop de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten van toepassing is. Deze uitsluiting zorgt ervoor dat bij de berekening van de voorkomingswinst (I) in het kader van administratieve eenvoud geen onderscheid behoeft te worden gemaakt tussen externe en verbonden leningen; en (II) in het voordeel van de belastingplichtige de aftrekbeperking niet gemaximeerd wordt tot de rente die per saldo aan verbonden lichamen is verschuldigd.

### *Uitsluiting concernratio*

Of er sprake is van overmatige financiering met vreemd vermogen van de vaste inrichting wordt naar keuze van de belastingplichtige vastgesteld aan de hand van de vaste-ratiotoets<sup>305</sup> of de concerntoets<sup>306</sup>. De concerntoets wordt als zuiverder beschouwd ten opzichte van de vaste ratiotoets, omdat de financieringsverhouding van een concern als referentiepunt wordt genomen.<sup>307</sup> Hierdoor zou rekening worden gehouden met de aard van het concern, zodat voor de financieringsverhouding beter aangesloten wordt bij de economische realiteit. Omdat de financieringsverhouding op groepsniveau niet per definitie gelijk is aan de verhouding die in de desbetreffende branche gebruikelijk is, zal dit naar mijn verwachting vaak tegenvallen. Bovendien kunnen op groepsniveau de activiteiten zeer uiteenlopen, waardoor deze financieringsverhouding niet representatief hoeft te zijn voor de desbetreffende branche. Art. 10d, lid 9 Wet VpB 1969 schrijft voor dat de vaste toets gehanteerd dient te worden om te bepalen of er sprake is van overmatige financiering met vreemd vermogen van de vaste inrichting en dat de concerntoets enkel als 'safe harbour' fungeert. Volgens de wetgever leidt de keuze voor de vaste-ratiotoets uitsluitend tot voordeel

<sup>304</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25, p. 32.

<sup>305</sup> De renteaftrekbeperking is slechts van toepassing bij een substantieel teveel aan vreemd vermogen (Kamerstukken 29 210, nr. 8, p. 17). Volgens de vaste-ratiotoets is hiervan sprake voor zover het gemiddeld vreemd vermogen van de belastingplichtige meer bedraagt dan driemaal het gemiddeld eigen vermogen en dit meerdere 500.000, de franchise, te boven gaat. Ingevolge art. 10d, lid 4 Wet VpB 1969 wordt onder vreemd vermogen slechts het saldo van de verschuldigde geldleningen en de uitstaande geldleningen verstaan en worden de fiscaal toelaatbare reserves niet als eigen vermogen beschouwd.

<sup>306</sup> Volgens de concerntoets is er sprake van een teveel aan vreemd vermogen indien het gemiddeld vreemd vermogen van de belastingplichtige uitgaat boven het gemiddeld eigen vermogen vermenigvuldigd met een factor welke overeenkomt met de vermogensverhouding bij de groep.

<sup>307</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 11.

van de belastingplichtige en dient deze methode de eenvoud.<sup>308309</sup> Kavelaars en Van den Kommer<sup>310</sup> tonen aan de hand van een voorbeeld echter aan dat toepassing van de concerntoets kan resulteren in een hogere aftrekbepanking dan op basis van de vaste toets. Zodoende ben ik van mening dat belastingplichtige over de keuzevrijheid dient te beschikken om te beoordelen welke toets voordelig is. Het argument dat de vaste toets eenvoudiger toepasbaar is, zal daar naar waarschijnlijkheid in meewegen.

### Thincap-regeling vanaf 2012

Als gevolg van de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten is art. 10d, negende tot en met elfde lid, van de Wet VpB 1969 vervangen door een nieuw negende lid. Volgens deze bepaling wordt de renteaftrek berekend op basis van het fiscale vermogen van het hoofdhuis en wordt – anders dan onder de tot 1 januari 2012 geldende regeling – geen rekening gehouden met het vermogen van de vaste inrichting.<sup>311312313</sup>

Niet verassend kwam de opmerking vanuit de Kamer dat het aantrekkelijk wordt om de vaste inrichting met veel vreemd vermogen te financieren om onder de thincap-regeling uit te komen.<sup>314</sup> Als reactie wijst de Staatssecretaris op het feit dat de financiering van de vaste inrichting voortvloeit uit de AOA, zodat de vaste inrichting niet naar willekeur kan worden gefinancierd met vreemd vermogen. Hoewel deze opmerking an sich juist is, acht ik het in dit kader geen houdbaar standpunt. De thincap-regeling heeft immers geen invloed op de vermogensverhouding van de vaste inrichting dat voortvloeit uit de AOA, maar beperkt slechts de renteaftrek indien deze vermogensverhouding een bepaalde verhouding te boven gaat. Zodoende kunnen activa, functies en risico's op een bewuste wijze worden verdeeld over het hoofdhuis en de vaste inrichting, zodat aan de vaste inrichting relatief veel vreemd vermogen wordt toegerekend.

### Verhouding thincap-regeling en art. 7 OMV

Art. 7 OMV ziet enkel op de verdeling van winst over hoofdhuis en vaste inrichting. Het staat landen vrij om eigen winstbepalingsregels (zoals de thincap-regeling) toe te passen.<sup>315</sup> Uit art. 7, lid 3 OMV(oud) volgt

---

<sup>308</sup> Toepassing van de concerntoets vereist meer gegevens dan de vaste-ratiotoets. Voor de vaste-ratiotoets volstaat de fiscale balans van de belastingplichtige, terwijl de concerntoets ook de geconsolideerde jaarrekening van de groep waartoe de belastingplichtige behoort vereist.

<sup>309</sup> Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8, p. 20

<sup>310</sup> Kavelaars, P. en Kommer, L.P., zie noot 301.

<sup>311</sup> Tenzij het een laag belaste buitenlandse beleggingsonderneming betreft waarvan de winsten uitgezonderd zijn van de objectvrijstelling. Zie in dit kader MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3 p. 82.

<sup>312</sup> Bij het bepalen van de concernratio van de groep wordt het vermogen van de vaste inrichting echter wel in aanmerking genomen. Deze verschijnen immers op de geconsolideerde balans van de groep.

<sup>313</sup> Behoudens het een laag belaste beleggingsonderneming betreft.

<sup>314</sup> Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10 p. 27.

<sup>315</sup> Kamerstukken II, 29 210, p. 22.



echter dat alle kosten die de belastingplichtige maakt ten aanzien van haar vaste inrichting, aftrekbaar zijn.<sup>316</sup> Zodoende is Van Weeghel<sup>317</sup> van mening dat een at arm's-length rentevergoeding, verschuldigd door een (binnenlandse vaste inrichting van een) buitenlandse belastingplichtige aan een verbonden lichaam, in verdragssituaties niet getroffen kan worden door art. 10d Wet VpB 1969. Brandsma<sup>318</sup> betwist deze visie en neemt aan dat in het algemeen aangenomen wordt dat art. 7, lid 3 OMV(oud) geen onbeperkte aftrek van toerekenbare kosten toelaat. Ik sluit mij aan bij het tweede standpunt en ondervind geen problemen bij de toepassing van de thincap-regeling in het kader van art. 7 OMV. Art. 7, lid 3 OMV(oud) is immers dienstbaar aan het eerste en tweede lid van deze bepaling. Aangezien art. 7 OMV ziet op de winsttoerekening aan een vaste inrichting, kan het derde lid van deze bepaling enkel in de weg staan aan een nationale aftrekbeperking indien dat voorschrift in feite als een dergelijke winsttoerekeningregel is te beschouwen.<sup>319</sup> Dit is, naar het mij voorkomt, niet het geval. Bovendien zou een onbeperkte doorberekening van kosten aan vaste inrichtingen tot een onevenwichtig resultaat leiden ten opzichte van de beperkte doorberekening van kosten aan dochtervennootschappen. Het nieuwe negende lid van art. 10d, Wet VpB 1969, maakt in ieder geval een einde aan deze discussie. De thincap-regeling blijft immers geheel buiten toepassing bij de winstbepaling van de vaste inrichting.

Bovendien wordt ingevolge het nieuwe negende lid van art. 10d Wet VpB 1969 de hoofdhuisbalans (in plaats van de balans van de vaste inrichting) als uitgangspunt genomen.<sup>320</sup> Dientengevolge wordt voor de toepassing van de thincap-regeling het hoofdhuis zelfstandig bezien, maar wordt de vaste inrichting in wezen genegeerd. Dit heeft geen invloed op de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, zodat deze conform hetgeen gebruikelijk in stand blijft. De AOA is immers niet bepalend voor de nationale wetgeving, maar maximeert slechts de hoeveelheid van de toe te rekenen winst die kan worden belast in het land van de vaste inrichting. Toch acht ik deze systematiek niet in lijn met de principes van de AOA die ten grondslag liggen aan de interpretatie van art. 7 OMV. De winst wordt immers toegerekend aan de vaste inrichting met inachtneming van het arm's-length beginsel, zodat de vaste inrichting fictief beschouwd wordt als een zelfstandige entiteit. Volgens het nieuwe negende lid van art. 10d Wet VpB 1969 wordt de vaste inrichting noch als onderdeel van de generale onderneming, noch als (fictief)zelfstandige entiteit

<sup>316</sup> Hetgeen uit art. 7, lid 2 OMV(nieuw) ook volgt.

<sup>317</sup> Weeghel, S. Van., 'Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling', *TFO 2004/73*, p. 113 par. 4.

<sup>318</sup> Brandsma, R.P.C.W.M., '*Fiscale Onderkapitalisatie van vennootschappen*', Fiscale Monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer 2004, p. 114, par. 12.2.

<sup>319</sup> Bruggen, E., van, der, 'About the deductibility of head office expenses: a commentary on art. 7(3) of the OECD Model and Alternative Provisions Adopted in Tax Treaty Practice', *Intertax 2002/8/9*, p. 273.

<sup>320</sup> De hoofdhuisbalans wordt afgeleid van de balans van de generale onderneming door daaruit de activa en passiva te elimineren die voorkomen op de zogenoemde 'aftrekbalans' (de balans van de vaste inrichting die de basis vormt voor de berekening van de objectvrijstelling) (Cursus Belastingrecht, Vpb.2.2.6.I Thincapregeling en vaste inrichting).

beschouwd. In het kader van de steeds verdergaande verzelfstandiging van de vaste inrichting, is dit naar mijn oordeel dan ook een opmerkelijke keuze van de wetgever geweest.

