

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

## Winsttoerekening aan de vaste inrichting

Naam student : Mohammed Azouagh

Studentnr. : 307079

Begeleider : Prof. dr. P. Kavelaars

Studiejaar : 2012/2013



## INHOUDSOPGAVE

	Lijst van gebruikte afkortingen	4
<b>HOOFDSTUK 1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>5</b>
1.1	Algemeen	5
1.2	Onderzoeksvraag en structuur	6
1.3	Toetsingskader	7
1.4	Afbakening	8
<b>HOOFDSTUK 2</b>	<b>Aanloop naar het huidige art. 7 OESO</b>	<b>9</b>
2.1	Inleiding	9
2.2	Volkenbond	9
2.3	Artikel 7 OESO 1963	11
2.3.1	Algemeen	11
2.3.2	Verdeling van de heffingsbevoegdheid	11
2.3.3	Ondernemingsplitsingsmethode	12
2.3.4	Winstplitsingsmethode	14
2.4	Artikel 7 OESO 1992	16
2.4.1	Algemeen	16
2.4.2	Commentaar 1994	16
2.5	AOA	17
2.5.1	Algemeen	17
2.5.2	Het discussierapport	17
2.5.3	Keuze voor een onbeperkte zelfstandigheidsfictie als de AOA	18
2.6	Het gewijzigde Commentaar	19
2.6.1	Algemeen	19
2.6.2	Status van het Commentaar	19
2.6.3	Gewijzigd Commentaar	21
2.6.4	Standpunt van de Staatssecretaris	22
2.7	Deelconclusie	23
<b>HOOFDSTUK 3</b>	<b>Authorised OECD Approach</b>	<b>25</b>
3.1	Inleiding	25
3.2	AOA	25
3.2.1	Algemeen	25
3.2.2	Tweestappenbenadering	26
3.2.3	Frictie tussen de economische en juridische realiteit	28
3.3	Risico's	30
3.3.1	Algemeen	30
3.3.2	Toerekenen van risico's	31
3.3.3	Waarderen van de risico's	32
3.4	Activa	33
3.4.1	Algemeen	33

3.4.2	Materiële activa	33
3.4.3	Immateriële activa	36
3.4.4	Financiële activa	38
3.4.5	Waarderen van activa	38
3.5	Vermogen	40
3.5.1	Algemeen	40
3.5.2	Toerekenen van eigen vermogen	40
3.5.3	Toerekenen van vreemd vermogen [externe leningen]	46
3.5.4	Toerekenen van vreemd vermogen [interne leningen]	48
3.6	Dealings en transacties	51
3.7	Deelconclusie	52
<b>HOOFDSTUK 4</b>	<b>Verenigbaarheid Nederlandse benadering met de AOA</b>	<b>55</b>
4.1	Inleiding	55
4.2	Nationale benadering	55
4.2.1	Algemeen	55
4.2.2	Nationale belastingwetten	55
4.2.3	Zelfstandigheidsfictie – Jurisprudentie	57
4.2.4	Het Besluit ‘Winstallocatie’	58
4.3	Algemene maatstaf toerekenen vermogensbestanddelen	58
4.3.1	Algemeen	58
4.3.2	Dienstbaarheids criterium	58
4.3.3	Keuzevermogen	61
4.4	Activa	63
4.4.1	Algemeen	63
4.4.2	Deelnemingen	63
4.4.3	Beleggingen	65
4.4.4	Terbeschikkingstelling van activa	65
4.5	Passiva	71
4.5.1	Algemeen	71
4.5.2	Eigen vermogen	71
4.5.3	Vreemd vermogen	74
4.5.4	Voorzieningen	80
4.6	Erkenning van interne transacties	80
4.7	Deelconclusie	81
<b>HOOFDSTUK 5</b>	<b>Samenvatting en conclusie</b>	<b>83</b>
5.1	Inleiding	83
5.2	Beantwoording onderzoeksvraag	83
5.3	Afsluiting	87
<b>OVERIG</b>	<b>Bronnenlijst</b>	<b>89</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
AOA	Authorised OECD Approach
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
Bvdb 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BW	Burgerlijk Wetboek
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
LB	Loonbelasting
KERT-functions	Key Entrepreneurial Risk-Taking functions
NTR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OECD	Organisation for economic co-operation and Development
OESO	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
PE-rapport	Report on the attribution of profits to permanent establishments
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
V-N	Vakstudie Nieuws
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VpB 1964	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

# 1 Inleiding

## 1.1 Algemeen

Als gevolg van de globalisering van de wereldeconomie is het niet vreemd dat ondernemingen steeds vaker buiten de landsgrenzen economische activiteiten ontplooiën. Hierbij dient zich veelal een wirwar aan fiscale regels aan van nationaal en internationaal belastingrecht. Eén van de eerste keuzes die gemaakt moet worden is: hoe deze economische activiteiten in het buitenland moeten worden ontplooid. Dit kan door middel van een vaste inrichting of een dochtervennootschap. Bij een dochtervennootschap is er sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die in het land van vestiging zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken. De vaste inrichting daarentegen vormt een integraal en onzelfstandig onderdeel van de generale onderneming die in het andere land is gevestigd, het vestigingsland.<sup>1</sup> De ondernemingswinsten van de vaste inrichting worden als onderdeel van de wereldwinst betrokken in de belastingheffing van het vestigingsland. Daarnaast worden de ondernemingswinsten van de vaste inrichting tevens betrokken in de belastingheffing van het land waarin deze opkomen, het bronland. Doordat zowel het vestigingsland als het bronland de ondernemingswinsten van de vaste inrichting betrekken in hun nationale belastingwet ontstaat dubbele belastingheffing.

Op basis van de verdragen ter voorkoming van dubbele belastingheffing wordt de heffingsbevoegdheid toegewezen aan het bronland.<sup>2</sup> Het vestigingsland zal moeten terugtreden in haar heffingsbevoegdheid voor dat deel van de wereldwinst. Voor de toewijzing van de heffingsbevoegdheid dient wel een voldoende economische band te bestaan met het land waarin de ondernemingswinsten opkomen. Het vaste-inrichtingsbegrip biedt hierbij uitkomst, doordat pas sprake is van een dergelijke economische band als de aanwezigheid van een vaste inrichting wordt geconstateerd. Uit art. 5, lid 1, OESO volgt dat onder een vaste inrichting moet worden verstaan een duurzame constructie van waaruit de buitenlandse bedrijfsactiviteiten worden ontplooid, zoals een fabriek, kantoor of winkel. Vervolgens dient de winst te worden vastgesteld die toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Voor het vaststellen van de toerekenbare winst zijn historisch twee methoden te onderscheiden, te weten: de winstsplitsingsmethode en de ondernemingsplitsingsmethode. Het onderscheid tussen de methoden is dat bij de ondernemingsplitsingsmethode voor de winsttoerekening de vaste inrichting wordt beschouwd als onafhankelijke en zelfstandige onderneming<sup>3</sup>. Bij de winstsplitsingsmethode wordt de vaste inrichting beschouwd als een afhankelijk en niet-zelfstandig onderdeel van het hoofdhuis. Door het ontbreken van een praktische invulling van deze methoden bestond lange tijd geen consensus tussen de OESO-lidstaten over de toepassing. Het bestaan van deze verschillen in toepassing had als gevolg dat – ondanks de aanwezigheid van een belastingverdrag – het risico op dubbele dan wel geen belastingheffing niet werd weggenomen.

---

<sup>1</sup> Bij natuurlijke personen spreken we van woonland. Als in het vervolg de term ‘woonland’ wordt gebruikt dient hier eveneens vestigingsland onder te worden verstaan. Zie: H. Lohuis, *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138, onderdeel 2.1.

<sup>2</sup> Dit volgt uit art. 7, lid 1, van het OESO-modelverdrag [hierna: ‘OESO’]. Op grond van art. 14 OESO [oud] kan ook toewijzing plaatsvinden aan het bronland ten aanzien van voordelen die zijn behaald uit zelfstandige arbeid of uit een vrij beroep. Van belang is wel dat er sprake moet zijn van een vast middelpunt én de voordelen moeten toerekenbaar zijn aan dit middelpunt.

<sup>3</sup> Van een volledige zelfstandigheidsfictie was geen sprake, doordat bepaalde transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting niet werden erkend.

Om een betere en breder gedragen overeenstemming te bereiken tussen de OESO-lidstaten over de toerekening van winst aan de vaste inrichting was de OESO een omvangrijk onderzoek gestart.<sup>4</sup> Dit heeft geresulteerd tot één algemene benadering die is gekwalificeerd als de ‘Authorised OECD Approach’ [hierna: ‘AOA’]. Op basis van de AOA wordt de vaste inrichting voor de winsttoerekening verondersteld een onafhankelijke en zelfstandige onderneming te zijn, die transacties kan aangaan met [andere onderdelen van] de generale onderneming en andere vennootschappen.<sup>5</sup> Bij het ontwikkelen van dit uitgangspunt is nauwe aansluiting gezocht met art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn. In de Verrekenprijsrichtlijn zijn methoden beschreven voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding voor transacties tussen gelieerde ondernemingen

In juli 2008 publiceerde de OESO de uitkomsten van het onderzoek in een definitief rapport getiteld ‘Report on the attribution of Profits to a Permanent Establishments’ [hierna: ‘PE-rapport’].<sup>6</sup> In het kader van een brede implementatie van de in dat rapport opgenomen voorstellen is gekozen voor een tweestappenplan waarbij de eerste stap [2008] was het aanpassen van het bestaande Commentaar en de tweede stap [2010] was het aanpassen van art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar.

Als reactie op het PE-rapport is op 27 januari 2011 door de Staatssecretaris van Financiën [hierna: ‘de Staatssecretaris’] het Besluit ‘Winstallocatie Vaste Inrichting’ gepubliceerd, waarin het standpunt van Nederland is beschreven.<sup>7</sup> In het Besluit onderschrijft de Staatssecretaris de conclusies van het PE-rapport en geeft te kennen dat bij verdragsonderhandelingen art. 7 OESO [2010] en het daarbij behorende Commentaar zal worden ingezet bij de besprekingen over nieuwe verdragen. Voor wat betreft de aanpassing van het Commentaar in 2008 geeft de Staatssecretaris aan dat deze dynamisch dient te worden geïnterpreteerd.<sup>8</sup> Dit heeft tot gevolg dat veel van de verdragen die door Nederland reeds zijn gesloten deels moeten worden uitgelegd in de geest van de AOA.

## 1.2 Onderzoeksvraag en structuur

Voor het identificeren van transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting wordt de vaste inrichting verondersteld een onafhankelijke en zelfstandige onderneming te zijn. Met dit uitgangspunt – waarbij aansluiting is gezocht met art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn – is beoogd de winstvaststelling van de vaste inrichting op dezelfde wijze te laten plaatsvinden als tussen daadwerkelijk zelfstandige ondernemingen. De stelling is dat dit tot een eenvoudige en meer consistente winsttoerekening leidt dan voorheen het geval was.<sup>9</sup> Om de nieuw verworven inzichten van toepassing te verklaren op bestaande belastingverdragen is ervoor gekozen het Commentaar op art. 7 OESO [oud] gedeeltelijk aan te passen in de geest van de AOA. De stelling is

---

<sup>4</sup> In navolging op een eerder onderzoek uit 1994 betreffende de toerekening van vermogen aan een vaste inrichting heeft de OESO in 2001 het discussierapport ‘Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments’ gepubliceerd. In juli 2008 heeft het discussierapport geresulteerd in het definitieve PE-rapport 2008.

<sup>5</sup> Onder de oude benadering was ook sprake van een dergelijk uitgangspunt. Alleen werd de zelfstandigheidsfictie niet volledig toegepast.

<sup>6</sup> Het PE-rapport is op 22 juli 2010 geactualiseerd. Niettemin is het geenszins de bedoeling geweest om de conclusies van het PE-rapport 2008 te herformuleren.

<sup>7</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375.

<sup>8</sup> Uit de jurisprudentie komt naar voren dat een aanpassing van het Commentaar dynamisch kan worden geïnterpreteerd [=doorwerking naar een reeds bestaand verdrag] voor zover de aanpassing slechts een verduidelijking betreft en geen inhoudelijke wijzigingen met zich brengt. Zie: paragraaf 2.6.

<sup>9</sup> OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2004], par. 24 t/m 27.

dat de aanpassing van het Commentaar 2008 beschouwd kan worden als een verduidelijking van het pre-2008 Commentaar. Beide stellingen brengen mij tot de volgende **onderzoeksvraag**:

*“In hoeverre vindt, met de implementatie van de AOA in art. 7 OESO, waarbij aansluiting is gezocht met art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn, de winsttoerekening aan de vaste inrichting op een eenduidige wijze plaats?”*

Om tot een antwoord te komen op de onderzoeksvraag is de beantwoording ervan verdeeld in de volgende deelvragen:

1. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van art. 7 OESO [oud] en het daarbij behorende Commentaar?*
2. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van de AOA-benadering en hoe verhoudt deze zich tot de voorheen geldende benadering van de OESO?*
3. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de van hand van de Nederlandse benadering en hoe verhoudt deze zich tot de AOA-benadering?*

In hoofdstuk 2 wordt de eerste deelvraag beantwoord waarbij wordt ingegaan op de achtergrond en de wijze waarop de winsttoerekening plaats dient te vinden op grond van art. 7 OESO [oud] en het daarbij behorende Commentaar. In hoofdstuk 3 wordt de tweede deelvraag behandeld waarbij de toerekening van winst aan de vaste inrichting wordt beschreven op basis van de huidige benadering. In hoofdstuk 4 wordt de derde deelvraag behandeld waarbij de AOA-benadering wordt afgezet tegen de Nederlandse benadering. Deze scriptie wordt in hoofdstuk 5 afgesloten met een conclusie waar gekomen wordt tot een algehele beantwoording van de onderzoeksvraag.

### **1.3 Toetsingskader**

Landen baseren hun heffingsbevoegdheid doorgaans op ten minste één van de volgende heffingsbeginselen: bronland-, woonland- of nationaliteitsbeginsel. De twee belangrijkste heffingsbeginselen zijn het bronlandbeginsel en het woonlandbeginsel. Het bronlandbeginsel wijst de heffingsbevoegdheid ten aanzien van een inkomens- of vermogensbestanddeel toe aan het land waar het desbetreffende bestanddeel is ontstaan. Het woonlandbeginsel wijst de heffingsbevoegdheid toe aan het land waar de feitelijke leiding van een onderneming wordt uitgeoefend.<sup>10</sup> Bij een samenloop van de heffingsbeginselen doet zich het risico van dubbele belastingheffing voor. Er zijn twee vormen van dubbele belastingheffing te onderscheiden, te weten: economische dubbele belastingheffing en juridische dubbele belastingheffing. Onder economische dubbele belastingheffing wordt verstaan de situatie waarbij twee belastingplichtigen ten aanzien van een bepaald inkomens- of vermogensbestanddeel door twee of meer staten in de heffing worden betrokken. Van juridische dubbele belastingheffing is sprake wanneer één belastingplichtige ten aanzien van een bepaald inkomens- of vermogensbestanddeel door twee of meer staten in de heffing wordt betrokken. Het OESO-modelverdrag voorziet in de situatie van juridische dubbele belastingheffing, waarbij de heffingsbevoegd over de inkomens- of

---

<sup>10</sup> W.P.J. Schramade en P.A.M. Pijnenburg, *Vakstudie 05 – Vennootschapsbelasting*, Kluwer Online Portal: Deventer [2012], art. 8b Wet Vpb 1969, onderdeel 5.11.



vermogensbestanddelen wordt verdeeld tussen de OESO-lidstaten. Doet een situatie van economische dubbele belastingheffing zich voor, dan voorziet het OESO-modelverdrag niet in de voorkoming daarvan.<sup>11</sup>

Voor de beoordeling van de huidige benadering maak ik gebruik van de toetsingscriteria ‘effectiviteit’, ‘efficiëntie’ en ‘rechtszekerheid’.<sup>12</sup> Het eerste criterium dient te beoordelen in hoeverre de doelstelling van ‘het voorkomen van dubbele dan wel geen belastingheffing’ wordt bereikt met de huidige benadering. Het is hierbij van belang dat de winsttoerekening aan de vaste inrichting op een uniforme wijze plaatsvindt, waarbij verschillende interpretatiemogelijkheden van methoden tussen de lidstaten onderling niet gewenst zijn. Omdat al veel ervaring is opgedaan in de Verrekenrichtlijnen met de methoden is het voor de beoordeling van dit criterium van belang in hoeverre het arm’s-lengthbeginsel kan worden toegepast in de relatie tussen de vaste inrichting en [andere onderdelen van] de generale onderneming. Het tweede criterium dient te beoordelen of de gestelde doelstellingen met zo weinig mogelijk uitvoeringskosten worden bereikt. Aangezien mij de cijfers ontbreken voor het doen van een kosten- en batenanalyse, wordt invulling gegeven aan dit criterium door te onderzoeken of de huidige benadering geen zware administratieve lasten met zich brengt voor zowel de belastingplichtigen als de belastingautoriteiten. Het derde criterium dient te beoordelen in hoeverre de aanpassing van het Commentaar in 2008 dynamisch kan worden geïnterpreteerd. Daarnaast wordt onderzocht in hoeverre de huidige benadering van de OESO zich verhoudt tot de Nederlandse wetgeving, jurisprudentie en beleid.

#### **1.4 Afbakening**

In deze scriptie wordt uitgegaan van een situatie waarbij sprake is van een hoofdhuis en een vaste inrichting die beide zijn gevestigd in landen die een verdrag ter voorkoming van dubbele belastingheffing hebben gesloten. De aanwezigheid van een vaste inrichting als bedoeld in art. 5, lid 1, OESO wordt verondersteld. Bij de bespreking van de winsttoerekening aan de vaste inrichting dienen voor de beschrijving van het OESO-perspectief het Commentaar, het PE-rapport en de Verrekenprijsrichtlijn als leidraad. Voor het beschrijven van de Nederlandse benadering dienen als bronnen de belastingwet, jurisprudentie, Besluit ‘Winstallocatie Vaste Inrichting’ en het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001[hierna: ‘Bvdb 2001’]<sup>13</sup>. De nadruk in deze scriptie ligt vooral op toerekening van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting en de identificering van interne transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Voor het vaststellen van een vergoeding op transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting dienen de verrekenprijsmethoden. De behandeling van deze methoden vindt slechts op hoofdlijnen plaats. Interne transacties kunnen zich voordoen van hoofdhuis naar vaste inrichting en van vaste inrichting naar hoofdhuis. Als wordt ingegaan op de situatie waarbij een interne transactie van het hoofdhuis naar de vaste inrichting plaatsvindt, dient te worden aangenomen dat de getrokken conclusies voor de omgekeerde situatie ook opgaan.

---

<sup>11</sup> Behoudens de situatie waarbij verrekenprijzen met betrekking tot transacties tussen gelieerde ondernemingen worden gecorrigeerd op grond van art. 9 OESO.

<sup>12</sup> De begrippen ‘effectief’ en ‘efficiënt’ zijn ontleend aan de beoordelingscriteria van *L.G.M Stevens* waaraan een goede belastingmaatregel aan moet worden getoetst. Zie: L.G.M. Stevens, *Elementair belastingrecht: voor economen en bedrijfsjuristen*, Kluwer: Deventer [2009], p. 10.

<sup>13</sup> Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001, Stb. 2000/642.

## 2 Aanloop naar het huidige art. 7 OESO

### 2.1 Inleiding

Voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting zijn historisch de ondernemingssplitsingsmethode en de winstsplitsingsmethode te onderscheiden. Met de aanpassing van art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar in 2010 is definitief gekozen voor de ondernemingssplitsingsmethode. Dit hoofdstuk staat in het teken van de winsttoerekening, zoals deze plaats dient te vinden op grond van het Commentaar 1963 en 1994. Door het behandelen van deze achtergrond, kan een oordeel gegeven worden over de vraag of de huidige benadering aansluit bij de voorheen geldende benadering. Dit kan mede van betekenis zijn om te beoordelen of en in welke mate een dynamische interpretatie moet worden toegepast. Om tot een antwoord te komen wordt in paragraaf 2.2. allereerst ingegaan op de vermogenstoerekening, zoals deze diende plaats te vinden op grond van het Conceptverdrag van de Volkenbond. Daarnaast wordt in paragraaf 2.3 en paragraaf 2.4 de winsttoerekening behandeld, zoals deze dient plaats te vinden aan de hand van respectievelijk art. 7 OESO 1963 en art. 7 OESO 1992. Bij de behandeling van deze twee versies van het verdragsartikel wordt het Commentaar 1963 en 1994 als leidraad gehanteerd. In paragraaf 2.5 wordt ingegaan op de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden en wordt de huidige benadering voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting kort toegelicht. In paragraaf 2.6 zal de status van het Commentaar worden behandeld als uitleggingsmiddel voor belastingverdragen. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 2.7 afgesloten met een conclusie.

### 2.2 Volkenbond

In 1927 is door de Volkenbond [voorloper van de Verenigde Naties]<sup>14</sup> een Modelverdrag [hierna: ‘Modelverdrag 1927’] ontwikkeld dat als doelstelling had bij een samenloop van heffingsrechten dubbele belastingheffing zoveel mogelijk te voorkomen. Het Modelverdrag 1927 bevatte een weinig bruikbare bepaling voor de winsttoerekening aan de vaste inrichting. Het heffingsrecht over de vaste-inrichtingswinst werd in beginsel toegewezen aan het land waar deze winst opkwam.<sup>15</sup> Voor de wijze van toerekenen van de winst van het hoofdhuis aan de vaste inrichting was echter niets geregeld. Uit de toelichting volgde dat OESO-lidstaten in onderling overleg tot overeenstemming moeten komen over de verdeling. Dit leidde tot veel discussies, omdat landen voor de winsttoerekening elk een eigen theorie en toepassing hadden.<sup>16</sup> Door het ontbreken van duidelijke regels is uiteindelijk weinig bereikt met het Modelverdrag 1927.

In 1928 heeft de Volkenbond een commissie ingesteld die onder leiding van *Mitchell B. Carroll* met voorstellen moest komen voor de wijze, waarop ondernemingswinsten kunnen worden verdeeld tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Het onderzoek resulteerde in 1933 tot een rapport<sup>17</sup> dat methoden beschreef voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting, te weten: de ‘seperate accounting’-methode en de ‘fractional apportionment’-

---

<sup>14</sup> De Volkenbond [in het Engels: *League of Nations*] is opgericht op 15 januari 1919 op basis van het Verdrag van Versailles, met de intentie te voorkomen dat er oorlogen uitbreken. Gezien deze doelstelling had de Volkenbond als taak landen tot elkaar te brengen met o.a. als middel een meer economische verwevenheid. Tussen 1934-1935 waren 58 landen aangesloten als leden bij de Volkenbond.

<sup>15</sup> In art. 5 van het Modelverdrag 1927 is het als volgt verwoord: “[...] *each of the two states shall tax the portion of the income produced in its territory.*”

<sup>16</sup> I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011, onderdeel 5.5.3.3.1 [online editie].

<sup>17</sup> M.B. Carroll, *Taxation of National and Foreign Enterprises: Volume 4 Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations: 1933.

methode.<sup>18</sup> Bij de separate-accountingmethode moest het resultaat van de vaste inrichting worden bepaald als ware de vaste inrichting een juridisch zelfstandige onderneming handelend onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden<sup>19</sup>. Dit had tot gevolg dat de transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting moesten worden geïdentificeerd en voorzien van een zakelijke prijs. In beginsel zijn transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting [juridisch bezien] niet mogelijk, aangezien er sprake is van één partij, de generale onderneming<sup>20</sup>. Voor het verdelen van de winst moeten de transacties evenwel worden erkend, omdat anders de belastingheffing eenvoudig kan worden ontgaan door bijv. het overbrengen van een machine [waarop een stille reserve rust] van het hoofdhuis naar de vaste inrichting. Bij het identificeren van deze transacties dient de afzonderlijke boekhouding die wordt bijgehouden voor de vaste inrichting te worden gebruikt als aanknopingspunt. Bij de fractional-apportionmentmethode moet eerst de generale ondernemingswinst worden vastgesteld om vervolgens een bepaald percentage van deze winst toe te rekenen aan de vaste inrichting. Dit percentage was afhankelijk van bijv. de bruto-omzet, activa en de arbeidsuren. Een belangrijk verschil met de separate-accountingmethode is dat de vaste inrichting voor de winsttoerekening niet wordt beschouwd een juridisch zelfstandige onderneming te zijn maar gewoonweg onderdeel uitmaakt van de onderneming.

*Carroll* geeft de voorkeur aan de eerstgenoemde methode. Naar zijn opvatting creëert een dergelijke methode een meer gelijke behandeling tussen binnen- en buitenlandse belastingplichtigen, doordat de vaste inrichting op dezelfde wijze in de belastingheffing wordt betrokken over de winst als een juridisch zelfstandige onderneming. Daarnaast is deze methode zijns inziens eenvoudig toepasbaar, omdat aansluiting gezocht kan worden bij de boekhouding van de vaste inrichting. De fractional-apportionmentmethode kan zijns inziens wel worden toegepast, maar alleen als toerekening niet mogelijk is op basis van de separate-accountingmethode. *Carroll* is verder geen voorstander van al te gedetailleerde regels voor het toerekenen winst, omdat naar zijn opvatting toch geen theoretisch perfecte regel bestaat waarbij exact de juiste omvang aan winst wordt toegerekend.<sup>21</sup>

In navolging van het door *Carroll* uitgevoerde onderzoek heeft de Volkenbond in 1933 een Conceptverdrag<sup>22</sup> goedgekeurd. Dit verdrag diende als richtlijn voor het toerekenen van ondernemingswinsten. Uit art. 1 van het Conceptverdrag volgde dat het heffingsrecht over het inkomen dat de vaste inrichting behaalt met de door haar uitgevoerde activiteiten toegewezen moet worden aan het land waarin de vaste inrichting is gevestigd. In art. 3 Conceptverdrag is beschreven dat de toerekening van winst aan de vaste inrichting dient plaats te vinden op basis van de separate-accountingmethode. Bij deze methode wordt veel waarde gehecht aan de boekhouding van de vaste inrichting. De boekhouding is echter niet leidend wanneer transacties plaatsvinden op basis van een niet-zakelijke prijs. Een zakelijk prijs is de prijs die zou zijn overeengekomen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting als ware zij willekeurige derden van elkaar. Indien hiervan sprake is dient dit te worden gecorrigeerd, ongeacht de prijzen die voortvloeien uit de boekhouding.

---

<sup>18</sup> Deze beschrijving van methode zijn niet door hem zelf ontwikkelde inzichten, maar het betrof methoden die gebruikt werden door Volkenbondlidstaten.

<sup>19</sup> Onder gelijke omstandigheden kan gedacht worden aan het geïnvesteerde kapitaal, omvang van de onderneming, kosten en het te lopen risico.

<sup>20</sup> Onder de generale onderneming wordt verstaan het hoofdhuis en de daarbij behorende vaste inrichting[en].

<sup>21</sup> "There is no theoretically perfect rule for determining exactly how much of the income is attributable to each establishment any more than there is an accurate way for apportioning the compensation of an individual workman to his hand and feet, and to his brain which has coordinated all his efforts." Zie: M.B. Carroll, *Taxation of National and Foreign Enterprises: Volume 4 Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations: 1933, p. 189-190.

<sup>22</sup> R. Russo, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, IBFD: Amsterdam 2005, p. 6.

De Volkenbond is vlak na de WOII opgeheven, omdat de supranationale organisatie haar hoofddoelstelling [het voorkomen van oorlogen] heeft verzaakt. Het Conceptverdrag is in 1943 en 1946 opgevolgd door respectievelijk het Mexico-modelverdrag en het Londen-modelverdrag die in sterke mate zijn gebaseerd op het Conceptverdrag van de Volkenbond.

## 2.3 Art. 7 OESO 1963

### 2.3.1 Algemeen

In 1961 is de OESO opgericht als een samenwerkingsverband van landen om de steeds toenemende economische samenwerking beter te coördineren.<sup>23</sup> De landen erkennen hierbij de noodzaak van een geharmoniseerd netwerk van bilaterale belastingverdragen; hantering van uniforme principes, definities, regels en methoden, alsmede een gemeenschappelijke interpretatie daarvan. “Na een viertal rapporten in de periode 1958-1961, komt het Comité voor Fiscale Zaken van de OESO [beleidsorgaan van de OESO op belastinggebied] in 1963 met haar eindrapport getiteld: *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*.”<sup>24</sup> Dit rapport is op 30 juli 1963 door de Raad van de OESO aangenomen als het OESO-modelverdrag 1963. Het OESO-modelverdrag borduurt in sterke mate voort op de opvattingen van *Carroll* en de daaruit voortvloeiende modelverdragen van de Volkenbond.

### 2.3.2 Verdeling van de heffingsbevoegdheid

Voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid ten aanzien van winsten die behaald zijn met grensoverschrijdende bedrijfsactiviteiten, dient ingevolge art. 7, lid 1, OESO 1963 te worden voldaan aan een tweetal voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat een onderneming<sup>25</sup> alleen belastingplichtig is in de andere staat voor zover deze aldaar een bedrijf uitoefent door middel van een vaste inrichting. Deze voorwaarde heeft als doel om alleen de ondernemingsactiviteiten in de andere staat te belasten voor zover er sprake is van een voldoende economische band.<sup>26</sup> De tweede voorwaarde is dat alleen de winst van de onderneming is belast in de andere staat voor zover deze toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Uit par. 4 van het Commentaar 1963 volgt dat op dit punt door sommige landen een ander standpunt wordt ingenomen:

Some countries have taken the view that when a foreign enterprise has set up a permanent establishment within their territory it has brought itself within their fiscal jurisdiction to such a degree that they can properly tax all profits that the enterprise derives from their territory, whether the profits come from the permanent establishment or from other activities in that territory.

Dit principe – dat beter staat bekend onder de term ‘force of attraction’ – brengt met zich dat zodra een onderneming economische activiteiten ontplooit in een ander land, zij aldaar in de heffing wordt betrokken over *alle* economische activiteiten die de onderneming aldaar uitvoert. Ongeacht of deze al dan niet toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting. Het voornaamste argument dat wordt aangevoerd voor dit principe is dat het ontgaan van

---

<sup>23</sup> Vóór 30 september 1961 stond de OESO bekend onder de naam OEES [Organisatie voor Europese Economische Samenwerking].

<sup>24</sup> P.A.G.M. Cools e.a., *Vakstudie 08 - Nederlands Internationaal Belastingrecht*, Kluwer Online Portal: Deventer 2012, OESO-modelverdrag 1963, toelichting art. 5, aant. 1.

<sup>25</sup> Ingevolge art. 3, lid 1, letter c, OESO moet onder het begrip ‘onderneming’ worden begrepen ‘het uitoefenen van enig bedrijf’. Het begrip ‘bedrijf’ is vervolgens [deels] gedefinieerd in art. 3, lid 1, letter h, OESO. Onder dit begrip moet in ieder geval worden verstaan het inkomen dat wordt gegenereerd uit zelfstandige arbeid. Een volledige definitie ontbreekt. Uit het Commentaar 1963 volgt dat de OESO zich niet als taak heeft gesteld het begrip ‘onderneming’ te definiëren. Invulling aan dit begrip moet worden gezocht in de nationale wetgeving van de verdragsluitende staat.

<sup>26</sup> Par. 3 van het Commentaar 1963.

belastingheffing wordt voorkomen.<sup>27</sup> Een voorbeeld dat is beschreven in het Commentaar 1963 is dat van een onderneming, die in een ander land een vaste inrichting opzet zonder dat winst wordt gemaakt en daarbij de intentie ontbreekt tot het maken van winst. Verondersteld wordt dat de vaste inrichting slechts als doel heeft het coördineren van de bedrijfsactiviteiten die de onderneming in het bronland exploiteert. Verder is aangegeven dat het voor de belastingautoriteiten doorgaans lastig is om aantoonbaar te maken dat sprake is van een dergelijke coördinerende rol. Door deze handelswijze worden de ondernemingswinsten die zijn behaald in het [hoogbelaste] bronland belast in het [laagbelaste] vestigingsland. Deze beschreven constructie komt mij niet reëel voor. Activiteiten die een bepaalde omvang hebben bereikt in een ander land zijn naar mijn opvatting goed te herleiden naar de personen die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering daarvan. De echte reden voor een dergelijke benadering is naar mijn opvatting veelal gelegen in de omstandigheid, dat landen simpelweg geen heffingsbevoegdheid willen afstaan. Vaak zijn dit de landen waarbij ondernemingen zich niet permanent vestigen, maar bijvoorbeeld op projectbasis tijdelijk aldaar activiteiten ontplooiën. Voor ontwikkelingslanden is om deze reden [ruimere heffingsbevoegdheid] in het VN-modelverdrag als tegemoetkoming een dergelijke ‘force of attraction’-bepaling opgenomen.<sup>28</sup> Hoewel – vanuit de gedachte dat winsten moeten worden belast in het land waar deze opkomen – nog wel wat te zeggen valt voor de ‘force of attraction’ zijn de meeste landen geen voorstander van deze methode. Het nadeel is dat het niet aansluit op de wijze waarop ondernemingen hun bedrijfsactiviteiten hebben ingericht.<sup>29</sup> Zo is het goed mogelijk dat een onderneming haar bedrijfsactiviteiten in de andere staat bewust op een bepaalde manier heeft ingericht op grond van commerciële overwegingen [bijvoorbeeld dat de productie wordt gedaan door een vaste inrichting en de verkoop door een onafhankelijke vertegenwoordiger] of omdat het historisch nu eenmaal zo is gegroeid. Het opleggen van de ‘force of attraction’ heeft tot gevolg dat alle winsten [dus ook die van de onafhankelijke vertegenwoordiger] moeten worden samengevoegd met de winst van de vaste inrichting. Een onafhankelijke vertegenwoordiger verricht doorgaans ook werkzaamheden voor andere ondernemingen, wat dan weer de vraag met zich brengt of deze ook moeten worden toegerekend aan de vaste inrichting. De belastingautoriteiten moeten alle werkzaamheden van de onafhankelijke vertegenwoordiger bepalen, om zodoende vast te stellen welke winstelementen toerekenbaar zijn aan de grensoverschrijdende economische activiteiten van de onderneming. Dit overwegende, is de OESO van oordeel dat de methode van de ‘force of attraction’ niet dienstbaar is aan een eenvoudige en efficiënte administratie. De OESO kiest om deze reden niet voor de ‘force of attraction’.

### 2.3.3 Ondernemingsplitsingsmethode

Nadat het heffingsrecht is verdeeld moet vervolgens worden vastgesteld welk deel van de winst dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Op grond van art. 7, lid 2, OESO 1963 moet voor het vaststellen van de toerekenbare winst worden uitgegaan van het uitgangspunt dat de vaste inrichting een juridisch zelfstandige onderneming is. Als bij het hoofdhuis een verlies optreedt, heeft dit niet tot gevolg dat het bronland niet kan heffen bij de wel winstmakende vaste inrichting. Dit uitgangspunt sluit in sterke mate aan op de separate-accountingmethode, die was geformuleerd in art. 3 van het Conceptverdrag. Ook hier is het startpunt de boekhouding, die wordt bijgehouden voor de vaste inrichting. De boekhouding is niet leidend wanneer de winstcijfers op niets zijn gebaseerd. Aan de hand van de feiten die volgen uit de boekhouding moet de

---

<sup>27</sup> Par. 6 van het Commentaar 1963.

<sup>28</sup> Het betreft hier wel een beperkte ‘force of attraction’. Zie: art. 7, lid 1, VN-modelverdrag.

<sup>29</sup> Par. 7 van het Commentaar 1963.

vaststelling van de winst reproduceerbaar zijn.<sup>30</sup> Ook al volgt de winst van de vaste inrichting logischerwijs uit de boeken en bescheiden, dan nog is het mogelijk dat het resultaat in overeenstemming met het algemene uitgangspunt moet worden gecorrigeerd. Er wordt gedoeld op interne leveringen van goederen en diensten die niet worden voorzien van een arm's-lengthvergoeding waarbij de mogelijkheid bestaat om met winsten te schuiven van het hoofdhuis naar de vaste inrichting en vice versa.<sup>31</sup> De prijs dient dan te worden aangepast aan de prijs die voor dezelfde of soortgelijke goederen op de markt tot stand zou zijn komen onder gelijke of soortgelijke omstandigheden. Bij het vaststellen van de prijs moeten alle factoren worden meegenomen, zoals de hoeveelheid van de goederen of de periode waarin deze goederen moeten worden geleverd.<sup>32</sup> Onder bepaalde omstandigheden kan het zakelijk zijn om een prijs te rekenen die lager ligt dan de marktprijs. Een voorbeeld is de situatie waarbij vanuit commercieel oogpunt goederen tegen een lagere prijs worden aangeboden om markterrein te winnen. Een andere situatie waarbij problemen kunnen ontstaan is die waarbij een marktprijs niet voorhanden is, omdat de onderneming gepatenteerde goederen levert aan de vaste inrichting die niet op de vrije markt worden aangeboden. In dergelijke gevallen is het mogelijk om de vaste-inrichtingswinst op een andere wijze te bepalen, bijvoorbeeld door een gemiddelde brutowinst te koppelen aan de omzet van de vaste inrichting. In par. 12 van het Commentaar 1963 wordt benadrukt dat dit alleen is toegestaan, mits op basis van de boeken en bescheiden de winst niet kan worden vastgesteld.

#### Kostentoerekening aan de vaste inrichting

Bij de ondernemingsplitsingsmethode moet op grond van art. 7, lid 3, OESO 1963 rekening worden gehouden met kosten die elders binnen de onderneming worden gemaakt ten behoeve van [onder andere] de betreffende vaste inrichting. Deze kosten moeten worden toegerekend aan de vaste inrichting en als de werkelijke kosten niet voorhanden zijn [bijvoorbeeld in het geval van algemene administratieve kosten] dient de toerekening plaats te vinden naar rato van de behaalde omzet of brutowinst van de gehele onderneming.<sup>33</sup> Uit par. 13 van het Commentaar 1963 volgt dat lid 3 als een verduidelijking op lid 2 moet worden beschouwd. Naar mijn opvatting is van een dergelijke verduidelijking geen sprake, omdat lid 3 in tegenspraak is met lid 2. In lid 2 wordt voor de winstvaststelling de vaste inrichting geacht een juridisch zelfstandige onderneming te zijn. Lid 3 doet afbreuk aan dit uitgangspunt, omdat bij een analoge toepassing van lid 2 niet alleen het kostendeel moet worden doorgerekend maar daarbovenop ook een winstdeel.