#### 4.4.2 *Royaltykosten*

Royalty's vormen de vergoeding voor het gebruik van, of het recht om gebruik te maken van, een immaterieel vermogensbestanddeel. Door het niet-fysieke karakter van een immaterieel vermogensbestanddeel is het buitengewoon lastig om de eigendom aan een specifiek onderdeel van een onderneming te alloceren. In het verlengde daarvan, geldt hetzelfde voor de allocatie van de voortbrengingskosten. Vermoedelijk om deze reden werden interne royalty's onder de OESO-commentaren van 1963 en 1977 niet aftrekbaar beschouwd.<sup>321</sup> In de OESO-commentaren van 1994<sup>322</sup> en 2008<sup>323</sup> is het absolute aftrekverbod vervangen. Mitsdien werden voortbrengingskosten van een immaterieel vermogensbestanddeel toegerekend aan alle onderdelen van de onderneming die er gebruik van maken. Zodoende schreef de OESO<sup>324</sup> het delen van voortbrengingskosten voor, zodat de werkelijke aan- of voortbrengingskosten, alsmede latere bijkomende kosten, van een immaterieel vermogensbestanddeel zonder winstopslag of een royalty werden toegerekend aan de bedrijfsonderdelen die gebruik maken van het immaterieel vermogensbestanddeel. Hoewel de hoofdregel de toerekening op basis van historische kosten voorschreef, stond een aantal lidstaten<sup>325</sup> alsnog toe dat een arm's-length prijs werd gehanteerd. Als gevolg van de (vrijwel) volledige verzelfstandiging van de vaste inrichting in het OESO-commentaar van 2010 werd deze lijn gevolgd, zodat interne royalty's worden berekend als vergoedingen die tussen onafhankelijke derden in rekening zouden zijn gebracht. Kennelijk kan op basis van de *SPF's* het juridische- of economische eigendom van immateriële vermogensbestanddelen wel worden gealloceerd over hoofdhuis en vaste inrichting.<sup>326</sup>

De Hoge Raad heeft zich, naar mijn weten, nog niet expliciet uitgelaten over de behandeling van interne royalty's. Peeters<sup>327</sup> stelt voor een parallel te trekken naar de problematiek van interne huur en het erkennen van *dealings*. Zodoende acht hij het slechts mogelijk rekening te houden met interne royalty's indien deze erkend worden op basis van de drempeltest. Hoewel hij wel de koppeling maakt met *dealings* is het mij onbekend waarom hij de parallel niet doortrekt naar de problematiek van interne rente. Deze heeft

<sup>321</sup> OESO-commentaar van 1963 bij art. 7 OMV par. 15 en OESO-commentaar van 1977 bij art. 7 OMV par. 17.

<sup>322</sup> OESO-commentaar van 1994 bij art. 7 OMV par. 17.4.

<sup>323</sup> OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV par. 34.

<sup>324</sup> PE-report 1993.

<sup>325</sup> Deze landen zijn: Frankrijk, Griekenland, Italië en Zwitserland.

<sup>326</sup> PE-report 2010 par 85.

<sup>327</sup> Peeters, P.J.J.M., zie noot 44.

immers dezelfde fasen ondergaan.<sup>328</sup> In het Besluit neemt de Staatssecretaris het standpunt in dat er bij art. 7 OMV(oud) nooit sprake is geweest van een absoluut intern royalty-verbod.<sup>329</sup> Zodoende beschouwt hij de in het OESO-commentaar opgenomen paragraaf, om kosten (zonder winstopslag) tussen hoofdhuis en vaste inrichting te verdelen bij het toerekenen van immateriële vermogensbestanddelen, enkel als een suggestie. In het verlengde daarvan, laat de Staatssecretaris het ook toe dat voor de periode vóór 22 juli 2010 interne royalty's in aanmerking kunnen worden genomen. Ik sluit mij aan bij het argument van de Staatssecretaris dat de bewoording in het OESO-commentaar van 2008 de toerekening van interne royalty's niet expliciet uitsluit. Bovendien werd in een aantal lidstaten alsnog arm's-length prijzen in rekening gebracht voor het gebruik van immateriële vermogensbestanddelen. Kennelijk was het beleid in het kader van royalty's in het OESO-commentaar van 2008 zo vaag dat het lidstaten vrij stond hun eigen beleid te kunnen voeren. Het is echter opmerkelijk dat de bewindsman zich niet beroept op het arm's-length beginsel. Het standpunt dat interne royalty's achterwege worden gelaten is namelijk in strijd met het arm's-length beginsel dat ook ten grondslag ligt bij de voorlopers van art. 7 OMV(nieuw).<sup>330</sup> Een ander opmerkelijke keuze is dat de Staatssecretaris enkel ruimte ziet voor interne royalty's indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de ontwikkelingskosten van de immateriële vermogensbestanddelen aan slechts één onderdeel van de generale onderneming kan worden toegerekend.<sup>331</sup> Zowel in de jurisprudentie als in het standpunt van de OESO ontbreekt een dergelijke beperking. Daarenboven erkent de OESO expliciet de mogelijkheid van gezamenlijk economische eigendom van vermogensbestanddelen door verschillende onderdelen van een generale onderneming. Het lijkt mij dan ook onwaarschijnlijk dat deze beperking in internationaal verband stand houdt, maar zoals Kemmeren<sup>332</sup> dat uitdrukt, belastingplichtigen wederom de mogelijkheid biedt zich weer in een positie van *cherry picking* te manoeuvreren.

#### 4.4.3 Managementkosten

Binnen de generale onderneming is het mogelijk dat het hoofdhuis bepaalde diensten verricht waarvan alle werknemers van alle onderdelen van de generale onderneming profiteren, met als potentieel gevolg dat de productiviteit binnen de generale onderneming stijgt en een stijging in de generale winst.<sup>333</sup> In het OESO-commentaar van 2008 worden twee theoretische benaderingen beschreven met betrekking tot deze

---

<sup>328</sup> (I) In de OESO-commentaren van 1963 en 1977 werden interne leningen (en daarmee interne rentekosten) niet erkend; (II) Met het erkennen van interne dealings is hier in het PE-report 2008 gedeeltelijk op teruggekomen, zodat rekening gehouden met interne rentekosten indien er sprake is van een treasury dealing; en (III) in het OESO-commentaar van 2010 is het verbod op de aftrek van interne rente verlaten.

<sup>329</sup> Het Besluit par. 4.2.

<sup>330</sup> Zie in dit verband Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 219.

<sup>331</sup> Het Besluit par. 4.2.

<sup>332</sup> Zie in dit verband Kemmeren, E.C.C.M., zie noot 219.

<sup>333</sup> Deze diensten kunnen uiteenlopen van het implementeren van administratie- en trainingsystemen tot het ontwikkelen van het strategisch beleid.

algemene managementdiensten: (I) omdat alle werknemers van alle onderdelen van de generale onderneming profiteren van deze diensten, leveren deze diensten een bijdrage in de winst. Deze winst is het gevolg van 'goed management' en dient toegerekend te worden aan het land waar het hoofdkantoor is gevestigd; (II) Ingevolge art. 7, lid 3 OMV(oud) brengt het hoofdkantoor de kosten van het management in mindering op de baten van de vaste inrichting, doch niet meer dan de winst behaald door het 'goede management'. Hoewel art. 7, lid 3 OMV(oud) en het OESO-commentaar niet in de weg staan de eerste benadering te volgen<sup>334</sup>, prefereert de OESO om praktische redenen de tweede benadering.<sup>335</sup> Indien deze diensten niet enkel ten behoeve van andere onderdelen van de generale onderneming worden verricht maar ook ten behoeve van externe partijen, mag de externe prijs ook gehanteerd worden binnen de generale onderneming.<sup>336</sup> Dit is ook toegestaan indien een dienst enkel is gericht aan een specifiek onderdeel van de generale onderneming en als gevolg daarvan een significant voordeel wordt behaald door het ontvangende onderdeel van de generale onderneming.<sup>337</sup> Er dient echter geen winstmarge in aanmerking te worden genomen indien de diensten van algemene aard zijn. Alsdan kan geen specifiek voordeel aangewezen worden en worden de daarmee gepaard gaande kosten beschouwd als algemene administratieve kosten.<sup>338</sup> Blijkens het OESO-commentaar van 2010 dient ingevolge art. 7, lid 2 OMV(nieuw), in tegenstelling tot het in aanmerking nemen van de werkelijke kosten, een arm's-length bedrag in aanmerking te worden genomen als zijnde een winstvergoeding voor het management dat is toe te rekenen aan het hoofdhuis.<sup>339</sup> Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt hiervan afgeweken en wordt aangesloten bij de kostprijs. Dit is het geval indien het hoofdhuis een vergelijkbare dienst verricht ten behoeve van de vaste inrichting, die een moedermaatschappij ook ten behoeve van haar andere concernonderdelen zou verrichten. Indien de moedermaatschappij daartoe hoofdkantoorkosten maakt, dienen deze op dezelfde wijze in aanmerking te worden genomen bij het hoofdhuis.<sup>340</sup> Daarnaast wordt in het OESO-commentaar van 2010 volledig afstand gedaan van de eerste benadering (het toerekenen van winst als gevolg van het 'goede management').<sup>341</sup> Naar mijn mening leiden de wijzigingen tot een duidelijker beleid ten aanzien van de behandeling van managementdiensten. Het oude beleid behelsde namelijk een sterk facultatief karakter, zodat het potentieel op afwijkende systemen en de kans op situaties

---

<sup>334</sup> Indien ervoor wordt gekozen een deel van de winst als gevolg van 'goed management' toe te rekenen aan het land waar het hoofdhuis is gevestigd, is het land waar de vaste inrichting zich bevindt op geen enkele wijze verplicht bij het bepalen van de winst een bedrag in aftrek toe te laten als zijnde een winstvergoeding voor het 'goede management'. Om in deze situatie dubbele heffing te voorkomen, dient het land van het hoofdhuis initiatief te nemen met betrekking tot aanpassing van de belastingverplichting in dat land.

<sup>335</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 38.

<sup>336</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 35.

<sup>337</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 37.

<sup>338</sup> OESO-commentaar van 2008 par. 36.

<sup>339</sup> OESO-commentaar van 2010 par. 40.

<sup>340</sup> OESO-commentaar van 2010 par. 38 – 40.

<sup>341</sup> OESO-commentaar van 2010 par. 41.

met dubbele belastingheffing en non-taxation groter was ten opzichte van het nieuwe beleid. Onder het nieuwe beleid verdwijnt dit facultatieve karakter immers door aan te sluiten bij een arm's-length prijs. Ook wordt er meer recht gedaan aan de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting. Door een kostendoorberekening inclusief winstopslag te hanteren wordt het hoofdhuis immers als een afzonderlijk en zelfstandig onderdeel van de onderneming beschouwd ten opzichte van de vaste inrichting.

De Nederlandse jurisprudentie is op het gebied van de winstallocatie aan de plaats van de leiding zeer beperkt. In HR 4 december 1957, BNB 1958/11, overwoog de Hoge Raad dat een in Nederland gevestigde BV – die haar onderneming dreef met behulp van een in Indonesië gevestigde vaste inrichting waarin feitelijk de gehele bedrijfsuitoefening plaatsvond – als een afzonderlijk bedrijf ten opzichte van de vaste inrichting moest worden beschouwd. Zodoende oordeelde de Hoge Raad dat de kostendoorberekening van de centrale leiding aan de vaste inrichting *at arm's-length* moest zijn.<sup>342</sup> Gezien de tijdsspan van dit arrest, acht ik deze uitkomst verassend. De zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting had toentertijd immers beperkte invloed en interne dealings werden niet erkend. Bovendien behelst art. 7, lid 3 OMV(oud) een afwijzende houding ten aanzien van het doorberekenen van kosten van de centrale leiding aan de vaste inrichting met een winstopslag. Ook in de Nederlandse literatuur werd deze opvatting gedeeld.<sup>343</sup> Ik betwijfel dan ook of de Hoge Raad in de spiegelbeeldsituatie<sup>344</sup> hetzelfde zou hebben geoordeeld. In HR 3 februari 1954, BNB 1954/115 en HR 13 april 1955, BNB 1955/190 overwoog de Hoge Raad dat de gemaakte kosten van een Nederlandse vaste inrichting als gevolg van verleende diensten<sup>345</sup> aan het hoofdhuis zonder winstopslag doorberekend moesten worden. Deze diensten werden namelijk beschouwd als onderdeel van het intern functioneren van de generale onderneming. Aangezien kosten ten behoeve van de centrale leiding, administratie en andere algemene activiteiten opgevat kunnen worden als kosten gemaakt ten behoeve van het intern functioneren van de generale onderneming, acht ik het passend dat deze, onder art. 7 OMV(oud), zonder winstopslag doorberekend worden. Naar mijn mening kan uit de Nederlandse jurisprudentie geen duidelijke lijn worden afgeleid. Het is dan ook niet verassend dat de Staatssecretaris in beginsel een winstopslag in aanmerking neemt, maar bij toepassing van verdragen die gebaseerd zijn op art. 7 OMV(oud) zowel de doorberekening van kosten met als zonder winstopslag toestaat.