Naast de kostentoerekening onderscheidt de OESO nog een drietal interne transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting waarbij ook bezwaren worden gezien voor het hanteren van een zakelijke vergoeding.<sup>34</sup> Allereerst wordt genoemd dat de vergoedingen op een interne leningen, licenties en andere soortgelijke diensten niet worden meegenomen bij de fiscale winstbepaling van zowel het hoofdhuis als de vaste inrichting. Uit het Commentaar 1963 wordt niet duidelijk waarom de OESO hiervoor kiest. Bij de vaste inrichting wordt wel rente in aftrek toegestaan, voor zover de daarmee samenhangende lening door het hoofdhuis extern is aangetrokken en deze wordt aangewend voor de vaste-inrichtingsactiviteiten.<sup>35</sup> Afhankelijk van de mate waarin de extern

---

<sup>30</sup> Par. 10 van het Commentaar 1963.

<sup>31</sup> Par. 11 van het Commentaar 1963

<sup>32</sup> Par. 12 van het Commentaar 1963.

<sup>33</sup> Par. 13 van het Commentaar 1963.

<sup>34</sup> Uit het Commentaar volgt dat de hierna te noemen opsomming niet limitatief is. Zie: par. 14 van het Commentaar 1963.

<sup>35</sup> Par. 15 van het Commentaar 1963.

aangetrokken lening wordt aangewend voor activiteiten van de vaste inrichting dient een toerekening van de betaalde rente door het hoofdhuis aan de vaste inrichting plaats te vinden [directe methode]. Daarnaast is het mogelijk dat de externe lening wordt aangewend voor een activiteit die door de vaste inrichting gezamenlijk met andere bedrijfsonderdelen wordt uitgevoerd. In dit geval moet de rente op basis van een verdeelsleutel deels worden toegerekend aan de vaste inrichting [indirecte methode].

Verder ziet de OESO bezwaren bij het hanteren van een zakelijke vergoeding op ondersteunende diensten ten behoeve van de gehele onderneming, die worden uitgevoerd door het hoofdhuis of de vaste inrichting. In par. 16 van het Commentaar 1963 is het voorbeeld gegeven van de vaste inrichting die een grootschalige reclamecampagne heeft opgezet voor een bepaald product, die ook door het hoofdhuis wordt geproduceerd. Als de vaste inrichting een zelfstandige onderneming zou zijn geweest, zou zij hier een zakelijke vergoeding voor vragen. De vergoeding kan gesplitst worden in een kostendeel en een winstdeel. De kosten moeten worden doorberekend aan het hoofdhuis. Wat betreft het winstdeel ziet de OESO bezwaren. Hoewel een analoge toepassing van het algemene uitgangspunt vereist dat een winstdeel moet worden doorberekend zou het vaststellen van dit component 'in de praktijk buitengewoon lastig zijn'<sup>36</sup>, met als gevolg langdurige en lastige discussies. Bij gebrek aan een methode die een correcte vergoeding kan vaststellen is het standpunt van de OESO geen winstdeel in aanmerking te brengen.

Ten slotte wordt ingegaan in op het positieve effect van goed management op de winst van de vaste inrichting. Het is goed mogelijk dat de bedrijfsactiviteiten in de vaste inrichting worden aangestuurd door managers vanuit het hoofdhuis. De OESO erkent hierbij de meerwaarde van goed management en dat hier, zou de vaste inrichting een zelfstandige onderneming geweest zijn, een vergoeding aan het hoofdhuis tegenover hoort te staan. Toch is de OESO ook hier van oordeel dat het praktisch onuitvoerbaar is om een juiste prijs [d.w.z. een prijs die de correlatie erkent van het positieve effect van goed management op het resultaat] te bepalen voor de managementdiensten.<sup>37</sup>

#### 2.3.4 Winstsplittingsmethode

In art. 7, lid 4, OESO 1963, wordt een alternatieve methode behandeld voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting, te weten de winstsplittingsmethode [vergelijkbaar met de fractional-apportionmentmethode]. Bij het toepassen van de winstsplittingsmethode dient eerst de totale ondernemingswinst te worden vastgesteld waarna deze wordt verdeeld aan de hand van een verdeelsleutel tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. De opbouw van de verdeelsleutel kan gebaseerd zijn op de ontvangsten [bijv. omzet of commissies] van de onderneming, de kosten [bijv. de loonkosten] of de vermogensstructuur [bijv. het werkkapitaal].<sup>38</sup> De toerekenbare winst hangt in sterke mate af van de opbouw van de verdeelsleutel. Dit heeft als nadeel dat deze methode alleen een [aanvaardbaar] getrouw beeld oplevert bij ondernemingen met homogene activiteiten.<sup>39</sup> Uit het Commentaar volgt dat op voorhand niet is te zeggen welk criterium het meest nauwkeurig is. Afhankelijk van de bedrijfsspecifieke omstandigheden kan hierover wel een uitspraak gedaan worden. Bij ondernemingen die

---

<sup>36</sup> Par. 17 van het Commentaar 1963.

<sup>37</sup> R. Russo, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Amsterdam: IBFD [2005], p. 13.

<sup>38</sup> Par. 24 van het Commentaar 1963.

<sup>39</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 157.

diensten verlenen of gepatenteerde goederen leveren met hoge winstmarges, zal de nettowinst sterk afhangen van de omzet. Voor verzekeringsondernemingen kan het aangewezen zijn om de winst te verdelen aan de hand van de premies die afkomstig zijn van de polishouders in elk van de betrokken landen. In het geval van een onderneming die goederen produceert met hoge kosten voor de grondstoffen of arbeidskrachten, ligt een verdeelsleutel gebaseerd op de kosten meer voor de hand. Bij een bankbedrijf is de vermogensstructuur het meest relevante criterium.

Een essentieel verschil met de ondernemingsplitsingsmethode is dat de vaste inrichting wordt beschouwd als een onderdeel van het hoofdhuis en niet als een zelfstandige onderneming. Bij de winstsplitsingsmethode is de totale ondernemingswinst het uitgangspunt voor de verdeling. Het gevolg is dat de aan de vaste inrichting toe te rekenen winst nooit meer kan bedragen dan de winst die de onderneming als geheel heeft behaald. Dit verschil in toepassing kan leiden tot een andere uitkomst dan wanneer de toerekening plaats zou vinden op basis van de zelfstandigheidsfictie. Een bezwaar van deze methode is dat zowel het vaste-inrichtingsland als het hoofdhuisland de wereldwinst bepalen op basis van de eigen nationale belastingwetten, waarna dan de formule wordt toegepast voor het verdelen van de heffingsgrondslag. Daarnaast is het mogelijk dat ook de opbouw van de verdeelsleutel verschilt tussen beide lidstaten. Deze verschillen dragen niet bij aan het wegnemen van het risico op dubbele belastingheffing. Naar mijn opvatting dient te worden geconcludeerd dat de winstsplitsingsmethode op het eerste gezicht relatief eenvoudig oogt, maar als verder wordt gekeken er theoretische en praktische bezwaren bestaan bij een dergelijke methode.

De OESO geeft in beginsel ook de voorkeur aan de ondernemingsplitsingsmethode. Toch ziet zij ook situaties waarbij het denkbaar is dat de zelfstandigheidsfictie tot problemen leidt op het punt van praktische uitvoerbaarheid.<sup>40</sup> Een voorbeeld dat is genoemd is dat van een kleine onderneming die grensoverschrijdende economische activiteiten ontplooit, waarbij een adequate boekhouding van de vaste inrichting ontbreekt en het ook niet mogelijk is deze te construeren. Dit overtuigt niet. Een onderneming, klein of groot, dient simpelweg een gedegen boekhouding te voeren, omdat dit nu eenmaal wordt verwacht van een ondernemer die belasting moet afdragen. Het kan niet zo zijn dat een belastingplichtige die zijn boekhouding wel op orde heeft andere mogelijkheden heeft dan een belastingplichtige bij wie dat niet het geval is. Een ander voorbeeld volgt uit par. 21 van het Commentaar 1963. Aangegeven is dat een specifieke onderneming waarvan vaststaat dat de zelfstandigheidsfictie tot een betere vaststelling komt van de toerekenbare winst is toegestaan, mits zij dat in het verleden altijd zo heeft gedaan, de winstsplitsingsmethode te continueren. Het toestaan van een mindere methode, omdat dit toevallig 'praktisch' uitpakt is geen rechtvaardiging. Uiteraard ben ik mij ervan bewust dat de OESO een samenwerkingsverband is van staten met allen een eigen wetgeving, die gebaseerd is op hun uitgangspunten. Uit het Commentaar volgt dan ook dat de winstsplitsingsmethode is toegelaten, omdat het in sommige OESO-lidstaten gebruikelijk was deze methode te gebruiken.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Par. 21 van het Commentaar 1963.

<sup>41</sup> Par. 22 van het Commentaar 1963.



## 2.4 Artikel 7 OESO 1992

### 2.4.1 Algemeen

In 1977 is het OESO-modelverdrag aangepast. Voor art. 7 OESO behelsde de aanpassing slechts de toevoeging van de woorden ‘subject to the provisions of paragraph 3’ aan lid 2 van dit artikel. Uit par. 11 van het Commentaar 1977 volgt dat deze toevoeging specifiek bedoeld is voor de uitzondering die is gemaakt in lid 3 om rente, royalties en andere soortgelijke betalingen niet mee te nemen bij de winsttoerekening. In 1992 is het OESO-modelverdrag wederom aangepast. Ook dit had geen noemenswaardige gevolgen voor art. 7 OESO. De aanpassing van het Commentaar in 1994 is wel interessant om te vermelden.

### 2.4.2 Commentaar 1994

Begin jaren negentig werd de OESO zich bewust van de grote verscheidenheid in de toepassing van de zelfstandigheidsfictie.<sup>42</sup> Naar aanleiding daarvan heeft de OESO het rapport ‘Attribution of Income to Permanent Establishments’<sup>43</sup> gepubliceerd. Met dit rapport is beoogd om art. 7 OESO te voorzien van een verduidelijking ten aanzien van de wijze waarop dit artikel moet worden toegepast. Dit rapport is gebaseerd op een vragenlijst, die gestuurd is naar alle OESO-lidstaten en vervolgens van een reactie is voorzien door 17 lidstaten<sup>44</sup>. Uit de beantwoording op de vragenlijsten kwam onder andere naar voren dat er nog veel onduidelijkheden bestonden over de behandeling van interne transacties. Uit het rapport volgde dat aan deze onduidelijkheden de ongerijmdheid tussen lid 2 en lid 3 ten grondslag ligt.<sup>45</sup>

Naar aanleiding van de bezwaren zijn voorstellen gedaan tot het aanpassen van onderdelen van het Commentaar op art. 7 OESO. Deze voorstellen zijn op 31 maart 1994 geïmplementeerd in het Commentaar. Voor wat betreft de ongerijmdheid tussen lid 2 en lid 3 is in par. 17 van het Commentaar 1994 met een wat cryptische uitleg benadrukt dat er geen sprake is van een ongerijmdheid tussen de twee leden. Aangegeven is dat lid 3 uitsluitend bepaalt welke uitgaven, die ‘toevallig’ elders binnen de onderneming zijn gemaakt ten behoeve van de vaste inrichting, als aftrekpost in aanmerking moeten worden genomen voor het vaststellen van de winst. Lid 2 daarentegen vereist dat de winst die toerekenbaar is aan de vaste inrichting, met inachtneming van lid 3, moet worden vastgesteld aan de hand van de zelfstandigheidsfictie. De OESO zegt dat bepaalde diensten [van algemene aard] tegen een kostenvergoeding in aanmerking moeten worden genomen, omdat het niet gebruikelijk is dat deze worden uitbesteed. De bedoeling achter de zelfstandigheidsfictie strekt er dan ook niet toe om dergelijke diensten tegen een arm’s-lengthvergoeding in aanmerking te nemen. *Burgers* is van opvatting dat de daadwerkelijke reden voor het niet in aanmerking willen nemen van een winstmarge gelegen is in de omstandigheid dat de belastingplichtige de mogelijkheid kan hebben om te schuiven met winsten tussen een hoogbelaste jurisdictie naar een laagbelaste jurisdictie.<sup>46</sup> Hoe het ook zij, de OESO is van opvatting dat als kosten worden gemaakt vanuit een meer algemeen belang voor de onderneming als geheel [bijv. het

---

<sup>42</sup> I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers [2011], onderdeel 5.5.4.3.2 [online editie].

<sup>43</sup> Issues in International Taxation No. 5: “Model Tax Convention: Attribution of Income to Permanent Establishments”, Paris: OECD [1995].

<sup>44</sup> Australië, Oostenrijk, België, Canada, Finland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Italië, Nederland, Nieuw-Zeeland, Portugal, Spanje, Zweden, Zwitserland, Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.

<sup>45</sup> R. Russo, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, IBFD: Amsterdam 2005, p. 14-15.

<sup>46</sup> I.J.J. Burgers, *Keuze tussen v.i. en dochter minder fiscaal beïnvloed*, NTFR 2009/1694, 2e alinea.

rationaliseren van de algemene kosten of het verhogen van de omzet in een meer algemene zin] slechts een kostenvergoeding gepast is.<sup>47</sup>

Naast de algemene kosten wordt ook ingegaan op specifieke interne transacties tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis. Voor de vraag of een kostenvergoeding of een arm's-lengthvergoeding moet worden gehanteerd is de volgende vraag relevant:

Is the internal transfer of property and services, be it temporarily or final, of the same kind as those which the enterprise, in the normal course of its business, would have charged to a third party at arm's length price, i.e. by normally including in the sale price an appropriate profit?<sup>48</sup>

Met andere woorden, indien een interne transacties tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis ook plaatsvindt met een derde is het in aanmerking nemen van een arm's-lengthvergoeding toegestaan. Wanneer een dergelijke interne transactie niet voorkomt met transacties tussen derden, dan dient – naar ik aanneem: door het ontbreken van een interne comparables – slechts een kostenvergoeding in aanmerking te worden genomen. Het mag duidelijk zijn dat een dergelijk standpunt zich duidelijk niet verhoudt met het arm's-lengthbeginsel, omdat bij transacties tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis simpelweg uitgegaan moet worden van de omstandigheid dat sprake is van een transactie tussen willekeurige derden.<sup>49</sup> Dat een dergelijke transactie niet plaatsvindt met derden doet hier niet aan af. Bij twee zuivere dochterondernemingen die een transactie met elkaar aangaan, wordt hier namelijk ook geen probleem van gemaakt.

## **2.5 AOA**

### **2.5.1 Algemeen**

Ondanks de eerder verschenen rapporten en aanpassingen van het Commentaar is gebleken dat er tussen de OESO-lidstaten onderling nog steeds geen eensgezindheid bestaat over de uitleg en toepassing van art. 7 OESO.<sup>50</sup> Om deze reden bestaat nog steeds het risico op dubbele dan wel geen belastingheffing. Daarnaast sluit het Commentaar 1994 niet langer aan bij het huidige tijdsbeeld [globalisering van de wereldeconomie, groeiende bankensector en de opkomst van E-commerce].

### **2.5.2 Het discussierapport**

Onder leiding van The Working Party No. 6 is begin 1998 een omvangrijk onderzoek gestart om een beter en breder gedragen overeenstemming te bereiken over de uitleg en toepassing van art. 7 OESO. De eerste uitkomsten van het onderzoek zijn in 2001 gepubliceerd in het rapport 'Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments' [hierna: 'discussierapport']. Het idee van een discussierapport is dat het publiek wordt uitgenodigd om commentaar te leveren. Naar aanleiding van de kritieken en suggesties [van voornamelijk de grote adviesbureaus en banken] is het discussierapport in 2004 en 2006 aangepast. Op 24 juni 2008 zijn de nieuwe inzichten aangenomen door het Comité voor Fiscale Zaken van de OESO<sup>51</sup> waarna deze zijn opgenomen in het [definitieve] vierdelige PE-rapport:

---

<sup>47</sup> Par. 17.2 van het Commentaar 1994.

<sup>48</sup> Par. 17.1 van het Commentaar 1994.

<sup>49</sup> J.T. van Egdom, *Allocatie van winst aan een vaste inrichting*, Forfaitair 2010/208, onderdeel 2.1.

<sup>50</sup> OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2001], Preface, par. 2.

<sup>51</sup> De uitkomsten van het onderzoek zijn met de publicatie van het PE-rapport op 17 juli 2008 definitief aangenomen door de OESO-Raad.

- Deel I       Algemeen;
- Deel II       Banken;
- Deel III      Ondernemingen die handelen in financiële instrumenten [toegevoegd in maart 2003]; en
- Deel IV      Verzekeringsmaatschappijen [toegevoegd in juni 2005] .

In deel I wordt ingegaan op de [hernieuwde] algemene uitgangspunten van de winsttoerekening waarna in deel II, III en IV wordt ingegaan op de winsttoerekening aan de vaste inrichtingen van specifieke ondernemingen.

Het PE-rapport is op 22 juli 2010 geactualiseerd. Niettemin is het geenszins de bedoeling geweest om de conclusies van het PE-rapport 2008 te herformuleren. Het doel van de update is slechts het voorkomen van mogelijke onduidelijkheden, doordat art. 7 OESO-modelverdrag is gewijzigd.<sup>52</sup>

### 2.5.3   Keuze voor een onbeperkte zelfstandigheidsfictie als de AOA

De eerste stap die is genomen in het discussierapport 2001 was het formuleren van een werkhypothese op de vraag wat de meest gewenste methode is voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting.<sup>53</sup> Bij het formuleren van de werkhypothese is in sterke mate aangesloten bij de Verrekenprijrichtlijnen die in 1995 zijn gepubliceerd, waarbij methoden zijn geformuleerd voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding op transacties tussen gelieerde [zelfstandige] ondernemingen. De doelstelling van de werkhypothese was te onderzoeken in hoeverre de vaste inrichting voor wat betreft de winsttoerekening gelijk kan worden gesteld aan een juridisch zelfstandige onderneming. Met het verschijnen van het discussierapport 2004 is de volgende hypothese definitief aangenomen als de AOA:

The authorized OECD approach is that the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length as if it were a legally distinct and separate enterprise performing the same or similar functions under the same or similar conditions, determined by applying the arm's length principle under Article 7(2).<sup>54</sup>

Met het formuleren van dit uitgangspunt is gekozen voor een onbeperkte zelfstandigheidsfictie die op onderdelen verder gaat dan die volgt uit het eerdere Commentaar. Allereerst is het mogelijk om economische eigendom toe te rekenen aan de vaste inrichting. Omdat de vaste inrichting geen juridische onderneming is zijn hier methoden voor ontwikkeld voor het vaststellen van deze eigendom. Daarnaast bestaat niet langer een verbod van het in rekening brengen van een arm's-lengthvergoeding op interne transacties zoals leningen, gebruik van immateriële rechten en dienstverlening. De voorwaarde dat interne transacties alleen at arm's length worden vergoed, indien deze transacties ook met derden plaatsvinden is niet langer beschreven.

Met de keuze voor de ondernemingsplitsingsmethode is definitief afgestapt van de winstsplitsingsmethode. De voorkeur voor de eerste methode is beargumenteerd op twee gronden.<sup>55</sup> Allereerst draagt de zelfstandigheidsfictie bij aan de eenvoud, doordat de winst die moet worden toegerekend aan de vaste inrichting niet langer is gelimiteerd op de generale ondernemingswinst. Dit heeft onder andere tot gevolg dat een opgelegde aanslag niet langer hoeft te worden herzien als de generale winst achteraf lager is uitgevallen dan de aan de

<sup>52</sup> Par. 8 van het PE-rapport. [Voor het vervolg: als slechts 'van het PE-rapport' is aangegeven wordt bedoeld 'van deel I van het PE-rapport 2010', tenzij anders is aangegeven.]

<sup>53</sup> OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2004], Preface, par. 3.

<sup>54</sup> OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2004], par. 29.

<sup>55</sup> OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2004], par. 24 t/m 27.

vaste inrichting toegerekende winst. Daarnaast is de opvatting dat deze methode tot een meer consistente winsttoerekening leidt, omdat voor het vaststellen van de winst de vaste inrichting wordt beschouwd als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Dit in tegenstelling tot de winstsplitsingsmethode waarbij sprake was van verschillende heffingsgrondslagen en verdeelsleutels, vindt nu de toerekening plaats op basis van het arm's-lengthbeginsel. De methoden die zijn beschreven in de Verrekenprijsrichtlijn worden door de lidstaten in het algemeen breed ondersteund.

## **2.6 Het gewijzigde Commentaar**

### 2.6.1 Algemeen

De uitgangspunten in het PE-rapport zijn deels compleet nieuwe inzichten die in het onderzoek zijn ontwikkeld. Een ander deel daarentegen is te beschouwen als een verduidelijking op het bestaande art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar 1994. Voor de implementatie van de huidige benadering is gekozen voor een twee-stappenplan waarbij de eerste stap is het verwerken van de verduidelijkingen in het Commentaar [na de implementatie: Commentaar 2008] en de tweede stap is het implementeren van de nieuwe inzichten in een nieuw art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar 2010.

De OESO hecht veel waarde aan het Commentaar als interpretatiemiddel, doordat zij ervoor kiest de nieuwe benadering deels via een gewijzigd Commentaar 2008 te implementeren bij art. 7 OESO 1992. Opmerkelijk is dan wel dat de OESO het Commentaar 'slechts' kwalificeert als een 'reccomendation'. In deze paragraaf wordt ingegaan op de vraag wat de rol van het Commentaar is bij het interpretatieproces van een verdragsartikel. Een vraag die hiermee samenhangt is de rol van het Commentaar dat na het sluiten van het verdrag is gewijzigd. Het belang van dit laatste is groot omdat het Commentaar 2008, dat ook na de totstandkoming van het OESO-modelverdrag 1992 is aangepast, een rol zal spelen bij het uitleggen van de bestaande belastingverdragen die Nederland heeft afgesloten.<sup>56</sup>

### 2.6.2 Status van het Commentaar

In art. 3, lid 2, OESO is een algemene interpretatieregel geformuleerd voor begrippen die in het OESO-modelverdrag worden gebruikt, maar daarin niet worden uitgelegd. Uit deze bepaling volgt dat bij niet gedefinieerde termen aansluiting moet worden gezocht met de uitleg in de nationale wet van de verdragsluitende staten ten tijde van toepassing van het verdrag, doch slechts in zoverre dit niet conflicteert met de context waarin de verdragsterm wordt gebruikt. Voor de toepassing van belastingverdragen is de meest pregnante vraag of het Commentaar onderdeel uitmaakt van deze context. Deze vraag komt op, omdat in het OESO-modelverdrag niet wordt gedefinieerd wat onder de term 'context' moet worden verstaan. *Engelen*<sup>57</sup> is van opvatting dat het Commentaar onder de reikwijdte valt van de term 'context'. "Hij concludeert dat bij het sluiten van een belastingverdrag tussen OESO-lidstaten een stilzwijgende overeenkomst tot stand komt die inhoudt dat de bepalingen van het verdrag die zijn overgenomen uit het OESO-modelverdrag, moeten worden uitgelegd overeenkomstig de betekenis die daaraan in de dan geldende versie van het OESO-commentaar wordt gegeven,

---

<sup>56</sup> Alleen het belastingverdrag Nederland-Duitsland – dat waarschijnlijk op 1 januari 2014 in werking zal gaan treden – is gebaseerd op art. 7 OESO 2010.

<sup>57</sup> F.A. Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Doctoral Series 7, IBFD: Amsterdam 2004, p. 463-469.

tenzij bij dat commentaar of tijdens de verdragsonderhandelingen in dit verband een voorbehoud is gemaakt.”<sup>58</sup> Ook *Wattel* en *Marres*<sup>59</sup> zien een belangrijke rol weggelegd voor het Commentaar als interpretatiemiddel. Hierbij stellen ze wel de voorwaarden dat een afgesloten belastingverdrag conform het OESO-modelverdrag is vormgegeven én het parlement heeft aangegeven de OESO-inzichten te volgen. De algemene opvatting in de literatuur, weliswaar met verschillende motiveringen<sup>60</sup>, is dat aan het een Commentaar een belangrijke rol toekomt bij het interpretatieproces. Dit uitgangspunt wordt ook gedeeld door de Hoge Raad [hierna: ‘HR’] die in zijn arrest van 2 september 1992, *BNB* 1992/379 ‘grote betekenis’ toekent aan de rol van het Commentaar in het interpretatieproces. In dit arrest corrigeert de HR uitdrukkelijk het Hof, dat voor de interpretatie aan het Commentaar slechts de betekenis van ‘enige houvast’ toekende, en wel op twee gronden: [i] de uit te leggen verdragsbepaling luidt woordelijk [nagenoeg] gelijk aan de vergelijkbare bepaling in het OESO-modelverdrag en [ii] daarnaast blijkt uit de rest van de verdragstekst dat de verdragsluitende staten zoveel mogelijk aansluiting hebben gezocht bij het OESO-modelverdrag. Uit dit arrest volgt duidelijk dat de HR verder gaat dan de kwalificatie van ‘recommendation’ die door de OESO aan het Commentaar wordt toegedicht. Deze uitkomst is in mijn ogen niet vreemd, omdat het lidstaten is toegestaan bij het overeenkomen van een verdrag af te wijken van zowel de verdragstekst als het Commentaar. De [bewuste] keuze om hier al dan niet vanaf te zien betekent dat er een denkproces aan vooraf is gegaan waaraan consequenties kunnen [naar mijn opvatting: moeten] worden verbonden.

Naast het Commentaar dient zich ook de vraag op wat de rol is van het PE-rapport, dat aan de basis heeft gestaan bij de aanpassing van het Commentaar. Naar mijn opvatting dient het PE-rapport in één adem te worden gelezen met het Commentaar 2010, omdat in par. 9 van het Commentaar 2010 letterlijk naar het PE-rapport wordt verwezen voor de conceptionele achtergronden.<sup>61</sup> Onder het Commentaar 2008 is eveneens verwezen naar het PE-rapport 2008. Omdat in dit Commentaar de inzichten van het PE-rapport 2008 deels zijn geïmplementeerd is slechts verwezen naar bepaalde delen. Deze delen maken naar mijn opvatting eveneens deel uit van het Commentaar 2008.

### 2.6.3 Gewijzigd OESO-commentaar

Nu is komen vast te staan dat het Commentaar onderdeel uitmaakt van de context, dient de vervolgvraag op of een verdragsposterieure versie van het Commentaar ook als een uitleggingsmiddel kan worden gebruikt [dynamische interpretatie]. Volgens de OESO is dit wel het geval. Uit par. 33 van de Introductie van het Commentaar 2010 volgt dat bestaande verdragen ‘as far as possible’ moeten worden geïnterpreteerd ‘in the spirit

---

<sup>58</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 114-115.

<sup>59</sup> P. J. Wattel, O. Marres, *The Legal Status of the OECD Commentary and the question of static or Ambulatory Interpretation of Taks Treaties*, *European Taxation*, juli/augustus 2003, p. 227.

<sup>60</sup> De motiveringen verschillen op het punt hoe het Commentaar moet worden ingepast in het Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht. Zie voor een behandeling van deze discussie: C. van Raad, *Interpretatie van belastingverdragen*, *MBB* 1978, p. 55; C. van Raad, *Het nationaal recht bij de uitlegging van belastingverdragen*, in: *Van wet naar recht*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P. Scheltens, Deventer 1984, p. 163; J.F. Avery Jones, *The 1992 OECD Model Treaty: Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation*, *European Taxation* 1993, p. 255; R.W. Tieskens, *De betekenis van het OESO-modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen*, *WFR* 1999/1757.

<sup>61</sup> *Pijl* is de zelfde opvatting aangedaan en stelt dat aan het PE-rapport een even grote betekenis moet worden toegekend voor de uitleg en toepassing van art. 7 OESO als het Commentaar. Zie: H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, *WFR* 2011/201, onderdeel 2.2.

of the revised Commentaries'. De vraag is in deze wat moet worden verstaan onder 'as far as possible'. In par. 35 van het Commentaar 2010 wordt het volgende aangegeven:

Needless to say, amendments to the Article of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations.

Zoals ik de tweede volzin lees, dient de meest recente versie van het Commentaar, zelfs het Commentaar behorend bij een posterieur modelverdrag, te prevaleren boven de oudere versies bij het interpretatieproces. De nuancering dient hierbij wel te worden gemaakt dat een wijziging die direct samenhangt met het gewijzigde verdragsartikel niet doorwerkt via het Commentaar naar het oude verdragsartikel. Niettemin, andere wijzigingen en aanpassingen die uit het Commentaar voortvloeien hebben, aldus de OESO, toepassing bij het uitleggen van verdragen die vóór de wijziging van het Commentaar zijn afgesloten.

De jurisprudentie is op het vraagstuk van de dynamische interpretatie van het Commentaar niet heel verhelderend. Het arrest van HR 9 december 1998, *BNB 1999/267c*, met noot *Van Raad*, is de eerste in haar soort, aldus *Van Raad*, dat expliciet verwijst naar een later tot stand gekomen Commentaar.<sup>62</sup> In r.o. 3.4 van voornoemd arrest is verwezen naar de toelichting op het OESO-modelverdrag 1963, waar het in casu specifieke belastingverdrag Nederland-Bondsrepubliek Duitsland op was gebaseerd, maar ook naar de latere toelichtingen op de latere Modelverdragen. Uit dit punt is de indruk gewekt dat de HR betekenis toekent aan het Commentaar dat verdragsposterieur tot stand is gekomen. De verwijzing had geen gevolgen, "omdat het standpunt van belanghebbende er niet door werd gesteund, maar het feit dat het latere Commentaar is genoemd, rechtvaardigt de conclusie dat in andere omstandigheden wel gevolgen aan verbonden worden."<sup>63</sup> *Van Raad* herkent dan ook het standpunt van de OESO en suggereert dat de HR hierin meegaat. Het komt mij toe dat als de HR een zulks belangwekkend standpunt zou innemen, dit veel duidelijker naar voren zou zijn gekomen uit het arrest. Niettemin, dat de HR een rol toekent aan later Commentaar, nog afgezien van de discussie welk gewicht dit heeft in het interpretatieproces, is met dit arrest zeker bevestigd. In HR 21 februari 2003, *BNB 2003/177-178* is eveneens verwezen naar een versie van het Commentaar daterend van na het jaar van ondertekening van de desbetreffende belastingverdragen. Maar ook uit dit arrest is niet op te maken of de HR van oordeel is dat wezenlijke wijzigingen in het Commentaar doorwerken naar eerder afgesloten verdragen. In deze en andere arresten<sup>64</sup> volgt dat ondanks de verwijzing naar verdragsposterieure versies van het Commentaar er geen sprake was van 'fundamenteel verschillende' versies van het Commentaar.

In een gezamenlijke artikel van *Wattel* en *Marres* zien zij geen ruimte voor een dynamische interpretatie van een verdragsposterieure versie van het Commentaar, omdat "het niet de verdragspartijen zijn die het OESO-

---

<sup>62</sup> Onderdeel 6 in de Noot *Van Raad* op het arrest HR 9 december 1998, *BNB 1999/267c*.

<sup>63</sup> Onderdeel 2.5.1 in de Noot van *Wattel* op het arrest HR 21 februari 2003, *BNB 2003/177*.

<sup>64</sup> "HR 4 juli 1989, *BNB 1987/274* (over het verdrag Nederland-Oostenrijk 1970: jaar van geschil 1986, Commentaar 1977 gebruikt, niet 1963); HR 12 juni 1991 *BNB 1991/312* (over het verdrag Nederland-Indonesië 1973: jaar van geschil 1985, Commentaar 1977 gebruikt, niet Commentaar 1963); HR 1 december 2006 *BNB 2007/78* (over Verdrag Nederland-Duitsland 1959: Commentaar 1992 gebruikt)" Ontleend aan een opsomming opgenomen in de voetnoot 25 bij het artikel van H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201.

commentaar opstellen of ermee instemmen, maar de ambtelijke vertegenwoordigers van de OESO-leden”<sup>65</sup>. De uitvoerende macht, die in Parijs instemt met een gewijzigd Commentaar, kan niet als verdragspartij gelden omdat er geen uitdrukkelijke toestemming is van de Staten-Generaal [art. 91, lid 1, Grondwet]. Van een dergelijke democratische legitimatie is huns inziens wel sprake voor wat betreft het Commentaar dat bestond ten tijde van het afsluiten van het verdrag. Zij zien onder voorwaarden wel ruimte voor een gewijzigd Commentaar, mits deze latere wijzigingen kunnen worden beschouwd als nadere precisering, verduidelijking of aanpassing aan de tijd, maar niet als sprake is van een inhoudelijke wijziging.

In deze deel ik de opvatting van *Wattel* en *Marres*, omdat inhoudelijke wijzigingen in het Commentaar geen grondwettelijke basis hebben. Het voorbijgaan aan dit punt zou betekenen dat de invulling aan een belastingverdrag posterieur kan worden gewijzigd zonder tussenkomst van het Parlement. Voor wat betreft de wijzigingen die dienen als een aanpassing aan het huidige tijdsbeeld [denk aan E-commerce] dan wel de wijzigingen die nadere precisering bieden, zie ik wel ruimte voor een verdragsposterieure versie van het Commentaar. Dit uitgangspunt sluit mijns ziens aan bij de jurisprudentie, waarbij de suggestie is gewekt dat “wezenlijke wijzigingen in het Commentaar in beginsel niet doorwerken naar reeds eerder afgesloten verdragen”<sup>66</sup>.

#### 2.6.4 Standpunt van de Staatssecretaris

De Staatssecretaris heeft in zijn Besluit ‘Winstallocatie Vaste Inrichting’<sup>67</sup> aangegeven dat het Commentaar 2008 dynamisch dient te worden geïnterpreteerd:

In Nederland wordt bij de uitleg van verdragen met een gewijzigd OESO commentaar de dynamische methode toegepast. Dit leidt ertoe dat wijzigingen die bedoeld zijn als verduidelijking ook van toepassing zijn op verdragen die zijn afgesloten vóór wijziging van het commentaar. De wijzigingen in het commentaar zoals vastgesteld in juli 2008 zijn dergelijke verduidelijkingen. Deze zijn dan ook van toepassing op bestaande verdragen.

In zoverre sluit het uitgangspunt van de Staatssecretaris aan bij hetgeen dat in de vorige subparagraaf is geconcludeerd. De Staatssecretaris is van opvatting dat de aanpassing van het Commentaar 2008 beschouwd kan worden als een nadere verduidelijking. In hoeverre hiervan sprake is komt in de volgende hoofdstukken aan bod. Hetgeen in de volgende passage van het Besluit wordt opgemerkt is wel opmerkelijk:

De vraag in hoeverre de wijzigingen in artikel 7 OMV Nieuw en het daarbij behorende commentaar invloed hebben bij de toepassing van verdragen met de oude tekst is niet eenvoudig te beantwoorden. Voor de uitvoeringspraktijk is het echter ongewenst als hierover onduidelijkheid bestaat. Om deze onzekerheid te voorkomen ben ik bereid om de beginselen van het PE-Report, voor zover deze beginselen niet als een verduidelijking van artikel 7 OMV beschouwd kunnen worden, ook toe te passen bij verdragen waarin de tekst van artikel 7 OMV Oud is opgenomen. Daarom zal de Nederlandse belastingdienst een arm’s length winsttoerekening aan een vaste inrichting die gebaseerd is op de uitgangspunten van het PE-Report en die als zodanig ook in het andere betrokken land door de belastingplichtige consistent is toegepast niet corrigeren.

Uit het voorgaande volgt dat de Staatssecretaris ook een rol heeft weggelegd voor het Commentaar dat wel inhoudelijke wijzigingen tot gevolg heeft. Dit uitgangspunt gaat duidelijk verder dan de jurisprudentie die een

<sup>65</sup> *Wattel* verwoordt dezelfde opvatting in zijn conclusie als Advocaat-Generaal [hierna: ‘A-G’] op het arrest HR 21 februari 2003, *BNB* 2003/177.

<sup>66</sup> A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 116.

<sup>67</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, 15 januari 2011, nr. IFZ2010/00457M, Stb. 2011/1375, onderdeel 1.2.

statische [of: beperkt dynamische] benadering suggereert. Echter, uit de laatste volzin volgt dat dit gezien kan worden als een handreiking naar de belastingplichtige, omdat hij er zelf voor dient te kiezen. Van belastingplichtige wordt dan wel verwacht dat hij de uitgangspunten van de huidige benadering zowel in Nederland als in het andere land consistent toepast. Deze toezegging is herhaald in de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid.<sup>68</sup> Merkwaardig is dat de voorwaarde die daarin is geformuleerd verschilt van het Besluit. Naast het feit dat de belastingplichtige in beide landen de AOA consequent moet toepassen, is een aanvullende voorwaarde genoemd dat de AOA tevens dient te worden toegepast door de andere verdragsluitende staat. Hoe dan ook, het gevolg is dat de belastingplichtige in staat wordt gesteld de meest voordelige methode te kiezen die op hem van toepassing is. Met deze toezegging wordt mijns ziens geen afbreuk gedaan aan het uitgangspunt dat een gewijzigd Commentaar alleen als uitleggingsmiddel kan worden gebruikt indien sprake is van een verduidelijking. Namelijk, zowel de belastingplichtige als de wetgever kunnen zich vinden in de gekozen benadering, waardoor geen sprake zal zijn van een conflict.

## 2.7 Deelconclusie

In deze paragraaf kom ik tot de beantwoording van de volgende deelvraag:

*“Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van art. 7 OESO [oud] en het daarbij behorende Commentaar?”*

Voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting zijn historisch de winstsplitsingsmethode [art. 7, lid 4, OESO 1963] en de ondernemingsplitsingsmethode [art. 7, lid 2, OESO 1963] te onderscheiden. Op basis van de winstsplitsingsmethode dient eerst de totale ondernemingswinst te worden vastgesteld, waarna deze wordt verdeeld aan de hand van een verdeelsleutel [omzet, loonkosten, werkkapitaal, etc.] tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Een bezwaar van deze methode is dat zowel het vaste-inrichtingsland als het hoofdhuisland de generale ondernemingswinst afzonderlijk van elkaar bepalen, waarna dan de verdeelsleutel wordt toegepast voor het verdelen van de heffingsgrondslag. Daarnaast is het mogelijk dat ook de opbouw van de verdeelsleutel afzonderlijk wordt vastgesteld door de beide staten. Het bestaan van dergelijke verschillen dragen niet bij aan het wegnemen van het risico op dubbele dan wel geen belastingheffing. De winstsplitsingsmethode oogt op het eerste gezicht relatief eenvoudig, maar als verder wordt gekeken bestaan bij een dergelijke methode theoretische en praktische bezwaren. Op basis van de ondernemingsplitsingsmethode dient de winst [in beginsel] te worden toegerekend aan de vaste inrichting als ware deze een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Een belangrijk verschil met de winstsplitsingsmethode is dat bij de ondernemingsplitsingsmethode de winst onafhankelijk van het hoofdhuis wordt vastgesteld. Dit maakt het denkbaar dat op het niveau van de vaste inrichting een winst kan worden behaald, terwijl bij het hoofdhuis totaliter gezien een verlies wordt gemaakt. Bij de winstsplitsingsmethode is de totale ondernemingswinst het uitgangspunt voor de verdeling, waardoor nooit méér winst kan worden toegerekend dan de generale onderneming in het geheel heeft behaald. Alhoewel de lidstaten [over het algemeen] de voorkeur gaven aan de ondernemingsplitsingsmethode, bestonden tegen deze methode ook bezwaren. Een bezwaar was dat door het gebrek aan een praktische invulling van deze methode, de winsttoerekening tussen de lidstaten op een niet eenduidige wijze plaatsvond. Daarnaast bestond ook onduidelijkheid over de reikwijdte van de zelfstandigheidsfictie van de ondernemingsplitsingsmethode. In art.