---

<sup>342</sup> Zie in dit verband ook HR 31 oktober 1956, BNB 1956/336.

<sup>343</sup> Pötgens, F.P.G., Raad, Van., C., zie noot 45, par. 3.0.5.B.VpB.

<sup>344</sup> Een Nederlandse vaste inrichting en een buitenlands hoofdhuis.

<sup>345</sup> Het betrof in casu opleidings- en trainingskosten van werknemers.

#### 4.4.4 Valuta resultaten

De techniek die wordt gehanteerd bij de berekening van de generale winst (en daarmee ook de bijdragewinst die onderdeel uitmaakt van de generale winst) is die van de vermogensvergelijking. Omdat de generale winst doorgaans bestaat uit winst die behaald is in verschillende landen, wordt het eindvermogen in lokale valuta, omgerekend tegen de koers aan het eind van het jaar, en het beginvermogen in lokale valuta, omgerekend tegen de koers aan het begin van het jaar, zodat de generale winst wordt uitgedrukt in de valuta van het hoofdhuis.<sup>346347</sup> Dit leidt ertoe dat een wijziging in de koers van de vreemde valuta ten opzichte van de valuta van het hoofdhuis doorwerkt in de generale winst en daarmee ook de bijdragewinst. Daarbij doet de vraag zich voor of een dergelijke koersmutatie onderdeel vormt van het vermogen van de vaste inrichting en op welke wijze de bijdragewinst (de bijdrage, berekend naar lokale maatstaven, van de vaste inrichting in de generale winst) zich verhoudt tot de aftrekwinst (het bedrag, berekend naar Nederlandse maatstaven, waarover Nederland voorkoming van dubbele belastingheffing verleent).

Aangezien elke staat het resultaat van de ondernemingsactiviteit in de eigen valuta in de heffing wenst te betrekken, komen valutaschommelingen enkel tot uitdrukking in de generale winst. Omdat art. 7 OMV ten doel heeft om tot een eensluidende interpretatie van winstallocatieregels bij vaste inrichtingen te komen en valutaschommelingen in principe niet tot uitdrukking komen in de onderscheiden staten, valt deze problematiek niet onder de reikwijdte van art. 7 OMV. Het is dan ook niet verassend dat er in de stukken van de OESO<sup>348</sup> niets is opgenomen met betrekking tot deze problematiek.

De Hoge Raad heeft in HR 31 maart 1954, BNB 1954/180 als hoofdregel geformuleerd dat: *'(...) indien een Nederlandse onderneming valutawinst behaalt doordat een wijziging plaatsvindt in de verhouding tussen den Nederlandse gulden en de munteenheid van het land, waarin zij door middel van een bedrijfsinrichting haar bedrijf uitoefent of mede-uitoefent (in casu Amerika), die winst in dat land niet tot uiting kan komen, noch ook het resultaat is van de werkzaamheid van die bedrijfsinrichting (...).'* In casu ontstond een valutawinst door een stijging van de dollar ten opzichte van de gulden. Deze valutawinst kon, aldus de Hoge Raad, in het buitenland niet tot uitdrukking komen en evenmin aan de bedrijvigheid van de vaste inrichting worden toegeschreven, zodat deze niet kon worden vrijgesteld en geen aftrekwinst vormde. In de

---

<sup>346</sup> Als gevolg van het Curzeiro arrest geldt als hoofdregel dat indien de buitenlandse winst gelijkmatig over het jaar gerealiseerd wordt, de omrekening van de buitenlandse winst berekend in de lokale valuta naar de winst berekend in guldens of euro's, dient te geschieden tegen de gemiddelde omrekenkoers bij het begin en einde van het jaar. Er wordt echter afgeweken van deze hoofdregel indien de buitenlandse winst door een hyperinflatie niet gelijkmatig over het jaar wordt gerealiseerd. Alsdan wordt voor de omrekening een kortere periode gehanteerd.

<sup>347</sup> Behoudens voor zover vennootschapsbelastingplichtige lichamen hebben geopteerd voor een andere functionele valuta.

<sup>348</sup> Hiermee worden de OESO-commentaren en de PE-rapporten bedoeld.

zogenoemde Rupiah-arresten<sup>349</sup> werd deze hoofdregel nader geformuleerd: “(...)de winst die in het buitenland tot uiting komt of kan komen, en die aldaar dus in beginsel in een naar de winst geheven belasting kan worden betrokken en ook zou worden betrokken in de veronderstelling, dat de (buitenlandse) fiscus met betrekking tot de belasting van de bedrijfswinst van voor hem buitenlandse belastingplichtigen zou handelen gelijk de Nederlandse fiscus zou doen voor buitenlandse belastingplichtigen zijn (...)”. Hieruit volgt dat bij het bepalen van de voorkomingswinst (aftrekwinst) de regels van toepassing zijn die gelden bij het belasten van de winst van in Nederland gevestigde vaste inrichtingen van buitenlandse bedrijven.<sup>350</sup> Zodoende wordt bij de berekening van de vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting alleen de aftrekwinst in aanmerking genomen en niet de zogenoemde bijdragewinst. Voorts overweegt de Hoge Raad dat: ‘(...) dit medebrengt dat de winst van een buitenlands bedrijfsdeel in beginsel op den grondslag van de buitenlandse valuta zal moeten worden berekend (...). Zodoende wordt de buitenlandse winst, die bepaald wordt volgens Nederlandse maatstaven, berekend in buitenlandse valuta en wordt het eindbedrag in Nederlandse valuta omgezet. Dientengevolge wordt bij de voorkomingswinst geen rekening gehouden met valutaresultaten, terwijl deze in de generale winst wel tot uitdrukking komen. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat: (...)de winst van het buitenlands bedrijfsdeel bij de berekening daarvan op den grondslag van de Nederlandse valuta in het bijzonder in een jaar, waarin in de verhouding tussen de Nederlandse en de buitenlandse valuta een wijziging optreedt, zou kunnen worden beïnvloed door valutaverschillen en dus elementen zou kunnen bevatten, welke, hoezeer mede bepalend voor de totale winst, in het buitenland niet tot uiting kunnen komen en voor de belastingheffing aldaar dus geen rol kunnen spelen (...)’. De Hoge Raad gaat met deze overweging consequent door op de uitspraak van BNB 1954/180 en voegt daaraan toe dat de buitenlandse winst volgens Nederlandse maatstaven dient te worden vastgesteld in de lokale valuta. Zodoende komen valutaresultaten slechts tot uitdrukking in de generale winst (en dus niet in de vaste inrichting).

Het kan echter ook voorkomen dat tot het vermogen van de vaste inrichting bestanddelen behoren die zijn genoteerd in de valuta van het hoofdhuis. In deze situatie wordt een uitzondering gemaakt op de hoofdregel, zodat het valutaresultaat wel tot uitdrukking komt in de winst van de vaste inrichting en juist weer niet in de generale winst.<sup>351</sup>

---

<sup>349</sup> BNB 1960/161 t/m 166.

<sup>350</sup> Aangezien de Nederlandse benadering kan afwijken van buitenlandse maatstaven, kunnen verschillen ontstaan tussen de aftrekwinst en de in het buitenland belastbare winst. Dit valt echter buiten de doelstelling van het onderzoek en zal daarom niet verder belicht worden.

<sup>351</sup> Bender, T., ‘De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting’, Fiscale Monografieën 92 p. 367.

## **4.5 Voorkoming van dubbele belasting**

De generale winst wordt vastgesteld volgens de methodiek van de vermogensvergelijking en wordt door de woonstaat op grond van zijn nationale wet belast. De generale winst omvat ook de winst behaald met de activiteiten van een buitenlandse vaste inrichting (de bijdragewinst). Op grond van het situsbeginsel poogt de bronstaat de winst van de vaste inrichting (ook wel voorkomings- of aftrekwinst genoemd) ook in de heffing te betrekken. Deze winst wordt vastgesteld op basis van de zelfstandigheidsfictie. Aan de hand van twee stappen beogen belastingverdragen te voorkomen dat beide staten de buitenlandse winst in de heffing betrekken: (I) verdeling van het heffingsrecht; en (II) voorkoming van dubbele belasting.

Wat betreft de eerste stap, wordt de heffingsbevoegdheid verdeeld over beide lidstaten (dividenden en interest), maar meestal wordt de heffingsbevoegdheid aan één van beide verdragsluitende lidstaten toegewezen (winst en arbeidsbeloning). Indien het heffingsrecht over een bepaald inkomensbestanddeel wordt toegerekend aan de woonstaat, dan mag de bronstaat het simpelweg niet in de heffing betrekken. De omgekeerde situatie is echter complexer. Indien het heffingsrecht over een bepaald inkomensbestanddeel wordt toegerekend aan de bronstaat, moet de voorkomingsbepaling uitkomst bieden. Toewijzing aan de bronstaat betekent namelijk niet automatisch dat het desbetreffende bestanddeel in de woonstaat in het geheel geen rekening mee wordt gehouden. Ingevolge art. 7, lid 1 OMV is de bronstaat heffingsbevoegd over ondernemingswinsten die behaald zijn door middel van (en toerekenbaar zijn aan) een vaste inrichting. Zodoende dient aan de hand van de tweede stap dubbele belasting te worden voorkomen. De voorkomingsbepaling is opgenomen in art. 23A en 23B OMV. Dientengevolge beoogt de combinatie van art. 7 OMV en art. 23A en/of 23B OMV situaties met dubbele belasting te voorkomen.

### **4.5.1 Voorkomingsbepalingen: art. 23A en 23B OMV**

Het OMV bevat twee modelvoorkomingsbepalingen die regelen op welke wijze verdragspartners situaties met juridische internationale dubbele belasting kunnen voorkomen ter zake van de aan de andere lidstaat geheel of gedeeltelijk ter belastingheffing toegewezen inkomens- of vermogensbestanddelen: art. 23A OMV (de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud) en art. 23B (de verrekeningsmethode). Volgens de vrijstellingsmethode wordt de buitenlandse winst volledig in de heffingsgrondslag (belastbare bedrag) betrokken, maar verleent de woonstaat vervolgens een vrijstelling over de inkomsten die op basis van het belastingverdrag door de andere verdragsstaat mogen worden belast. Zodoende wordt de hoogte van de Nederlandse investeerders op hun buitenlandse activiteiten in beginsel bepaald door de in het andere land heersende belastingdruk (ook wel aangegeven met de term kapitaal-import-neutraliteit). Volgens de verrekeningsmethode worden de buitenlandse inkomsten volledig in de belastbare winst begrepen, maar wordt de hierover berekende belasting verminderd met de in het buitenland betaalde belasting (ook wel



‘eerste limiet’ genoemd), dan wel een evenredig deel van de Nederlandse belasting (ook wel ‘tweede limiet’ genoemd) als die lager is.<sup>352</sup> Zodoende wordt voor Nederlandse beleggers de hoogte van de belastingdruk op de buitenlandse beleggingsinkomsten in principe bepaald door de in Nederland heersende belastingdruk (kapitaal-export-neutraliteit).<sup>353</sup>

In het OESO-commentaar worden lidstaten vrij gelaten in hun keuze, maar wordt de suggestie gedaan dat voor inkomsten die in de bronstaat beperkt mogen worden belast<sup>354</sup>, de verrekeningsmethode te hanteren. Alsdan wordt voorkomen dat dergelijke inkomsten per saldo slechts tegen een laag tarief in de heffing worden betrokken. Nederland geeft gehoor aan deze suggestie door een onderscheid te maken tussen inkomsten uit actieve (inkomsten uit arbeid en winst) en passieve (inkomsten uit beleggingen) activiteiten.<sup>355</sup> Het heffingsrecht ten aanzien van actief verkregen inkomsten uit het buitenland wordt primair voorbehouden aan de bronstaat, zodat Nederland de vrijstellingsmethode toepast. Passief verkregen inkomsten worden daarentegen, ongeacht op deze afkomstig zijn uit Nederland of uit het buitenland, volledig in de belastingheffing van de vestigingsstaat betrokken zodat de verrekeningsmethode wordt toegepast.

Hoewel art. 7 OMV, in combinatie met art. 23A OMV en art. 23B OMV er in principe voor zou moeten zorgen dat situaties met dubbele belasting en ‘non-taxation’ worden voorkomen, kunnen deze situaties zich alsnog voordoen. Dit komt omdat in de meeste gevallen in de opgenomen voorkomingsbepaling wordt verwezen naar de regels zoals die gelden in de nationale wet van desbetreffende landen.<sup>356</sup> Enkel ingeval de winstallocatie aan de vaste inrichting niet is bepaald conform art. 7, lid 2 OMV, is het toegestaan dat één van de lidstaten een aanpassing maakt en dient de andere lidstaat een corresponderende aanpassing te maken.<sup>357</sup> Indien dubbele belasting het resultaat is van het volgen van verschillende uitgangspunten bij het vaststellen van de bijdrage- en de aftrekwinst, is er geen sprake van juridische dubbele belasting, gebiedt de OESO zoveel mogelijk de winstallocatieregels te respecteren en wordt er geen oplossing geboden.<sup>358</sup>

#### 4.5.2 Objectvrijstelling

Met ingang van 1 januari 2012 verleent Nederland voorkoming van dubbele belasting voor buitenlandse ondernemingswinsten door middel van een objectvrijstelling. Deze objectvrijstelling is opgenomen in art.

---

<sup>352</sup> Voor ontwikkelingslanden geldt nog een zogenoemde ‘derde limiet’, inhoudende dat de door een ontwikkelingsland over dividenden geheven belasting nooit tot een hoger bedrag mag worden verrekend dan 25%.

<sup>353</sup> Art. 24, derde lid, NSV 1987 bevat een limitatieve opsomming voor inkomenscategorieën die vallen onder de verrekeningsmethode.

<sup>354</sup> Als voorbeeld worden dividenden en rente genoemd.

<sup>355</sup> Notitie: ‘Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht’ van 15 april 1998.

<sup>356</sup> Dit heeft ten doel te voorkomen dat het verdrag wordt belast met specifieke nationale aangelegenheden.

<sup>357</sup> De *corresponding adjustment* bepaling wordt besproken in par 4.5.3.

<sup>358</sup> OESO-commentaar van 2010 bij art. 7 OMV par. 46.

15e Wet VpB 1969 tot en met art. 15f Wet VpB 1969.<sup>359360</sup> Het verschil tussen de hiervoor besproken vrijstellings- en verrekeningsmethoden en de objectvrijstelling is dat bij een belastingvrijstelling een buitenlands verlies in mindering komt bij het bepalen van de in Nederland belastbare winst, terwijl de objectvrijstelling de buitenlandse opbrengst – en dus ook het buitenlands verlies – buiten de heffingsgrondslag houdt.<sup>361</sup> Bij het bepalen van de belastinggrondslag van een binnenlands belastingplichtig lichaam wordt dus als het ware de buitenlandse ondernemingswinst uit de wereldwinst geëlimineerd.<sup>362</sup> De objectvrijstelling wordt enkel toegepast indien: (I) het belastingverdrag het heffingsrecht toewijst aan de andere staat; en (II) Nederland op grond van het belastingverdrag voor deze inkomsten vrijstelling dient te verlenen.<sup>363364</sup>

Omdat de objectvrijstelling de buitenlandse ondernemingswinst elimineert uit de generale winst, heeft een negatieve waarde van het vrijgestelde object, ook geen invloed op het totale belastbare object. Dit brengt het merkwaardige resultaat met zich dat een belastingplichtige met een Nederlandse winst van 80 en een buitenlands verlies van 50 toch over 80 belasting moet betalen, ondanks dat hij daadwerkelijk 30 geniet.<sup>365366</sup> Afgezien van een substantiële verslechtering van het vestigingsklimaat voor bedrijven die met vaste inrichtingen werken<sup>367</sup>, is dit niet in overeenstemming met de in Nederland nagestreefde fiscaal theoretische standpunten dat in totaal niet meer dan de wereldwinst in de belastingheffing wordt betrokken en met het draagkrachtbeginsel.

Voor de berekening van de vrij te stellen winst sluit de objectvrijstelling zo veel mogelijk aan bij de bestaande systematiek. Zodoende wijzigt de methodiek van de voorkoming van dubbele belasting, maar de vaststelling van de vrij te stellen winst niet. Dientengevolge wordt uitgegaan van de wereldwinst en wordt deze vervolgens gecorrigeerd voor de – naar Nederlandse fiscale maatstaven berekende en per staat gesaldeerde – positieve en negatieve bedragen van de winst uit de andere lidstaat. Door deze koppeling is

---

<sup>359</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, 33 003, nr. 3. p. 92.

<sup>360</sup> De objectvrijstelling is echter niet van toepassing op laag belaste buitenlandse beleggingsondernemingen en belastingplichtige die als FBI zijn aangemerkt.

<sup>361</sup> Zodoende wijzigt enkel de wijze waarop rekening wordt gehouden met buitenlandse winsten en niet de vaststelling hiervan, zodat het bestaande begrippenkader en de bestaande (internationaal ontwikkelde) invulling daarvan in stand blijft.

<sup>362</sup> Smit, R.C., 'Wijzigingen in vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01.

<sup>363</sup> In het kader van de scriptie wordt de behandeling van niet-verdragstaten achterwege gelaten.

<sup>364</sup> Hoewel nergens expliciet wordt vermeld dat hiermee de vrijstellingsmethode van art. 23A OMV wordt bedoeld, lijkt het gebruik van het begrip 'vrijstellingsmethode' dit wel te impliceren.

<sup>365</sup> Bender, T. 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', *NTFR* 2011/2482.

<sup>366</sup> Er wordt echter wel een uitzondering gemaakt voor verliezen die definitief zijn geworden. Deze worden in aftrek toegelaten, mits voor deze verliezen in het andere land op generlei wijze een tegemoetkoming wordt gegeven. Dientengevolge, betreft het verschil tussen de belastingvrijstelling en de nieuwe objectvrijstelling slechts een verschil in timing van het nemen van tijdelijke buitenlandse verliezen.

<sup>367</sup> Te denken valt aan banken (die om regulatoire redenen doorgaans met juridisch onzelfstandige vestigingen werken) maar ook aan bedrijven die op projectbasis werken, zoals oliemaatschappijen, baggeraars, maar ook kleinere ingenieursbureaus, bouwbedrijven en technische dienstverleners en kleinere ondernemers in de grensstreek.

de vrij te stellen winst onder de objectvrijstelling gelijk aan de aftrekwinst, zodat voor de winst die aan een vaste inrichting wordt toegerekend kan worden aangesloten bij de bestaande en internationaal ontwikkelde invulling daarvan.<sup>368</sup> Dientengevolge brengt de objectvrijstelling geen wijziging mee in de verdeling van de heffingsbevoegdheid in bestaande verdragen en blijft de jurisprudentie met betrekking tot valutaresultaten en bij het overbrengen van vermogensbestanddelen van het hoofdhuis naar de vaste inrichting gelden. Omdat onder het nieuwe systeem voor de heffingsgrondslag enkel het Nederlandse gedeelte daarvan wordt gecorrigeerd, blijven verschillen tussen 'bijdragewinst' en de 'aftrekwinst' bestaan.<sup>369</sup> Enerzijds leidt het in stand houden van de oude systematiek tot veel voordelen, anderzijds had een zuivere objectvrijstelling, waarbij de buitenlandse winst bij de heffingsgrondslag volledig buiten aanmerking wordt gelaten een eind kunnen maken aan deze problematiek.<sup>370</sup>

Een ander nadelig effect van deze koppeling is dat de reikwijdte van de objectvrijstelling per verdrag kan verschillen. Bender<sup>371</sup> noemt daarbij als voorbeeld verdragen waarin voor de kwalificatie als fictieve vaste inrichting afgeweken wordt van de hoofdregel. Zodoende merkt Nederland werken waarvan de uitvoering langer dan twaalf maanden duurt in belastingverdragen doorgaans aan als vaste inrichting, maar bestaan er ook verdragen waarin de termijn is gesteld op zes maanden. In dat geval kan de behandeling van de winst uit een buitenlands bouwproject dat acht maanden duurt, in de relatie tot het ene land onder de objectvrijstelling vallen en in de relatie tot het andere land niet. Ik acht deze uitkomst bezwaarlijk.

#### *4.5.3 Corresponding adjustment*

De OESO beschouwd verschillende allocatiemethoden voor het eigen- en vreemd vermogen als AOA-conform. In dit kader wordt in het PE-report 2008 de zorg uitgesproken voor situaties waarin de bronstaat op grond van haar nationale belastingrecht een andere toegestane methode zou hanteren dan de woonstaat van het hoofdhuis. In het OESO-commentaar van 2008 wordt als 'praktische oplossing' voorgesteld dat de woonstaat van het hoofdhuis bij het verlenen van voorkoming van dubbele belasting de door de bronstaat toegepaste allocatiemethode volgt indien: (I) het verschil in toepassing van verschillende

---

<sup>368</sup> MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3, p. 93.

<sup>369</sup> Bij een daadwerkelijke objectieve vrijstelling blijft een winstbestanddeel bij de vaststelling van de heffingsgrondslag in zijn geheel buiten aanmerking.

<sup>370</sup> Onder een zuivere objectvrijstelling zou een dergelijke overdracht van een vermogensbestanddeel immers tot directe winstneming leiden in de vorm van een 'exit heffing'. Onder de ingevoerde objectvrijstelling wordt de behaalde ondernemingswinst voor de vaststelling van de heffingsgrondslag slechts tot het Nederlandse gedeelte gecorrigeerd. Er is derhalve geen sprake van een strikt territoriale objectvrijstelling in eigenlijke zin.