---

<sup>68</sup> MvF, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, NTFR 2011/410, p. 43.



7, lid 3, OESO 1963 werd een inbreuk gemaakt op de zelfstandigheidsfictie. Voor een drietal interne transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting [interne leningen, intern ter beschikking stellen van immateriële activa en interne dienstverlening] werd slechts een doorberekening van de kosten toegestaan. Een consequente toepassing van de zelfstandigheidsfictie [oftewel: arm's-lengthbeginsel] noopt ertoe dat ook een winstdeel in aanmerking dient te worden genomen. In 1977 en 1992 is het OESO-modelverdrag aangepast zonder noemenswaardige wijzigingen van de inhoud van art. 7 OESO. In 1994 is het Commentaar aangepast, waarbij is ingegaan op de ongerijmdheid tussen lid 2 en lid 3 van art. 7 OESO. Het uitgangspunt is in beginsel ongewijzigd gebleven. De OESO achtte een kostentoerekening gepast, omdat de genoemde transacties zich doorgaans alleen voordoen tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis [en niet tussen de generale onderneming met daadwerkelijk zelfstandige ondernemingen]. Dit standpunt verhoudt zich duidelijk niet met het arm's-lengthbeginsel, omdat het niet relevant is of een transactie ook tussen willekeurige derden had kunnen voorkomen. Namelijk, het arm's-lengthbeginsel dient in dit verband slechts te bewerkstelligen dat de heffingsbevoegdheid tussen het bronland en het vestigingsland wordt verdeeld.

De verduidelijking van het Commentaar in 1994 heeft er niet toe geleid dat de bezwaren met betrekking tot art. 7 OESO zijn weggenomen. Daarnaast bestond geen duidelijke richtsnoer voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding op transacties [anders dan die genoemd zijn in lid 3] tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis. Naar aanleiding hiervan is de OESO een onderzoek gestart dat in 2008 heeft geresulteerd in het PE-rapport. Dit is de basis geweest voor de aanpassing van het Commentaar in 2008. Het belang van dit aangepaste Commentaar 2008 is groot, mede omdat de OESO heeft aangegeven dat dit Commentaar dynamisch dient te worden geïnterpreteerd. Uit de jurisprudentie volgt dat een verdragsposterieure versie van het Commentaar alleen dynamisch kan worden geïnterpreteerd, voor zover de aanpassingen als een verduidelijking van het oud Commentaar kunnen worden beschouwd. Als een aanpassing van het Commentaar tot gevolg heeft dat een ander standpunt wordt ingenomen dan voorheen, hoeft de belastingplichtige zich niet te houden aan het aangepaste Commentaar. De zienswijze van de OESO doet hier niet aan af.

### 3 Authorised OECD Approach

#### 3.1 Inleiding

In 2008 is het Commentaar deels gewijzigd, waarna in 2010 art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar geheel zijn gewijzigd in de geest van de AOA. Voor het vaststellen van de toerekenbare winst aan de vaste inrichting beschrijft de AOA twee stappen. In de eerste stap dient op grond van een functionele en feitelijke analyse functies, activa en risico's toegerekend te worden aan de vaste inrichting. In de tweede stap worden de transacties tussen de vaste inrichting met het hoofdhuis én de transacties tussen de vaste inrichting met zelfstandige ondernemingen voorzien van een zakelijke prijs. De eerste stap staat centraal in het onderhavige hoofdstuk; de tweede stap wordt summier behandeld. De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 3.2 wordt de functionele analyse op hoofdlijnen besproken waarna in de daaropvolgende paragrafen 3.3 en 3.4 de toerekening van respectievelijk risico's en de activa wordt behandeld. Op basis van de toegerekende activa en risico's moet eigen en vreemd vermogen worden toegerekend aan de vaste inrichting. In paragraaf 3.5 worden de methoden voor het toerekenen van vermogen aan de vaste inrichting behandeld. In paragraaf 3.6 wordt ingegaan op de voorwaarden die voor het erkennen van transacties en dealings bij de vaste inrichting. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 3.7 afgesloten met een conclusie.

#### 3.2 Authorised OECD Approach

##### 3.2.1 Algemeen

Het aangepaste art. 7 OESO 2010 handelt over de winstbepaling van de vaste inrichting. In het eerste lid van dit artikel is bepaald dat de heffingsbevoegdheid ten aanzien van grensoverschrijdende ondernemingswinsten wordt toegewezen aan het bronland, indien en voor zover deze winsten toerekenbaar zijn aan een aldaar aanwezige vaste inrichting. Aan de vaste inrichting kunnen alleen de winsten worden toegerekend die behaald zijn met de activiteiten die de vaste inrichting uitvoert en niet de winsten die de onderneming behaalt met andere activiteiten in het vaste-inrichtingsland. In essentie verschilt dit voorgaande niet van art. 7, lid 1, OESO [oud], omdat ook daar het standpunt van de OESO is dat de methode van de 'force of attraction' niet is toegestaan. Toch heeft de OESO dit willen benadrukken door de laatste volzin van lid 1 aan te passen met de tekst na de komma:

If the enterprise carries on business as aforesaid, **the profits that are attributable to the permanent establishment** in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in the other State.

De woordkeuze van de dikgedrukte woorden is wat ongelukkig gekozen, omdat bij een letterlijke interpretatie de indruk kan ontstaan dat alleen een deel van de winst van de onderneming kan worden toegerekend aan de vaste inrichting, en niet meer. Dit betekent dat als de onderneming geen winst maakt, ook geen winst aan de vaste inrichting kan worden toegerekend. Het mag duidelijk zijn dat deze uitkomst niet de bedoeling is geweest, omdat de OESO met de komst van de AOA duidelijk afstand heeft genomen van de winstsplitsingsmethode.<sup>69</sup> Om deze reden zijn ook de woorden "profits of the enterprise" en "only so much of them" uit lid 1 verwijderd, zodat de verdragstekst beter aansluit op de zelfstandigheidsfictie. Het tweede lid is meer ingrijpend gewijzigd en bevat de benadering van de functionele en feitelijke analyse voor het toerekenen van functies, activa en risico's aan de vaste inrichting. De behandeling van het tweede lid staat in het vervolg van dit hoofdstuk centraal. Het derde lid is eveneens gewijzigd en bevat niet langer de gewraakte bepaling die ingaat op de kostentoerekening aan de

---

<sup>69</sup> Par. 10 t/m 14 van het Commentaar 2010.

vaste inrichting.<sup>70</sup> Hiervoor is in de plaats gekomen een bepaling die de verdragsluitende Staten ertoe beweegt corresponderende aanpassingen te maken, indien de andere verdragsluitende staat de winst van de vaste inrichting heeft gecorrigeerd in lijn met het tweede lid [en deze winst in de heffing heeft betrokken waardoor dubbele belastingheffing is ontstaan]. Hierbij kunnen de verdragsluitende Staten in onderling overleg treden.<sup>71</sup> Het vierde en laatste lid behandelt niet langer de methode van de winstsplitsing. In dit lid is nu het zevende lid van art. 7 OESO [oud] opgenomen waarin is bepaald dat indien een winstbestanddeel ook onder een andere toewijzingsbepaling van het verdrag valt, die andere bepaling dient te prevaleren. De overige leden 3, 4, 5 en 6 van art. 7 OESO [oud] zijn komen te vervallen.

### 3.2.2 Tweestappenbenadering

#### *Stap 1 [functionele en feitelijke analyse]*

De functionele en feitelijke analyse is in sterke mate ontleend aan de analyse die is beschreven in de Verrekenprijsrichtlijn.<sup>72</sup> De Verrekenprijsrichtlijn kan worden gezien als een toelichting op art. 9 OESO waarbij methoden zijn beschreven voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding op transacties tussen gelieerde zelfstandige ondernemingen.<sup>73</sup> Bij het vaststellen van een zakelijke vergoeding is het uitgangspunt dat deze gelijk is aan de vergoeding op transacties die zou zijn overeengekomen tussen niet-gelieerde ondernemingen. De rol die de functionele analyse hierin neemt is het beoordelen in welke mate de voorwaarden van transacties tussen gelieerde ondernemingen vergeleken kan worden met de voorwaarden van transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen. Deze rol is van secundair belang bij de toepassing van de functionele en de feitelijke analyse van de AOA. Binnen de AOA dient de analyse primair om de vaste inrichting te beschouwen als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming.<sup>74</sup> Dit vindt plaats door de functies te identificeren die door de vaste inrichting worden uitgevoerd, waarna deze worden toegerekend met inachtneming van de daarbij gedragen risico's en de gebruikte activa.

Een probleem dat optreedt bij het toerekenen van de risico's en de activa is dat in de relatie tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting geen juridische contracten bestaan waarin is geregeld wie de risico's draagt en aan wie de eigendomsrechten van de activa toekomen. Om de toerekening van activa en risico's aan de vaste inrichting toch mogelijk te maken is de functionele en feitelijke analyse aangevuld met de vaststelling van de 'significant people functions'.<sup>75</sup> Voor het toerekenen van activa moet worden vastgesteld wie vanuit de vaste inrichting actief de beslissingen neemt tot het aangaan en beheren van de risico's met betrekking tot de economische eigendom van

---

<sup>70</sup> Dit betekent niet dat er geen sprake meer kan zijn van een kostentoe rekening. Onder het arm's-lengthbeginsel bestaat de mogelijkheid dat het hoofdhuis en de vaste inrichting gezamenlijk voor eigen rekening en risico een activiteit ontplooiën [bijvoorbeeld: de ontwikkeling van een immaterieel activum] slechts de kosten hoeven te verdelen. Een dergelijke situatie kan zich namelijk ook voordoen tussen twee zelfstandige ondernemingen.

<sup>71</sup> Indien de verdragspartners niet tot overeenstemming kunnen komen ten aanzien van de correctie om dubbele belastingheffing weg te nemen, dient de mutual agreement procedure te worden opgestart [art. 25 OESO]. Vergelijk hierbij art. 9, lid 2, OESO. De lidstaten kunnen overigens kiezen voor een alternatieve [verdergaande] tekst van art. 7, lid 3, OESO, waarbij een resultaatsverplichting wordt geëist van de verdragspartners, dit in tegenstelling tot art. 25 OESO die een inspanningsverplichting eist.

<sup>72</sup> Par. 1.42 t/m 1.51 Verrekenprijsrichtlijn 2010.

<sup>73</sup> De Verrekenprijsrichtlijn heeft het Commentaar op art. 9 OESO dan ook nagenoeg geheel vervangen.

<sup>74</sup> Par. 45 van het PE-rapport.

<sup>75</sup> Par. 15 van het PE-rapport.

de activa.<sup>76</sup> Voor het toerekenen van risico moet worden vastgesteld wie actief de beslissingen neemt met betrekking tot het aangaan en beheren van dat risico. De OESO is bij het beschrijven van de vaststelling van de significant people functions voornamelijk ingegaan op concrete situaties zonder daarbij duidelijke kaders te schetsen hoe het beslissingsproces in de praktijk eruit ziet. Een reden kan zijn dat het een zeer feitelijke aangelegenheid is die van situatie tot situatie kan verschillen. Dit raakt dan ook meteen de kern van het bezwaar die ik heb op deze methode. De belastingplichtige is genoodzaakt het beslissingsproces nauwgezet uiteen te zetten, wat een zware administratieve last met zich brengt.

Op basis van de reeds toebedeelde activa en risico's moet eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting worden toegerekend. Voor de toerekening van het vermogen beschrijft de AOA een viertal methoden waarbij eerst het eigen vermogen ['free capital'] wordt toegerekend aan de vaste inrichting. Nadat het eigen vermogen is toegerekend, bestaat het restant van het vermogen van de vaste inrichting uit het toegerekende vreemd vermogen.

Het laatste onderdeel van de functionele analyse is het identificeren en erkennen van de transacties die de vaste inrichting aangaat met:

- i. een ander onderdeel van de onderneming waartoe de vaste inrichting behoort ['dealing'];
- ii. een onderneming die gelieerd is aan de onderneming waartoe de vaste inrichting behoort ['gelieerde transactie']; en
- iii. een onderneming die niet is gelieerd is aan de onderneming waartoe de vaste inrichting behoort ['niet-gelieerde transactie'].

Dit vormt het belangrijkste onderdeel, omdat de dealings en transacties bepalend zijn voor de toerekenbare winst aan de vaste inrichting. De identificering en erkenning van een dealing is een moeizaam proces, omdat geen juridisch bindende contracten bestaan tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Dit in tegenstelling tot transacties waar deze contracten wel bestaan. Omdat deze contracten op 'naam' staan van het hoofdhuis is in dit geval van belang dat de rechten en plichten die daaruit voortvloeien alsnog worden toegerekend aan de vaste inrichting.

#### *Stap 2 [winsttoerekening]*

Alles in de eerste stap is erop gericht op het kunnen vaststellen van de transacties en dealings die de vaste inrichting is aangegaan. In de tweede stap moeten de transacties en dealings worden voorzien van een arm's-lengthvergoeding op grond van c.q. naar analogie van art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekprijsrichtlijnen. Voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding dienen de voorwaarden van [i] de 'dealings' en/of [ii] de 'gelieerde transacties' te worden vergeleken met soortgelijke transacties die tussen willekeurige derden tot stand zouden zijn gekomen. Voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding op [iii] 'niet-gelieerde transacties' behoeft een dergelijke vergelijking niet te worden gemaakt, omdat de prijsstelling

---

<sup>76</sup> In voetnoot 4 van het PE-rapport is het begrip economische eigendom als volgt gedefinieerd: "The 'economic' ownership of assets in the Article 7 context means the equivalent of ownership for income tax purposes by a separate enterprise, with the attendant benefits and burdens [e.g. the right to the income attributable to the ownership of the asset, such as royalties; the right to depreciate a depreciable asset; and the potential exposure to gains or losses from the appreciation or depreciation of the asset]." Deze formulering komt in sterke mate overeen met de formulering in de Nederlandse jurisprudentie: "het risico op waardeverandering en tenietgaan".

doorgaans reeds op zakelijke gronden zal zijn vastgesteld. De beoordeling van de mate van vergelijkbaarheid van de dealings en gelieerde transacties met soortgelijke transacties tussen willekeurige derden, kan plaatsvinden op basis van de

- i. vergelijkbaarheidsfactoren [kenmerken van goederen of diensten, economische omstandigheden en ondernemingsstrategieën]; of
- ii. de feitelijke omstandigheden van de vaste inrichting [functionele analyse en de contractuele voorwaarden].

Nadat de vergelijking is gemaakt volgt het selecteren en toepassen van de meest geschikte verrekenprijsmethode voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding.<sup>77</sup>

Een dergelijke handelswijze voor het vaststellen van een zakelijke vergoeding komt vanuit een theoretisch oogpunt logisch voor. Vanuit een praktisch oogpunt is gebleken dat de beoordeling van de vergelijkbaarheid tussen transacties zelden tot een eenduidige uitkomst leidt, omdat elke transactie wel op bepaalde punten verschilt van een andere transactie. Dit geldt in het bijzonder voor de dealings, omdat deze doorgaans zo specifiek van aard zijn dat deze zich alleen voordoen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Om deze reden is het maximale resultaat dat kan worden behaald het identificeren van een bandbreedte waarbinnen zich de zakelijke vergoeding dient te bevinden.<sup>78</sup> Een ander bezwaar dat nog kan worden genoemd, maar eigenlijk meer de algemeenheid geldt voor de toepassing van de Verrekenprijsmethoden, is dat het een zware administratieve last legt op de belastingplichtigen. De keuze van een bepaalde verrekenprijsmethode moet door de belastingplichtige op een zodanige wijze worden beargumenteerd, dat moet komen vast te staan dat de andere methoden minder geschikt zijn voor het vaststellen van een arm's-lengthvergoeding.

### 3.2.3 Fricctie tussen de economische en juridische realiteit

De basisgedachte die ten grondslag ligt aan art. 7 OESO komt voort uit de aanwezigheid van een frictie tussen de economische en juridische realiteit. Vanuit juridisch oogpunt dient de heffingsbevoegdheid ten aanzien van de vaste-inrichtingswinsten toegewezen te worden aan het vestigingsland, omdat daar de juridische entiteit is gevestigd. Vanuit economisch oogpunt dient de heffingsbevoegdheid te worden toegewezen aan het bronland, omdat daar de winstgenererende economische activiteiten plaatsvinden.<sup>79</sup>

Om de heffingsbevoegdheid te verdelen, wordt op basis van art. 7, lid 1, OESO aangesloten bij de economische realiteit. Voor het beschrijven van de economische realiteit dient in art. 7, lid 2, OESO het arm's-lengthbeginsel als middel, waardoor de vaste inrichting bij fictie wordt beschouwd als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Het gebruik van een fictie is naar mijn opvatting aanvaardbaar, mits daarmee de economische realiteit boven de juridische realiteit wordt gesteld.<sup>80</sup> Het is evident dat een vaste inrichting geen

---

<sup>77</sup> Voor het vaststellen van een arm's-lengthprijs op een dealing of een transactie met een gelieerde ondernemingen bestaan vijf methoden die zijn onder te verdelen in de zogenaamde traditionele transactiemethoden en de transactionele winstmethoden. Het onderscheid tussen de traditionele methoden is dat de vaststelling van een arm's-lengthprijs plaatsvindt op het niveau van de transacties, terwijl bij de transactionele winstmethoden dit plaatsvindt op het niveau van de nettowinstmarge met betrekking tot de uitgevoerde activiteiten.

<sup>78</sup> G.M.M. Michielse, *De vaste inrichting*, NTFRB 2007/35, onderdeel 4.

<sup>79</sup> In de literatuur staat dit argument voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid beter bekend als het oorsprongbeginsel. Zie: A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars en A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p. 3.

<sup>80</sup> Hierbij deel ik de opvatting van *Albert*. Zie: P.G.H. Albert, *Fictie en werkelijkheid in het belastingrecht*, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers [2006], p. 17.

dochtervennootschap is. De vraag is dan of deze economisch daarmee vergelijkbaar is. Dat is mijns inziens niet het geval, omdat de vaste inrichting op onderdelen [economisch] fundamenteel verschilt van een dochtervennootschap. Een vaste inrichting omvat minder activiteiten en heeft doorgaans een minder duurzaam karakter dan een dochtervennootschap. Dit is de reden dat in bepaalde situaties wordt gekozen voor een vaste inrichting en niet voor een dochtervennootschap. In het PE-rapport is het [economische] onderscheid tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap dan ook onderkend:

In many cases, businesses operate through permanent establishments rather than separate entities precisely because the PE structure provides for efficient capital utilisation, risk diversification, economies of scale, etc., making the structure more profitable. Thus, a PE will be more commonly used in some sectors (banking, insurance) or for activities carried on temporarily in a State (public works) or by virtue of the level of activity or complexity of operations. By contrast, a subsidiary may combine a more complete set of operations within a country.<sup>81</sup>

En later meer expliciet:

[...] a PE is not the same as a subsidiary, and it is not in fact legally or economically separate from the rest of the enterprise of which it is a part.<sup>82</sup>

De constatering hiervan heeft tot gevolg dat het arm's-lengthbeginsel naar mijn opvatting niet het correcte middel is voor het beschrijven van de economische realiteit, omdat voor de winsttoerekening een situatie wordt geconstrueerd die niet overeenkomt met de werkelijkheid.

In het PE-rapport is aangegeven dat het doel niet is om door middel van de AOA een gelijkstelling aan een dochtervennootschap te bewerkstelligen in termen van belastbare winst.<sup>83</sup> Het uitgangspunt is wel de vaste inrichting te beschouwen als onafhankelijke en zelfstandige onderneming, zodat dealings kunnen worden geïdentificeerd waarna deze conform de principes van het arm's-lengthbeginsel kunnen worden geprijsd. Dit laatste stuit zoals ik hiervoor al heb aangegeven op bezwaren. Doordat een situatie wordt gecreëerd die niet overeenkomt met de werkelijkheid, bestaan beperkingen in hoeverre het arm's-lengthbeginsel kan worden toegepast in een vaste-inrichtingssituatie. De activiteiten die een vaste inrichting uitvoert, zijn doorgaans meer verweven met de activiteiten van het hoofdhuis in vergelijking met de activiteiten van een dochtervennootschap in een moeder-dochtersituatie. Het toepassen van het arm's-lengthbeginsel zal naar mijn verwachting in de praktijk dan ook oplopen tegen de beperking dat deze in bepaalde gevallen niet volledig kan worden doorgevoerd dan wel tegen [te] zware administratieve lasten. Een geval waarbij dit goed naar voren komt is die waarbij de vaste inrichting zowel op financieel vlak als onafhankelijke en zelfstandige entiteit moet worden verondersteld. Zo wordt ervan uitgegaan dat de kredietwaardigheid van de vaste inrichting gelijk is aan de kredietwaardigheid van het hoofdhuis. Dit is doorgaans niet het geval in een moeder-dochtersituatie, omdat deze onderling kan verschillen.

Als oplossing voor de bezwaren die optreden bij het toepassen van het arm's-lengthbeginsel tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting, dient het hoofdhuis samen met de vaste inrichting[en] te worden betrokken in de belastingheffing als één onderneming, waarbij één grondslag voor de vennootschapsbelasting moet gelden. Het toepassen van het arm's-lengthbeginsel is niet langer noodzakelijk, omdat de belastbare winst op het niveau van

---

<sup>81</sup> Par. 55 van het PE-rapport.

<sup>82</sup> Par. 175 van het PE-rapport.

<sup>83</sup> Par. 55 van het PE-rapport.

de generale onderneming wordt vastgesteld.<sup>84</sup> In Europees verband zijn voorstellen gedaan voor een dergelijke geharmoniseerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting, ook wel de ‘Common Consolidated Corporate Tax Base’ [hierna: ‘CCCTB’]. De CCCTB heeft als voordeel dat bedrijven die opereren binnen de Europese markt niet langer worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing, omdat er sprake is van één grondslag die op een uniforme wijze wordt verdeeld tussen de betrokken EU-lidstaten. Een groot struikelblok voor de invoering van de CCCTB is dat de verdeling van de heffingsgrondslag plaatsvindt op basis van een arbitraire verdeelsleutel.<sup>85</sup> Dit heeft tot gevolg dat [veelal de kleinere] EU-lidstaten met een grote dienstensector en innovatieve bedrijven hun belastingopbrengsten gaan dalen. De EU-lidstaten met veel industrie daarentegen krijgen een groter deel van de heffingsgrondslag toegewezen. Om deze reden zijn alleen Frankrijk en Duitsland vooralsnog een voorstander van een dergelijke benadering. Andere EU-lidstaten – waaronder Nederland – hebben al te kennen gegeven dat ze niets zien in een dergelijk systeem. Dit maakt het hoogst onwaarschijnlijk dat de CCCTB op korte termijn zal worden ingevoerd. Een verdeling van de heffingsbevoegdheid op basis van het arm’s-lengthbeginsel is dan op dit moment – ondanks de erkende bezwaren – de beste methode, omdat deze een breed draagvlak geniet onder de OESO-lidstaten.

### 3.3 Risico’s

#### 3.3.1 Algemeen

Voor het veronderstellen van de vaste inrichting als een onafhankelijke en zelfstandige ondernemingen moeten risico’s worden toegerekend aan de vaste inrichting. Dit toerekenen van de risico’s aan een vaste inrichting kan wat vreemd voorkomen, maar eigenlijk draait alles bij de functionele en feitelijke analyse om de toerekening van risico’s. Als activa worden toegerekend aan de vaste inrichting is dat in feite niets anders dan een toerekening van risico’s die samenhangen met de economische eigendom van die activa. Het activum vormt daarbij slechts de ‘belichaming’ van dat risico.<sup>86</sup> Daarnaast doen zich risico’s voor die losstaan van de activa, maar verband houden met de functies [lees: activiteiten]<sup>87</sup> die door de vaste inrichting worden uitgevoerd. De belangrijkste activiteiten van de vaste inrichting zijn onderzoek en ontwikkeling, dienstverlening, financiering, productie, inkoop, verkoop en marketing.<sup>88</sup> Bij de uitoefening van deze activiteiten ontstaan tal van risico’s. Als de vaste inrichting bijvoorbeeld verantwoordelijk is voor de verkoop en distributie van de goederen, moet worden verondersteld dat daaraan gerelateerde risico’s worden gelopen, zoals markt[conjunctuur]-, voorraad-, debiteuren-, en wisselkoersrisico’s.<sup>89</sup> Risico’s volgen dan ook in beginsel de activiteiten die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting [risks follows functions].<sup>90</sup> In deze paragraaf staat centraal de toerekening van de risico’s, die verband houden met de uitoefening van activiteiten.

---

<sup>84</sup> Voor de vaste inrichtingen die niet vallen onder een dergelijk regime blijft de toepassing van het arm’s-lengthbeginsel wel gewoon noodzakelijk.

<sup>85</sup> P. Kavelaars, *Naar een Europese winstgrondslag [deel 1]*, WFR 2008/1184, onderdeel 4.2.2.

<sup>86</sup> In dit verband kan worden gedacht aan het risico op een waardedaling of tenietgaan van een activum. In paragraaf 3.4 wordt de toerekening van activa meer diepgaand behandeld.

<sup>87</sup> Par. 57 van het PE-rapport.

<sup>88</sup> In par. 1.43 en 5.23 van de Verrekenprijsrichtlijn zijn nog andere functies genoemd, zoals transport en opslag, personeelszaken en management, design, assemblage, inkoopmanagement, voorraadbeheer, distributie, administratie, opleiding en garantie.

<sup>89</sup> De Verrekenprijsrichtlijnen hebben het Commentaar op art. 9 OESO nagenoeg geheel vervangen. Zie: J. T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Kluwer: Deventer [2011], p. 45.

<sup>90</sup> Par. 44, Deel II van het PE-rapport.

### 3.3.2 Toerekenen van risico's

Als een onzelfstandig onderdeel van de generale onderneming kan de vaste inrichting [juridisch gezien] geen risico's dragen. De veronderstelling dat de vaste inrichting een onafhankelijke en zelfstandige onderneming is, brengt met zich dat de risico's wel moeten worden toegerekend en wel om twee redenen. Ten eerste heeft het al dan niet toerekenen van de risico's invloed op de omvang van de toerekenbare winst aan de vaste inrichting. Een risico kan namelijk tot gevolg hebben dat later uitgaven moeten worden gedaan.<sup>91</sup> Ten tweede is de toerekening van risico's noodzakelijk voor de vraag hoeveel eigen vermogen er moet worden toegerekend aan de vaste inrichting ['capital follows risk'].<sup>92</sup> De verwachting dat bepaalde uitgaven zich zullen gaan voordoen, vertegenwoordigt een bepaalde waarde die moet worden ondervangen door de aanwezigheid van eigen vermogen. Dit laatste is het duidelijkst zichtbaar bij ondernemingen die werkzaam zijn binnen de financiële sector.<sup>93</sup> Van overheidswege is bijvoorbeeld een bankbedrijf verplicht om te voldoen aan een minimumkapitaalseis die onder andere afhankelijk is van de risico's die worden gelopen. Voor niet-financiële ondernemingen zijn dergelijke regels niet tot stand gebracht, omdat het maatschappelijke belang minder in het geding is wanneer niet-financiële ondernemingen onverantwoorde risico's nemen [lees: in onvoldoende mate gefinancierd zijn met eigen vermogen]. Zoals later in dit hoofdstuk naar voren zal komen moet voor de toerekening van vermogen aan de vaste inrichting van niet-financiële ondernemingen – op grond van het arm's-lengthbeginsel – ook een minimum aan eigen vermogen in aanmerking worden gebracht.

Voor het toerekenen van risico's aan de vaste inrichting is het vereist dat de 'significant people functions' die relevant zijn voor het aangaan en het beheren van de risico's worden geïdentificeerd bij de vaste inrichting.<sup>94</sup> In het voorbeeld dat de vaste inrichting als activiteit heeft 'de verkoop en distributie', is het voorraadrisico pas toerekenbaar aan de vaste inrichting als de personen die verantwoordelijk zijn voor de 'aankoop' van voorraad werken op de locatie waar de activiteit van de vaste inrichting. Het ligt voor de hand dat dit de personen zijn die werkzaam zijn bij de vaste inrichting en niet de personen die werkzaam zijn bij het hoofdhuis, omdat de eerste een duidelijk zicht hebben op de risico's en derhalve een actieve rol kunnen vervullen binnen het beslissingsproces tot het al dan niet aangaan van de risico's. Dit zelfde geldt voor het debiteurenrisico dat gerelateerd is aan de verkoop- en distributieactiviteit. Het toerekenen van dit risico is afhankelijk van de personen die een actieve rol innemen in het beslissingsproces tot het al dan niet verlenen van krediet. De omstandigheid dat de algemene criteria voor het verlenen van krediet door het management op hoofdhuisniveau zijn bepaald doet hier niet aan af. De personen die werkzaam zijn bij de vaste inrichting binden de onderneming uiteindelijk aan een risico.<sup>95</sup> De criteria die zijn opgelegd vanuit het hoofdhuis moeten naar mijn opvatting wel ruimte bieden voor de eigen beoordelingsvrijheid van de managers bij de vaste inrichting. Als het beslissingsproces op een zodanige wijze is beschreven dat de manager bij de vaste inrichting feitelijk gezien uitvoering geeft aan de keuzes van de managers bij het hoofdhuis, kan niet worden gesproken van 'significant people functions' bij de vaste inrichting. Als de algemene criteria [die zijn opgelegd door het hoofdhuis] zijn dat

---

<sup>91</sup> Andersom is het natuurlijk ook mogelijk, dat het risico toekomstige opbrengsten met zich kan brengen. Voor het vervolg van de scriptie wordt onder risico verstaan de mogelijkheid dat kosten zich gaan zullen voordoen, tenzij anders is aangegeven.

<sup>92</sup> Par. 26 van het PE-rapport.

<sup>93</sup> Par. 71 van het PE-rapport.

<sup>94</sup> Uit par. 68 van het PE-rapport volgt dat risico's die voortvloeien uit nalatigheid van werknemers altijd toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting waar deze personen werkzaam zijn.

<sup>95</sup> Zie par. 23 en 24 van het PE-rapport.



de verantwoordelijke manager bij de vaste inrichting slechts binnen een bepaalde bandbreedte risico's mag opereren, moet mijns inziens alleen dat risico binnen de bandbreedte worden toegerekend aan de vaste inrichting. De toerekening van risico's zal dus een zeer feitelijke aangelegenheid zijn.

Het is mogelijk dat een risico [eerst] was aangegaan door het hoofdhuis en vervolgens wordt beheerd door de vaste inrichting. Als wordt voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan een dealing<sup>96</sup> kan dit ertoe leiden dat de economische eigendom van het risico overgaat [tegen de waarde in het economische verkeer] op de vaste inrichting. Van belang is dan wel dat de beheersfunctie die de vaste inrichting op zich heeft genomen is aan te merken als een significant people function.<sup>97</sup> Als de beheersactiviteit die wordt uitgevoerd door de vaste inrichting niet kwalificeert als een significant people function, maar er wordt wel voldaan aan de voorwaarden van een dealing, dient de vaste inrichting at arm's length te worden beloond voor het verrichten van de activiteit.<sup>98</sup>

### 3.3.3 Waarderen van de risico's

Nadat de risico's zijn toegerekend op basis van de relevante significant people functions is het van belang dat deze moeten worden gewaardeerd. Dit is van belang, omdat de methoden voor het toerekenen van eigen vermogen aan de vaste inrichting afhankelijk zijn van de waardering van de toegerekende risico's.<sup>99</sup> Deze risico's zijn een bedreiging voor de continuïteit van een onderneming als daar niet in voldoende mate rekening mee wordt gehouden. De praktijk is echter dat het voor niet-financiële ondernemingen een haast onmogelijke taak is om rekening te houden met al deze risico's; denk bijvoorbeeld aan het risico op een neergaande conjunctuur. Daarnaast is het nog de vraag in hoeverre belastingautoriteiten willen meegaan in de waarderings van de risico's van niet-financiële ondernemingen, omdat in veel gevallen de waardering van de risico's enigszins willekeurig is. In de situatie dat een onderneming er wel in slaagt het risico met een aanvaardbare waarschijnlijkheid te waarderen, staan belastingautoriteiten onder voorwaarden toe dat de risico's mogen worden geactiveerd op de balans als zijnde een voorziening.<sup>100</sup> Een discussie is dan wel of dit risico niet al eerder bestond en dus al eerder moet worden verantwoord. Waarschijnlijk zal het antwoord hierop veelal bevestigend zijn, maar omdat het instrumentarium ontbreekt om deze risico's met enige nauwkeurigheid te meten zal de waardering voor de meeste niet-financiële ondernemingen veelal een onmogelijke exercitie zijn.<sup>101</sup> Voor het toerekenen van een risicogewogen vermogensstructuur aan de vaste inrichting zal dan ook het zwaartepunt moeten liggen bij de waardering van de activa.<sup>102</sup> Naar mijn opvatting is dit ook in lijn met de bestemming van vermogen binnen een niet-financiële onderneming. Doorgaans zal eigen vermogen worden aangewend voor het [her]investeren in bedrijfsmiddelen en niet het ondersteunen van de risico's, dit in tegenstelling tot financiële instellingen waarbij het eigen vermogen primair dient voor het ondersteunen van de risico's.

---

<sup>96</sup> De voorwaarden voor het erkennen van een dealing worden nader uiteengezet in paragraaf 3.7.

<sup>97</sup> Par. 70 van het PE-rapport.

<sup>98</sup> P. Hoogterp, *Interestlasten vaste inrichtingen*, WFR 2008/1085, onderdeel 3.2.

<sup>99</sup> In paragraaf 3.5 wordt nader ingegaan op dit onderwerp.

<sup>100</sup> Zie paragraaf 4.5.5.

<sup>101</sup> Pijl is van opvatting dat alleen "extreem omvangrijke vi's" de risico's zullen gaan waarderen. Zie: H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 5.3.

<sup>102</sup> Par. 109 van het PE-rapport.

Het waarden van de risico's zal zoals gezegd met name een belangrijke rol spelen bij de vaste inrichtingen van financiële instellingen. Dit soort ondernemingen beschikken doorgaans over een verfijnd instrumentarium voor het meten van de gelopen risico's. Dit instrumentarium is toepasbaar omdat de financiële activa en de activiteiten van financiële ondernemingen zich beter lenen voor het meten van de risico's. Naast de methoden die financiële ondernemingen zelf hebben ontwikkeld voor het waarden van de risico's bestaan internationaal geaccepteerde standaarden voor het waarden van risico's. Het Basel-Akkoord is zo een internationaal geaccepteerde standaard die breed wordt gedragen door financiële instellingen en belastingautoriteiten.<sup>103</sup> De vraag is dan ook of de methoden zich niet lenen voor het waarden van de risico's van niet financiële ondernemingen. Dit zal vaak niet het geval zijn, omdat deze toegespitst zijn op de hoofdactiviteit die een bankbedrijf uitvoert, namelijk het in- en uitlenen van gelden. De activiteiten en daarbij ook de risico's van niet-financiële ondernemingen verschillen onderling sterk van elkaar, waardoor het niet mogelijk is om één standaard te ontwikkelen die universeel toepasbaar zal zijn.

### **3.4 Activa**

#### **3.4.1 Algemeen**

Voor het veronderstellen van de vaste inrichting als een zelfstandige en onafhankelijke onderneming dient naast de toerekening van risico's ook activa [materieel en immaterieel] te worden toegerekend. Het toerekenen van activa heeft gevolgen voor zowel de toerekening van vermogen als voor de toerekening van winst aan de vaste inrichting. Van belang is dat hierbij eveneens moet komen vast te staan in welke mate en onder welke condities [zelfstandig of gedeeld eigendom, licentie of participant in de ontwikkelingskosten] de activa worden gebruikt bij de uitvoering van de activiteiten van de vaste inrichting.<sup>104</sup>

#### **3.4.2 Materiële activa**

Bij de behandeling van de discussierapporten bestonden tussen de OESO-lidstaten verschillende opvattingen over de wijze voor het toerekenen van materiële activa.<sup>105</sup> Aan het ene uiterste van het spectrum was de opvatting dat het criterium voor de toerekening van economische eigendom van de activa moet zijn de plaats waar de relevante 'significant people functions' worden uitgeoefend. Het andere uiterste van het spectrum was van opvatting dat de plaats waar het activum wordt gebruikt [hierna: 'place of use'] het enige criterium voor de toerekening van de economische eigendom moet zijn.<sup>106</sup>

Voor het beschrijven van het verschil tussen deze twee methoden moeten twee situaties worden onderscheiden, waar in beide gevallen het activum wordt gebruikt voor de vaste-inrichtingsactiviteiten. De eerste is die waarbij de economische eigendom van het activum is gelegen bij de vaste inrichting en de tweede is die waarbij de

---

<sup>103</sup> In het PE-rapport wordt met het Basel-Akkoord bedoeld op de publicatie 'International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework' van het 'Basel Committee on Banking Supervision' uit juni 2006. Op basis hiervan wordt rekening gehouden met zowel het debiteurenrisico, marktrisico als operationele risico's. Zie in dit verband: R. Sterk en M.F.D. Schul, *Over toerekening van winsten aan een vaste inrichting van een bank*, MBB 2011/05, voetnoot 14.

<sup>104</sup> Par. 18 van het PE-rapport.

<sup>105</sup> Par. 75 van het PE-rapport.