<sup>371</sup> Bender, T., zie noot 365.

allocatiemethode voortvloeit uit conflicterende keuzen;<sup>372</sup> en (II) in de bronstaat een AOA-conforme allocatiemethode is toegepast, waarbij een arm's-length resultaat is ontstaan.<sup>373</sup>

De wijzigingen in art. 7 OMV(oud) en de daarmee samenhangende stukken hebben in het algemeen ten doel om tot een eensluidende interpretatie van de winstallocatieregels bij vaste inrichting te komen (en daarmee ook de toerekening van eigen- en vreemd vermogen). Toch blijft de OESO op diverse punten de invulling van bepaalde winstallocatieregels overlaten aan de lidstaten, zodat het potentieel op dubbele belasting blijft bestaan. Met de invoering van art. 7 OMV(nieuw) heeft de OESO ervoor gekozen een specifieke paragraaf aan deze problematiek te wijden; art. 7, lid 3 OMV(nieuw). Art. 7, lid 3 OMV(nieuw) bevat een breder toepasbare *corresponding adjustment* bepaling ten opzichte van hetgeen is opgenomen in het OESO-commentaar van 2008.<sup>374</sup><sup>375</sup> Indien binnen de toegestane winstallocatieregels van art. 7, lid 2 OMV(nieuw) beide lidstaten een verschillende interpretatie hanteren, met als gevolg een situatie met dubbele belasting, geeft art. 7, lid 3 OMV(nieuw) een dwingende oplossing via de procedure van een *corresponding adjustment*. In het OESO-commentaar van 2010 worden daartoe drie situaties beschreven<sup>376</sup>: (I) ingeval de belastingplichtige de vaste-inrichtingswinst niet heeft berekend conform art. 7, lid 2 OMV; (II) ingeval een staat besluit de winst in overeenstemming met art. 7, lid 2 OMV aan te passen; en (III) ingeval beide staten een andere invulling geven aan de winstallocatieregels die voortvloeien uit art. 7, lid 2 OMV.

Hoewel de nieuwe *corresponding adjustment* bepaling een algemener karakter kent ten opzichte van de oude benadering dat is opgenomen in het OESO-commentaar van 2008, blijven de situaties waarin een beroep gedaan kan worden op deze paragraaf beperkt. Bovendien staat het lidstaten vrij, indien zij dat overeenkomen, af te wijken van de standaardtekst van art. 7, lid 3 OMV(nieuw) en in plaats daarvan een bepaling met betrekking tot onderlinge overlegprocedure (hierna: MAP) op te nemen.<sup>377</sup> Verder dient opgemerkt te worden dat er op basis van het huidige Nederlandse recht geen basis is gelegd voor een dergelijke corresponderende wijziging. Het is dan ook maar de vraag of de fiscus gevolg geeft aan een corresponderende wijziging dat leidt tot een verlaging van de winst van een Nederlandse vaste inrichting. Dergelijke problematiek doet zich met name voor bij het in aanmerking nemen van interne rente. Zodoende

---

<sup>372</sup> Deze kunnen bijvoorbeeld ontstaan naar aanleiding van nationale wetgeving van lidstaten.

<sup>373</sup> Deze toepassing zou bewerkstelligd kunnen worden hetzij via hun nationale wetgeving, via de interpretatie van art. 7 OMV(oud) en art. 23 OMV, dan wel via art. 25 OMV (Onderlinge overlegprocedure).

<sup>374</sup> De bepaling bevat overeenkomsten met art. 9, lid 2 OMV.

<sup>375</sup> Art. 7, lid 3 OMV(nieuw) ziet niet enkel op de verschillende toepassing van kapitaalallocatiemethoden, maar in feite geldt deze voor alle toepassings- en interpretatieverschillen.

<sup>376</sup> In het OESO-commentaar van 2010 bij art. 7, worden in par. 53 – 54.

<sup>377</sup> Deze alternatieve tekst beschrijft echter wel een MAP dat sterker is dan de MAP van art. 25 OMV, aangezien deze een 'resultaatverplichting' in plaats van een 'inspanningsverplichting' kent.

kan het voorkomen dat de woonstaat van een hoofdhuis interne rente in aanmerking neemt omdat uit de functionele- en feitelijke analyse voortvloeit dat haar Nederlandse vaste inrichting *treasury* activiteiten uitoefent, terwijl de staat van de vaste inrichting (in dit geval Nederland) bij de winstbepaling van de vaste inrichting geen rente in aanmerking neemt omdat Nederland dat enkel doet in de situatie van een intern leverancierskrediet of bij 'advances' tussen onderdelen van een financiële onderneming.<sup>378</sup> Tot slot is de woonstaat van het hoofdhuis ingevolge art. 7, lid 3 OMV(nieuw) niet langer gebonden aan de visie van de bronstaat, maar werkt deze twee kanten op. Hoewel de visie van de bronstaat niet altijd leidt tot het beste resultaat, brengt deze wijziging het nadelige resultaat met zich dat lidstaten (te) snel een beroep doen op art. 7, lid 3 OMV(nieuw). De winst moet immers aangepast worden conform het standpunt van het land dat zich als eerste op de correctie heeft beroepen. Ook dit is naar mijn mening een nadelig resultaat.

#### 4.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is besproken op welke wijze rekening wordt gehouden met interne transacties bij de winsttoerekening aan de vaste inrichting. Bij de vaststelling van de vaste-inrichtingswinst werd door de OESO op een aantal aspecten een inbreuk gemaakt op de zelfstandigheidsfictie. Dit betekent dat het met betrekking tot de winstbepaling van de vaste inrichting niet werd toegestaan om een zakelijke vergoeding in rekening te brengen wegens interne transacties. Het nieuwe art. 7 OMV en de daarbij gepaard gaande stukken hebben hier echter een fundamentele wijziging in gebracht, zodat met betrekking tot de winstbepaling van de vaste inrichting interne transacties in principe worden erkend en worden voorzien in zakelijke vergoedingen. Desalniettemin geldt dit uitgangspunt niet onverkort, zodat interne transacties niet in alle gevallen worden erkend. Daar komt nog bij dat het Nederlands standpunt met betrekking tot de behandeling van interne transacties kan afwijken van de OESO. Zodoende is in dit hoofdstuk onderzoek gedaan naar de volgende deelvraag:

*Op welke wijze beïnvloedt het verkeer tussen hoofdhuis en vaste inrichting de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming?*

De behandeling van interne transacties is opgeknipt in twee delen: (I) interne activa transacties; en (II) interne dienstverlening. Binnen de generale onderneming kan het voorkomen dat bepaalde bedrijfsmiddelen zijn aangekocht ten behoeve van een specifiek onderdeel en deze na verloop van tijd door een ander onderdeel worden gebruikt. Of dit daadwerkelijk leidt tot een overdracht wordt beoordeeld op basis van de *place of use* (zodat een koop- verkoop analogie wordt gevolgd), tenzij een 'bijzondere

---

<sup>378</sup> Ik acht het in ieder geval juist in deze situatie interne rente in aanmerking te nemen, met als gevolg een corresponderende aanpassing in de winst van de Nederlandse vaste inrichting te maken.

omstandigheid een andere benadering, de *SPF's* (zodat een huur-verhuur analogie wordt gevolgd), rechtvaardigt. In de Nederlandse jurisprudentie wordt dit onderscheid gevolgd.

Het kan ook voorkomen dat een bepaald onderdeel van de generale onderneming goederen produceert en deze vervolgens levert aan een ander onderdeel van de generale onderneming ter afwikkeling van de verkoop. In het verleden werd bij een dergelijke goederenleverantie geen winst in aanmerking genomen. In het OESO-commentaar van 2005 werd hier verandering in gebracht en werd het advies gegeven een splitsing te maken tussen winst behaald ten behoeve van de productie en winst behaald ten behoeve van de verkoop. In het OESO-commentaar van 2010 en het PE-report 2010 werd expliciet vastgesteld dat een dergelijke levering van goederen binnen de generale onderneming beschouwd moet worden als een interne transactie en behandeld dient te worden als een levering tussen onafhankelijke derden.

Met betrekking tot de beloning van interne diensten bestaat met name ten aanzien van de beruchte *three cases* sinds de OESO Draft Convention van 1963 veel discussie. Waar de in de OESO-commentaren van 1963 en 1977 bij de winstberekening van de vaste inrichting een ban op het in aanmerking nemen van interne rentekosten heerste, werd vanaf het OESO-commentaar van 2008 hier geleidelijk op teruggekomen. In het OESO-commentaar van 2010 is het verbod verlaten en wordt interne rente in aanmerking genomen indien een *treasury dealing* kan worden geconstateerd. In de Nederlandse jurisprudentie wordt interne rente slechts in aanmerking genomen indien er niet aan de zakelijkheid van de interne lening kan worden getwijfeld. Het hanteren van dit afwijkende criterium leidt naar mijn verwachting tot situaties waarin de OESO wel interne rente in aanmerking neemt, terwijl dit volgens de Nederlandse jurisprudentie niet is toegestaan (of vice versa). De behandeling van royalty's is volgens een vergelijkbaar stamien verlopen. Het in de OESO-commentaren van 1963 en 1977 geldende aftrekverbod is als gevolg van de steeds vergaande zelfstandigheidsfictie definitief verlaten in het OESO-commentaar van 2010. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over deze kwestie.

Binnen de generale onderneming verricht het hoofdhuis doorgaans ondersteunende diensten ten behoeve van alle onderdelen van de generale onderneming. Aanvankelijk werden de daarbij gepaard gaande kosten ingevolge art. 7, lid 3 OMV(oud) in aftrek toegelaten op de winst van de vaste inrichting, doch niet meer dan de winst behaald met deze ondersteunende diensten. Blijkens het OESO-commentaar van 2010 dient een arm's-length bedrag in aanmerking te worden genomen. Hiervan wordt afgeweken indien het hoofdhuis een vergelijkbare dienst verricht ten behoeve van de vaste inrichting, die een moedermaatschappij ook ten behoeve van haar andere concernonderdelen zou verrichten. Ook op dit punt is de Nederlandse jurisprudentie zeer beperkt en bovendien niet eenduidig.

Ten aanzien van de methoden ter voorkoming van dubbele belasting wordt in de Nederlandse belastingverdragen doorgaans de vrijstellingsmethode voor inkomsten uit actieve activiteiten en de verrekeningsmethode voor inkomsten uit passieve activiteiten gevolgd. Per 1 januari 2012 verleent Nederland voorkoming van dubbele belasting voor buitenlandse ondernemingswinsten door middel van een objectvrijstelling. Deze brengt enkel een wijziging in de methodiek van de voorkoming van dubbele belasting met zich, zodat de vaststelling van de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst gelijk blijft. Tot slot is in art. 7, lid 3 OMV(nieuw) een algemeen *corresponding adjustment* bepaling opgenomen. Deze bepaling beoogt situaties met dubbele belasting te voorkomen die het gevolg zijn van het op verschillende wijze interpreteren van de winstallocatieregels van art. 7, lid 2 OMV(nieuw).

## 5 CONCLUSIE

### 5.1 Inleiding

Buitenlandse winst kan worden behaald door middel van een dochtermaatschappij, dan wel met behulp van een vaste inrichting. In het eerste geval is er sprake van een volledig zelfstandig lichaam die een eigen winstbepaling kent die los staat van de winstbepaling van andere juridische lichamen. In het tweede geval is er geen sprake van een afzonderlijk juridische entiteit en is het resultaat van het filiaal in feite onderdeel van het resultaat van het lichaam, zodat de vaste inrichting ook wel gezien wordt als verlengstuk van het hoofdhuis. Zodoende voorziet art. 7 OMV in een bepaling ten aanzien van de verdeling van heffingsrechten tussen hoofdhuis en vaste inrichting. In samenhang met art. 23A en art. 23B OMV worden situaties met dubbele belasting voorkomen. Ingevolge art. 7 OMV(oud) werden aanvankelijk twee methoden voorgeschreven voor de winsttoerekening aan de vaste inrichting: de *relevant business activity approach* en de *functionally separate entity approach*. Hoewel het resultaat bij een zuivere toepassing van deze methoden gelijk dient te zijn, ontbrak een consistente en symmetrische werking inzake de winstallocatie tussen verschillende onderdelen van de generale onderneming in verschillende verdragslanden. Niet verassend kwam door de jaren heen de winstallocatieproblematiek met betrekking tot vaste inrichtingen steeds meer onder de aandacht bij de banken, de OESO, de onderscheiden lidstaten en in de literatuur. Dit leidde tot een aaneenschakeling van publicaties, besluiten en updates van het OESO-commentaar bij art. 7 OMV met als doel het bereiken van een grotere internationale consensus met betrekking tot de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting. Het resultaat was een expliciete keuze voor de *FSE approach* wat leidde tot een verandering in de positie van de vaste inrichting bij de winsttoerekening; namelijk van 'een verlengstuk van het hoofdhuis' naar een 'fictief zelfstandige entiteit'. Daarbij is het van belang dat de reikwijdte van de zelfstandigheidsfictie zich enkel uitstrekt tot de winstbepaling van de vaste inrichting. De meest fundamentele wijziging vormde de aanbevelingen uit het PE-report 2008, waarin de AOA werd geïntroduceerd die gebaseerd is op een vergaande zelfstandigheidsfictie, hetgeen uitmondde in een daadwerkelijke wijziging van het OESO-commentaar van 2008, art. 7 OMV(nieuw) met een aanhangend OESO-commentaar en het PE-report 2010.

In deze scriptie is onderzocht of deze nieuwe winsttoerekeningmethodiek, waarin de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting een primaire rol speelt, leidt tot een evenwichtiger resultaat ten opzichte van de oude winsttoerekeningmethodiek, waarin het resultaat van de vaste inrichting meer werd beschouwd als onderdeel van het resultaat van het lichaam. In deze scriptie staat de volgende probleemstelling centraal:



*‘Leidt de voorgeschreven systematiek in het 2008 en 2010 PE-report voor de behandeling van winsttoerekening over hoofdhuis en vaste inrichting tot een evenwichtiger resultaat dan de situatie voor de publicatie van het 2008 en 2010 PE-report?’*

De probleemstelling is onderzocht aan de hand van de volgende deelvragen die ieder een hoofdstuk representeren:

- *Op welke wijze geschiedt de toerekening van activa tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting?*
- *Op welke wijze geschiedt de toerekening van eigen- en vreemd vermogen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting?*
- *Op welke wijze beïnvloedt het verkeer tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming?*

Voorts is bij elke deelvraag de uitgangspunten van de OESO afgezet tegen de Nederlandse regelgeving en beleid.

## **5.2 Toerekening van vermogensbestanddelen**

De toerekening van bedrijfsmiddelen en risico's geschiedt normaliter volgens juridisch bindende contracten of soortgelijke juridische regelingen, die de economische werkelijkheid reflecteren. Doordat de vaste inrichting geen juridische werkelijkheid is, maar slechts integraal onderdeel is van de generale onderneming, is zowel in het OESO-commentaar als in de Nederlandse rechtspraak een alternatieve methode ontwikkeld voor de vermogensetikettering tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting.

Door het ontbreken van een civiele zelfstandigheid van de vaste inrichting poogt de OESO voor de etikettering van activa en passiva van het hoofdhuis en de vaste inrichting aan te sluiten bij de economische eigendom op basis van een functionele- en feitelijke analyse. De functionele- en feitelijke analyse is gericht op het identificeren en het vergelijken van economisch vergelijkbare significante activiteiten, opgenomen verantwoordelijkheden, gebruikte activa en genomen risico's door de partijen van een transactie. Zodoende vloeit de economische eigendom voort uit de functionele- en feitelijke analyse, dan wel meer specifiek 'de SPF's'. Deze kunnen worden gesplitst in SPF's met betrekking tot het economische eigendom van activa en de SPF's met betrekking tot het gelopen risico. Omdat deze analyse sterk afhankelijk is van het type vermogensbestanddeel en de specifieke industrie waarin de vaste inrichting, dan wel de generale onderneming in verkeert, heeft de OESO zich met ingang van 2008 expliciet uitgesproken voor de *place of use* ten aanzien van de toerekening van materiele vermogensbestanddelen. Zodoende wordt slechts in bijzondere omstandigheden een andere benadering (de SPF's) gerechtvaardigd.

Of de keuze om primair aan te sluiten bij de *place of use* een goede afweging is geweest, valt te betwisten. De functionele- en feitelijke analyse is immers van groot belang voor de toepassing van het arm's-length beginsel. Het is dan ook onmiskenbaar dat het uiteindelijke allocatiecriterium de *SPF's* blijft. Voorts dient aan de hand van de functionele- en feitelijke analyse, naast de allocatie van activa, ook risico's over hoofdhuis en vaste inrichting te worden gealloceerd. Dit blijkt een gecompliceerde aangelegenheid te zijn waarin ook de OESO niet slaagt lidstaten te voorzien in een duidelijke invulling van de richtlijnen.

Uit de Nederlandse jurisprudentie kan worden afgeleid dat vermogensbestanddelen worden opgenomen in het vermogen van de vaste inrichting indien deze *dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening* van de vaste inrichting. Of daarvan sprake is wordt aan de hand van een functioneel- economische analyse beoordeeld waarbij gekeken wordt naar de activiteiten van de werkzame natuurlijke personen ten behoeve van de vaste inrichting. Deze functioneel- economische analyse behelst een brede invulling. Zo wordt in de literatuur een link gelegd met een activiteiten- en vermogenstoets en wordt in de Nederlandse jurisprudentie een link gelegd met het werkelijk gebruik en de bedoeling van de onderneming zoals blijkt uit de boekhouding. Naar mijn mening vertoont deze benadering veel overeenkomsten met de door de OESO gehanteerde *SPF's*. Zodoende verwacht ik dat de door de Hoge Raad ontwikkelde 'dienstbaarheid criterium' en de door de OESO ontwikkelde *SPF's* leiden tot hetzelfde resultaat.

### 5.3 Kapitalisatie van de vaste inrichting

Nadat de allocatie van activa en risico's over hoofdhuis en vaste inrichting is vastgesteld, dient de juiste hoeveelheid kapitaal toegerekend te worden aan de vaste inrichting om de activa te ondersteunen en de gelopen risico's af te dekken. Toch werd in het verleden weinig aandacht besteed aan de kapitalisatie van de vaste inrichting, zodat met betrekking tot de allocatie van vreemd vermogen, een onbegrensde proportionele aftrek werd toegestaan. Pas in het OESO-commentaar van 1994 werd geopperd om een vermogensstructuur te benaderen die aansluit bij de vermogensstructuur van de generale onderneming en daarbij een link te leggen met de door de vaste inrichting uitgevoerde functies en de aan de toegerekende activa en risico's. Dit leidde in het OESO-commentaar van 2008 tot een toevoeging waarin expliciet wordt voorgeschreven dat eerst een *at arm's-length* hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend en daarna het vreemd vermogen als sluitpost. De OESO beschrijft daartoe twee AOA-conforme methoden waarlangs de kapitalisatie van de vaste inrichting dient plaats te vinden: de *capital allocation approach* en de *thin capitalisation approach*. De eerste methode rekent kapitaal toe aan de vaste inrichting naar rato van de aan de vaste inrichting toegerekende activa en risico's. De tweede methode rekent dezelfde hoeveelheid kapitaal toe aan de vaste inrichting, als een onafhankelijke onderneming met

dezelfde activiteiten zou beschikken. Gezien de koers van de OESO steeds meer naar een onbeperkte zelfstandigheidsfictie tendeert, acht ik de *thin capitalisation approach* het meest passend. Idealiter zou het daarbij zijn om de aan de vaste inrichting toegerekende eigen vermogen te maximeren tot het totale eigen vermogen van de generale onderneming. Geleidelijk ontstond ook meer beleid ten aanzien van de toerekening van vreemd vermogen; de sluitpost. Aanvankelijk stonden lidstaten vrij op eigen wijze vreemd vermogen toe te rekenen aan de vaste inrichting, mits dit er niet toe zou leiden dat er aan de vaste inrichting meer interestlasten werden toegerekend dan at arm's-length is toegestaan. In het OESO-commentaar van 1994 is vervolgens opgenomen dat enkel directe toerekening van schulden is toegestaan, al dan niet op een pro-rata basis. Dit laatste wordt in het huidige OESO-commentaar echter weer verworpen. Interne leningen werden in het verleden echter niet erkend. In het PE-report 2008 is hier gedeeltelijk op teruggekomen, zodat interne leningen (en daarmee ook interne rentekosten) worden erkend bij *treasury* activiteiten.

In de Nederlandse jurisprudentie wordt van oudsher uitgegaan van de omgekeerde volgorde, zodat eerst externe schulden worden toegerekend aan de vaste inrichting – voor zover deze een (historisch) causaal verband hebben met de activiteiten van de vaste inrichting – en daarna als sluitpost het eigen vermogen. Voor de toerekening van vreemd vermogen wordt wederom het dienstbaarheids criterium gehanteerd, zodat externe schulden enkel worden toegerekend aan de vaste inrichting indien deze jegens derden ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangegaan. Interne leningen worden door de Hoge Raad in principe niet geaccepteerd, maar werden in een vroeg stadium in uitzonderlijke gevallen toegestaan. Nadat de direct verbonden externe schuld aan de vaste inrichting is toegerekend, wordt de rest van de financieringsbehoefte aangevuld met eigen vermogen. Met inachtneming van de zelfstandigheidsfictie wordt aangenomen dat middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, die niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste schulden zijn aangegaan, in de regel als eigen vermogen worden beschouwd. Zodoende wordt in het algemeen aangenomen dat aan de vaste inrichting altijd een bepaalde hoeveelheid eigen vermogen wordt toegerekend. Op basis van BNB 2007/117 wordt deze algemene aanname in de literatuur, en door mijzelf, in twijfel getrokken.

Aangezien in het OESO-commentaar van 2008 het primaat voor kapitaal expliciet is vastgelegd heeft dit gevolgen voor het Nederlandse beleid. Met inachtneming van de dynamische interpretatiemethode acht ik, in tegenstelling tot de in de Nederlandse heersende literatuur geldende tweedeling van pre- en post-1994 verdragen, de wijziging in het OESO-commentaar van 2008 als een wezenlijke verandering ten opzichte van de OESO-commentaren van 1963, 1977 en 1994. Dit betekent dat het Nederlandse beleid overeind blijft in pré-2008 verdragen en dat het primaat voor het kapitaal gevolgd dient te worden in post- 2008.