<sup>106</sup> In het bijzonder de situatie dat een vaste inrichting als bedoeld in art. 5, lid 1, OESO ontstaat door de overbrenging/aanwezigheid van de in casu al dan niet toe te rekenen activum.

economische eigendom is gelegen bij het hoofdhuis.<sup>107</sup> Het gebruik vindt in beide gevallen plaats bij de vaste inrichting. Als de economische eigendom is gelegen bij de vaste inrichting zal het niet uitmaken welke methode er wordt toegepast, omdat zowel de methode van de ‘place of use’ als de methode van de ‘significant people functions’ de vaste inrichting aanwijzen als economische eigenaar. Als de economische eigendom is gelegen bij het hoofdhuis dan is er wel een verschil in toerekening, omdat op basis van de ‘place of use’ de vaste inrichting wordt aangewezen als economische eigenaar en op basis van de ‘significant people functions’ het hoofdhuis wordt aangewezen als economische eigenaar. De OESO is van opvatting dat het ook hier [uiteindelijk] niet uitmaakt welke methode er wordt toegepast, omdat beide gevallen tot dezelfde uitkomst aan toe te rekenen winst leiden.<sup>108</sup> Om dit te verduidelijken is de volgende situatie geschetst van een materieel activum dat wordt gebruikt voor de activiteiten van de vaste inrichting. Het toerekenen van dit activum op basis van de ‘place of use’ leidt ertoe dat de economische eigendom wordt toegerekend aan de vaste inrichting waarna het activum dient te worden geactiveerd op de vaste-inrichtingsbalans tegen de marktwaarde [koop-verkoopanalogie]. De afschrijvingskosten en eventuele interestkosten [in het geval het activum met een schuld is gefinancierd] moeten ten laste worden gebracht van de vaste-inrichtingswinst. Een toerekening op basis van de ‘significant people functions’ brengt met zich dat het hoofdhuis dient te worden aangemerkt als economische eigenaar van het activum en de vaste inrichting dient te worden aangemerkt als ‘huurder’<sup>109</sup>. De OESO stelt dat deze situatie niet tot een andere toe te rekenen winst leidt, omdat in de opbouw van de huursom eveneens de afschrijvingskosten en eventuele interestkosten worden verdisconteerd.

Als gevolg van deze afweging is gekozen voor een pragmatische oplossing, waarbij de toerekening van materiële activa dient plaats te vinden op basis van de ‘place of use’.<sup>110</sup> Verondersteld wordt dat een toerekening op basis van de ‘place of use’ eenvoudiger is dan een toerekening op basis van de ‘significant people functions’, omdat de ‘place of use’ fysiek kan worden vastgesteld en/of gecontroleerd. Naar mijn opvatting is dit niet het geval, omdat bij het toepassen van de functionele en feitelijke analyse alle personele functies hoe dan ook in kaart moeten worden gebracht.<sup>111</sup> Van een vermindering van de administratieve lasten is dan geen sprake. Bovendien kan worden opgemerkt dat in de situatie waarbij een activum wordt ‘gerouleerd’ binnen de onderneming tussen de verschillende vaste inrichtingen de ‘place of use’ niet tot een verlichting van de administratieve lasten zal leiden. Doordat gebruik het aanknopingspunt is voor de toerekening van de economische eigendom, dient elk opvolgend gebruik te worden beschouwd als een overdracht van de economische eigendom. Voor elke verandering van gebruik dient dan de marktwaarde te worden bepaald, waarna het activum moet worden geactiveerd op de vaste-inrichtingsbalans.

Een meer fundamenteel bezwaar van de ‘place of use’ is dat het niet aansluit op de economische realiteit. Stel dat een activum [tijdelijk] wordt gebruikt voor de vaste-inrichtingsactiviteiten, maar de daarbij relevante

---

<sup>107</sup> In alle gevallen zal de economische eigendom gelegen zijn bij het hoofdhuis. Hetgeen dat hier wordt bedoeld zijn de personen die beslissingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de economische eigendom.

<sup>108</sup> Par. 75 van het PE-rapport.

<sup>109</sup> De feitelijke situatie is dat een verhuursituatie zich alleen voordoet indien de vaste inrichting ook daadwerkelijk een onafhankelijke en zelfstandige onderneming zou zijn geweest. Het activum wordt ter beschikking gesteld.

<sup>110</sup> Par. 75 van het PE-rapport.

<sup>111</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.” Zie: par. 62 van het PE-rapport.

‘significant people functions’ voor de economische eigendom worden uitgeoefend bij het hoofdhuis. Als een aangroei plaatsvindt van de stille reserves in de tijdelijke gebruiksperiode past het naar mijn opvatting niet om deze opbrengsten te betrekken in de vaste-inrichtingswinst. De aangroei is toerekenbaar aan de inspanningen van de personen werkzaam bij het hoofdhuis, die verantwoordelijk zijn voor de risico’s met betrekking tot de economische eigendom en derhalve dienen de opbrengsten te worden belast in het vestigingsland. Bij een duurzame terbeschikkingstelling worden de significant people functions doorgaans uitgevoerd bij de plaats waar het gebruik plaatsvindt, waardoor een dergelijk bezwaar zich daar niet voordoet.

De vraag die opkomt is dan of een toerekening op basis van de ‘place of use’ in het geval van een tijdelijke terbeschikkingstelling terzijde moet worden geschoven. In het PE-rapport is aangegeven dat een andere aanpak mogelijk is, indien de omstandigheden daarnaar vragen.<sup>112</sup> Wat deze omstandigheden zijn wordt niet meteen duidelijk, maar kan enigszins worden gedestilleerd uit een voorbeeld dat is gegeven:

The issue of determining which part of the enterprise should be considered the economic owner of a tangible asset that is legally owned by the enterprise as a whole does not arise only at the time of acquisition by the enterprise. It can also become an issue when an asset is transferred from one part of the enterprise for use in another part of the enterprise. For example, the situation may arise in which the use of a tangible asset by one part of an enterprise, *e.g.* the head office, is changed to use by another part of the enterprise, *e.g.* the PE. For instance, if both the head office and the PE engage in a manufacturing function, **and** the head office no longer has need for a particular machine, that machine might be moved from the head office to the PE for use in the manufacturing business of the PE.<sup>113</sup>

Het expliciet noemen van de omstandigheid dat ‘the head office no longer has need for a particular machine’ impliceert dat de ‘place of use’ als toerekeningsmethode van de economische eigendom alleen toepasbaar is in het geval van een duurzame terbeschikkingstelling. In par. 199 van het PE-rapport wordt vervolgens het volgende opgemerkt:

Where the 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 license between independent enterprises. In such case, no profit or loss at the time of the transfer of the tangible asset would have to be recognized. Instead, profits would be attributed to the PE based on deducting an amount equivalent to the arm’s length charge under a comparable lease or license between independent enterprises.

Uit het voorgaande lijkt te worden bevestigd dat er situaties zijn waarbij de economische eigendom en het gebruik kunnen worden gesepareerd, en dat indien deze situaties zich voordoen een huur- leasevergoeding in aanmerking moet worden genomen bij de vaste inrichting die gebruik maakt van het activum. In dit geval is geen rol weggelegd voor de ‘place of use’, omdat het leidt tot een winsttoerekening die niet aansluit bij het uitgangspunt dat de vaste inrichting is aan te merken als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Dat die andere aanpak de methode van de ‘significant people functions’ moet zijn, ligt voor de hand omdat op basis van deze methode de economische eigendom wel wordt toegerekend aan het hoofdhuis, en dus aansluit bij de economische realiteit.

---

<sup>112</sup> Par. 75 van het PE-rapport.

<sup>113</sup> Par. 194 van het PE-rapport

### 3.4.3 Immateriële activa

Door de technologische vooruitgang die de afgelopen decennia is geboekt, is het intellectuele eigendom een belangrijke factor geworden bij het genereren van winst. Dit geldt ook voor de waarde van een merknaam in een maatschappij waarbij de massamedia een belangrijke rol spelen. Naast het winstgenererende aspect, zijn er ook aanzienlijke risico's verbonden bij het ontwikkelen van immateriële activa, bijvoorbeeld het succes of falen van onderzoek en ontwikkeling. Het ligt dan voor de hand dat bij het toerekenen van de economische eigendom van activa ook een toerekening van de economische eigendom van immateriële activa moet plaatsvinden.

Voor het toerekenen van immateriële activa kan een onderscheid worden gemaakt tussen zelfontwikkelde immateriële activa of aangekochte immateriële activa. Bij zelfontwikkelde immateriële activa is het van belang dat moet worden vastgesteld wat de significant people functions die relevant zijn voor de toerekening van de economische eigendom. Het is goed mogelijk dat alvorens wordt overgegaan tot de ontwikkeling van een immaterieel activum eerst goedkeuring moet worden afgegeven vanuit het hoofdhuis door de managers aldaar. Indien de taak van de managers slechts bestaat uit 'simply saying yes or no to a proposal'<sup>114</sup>, moet de relevante 'significant people function' op een lager managementniveau worden gezocht. Het moet gaan om de mensen die actief de beslissingen nemen met betrekking tot het aangaan van een risico en in staat zijn de risico's zoveel mogelijk te beheren.<sup>115</sup> In par. 88 van het PE-rapport zijn de volgende taken genoemd die relevant kunnen zijn voor de toerekening:

Although not definitive of prescriptive list, functions which may be relevant include designing the testing specifications and processes within which the research is conducted, reviewing and evaluating the data produced by the tests, setting the stage posts at which decisions are taken and actually taking the decisions on whether to commit further resources to the project or abandon it, etc.

Veel van de taken die hiervoor zijn genoemd hebben een specifiek karakter dat nauw samenhangt met het ontwikkelen van de immateriële activa. Het ligt dan voor de hand dat de mensen die verantwoordelijk zijn voor deze taken moeten worden gezocht bij het onderdeel van de onderneming, waar de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten worden uitgevoerd.<sup>116</sup> Dit laat onverlet dat 'het beslisproces uitgebreid moet worden beschreven, omdat de significant people functions die relevant zijn van geval tot geval kunnen verschillen'<sup>117</sup>. Op de vraag hoe dit beslisproces dan in kaart moet worden gebracht, ontbreken duidelijke kaders in het PE-rapport. Omdat een bepaalde beslissing verschillende managementlagen doorloopt, moet mijns inziens de basis van het beschrijven van dit proces zijn een duidelijke uiteenzetting van de organisatiestructuur binnen de onderneming waarbij de begrippen 'gecentraliseerde leiding' en 'gedecentraliseerde leiding' een cruciale rol moeten spelen.

Naast het zelf ontwikkelen van immateriële activa is het ook mogelijk dat een onderneming deze aankoopt dan wel onder licentie in gebruik neemt. Naar mijn opvatting zullen dit dezelfde mensen zijn die de beslissing nemen om een activum te ontwikkelen. Zij zijn immers het beste in staat om een economische afweging te maken of het activum moet worden aangekocht of in eigen beheer moet worden ontwikkeld. Het is natuurlijk wel mogelijk dat

---

<sup>114</sup> Par. 87 van het PE-rapport.

<sup>115</sup> Par. 85 van het PE-rapport.

<sup>116</sup> Par. 83 van het PE-rapport.

<sup>117</sup> I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011, onderdeel 5.5.4.3.3 D [online editie].

een onderneming niet de kennis in huis heeft om een activum te ontwikkelen, waardoor deze mensen niet aanwezig kunnen zijn. In een dergelijke situatie dient dan voor de toerekening te worden aangeknoopt bij de personen die een afweging kunnen maken welk economisch belang het activum binnen de bedrijfsvoering kan hebben.

In tegenstelling tot de toerekening van materiële activa is voor de toerekening van immateriële activa niet gekozen voor de 'place of use'. Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat immateriële activa gebruikt kan worden door een aantal partijen tegelijkertijd. Dit in tegenstelling tot materiële activa dat door één partij [lees: onderdeel van de onderneming] op een bepaald moment kan worden gebruikt. Het gebruik is dan geen goed aanknopingspunt voor de toerekening van de economische eigendom.

#### Interne royalty

Een in de vaste inrichting ontwikkeld immateriële activum kan worden aangewend voor de eigen activiteiten van de vaste inrichting of voor de activiteiten van de generale onderneming. Als immateriële activa worden gebruikt voor de eigen activiteiten dient bij de toerekening van winst voor de activiteiten die de vaste inrichting uitvoert hiermee rekening te worden gehouden. Als de immateriële activa worden gebruikt door andere onderdelen van de onderneming, dient voor de dealing een arm's-lengthvergoeding in aanmerking te worden genomen [interne royalty]. Dit is niet specifiek aangegeven in het Commentaar 2010, maar een dergelijk gevolgtrekking volgt logisch uit de volledige zelfstandigheidsfictie die wordt nagestreefd onder de AOA.

De erkenning van dealings met betrekking tot immateriële activa is een duidelijke koerswijziging in vergelijking met het pre-2010 Commentaar. In par. 14 van het Commentaar 1963 [par. 17 van het Commentaar 1977] was expliciet aangegeven dat een vergoeding voor het intern gebruik van immateriële activa niet in aanmerking kan worden genomen bij het vaststellen van de vaste-inrichtingswinst. In par. 17.4 van het Commentaar 1994 [par. 34 van het Commentaar 2008] is hier verandering in gekomen, omdat de kosten die samenhangen met de ontwikkeling, dan wel aankoop van de immateriële activa moeten worden verdeeld over de verschillende onderdelen van de onderneming die gebruik maken van het activum. Het mag duidelijk zijn dat dit nog steeds niet in lijn was met het arm's-lengthbeginsel Een kostenvergoeding is geen marktconforme beloning voor het bedrijfsonderdeel dat verantwoordelijk is voor de ontwikkeling van het activum. Eigenlijk was dit ook helemaal niet mogelijk, omdat in het Commentaar 1994 is aangegeven dat het niet voor de hand ligt om een immaterieel activum toe te rekenen aan een specifiek onderdeel van de onderneming. Als reden was aangevoerd dat het 'extreem lastig' is om de juridische eigendom van immateriële activa toe te rekenen aangezien er sprake is van één juridische entiteit. De ontwikkeling op het gebied van de 'significant people functions' heeft dit bezwaar weggenomen, doordat niet de juridische maar de economische eigendom moet worden toegerekend. Om te voorkomen dat art. 7 OESO [oud] via het Commentaar 2008 verdragsposterieur zou worden gewijzigd, is dit uitgangspunt [terecht] pas geïmplementeerd in het Commentaar 2010 op het huidige verdragsartikel.

#### 3.4.4 Financiële activa

Financiële activa [bijv. vorderingen] zijn een variant op de immateriële activa, die binnen financiële instellingen een zeer essentiële rol spelen als winstgenererende factoren. In deel II van het PE-rapport [winsttoerekening aan de vaste inrichting van een bankbedrijf], wordt voor de toerekening van financiële activa aangesloten bij de ‘key entrepreneurial risk-taking functions’ [hierna: ‘KERT-functies’].<sup>118</sup> De KERT-functies voor een bankbedrijf zijn de functies, die relevant zijn voor het actieve besluitvormingsproces met betrekking tot het aangaan en/of [na overdracht] managen van de individuele risico’s of portfolio’s van risico’s.<sup>119</sup> Een bankbedrijf verricht doorgaans een aantal functies die in meer of mindere mate samenhangen met a. de ontwikkeling van financiële activa [verstrekken van leningen] en b. de functies die samenhangen met het [later] managen daarvan.<sup>120</sup> Van deze functies zijn respectievelijk de sales- /tradingfunctie en de risicomangementfunctie aangemerkt als de KERT-functies.<sup>121 122</sup> Activiteiten die vallen onder de sales- /tradingfunctie zijn de onderhandelingen over contractuele voorwaarden [bijv. rentevergoeding en looptijd], beslissingen of er uiteindelijk een lening wordt verstrekt, het bepalen van de krediet-, wisselkoers- en marktrisico’s, het vaststellen van gevolgen voor de kredietwaardigheid van de bank, etc. Activiteiten die vallen onder de risicomangementfunctie zijn onder andere de beslissingen die betrekking hebben op het poolen van individuele risico’s en de beslissingen over het al dan niet afschrijven op slecht presterende leningen.<sup>123</sup>

De reden voor het gebruik van deze afwijkende term is omdat bij financiële instellingen de ‘people functions’ die relevant zijn voor de toerekening van de economische eigendom van de activa vaak dezelfde mensen zijn die relevant zijn voor het aangaan en beheren van de risico’s. Dit in tegenstelling tot niet-financiële onderneming, omdat het niet gebruikelijk is dat deze financiële activa aanhouden op de balans. Toch zie ik ook situaties waarbij dit wel het geval kan zijn, bijvoorbeeld leningen die worden verstrekt bij de uitoefening treasuryfunctie door een niet-financiële vaste inrichting. Daarnaast is het mogelijk dat een vaste inrichting vorderingen heeft uitstaan aan derden, beleggingen is aangegaan of liquide middelen bezit. Naar mijn opvatting verschilt het karakter van dergelijke financiële activa niet per definitie van financiële activa die voorkomen op de balans van de vaste inrichting van financiële instellingen. In dergelijke gevallen dient dan ook bij niet financiële-instellingen voor de toerekening te worden aangesloten bij de KERT-functies.

#### 3.4.5 Waarderen van de activa

Nadat de activa zijn toegerekend op basis van de relevante significant people functions is het van belang dat deze moeten worden gewaardeerd. Dit is nodig omdat de methoden voor het toerekenen van eigen vermogen aan de

---

<sup>118</sup> Het KERT-begrip wordt overigens ook in de delen III en IV van het PE-rapport gebruikt voor het toerekenen van activa en risico’s.

<sup>119</sup> Par. 8 van deel II van het PE-rapport. Zie ook: R. Sterk en M.F.D. Schul, *Over toerekening van winsten aan een vaste inrichting van een bank*, MBB 2011/05, onderdeel 3.2.1.

<sup>120</sup> Functies m.b.t. ontwikkeling van financiële activa: sales/marketing, sales/trading, trading/treasury en sales/support. Functies m.b.t. het managen van financiële activa: loan support, monitoring risks, managing risks, treasury en sales/trading. Zie respectievelijk: par. 6 en par. 7 van deel II van het PE-rapport.

<sup>121</sup> Par. 9 van deel II van het PE-rapport.

<sup>122</sup> Overigens, voor de toerekening van winst aan de vaste inrichting moet naast de zwaarder wegende KERT-functies ook rekening worden met de andere functies die worden uitgevoerd door de vaste inrichting.

<sup>123</sup> R. Sterk en M.F.D. Schul, *Over toerekening van winsten aan een vaste inrichting van een bank*, MBB 2011/05, onderdeel 3.2.1.

vaste inrichting afhankelijk zijn van de waardering van de toegerekende activa.<sup>124</sup> Voor het waarderen van de activa beschrijft de OESO drie maatstaven: de historische kostprijs, de boekwaarde of de marktwaarde.<sup>125</sup> In beginsel staat het de belastingplichtige toe alle drie de methoden naar eigen beoordelingsvrijheid toe te passen, mits er sprake is van een bestendigheid in de genomen keuze. Wel gaat de voorkeur van de OESO uit naar de historische-kostprijsmethode. Het voornaamste argument voor de keuze van deze methode is de consistentie en eenvoud waarmee de waarde kan worden vastgesteld. Consistent enerzijds, omdat deze methode de mogelijke discussies tussen lidstaten uit de weg gaat die kunnen ontstaan bij toepassing van andere maatstaven. In de nationale wetgeving van lidstaten zijn doorgaans regels en aanvullende eisen gesteld voor het afschrijven op activa om te komen tot de boekwaarde, die onderling van elkaar kunnen verschillen. Dit kan als gevolg hebben dat de betrokken lidstaten met betrekking tot de vaststelling van de vaste-inrichtingswinst tot verschillende uitkomsten komen. Eenvoud anderzijds, omdat deze methode geen periodieke waardering vereist.

Naar mijn opvatting dient bij een consequente toepassing van het arm's-lengthbeginsel gekozen te worden voor een waardering op de waarde in het economische verkeer. De marktwaarde van de activa representeert op dat moment het meest nauwkeurig het benodigde eigen vermogen. De voorkeur voor een historische kostprijs is vanuit het eenvoudsbeginsel begrijpelijk, maar het ondergraaft daarmee wel de doelstelling – namelijk het ondersteunen van de gedragen risico's – van het toerekenen van eigen vermogen. Om deze reden ben ik van opvatting dat zowel de boekwaarde als de historische kostprijsmethode moeten worden verworpen ten gunste van de marktwaarde. Het bezwaar van de waardering tegen de economische waarde is dat het een zware administratieve last zou leggen op de belastingplichtige. Dit bezwaar kan mijns inziens worden genuanceerd, omdat veel belastingplichtigen dit jaarlijks al doen bij het opstellen van de commerciële jaarrekening. Deze waardering kan dan worden gevolgd. Een daarbij komend nadeel is wel dat landen onderling verschillende accountingstandaarden hanteren wat kan leiden tot verschillende marktwaarden. Dit nadeel kan worden weggenomen als op basis van art. 7, lid 3, OESO de woonstaat zich committeert aan de waardering van de bronstaat.

Een onderdeel dat nog niet is behandeld, is de waardering van immateriële activa. Net als materiële activa moeten immateriële activa worden meegenomen bij de waardering. Als een immaterieel activum is geacquireerd, dient dit tegen de historische kostprijs te worden geactiveerd. Een herwaardering van het activum naar de waarde in het economische verkeer in de jaren na de aankoop ligt mij minder voor de hand, omdat dergelijke activa doorgaans lastig te waarderen zijn. Bij zelfontwikkelde immateriële activa is het niet toegestaan deze te activeren op de balans, ondanks het feit dat deze een grote waarde kunnen vertegenwoordigen.<sup>126</sup> De vraag is dan of en hoe hiermee rekening kan worden gehouden bij het vaststellen van de kapitaalbehoefte van de onderneming. Omdat een zelfontwikkeld activum in theorie niet verschilt van een materieel activum moet naar mijn opvatting voor de vaststelling van de kapitaalbehoefte hier wel rekening mee worden gehouden. Een probleem dat geldt voor immateriële activa in het algemeen is dat het waarderingsvraagstuk erg lastig kan zijn. Vaak bestaat geen vergelijkbaar activum op de markt waaraan de waarde kan worden gespiegeld. In de praktijk zijn verschillende

---

<sup>124</sup> In paragraaf 3.5 wordt nader ingegaan op dit onderwerp.

<sup>125</sup> Par. 109-110 van het PE-rapport.

<sup>126</sup> I.J.J. Burgers e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011, onderdeel 5.8.2.10 [online editie].



waarderingmethoden ontwikkeld die aansluiten bij de opbrengsten van het immaterieel actief.<sup>127</sup> De betrouwbaarheid van deze methoden is niet altijd even nauwkeurig, omdat met veel factoren die relevant zijn voor de waardering geen rekening kan worden gehouden. De vraag is dan in welke mate rekening moet worden gehouden met deze waarderingen. Een eenduidig antwoord zal verschuldigd moeten blijven, omdat dat niet bestaat. Naar mijn opvatting moet in ieder geval rekening worden gehouden met de reële risico's die samenhangen met immateriële activa. Deze brengen doorgaans grotere gevolgen met zich dan de risico's bij materiële activa [bijvoorbeeld: negatieve bijwerking van een ontwikkeld medicijn, milieuschade, etc.].

### 3.5 Vermogen

#### 3.5.1 Algemeen

Ondernemingen hebben vermogen nodig voor het financieren van de dagelijkse activiteiten, acquireren en/of ontwikkelen van activa en het ondersteunen van de risico's die worden gedragen. Vermogen kan worden onderscheiden in drie vormen: bijdragen aan het eigen vermogen door aandeelhouders, ingehouden winsten en leningen.<sup>128</sup> De eerste twee vertegenwoordigen het eigen vermogen en de laatste het vreemd vermogen. Dit onderscheid is van belang, omdat de vergoeding op het eigen vermogen [dividend] fiscaal gezien ongelijk wordt behandeld aan de vergoeding op het vreemd vermogen [interest]. De betaling van interest is in beginsel aftrekbaar op de belastbare winst<sup>129</sup>, terwijl de betaling van dividend niet aftrekbaar is<sup>130</sup>. Het toerekenen van vermogen heeft dus gevolgen voor de vaststelling van de toerekenbare winst aan de vaste inrichting. Om deze reden heeft de OESO methoden ontwikkeld waarbij eerst het eigen vermogen ['free capital'] en daarna – als sluitpost – het vreemd vermogen wordt toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>131</sup>

#### 3.5.2 Toerekenen van eigen vermogen

Voor de toerekening van het eigen vermogen bestaan een viertal methoden: [i] de capital-allocationmethode, [ii] de thin-capitalisationmethode, [iii] de economic-allocationmethode en [iv] de safe-harbourmethode.<sup>132</sup> Deze methoden onderscheiden zich in hoofdlijnen in methoden die in hun benadering uitgaan van de actuele vermogensstructuur van de generale onderneming of van de vermogensstructuur van met de vaste inrichting vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen.<sup>133</sup> Slechts de eerste twee methoden zullen worden behandeld, omdat de laatste twee met name bedoeld zijn voor de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting van financiële instellingen.

---

<sup>127</sup> Twee te noemen methoden zijn zijn de Discounted Cash Flow Methode en de Residual Profit Split Methode. Zie: L.T.M. Hautvast, *Focus op Intangibles*, Focus op Verrekenprijzen, Deventer: Kluwer [2008], onderdeel 4.

<sup>128</sup> Par. 105 van het PE-rapport.

<sup>129</sup> In de nationale wetgeving van een lidstaten kunnen beperkingen zijn opgelegd voor het in aftrek brengen van rente, bijvoorbeeld doordat een lening wordt geherkwalificeerd tot eigen vermogen of dat een plafond wordt opgelegd aan het in aftrek brengen van rente [thin-capwetgeving].

<sup>130</sup> In dit verband kan worden opgemerkt dat België als enige van de OESO-lidstaten een notionele aftrek toestaat voor de vergoeding op het eigen vermogen.

<sup>131</sup> Par. 121 t/m 138 van het PE-rapport.

<sup>132</sup> Voor verzekeringsinstellingen zijn nog andere methoden beschreven in deel IV van het PE-rapport. Zie: par. 139 van het PE-rapport.

<sup>133</sup> Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, Winstallocatie vaste inrichtingen, 15 januari 2011, nr. IFZ2010/00457M, onderdeel 2.1.

Ad. i capital-allocationmethode

De capital-allocationmethode rekent een deel van het aanwezige eigen vermogen binnen de gehele onderneming toe aan de vaste inrichting naar rato van de reeds gewaardeerde activa en risico's.<sup>134</sup> Ter illustratie kan hierbij het volgende voorbeeld geschetst<sup>135</sup>:

**Balans hoofdhuis**

Debet		Credit	
Activa	400	EV	150
		VV	250
	<u>400</u>		<u>400</u>

**Balans vaste inrichting**

Debet		Credit	
Activa	200	EV	75 <sup>136</sup>
		VV	125 <sup>137</sup>
	<u>200</u>		<u>200</u>

Van uitgaande dat het hoofdhuis en de vaste inrichting hetzelfde risicoprofiel hebben [150:250], dient naar rato van de waardering van de activa van het hoofdhuis in verhouding tot de waardering van de activa van de vaste inrichting eigen vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting [75:125]. Dit heeft als gevolg dat niet méér eigen vermogen aan de vaste inrichting kan worden toegerekend dan aanwezig is binnen de gehele onderneming. *Pijl* merkt in dit verband op dat de methode haaks staat “op de omarming van de functionally separate entity approach [zelfstandigheidsfictie]”, omdat de capital-allocationmethode “de winst van de vaste inrichting afleidt van de generale onderneming”.<sup>138</sup> Dat het aanwezige eigen vermogen binnen de generale onderneming als uitgangspunt wordt genomen is mijns inziens niet vreemd, omdat er geen eigen vermogen aan de vaste inrichting kan worden toegerekend dat er niet is. Om dezelfde – en volstrekt logische – reden kunnen geen bedrijfsmiddelen aan de vaste inrichting worden toegerekend die niet aanwezig zijn binnen de generale onderneming. Het aanwezige eigen vermogen vormt de verantwoording van de activa en de risico's die worden gelopen door de onderneming.

Toch zijn er situaties denkbaar waarbij het aansluiten bij de vermogensstructuur van de generale onderneming tot een niet arm's-lengthresultaat leidt. Hiervan is sprake als de onderneming in het geheel is ondergecapitaliseerd en als gevolg daarvan ook de vaste inrichting.<sup>139</sup> Dit is mogelijk in de situatie waarbij de onderneming dusdanig met vreemd vermogen is gefinancierd dat een derde deze leningen niet zou hebben verstrekt [maar bijvoorbeeld wel een gelieerde vennootschap]. Er worden twee oplossingen aangedragen waarbij de eerste de thin-capitalisationmethode is [wordt hierna besproken] en de tweede het fictief aanpassen [lees: verhogen] van het totale eigen vermogen van de onderneming is waarna dan pas de capital-allocationmethode wordt toegepast.<sup>140</sup> De tweede oplossing is in het PE-rapport niet nader beschreven, waardoor het onduidelijk blijft hoe deze dan praktisch moet worden ingevuld. Aangegeven is wel dat het in deze situatie van belang is om buiten de onderneming te zoeken naar 'suitable data'.<sup>141</sup> Als hiermee wordt bedoeld dat moet worden aangeknoopt bij de

<sup>134</sup> Par. 121 van het PE-rapport.

<sup>135</sup> Dit voorbeeld is ontleend aan het Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/00457M, Stb. 2011/1375. Zie de bijlage bij het Besluit.

<sup>136</sup> =150\*(200/400).

<sup>137</sup> =200 – 75 [vreemd vermogen is een sluitpost].

<sup>138</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 5.2.

<sup>139</sup> Par. 125 van het PE-rapport.

<sup>140</sup> Par. 141 van het PE-rapport.

<sup>141</sup> Par. 141 van het PE-rapport.

kapitalisatieverhouding van een soortgelijke onderneming begrijp ik de opzet, maar zie ik niet in wat dan het concrete verschil is met de thin-capitalisationmethode. Daarnaast is het ook mogelijk dat de onderneming is overgekapitaliseerd door een tijdelijk overschot, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een overnamekas. Een tijdelijk overschot mag worden gescheiden van het overige vermogen indien uit de feiten en omstandigheden blijkt dat dit overschot de vermogensstructuur van de onderneming tijdelijk beïnvloedt. Voor wat betreft het voorbeeld van de overnamekas dient te worden aangetoond dat deze gelden bestemd zijn voor het doen van een concrete overname zonder dat daarbij het vermogen kan worden aangewend voor anderen doeleinden.<sup>142</sup>

Een andere tekortkoming van de capital-allocationmethode is dat het geen rekening houdt met verschil in de gelopen risico's van de activiteiten tussen de vaste inrichting en [de andere onderdelen van] het hoofdhuis.<sup>143</sup> In dit verband kan worden gedacht aan productiewerkzaamheden die door het hoofdhuis worden uitgevoerd waarbij relatief weinig risico wordt gelopen, dit in tegenstelling tot de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten die door de vaste inrichting worden uitgevoerd. Het ligt dan voor de hand dat aan de vaste inrichting een andere vermogensstructuur wordt toegewezen dan die van de generale onderneming. De capital-allocationmethode houdt in beginsel hier wel rekening mee, indien de risico's [die onafhankelijk van de activa bestaan] perfect kunnen worden gewaardeerd. De praktijk is echter dat deze risico's moeilijk te kwantificeren zijn voor niet-financiële ondernemingen en de waardering van slechts de activa niet altijd een goed beeld geeft van het benodigde eigen vermogen.

#### Ad. ii thin-capitalisationmethode

Op basis van de thin-capitalisationmethode wordt eigen vermogen toegerekend door een vergelijking te maken met andere ondernemingen [gevestigd in de vaste-inrichtingsstaat], die gelijke of soortgelijke activiteiten uitvoeren als de vaste inrichting onder gelijke of soortgelijke omstandigheden.<sup>144</sup> Door aan te sluiten bij de vermogensstructuur van ondernemingen die vergelijkbaar zijn aan de vaste inrichting ['tested party'] kan de omvang van het eigen vermogen worden bepaald aan de hand van de waardering van de reeds toegerekende activa en risico's. Ter illustratie kan hierbij het volgende voorbeeld worden geschetst:

Balans hoofdhuis			Balans 'tested party' in v.i.-staat			Balans vaste inrichting		
Debet		Credit	Debet		Credit	Debet		Credit
Activa	600	EV 100 VV 500	Activa	600	EV 150 VV 450	Activa	300	EV 75 <sup>145</sup> VV 225 <sup>146</sup>
	<u>600</u>	<u>600</u>		<u>600</u>	<u>600</u>		<u>300</u>	<u>300</u>

In dit voorbeeld wijkt de vermogensstructuur van de tested party [150:450] af van de vermogensstructuur van het hoofdhuis[100:500]. Het hoofdhuis is met minder eigen vermogen gefinancierd in vergelijking met de tested party. Dit is mogelijk indien het risico dat wordt gelopen door het hoofdhuis kleiner is dan het risico dat wordt

<sup>142</sup> Uit par. 126 van het PE-rapport volgt dat hiervan sprake is bij de aanwezigheid van een juridisch bindende koopovereenkomst.

<sup>143</sup> Par. 124 van het PE rapport.

<sup>144</sup> Par. 129 van het PE-rapport.

<sup>145</sup> =150\*(300/600).

<sup>146</sup> =300 – 75 [vreemd vermogen is een sluitpost].

gelopen door de tested party [en dus ook de vaste inrichting]. Voor het toerekenen van vermogen aan de vaste inrichting wordt om deze reden aangeknoopt bij de vermogensstructuur van de tested party.

Een nadeel van de thin-capitalisationmethode is dat de geobserveerde vermogensstructuren van de tested parties onderling sterk van elkaar kunnen verschillen. Voor het beoordelen welke vermogensstructuur het meest in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel, dienen alle factoren ['internal conditions' en 'external conditions'] van de vaste inrichting te worden onderscheiden die relevant zijn voor de vermogensstructuur. Een internal condition is de vermogensstructuur van de generale onderneming waar de vaste inrichting onderdeel van uit maakt.<sup>147</sup> Dit is van belang omdat de vermogensstructuur van volstrekt identieke ondernemingen toch kan verschillen omdat de aandeelhouders van beide ondernemingen verschillende risicopreferenties hebben [risico zoekend of risico avers]. External conditions zijn vergelijkbaarheidsfactoren die buiten de vaste inrichting moeten worden gezocht, zoals de marktomstandigheden, cash flows, ondernemingsstrategieën, etc.

In par. 134 van het PE-rapport wordt nog het volgende opgemerkt met betrekking tot de thin-capitalisationmethode:

The thin capitalisation approach has the advantage of avoiding some of the issues that arise in determining the amount of "free" capital to be attributed in situations where the enterprise as a whole is entirely debt-funded. However, a weakness of a thin capitalisation approach is that the aggregate amount of "free" capital it attributes to individual PEs may be greater than the amount of 'free' capital in the enterprise as a whole.

Als nadeel van de thin-capitalisationmethode geeft de OESO aan dat méér eigen vermogen kan worden toegerekend aan de vaste inrichting dan feitelijk aanwezig is binnen de onderneming. In deze deel ik niet de opvatting van de OESO. Zie ter illustratie een extreem voorbeeld, waarbij het hoofdhuis volledig gefinancierd is met vreemd vermogen ['entirely debt-funded']:

Balans hoofdhuis			Balans 'tested party' in v.i.-staat			Balans vaste inrichting		
Debet		Credit	Debet		Credit	Debet		Credit
Activa	600	EV 0 VV 600	Activa	600	EV 150 VV 450	Activa	300	EV 75 <sup>148</sup> VV 175 <sup>149</sup>
	<u>600</u>	<u>600</u>		<u>600</u>	<u>600</u>		<u>300</u>	<u>300</u>

Het probleem is niet dat het toegerekende eigen vermogen aan de vaste inrichting méér bedraagt dan dat van de generale onderneming, maar de omstandigheid dat de generale onderneming in onvoldoende mate gefinancierd is met eigen vermogen. Dat aan de vaste inrichting méér eigen vermogen moet worden toegerekend dan aanwezig is binnen de generale onderneming is in deze situatie dan onvermijdelijk. Mogelijk doelt de OESO op de situatie waarbij het hoofdhuis wel at arm's length is gefinancierd, maar dat de thin-capitalisationmethode er toch toe leidt dat aan de vaste inrichting meer eigen vermogen wordt toegerekend dan aanwezig is binnen onderneming. De oorzaak van dit probleem is dan niet de thin-capitalisationmethode, maar de omstandigheid dat de 'tested party' in onvoldoende mate vergelijkbaar is. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting te limiteren aan het aanwezige eigen vermogen binnen

<sup>147</sup> Par. 132 van het PE-rapport.

<sup>148</sup> =150\*(300/600).

<sup>149</sup> =300 – 75 [vreemd vermogen is een sluitpost].

de generale onderneming. Dit is in lijn met het arm's-lengthbeginsel, omdat de generale onderneming met het aanwezige eigen vermogen het bestaande vreemd vermogen heeft weten aan te trekken.<sup>150</sup>

In de literatuur is beargumenteerd – op basis van een a contrario-redenering – dat de thin-capitalisationmethode er ook toe kan leiden dat minder eigen vermogen aan de vaste inrichting moet worden toegerekend [en dus meer vreemd vermogen], indien de onderneming is overgekapitaliseerd.<sup>151</sup> Dit lijkt mij een logisch gevolg van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel. De vaste inrichting maakt op basis van de door haar uitgevoerde activiteiten, gelopen risico's en gebruikte activa een afweging welke vermogensstructuur vanuit economische overwegingen het meest gewenst is. Door de vergelijking te maken met een vergelijkbare onderneming kan dit tot gevolg hebben dat aan de vaste inrichting meer eigen vermogen [en dus minder vreemd vermogen] moet worden toegerekend, maar óók dat aan de vaste inrichting minder eigen vermogen [en dus meer vreemd vermogen] moet worden toegerekend.

#### Afweging van de methoden

De methoden zijn voor het goede begrip niet het resultaat van in het onderzoek ontwikkelde methoden.<sup>152</sup> Het waren bestaande methoden die door lidstaten in het verleden werden toegepast, en men kon geen overeenstemming bereiken over de keuze van één methode.<sup>153</sup> Dit is de reden dat de OESO niet expliciet de voorkeur uitspreekt voor één van de methoden. Het gebrek aan consensus kan worden aangevoerd als een bezwaar op de vermogenstoerekening.<sup>154</sup> Als verdragsluitende Staten elk een andere methode hanteren, kan dit dubbele belastingheffing tot gevolg hebben. Desondanks is het bestaan van diverse methoden mijns inziens niet bezwaarlijk, omdat de OESO een goede middenweg heeft gevonden voor de toepassing van één methode. De methode die wordt toegepast in het bronland, dient door de fiscus van het vestigingsland te worden gevolgd. Wel dient aan een drietal voorwaarden te worden voldaan.<sup>155</sup> Ten eerste moet het verschil in toepassing van de methoden voortvloeien uit conflicterende 'domestic law choices'. Ten tweede moet sprake zijn van een AOA-conforme methode.<sup>156</sup> En ten derde moet overeenstemming bestaan dat de toegepaste methode voor de specifieke situatie heeft geresulteerd in een arm's-lengthtoerekening.

Als op voorhand een keuze moet worden gemaakt dient een onderscheid te worden gemaakt in methoden die theoretisch het meest gewenst zijn en methoden die praktisch het meest gewenst zijn. Theoretisch gezien sluit de thin-capitalisationmethode het beste aan bij het arm's-lengthbeginsel omdat de toerekening van eigen vermogen gebaseerd is op die van onafhankelijke ondernemingen met dezelfde activiteiten onder dezelfde omstandigheden. De praktijk is echter dat geen onderneming dezelfde is als een andere onderneming en derhalve moet worden

---

<sup>150</sup> Dat er aanpassingen aan de methoden kunnen worden gemaakt volgt uit par. 148 van het PE-rapport: "[...] there may be particular situations where the approach does not produce an arm's length result and so flexibility may be required but in a manner that should reduce the incidence of double taxation".

<sup>151</sup> F.P.G. Pötgens en A.J.A. Stevens, *Winstallocatie vaste inrichtingen (2)*, NTFRB 2011/25, onderdeel 4.2.

<sup>152</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 5.1.

<sup>153</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 5.1.

<sup>154</sup> I.J.J. Burgers, Boekbespreking: The attribution of profits to permanent establishments, WFR 2006/1301, onderdeel 'symmetrische toepassing'.

<sup>155</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 6.2.

<sup>156</sup> De capital-allocationmethode, de thin-capitalisationmethode en de economic-allocationmethode zijn aangemerkt als AOA-conforme methoden.

aangeknoopt bij ondernemingen die soortgelijke activiteiten uitvoeren onder soortgelijke omstandigheden.<sup>157</sup> Dit kan leiden tot meer dan één uitkomst die bij benadering at arm's length zijn. Voor de belastingplichtige brengt dit wel administratieve lasten met zich, omdat hij op zoek moet gaan naar vergelijkbare ondernemingen. Doordat er meer uitkomsten zijn die als at arm's length kunnen worden aangemerkt, is het voor de belastingplichtige mogelijk de meest fiscaal gunstige uitkomst te 'kiezen'. De belastingautoriteiten op hun beurt zullen eisen dat de marge aan uitkomsten zo klein mogelijk moet zijn, wat betekent dat ook voor de belastingautoriteiten administratieve lasten zullen optreden. Deze problemen spelen veel minder bij de capital-allocationmethode, omdat de vermogensstructuur van de generale onderneming eenvoudig is te achterhalen. Vanuit praktische overweging verdient deze methode dan ook de voorkeur, maar de vervolgvraag is of deze methode leidt tot een arm's-lengthresultaat. In het geval de onderneming niet is onder- of overgekapitaliseerd, dan wel aanpassingen zijn gedaan die deze problemen wegnemen is mijns inziens sprake van een arm's-lengthtoerekeningsmethodiek. Het aanwezige eigen vermogen binnen de onderneming is namelijk de verantwoording van de activa en de gelopen risico's. Een ander struikelblok is dat de activiteiten van de vaste inrichting verschillen met de activiteiten – dit verschil laat zich kwantificeren door de risico's – van de andere onderdelen van de onderneming. In dit geval is het van belang dat met name de risico's zich goed laten waarderen om te komen tot een aanvaardbaar arm's-lengthresultaat. Bij niet-financiële ondernemingen zal dit doorgaans niet het geval zijn, wat kan betekenen dat op grond van par. 118 van het PE-rapport de thin-capitalisationmethode uiteindelijk toch de voorkeur geniet.

Elk van de beschreven methoden hebben zo hun sterke en zwakte punten. De specifieke feiten en omstandigheden bepalen in dit verband welke methode een arm's-lengthtoerekening van eigen vermogen het best benadert. Voor het beoordelen welke vermogensstructuur het meest in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel, moet mijns inziens de belastingplichtige zo min mogelijk worden opgezadeld met administratieve lasten. De capital-allocationmethode verdient om deze reden de voorkeur, zelfs indien de thin-binnen een bepaalde marge – tot een betere [lees: at arm's length] toerekening van vermogen leidt. De thin-capitalisationmethode dient alleen te worden toegepast in de situatie van 'last resort'.<sup>158</sup> Het is hierbij van belang een afweging te maken op basis van proportionaliteit of de extra administratieve lasten die moeten worden uitgevoerd bij de thin-capitalisationmethode opwegen tegen het beoogde voordeel.

#### Frequentie toepassen van de kapitaalallocatiemethode

Een praktische vraag die nog openstaat is hoe vaak de methoden voor het toerekenen van eigen vermogen aan de vaste inrichting moeten worden herhaald. Uit par. 20 van het Commentaar vloeit voort dat de toepassing van de kapitaalallocatiemethoden in eerste instantie plaatsvindt ten tijde van de oprichting van de vaste inrichting en alleen wordt herhaald na een dealing.<sup>159</sup> Dat een dealings aanleiding kan geven tot een hercalculatie is niet vreemd, omdat een verandering optreedt in de samenstelling van de toegerekende activa en/of risico's. Deze

---

<sup>157</sup> Het probleem waar tegenaan wordt gelopen is dat de vergelijkbare ondernemingen meer activiteiten uitvoeren, dit in tegenstelling tot de vaste inrichting die meer gespecialiseerd is in één of enkele activiteiten.

<sup>158</sup> In de volgende paragraaf zal naar voren komen dat onder bepaalde omstandigheden voor de erkenning van interne leningen de thin-capitalisationmethode noodzakelijk zal zijn. Naar mijn opvatting is in een dergelijke situatie de toepassing van de thin-capitalisationmethode gerechtvaardigd.

<sup>159</sup> Par. 20 van het Commentaar 2010 of par. 44 van het PE-rapport. Zie in dit verband ook: H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 7.

verandering van de samenstelling heeft gevolgen voor de toerekening, omdat de kapitaalallocatiemethoden aanknopen bij de waardering van de toegerekende activa en risico's. In dit verband kan worden opgemerkt dat een hercalculatie ook moet plaatsvinden na een transactie, omdat daar – niet anders dan bij een dealing – ook een verandering optreedt in de samenstelling van de toegerekende activa en risico's aan de vaste inrichting. Strikt genomen zou de hercalculatie een continu proces moeten zijn, omdat de waardering van de activa en de risico's van dag tot dag kunnen verschillen en dus niet alleen na een transactie of een dealing. Het mag duidelijk zijn dat het een ondoenlijke taak is om na elke transactie of dealing de vermogenstoerekening aan de vaste inrichting aan te passen. In deze moet dan ook een praktische oplossing worden gevonden, waarbij de toerekening in ieder geval jaarlijks – vanwege de fiscale winstbepaling – moet plaatsvinden. Daarnaast kan tussentijds een toerekening plaatsvinden na een 'big ticket' transactie of dealing of na een significante waardeverandering van de toegerekende activa en risico's.

### 3.5.3 Toerekenen van vreemd vermogen [externe leningen]

Nadat het eigen vermogen is toegerekend, dient vreemd vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting. De toerekening van vreemd vermogen ligt impliciet besloten in de toerekening van eigen vermogen, omdat het vreemd vermogen de sluitpost vormt. Voor de toerekening van interestlasten aan dit vreemd vermogen beschrijft de OESO een drietal methoden:<sup>160</sup>

- i. de fungibilitymethode [indirecte methode]: voor de toerekening van interestlasten op het aan de vaste inrichting toegerekende vreemd vermogen vindt een proportionele toerekening plaats van de feitelijk door de generale onderneming betaalde interestlasten;
- ii. de tracingmethode [directe methode]: voor de toerekening van interestlasten wordt nagegaan van welke derden het intern aan de vaste inrichting ter beschikking gestelde kapitaal afkomstig is waarna de voor die leningen betaalde interest moet worden toegerekend; of
- iii. een tussenvariant van beide methoden: voor 'big ticket' leningen de tracingmethode en voor het overige vreemd vermogen de fungibilitymethode.

De OESO spreekt expliciet geen voorkeur uit voor een van de methoden, maar geeft daarbij aan dat al de methoden als doel hebben te voorkomen dat "the amount of interest expense claimed by the PE does not exceed an arm's length amount"<sup>161</sup>. Dat aan de vaste inrichting een beperking wordt opgeworpen voor het in aanmerking nemen van teveel interestlasten is naar mijn opvatting geen verdienste van de hiervoor beschreven methoden, maar die van de kapitaalallocatiemethoden. Doordat een minimum aan eigen vermogen ['free capital'] wordt toegerekend aan de vaste inrichting, bestaat het overige [mindere] vermogen uit vreemd vermogen.

Onder het pre-1994 Commentaar zijn eveneens soortgelijke methoden beschreven waarbij externe leningen en de daarbij behorende interestlasten op directe of indirecte wijze werden toegerekend. Met de aanpassing van het Commentaar in 1994 was naar voren gekomen dat de methoden op een niet-uniforme wijze werden toegepast door de lidstaten.<sup>162</sup> Daarnaast bestonden er praktische bezwaren.<sup>163</sup> Bij een indirecte [pro-rata] toerekening van

---

<sup>160</sup> De methode van de treasurydealings wordt ook beschreven. Ik kies ervoor om deze methode te bespreken bij de behandeling van interne leningen in de volgende [sub]paragraaf.

<sup>161</sup> Par. 156 van het PE-rapport.

<sup>162</sup> Par. 18.2 van het Commentaar 1994.

<sup>163</sup> I.J.J. Burgers, *The OECD Report 'Attribution of Income to Permanent Establishment': A Commentary*, 49 Bulletin for International Fiscal Documentation 3 [1995], p. 142.

interestlasten werd geen onderscheid gemaakt voor het verschil in risicoprofiel tussen de activiteiten van de vaste inrichting en de activiteiten van het hoofdhuis. Bij een directe toerekening bestond het risico op belastingontgaan, doordat de methode enigszins bewerkelijk was. Als in het vestigingsland bijvoorbeeld een hoger belastingtarief geldt dan in het bronland, bestaat de prikkel [en mogelijkheid] voor belastingplichtigen om het directe [historisch-causale] verband tussen de externe lening en de activiteiten van de vaste inrichting ‘te maskeren’ zodat de rentekosten ten laste wordt gebracht bij de winstbepaling in het vestigingsland. Als antwoord op deze bezwaren is in par. 18.3 van het Commentaar 1994 aangegeven dat gezocht moet worden naar een praktische oplossing, waarbij aan de vaste inrichting een vermogensstructuur moet worden toegerekend die overeenkomt met die van de generale onderneming [met inachtneming van de uitgevoerde functies van de vaste inrichting]. Verder is aangegeven dat – tot de praktische oplossing niet is gevonden – externe leningen en de daarbij behorende interestlasten uitsluitend toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting indien deze bedoeld zijn “to finance clearly and exclusively the activity of a permanent establishment”<sup>164</sup>

Door de implementatie van de kapitaalallocatiemethoden in het Commentaar 2008 en 2010 lijkt deze praktische oplossing te zijn gevonden. De fungibilitymethode is nu nauwkeuriger, doordat bij de toerekening van interestlasten rekening wordt gehouden met de waardering van de risico’s en activa van de vaste inrichting. Het bezwaar dat geen onderscheid wordt gemaakt bij een verschil in risicoprofiel tussen hoofdhuis en vaste inrichting bestaat niet langer. De tracingmethode is onder de huidige benadering ook minder vatbaar voor het risico op belastingontgaan, doordat leningen niet langer onbeperkt zo kunnen worden geconstrueerd dat deze drukken in het hoogbelaste bron- of vestigingsland. Door middel van de kapitaalallocatiemethoden is de onbeperkte toerekening van vreemd vermogen aan banden gelegd, omdat ‘free capital’ in aanmerking moet worden genomen.

Een bezwaar dat niet is weggenomen met de huidige benadering is dat nog steeds geen uniforme benadering is geformuleerd door de OESO. De OESO had hierin een keuze moeten maken uit de methoden dan wel moeten voorzien in een bepaling – zoals bij de kapitaalallocatiemethoden het geval is – die lidstaten ertoe beweegt één methode toe te passen.<sup>165</sup> Voor de vraag welke methode dit dan zou moeten zijn, dient te worden aangeknoopt bij de methode die het meest arm’s length is dan wel het beschrijven van de omstandigheden waaronder elk van de methoden resulteren tot een arm’s-lengthresultaat. De fungibilitymethode is naar mijn opvatting duidelijk niet arm’s length, omdat slechts de gemiddelde interestlasten worden toegerekend zonder dat rekening wordt gehouden met het verschil in percentages op leningen die specifiek zijn aangewend voor de activiteiten van het hoofdhuis of de vaste inrichting. Een dergelijk bezwaar doet zich niet voor bij de tracingmethode, doordat de betreffende leningen met de daarbij behorende interestlasten alleen worden toegerekend aan de vaste inrichting indien deze daaraan alloceerbaar zijn. De tracingmethode kent wel als nadeel dat niet in alle gevallen de leningen en de daarbij behorende interestlasten één-op-één te herleiden zijn naar de vaste inrichting.<sup>166</sup> In de situatie

---

<sup>164</sup> Par. 18.1 van het Commentaar 1994.

<sup>165</sup> Dat van lidstaten dat wordt verwacht volgt wel impliciet uit art. 7, lid 3, OESO.

<sup>166</sup> J. Vleggeert, *Aftrekbeperkingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën nr. 132, Deventer: Kluwer [2009], p. 348



waarbij niet alle leningen historisch allocerbaar zijn biedt de tussenvariant uitkomst, omdat de resterende rentekosten alsnog naar rato worden toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>167</sup>

Een belangrijke vraag is nog wel in hoeverre het Commentaar 2008 en Commentaar 2010 als een verduidelijking van het pre-2008 Commentaar kunnen worden beschouwd. Ten aanzien van het Commentaar 1963 en 1977 verhoudt de huidige benadering zich duidelijk daarmee niet. Onder dat Commentaar was nadrukkelijk geen aandacht besteed aan de toerekening van wat voor vermogensstructuur dan ook en ook niet dat aan de vaste inrichting een minimum aan eigen vermogen [‘free capital’] moest worden toegerekend. Voor wat betreft het Commentaar 1994 is wel beschreven dat moest worden aangesloten bij de vermogensstructuur van de generale onderneming, en dat daarbij rekening moet worden gehouden met de activiteiten die in de vaste inrichting worden uitgevoerd. *Pijl* is in dit verband van mening dat er “geen sprake is van een tegenstrijdigheid, noch van een kwestie die niet was geadresseerd in de 1994-stukken”<sup>168</sup>. Voorts stelt hij dat de toerekeningsmethodiek van ‘eerst eigen vermogen en dan [als sluitpost] vreemd vermogen’ als een verheldering van en aanvulling op het Commentaar 1994 kan worden beschouwd. Op dit standpunt is *Pijl* in een artikel later op het jaar teruggekomen, waarin hij aangeeft dat “kapitaalattributie niet verenigbaar is met enig bestaand verdrag”.<sup>169</sup> De laatste constatering lijkt mij inderdaad de juiste. Pas onder het Commentaar 2008 is beschreven dat

[t]he objective is to attribute an arm’s length amount of interest to the permanent establishment **after** attributing an appropriate amount of “free” capital in order to support the functions, assets and risks of the permanent establishment.<sup>170</sup>

Het is naar mijn opvatting niet in te zien hoe dit als een verheldering kan worden beschouwd op het Commentaar 1994, omdat niets was gezegd over de toerekening van *eerst* een minimum aan eigen vermogen *en dan pas* een toerekening van vreemd vermogen. Deze aanpassing behelst een wijziging die niet verdragsposterieur van toepassing kan worden verklaard op pre-2008 verdragen.

### 3.5.4 Toerekenen van vreemd vermogen [interne leningen]

Een heet hangijzer binnen het winstallocatievraagstuk is altijd geweest het al dan niet erkennen van interne leningen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Bij dit vraagstuk stond de OESO voor het dilemma om enerzijds de zelfstandigheidsfictie volledig toe te passen zodat een vaste-inrichtingssituatie gelijk wordt gesteld aan een moeder-dochtersituatie en anderzijds de zelfstandigheidsfictie beperkt toe te passen zodat het risico op belastingontgaan wordt voorkomen. Alvorens deze problematiek betreffende interne leningen inhoudelijk wordt besproken definieer ik eerst de term ‘interne leningen’, omdat deze niet duidelijk is omschreven in zowel de literatuur als in de OESO-rapporten. Onder interne leningen begrijp ik alle leningen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting die niet direct [historisch-causaal] verband houden met een externe lening. Dat wil dus zeggen dat een interne lening uit de eigen fondsen van de onderneming kan zijn gefinancierd of dat een interne lening wel verband houdt met een externe lening maar het directe historisch-causale verband daartoe ontbreekt.

---

<sup>167</sup> Ter illustratie kan hierbij het volgende voorbeeld worden geschetst: op de balans van het hoofdhuis komen drie leningen voor: lening 1 [10%], lening 2 [6%] en lening 3 [2%]. Alleen lening 1 en lening 2 zijn historisch allocerbaar aan respectievelijk de vaste inrichting en het hoofdhuis. Een toerekening op basis van de methoden resulteert in de volgende rentepercentages die in aanmerking kunnen worden genomen: fungibilitymethode [HH 9% en VI 9%], tracingmethode [HH 8% en VI 10%] en de tussenvariant [HH 7% en VI 11%].

<sup>168</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 4.1.

<sup>169</sup> H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 4.1.

<sup>170</sup> Par. 45 van het Commentaar 2008.

In het pre-2010 Commentaar heeft altijd een verbod bestaan voor het in aftrek brengen van [fictieve] interne rente op leningen tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Een motivering voor deze keuze ontbrak in het Commentaar 1963 en 1977. Pas in het Commentaar 1994 [en later overgenomen in het Commentaar 2008] is deze keuze beargumenteerd.<sup>171</sup> Als eerste argument is genoemd dat een leningsovereenkomst waarbij de vaste inrichting zich bindt aan de verplichting tot het betalen van een aflossing en rente binnen de generale onderneming juridisch niet mogelijk is. Dit argument slaagt niet, omdat voor het spel dat wordt gespeeld [de zelfstandigheidsfictie] het erkennen van dealings onvermijdelijk is. Op andere plaatsen in het Commentaar 1994 en 2008 waren om deze reden andere dealings wel gewoon toegestaan. Daarnaast moet bij een consequente toepassing van dit ‘juridische’ argument de interne leningen ook niet worden toegelaten bij de vaste inrichting van een financiële instelling.<sup>172</sup> De omstandigheid dat het in- en uitlenen van gelden aansluit bij de dagelijkse activiteiten van dergelijke financiële instellingen doet hier niet aan af. Als tweede argument is genoemd dat het erkennen van een interne lening afbreuk doet aan de economische realiteit. Het in aanmerking nemen van interne leningen, aldus de OESO, kan tot gevolg hebben dat een onderneming die zuiver gefinancierd is met eigen vermogen toch interestlasten in aanmerking kan nemen op schulden en vorderingen die feitelijk niet bestaan. Voor het weerleggen van dit argument dient de vergelijking te worden gemaakt met een moeder- en dochtervennootschap die beiden volledig gefinancierd zijn met eigen vermogen. In een dergelijk geval zijn ‘interne leningen’, voor zover niet wordt toegekomen aan de nationale renteaftrekbeperkingen van de lidstaten, ook gewoon mogelijk. De vrees die natuurlijk leefde bij de OESO – maar toen nog niet met zoveel woorden was uitgesproken – is de mogelijkheid dat belastingplichtigen naar willekeur met winsten kunnen schuiven van een hoogbelaste jurisdictie naar een laagbelaste jurisdictie. Een interne lening zou in een vaste-inrichtingssituatie slechts een boekhoudkundige verwerking impliceren, zonder dat daadwerkelijk wat hoeft te veranderen in de activiteiten die worden uitgevoerd.

Het verbod op interne leningen komt niet meer voor in het Commentaar 2010. De indruk kan ontstaan dat door deze aanpassing interne rente in aanmerking kan worden genomen bij de fiscale winstbepaling van de vaste inrichting. Bij nadere bestudering van het PE-rapport lijkt dit niet helemaal op te gaan. In par. 158 van het PE-rapport is aangegeven dat interne rente [‘interest dealing’] alléén in aanmerking kan worden genomen, indien en voor zover deze verband houdt met een interne lening [‘treasury dealing’] die voortvloeit uit de uitoefening van een ‘full fledged’-treasuryactiviteit bij het hoofdhuis of de vaste inrichting.<sup>173</sup> Een treasuryactiviteit omvat kortgezegd alle activiteiten die ertoe strekken de verschillende onderdelen van de onderneming te voorzien in de financiering, waarbij de risico’s [bijvoorbeeld interest- en liquiditeitsrisico’s] optimaal worden beheerd.<sup>174</sup> Van deze ‘full fledged’-treasuryfunctie moet worden onderscheiden de situatie waarbij het vermogenverschaffende bedrijfsonderdeel slechts een ‘conduit’-treasuryfunctie vervult.<sup>175</sup> Onder een ‘conduit’-treasuryfunctie moet

---

<sup>171</sup> Par. 18 [1994] en par. 41 [2008] van het Commentaar.

<sup>172</sup> “For these reasons, the ban on deductions for internal debts and receivables should continue to apply generally, subject to the special situation of banks, as mentioned below.” Zie: par. 15 [1963], par. 18.3 [1994] en par. 42 [2008] van het Commentaar.

<sup>173</sup> In par. 42 van het Commentaar 2008 is nog steeds het expliciete verbod op interne leningen beschreven. Dit betekent dus dat – ondanks de [gedeeltelijke] implementatie van de AOA-benadering – interne rente samenhangend met een treasuryfunctie niet zijn toegestaan onder het Commentaar 2008.

<sup>174</sup> Par. 162 van deel II van het PE-rapport.

<sup>175</sup> Par. 159 van het PE-rapport.

worden verstaan de activiteit waarbij vreemd vermogen extern wordt aangetrokken en direct binnen de onderneming wordt doorgeleend. Een essentieel verschil tussen beiden is dat bij een ‘conduit’-treasuryfunctie geen sprake is van een interne lening en de vergoeding derhalve niet kan worden beschouwd als een ‘interest dealing’. De ‘conduit’-treasuryfunctie dient te worden beschouwd als een verrichting van een dienst, met als vergoeding een ‘service charge’ voor de uitgevoerde administratieve taken. Bij een ‘full fledged’-treasuryfunctie is wel sprake van een interne lening [‘treasury dealing’]. Voor vaststellen van de vergoeding op de interne lening [‘interest dealing’] dient een vergelijkbaarheidsanalyse te worden uitgevoerd, waarbij de vergelijking moet worden gemaakt met een bankbedrijf dat soortgelijke activiteiten uitoefent onder soortgelijke omstandigheden.<sup>176</sup>

In het PE-rapport is aangegeven dat de erkenning van ‘interest dealings’ die voortvloeien uit een ‘full fledged’-treasuryactiviteit er niet toe kan leiden dat méér vreemd vermogen aan de vaste inrichting wordt toegerekend dan reeds [indirect] is toegerekend op basis van de kapitaalallocatiemethoden.<sup>177</sup> Dit is – zoals ik de gedachte achter de toerekening van vreemd vermogen begrijp – logisch, omdat de kapitaalallocatiemethoden slechts een at arm’s-lengthlimiet opwerpen aan de omvang van het vreemd vermogen dat in aanmerking kan worden genomen bij de vaste inrichting. Een ander essentieel punt waarmee rekening moet worden gehouden bij het in aanmerking nemen van ‘interest dealings’ is dat de erkenning van treasury dealings [‘interne leningen’] niet past binnen de systematiek van de fungibilitymethode. De fungibilitymethode is een op de ‘leer van het gedeelte’ gestoelde methode, waardoor alleen de totale daadwerkelijk interestlasten worden verdeeld tussen vaste inrichting en hoofdhuis. Het uitgangspunt van deze methode is dat vreemd vermogen dat is toegerekend aan de vaste inrichting niet zelfstandig wordt beschouwd, maar als onderdeel wordt gezien van de totale financieringsbehoefte van de generale onderneming. Het past hierbij dan niet om vermogensverschuivingen [‘interne leningen’] tussen vaste inrichting en het hoofdhuis te erkennen. Dus ‘interest dealings’ lijken in beginsel alleen te worden aanvaard voor zover de toerekening van interestlasten plaatsvindt op basis van de tracingmethode. Als dan blijkt dat het [indirect] toegerekende vreemd vermogen nog niet volledig is ‘vervuld’ door historisch allocerbare externe leningen, kan voor dat overige deel vreemd vermogen worden vervuld door treasury dealings.

Voor opgezette constructies die puur gericht zijn op het schuiven met winsten hoeft niet langer te worden gevreesd, meent de OESO.<sup>178</sup> Dit risico wordt voorkomen doordat een interne lening pas wordt erkend als zijnde een ‘treasury dealing’, indien wordt voldaan aan de algemene voorwaarden voor het erkennen van een dealing.<sup>179</sup> Daarnaast moet bij het vermogenverschaffende deel van de onderneming treasuryactiviteiten worden uitgevoerd, die dienen te worden aangemerkt als significant people functions.<sup>180</sup>

De hiervoor besproken ‘treasury dealings’ hadden betrekking op interne leningen die een bepaalde band hebben met een externe lening maar daarmee niet direct verband houden. Van een dergelijk geval dient naar mijn opvatting ook de situatie te worden onderscheiden waarbij interne leningen zijn gefinancierd uit de eigen

---

<sup>176</sup> Van deze vergoeding dient een component voor het kredietrisico te worden uitgezonderd, omdat tussen hoofdhuis en vaste inrichting geen verschil bestaat in kredietwaardigheid.

<sup>177</sup> Par. 158 van het PE-rapport.

<sup>178</sup> H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 5.4.

<sup>179</sup> Zie paragraaf 3.7.

<sup>180</sup> P. Hoogterp, *Interestlasten vaste inrichtingen*, WFR 2008/1085, onderdeel 6.2.

fondsen van de onderneming.<sup>181</sup> Dit is mogelijk als op basis van de thin-capitalisationmethode meer vreemd vermogen wordt toegerekend aan de vaste inrichting dan daadwerkelijk aanwezig is binnen generale onderneming. In het PE-rapport is deze situatie niet met zoveel woorden bevestigd, maar is naar mijn opvatting een aanvaardbare [lees: arm's length] consequentie van de toepassing van de thin-capitalisationmethode. Zie ter illustratie het volgende voorbeeld:

Balans hoofdhuis		Balans 'tested party' in v.i.-staat		Balans vaste inrichting	
Debet	Credit	Debet	Credit	Debet	Credit
Activa	500	Activa	500	Activa	300
					EV 60 <sup>182</sup>
					VV 240 <sup>183</sup>
					EV 300
					VV 300
					300
					300

Het hoofdhuis heeft een vaste inrichting. Aan deze vaste inrichting moet op basis van de functionele analyse activa worden toegerekend met een waarde van 300. De vermogenstoerekening aan de vaste inrichting heeft plaatsgevonden aan de hand van de thin-capitalisationmethode, omdat uit de functionele en feitelijke analyse naar voren is gekomen dat het risico op de activiteiten van de vaste inrichting in vergelijking met het risico op de activiteiten van het hoofdhuis significant van elkaar verschillen.<sup>184</sup> Uit de thin-capitalisationmethode volgt dat vergelijkbare ondernemingen aan de vaste inrichting doorgaans zijn gefinancierd met een verhouding van 20% eigen vermogen en 80% vreemd vermogen. Stel dat 200 VV op de balans van de vaste inrichting direct te herleiden is van de externe lening op de balans van het hoofdhuis. De vraag is dan of het restant van 40 VV kan worden aangemerkt als een interne lening. Bij een consequente toepassing van het arm's-lengthbeginsel zou dit mijns inziens wel het geval moeten zijn. Het risico op kunstmatige constructies die gericht zijn op winstverschuiving zal niet bestaan, omdat de 'interest dealings' moeten voldoen aan de voorwaarden die daaraan zijn gesteld alvorens deze worden erkend.

### 3.6 Dealings en transacties

De aanwezigheid van een dealing wordt pas erkend als uit de functionele en feitelijke analyse volgt dat sprake is van 'a real and identifiable event', die een verschuiving van economische significante risico's, verantwoordelijkheden en voordelen tot gevolg heeft.<sup>185</sup> Een belangrijk aanknopingspunt hierbij vormt de boekhouding en andere documentatie die wordt bijgehouden voor de vaste inrichting. De belastingdiensten kunnen de documentatie aanvaarden als wordt voldaan aan een drietal voorwaarden:

- i. de documentatie sluit aan bij de economische substantie van de uitgevoerde activiteiten binnen de generale onderneming, zoals deze blijken op basis van de functionele en feitelijke analyse;
- ii. de gedocumenteerde afspraken met betrekking tot de dealing moet op een zodanige wijze zijn gestructureerd dat het voor de belastingautoriteiten mogelijk is een zakelijke vergoeding vast te stellen aan de hand van de verrekenprijsmethoden; en

<sup>181</sup> Pijl is eveneens van opvatting dat het niet uitmaakt uit welke bron de fondsen zijn gefinancierd: uit aandelenkapitaal of een externe lening. Zie: H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 5.4.

<sup>182</sup> =  $100 \times (300/500)$ . Het eigen vermogen van de vaste inrichting is afgeleid van de 'tested party'.

<sup>183</sup> =  $300 - 60$  [vreemd vermogen is een sluitpost].

<sup>184</sup> Dat deze situatie zich kan voordoen is beargumenteerd in paragraaf 3.5.2, ad ii, laatste alinea.

<sup>185</sup> Par. 177 van het PE-rapport.

iii. een dealing mag niet in strijd zijn met de principes van de functionele en feitelijke analyse zoals die zijn beschreven in het PE-rapport [bijvoorbeeld de onmogelijkheid om risico's elders onder te brengen dan bij het onderdeel waar de activiteiten worden uitgevoerd die betrekking hebben op die risico's].<sup>186</sup>

Een belangrijke opmerking die is geplaatst bij het documenteren van een dealing is dat dit tot niet meer administratieve lasten moet leiden dan bij het documenteren van een transactie.<sup>187</sup> Dit lijkt mij een niet reëel standpunt. In tegenstelling tot een transactie waarbij in veel gevallen het overleggen van de bijbehorende contracten voldoende zal zijn, is dit niet het geval bij een dealing. De afwezigheid van juridisch bindende contracten zal moeten worden ondervangen door andere documentatie. Dit zal in beginsel voor elke dealing moeten plaatsvinden. Daarnaast zullen de belastingdiensten deze strenger beoordelen, waardoor de belastingplichtige genoodzaakt zal zijn zoveel mogelijk stukken aan te leveren om het risico op slepende discussies te minimaliseren.

In tegenstelling tot dealings kan bij transacties uit de contracten worden afgeleid hoe de risico's, verantwoordelijkheden en voordelen zijn verdeeld over de partijen die bij de transactie zijn betrokken.<sup>188</sup> De voorwaarden waaronder een transactie is aangegaan kan ook worden ontleend uit de correspondentie of communicatie tussen de partijen. Als de voorwaarden niet zijn opgenomen in het contract en deze ook niet kunnen worden afgeleid uit de correspondentie is het van belang om de contractuele voorwaarden te bepalen op basis van het handelen en de economische beginselen die in het algemeen de betrekkingen tussen onafhankelijke ondernemingen beheersen. Vervolgens is het van belang om na te gaan of de partijen zich conform de contractuele voorwaarden gedragen of dat uit de handelingen blijkt dat de contractuele voorwaarden tussen de partijen niet worden nageleefd.<sup>189</sup> In dit geval zal dan ook op basis van de functionele analyse die is beschreven in de Verrekenprijsrichtlijn naar voren moeten komen wat de werkelijke voorwaarden zijn.

Als transacties worden geïdentificeerd middels de functionele analyse moeten deze worden erkend. Behalve in uitzonderlijke gevallen is het de belastingdiensten toegestaan de transacties buiten beschouwing te laten dan wel daarvoor transacties in de plaats te stellen.<sup>190</sup> Dit zelfde geldt ook voor dealings.<sup>191</sup> Als wordt voldaan aan de voorwaarden die zijn gesteld aan een dealing, kan deze niet zomaar worden genegeerd door de belastingautoriteiten.

### **3.7 Deelconclusie**

In deze paragraaf kom ik tot de beantwoording van de volgende deelvraag:

*“Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van de AOA en hoe verhoudt deze zich tot de voorheen geldende benadering van de OESO?”*

Voor het vaststellen van de toerekenbare winst aan de vaste inrichting beschrijft de AOA twee stappen opdat de vaste inrichting kan worden geconstrueerd als een zelfstandige en onafhankelijke onderneming. In de eerste stap dienen op grond van een functionele en feitelijke analyse functies te worden toegerekend aan de vaste inrichting

---

<sup>186</sup> Par. 181 van het PE-rapport.

<sup>187</sup> Par. 37 van het PE-rapport.

<sup>188</sup> Par. 1.52 van de Verrekenprijsrichtlijn.

<sup>189</sup> Par. 1.53 van de Verrekenprijsrichtlijn.

<sup>190</sup> Zie in dit verband par. 1.65 van de Verrekenprijsrichtlijn.

<sup>191</sup> Par. 182 van het PE-rapport.

met inachtneming van de daarbij gedragen risico's en de gebruikte activa. In de tweede stap worden de transacties tussen de vaste inrichting met het hoofdhuis én de transacties tussen de vaste inrichting met zelfstandige ondernemingen voorzien van een zakelijke prijs op grond van c.q. naar analogie van art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn.

Door het ontbreken van juridisch bindende contracten tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting is de functionele analyse aangevuld met de identificering van de 'significant people functions'. Voor het toerekenen van een risico moet worden vastgesteld wie vanuit de vaste inrichting actief de beslissingen neemt met betrekking tot het aangaan en beheren van dat risico. Voor het toerekenen van activa moet worden vastgesteld wie vanuit de vaste inrichting actief de beslissingen neemt tot het aangaan en beheren van de risico's met betrekking tot de economische eigendom van de activa. Een uitzondering bestaat voor materiële activa, omdat op basis van pragmatische overwegingen ervoor is gekozen om de toerekening te laten plaats vinden aan de hand van de 'place of use' [plaats van werkelijk gebruik]. De veronderstelling dat sprake is van minder administratieve lasten gaat niet op, doordat alle 'significant people functions' – als onderdeel van de functionele en feitelijke analyse – hoe dan ook moeten worden geïdentificeerd. Een ander bezwaar is dat als sprake is van een tijdelijke terbeschikkingstelling de 'place of use' niet aansluit bij de economische realiteit. Bij een tijdelijke terbeschikkingstelling wordt de aangroei van stille reserves betrokken in de belastingheffing van het vaste-inrichtingsland, dit terwijl de aangroei toerekenbaar aan de inspanningen van de personen werkzaam in het hoofdhuisland. De toerekening van immateriële activa dient plaats te vinden aan de hand van de 'significant people functions'. Bij immateriële activa is het mogelijk dat een activum gelijktijdig door meer partijen kan worden gebruikt, en daardoor is 'het gebruik' geen goed aanknopingspunt voor de toerekening van de economische eigendom. Onder de voorheen geldende ondernemingsplitsingsmethode was het niet toegestaan een immaterieel activum toe te rekenen aan een specifiek onderdeel van de onderneming. Door de ontwikkeling van de 'significant people functions' is het onder de huidige benadering wel mogelijk de eigendom van een immaterieel activum toe te rekenen aan de vaste inrichting. Dit maakt het ook mogelijk dat een interne terbeschikkingstelling van immateriële activa kan worden verondersteld [interne royalties], wat een belangrijk keerpunt is als de vergelijking wordt gemaakt met de voorheen geldende benadering [verdeling van de kosten]. Om te voorkomen dat art. 7 OESO [oud] verdragsposterieur zou worden gewijzigd, is dit uitgangspunt pas geïmplementeerd in het Commentaar 2010 op het huidige verdragsartikel.

Voor het toerekenen van eigen vermogen zijn de capital-allocationmethode en de thin-capitalisationmethode beschreven. Vanuit theoretisch oogpunt sluit de thin-capitalisationmethode het beste aan bij het arm's-lengthbeginsel, omdat de toerekening gebaseerd is op de vermogensstructuur van vergelijkbare ondernemingen. Een bezwaar van de thin-capitalisationmethode is dat dit zware administratieve lasten met zich brengt voor zowel de belastingplichtige [vergelijkbaarheidsanalyse] als voor de belastingautoriteiten [controle]. Dit probleem speelt minder bij de capital-allocationmethode, omdat de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt dient. Als de generale onderneming over- of ondergekapitaliseerd is, leidt de capital-allocationmethode niet tot een arm's-lengthuitkomst, waardoor alsnog teruggevallen dient te worden op de thin-capitalisationmethode. Nadat het eigen vermogen is toegerekend, dient als sluitpost vreemd vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Voor de toerekening van interestlasten aan dit vreemd vermogen beschrijft

de OESO een aantal methoden, zonder dat daarbij een voorkeur wordt uitgesproken voor één van de methoden. De OESO had hierin een keuze moeten maken uit de methoden dan wel moeten voorzien in een bepaling – zoals bij de kapitaalallocatiemethoden – die lidstaten ertoe beweegt één methode toe te passen. Van de beschreven methoden is naar mijn opvatting de [mathematische] fungibilitymethode duidelijk niet at arm's length, omdat de gemiddelde interestlasten worden toegerekend zonder dat rekening wordt gehouden met het verschil in percentages op leningen die specifiek zijn aangewend voor de activiteiten van het hoofdhuis dan wel de vaste inrichting. Een dergelijk bezwaar doet zich niet voor bij de [historisch-causale] tracingmethode. Het op deze wijze toerekenen van eigen vermogen verhoudt zich niet met het Commentaar 1963 en 1994. In het Commentaar 1994 is wel beschreven dat aangesloten moet worden bij de vermogensstructuur van de generale onderneming, maar daarbij is niet gezegd dat *eerst* eigen vermogen *en dan* als sluitpost vreemd vermogen moet worden toegerekend. Onbegrijpelijk is dan het standpunt van de OESO dat de huidige benadering als een verheldering kan worden beschouwd op het pre-2008 Commentaar.

Voor wat betreft het in aanmerking nemen van interne rente bestond onder de voorheen geldende benadering een expliciet verbod. Onder de huidige benadering is dit expliciete verbod verlaten, waardoor het mogelijk is om de rente op interne leningen te verantwoorden bij de vaste-inrichtingswinst. Van belang is dan wel dat de toerekening van interestlasten dient plaats te vinden op basis van de tracingmethode en daarbij moeten de interne leningen verband houden met de uitoefening van een treasuryactiviteit. Als de toerekening van vreemd vermogen heeft plaatsgevonden op basis van de thin-capitalisationmethode bestaat naar mijn opvatting de mogelijkheid [bij overkapitalisatie] dat aan de vaste inrichting meer vreemd vermogen wordt toegerekend dan aanwezig is binnen de gehele onderneming. Dit uitgangspunt gaat duidelijk verder dan het expliciete verbod op interne leningen dat bestond onder de voorheen geldende benadering. Om deze reden is [terecht] ervoor gekozen dit pas te implementeren in het Commentaar 2010.