## 5.4 Winsttoerekening

De uiteindelijke belastingdruk van de vaste inrichting wordt bepaald door een breed scala aan factoren. In het kader van de winstallocatie over hoofdhuis en vaste inrichting, heb ik mij echter beperkt tot het verkeer tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Uit vrees voor belastingontwijking was het OESO-uitgangspunt voor een lange periode dat arm's-length beloningen voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting slechts werden toegestaan indien de kans op belastingontwijking was uitgesloten. Zodoende werden met betrekking tot interne dienstverlening, interne interest op leningen, interne terbeschikkingstelling van materiele activa alsmede voor managementactiviteiten tot voor kort in principe alleen kosten doorberekend. Geleidelijk werden, in het kader van de *FSE approach*, interne transacties (*dealings*) en andere externe transacties met (niet)gelieerde partijen die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting voorzien in een arm's-length prijs volgens de regels uitgezet in de Guidelines. De tweede stap van de *FSE approach* impliceert dan ook kortgezegd *dealings* (die volgen uit de eerste stap) te voorzien in een arm's-length prijs. Daarbij betwijfel ik echter het uitgangspunt van de OESO om de regels uitgezet in de Guidelines naar analogie toe te passen op de prijsvaststelling van *dealings*.

Ten aanzien van het gebruik van een bedrijfsmiddel kan het voorkomen dat deze wordt aangekocht ten behoeve van een bepaald onderdeel van de generale onderneming en daarna door een ander onderdeel van de onderneming (tijdelijk) wordt gebruikt. Op basis van de *place of use* dient bij een dergelijk gebruik, naar koop- verkoopanalogie, door de 'verkopende partij' afgerekend te worden over de stille reserves van het bedrijfsmiddel en dient de 'kopende partij' deze vervolgens op te nemen op de balans tegen de werkelijke waarde. Om dit te voorkomen wordt in het PE-report 2006 voorgeschreven dat een dergelijke fiscale afrekening slechts wordt bewerkstelligd indien het hoofdkantoor het bedrijfsmiddel niet langer nodig heeft. Alsdan wordt op basis van de *SPF's* een zakelijke huursom in rekening gebracht. In de Nederlandse jurisprudentie wordt hierbij aangesloten door een onderscheid te maken tussen duurzame- en tijdelijke ter beschikking stelling van bedrijfsmiddelen. Hoewel in de literatuur in twijfel wordt getrokken of bij tijdelijke ter beschikking stelling van een bedrijfsmiddel sprake is van een 'bijzondere omstandigheid', acht ik deze invulling juist. Het zou namelijk ondoelmatig zijn elk gebruik, ongeacht de duur, aan te merken als een overdracht. Met betrekking tot interne goederentransacties werd in het OESO-commentaar van 2005 de generale winst gesplitst in de productie- en verkoopwinst. Een overbrenging van het vermogen van de vaste inrichting naar het vermogen van het hoofdhuis van een bepaald activum leidt in principe tot directe winstneming, aangezien het activum het vermogen van de in dat land gedreven onderneming verlaat. Voor het vestigingsland kan dit anders zijn. Deze gaat immers uit van de heffing naar de wereldwinst.

Inzake de beloning van interne diensten bestaat met name ten aanzien van de zogenoemde *three cases* veel discussie. In het OESO-commentaar van 1963 werd op deze punten om 'praktische redenen', zonder enige nadere specificatie, aftrekbaarheid van een arm's-length beloning uitgesloten. In alle drie de gevallen is hier naar aanleiding van het PE-report 2008 gedeeltelijk op teruggekomen en is het aftrekverbod met de komst van art. 7 OMV(nieuw), het OESO-commentaar van 2010 en het PE-report 2010 daadwerkelijk verlaten. Aangaande interne rentekosten wordt volgens het PE-report 2008 rekening gehouden met interne rentekosten indien er sprake is van een *treasury dealing*. Deze conclusie is overgenomen in het OESO-commentaar van 2010, zodat het verbod op de aftrek van interne rente is verlaten. In de Nederlandse jurisprudentie wordt interne rente slechts in aanmerking genomen indien er niet aan de zakelijkheid van de interne lening kan worden getwijfeld en bij 'advances' tussen onderdelen van een financiële onderneming. Naar mijn verwachting kunnen deze afwijkende maatstaven leiden tot het onwenselijke resultaat waarin de OESO wel uitgaat van een '*internal interest dealing*' terwijl op basis van de Nederlandse jurisprudentie geen rekening wordt gehouden met interne rentekosten (of vice versa). De toerekening van externe rentekosten dient volgens het PE-report 2008 plaats te vinden aan de vaste inrichting op basis van de *tracing approach*, de *fungibility approach* of een combinatie van beide methoden. Volgens de eerste methode worden rentekosten die gekoppeld zijn aan de schuld, die is aangegaan door het hoofdhuis ten behoeve van de vaste inrichting, doorberekend. Volgens de tweede methode wordt de totale rentelast van de generale onderneming naar rato toegerekend aan de vaste inrichting en wordt het historische verband volledig genegeerd. De Staatssecretaris heeft expliciet zijn voorkeur uitgesproken voor de *fungibility approach*. Mede omdat in de Nederlandse jurisprudentie uit wordt gegaan van een (historisch) causale toerekening van externe leningen, trek ik deze keuze in twijfel.

Royaltykosten werden onder de OESO-commentaren van 1963 en 1977 uitgesloten bij de winstbepaling van de vaste inrichting. In de OESO-commentaren van 1994 en 2008 is hier echter gedeeltelijk op teruggekomen en werd als hoofdregel uitgegaan van een doorberekening op basis van historische kostprijs. Toch werd in een aantal lidstaten de doorberekening op basis van een arm's-length toegestaan. Deze visie werd gevolgd, zodat deze kosten volgens het OESO-commentaar van 2010 doorberekend worden op basis van een arm's-length prijs. Zodoende worden interne royalty's onverkort erkend. De Nederlandse Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over deze kwestie. Het is mijn inziens dan ook correct dat de Staatssecretaris voor verdragen die gebaseerd zijn op art. 7 OMV(oud) beide methoden toestaat.

De beloning op ondersteunende diensten, zoals managementdiensten, werden aanvankelijk gesteld op de kostprijs. In het OESO-commentaar van 2008 wordt een tweetal situaties beschreven waarin het is

toegestaan een winstmarge in aanmerking te nemen. Blijkens het OESO-commentaar van 2010 en art. 7, lid 2 OMV(nieuw) wordt in principe een winstvergoeding in aanmerking genomen.

Naast interne transacties zijn zowel de methoden ter voorkoming van dubbele belasting van belang ter bepaling van de belastingdruk van de generale onderneming en de onderscheiden onderdelen van de generale onderneming. In de Nederlandse belastingverdragen wordt doorgaans de vrijstellingsmethode voor inkomsten uit actieve activiteiten en de verrekeningsmethode voor inkomsten uit passieve activiteiten gehanteerd. Per 1 januari 2012 verleent Nederland voorkoming van dubbele belasting voor buitenlandse ondernemingswinsten door middel van een objectvrijstelling. De objectvrijstelling brengt enkel een wijziging in de methodiek van de voorkoming van dubbele belasting. Dientengevolge blijft de vaststelling van de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst gelijk. Tot slot is in art. 7, lid 3 OMV(nieuw) een algemeen *corresponding adjustment* bepaling opgenomen. Deze bepaling beoogt situaties met dubbele belasting te voorkomen die het gevolg zijn van het op verschillende wijze interpreteren van de winstallocatieregels van art. 7, lid 2 OMV(nieuw).

## 5.5 Eindconclusie

Met het oog op de huidige wereldwijde economische- en politieke integratie, is het van belang dat onderscheiden nationale wet- en regelgeving op elkaar zijn afgestemd, zodat belemmeringen in de internationale handel worden weggenomen. Zodoende zijn bilaterale belastingverdragen (die gebaseerd zijn op het OMV), die situaties met dubbele belasting en non-taxation beogen te voorkomen, essentieel. Voor het internationaal handelsverkeer is het van belang dat deze verschillende belastingverdragen op een uniforme wijze worden uitgelegd en toegepast. Dit wordt bereikt door het op periodieke wijze herzien en aanpassen van het OESO- modelverdrag en commentaar, zodat recente ontwikkelingen kunnen worden geïncorporeerd. In dit kader is naar aanleiding van het PE-report 2008 – met als tussenstap de wijziging in het OESO-commentaar van 2008 bij art. 7 OMV – in juli 2010 een nieuw art. 7 OMV vastgesteld met een aanhangend commentaar en het PE-report 2010.

Allereest dient in het algemeen opgemerkt te worden dat de OESO met de publicatie van het PE-report 2008 en de daaruit voortvloeiende ontwikkelingen, keuzen maakt (of in ieder geval de keuze mogelijkheid beperkt) waar voorheen verschillende methoden werden toegestaan. Dit geldt met name voor de algemene winstallocatiemethodiek (de expliciete verwijzing naar de *FSE approach*), maar bijvoorbeeld ook voor het benoemen van de AOA-conforme methoden voor de toerekening van eigen- en vreemd vermogen. Hoewel dit de interpretatievrijheid van de onderscheiden lidstaten schaadt, ben ik van mening dat het inperken van de keuzemogelijkheden de rechtszekerheid van belastingplichtigen ten goede komt. Ook in het kader van

de toenemende internationale handelsverkeer zal dit, naar mijn verwachting, veel discussies voorkomen. In dit kader ben ik zelfs van mening dat ondanks de degelijke omschrijving inzake de winstallocatieregels over hoofdhuis en vaste inrichting (in het PE-report 2008 en 2010 en de OESO-commentaren van 2008 en 2010), het wenselijk is dat de OESO meer duidelijkheid verschaft met betrekking tot de functionele- en feitelijke analyse. Dit geldt met name ten aanzien van de waarderingmethodiek van bedrijfsmiddelen en de kwantificering van de risico's die het hoofdhuis, dan wel de vaste inrichting loopt.

De expliciete keuze voor de *FSE approach* maakt ook de positie van de vaste inrichting ten opzichte van het hoofdhuis inzichtelijker; bij de winstbepaling van de vaste inrichting dient deze immers als een zelfstandige en aparte juridische entiteit te worden behandeld. Dit brengt de belangrijkste afwijking tussen het oude en nieuwe art. 7 OMV met zich; de erkenning van interne transacties ofwel *dealings*. Onder het oude beleid stond de OESO arm's-length beloningen voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting uitsluitend toe indien de kans op belastingontwijking was uitgesloten. Vanuit het oogpunt van de eenvoud had dit beleid veel voordelen, met name vanuit controle- en administratief perspectief. Arm's-length vergoedingen werden immers enkel toegestaan indien deze controleerbaar waren en voor de overdracht van immateriële activa hoefde immers geen arm's-length prijs vastgesteld te worden. Dit beleid leidde echter niet tot een rechtvaardige verdeling van heffingsrechten. Een controleerbaar deel van de verrichte functies werd immers beloond, een ander niet-controleerbaar niet. Omdat in de huidige tijdsspan economische activiteiten door globalisering overheerst worden door multinationale ondernemingen, waarvan de ondernemingsactiviteiten gefragmenteerd zijn over talloze (lid)staten, is een dergelijk beleid niet meer passend. Zodoende ben ik van mening dat het in aanmerking nemen van interne transacties leidt tot een rechtvaardiger verdeling van heffingsrechten. Interne transacties worden onder het nieuwe beleid echter niet zondermeer toegelaten, maar worden slechts in aanmerking genomen indien wordt voldaan aan de in het OESO-commentaar van 2010 vastgestelde documentatieverplichting. Desalniettemin fungeert de administratie slechts als indicatie en vormt de economische werkelijkheid de doorslaggevende factor. Hoewel de nieuwe documentatieverplichting in de huidige tijdsgeest lastig uitvoerbaar kan zijn, acht ik het wel passend in het kader van de zelfstandigheidsfictie. Bovendien blijft de economische werkelijkheid doorslaggevend.