## 4 Verenigbaarheid Nederlandse benadering met de AOA

### 4.1 Inleiding

De nationale benadering ten aanzien van winsttoerekening volgt uit de jurisprudentie, Bvdb 2001 en het Besluit ‘Winstallocatie’. Een behandeling van de nationale benadering is om diverse redenen van belang. In de eerste plaats is de AOA deels geïmplementeerd in het Commentaar 2008. Voor een dynamische interpretatie is het van belang te onderzoeken hoe de wijzigingen in genoemd Commentaar zich verhouden tot de jurisprudentie. De jurisprudentie omtrent de winsttoerekening is vrij beperkt. Om deze reden worden enkele arresten meermaals aangehaald en worden als een rode draad door het hoofdstuk heen behandeld. In de tweede plaats heeft de Staatssecretaris in het Besluit ‘Winstallocatie’ de mogelijkheid opengelaten voor belastingplichtigen om de AOA toe te passen onder het oude verdragsartikel. De belastingplichtige heeft in dezen een gunstige uitgangspositie omdat hij – afhankelijk van zijn specifieke situatie – de afweging kan maken tussen de oude of de huidige benadering. Daarnaast heeft de Staatssecretaris in het Besluit met betrekking tot het PE-rapport standpunten ingenomen. Onderzocht wordt in hoeverre zich dit verhoudt tot de jurisprudentie en de uitgangspunten die zijn geformuleerd in het PE-rapport. Om tot een antwoord te komen op deze vraag wordt in paragraaf 4.2 allereerst ingegaan op de wijze waarop de zelfstandigheidsfictie volgt uit de nationale regelgeving. Daarna wordt in paragraaf 4.3 de algemene maatstaf behandeld voor het toerekenen van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting. De toerekening van activa en passiva wordt meer specifiek behandeld in respectievelijk de paragrafen 4.4 en 4.5. In paragraaf 4.6 wordt kort ingegaan op de voorwaarden die volgen uit de jurisprudentie voor het erkennen van een interne transactie. Dit hoofdstuk wordt in paragraaf 4.7 afgesloten met een conclusie.

### 4.2 Nationale benadering

#### 4.2.1 Algemeen

Aan de toerekening van vermogensbestanddelen aan een vaste inrichting liggen vanuit nationaal perspectief een aantal doelstellingen ten grondslag.<sup>192</sup> In de eerste plaats is de toerekening van belang voor het bepalen van de Nederlandse heffingsgrondslag van buitenlandse belastingplichtigen die in Nederland economische activiteiten ontplooiën met behulp van een vaste inrichting.<sup>193</sup> In de tweede plaats is de toerekening van belang voor het bepalen van de vrij te stellen winst voor een binnenlandse belastingplichtige, die met behulp van een vaste inrichting economische activiteiten ontplooit in het buitenland.<sup>194</sup> Een ander – minder voor de hand liggend – belang is dat de vermogenstoerekening tegenwoordig steeds vaker een rol speelt bij antimisbruikwetgeving.<sup>195</sup>

#### 4.2.2 Nationale belastingwetten

In de nationale belastingwet wordt in steeds verdergaande mate aangesloten bij de bepalingen die zijn geformuleerd in het OESO-modelverdrag. Dit heeft tot gevolg dat het daarbij behorende Commentaar een steeds

---

<sup>192</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogenstetkettering bij een vaste inrichting (deel 1)*, WFR 2003/1965, onderdeel 3.

<sup>193</sup> De voordelen die worden verkregen uit een onderneming, of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting worden betrokken in de Nederlandse heffingsgrondslag op grond van art. 17, lid 3, onderdeel a, Wet Vennootschapsbelasting 1969 [hierna: ‘Wet VpB 1969’]. Zie in dit verband ook art. 7.2, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001.

<sup>194</sup> Art. 15e en 15f Wet Vpb 1969.

<sup>195</sup> In de inkomstenbelasting: art. 3.60, 3.83, lid 2, art. 3.126, lid 1, onderdeel a en art. 3.133, lid 2, onderdeel h en i, Wet IB 2001. In de loonbelasting: art. 19a, lid 1, onderdeel d, Wet LB 1964. In de vennootschapsbelasting: art. 13b, lid 2, onderdeel b en art. 15c Wet VpB 1969.



belangrijkere rol gaat spelen als interpretatiemiddel.<sup>196</sup> Deze ontwikkeling draagt bij aan het voorkomen van dubbele, dan wel geen belastingheffing, doordat minder verschillen bestaan tussen de nationale belastingwet en de internationale belastingwet.

Een dergelijke ontwikkeling is goed te zien bij de wijze van bepaling van de vaste-inrichtingswinsten. In het verleden bestond in de nationale belastingwet geen expliciete voorkeur voor de wijze van vermogenstoerekening aan de vaste inrichting. Een aanwijzing voor de zelfstandigheidsfictie volgde wel uit de koppeling van art. 8 Wet VpB 1969 met de totaalwinstbepaling van art. 3.8 Wet IB 2001.<sup>197</sup> Algemeen wordt aangenomen dat het arm's-lengthbeginsel impliciet deel uitmaakt van de nationale belastingwet via art. 3.8 Wet IB 2001.<sup>198</sup> Op basis van deze opvatting is art. 9 OESO [en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn] van toepassing op de winst van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. De wetgever heeft desondanks besloten om met ingang van 1 januari 2002 het arm's-lengthbeginsel wettelijk vast te leggen in art. 8b Wet VpB 1969, waardoor het nu wel expliciet van toepassing is verklaard op de verhouding tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis.<sup>199</sup> Dit heeft ook tot gevolg dat de voorschriften van administratieve aard als bedoeld in art. 8b, lid 3, Wet VpB 1969 moeten worden nageleefd.<sup>200</sup> Haan en Lewis beargumenteren dat door het gebruik van het begrip 'lichaam'<sup>201</sup> in art. 8b Wet VpB 1969, het arm's-lengthbeginsel – op basis van de letterlijke tekst – niet van toepassing kan worden verklaard op vaste-inrichtingssituaties.<sup>202</sup> Hoewel het doel van de wetgever duidelijk is geweest om ook vaste-inrichtingssituaties onder dit artikel te doen vallen<sup>203</sup>, had hij er naar mijn opvatting inderdaad beter aangedaan de vaste inrichting specifiek te benoemen. Naast art. 8b Wet VpB 1969 kan ook worden gewezen op art. 15e, lid 6, Wet VpB 1969. Op grond van deze bepaling wordt voor de vaststelling van de buitenlandse [vrijgestelde] vaste-inrichtingswinst letterlijk aangesloten bij de huidige benadering van de OESO voor de zelfstandigheidsfictie. Deze bepaling geldt overigens alleen voor niet-verdragssituaties als bedoeld in art. 15e, lid 2, onderdeel b, Wet VpB 1969.<sup>204</sup>

Een belangrijke opmerking die nog wel dient te worden gemaakt is dat het OESO-modelverdrag en het daarbij behorende Commentaar niet bepalen wat wel en niet aftrekbaar is. Er vindt slechts een verdeling van heffingsbevoegdheid plaats ten aanzien van grensoverschrijdende ondernemingswinsten. Op die toegerekende winsten zijn de Nederlandse winstbepalingsvoorschriften van toepassing, zoals art. 3.14 Wet IB 2001 [van aftrek

---

<sup>196</sup> Zie paragraaf 2.6.1.

<sup>197</sup> Via art. art. 18, lid 1, Wet VpB 1969 is op te maken dat de inhoud van art. 8 Wet VpB 1969 eveneens te gelden heeft voor buitenlandse ondernemingswinsten [en dus ook vaste-inrichtingswinsten].

<sup>198</sup> F.P.G. Pötgens, *Cursus belastingrecht Venootschapsbelasting* [online editie], Kluwer: Deventer [2012], onderdeel 3.0.5.B.

<sup>199</sup> Zie de koppeling in art. 18, lid 1, Wet VpB 1969 met art. 8b Wet VpB 1969.

<sup>200</sup> Op basis van deze voorschriften dient de belastingplichtige een administratie bij te houden waaruit blijkt op welke wijze de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of er met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Hierbij dient in acht te worden genomen dat deze documentatie louter toezien op het kunnen controleren van gehanteerde verrekenprijzen. Dit is niet de documentatie die is bedoeld in het vorige hoofdstuk waaraan moet worden voldaan alvorens een dealing wordt erkend.

<sup>201</sup> Een vaste inrichting is geen lichaam. Zie: art. 1 juncto 2 en 3 Wet VpB 1969.

<sup>202</sup> N. de Haan en I. Lewis, *Het gewijzigde art. 7 [winst uit onderneming] OECD-modelverdrag 2010*, WFR 2010/1292, onderdeel 6.1.

<sup>203</sup> "De verwijzing naar artikel 8b houdt concreet in dat het daarin opgenomen arm's-lengthbeginsel en de daarmee samenhangende voorschriften van administratieve aard ook van toepassing zijn op 'transacties' tussen een in Nederland gelegen vaste inrichting en het buitenlandse hoofdhuis of met het hoofdhuis gelieerde ondernemingen", aldus de Staatssecretaris. Zie: MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 33.

<sup>204</sup> Zie in dit verband art. 9, lid 3, Bvdb 2001.

uitgesloten kosten], art. 3.30a Wet IB 2001 [beperking afschrijving gebouwen] en art. 3.54 Wet IB 2001 [herinvesteringsreserve].<sup>205</sup>

#### 4.2.3 Zelfstandigheidsfictie – Jurisprudentie

De HR is vanaf de jaren '60 duidelijk van oordeel dat de zelfstandigheidsfictie moet worden toegepast voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting. In HR 27 april 1960, *BNB* 1960/167 was sprake van een rechtspersoon gevestigd in België die economische activiteiten ontplooid met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. De HR overwoog dat

ervan moet worden uitgegaan, dat [...] het binnenlandse bedrijfsvermogen als een *afzonderlijk bedrijfsvermogen wordt beschouwd* en tevens dat, [...] ook de administratie van belanghebbende berust op de fictie dat zij twee afzonderlijke bedrijven, een in België en een in Nederland, uitoefende.

De HR paste naar de lezing van het voorgaande in expliciete bewoordingen de zelfstandigheidsfictie toe. Enkele dagen na dit arrest zijn de rupiah-arresten geweest [HR 4 mei 1960, *BNB* 1960/163 en HR 29 april 1959, *BNB* 1960/164]. *Van Raad*<sup>206</sup> en *Soeten*<sup>207</sup> zien in deze arresten eveneens de bevestiging voor de zelfstandigheidsfictie. Het geschil in beide zaken betrof het antwoord op de vraag of valutaresultaten die behaald zijn in de munt van het vestigingsland op vermogensbestanddelen van de vaste inrichting, tot uitdrukking moesten komen in de vrij te stellen winst van de vaste inrichting.<sup>208</sup> De HR omschreef de vrij te stellen winst als:

winst die [in het buitenland] in de belastingheffing 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 belastingplichtige zou handelen gelijk de Nederlandse fiscus volgens hier te lande geldende voorschriften moet handelen met de bedrijfswinst van wie voor deze fiscus buitenlandse belastingplichtigen zijn.

*Van Raad* is van opvatting dat “deze toetsing weinig ruimte laat voor verschil in inzicht omtrent de reikwijdte van de fictie waar het valutaresultaten betreft”<sup>209</sup>. De omstandigheid dat valutaresultaten die zijn behaald vanuit het perspectief van het vestigingsland expliciet niet worden betrokken in de vrij te stellen winst duidt inderdaad op een voorkeur voor de zelfstandigheidsfictie, zij het dat ik van oordeel ben dat deze conclusie zich beperkt tot valutaresultaten vanwege het specifieke karakter daarvan.<sup>210</sup> Uit latere jurisprudentie<sup>211</sup> volgt wel gewoon dat de lijn van de zelfstandigheidsfictie – die is ingezet met *BNB* 1960/167 – wordt doorgezet.<sup>212</sup>

<sup>205</sup> P.G.H. Albert, *Vaste inrichting en aftrek tvvdb*, TFO 2011/97, onderdeel 4.2.

<sup>206</sup> C. van Raad, *Gebruik van een bedrijfsmiddel in een buitenlandse vaste inrichting, of: waarom artikel 2, lid 4 Bvdb 1989 moet worden geschrapt*, Verburgbundel – Opstellen over vennootschap en belasting, Deventer: Kluwer [1994], p. 218.

<sup>207</sup> *Soeten* geeft aan dat in Nederlands perspectief de zelfstandigheidsfictie geldend recht is waarna hij in voetnoot 4 verwijst naar de rupiah-arresten. G. H. de Soeten, *Zelfstandigheid van de vaste inrichting is een fictie*, WFR 1997/1170, onderdeel 2.

<sup>208</sup> C. van Raad, *Gebruik van een bedrijfsmiddel in een buitenlandse vaste inrichting, of: waarom artikel 2, lid 4 Bvdb 1989 moet worden geschrapt*, Verburgbundel – Opstellen over vennootschap en belasting, Deventer: Kluwer [1994], p. 218.

<sup>209</sup> C. van Raad, *Gebruik van een bedrijfsmiddel in een buitenlandse vaste inrichting, of: waarom artikel 2, lid 4 Bvdb 1989 moet worden geschrapt*, Verburgbundel – Opstellen over vennootschap en belasting, Deventer: Kluwer [1994], p. 218.

<sup>210</sup> Ik deel de opvatting van *Peeters* die stelt dat de HR slechts de algemene regels in het kader van de winstallocatie met valutaresultaten heeft willen voorschrijven. Zie: P.J.J.M. Peeters, *De leer van het gedeelte is nog steeds geldend recht!*, FED 2004/510, onderdeel 9.2.

<sup>211</sup> Uit o.a. HR 23 januari 1974, *BNB* 1986/100, HR 13 april 1994, *BNB* 1994/169 en HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/263 volgt de zelfstandigheidsfictie. In bepaalde specifieke situaties [winstbepaling verzekeringsbedrijven] heeft de HR de methode van de winstplitsingsmethode wel toegestaan. Zie in dit verband: HR 16 maart 1994, *BNB* 1994/166.

<sup>212</sup> Uit HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/263 volgt wel dat de zelfstandigheidsfictie – in overeenstemming met het oud OESO – commentaar – niet volledig is doorgetrokken voor wat betreft de erkenning van interne leningen.

#### 4.2.4 Het Besluit ‘Winstallocatie’

Het Besluit ‘Winstallocatie Vaste Inrichtingen’ maakt naast de nationale wetgeving en jurisprudentie eveneens deel uit van de Nederlandse benadering. In dit Besluit geeft de Staatssecretaris inzicht in zijn opvattingen en maakt keuzes met betrekking tot de huidige benadering van de OESO voor het toerekenen van winst aan de vaste inrichting.<sup>213</sup> Een belangrijk punt is dat van het Besluit geen bindende werking naar de belastingplichtige of de rechterlijke macht uitgaat. De Staatssecretaris [lees: Nederlandse Staat] daarentegen is door het vertrouwensbeginsel wel gebonden aan de inhoud van het Besluit.

Als algemeen standpunt komt uit het Besluit naar voren dat de benadering van de OESO zoveel mogelijk wordt onderschreven en dat het huidige verdragsartikel de inzet wordt bij verdragsonderhandelingen. Verder is door de Staatssecretaris aangegeven dat, als begunstigend beleid, indien gewenst, de huidige benadering van de OESO eveneens van toepassing te verklaren op belastingverdragen die zijn gebaseerd op het pre-2008 Commentaar. *Burgers* is van opvatting dat deze toezegging “de gelijke positie van belastingplichtigen bevordert en in die zin valt toe te juichen. Ze merkt daarbij wel meteen op dat dit “uitdrukkelijk niet de bedoeling was van de OESO”.<sup>214</sup> *Pijl* is eveneens van opvatting dat de OESO dit niet heeft gewild, omdat bewust een tweedeling is gecreëerd met de 2008- en 2010-updates.<sup>215</sup> Nu het standpunt van de OESO het gezamenlijke standpunt van de lidstaten vertegenwoordigt, is het naar mijn opvatting hoogst twijfelachtig of de lidstaten waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten zich kunnen verenigen met dit beleid.

### 4.3 Algemene maatstaf toerekenen vermogensbestanddelen

#### 4.3.1 Algemeen

Net als onder de AOA vormt de toerekening van vermogensbestanddelen [activa en passiva] een belangrijk onderdeel voor het beschouwen van de vaste inrichting als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Om de reden dat onder het oude verdragsartikel niets was geregeld omtrent de toerekening van vermogensbestanddelen dient de jurisprudentie als een belangrijk aanknopingspunt voor de beschrijving hiervan.

#### 4.3.2 Dienstbaarheids criterium

*Kemmeren* onderscheidt in de rechtspraak een tweetal toetsen waaraan moet worden voldaan alvorens er sprake kan zijn van toerekening van vermogensbestanddelen, te weten: de activiteitentoets en de vermogenstoets.<sup>216</sup> De toetsen zien toe op de toerekening van winst aan de vaste inrichting, maar kunnen indirect worden toegepast voor het bepalen of vermogensbestanddelen toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting. Op basis van de eerste toets [de activiteitentoets] is de winst die toerekenbaar is aan de vaste inrichting, de winst “die wordt veroorzaakt door de activiteiten van de vaste inrichting”<sup>217</sup>. Nog niet direct wordt duidelijk wat dit betekent voor het toerekenen van vermogensbestanddelen. *Kemmeren* is van opvatting dat de activiteitentoets in samenhang met de tweede toets [de vermogenstoets] moet worden gelezen. Op basis van de vermogenstoets is de winst die

---

<sup>213</sup> Het besluit valt onder de beleidsregels als bedoeld in art. 1:3, lid 4, Algemene wet bestuursrecht [hierna: ‘Awb’].

<sup>214</sup> I.J.J. Burgers, *Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming*, MBB 2011/04, onderdeel 4.7.

<sup>215</sup> H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 2.1.

<sup>216</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)*, WFR 2003/1965, onderdeel 4.2; M. Romijn, *Internationaal Belastingrecht*, Tilburg: Boekhandel Gianotten [1998], p. 25; en P.J.J.M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 3.1.

<sup>217</sup> HR 31 maart 1954, *BNB* 1954/180.

toerekenbaar is aan de vaste inrichting, de winst “die behaald wordt met de vermogensbestanddelen die aan de vaste inrichting zijn toe te rekenen”<sup>218</sup>. Met andere woorden, alleen de vermogensbestanddelen die verband houden met de activiteiten van de vaste inrichting zijn daaraan toerekenbaar.

Een vraag die opkomt is wat het verband dan moet zijn tussen de vermogenstoets en de activiteitentoets. In HR 20 december 2002, *BNB* 2003/246 is hieromtrent meer duidelijkheid gekomen. Er was sprake van een in Nederland gevestigde rechtspersoon die dividend uitkeerde op haar aandelen, die werden gehouden door een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde tussenhoudster. De enige activiteit van de tussenhoudster was het houden van de aandelen van de in Nederland gevestigde rechtspersoon. Deze activiteit werd uitgevoerd door een ‘branch manager’ werkzaam bij de vaste inrichting in Nederland. Het geschil in deze zaak betrof het antwoord op de vraag of de aandelen van de in Nederland aanwezige rechtspersoon toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, dan wel het hoofdhuis. De HR legde voor de toerekening van de vermogensbestanddelen [in casu: aandelen] het criterium aan of “de aandelen *dienstbaar* waren aan de activiteiten van de vaste inrichting”<sup>219</sup>. Of sprake was van dienstbaarheid dient te worden beoordeeld aan de hand van de vraag “of één of meer van de in de vaste inrichting aanwezige werkzame personen zelfstandig de bevoegdheden verbonden aan de aandelen in belanghebbende uitoefende[n]”.<sup>220</sup> Het ligt voor de hand dat de bevoegdheden betrekking moeten hebben op de eigendom van de aandelen [meer algemeen: vermogensbestanddelen]. In HR 25 november 2005, *BNB* 2007/117 is het dienstbaarheids criterium wederom aangelegd, maar dan voor de toerekening van vreemd vermogen aan de vaste inrichting:

Als hoofdregel geldt dat voor de fiscale winstberekening alleen financieringsmiddelen [M.A.: vermogenstoets] die *dienstbaar* zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting [M.A.: activiteitentoets] tot het vermogen van die vaste inrichting worden gerekend. [...] Slechts vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de vaste inrichting kan derhalve aan het vaste inrichtingsvermogen worden toegerekend.<sup>221</sup>

Hoewel ook in dit arrest het dienstbaarheids criterium is toegepast, volgt uit de gewezen rechtspraak dat de invulling van het dienstbaarheids criterium bij vreemd vermogen verschilt met dat van activa.<sup>222</sup> De toerekening van vreemd vermogen vindt plaats op basis van een functioneel-economisch uitgangspunt. Het vreemd vermogen wordt gekoppeld aan de daarmee gefinancierde [en reeds toegerekende] activa of activiteiten.

*Groeneveld* merkt hierbij op dat “zelfstandige zeggenschap een maatstaf die bij uitstek geschikt is voor de toerekening van het leeuwendeel der activa, maar bij de toerekening van passiva niet de juiste insteek oplevert”<sup>223</sup>. Dit standpunt onderschrijf ik, omdat er sprake is van een karaktersverschil tussen activa en passiva. Een activum is een eigendom en vreemd vermogen is een verplichting. Voor het toerekenen van activa, ligt het voor de hand dat moet worden aanknoopt bij de bevoegdheden die samenhangen met de eigendom van dat activum. Het vreemd vermogen vormt in dezen de verantwoording van die activa, en daarom dient logischerwijs voor de toerekening van vreemd vermogen te worden aangeknoopt bij de reeds toegerekende activa.

---

<sup>218</sup> HR 8 november 1931, *B.* 5085.

<sup>219</sup> HR 20 december 2002, nr. 37 652, *BNB* 2003/246, r.o. 3.3. Overigens, deze zaak is door de HR terugverwezen naar Hof Arnhem. In HR 8 augustus 2008, *BNB* 2008/255 is de zaak alsnog beslist door de HR.

<sup>220</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)*, WFR 2003/1965, onderdeel 4.2.

<sup>221</sup> HR 25 november 2005, *BNB* 2007/117, r.o. 3.2.2.

<sup>222</sup> In paragraaf 4.5 wordt de jurisprudentie omtrent de toerekening van vreemd vermogen meer diepgaand behandeld.

<sup>223</sup> *Groeneveld* heeft in zijn hoedanigheid als A-G het arrest van HR 23 januari 2004, *BNB* 2004/214 voorzien van de Conclusie. In onderdeel 3.16 van de Conclusie komt hij tot dit standpunt.

### Verenigbaarheid Nederlandse benadering met OESO

In het PE-rapport wordt voor de toerekening aangesloten bij de plaats waar de personen werkzaam zijn die activiteiten verrichten met betrekking tot het aangaan en beheren van risico's. Het dienstbaarheids criterium lijkt hier goed in te passen, omdat voor de toerekening van activa ook wordt aangesloten bij de personen die zelfstandig de bevoegdheden kunnen uitoefenen met betrekking tot de vermogensbestanddelen.<sup>224</sup> Een kanttekening die wel kan worden geplaatst is dat uit *BNB 2003/246* volgt dat de bevoegdheden 'zelfstandig' moeten worden uitgeoefend. De vraag is in hoeverre dit begrip 'zelfstandig' [Van Dale: autonoom, onafhankelijk] kan worden uitgelegd bij een beslissingsproces, waarbij meer personen [verspreid tussen hoofdhuis en vaste inrichting] betrokken zijn die verschillen in hiërarchie [manager vaste inrichting versus senior manager hoofdhuis]. Het PE-rapport maakt hierin een keuze door voor de toerekening aan te sluiten bij de personen die een actieve rol vervullen binnen het beslissingsproces. Dit zijn vaak de personen die moeten worden gezocht op een lager managementniveau en zich bezighouden met de 'day to day'-activiteiten. Naar de letterlijke uitleg van het begrip 'zelfstandig' zijn deze personen niet volledig autonoom, dan wel onafhankelijk, omdat de beslissingen die zij nemen binnen de algemene kaders moeten vallen die zijn opgesteld door de senior managers bij het hoofdhuis. Desondanks is naar mijn opvatting sprake van voldoende zelfstandigheid, omdat het management doorgaans meevaart op de risicoanalyses van deze personen werkzaam bij de vaste inrichting. De reikwijdte van het begrip zelfstandigheid moet dan ook in dit perspectief worden gelezen, waardoor het PE-rapport alsnog valt in te passen in de jurisprudentie.

In het Besluit is nog in het bijzonder ingegaan op de term 'significant people functions' en de invulling daarvan.<sup>225</sup> De Staatssecretaris lijkt zich in beginsel goed te kunnen vinden in de uitleg van de OESO dat het moet gaan om de 'day to day'-activiteiten. Vervolgens wordt de vraag opgeworpen – mede gelet op de aansluiting die is gezocht in het PE-rapport bij de Verrekenprijsrichtlijn – wat nu precies de verhouding is tussen de 'significant people functions' en de term 'control' die in de Verrekenprijsrichtlijn wordt gebruikt voor de allocatie van risico's tussen gelieerde partijen.<sup>226</sup> In par. 9.23 van de Verrekenprijsrichtlijn is 'control' geformuleerd als 'the capacity to make decisions to take on the risk [decision to put the capital at risk] and de decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider'. Dit lijkt een ander uitgangspunt dan bij de 'significant people functions'. De Staatssecretaris merkt in dit verband op dat "de activiteiten van de partijen die 'control' uitoefenen mogelijk een iets ander karakter hebben dan de activiteiten van de partijen die de 'significant people functions' uitoefenen, doordat ze mogelijk iets verder afstaan van de 'day to day'-activiteiten"<sup>227</sup>. Desondanks valt zijns inziens een grote overlap te onderkennen in de activiteiten van de partijen die 'control' hebben over de risico's [art. 9 OESO] en de 'day to day'-activiteiten van de 'significant people functions' [art. 7 OESO]. De behandeling van de koppeling tussen beide begrippen lijkt voornamelijk als doel te hebben om op eenvoudige wijze de beleidsbesluiten die eerder zijn uitgevaardigd

---

<sup>224</sup> In paragraaf 4.5 wordt de benadering van de OESO vergeleken met het uitgangspunt dat is geformuleerd in de jurisprudentie.

<sup>225</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 3.

<sup>226</sup> Hoewel in de Verrekenprijsrichtlijn voor de toerekening van activa en risico's aangesloten wordt bij de contractuele werkelijkheid, kunnen zich situaties voordoen waarbij deze niet overeenkomen met de werkelijkheid. In dit soort gevallen moeten de handelingen / gedragingen van de bij de gelieerde transactie betrokken partijen worden geanalyseerd.

<sup>227</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 3.

omtrent de verrekenrijksproblematiek tussen gelieerde zelfstandige ondernemingen eveneens van toepassing te verklaren op de relatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting.<sup>228</sup> Als die overlap aanwezig is zie ik geen bezwaar voor het standpunt van de Staatssecretaris en kan deze aanvulling worden beschouwd als een nadere verduidelijking. Wel moet worden bedacht dat de OESO specifiek niet heeft gekozen voor de term ‘control’, maar voor de ‘significant people functions’. In welke situaties beide begrippen tot een andere uitkomst leiden wordt niet echt duidelijk uit het Besluit. Ook blijft onduidelijk wat dan de gevolgen zijn voor de belastingplichtigen; heeft de belastingplichtige dan de keuze tussen beide begrippen? Dat lijkt mij niet, maar toch, als de Staatssecretaris duidelijkheid had willen verschaffen, had hij van alle besluiten die zijn uitgevaardigd specifiek moeten aangeven welke onderdelen wel en welke niet van toepassing zijn op vaste-inrichtingssituaties.

#### 4.3.3 Keuzevermogen

Het door de HR gehanteerde dienstbaarheids criterium lijkt geen ruimte te bieden voor een subjectieve voorkeur van belastingplichtige om vermogensbestanddelen al dan niet toe te rekenen aan de vaste inrichting. In het verleden bestond hieromtrent nog wel onduidelijkheid, omdat in de jurisprudentie aanknopingspunten bestonden voor de mogelijkheid – analoog aan een natuurlijke persoon-ondernemer – dat naast verplicht ondernemingsvermogen ook keuzevermogen kan worden onderscheiden bij de toerekening van vermogensbestanddelen.<sup>229</sup> Een vermeend arrest dat deze opvatting ondersteunde is het al eerder aanbod gekomen arrest van HR 27 april 1960, *BNB* 1960/167. In geschil was of reeds toegerekende effecten aan de in Nederland aanwezige vaste inrichting achteraf alsnog konden worden toegerekend aan het Belgische hoofdhuis. De HR oordeelde op basis van een drietal redenen dat de effecten behoorden tot het vermogen van de vaste inrichting.<sup>230</sup> In de eerste plaats waren de effecten – vóórdat de belastingplichtige bedacht om de effecten later alsnog aan het hoofdhuis toe te rekenen – opgenomen in de boekhouding en verwerkt in de belastingaangifte van de vaste inrichting [administratief criterium]. In de tweede plaats waren de effecten aangekocht met liquide middelen van de vaste inrichting [causaliteitscriterium]. En in de derde plaats vond de beleggingshandeling feitelijk plaats in het vaste-inrichtingsland [handelingscriterium]. Met name het administratieve criterium dat is aangevoerd door de HR wekte de indruk dat de mogelijkheid bestond tot keuzevermogen, omdat het al dan niet opnemen van de effecten in de boekhouding [mede] ertoe had bijgedragen dat deze toerekenbaar waren aan de vaste inrichting. Dat de HR hier niet aan heeft gewild volgt uit HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/264. De HR overwoog in r.o. 3.6 dat

de omstandigheden dat de gelden werden verkregen door de bedrijfsuitoefening van in de vaste inrichting en in de boekhouding van belanghebbende in een rekening-courant ten name van de vaste inrichting werden geadmistreerd, onvoldoende grond bieden voor de gevolgtrekking dat het bedrag deel uitmaakt van het in de vaste inrichting aanwezige werkzame vermogen.

Te lezen valt dat ondanks de aanwezigheid van zowel een causaal verband als een administratief verband, dit de HR er niet toe heeft bewogen de vermogensbestanddelen toe te rekenen aan de vaste inrichting. In *BNB* 1960/167 waren deze criteria nog wel relevant voor de toerekening. Mijns inziens valt *BNB* 1960/167 alsnog in

<sup>228</sup> Onder andere het Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, *BNB* 2004/407.

<sup>229</sup> Voor binnenlandse belastingplichtigen in de vennootschapsbelasting geldt dat op grond van art. 2, lid 5, Wet Vpb 1969 al het vermogen behoort tot het ondernemingsvermogen [en dus per definitie de mogelijkheid van keuzevermogen is uitgesloten]. Dit is anders voor buitenlandse belastingplichtigen, omdat deze bepalingen daarop niet van toepassing is.

<sup>230</sup> I.J.J. Burgers, *Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen*, NTFR 2004/908, onderdeel ‘Toerekeningscriteria’.

te passen in de huidige jurisprudentie [dienstbaarheids criterium] als het arrest zo moet worden gelezen dat de toerekening hoofdzakelijk was gefundeerd op het derde criterium, te weten dat de beleggingshandeling is verricht door personen werkzaam bij de vaste inrichting. Het eerste en het tweede criterium dienen in dezen een ondersteunende rol bij de motivering.<sup>231</sup> Hoe het ook zij, voor het erkennen van keuzevermogen moeten de vermogensbestanddelen een bepaalde band hebben met de vaste inrichting, maar daarmee niet onlosmakelijk zijn verbonden.<sup>232</sup> Uit de hiervoor aangehaalde overweging in *BNB 1997/264* volgt duidelijk dat sprake is geweest van een dergelijke ‘bepaalde band’. Dat de HR toch niet over is gegaan tot toerekening, duidt er mijns inziens op dat de mogelijkheid van keuzevermogen voor vaste-inrichtingssituaties bij dit arrest stopt.<sup>233</sup> Als dit arrest nog niet voldoende overtuigt doen HR 20 december 2002, *BNB 2003/246*, 23 januari 2004, *BNB 2004/214* en HR 25 november 2005, *BNB 2007/117* dit wellicht wel. In *BNB 2007/117* oordeelde de HR expliciet dat “geen keuzevrijheid bestaat van het hoofdhuis ten aanzien van de toerekening van de schulden aan het vermogen van de vaste inrichting”<sup>234</sup>. *De Vries* die dit arrest van de noot heeft voorzien is van opvatting dat “het geen [al te] grote stap is te concluderen dat voor activa mutatis mutandis hetzelfde heeft te gelden: in tegenstelling tot de vermogensetikettering kunnen activa uitsluitend aan het vermogen van een vaste inrichting worden toegerekend ingeval deze vermogensbestanddelen dienstbaar zijn aan de activiteiten van die vaste inrichting.”<sup>235</sup>

#### Verenigbaarheid Nederlandse benadering met OESO

Van een dergelijke keuzevrijheid is ook geen sprake bij de benadering van de OESO. Al sinds het Modelverdrag 1927 gold het uitgangspunt dat de administratie slechts als startpunt dient voor de toerekening, maar niet de doorslag kan geven. Dit uitgangspunt is overgenomen in alle daarop volgende modelverdragen. Een ander argument is dat de systematiek van de significant people functions [en dus eigenlijk ook het dienstbaarheids criterium] zich verzet tegen een dergelijke ‘keuzevermogen’-invulling. Voor de toerekening wordt aangesloten bij de personen die beslissingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de economische eigendom van de activa. Deze beslissingsbevoegdheden worden doorgaans uitgeoefend door de personen werkzaam bij één onderdeel van de onderneming. Als uit de functionele en feitelijke analyse naar voren komt dat deze personen verspreid zijn tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting, vindt op basis van het arm’s-lengthbeginsel gedeelde toerekening plaats van de economische eigendom [proportionele toerekening naar de waarde]. Van keuzevermogen is dan geen sprake.

In par. 18 van het PE-rapport is door de OESO nog expliciet ingegaan op de gevolgen van keuzevermogen. Daarover is opgemerkt dat een gehypothetiseerde methode waarbij volledige keuzevrijheid bestaat voor belastingplichtigen eenvoudig is in de toepassing en administratief goed uitvoerbaar is. Als veel zwaarder wegende keerzijde is genoemd dat een dergelijke toerekeningsmethode tot gevolg heeft dat belastingplichtigen de prikkel hebben om in verschillende landen inconsistente keuzes uit te brengen met als doel de belastbare

---

<sup>231</sup> Uit het arrest volgt wel dat bij het formuleren van de uitspraak, zwaar is gesteund op het administratieve criterium: “Aan de belanghebbende kan worden toegegeven, dat zij desgewenst het effectenbezit tot het vermogen van haar bedrijf in België zou hebben kunnen rekenen. [...] Haar wil was dus beslissend.”

<sup>232</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)*, WFR 2003/1965, onderdeel 4.3.

<sup>233</sup> In dit verband kan ook nog worden opgemerkt dat de HR niet de toets heeft aangelegd of “de grenzen der redelijkheid” zijn overschreden, welke normaal placht te worden gepleegd bij de beoordeling of er sprake is van keuzevermogen.

<sup>234</sup> HR 25 november 2005, *BNB 2007/117*, r.o. 3.2.2.

<sup>235</sup> HR 25 november 2005, *BNB 2007/117*, zie noot: onderdeel 4. Hij ziet zich gesteund door *Wattel* die dit arrest van de conclusie heeft voorzien. Zie de conclusie behorend bij dit arrest: onderdeel 7.7.

winst te verschuiven tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Een vermogensetikettering zoals die heeft te gelden voor ondernemers in de inkomstenbelasting is anders van opzet. Er is alleen sprake van keuzevrijheid voor vermogensbestanddelen die een bepaalde band hebben met de vaste inrichting, maar daarmee niet onlosmakelijk zijn verbonden. Toch bestaat ook binnen deze marge van keuzevrijheid nog steeds de mogelijkheid voor belastingplichtige om naar willekeur de resultaten van de vaste inrichting te beïnvloeden.<sup>236</sup>

#### 4.4 Activa

##### 4.4.1 Algemeen

In de Nederlandse jurisprudentie wordt geen onderscheid gemaakt bij de toerekening van materiële en immateriële activa, maar vindt de toerekening in beide gevallen plaats op grond van het dienstbaarheids criterium. De toerekening zal in de meeste gevallen niet tot problemen leiden omdat het duidelijk zal zijn welke activa benodigd zijn voor de betreffende activiteiten.<sup>237</sup> Onduidelijkheden kunnen zich wel voordoen bij specifieke activa [deelnemingen en beleggingen] en de situatie waarbij [op een later moment] het feitelijke gebruik van een activum bij een ander bedrijfsonderdeel plaatsvindt dan het bedrijfsonderdeel aan welk het is toegerekend. De behandeling van deze problematiek zal worden behandeld in deze paragraaf.

##### 4.4.2 Deelnemingen

Op dezelfde dag van de publicatie van het Besluit 'Winstallocatie' is door de Staatssecretaris het Verzamelbesluit 'Dividendbelasting' gepubliceerd.<sup>238</sup> In het Verzamelbesluit formuleert de Staatssecretaris voorwaarden waaraan dient te worden voldaan alvorens vooraf zekerheid wordt gegeven omtrent de vraag of aandelen kunnen worden toegerekend aan een vaste inrichting. Aan de toerekening van aandelen zijn namelijk andere gevolgen verbonden dan bijvoorbeeld aan de toerekening van bedrijfsmiddelen.<sup>239</sup> Indien de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op deze aandelen, kan een fiscaal aantrekkelijke structuur ontstaan.<sup>240</sup> De dividendontvangsten zijn vrijgesteld van Nederlandse vennootschapsbelasting en, voor zover het een Nederlandse deelneming betreft, is op grond van art. 4, lid 1, onderdeel a, Wet DB 1965 geen dividendbelasting verschuldigd bij de uitkering van dividend aan de vaste inrichting. Door het stellen van nadere voorwaarden lijkt de Staatssecretaris inzicht te geven in zijn opvatting wanneer geen sprake is van constructie die gericht is op het voorkomen van dividendbelasting. Het Verzamelbesluit kan ook zo worden opgevat, dat als niet wordt voldaan aan de voorwaarden, een toerekening van aandelen aan de vaste inrichting extra nauwgezet zal worden gecontroleerd door de Belastingdienst.

In het Verzamelbesluit dividendbelasting wordt allereerst opgemerkt dat voor de toerekening van aandelen aan de vaste inrichting dezelfde uitgangspunten te gelden hebben als in het Besluit 'Winstallocatie'. Dit heeft tot gevolg dat voor de toerekening dient te worden aangesloten bij de plaats waar de significant people functions

<sup>236</sup> HR 25 november, *BNB* 2007/117, zie de noot van *De Vries* behorend bij dit arrest: onderdeel 4. Zie ook: M. Romijn, *Internationaal Belastingrecht*, Tilburg: Boekhandel Gianotten [1998], p. 25.

<sup>237</sup> C. Raad, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2009], p. 179.

<sup>238</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Verzamelbesluit dividendbelasting*, nr. DGB 2010/8223M, Stb. 2011/1374.

<sup>239</sup> De vraag of aandelen toerekenbaar zijn aan een vaste inrichting is ook relevant voor het fiscale eenheidsregime van buitenlandse belastingplichtige. Art. 15, lid 4, tweede volzin, Wet Vpb 1969 biedt de mogelijkheid dat een niet in Nederland gevestigde moedermaatschappij deel kan uitmaken van een fiscale eenheid. Eén van de voorwaarden is wel dat de moedermaatschappij dient te beschikken over een vaste inrichting in Nederland, waarbij de aandelen van de in Nederland gevestigde dochtermaatschappij toerekenbaar zijn aan het vermogen van de vaste inrichting.

<sup>240</sup> E.A. Brood en R. de Gier, *Aandelen toerekenen aan een Nederlandse vaste inrichting*, WFR 2002/1178, onderdeel 2.



worden uitgeoefend ten aanzien van de economische eigendom van de aandelen.<sup>241</sup> De Staatssecretaris geeft hieraan invulling in de volgende bewoordingen:

In ieder geval houdt dit in dat de vaste inrichting zelfstandig verantwoordelijk is en beslist – binnen het kader van normale concernbemoeyenis – ten aanzien van alle werkzaamheden die samenhangen met of voortvloeien uit het verwerven, houden, beheren en vervreemden van de aandelen in de vennootschap en het uitoefenen van de daarmee samenhangende bevoegdheden.

Dit alles valt naar mijn opvatting goed in te passen in het PE-rapport waar eveneens wordt aangesloten bij de personen die beslissingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de economische eigendom. Daarnaast sluit dit goed aan bij *BNB 2003/246*, waar de zelfstandige bevoegdheden [relevant voor de toerekening] als volgt zijn omschreven: “de beslissingen die samenhangen met of voortvloeien uit het verwerven, houden en vervreemden van de deelneming”<sup>242</sup>. De Staatssecretaris vervolgt dat dat onder de ‘normale concernbemoeyenis’ in ieder geval moet worden verstaan dat:

1. Het buitenlandse lichaam een onderneming drijft in Nederland door middel van een vaste inrichting.
2. De werkzaamheden van de vaste inrichting worden uitgevoerd door ter zake gekwalificeerd personeel. Dit personeel verricht de werkzaamheden in en vanuit Nederland.
3. Er bestaat een directe samenhang tussen de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting en de bedrijfsactiviteiten van de vennootschap waarvan de aandelen aan de vaste inrichting worden toegerekend.

In de literatuur bestaat onduidelijkheid over het antwoord op de vraag hoe deze [m.n. de tweede en derde] voorwaarden zich verhouden tot de jurisprudentie en het PE-rapport.<sup>243</sup> *Burgers* is van opvatting dat de tweede voorwaarde duidelijk ruimer is dan de eisen van de HR.<sup>244</sup> Naar mijn opvatting is dit niet het geval, omdat uit *BNB 2003/246* volgt dat de personen werkzaam bij de vaste inrichting zelfstandig de bevoegdheden moeten uitoefenen. Voor het zelfstandig kunnen uitoefenen van deze bevoegdheden is kennis van zaken nodig, opdat de risico’s optimaal kunnen worden beheerd. Om deze reden dient sprake te zijn van gekwalificeerd personeel.<sup>245</sup> *Kemmeren* is van opvatting dat alleen de derde voorwaarde niet verenigbaar is met *BNB 2003/246*, omdat deze eis daarin niet is verwoord.<sup>246</sup> Indien en voor zover de derde voorwaarde kan worden beschouwd als een nadere invulling van het dienstbaarheids criterium valt deze naar mijn opvatting alsnog in te passen in de jurisprudentie. In de voorloper van dit besluit heeft de Staatssecretaris bij deze voorwaarde het voorbeeld gegeven van de situatie waarbij de vaste inrichting fungeert als een [Europees] hoofdkantoor van de desbetreffende deelneming.<sup>247</sup> Het houden van de aandelen is in dit voorbeeld inderdaad dienstbaar aan de activiteiten van de vaste inrichting. Desalniettemin dient naar mijn opvatting het dienstbaarheids criterium van geval tot geval te worden beoordeeld met inachtneming van de daarbij aanwezige feiten en omstandigheden.

---

<sup>241</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8223M, Stb. 2011/1374, onderdeel 4.2.

<sup>242</sup> HR 20 december 2002, nr. 37 652, *BNB 2003/246*, r.o. 4.3.

<sup>243</sup> Algemeen wordt aangenomen dat aan de eerste voorwaarde eenvoudig kan worden voldaan. Zie: E.A. Brood en R. de Gier, *Aandelen toerekenen aan een Nederlandse vaste inrichting*, WFR 2002/1178, onderdeel 3.3.2.

<sup>244</sup> I.J.J. Burgers, *Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming*, MBB 2011/04, onderdeel 4.7.

<sup>245</sup> *Brood en Gier* maken een koppeling met het rulingsbeleid – op het gebied van de reële aanwezigheid [substance] – waarin een dergelijke eis is was geformuleerd voor de in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden. Op basis van die vergelijking is het naar hun inziens ook mogelijk dat gekwalificeerd personeel kan worden ingehuurd van een Nederlands trustkantoor. Zie: E.A. Brood en R. de Gier, *Aandelen toerekenen aan een Nederlandse vaste inrichting*, WFR 2002/1178, onderdeel 3.3.

<sup>246</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?*, TFO 2011/108, onderdeel 3.2.3.

<sup>247</sup> Besluit van 13 juni 2001, nr. CPP2001/1045M, *BNB 2001/390*, onderdeel 3.

#### 4.4.3 Beleggingen

De jurisprudentie omtrent de toerekening van beleggingen en overtollige liquide middelen aan de vaste inrichting is vrij beperkt maar – naar mijn opvatting – helder. In het eerder besproken arrest *BNB* 1960/167 kwam naar voren dat drie criteria van belang waren voor de toerekening van een belegging aan de vaste inrichting. Zowel het administratieve criterium als het causaliteitscriterium zijn met het wijzen van *BNB* 1997/264 verworpen door de HR. In zoverre verworpen dat aan deze criteria geen betekenis van doorslaggevende aard wordt toegekend bij het toerekeningsvraagstuk. Het geschil in *BNB* 1997/264 betrof een vaste inrichting dat in het bezit was van overtollige liquide middelen, die zijn aangewend voor het verstrekken van een lening aan het hoofdhuis. De HR oordeelde dat van een dergelijke interne lening geen sprake is, omdat de liquide middelen waaruit de vordering is gefinancierd niet dienstbaar zijn aan de activiteiten van de vaste inrichting. De beleggingen [in ieder geval de overtollige liquide middelen] zijn dus alleen toerekenbaar aan de vaste inrichting indien en voor zover deze dienstbaar zijn aan de activiteiten van de vaste inrichting. Dit laat nog wel de vraag open hoe dit zich verhoudt tot het handelingen criterium dat van belang was voor de toerekening. In HR 5 november 1930, *B.* 4841 was eveneens het handelingen criterium aangelegd voor de toerekening van beleggingen aan een vaste inrichting. De HR verwoordde dit als ‘de bedrijfsdaden bestaande uit het beleggen’. Beleggen is feitelijk niets anders dan het aangaan en beheren van risico’s die samenhangen met de economische eigendom van de beleggingen. Als dergelijke activiteiten zelfstandig worden uitgevoerd door de personen die werkzaam zijn bij de vaste inrichting, kunnen deze daaraan worden toegerekend. Dit sluit goed aan op het dienstbaarheids criterium.<sup>248</sup>

In het Besluit is nog een korte opmerking gewijd aan de toerekening van financiële activa [vorderingen en liquide middelen] aan de vaste inrichting.<sup>249</sup> De Staatssecretaris sluit voor de toerekening van de economische eigendom aan bij de significant people functions. Hoewel dit uitgangspunt goed lijkt aan te sluiten bij het PE-rapport, ben ik van opvatting dat voor de toerekening in een dergelijk geval dient te worden aangesloten bij de KERT-functies.<sup>250</sup> Voorts geeft de Staatssecretaris aan dat financiële activa die worden aangehouden voor een geplande overname of dividenduitkering niet toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, indien de beslissing die daarmee verband houdt niet is genomen bij de vaste inrichting.<sup>251</sup> Dit standpunt is mijns inziens goed verenigbaar met zowel de jurisprudentie als het PE-rapport.

#### 4.4.4 Terbeschikkingstelling van activa

##### 4.4.4.1 Algemeen

Als de toerekening heeft plaatsgevonden is het mogelijk dat [op een later moment] het feitelijke gebruik van het activum elders plaatsvindt binnen de onderneming dan het bedrijfsonderdeel aan welk het activum is

---

<sup>248</sup> Zie in dit verband ook HR 24 mei 2002, *BNB* 2002/320 en HR 10 juni 2005, *V-N* 2005/32.13. De ter dekking aangehouden beleggingen behorende van een pensioenverplichting zijn toerekenbaar aan het onderdeel van de onderneming waar de beheersdaden worden uitgeoefend.

<sup>249</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 5.2.

<sup>250</sup> Zie paragraaf 3.4.4.

<sup>251</sup> Zie in dit verband par. 126 van het PE-rapport, waarin deze kwestie is besproken als onderdeel van de methode van de capital-allocationmethode.

toegerekend. In dit verband zijn twee situaties te onderscheiden, waarbij de eerste is dat het gebruik in het andere bedrijfsonderdeel tijdelijk van aard is en de tweede is dat dat het gebruik in het andere bedrijfsonderdeel duurzaam van aard is. Het onderscheid tussen beide situaties is van belang voor de winsttoerekening. Als een activum van het hoofdhuis tijdelijk in gebruik wordt genomen bij de vaste inrichting moet op basis van de zelfstandigheidsfictie dit worden beschouwd als een huur-verhuursituatie. In dit geval vindt geen realisatie plaats van de stille reserves en blijft het activum onderdeel uitmaken van het vermogen van het hoofdhuis. Als een activum van het hoofdhuis duurzaam in gebruik wordt genomen bij de vaste inrichting moet op basis van de zelfstandigheidsfictie dit worden beschouwd als een koop-verkoopsituatie. Dit brengt met zich dat het activum op het moment van de overdracht voor de waarde in het economische verkeer moet worden geactiveerd op de vaste-inrichtingsbalans waar vervolgens over kan worden afgeschreven. Het hoofdhuis wordt geacht een winst te hebben gerealiseerd indien de waarde in het economische verkeer hoger is dan de boekwaarde op het moment dat de duurzame ter beschikkingstelling aanvangt.<sup>252</sup>

#### 4.4.4.2 Tijdelijke en duurzame terbeschikkingstelling – jurisprudentie

In de Nederlandse jurisprudentie is een tweetal belangwekkende arresten geweest met betrekking tot het al dan niet erkennen van een tijdelijke terbeschikkingstelling. In HR 12 februari 1964, *BNB* 1964/95 was sprake van een in Nederland aanwezige rechtspersoon die in 1954 een hopperzuiger had laten bouwen ten behoeve van haar buitenlandse economische activiteiten. In datzelfde jaar werd een groot bedrag ineens vervroegd afgeschreven op de hopperzuiger, waarna in de jaren daaropvolgend een vast percentage van de lagere boekwaarde aan afschrijving in aanmerking werd genomen. Het geschil in deze zaak betrof het antwoord op de vraag of bij de vaststelling van de vrij te stellen vaste-inrichtingswinst rekening moest worden gehouden met de afschrijving op de lagere boekwaarde. De inspecteur was van opvatting dat op het moment van terbeschikkingstelling moet worden verondersteld dat de hopperzuiger is aangeschaft door de vaste inrichting tegen de [hogere] marktwaarde. De HR oordeelt dat dit in strijd is met de feitelijke vaststelling dat

het vaartuig door de belanghebbende niet bijzonderlijk ten dienste van haar werkzaamheden in het betrokken land is aangeschaft, doch ten behoeve van door haar uit te voeren werken in het algemeen, welke overal ter wereld zouden kunnen plaatsvinden.

De HR vervolgde dat

het vaartuig niet door of ten behoeve van de vaste inrichting van belanghebbende in het buitenland is aangeschaft, maar door belanghebbende aan deze buitenlandse inrichting ter beschikking is gesteld; dat art. 7, tweede lid, der genoemde Beschikking van 11 februari 1953 niet meebrengt dat een bedrijfsmiddel, het welk slechts ten gebruike is gegeven aan de buitenlandse vaste inrichting, bij wege van fictie aangemerkt zou moeten worden als door die vaste inrichting te zijn aangeschaft.

Naar de lezing van de voorgaande overwegingen kan de indruk ontstaan dat de HR in duidelijke bewoordingen het bestaan van een tijdelijke terbeschikkingstelling heeft bevestigd. *Kemmeren* ziet dan ook in dit arrest de bevestiging daarvan en noemt het een ‘klassieker’.<sup>253</sup> Mij daarentegen is dit arrest niet helder, omdat het op twee gedachten lijkt te hinken, en wel de winstplitsingsmethode en de ondernemingsplitsingsmethode. Uit de

---

<sup>252</sup> Voor het vervolg van deze paragraaf wordt gemakshalve uitgegaan van de situatie waarbij een activum van het hoofdhuis al dan niet tijdelijk wordt overgebracht naar de vaste inrichting. De omgekeerde situatie – waarbij een activum overgaat van de vaste inrichting naar het hoofdhuis – verschilt niet van de hiervoor genoemde situatie.

<sup>253</sup> Zie in dit verband *Kemmeren* die deze conclusie trekt. E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)*, WFR 2003/2005, onderdeel 3.1.

geciteerde overwegingen volgt expliciet dat de hopperzuiger niet alleen bedoeld is voor de vaste inrichting, maar voor de buitenlandse activiteiten in het algemeen. De hopperzuiger kan om deze reden niet zonder meer worden toegerekend aan het vermogen van de vaste inrichting en behoeft ook niet te worden geactiveerd op de hogere marktwaarde. De suggestie is gewekt dat sprake is van een tijdelijke terbeschikkingstelling en daarmee dus de aanwezigheid van de ondernemingsplitsingsmethode is bevestigd.<sup>254</sup> De HR oordeelde vervolgens dat bij de vaststelling van de vaste-inrichtingswinst slechts rekening moet worden gehouden met een bedrag aan afschrijving [van de lagere boekwaarde] dat gelijk is aan het bedrag aan afschrijving dat bij het bepalen van de generale winst. En zie hier de winstsplitsingsmethode.<sup>255</sup> Als sprake zou zijn van een tijdelijke terbeschikkingstelling, dient een zakelijke huurvergoeding in aanmerking te worden genomen bij de winstberekening van de vaste inrichting. De afschrijvingskosten die zijn doorberekend aan de vaste inrichting zijn niet zakelijk, omdat deze zijn gebaseerd op de historische kostprijs en niet op de marktwaarde.<sup>256</sup> Peeters merkt in dit verband op dat een interne huur-verhuurovereenkomst pas wordt erkend indien er sprake is van een “daadwerkelijke en identificeerbare gebeurtenis die afdoende economische relevantie heeft in de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting”<sup>257</sup>. Zolang daar geen sprake van is dient slechts een “[externe] kostenallocatie [lees: doorberekening van generale kosten zonder winstopslag] aan de vaste inrichting plaats te vinden, die veelal zal bestaan uit de afschrijvingskosten op basis van de historische kostprijs of boekwaarde en mogelijk ook uit onderhoudskosten of rentekosten als gevolg van historisch-causaal aanwijsbare financiering”<sup>258</sup>. Het komt mij voor dat de HR in dit arrest dan ook niet het bestaan van een tijdelijke terbeschikkingstelling heeft willen bevestigen, maar slechts heeft geoordeeld dat voor de berekening van de buitenlandse vaste-inrichtingswinst een afschrijvingscomponent op basis van de historische kostprijs in aanmerking moet worden genomen.<sup>259</sup> Sturm lijkt ook niet te zijn overtuigd dat de HR een onderscheid heeft willen maken tussen een tijdelijke en een duurzame terbeschikkingstelling.<sup>260</sup> Een bevestiging van een tijdelijke terbeschikkingstelling kan naar mijn opvatting wel worden gevonden in HR 23 januari 1974, *BNB* 1986/100. In dit arrest was sprake van een vennootschap onder firma [hierna: ‘vof’] die baggerwerkzaamheden uitvoerde in Nigeria. De werkzaamheden kwalificeerden als een vaste inrichting. Eén van de participanten [hierna: ‘belanghebbende’] in de vof stelde een baggerschip ter beschikking aan de vof voor de werkzaamheden in de vaste inrichting en ontving hiervoor een vergoeding. De belanghebbende was van oordeel dat het baggerschip behoorde tot het vermogen van de vaste inrichting en om die reden “de huurvergoeding als vrij te stellen vaste-inrichtingswinst in aanmerking diende te worden genomen”<sup>261</sup>. De HR oordeelde dat

---

<sup>254</sup> Een tijdelijke terbeschikkingstelling kan alleen worden verondersteld bij het uitgangspunt dat het vermogen van het hoofdhuis en de vaste inrichting afzonderlijk van elkaar moeten worden beschouwd.

<sup>255</sup> “De Hoge Raad [...] bevestigde daarbij de toepassing door het Hof van de leer van het gedeelte: het afschrijvingsbedrag in de v.i.-winst is gelijk aan het generale afschrijvingsbedrag.” Zie: C. van Raad, *Gebruik van een bedrijfsmiddel in een buitenlandse vaste inrichting, of: waarom artikel 2, lid 4 Bvdb 1989 moet worden geschrapt*, Verburgbundel – Opstellen over vennootschap en belasting, Deventer: Kluwer [1994], p. 217.

<sup>256</sup> Daarnaast ontbreken nog drie andere componenten: vergoeding voor het onderhoud van het vermogensbestanddeel, vergoeding voor het risico van waardedaling en tenietgaan en een vergoeding voor de gemiste rentebaten.

<sup>257</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 6.1.

<sup>258</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 6.1.

<sup>259</sup> P.J.J.M. Peeters, *De leer van het gedeelte is nog steeds geldend recht!*, FED 2004/510, voetnoot 53.

<sup>260</sup> Zij vermoedt dat uit dit arrest ‘slecht’ kan worden opgemaakt “dat het [specifieke] karakter van het vaarttuig beslissend is” voor de toerekening. Zie: M.C. Sturm, *Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa*, MBB 2011/05, onderdeel 5.1.

<sup>261</sup> M.C. Sturm, *Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa*, MBB 2011/05, onderdeel 5.2.

het Hof evenmin van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door de meerbedoelde overeenkomst van samenwerking aldus uit te leggen, dat daarin de ingebruikgeving van materieel als huur en verhuur en niet als inbreng in een maatschap moet worden gekwalificeerd.

‘s Hof’s uitspraak wordt onderstreept door de HR en derhalve dient het gebruik van het baggerschip in de vaste inrichting als een huur-verhuursituatie te worden beschouwd. Niet alleen het gebruik maar ook de voorwaarden waaronder het gebruik heeft plaatsgevonden waren van belang voor het aanwezig achten van een tijdelijke terbeschikkingstelling:

Het Hof heeft geoordeeld, dat het verschaffen door belanghebbende van het gebruik van materieel, tijdens de duur van het werk, plaats had tegen een vast bedrag, volgens het contract berekend naar tijdsduur, onafhankelijk van de winst, en dat op grond daarvan de ingebruikgeving moet worden gekwalificeerd als huur en verhuur.

Nu de aanwezigheid van een tijdelijke terbeschikkingstelling is bevestigd, komt de vraag op hoe dit zich verhoudt met het dienstbaarheids criterium. Dit criterium valt mijns inziens goed in te passen in het tijdelijk ter beschikking stellen, omdat de bevoegdheden met betrekking tot de economische eigendom nog steeds worden uitgeoefend bij het hoofdhuis. De bevestiging van een tijdelijke terbeschikkingstelling lijkt niet door iedereen te worden gedeeld in de literatuur. *Sturm* is van mening dat “de aanwezigheid van een vof en een vof-overeenkomst zo specifiek is dat uit dit arrest geen algemene rechtsoverweging voor de toerekening van een activum kan worden afgeleid”<sup>262</sup>. *Peeters* sluit zich hierbij aan omdat ook hij van opvatting is dat “geen sprake is van een – zuivere – dealing maar van een transaction”<sup>263</sup>. In casu was inderdaad sprake van een clause in de vennootschapsovereenkomst die beschreef dat als participanten materieel ter beschikking hebben gesteld zij hiervoor worden vergoed, alvorens een winstverdeling zou plaatsvinden over de economische activiteiten. Uit de uitspraak volgt echter – althans naar mijn lezing – dat het al dan niet aanwezig zijn van een dergelijke clause niet noodzakelijkerwijs had geleid tot een andere uitkomst.<sup>264</sup> Het oordeel van de HR is voornamelijk gebaseerd op het feitelijk handelen van belanghebbende waarbij de vennootschapsovereenkomst ‘slechts’ diende als bevestiging van dit feitelijk handelen.

Ten aanzien van de situatie waarbij een duurzame terbeschikkingstelling moet worden verondersteld is de jurisprudentie<sup>265</sup> zeer beperkt. Naar mijn opvatting is de reden hiervan dat de rechtspraak duidelijk in het oordeel is dat als een activum van het hoofdhuis definitief overgaat op het vermogen van de vaste inrichting, dit dient te kwalificeren als een [fictieve] overdracht.<sup>266</sup> In het Bvdb 2001 is omtrent de duurzame terbeschikkingstelling nog het volgende opgemerkt:

Een met overdracht gelijk te stellen gebruik van een bedrijfsmiddel doet zich uitsluitend voor indien de economische eigendom van het bedrijfsmiddel geacht wordt te zijn overgegaan naar een ander onderdeel van de onderneming, zodat het bedrijfsmiddel voor de rest van de economische levensduur onderdeel gaat uitmaken van het ondernemingsvermogen van dat onderdeel van de onderneming, en aldaar uiteindelijk teloor zal gaan. De

---

<sup>262</sup> M.C. Sturm, *Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa*, MBB 2011/05, onderdeel 5.2.

<sup>263</sup> In tegenstelling tot *Sturm* die in het geheel geen bevestiging ziet in de jurisprudentie voor een tijdelijke terbeschikkingstelling ziet hij dat wel in *BNB 1990/36* en *BNB 2007/117*. Zie: P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 6.1.

<sup>264</sup> HR 23 januari 1974, *BNB 1986/100*, zie het oordeel van de HR op het eerste middel van belanghebbende.

<sup>265</sup> In HR 2 maart 1994, *BNB 1994/190* was sprake van een machine die overging van het hoofdhuis naar de vaste inrichting. Bij de bepaling van de afschrijvingskosten dient de waarde in het economische verkeer op moment van overdracht als uitgangspunt.

<sup>266</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 6 e.v.

exploitatie van het bedrijfsmiddel wordt in een dergelijk geval blijvend overgebracht naar dat andere onderdeel van de onderneming.<sup>267</sup>

Dit uitgangspunt verhoudt zich in beginsel goed met het dienstbaarheids criterium, omdat voor de veronderstelling van een overdracht eveneens wordt aangeknoopt bij de ‘economische eigendom’<sup>268</sup> van het activum. De invulling die hieraan wordt gegeven verschilt wel. In het Bvdb 2001 wordt geacht de economische eigendom te zijn overgegaan indien en voor zover het activum teloor zal gaan bij de vaste inrichting. Het dienstbaarheids criterium sluit voor de toerekening van een activum aan bij de bevoegdheden die overgaan met betrekking tot dat activum die nu door het personeel werkzaam bij de vaste inrichting worden uitgeoefend. In veel gevallen leiden beide invullingen tot dezelfde uitkomst. Een situatie waarbij dit mogelijk niet het geval is, is die waarbij een activum meer dan één keer duurzaam ter beschikking wordt gesteld binnen de onderneming [bijvoorbeeld: als een activum duurzaam overgaat op een vaste inrichting in land B en na een bepaalde periode duurzaam overgaat op een vaste inrichting in land C]. De uitleg in het Bvdb 2001 lijkt te suggereren dat een activum binnen de onderneming slechts éénmalig duurzaam ter beschikking kan worden gesteld, doordat het activum teloor moet gaan bij het onderdeel [lees: vaste inrichting in land B] waar de duurzame terbeschikkingstelling heeft plaatsgevonden. Dit lijkt zich niet te verhouden tot het dienstbaarheids criterium, omdat niet de ‘duur’ doorslaggevend is voor de overdracht, maar de omstandigheid dat de bevoegdheden met betrekking tot het activum overgaan.

#### 4.5.3.2 Verenigbaarheid materiële activa met OESO

Voor de toerekening van materiële activa wordt in het PE-rapport om pragmatische redenen aangesloten bij de ‘place of use’, tenzij bijzondere omstandigheden een andere aanpak rechtvaardigen. Doorgaans zal het bedrijfsonderdeel waar het activum feitelijk in gebruik wordt genomen, tevens dienstbaar zijn aan de activiteiten van dat bedrijfsonderdeel en derhalve daaraan toerekenbaar zijn. Dit is anders dan in het geval er sprake is van een situatie waarbij een activum intern tijdelijk ter beschikking wordt gesteld door het hoofdhuis aan de vaste inrichting. De Staatssecretaris neemt in de situatie van een tijdelijke terbeschikkingstelling het standpunt in dat de ‘place of use’ niet te gelden heeft als toerekeningsmaatstaf, maar een toerekening die aansluit bij de personen die beslissingen nemen omtrent de economische eigendom van het activum [OESO: significant people functions, HR: dienstbaarheids criterium].<sup>269</sup> Uit het besluit volgt dat de vaste inrichting in dit geval moet worden beschouwd als huurder van het activum en het hoofdhuis als verhuurder.<sup>270</sup> Bij dit standpunt noemt de Staatssecretaris het arrest van *BNB* 1986/100 en [naar mijn opvatting terecht] niet het arrest van *BNB* 1964/95. Voorts geeft de Staatssecretaris aan dat deze zienswijze in overeenstemming is met art. 9, lid 3, Bvdb 2001. In de Nota van Toelichting op deze bepaling is aangegeven dat – in lijn met de jurisprudentie – niet alleen het gebruik, maar ook de feiten en omstandigheden waaronder dit gebruik plaatsvindt van belang is voor de kwalificatie van

---

<sup>267</sup> Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001, Stb. 2000 642, p. 37.

<sup>268</sup> Wellicht ten overvloede, maar ook hier dient te worden beseft dat de economische eigendom van een activum ten alle tijden [voor zover dit activum het vermogen van de generale onderneming niet heeft verlaten] toebehoort aan het hoofdhuis.

<sup>269</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 5.1.

<sup>270</sup> Situaties van tijdelijke terbeschikkingstelling doen zich ten aanzien van materiële activa in beperkte mate voor. Het zal in veel van de gevallen gaan om de situatie waarbij boorschepen en baggerschepen voor de uitvoering van werken tijdelijk elders in gebruik zullen worden genomen.

een tijdelijke terbeschikkingstelling.<sup>271</sup> Hoewel de OESO en de jurisprudentie een dergelijke inbreuk toestaan op de 'place of use', dient zich de vraag aan of andere landen de uitzondering op dezelfde wijze uitleggen. Is dit niet het geval, dan zal dit dubbele belastingheffing tot gevolg hebben. Een dergelijke uitzondering heeft namelijk tot gevolg dat – in tegenstelling tot wat is overeengekomen in het PE-rapport – de significant people functions [HR: dienstbaarheids criterium] via een achterdeur weer wordt geïntroduceerd.

#### 4.5.3.2 Verenigbaarheid immateriële activa met OESO

Naast materiële activa kunnen ook immateriële activa worden onderscheiden. In het PE-rapport vindt de toerekening van de economische eigendom van immateriële activa in alle gevallen plaats op basis van de significant people functions. De Nederlandse benadering verschilt op dit punt niet van het PE-rapport omdat de toerekening nog steeds plaatsvindt op basis van het dienstbaarheids criterium. Net als bij materiële activa kan ook bij immateriële activa sprake zijn van een tijdelijke terbeschikkingstelling. Uit de voorwaarden waaronder het immateriële activum in gebruik is gegeven zal naar voren moeten komen of sprake is van een tijdelijke terbeschikkingstelling. Het ligt dan voor de hand dat hier een interne royaltyvergoeding tegenover hoort te staan. Een royalty is economisch gezien niets anders dan de [huur]vergoeding op het tijdelijk gebruik van een immaterieel activum. De Staatssecretaris merkt in dit verband op dat de aanwezigheid van interne royalties ook onder het Commentaar 2008 was toegestaan.<sup>272</sup> In het vorige hoofdstuk is naar voren gekomen dat ik van opvatting ben dat zulks duidelijk niet het geval is, en dat pas onder het huidige verdragsartikel [en het daarbij behorende Commentaar] interne royalties zijn erkend. Voor de belastingplichtigen die te maken hebben met een verdrag dat gebaseerd is op het pre-2010 Commentaar ontstaat een gunstige situatie, omdat hij [afhankelijk van zijn specifieke situatie] het standpunt kan innemen om wel of geen interne royalties in aanmerking te nemen. Een andere standpunt van de Staatssecretaris is dat de economische eigendom van zelfontwikkelde immateriële activa [en de daarbij behorende interne royalties] alleen kunnen worden toegerekend aan één bedrijfsdeel van de onderneming [dus niet meer dan één vaste inrichting]. Deze beperking volgt a. niet uit de jurisprudentie en b. duidelijk niet uit het PE-rapport [daar dit expliciet is toegestaan]. Onder zowel het dienstbaarheids criterium als onder de significant people functions is het goed mogelijk dat er sprake is van gedeelde eigendom, omdat de toerekening afhankelijk is van de personen die bevoegdheden kunnen uitoefenen bij het ontwikkelingsproces. Als deze personen werkzaam zijn bij twee verschillende onderdelen van de onderneming, omdat het immateriële activum bijvoorbeeld in twee fases wordt ontwikkeld is een gedeelde eigendom [naar rato] niet meer dan logisch.

In het Besluit is tevens gewezen op de mogelijkheid dat de ontwikkeling van een immaterieel activum binnen de onderneming kan plaatsvinden op basis van een 'contract research'.<sup>273</sup> Van een dergelijke contractresearchactiviteit is sprake als de vaste inrichting 'slechts' de activiteit uitvoert en het hoofdhuis [principaal] verantwoordelijk is voor de aansturing, de kosten en risico's draagt en daarmee de economische eigenaar wordt van de ontwikkelde activa. Het hoofdhuis kan niet als principaal worden aangemerkt indien het hoofdhuis niet in staat is om de risico's te dragen en / of over de expertise beschikt om deze risico's adequaat te

---

<sup>271</sup> Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001, Stb. 2000 642, p. 36 en 37.

<sup>272</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 4.2.

<sup>273</sup> In par. 3 van het Besluit 'Winstallocatie' is verwezen van het Besluit van 21 augustus, 2004, nr. IFZ2004/680M, onderdeel 3.

managen.<sup>274</sup> Dit alles sluit naadloos aan op de uitgangspunten van het PE-rapport die vervolgens weer zijn ontleend aan de Verrekenprijsrichtlijn.

## 4.5 Passiva

### 4.5.1 Algemeen

Voor de toerekening van vermogen aan de vaste inrichting komt uit de Nederlandse jurisprudentie duidelijk naar voren dat eerst vreemd vermogen dient te worden toegerekend.<sup>275</sup> Naast het vreemd vermogen kunnen nog andere posten op de passivazijde van de balans worden onderscheiden waaronder voorzieningen, reserves en andere verplichtingen. Het restant van de passivazijde wordt gevormd door het eigen vermogen.

### 4.5.2 Eigen vermogen

Een onbeperkte toepassing van de zelfstandigheidsfictie vraagt dat iedere onderneming moet beschikken over een minimum aan eigen vermogen [stamkapitaaltheorie]. De algemene opvatting in de literatuur daarentegen – gebaseerd op de jurisprudentie – is dat de stamkapitaaltheorie geen toepassing vindt in een vaste-inrichtingssituatie. Als bevestiging voor de verwerping van de stamkapitaaltheorie noemen *Peeters*<sup>276</sup> en *Kemmeren*<sup>277</sup> het arrest HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/263. Zij baseren dit op r.o. 3.3.2 van het arrest:

de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van een onderneming is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert en van de keuze van de wijze waarop de ondernemer in de financiering van de onderneming wenst te voorzien, hetgeen ook voor overigens onderling vergelijkbare ondernemingen leidt tot vergaande verschillen in de wijze waarop de onderneming is gefinancierd.

Uit het voorgaande volgt dat alleen de ‘feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert’ en de ‘keuze van de wijze waarop de ondernemer in de financiering van de onderneming wenst te voorzien’ relevant zijn voor de vaststelling van een vermogensstructuur bij de vaste inrichting. Een op voorhand vastgestelde minimumkapitaalseis lijkt op basis van deze overweging te zijn uitgesloten. Desondanks lees ik geen expliciete verwerping van de stamkapitaaltheorie. De HR heeft zich naar mijn opvatting met dit arrest slechts willen uitspreken over de verwerping van een methode waarbij de vermogensstructuur van de vaste inrichting wordt afgeleid van die van een aan de vaste inrichting vergelijkbare onderneming. Het bezwaar tegen een dergelijke methode is dat deze tot willekeurige uitkomsten kan leiden. Een ander relevant arrest met betrekking tot de stamkapitaaltheorie is HR 25 november 2005, *BNB* 2007/117. De HR overwoog in dit geschil dat “in beginsel ieder activum in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen”<sup>278</sup>. Voor *Hoogterp* is dit de aanleiding geweest om te concluderen dat “een deel van het [...] vreemde vermogen niet aan de vaste inrichting toegerekend kan worden”<sup>279</sup> en derhalve iedere onderneming een minimum aan kapitaal nodig heeft om te kunnen functioneren [stamkapitaaltheorie]. *Peeters*<sup>280</sup> is van opvatting dat *Hoogterp* zich baseert op een verkeerde lezing van het arrest. Dat lijkt inderdaad het geval te zijn geweest, omdat de HR eveneens heeft overwogen dat

---

<sup>274</sup> Besluit van 21 augustus, 2004, nr. IFZ2004/680M, onderdeel 3.

<sup>275</sup> Zie paragraaf 4.5.3.

<sup>276</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.2.

<sup>277</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?*, TFO 2011/108, onderdeel 4.1.1.

<sup>278</sup> HR 25 november 2005, *BNB* 2007/117, r.o. 3.2.1.

<sup>279</sup> P. Hoogterp, *Interestlasten vaste inrichtingen*, WFR 2008/1085, onderdeel 6.1.1.

<sup>280</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.2 [voetnoot 88].



belanghebbende, op wier weg het had gelegen feiten en omstandigheden aannemelijk te maken op grond waarvan kan worden geoordeeld dat zij terecht ervan is uitgegaan dat de activa en activiteiten van de onderneming die met behulp van haar Nederlandse vaste inrichting wordt gedreven uitsluitend met vreemd vermogen te zijn gefinancierd, niet is geslaagd in het bewijs daarvan.

Het feit dat de HR aangeeft dat belanghebbende wel gewoon de mogelijkheid had [maar daar weliswaar niet in is geslaagd] aannemelijk te maken dat de vaste inrichting volledig gefinancierd is met vreemd vermogen, bevestigt naar mijn opvatting de indruk dat een vaste inrichting onder bepaalde ‘feiten en omstandigheden’ [BNB 1997/263] inderdaad volledig gefinancierd kan zijn met vreemd vermogen.<sup>281</sup> *Pijl* ziet in dit arrest zelfs de bevestiging voor een “fiscale aanvaardbaarheid van volledige financiering met vreemd vermogen [dat uitsluitend nog een kwestie van bewijs is]”<sup>282</sup>.

### Verenigbaarheid Nederlandse benadering met OESO

De OESO is van oordeel dat – in tegenstelling tot de jurisprudentie – een vaste inrichting niet met alleen vreemd vermogen kan zijn gefinancierd en dus wel moet voldoen aan een minimumkapitaalseis. Ik deel dit standpunt, omdat het economisch niet reëel is dat een kredietverstrekker onder deze omstandigheden [lees: geen risicodragend kapitaal] een lening zou verstrekken. In dezelfde lijn merkt *Wattel* op dat “geen enkel bedrijf, behalve wellicht dat van de handige neef van de goedgegelovige suikertante, permanent wordt of althans voor onbepaalde tijd voor 100% met vreemd vermogen is gefinancierd”<sup>283,284</sup> Dat in de jurisprudentie deze situatie toch lijkt te worden toegelaten bij vaste-inrichtingssituaties, komt voort uit de omstandigheid dat bij het toerekenen van kapitaal aan de vaste inrichting de HR aansluit bij de feitelijke werkelijkheid. In de praktijk is het goed mogelijk dat een kredietverstrekker een vaste inrichting volledig voorziet van vreemd vermogen, omdat deze voor de beoordeling van de mate van kredietwaardigheid de generale onderneming in het geheel beziet in plaats van de vaste inrichting als separate entiteit. Door hiervan uit te gaan past de HR de zelfstandigheidsfictie niet volledig toe. De expliciete verwerping van de stamkapitaaltheorie heeft als consequentie dat het uitgangspunt van de OESO, aldus *Peeters*<sup>285</sup> en *Kemmeren*<sup>286</sup>, alleen kan worden geïmplementeerd door een “expliciete bepaling in de belastingverdragen” op te nemen. Een dergelijk standpunt deel ik niet. Hoewel in het huidige verdragsartikel geen sprake is van een ‘expliciete bepaling’, ben ik van opvatting dat de belastingplichtige wel gehouden is aan de stamkapitaaltheorie. Dit volgt uit twee punten. Ten eerste is in art. 7 OESO de onbepaalde zelfstandigheidsfictie definitief aanvaard, en daarbij past ook de aanvaarding van de stamkapitaaltheorie [arm’s-lengthbeginsel]. Ten tweede heeft de wetgever bewust afgezien om geen voorbehoud te maken op het Commentaar 2010, wat betekent dat de uitgangspunten in het Commentaar 2010 [en dus de stamkapitaaltheorie] zijn geaccepteerd. Voor belastingverdragen die zijn afgesloten onder art. 7 OESO [oud] is dit niet het geval, waardoor een gunstige situatie ontstaat voor belastingplichtigen. Enerzijds kunnen zij een beroep doen op de huidige benadering [en dus de stamkapitaaltheorie toepassen] en anderzijds kunnen zij een beroep doen op de rechtspraak waarbij de stamkapitaaltheorie is verworpen.

<sup>281</sup> Zie voor een gelijklopende opvatting: G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2011], onderdeel 3.4.2.A.b4.

<sup>282</sup> H. Pijl, *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201, onderdeel 4.2.