Toch wordt deze zelfstandigheidsfictie, uit vrees voor belastingontwijking, op een aantal punten niet consistent doorgevoerd. Met name bij de behandeling van interne rente is het onduidelijk op welke wijze de vaste inrichting behandeld dient te worden. Bij *treasury dealings* dient deze wel zelfstandig te worden gezien, maar in andere gevallen 'toch' maar niet. Het is dan ook niet verassend dat Nederland afwijkt van dit inconsistente criterium en de 'zakelijkheid' als uitgangspunt neemt. Hoewel dit afwijkende criterium een

uniforme toepassing van de winstallocatieregels in de weg staat, acht ik de 'zakelijkheid' een beter onderscheidend criterium om belastingontwijking (in de vorm van de erkenning van interne rente) tegen te gaan. Zodoende laat de OESO op dit punt, naar mijn mening, een steekje vallen. Vooralsnog acht ik het mogelijk dat belastingplichtigen op basis van beide methoden interne rente in aanmerking kunnen nemen.

Een andere belangrijke wijziging is de opgenomen *corresponding adjustment* bepaling in art. 7, lid 3 OMV(nieuw). In tegenstelling tot de oude *corresponding adjustment* bepaling, is de nieuwe bepaling van toepassing op zowel het hoofdhuis als de vaste inrichting. Daarbij geldt dat de winst wordt aangepast conform het standpunt van het land dat zich als eerste op de correctie heeft beroepen. Hoewel lidstaten gebonden zijn aan een resultaatverplichting, acht ik deze bepaling niet doelmatig. Het beoogde doel is immers volgens een juiste interpretatie van de winstallocatieregels te komen tot een uniforme verdeling van de heffingsbevoegdheid. Dit is niet afhankelijk van het land dat zich al eerst meldt.

Concluderend kan in het algemeen worden gesteld dat de voorgeschreven systematiek in het PE-report 2008 en 2010 voor de behandeling van de winsttoerekening over hoofdhuis en vaste inrichting tot een evenwichtiger resultaat leidt dan de situatie voor de publicatie van het PE-report 2008 en 2010. Ook met betrekking tot de Nederlandse jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat deze in het algemeen verenigbaar is met de conclusies in het PE-report 2008 en de daaruit voortvloeiende stukken. Het is echter onoverkomelijk dat op een aantal punten nationale bepalingen niet aansluiten of de voorschriften van de OESO; de OESO kan immers niet met alle nationale wetgevingen rekening houden.



## LITERATUURLIJST

### ARTIKELEN

Bakker, A.J. en Hoey Smith, A. van., 'Ontwikkelingen inzake renteaftrek op een lening tussen een onderneming en haar vaste inrichting', *WFR* 2003/1360.

Bender, T. 'Objectvrijstelling voor buitenlandse winst – waarom eigenlijk?', *NTFR* 2011/2482.

Bruggen, E., van, der, 'About the deductibility of head office expenses: a commentary on art. 7(3) of the OECD Model and Alternative Provisions Adopted in Tax Treaty Practice', *Intertax* 2002/8/9.

Burgers, I.J.J., 'Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming', *MBB* 2011/04.

Burgers, I.J.J., 'Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen', *NTFR* 2004/908.

Engelen, F., 'Interpretation of Tax Treaties under International Law', *IBFD*, 2004 p. 463-469.

Feskens, Th., 'Het Baggerarrest is boven water', *WFR* 1986/203; HR 19 juni 1985, BNB 1985/274 en HR 8 november 1989, BNB 1990/36.

Hoogterp, P., 'Interestlasten vaste inrichtingen', *WFR* 2008/1085.

Kavelaars, P. en van den Kommeren, L.P., 'Thincapregeling en vaste inrichting matchen niet altijd', *WFR* 2006/67.

Kemmeren, E.C.C.M., 'Kapitaalallocatie aan de vaste inrichting', *TFO* 2011/108.

Kemmeren, E.C.C.M., 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', *TFO* 2011/108.

Kemmeren, E.C.C.M., 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)', *WFR* 2003/2005.

Leijenhorst, G.J., van, 'Fiscale Winstsplitsing (vervolg)', *Weekblad* 1978/5382, p 1156-1157.

Michielse, G.M.M., 'De vaste inrichting', *NTFRB* 2007/35.

Mooij, H., 'Zelfstandigheidsfictie, vermogensallocatie en interestvergoedingen', *Internationaal Belasting Bulletin* 1997, nr. 4.

Peeters, P.J.J.M., 'Winsttoerekening aan de vaste inrichting', *TFO* 2011/122.

Pijl, H., 'Het besluit winsttoerekening 2011: Kritiek', *NTFR* 2011/440.

Pijl, H., 'Kapitaalallocatie aan de vaste inrichting', *WFR* 2010/1445.

Pijl, H., 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen', *WFR* 2011/201.

Smit, R.C., 'Wijzigingen in vennootschapsbelasting', *MBB* 2012/01.

Soeten, G.H., 'De zelfstandigheid van de vaste inrichting is een fictie', *WFR* 1997/6257.

Sturm, M.C., 'Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiele vaste activa', *MBB* 2011/05.

Tieskens, R.W., 'De betekenis van het OESO-modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen', *WFR* 1999/6368.

Ward, 'Is there an obligation in international law of OECD Member countries to follow the Commentaries on the Model, in the Legal Status of the OECD Commentaries, *IBFD*, 2008, p. 86-87.

Wattel en Marres, 'The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretations of Tax Treaties', *European Taxation* 2003, nr. 7/8.

Weeghel, S. Van., 'Enkele internationale aspecten van de onderkapitalisatieregeling', *TFO* 2004/73.

## **BOEKEN**

Bender, T., 'De vrijstellingsmethode ter voorkoming van internationale dubbele belasting', Fiscale Monografieën nummer 92, Kluwer, Deventer, 2000.

Brandsma, R.P.C.W.M., 'Fiscale Onderkapitalisatie van vennootschappen', Fiscale Monografieën nr. 111, Kluwer, Deventer, 2004.

Brood, E.A. en Krebbers, J. Th., 'Compendium van het Nederlands internationaal belastingrecht', Kluwer, Deventer, 1992.

Dool, R.P., 'Compendium van de vennootschapsbelasting', Kluwer, Deventer, 2010.

Graaf, A.C.G.A.C., de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., *Internationaal belastingrecht*, FED fiscale studiereserie, Kluwer, Deventer, 2009.

Kobetsky, M., 'International Taxation of Permanent Establishments: Principles and Policy', eerste druk, Cambridge University Press, New York, 2011.

Marres, O.C.R., 'Winstdrainage door renteaftrek', Fiscale Monografieën nr. 113, Kluwer, Deventer, 2008.

Nobel, N., *Belastingheffing van ondernemingen met vaste inrichtingen*, FED Fiscale Brochures, Kluwer, Deventer, 1973.

Potgens, F.P.G., Raad C, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer.

Romyn, M., *Internationaal belastingrecht*, Kluwer, Deventer, 1999.

Skaar en Sasseville, *Cahier de droite fiscal international*, International Fiscal Association, Vancouver Congress, SDU, Den Haag, 2009.

Strien, J. van, *Renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting*, Kluwer, Deventer, 2007.

Tol, M.C. en Wolf, M., van der, Fiscale problematiek ronde de buitenlandse vaste inrichting of dochter, Den Haag: DELWEL, 1993, p. 29.

Vleggeert, J. *'Aftrekbependingen van de rente in het internationale belastingrecht'*, Fiscale Monografieën nr. 132, Kluwer, Deventer, 2009.

Vogel, K., *'Double Taxation Conventions'*, Kluwer, Londen, 1996.

Ward et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IFA/Canadian Branch en IBFD, Ontario/Amsterdam 2005.

## **RAPPORTEN**

Basel Committee on Banking Supervision, 'Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems', 2010 (rev. June 2011)

Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OESO, Parijs, 2006.

Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OESO, Parijs, 2008.

Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, OESO, Parijs, 2010.

Thin Capitalisation Report, OESO, Parijs, April 2000 (adopted by the OECD council on 26 November 1986).

Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OESO, Parijs, 2010.

## **KAMERSTUKKEN**

Kamerstukken I, 2003-2004, 29 210, C

Kamerstukken II 1987/88, 20 365, nr. 1-2

Kamerstukken II 1988-89, 20 365, nr. 8

Kamerstukken II 1995-96, 24 696, nr. 6

Kamerstukken II 1996/97, 25 087, nr. 1

Kamerstukken II, 1997-98, 24 696, nr. 8

Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4

Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 8

Kamerstukken II 2003/04, 29 210, nr. 25

Kamerstukken II 2010/11, 25 087, nr. 7.

Kamerstukken II 2011/12, 33 003, nr. 3

Kamerstukken II, 2011/12, 33 003, nr. 10

Besluit van de Staatssecretaris van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M, BNB 2001/286

Besluit van de Staatssecretaris van 15 januari 2011, nr. IFZ201/457M, BNB 2011/91

Besluit van de Staatssecretaris van 13 juni 2001, nr. CPP 2001/1045M, BNB 2001/390

Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001

## **JURISPRUDENTIE**

<b>Instantie</b>	<b>Datum</b>	<b>Vindplaats</b>
Hof van Justitie EG	28 januari 1986	C-270/83
Hof van Justitie EG	21 september 1999	C 307/97
Hoge Raad	5 november 1930	B 4841
Hoge Raad	18 november 1931	B. 5058
Hoge Raad	HR 23 januari 1935	B. 5790
Hoge Raad	31 maart 1952	BNB 1954/180
Hoge Raad	3 januari 1954	BNB 1954/115
Hoge Raad	31 maart 1954	BNB 1954/180
Hoge Raad	28 april 1954	BNB 1954/186
Hoge Raad	13 april 1955	BNB 1955/190
Hoge Raad	16 november 1956	BNB 1956/10
Hoge Raad	31 oktober 1956	BNB 1956/336
Hoge Raad	4 december 1957	BNB 1958/11
Hoge Raad	27 april 1960	BNB 1960/167
Hoge Raad	12 februari 1964	BNB 1964/95
Hoge Raad	19 juni 1985	BNB 1985/274
Hoge Raad	23 januari 1974	BNB 1986/100
Hoge Raad	27 januari 1988	BNB 1988/217
Hoge Raad	8 november 1989	BNB 1990/36
Hoge Raad	30 maart 1983	BNB 1992/160
Hoge Raad	2 maart 1994	BNB 1994/190

Hoge Raad	7 mei 1993	BNB 1997/263
Hoge Raad	7 mei 1995	BNB 1997/263
Hoge Raad	7 mei 1997	BNB 1997/264
Hoge Raad	11 maart 1998	BNB 1998/208
Hoge Raad	9 december 1998	BNB 1999/267c
Hoge Raad	14 juni 2000	BNB 2000/269
Hoge Raad	13 juni 2001	BNB 2001/390
Hoge Raad	24 mei 2002	BNB 2002/320
Hoge Raad	20 december 2002	BNB 2003/246
Hoge Raad	21 februari 2003	BNB 2003/178
Hoge Raad	5 september 2003	BNB 2003/379
Hoge Raad	5 september 2003	BNB 2003/381
Hoge Raad	23 januari 2004	BNB 2004/214
Hoge Raad	9 april 2004	BNB 2004/214
Hoge Raad	25 november 2005	BNB 2007/117
Hoge Raad	23 april 2007	BNB 2007/117