<sup>283</sup> *Wattel* heeft in zijn hoedanigheid als A-G het arrest van HR 25 november 2005, BNB 2007/117 voorzien van de Conclusie. In onderdeel 8.3 van de Conclusie komt hij tot dit standpunt.

<sup>284</sup> *Raad* lijkt eveneens van oordeel te zijn dat aan de vaste inrichting in ieder geval eigen vermogen moet worden toegerekend. C. Raad, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer [2007], p. 165.

<sup>285</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.2.

<sup>286</sup> E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)*, WFR 2003/2005, onderdeel 4.1.1.

Voor het toerekenen van kapitaal zijn in het PE-rapport de capital-allocationmethode en de thin-capitalisationmethode de belangrijkste. In het Besluit heeft de Staatssecretaris zijn voorkeur uitgesproken voor de capital-allocationmethode, omdat deze methode naar zijn opvatting beter aansluit “op het uitgangspunt van het PE-rapport dat de vaste inrichting een gelijke kredietwaardigheid heeft als de onderneming in het geheel”<sup>287</sup>. Pijl is van mening dat het argument van de gelijke kredietwaardigheid geen sterk argument is. Hij merkt terecht op dat het niet uitmaakt welke methode wordt toegepast, omdat de kredietwaardigheid niets van doen heeft met de kapitaalallocatiemethoden. De kredietwaardigheid is en blijft in beide gevallen gelijk.<sup>288</sup> Een meer waarschijnlijke reden voor de voorkeur van de capital-allocationmethode, maar niet is uitgesproken door de Staatssecretaris, is dat de methode eenvoudig is in de toepassing en daarmee lastige discussies voorkomt.<sup>289</sup> Dat de Staatssecretaris het ‘slechts’ houdt op een voorkeur is gelegen in de omstandigheid dat indien een toegepaste methode niet arm’s length is, een andere methode mag worden toegepast waarbij dat wel het geval is.<sup>290</sup> In het Besluit wordt hieraan invulling gegeven door de thin-capitalisationmethode alsnog toe te staan indien de onderneming als geheel is ondergekapitaliseerd en als gevolg daarvan ook de vaste inrichting. Dit is inderdaad een gerechtvaardigd argument om de thin-capitalisationmethode toe te passen. Opmerkelijk is dan wel dat de Staatssecretaris niet de omgekeerde situatie beschrijft, die waarbij de onderneming in het geheel is overgekapitaliseerd en daarmee ook de vaste inrichting. Als sprake is van overkapitalisatie moet naar mijn opvatting ook de thin-capitalisationmethode worden toegelaten, mits dit uiteraard leidt tot een arm’s-lengthtoerekening. Een vraag die dan wel opkomt is hoe dit standpunt zich verhoudt tot *BNB* 1997/263, waarin de thin-capitalisationmethode expliciet is verworpen. Naar mijn opvatting zal de HR hierin meegaan, omdat de methode nu eenmaal onderdeel uitmaakt van de huidige benadering. Daarnaast is de methode expliciet toegestaan door de wetgever, waardoor niet met vrucht [door de wetgever] een beroep kan worden gedaan op *BNB* 1997/263. Dat de wetgever deze methode alleen heeft toegestaan bij een situatie van onderkapitalisatie doet hier niet aan af, omdat de erkende bezwaren in de jurisprudentie dezelfde zijn, of er nu sprake is van onder- of overkapitalisatie en daarmee de nadelen van de methode bewust zijn geaccepteerd.

Nog een onderdeel van de kapitaalallocatiemethoden is dat de risico’s en activa die aan de vaste inrichting zijn toegerekend moeten worden gewaardeerd. Uit het Besluit volgt dat de Staatssecretaris van opvatting is dat de waardering jaarlijks dient plaats te vinden tegen de waarde in het economische verkeer. Verder belooft de Staatssecretaris enige soepelheid te betrachten in deze moeilijke kwesties. Pijl juicht de nadere modaliteiten die zijn geformuleerd in het Besluit toe, maar noemt de keuze voor de waardering in het economische verkeer de slechts denkbare keuze uit de alternatieven die de OESO aanbiedt.<sup>291</sup> Naar zijn opvatting is de historische kostprijs veel nauwkeuriger en daarnaast noopt deze niet tot een jaarlijkse herwaardering. Om de door mij gemotiveerde redenen in het vorige hoofdstuk deel ik deze opvatting niet en sluit ik aan bij de keuze voor de waardering in het economische verkeer.

---

<sup>287</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 2.2.

<sup>288</sup> “There is a common premise to the authorised approaches to attributing free capital, that an internal condition of the PE is that the creditworthiness of the PE is generally the same as the enterprise of which it is a part.” Zie: par. 30 van het PE-rapport.

<sup>289</sup> Dit in tegenstelling tot de thin-capitalisationmethode. Zie voor de bezwaren het vorige hoofdstuk waar de voor- en nadelen van de kapitaalallocatiemethoden zijn behandeld.

<sup>290</sup> Par. 118 van het PE-rapport.

<sup>291</sup> H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, onderdeel 5.3.

#### 4.5.3 Vreemd vermogen

##### 4.5.3.1 Algemeen

Uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat in beginsel een externe lening toerekenbaar is aan de vaste inrichting indien deze dienstbaar is aan de activiteiten van de vaste inrichting. Interne leningen zijn in het algemeen niet dienstbaar aan de activiteiten van de vaste inrichting. “Het restant van vaste inrichting financiering wordt dan gevormd door eigen vermogen. Aan het restant [het sluitkapitaal] kleeft geen rente[af trek].”<sup>292</sup>

##### 4.5.3.2 Vreemd vermogen [externe leningen]

Eén van de eerste arresten waarin de toerekening van een externe lening in naar voren is gekomen is HR 8 november 1931, *B.* 5085. In dit arrest overwoog de HR dat een obligatielening

is uitgegeven en heeft gestrekt ter verschaffing van werkkapitaal voor het bedrijf van belanghebbende in Nederland, derhalve om belanghebbende in staat te stellen haar bedrijf in Nederland uit te oefenen en dáár winst te behalen.

Vervolgd wordt

dat dus de obligatielening een last is, welke drukt op het bedrijf in Nederland.

Een vermogensbestanddeel [obligatielening] is dus toerekenbaar aan de vaste inrichting indien en voor zover deze ‘is uitgegeven en heeft gestrekt ter verschaffing van werkkapitaal’ zodat de activiteiten [HR: het uitoefenen van een bedrijf in Nederland] kunnen worden uitgeoefend. *Burgers* merkt op dat bij dit arrest ‘het finalistisch criterium’ de doorslag heeft gegeven voor de toerekening van het vermogensbestanddeel aan de vaste inrichting.<sup>293</sup> Zij formuleert dit criterium ‘als het doel van de handeling’, en dat doel is de financiering van de vaste inrichting in Nederland. De opvatting van *Burgers* deel ik niet, omdat – zo ik opmaak uit de woorden ‘is uitgegeven en heeft gestrekt’ – niet alleen het doel van de aanwending, maar ook de daadwerkelijke aanwending de doorslag heeft gegeven.<sup>294</sup> Dit onderscheid is van belang omdat een toerekening gebaseerd op een vooraf bepaalde aanwending [doel] kan verschillen van een toerekening gebaseerd op een daadwerkelijke aanwending. In HR 28 april 1954, *BNB* 1954/186 was sprake van een soortgelijke situatie. Een in Nederland gevestigd hoofdhuis had te lande pandbrieven [externe lening] uitgegeven om haar hypotheekbedrijf in de Verenigde Staten, dat werd uitgeoefend met behulp van een vaste inrichting, te financieren. Het geschil in dit arrest betrof het antwoord op de vraag of de met de pandbrieven verband houdende externe lening toerekenbaar is aan de vaste inrichting. De HR oordeelde dat “bij een hypotheekbedrijf het uitzetten van gelden [M.A.: vorderingen op huiseigenaren in de VS] niet los kan worden gedacht van het uitgeven van pandbrieven” en derhalve de externe lening behoort tot het ondernemingsvermogen van de vaste inrichting. De op de pandbrieven drukkende rente dient ten laste te komen van de vaste-inrichtingswinst. Dit arrest bevestigt dat de feitelijke aanwending van de

---

<sup>292</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.1.

<sup>293</sup> *Burgers* onderscheidt kortgezegd twee [cumulatieve] criteria voor de wijze van toerekening van vermogensbestanddelen. De eerste is een subjectief criterium [finaliteit: met welk doel is het activum aangewend] en de tweede is een objectief criterium [feitelijk gebruik, documentatie en handelingen]. Zie: I.J.J. Burgers, *Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen*, NTFR 2004/908, onderdeel ‘Toerekeningscriteria’.

<sup>294</sup> *Kemmeren* is eveneens van opvatting dat de toerekening in dit arrest zowel van het doel als van de aanwending afhankelijk is gesteld. Zie: E.C.C.M. Kemmeren, *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)*, WFR 2003/2005, onderdeel 4.2.1.

externe lening doorslaggevend is voor het antwoord op de vraag of deze toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Het doel of oogmerk dat vooraf bestond aan de aanwending lijkt niet langer relevant te zijn voor het toerekeningsvraagstuk.<sup>295</sup> Een bevestiging hiervan vindt men in het arrest van HR 23 januari 2004, *BNB 2004/214*. Belanghebbende, een in Nederland gevestigde financieringsmaatschappij, beschikt over een vaste inrichting in Zwitserland. Belanghebbende had een vordering verkregen die ging behoren tot het vermogen van de vaste inrichting. Voor het financieren van de vordering was de belanghebbende een bankschuld aangegaan. Naar het oordeel van de HR maakt de bankschuld deel uit van het vermogen van de vaste inrichting, “omdat de schuld is aangegaan ter verkrijging van de aan de vaste inrichting toe te rekenen vordering”.<sup>296</sup> Ook hier wordt de daadwerkelijke aanwending van de externe lening gevolgd.

In de hiervoor besproken gevallen betrof het externe leningen, die volledig zijn toegerekend aan het vermogen van de vaste inrichting. Dat dit niet altijd het geval is volgt uit Hof 's-Gravenhage 27 juni 2000, *V-N 2000/41.1.4*. Een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming was door middel van een in Nederland aanwezige vaste inrichting zeer succesvol in de opsporing en winning van olie en gas op het Nederlandse Continentale Plat. Een deel van de winsten is overgemaakt aan het hoofdhuis. Op een later moment had het hoofdhuis voor een groot bedrag dividend uitgekeerd aan haar moedermaatschappij. Voor de financiering van deze uitkering is belanghebbende met behulp van de vaste inrichting een lening aangegaan bij drie Nederlandse banken. Het Hof overwoog dat onder normale zakelijke condities een lening die wordt aangegaan voor de financiering van een dividenduitkering in beginsel aftrekbaar is. Toch stond het Hof slechts gedeeltelijke rentetaftrek toe bij de vaste inrichting. Naar het oordeel van het Hof moet de dividenduitkering zoveel mogelijk worden toegerekend aan de bedragen die in eerdere jaren door de vaste inrichting aan het hoofdhuis zijn overgemaakt, doch het vermogen van de vennootschap niet hebben verlaten. Als ik de gevolgtrekking van het Hof goed begrijp houdt de dividenduitkering verband met de in het verleden behaalde winsten bij de vaste inrichting. Als een deel van die winsten zijn uitgekeerd aan hoofdhuis dient de dividenduitkering [en daarmee ook de schuld] deze te volgen.

Uit de hiervoor besproken jurisprudentie volgt dat de HR van oordeel is dat de toerekening van externe leningen alleen plaatsvindt indien en voor zover sprake is van een direct [historisch-causaal] verband met de activiteiten van de vaste inrichting. Als een tot het vaste-inrichtingsvermogen behorend activum is gefinancierd met een externe lening, behoort die lening eveneens tot het vermogen van de vaste inrichting.<sup>297</sup> Dat het onder omstandigheden toch mogelijk is dat externe leningen op een indirecte [mathematische] wijze kunnen worden toegerekend, volgt uit het al eerder besproken arrest van HR 25 november 2005, *BNB 2007/117*.<sup>298</sup> In dit arrest kon de belanghebbende niet aannemelijk maken op welke wijze de vaste inrichting was gefinancierd. De HR oordeelde dat als het bewijs van een direct verband tussen de activa en passiva niet kan worden geleverd, dit verband slechts op een indirecte wijze kan worden gelegd. Het voorstel van de belastinginspecteur om voor de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting aan te sluiten bij de zogenoemde BIS-ratio van het bankbedrijf en de gewogen activa van de vi, is, aldus de HR, op aanvaardbare wijze rekening gehouden met de

---

<sup>295</sup> *Kemmeren en Peeters* zien deze bevestiging pas in HR 7 mei 1997, *BNB 1997/263*.

<sup>296</sup> HR 23 januari 2004, *BNB 2004/214*, r.o. 4.2.2.

<sup>297</sup> G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2011], onderdeel 3.4.2.A.b4.

<sup>298</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winstoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.1.

zelfstandigheidsfictie.<sup>299</sup> Dit had tot gevolg dat over een deel van het vreemd vermogen geen renteaftrek werd toegestaan. Naar mijn opvatting heeft deze uitspraak geen gevolgen in het geval een dergelijke situatie zich voordoet bij een vaste inrichting van een niet-financiële instelling. Deze casus was door de aanwezigheid van een BIS-ratio – die doorgaans alleen wordt gehanteerd door financiële instellingen – zo specifiek, dat uit dit arrest geen algemene rechtsoverwegingen voor niet-financiële instellingen kan worden afgeleid. Het ontbreken van een direct verband leidt simpelweg tot geen renteaftrek bij de vaste inrichting van niet-financiële instellingen.

#### Verenigbaarheid met OESO

Een toerekening van vreemd vermogen en de daarbij behorende interestlast vindt op basis van de jurisprudentie alleen plaats indien en voor zover er sprake is van een direct [historisch-causaal] verband tussen de lening en de vaste-inrichtingsactiviteiten. Al het andere vermogen waar geen sprake is van een dergelijk verband dient te worden beschouwd als eigen vermogen. Dit sluit goed aan op het pre-2008 Commentaar. De toerekening van leningen en interest verschilt wel met de uitgangspunten die zijn beschreven in het PE-rapport. Op basis van de kapitaalallocatiemethoden wordt vreemd vermogen indirect [als sluitpost] toegerekend aan de vaste inrichting. Voor het toerekenen van interestlasten aan dit vreemd vermogen bestaan in het PE-rapport enkele methoden. De Staatssecretaris kiest voor de [mathematische] fungibilitymethode, een methode die duidelijk niet aansluit op de jurisprudentie.<sup>300</sup> Het argument dat is genoemd voor deze methode is dat beter rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de vaste inrichting en daardoor de toerekenbare interestlast meer at arm's length zal zijn ten opzichte van een toerekening op basis van de tracingmethode.<sup>301</sup> Een opmerkelijke motivering. De tracingmethode is bij uitstek at arm's length, omdat de daadwerkelijke interestlast wordt toegerekend op een specifieke lening die is aangewend voor de vaste-inrichtingsactiviteiten. Toegegeven, niet in alle gevallen kan een historisch verband gevonden worden tussen de leningen die worden aangewend voor de activiteiten van de vaste inrichting. Dan nog had de Staatssecretaris het standpunt kunnen innemen dat voor zover een historisch verband bestaat dit moet worden erkend. De interestlasten op het overige deel van het vreemd vermogen waar dat verband niet bestaat, kan dan alsnog worden toegerekend op basis van de fungibilitymethode. Een ander punt dat nog blijft openstaan is hoe omgegaan dient te worden met valutaresultaten die verband houden met de leningen. Valutaresultaten zijn naar mijn opvatting dusdanig verknocht aan de locatie waar deze zich voordoen, dat geen ruimte bestaat voor een mathematische toerekening daarvan. In het PE-rapport is hieromtrent geen beleid geformuleerd, maar wel is opgemerkt dat dit nog een zaak is die door de lidstaten afzonderlijk dient te worden opgelost.<sup>302</sup> Opmerkelijk is dan dat de Staatssecretaris in het Besluit hier niet op is ingegaan.

Net als bij de capital-allocationmethode lijkt de achterliggende gedachte voor de keuze van de fungibilitymethode gelegen te zijn in de eenvoud daarvan. *Burgers* is van opvatting dat de Staatssecretaris er beter aan had gedaan om dit argument te noemen voor de keuze van de fungibilitymethode.<sup>303</sup> Mijns inziens dient eenvoud nooit een argument te zijn dat alleen voorop moet gaan bij de motivering van een bepaalde belastingmaatregel. Een belastingmaatregel moet ook effectief zijn aan de doelstellingen die daaraan zijn gesteld.

<sup>299</sup> G.T.W. Janssen, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2011], onderdeel 3.4.2.A.b4.

<sup>300</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 2.1.

<sup>301</sup> Met specifieke omstandigheden wordt bedoeld de functies, activa en risico's van de vaste inrichting.

<sup>302</sup> Par. 127 van het PE-rapport.

<sup>303</sup> I.J.J. Burgers, *Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming*, MBB 2011/04, onderdeel 4.7.

De fungibilitymethode draagt niet bij aan de doelstelling van de AOA, doordat deze duidelijk niet in lijn is met het arm's-lengthbeginsel. Hoe dan ook, doordat de fungibilitymethode niet aansluit op de rechtspraak bevindt de belastingplichtige zich wederom in een gunstige positie, omdat hij afhankelijk van zijn specifieke situatie kan kiezen voor de meest gunstige methode.<sup>304</sup> Zowel onder het oude als het huidige verdragsartikel kan de belastingplichtige voor de toerekening van de leningen en de daarbij behorende interest historisch-causaal toerekenen. Onder art. 7 OESO [oud] is geen sprake van een beperking doordat de jurisprudentie geen stamkapitaal toestaat. Onder het huidige art. 7 OESO geldt de stamkapitaaltheorie wel [kapitaalallocatiemethoden]. Daarnaast kan de belastingplichtige onder het oude verdragsartikel en onder het huidige verdragsartikel de fungibilitymethode toepassen. Het zal afhangen van de feiten en omstandigheden of de belastingplichtige meer gebaat is bij een toerekening op basis van de fungibilitymethode dan wel de tracingmethode. Een interessante vraag is wel hoe de wetgever zich gaat opstellen indien de belastingplichtige onder de huidige benadering – tegen het Besluit in – heeft gekozen voor de tracingmethode, en naderhand kiest voor de fungibilitymethode, omdat het dan fiscaal technisch toevallig gunstig uitpakt. Zal de belastinginspecteur het standpunt innemen dat van de belastingplichtige een bestendige keuze mag worden verwacht of zal de inspecteur, in lijn met het Besluit, de fungibilitymethode toestaan. Naar mijn opvatting zal de belastingplichtige moeten vasthouden aan één van de gekozen methode. Een probleem dat kan ontstaan is dat bij een tussentijdse overschakeling er een onevenwichtigheid kan optreden met betrekking tot de totaalwinst.

#### 4.5.3.3 Vreemd vermogen [interne leningen]

Een belangwekkend arrest omtrent de niet-erkenning van interne leningen is HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/263.<sup>305</sup> In casu was sprake van een in Nederland gevestigd hoofdhuis dat met behulp van een vaste inrichting in Ierland economische activiteiten ontplooid. Het hoofdhuis had aan haar vaste inrichting bedragen verstrekt, die in de boekhouding van de vaste inrichting werden geboekt op de rekening 'current account', welke vervolgens was gerangschikt onder 'liabilities'.<sup>306</sup> Het geschil in dit arrest betrof het antwoord op de vraag of een interne lening in aanmerking kon worden genomen bij de vaste inrichting. De HR oordeelde als volgt:

De middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, dienen, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt, in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting te worden beschouwd, zoals ook bij een zelfstandige onderneming de daarin geïnvesteerde middelen, voor zover die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan, als eigen vermogen zijn aan te merken.

Uit de voorgaande overweging volgt dat indien en voor zover het vermogen van de vaste inrichting niet is gefinancierd met extern aangetrokken leningen, dat vermogen dient te worden beschouwd als eigen vermogen. Dit brengt met zich dat geen renteaftrek wordt toegestaan op vreemd vermogen bij de vaste inrichting dat gefinancierd is uit de eigen fondsen van het hoofdhuis [dus zonder dat de generale onderneming daarvoor zelf gelden inleent].<sup>307</sup> De HR motiveert dat zulks niet anders is in de situatie waarbij tussen gelieerde [zelfstandige] ondernemingen een lening wordt verstrekt uit de eigen fondsen van de vreemd-vermogenverschaffer. Van een dergelijke situatie is naar mijn opvatting alleen sprake indien en voor zover een civielrechtelijke lening tussen

<sup>304</sup> Het kiezen van de meest gunstige methode komt er in beginsel op neer dat van de totale interestlasten zoveel mogelijk interestlasten dienen neer te slaan in het land [vestigingsland of bronland] waar het hoogste belastingtarief geldt.

<sup>305</sup> In dit verband kan ook worden gewezen op twee eerdere arresten waarin eveneens een interne lening is geweigerd: HR 22 november 1933, *B.* 5511 en HR 28 april 1954, *BNB* 1954/186.

<sup>306</sup> HR 7 mei 1997, *BNB* 1997/263, r.o. 3.1.

<sup>307</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 5.1.

gelieerde ondernemingen voor het fiscale recht wordt geherkwalificeerd naar eigen vermogen.<sup>308</sup> De HR gaat naar mijn opvatting in tegen het arm's-lengthbeginsel door in beginsel alle situaties waarbij het hoofdhuis de vaste inrichting voorziet in financiering uit eigen fondsen aan te merken als een [verkapte] kapitaalstorting.

Dat de HR toch een uitzondering [lees: één specifiek geval] heeft willen toestaan volgt uit de woorden 'in de regel'. Van een dergelijk geval was sprake in HR 8 november 1989, *BNB* 1990/36. Het arrest betrof een in Nederland aanwezige vaste inrichting dat verkoopactiviteiten uitvoerde voor het hoofdhuis dat was gevestigd in Engeland. Voor het uitvoeren van de verkoopactiviteiten ontving de vaste inrichting uitsluitend handelsgoederen van het hoofdhuis. Het hoofdhuis verzond hierbij tevens een factuur voor de betreffende levering waarbij bedragen werden vermeld naar de munt van het vestigingsland [Engelse ponden]. In de boekhouding van de vaste inrichting werden de factuurbedragen omgerekend naar guldens tegen de valutakoers aan het eind van de maand waarin de facturen zijn ontvangen [inkoopdatumkoers]. Vervolgens werden de bedragen geboekt op de balans onder 'current account head-office'. De betaling in ponden werden gedebiteerd omgerekend tegen de koers op het moment van betaling [betaaldatumkoers]. Door het uiteenlopen van inkoop-, betaal-, en balansdatumkoers had dat een koersverlies tot gevolg. Het geschil in dit arrest betrof de vraag of dat koersverlies in mindering kon worden gebracht op de vaste-inrichtingswinst. De HR oordeelde als volgt:

*Indien [...] voor de omzet bestemde goederen van het hoofdkantoor naar de vaste inrichting worden overgebracht en daarmee gemoeide factuurbedragen aan de vaste inrichting in rekening worden gebracht zoals ook zou geschieden bij verkoop van die goederen aan een willekeurige derde, ontstaat weliswaar geen schuld in juridische zin van de vaste inrichting aan het hoofdkantoor, maar [...], voor de winstberekening van de vaste inrichting voorgeschreven fictie van de zelfstandige onderneming brengt mee dat hier een schuld in Engelse ponden van de vaste inrichting aan het hoofdkantoor aanwezig moet worden geacht. Indien vervolgens ter zake van deze schuld verlies of winst wordt geconstateerd doordat de waarde van het Engelse pond stijgt of daalt te opzichte van de Nederlandse gulden, dient dat verlies of die winst tot uiting te komen [...] bij de vaste inrichting.*

De HR is duidelijk in zijn opvatting dat voor de fiscale winstberekening van de vaste inrichting een interne lening wordt erkend, ondanks de afwezigheid van een civielrechtelijke lening. Aan dit oordeel ligt een zeer feitelijke gevolgtrekking ten grondslag.<sup>309</sup> Ten eerste hield de lening verband met een daadwerkelijke goederenleverantie. Ten tweede had belanghebbende facturen opgemaakt. En ten derde komen de voorwaarden waarop de lening is aangegaan exact overeen met een situatie waarbij wordt geleverd aan een willekeurige derde.<sup>310</sup> Naar het oordeel van de HR is onder dergelijke omstandigheden geen sprake van een willekeurige winstverschuiving, maar vloeit de interne lening voort uit reële economische activiteiten.<sup>311</sup> In *BNB* 2007/117 is omtrent de interne leningen nog het volgende opgemerkt:

'Interne leningen' worden daarbij, anders dan in uitzonderlijke gevallen waarin aan de zakelijkheid daarvan niet kan worden getwijfeld [zoals bij intern leverancierskrediet en 'advances'<sup>312</sup> tussen onderdelen van een financiële onderneming], niet in aanmerking genomen.

---

<sup>308</sup> In de jurisprudentie zijn de volgende herkwalificaties te onderscheiden : de schijnlening [HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217], de bodemlozeputlening [HR 27 januari 1988, *BNB* 1988/217] en de deelnemerschapslening [HR 11 maart 1998, *BNB* 1998/208 en HR 25 november 2005, *BNB* 2006/82].

<sup>309</sup> In casu was geen sprake van een rente. Vandaar dat alleen de valutaresultaten die verband hielden met de interne lening werd beslecht in dit arrest.

<sup>310</sup> Conclusie van A-G *Wattel* bij HR 20 december 2002, *V-N* 2003/4.13.

<sup>311</sup> Onder soortgelijke omstandigheden is in Hof's-Hertogenbosch 13 september 2002, *V-N* 2002/51.3.8 een interne lening toegestaan.

<sup>312</sup> Toevoeging voetnoot door mij: advances zijn interne leningen tussen banken. Zie: par. 19 van het Commentaar 2008.

De HR wekt de indruk dat buiten het zeer specifieke leverancierskrediet, ook andere situaties denkbaar zijn waarbij ‘aan de zakelijkheid van de interne lening niet kan worden getwijfeld’. Welke situaties dit dan zijn blijft onduidelijk.<sup>313</sup> Het komt mij toe dat de HR – ondanks dat hij spreekt van ‘in uitzonderlijke gevallen’ – slechts de twee genoemde uitzonderingen heeft willen toestaan. In de jaren na het verschijnen *BNB* 1990/36 zijn geen andere situaties toegestaan dan die van het leverancierskrediet.

### Verenigbaarheid met OESO

Als hoofdregel volgt uit de Nederlandse rechtspraak dat een interne lening niet wordt erkend, tenzij aan de zakelijkheid van de lening niet kan worden getwijfeld [leverancierskrediet]. Dit uitgangspunt gaat duidelijk verder dan het pre-2010 Commentaar, omdat daar expliciet een algeheel verbod was beschreven voor het in aanmerking nemen van interne leningen. Het uitgangspunt uit de jurisprudentie lijkt zich evenmin te verhouden tot het Commentaar 2010, omdat alleen ‘interest dealings’<sup>314</sup> zijn toegestaan die verband houden met de uitoefening van treasuryactiviteiten.<sup>315</sup> De OESO motiveert dat alleen bij ‘interest dealings’ voldoende zekerheid bestaat, dat de winsten niet naar willekeur kunnen worden verschoven tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Een soortgelijk argument is in de jurisprudentie genoemd voor de erkenning van een leverancierskrediet. Om deze reden ben ik van opvatting dat de erkenning van het leverancierskrediet eveneens toepassing moet vinden onder het Commentaar 2010. De Staatssecretaris is anderszins van opvatting:

Gelet op de in het PE-rapport gekozen benadering om het eigen en vreemd vermogen te alloceren op basis van één van de beschreven methoden ligt het niet voor de hand om naast de berekening van de rentelast op basis van één van deze methoden een rentelast of rentebate met betrekking tot schuldig gebleven bedragen als gevolg van interne leveringen of diensten in aanmerking te nemen.<sup>316</sup>

De Staatssecretaris doet het voorkomen alsof de systematiek van de kapitaalallocatiemethoden de reden is dat interne leningen niet in aanmerking kunnen worden genomen. Dit standpunt berust naar mijn mening op een misvatting. De kapitaalallocatiemethoden dienen slechts het doel een arm’s-lengthlimiet op te werpen aan de hoeveelheid vreemd vermogen bij de vaste inrichting. Dat interne leningen niet kunnen worden erkend, volgt namelijk uit de keuze voor de fungibilitymethode.<sup>317</sup> Voor wat betreft de gevolgen van de fungibilitymethode op ‘interest dealings’ bij zijn deze in het PE-rapport herkend en erkend: geen mogelijkheid tot ‘interest dealings’. Het standpunt van de Staatssecretaris verhoudt zich dan goed met het PE-rapport. Voor wat betreft de gevolgen van de fungibilitymethode op de niet-erkenning van een intern leverancierskrediet is dit een ander verhaal, omdat in de jurisprudentie een dergelijk bestaan van een interne lening bij herhaling is geaccepteerd. Dit kan dan niet simpelweg – en al helemaal niet bij Besluit – terzijde worden geschoven door de Staatssecretaris. Van belang is dan wel dat de belastingplichtige voor de toerekening van interestlasten heeft gekozen voor de tracingmethode, omdat bij deze methode wel de mogelijkheid bestaat voor het in aanmerking nemen van intern leverancierskrediet. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor belastingplichtige om de vergoeding op treasuryactiviteiten in aanmerking te nemen bij de winstbepaling van de vaste inrichting.

---

<sup>313</sup> In par. 4.6 hierover meer.

<sup>314</sup> Dit woord betekent feitelijk niets anders dan interne rente. Maar in dit verband moet hieronder te worden verstaan de interne rente op een interne leningen die voortvloeit uit een treasuryactiviteit.

<sup>315</sup> Par. 158 van het PE-rapport.

<sup>316</sup> Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375, onderdeel 4.3.

<sup>317</sup> Zie paragraaf 3.5.4.



#### 4.5.4 Voorziening

Op de passivazijde van de balans dient naast eigen en vreemd vermogen tevens de balanspost ‘voorziening’ te worden onderscheiden. Anders dan een schuld is een voorziening niet actueel dan wel toekomstig juridisch afdwingbaar, omdat op voorhand niet is te zeggen of deze zal worden gerealiseerd.<sup>318</sup> Het vertegenwoordigt slechts de mogelijkheid tot een toekomstige uitgave of verlies. Voor de toepassing van de fungibiliteitsmethode wordt een voorziening wel beschouwd als vreemd vermogen, omdat deze wordt betrokken in de breuk voor het toerekenen van de totale interestlasten.<sup>319</sup> Naar mijn opvatting dient een voorziening te worden geëlimineerd uit de breuk van de fungibiliteitsmethode, omdat het strikt genomen geen schuld is.

Voor de fiscale winstbepaling leidt de vorming van een voorziening tot uitstel van winstneming. Om deze reden zijn in de rechtspraak<sup>320</sup> een drietal voorwaarden geformuleerd alvorens een voorziening kan worden gevormd.

1. De toekomstige uitgaven vinden hun oorsprong in feiten of omstandigheden, die zich in de periode voorafgaand aan de balansdatum hebben voorgedaan.
2. De toekomstige uitgaven kunnen ook overigens aan die periode worden toegerekend.
3. Ter zake van die toekomstige uitgaven bestaat een redelijke mate van zekerheid dat zij zich zullen voordoen.<sup>321</sup>

De toerekening van een voorziening aan een vaste inrichting is in de jurisprudentie niet specifiek aan bod gekomen. Toch ben ik van opvatting dat dit niet tot problemen gaat leiden, omdat uit de feiten en omstandigheden die bepalend zijn voor het aanwezig achten van een voorziening tevens duidelijk zal worden of de voorziening dienstbaar is aan de activiteiten van de vaste inrichting. Als bijvoorbeeld sprake is van een juridisch geschil met een werknemer die werkzaam is bij de vaste inrichting, ligt het voor de hand dat een eventuele voorziening met betrekking tot een schadeclaim die hiervoor wordt gevormd toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Een invulling van het dienstbaarheids criterium zoals dat geldt voor activa lijkt mij niet passend omdat het niet een eigendom betreft. Net als bij vreemd vermogen dient voor de toerekening te worden aangesloten bij de activiteiten of activa waarop de voorziening betrekking heeft.

#### 4.6 Erkenning van interne transacties

Als hoofdregel volgt uit de jurisprudentie dat voor het erkennen van een interne transactie sprake moet zijn van een situatie waarin aan de zakelijkheid van de transactie niet kan worden getwijfeld.<sup>322</sup> De economische realiteit tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting moet als gevolg van de interne transactie daadwerkelijk zijn gewijzigd. Van een dergelijke situatie is sprake als de activiteiten van de personen werkzaam bij de vaste inrichting zijn veranderd door de transactie.<sup>323</sup> Dit lijkt goed aan te sluiten op het uitgangspunt van de OESO, omdat een dealing ook pas wordt erkend als sprake is van ‘a real and identifiable event’. Een andere voorwaarde die is gesteld in de jurisprudentie is dat een interne transactie van goederen of diensten direct

---

<sup>318</sup> P.H.J. Essers, *Cursus Belastingrecht – Inkomstenbelasting [online editie]*, Deventer: Kluwer 2013], onderdeel 3.2.20.C.b.

<sup>319</sup> H. Pijl, *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440, voetnoot 56.

<sup>320</sup> HR 26 augustus 1998, *BNB* 1998/409.

<sup>321</sup> Met het wijzen van *BNB* 1998/409 is definitief afgestapt van de voorwaarde ‘van het aanwezig zijn van een rechtsverhouding’ als één van de voorwaarden voor het erkennen van een voorziening. Zie: P.H.J. Essers, *Cursus Belastingrecht – Inkomstenbelasting [online editie]*, Deventer: Kluwer 2013], onderdeel 3.2.20.C.b.

<sup>322</sup> HR 25 november 2005, *BNB* 2007/117.

<sup>323</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 3.2.2.

dienstbaar is aan soortgelijke transacties met derden.<sup>324</sup> Deze eis die is geformuleerd in de jurisprudentie wringt naar mijn opvatting enigszins met de voorwaarden die in het PE-rapport zijn gesteld, omdat deze eis daar niet in voorkomt. Het is goed mogelijk dat een onderneming ten aanzien van bijvoorbeeld intellectueel eigendom dat binnen de onderneming is ontwikkeld, niet zomaar aan een willekeurige derde [op licentiebasis] ter beschikking zou stellen. Uit de jurisprudentie volgt dat in deze situatie slechts een kostentoe rekening plaats dient te vinden, terwijl op basis van de benadering van de OESO een arm's-lengthvergoeding in aanmerking moet worden genomen. Een dergelijke eis is niet gesteld voor de situatie waarbij sprake is van een duurzame terbeschikkingstelling.<sup>325 326</sup>

#### 4.7 Deelconclusie

In deze paragraaf kom ik tot de beantwoording van de volgende deelvraag:

*“Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van de Nederlandse benadering en hoe verhoudt deze zich tot de AOA?”*

Uit de rechtspraak komt naar voren dat voor de toerekening van activa het dienstbaarheids criterium dient te worden aangelegd. Bij de toerekening van activa wordt aangesloten bij de zelfstandige bevoegdheden die worden uitgeoefend met betrekking tot dat activum. Een dergelijke invulling lijkt goed in te passen in het criterium van de ‘significant people functions’, omdat beide aansluiten op de personele bevoegdheden die betrekking hebben op de eigendom van een activum. Voor wat betreft de tijdelijke terbeschikkingstelling bij materiële activa kiest de Staatssecretaris er niet voor om de toerekening te laten plaatsvinden op basis van de ‘place of use’. Hoewel een dergelijke benadering gewenst is, leidt dit er wel toe dat tussen de lidstaten inconsistenties kunnen ontstaan. De Staatssecretaris is voorts van opvatting dat het intern ter beschikking stellen van immateriële activa [tegen een arm's-lengthvergoeding] ook werd toegestaan in de voorheen geldende benadering van de OESO. Naar mijn opvatting is dit duidelijk niet het geval. Voor belastingplichtigen op wie een belastingverdrag van toepassing is, dat is gesloten onder het oude verdragsartikel ontstaat een gunstige situatie. Enerzijds kunnen zij zich beroepen op de niet-erkenning van interne royalties [OESO] en anderzijds kunnen zij het standpunt van de Staatssecretaris volgen.

Voor de toerekening van vermogen komt uit de rechtspraak duidelijk naar voren dat *eerst* vreemd vermogen *en dan* [als sluitpost] eigen vermogen dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Dit had tot gevolg dat de vaste inrichting onbeperkt gefinancierd kon zijn met vreemd vermogen. Dat een dergelijke situatie wordt toegelaten – daar deze duidelijk niet strookt met het arm's-lengthbeginsel – komt voort uit de omstandigheid dat bij het toerekenen van vermogen aan de vaste inrichting de HR aansluit bij de werkelijkheid. In de praktijk is het goed mogelijk dat een kredietverstrekker een vaste inrichting volledig voorziet van vreemd vermogen, omdat deze voor de beoordeling van de mate van kredietwaardigheid de generale onderneming in het geheel beziet in plaats van de vaste inrichting als een separate entiteit. Door hiervan uit te gaan past de HR de zelfstandigheidsfictie niet volledig toe. Dit betekent dat een belastingplichtige op wie een oud belastingverdrag

---

<sup>324</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 3.2.2.

<sup>325</sup> HR 2 maart 1994, *BNB* 1994/190.

<sup>326</sup> P.J.J. M. Peeters, *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122, onderdeel 3.2.2.

van toepassing is niet wordt beperkt als hij de vaste inrichting volledig wenst te financieren met vreemd vermogen.

In het PE-rapport zijn verschillende methoden beschreven voor het toerekenen van interestlasten aan de vaste inrichting. De Staatssecretaris kiest voor de [mathematische] fungibilitymethode, die in de jurisprudentie is toegestaan voor specifieke gevallen. Als hoofdregel volgt uit de rechtspraak dat de toerekening van externe leningen en de daarbij behorende interestlasten dient plaats te vinden op basis van de [historisch-causale] tracingmethode. Voor belastingplichtigen bestaat zowel onder het Commentaar 2008 als onder het Commentaar 2010 [daar in het PE-rapport de tracingmethode expliciet is beschreven] de mogelijkheid te kiezen voor de tracingmethode [jurisprudentie en OESO] of voor de fungibilitymethode [standpunt Staatssecretaris en OESO]. Een gevolg van de toepassing van de fungibilitymethode brengt met zich dat de belastingplichtige in beginsel niet de mogelijkheid heeft interne leningen in aanmerking te nemen, omdat de erkenning daarvan niet past binnen de systematiek van deze methode. Als de belastingplichtige kiest voor de tracingmethode, bestaat de mogelijkheid voor het in aanmerking nemen van interne leningen wel [OESO: treasurydealings en HR: leverancierskrediet].

## 5 Samenvatting en conclusie

### 5.1 Inleiding

Als wordt besloten om economische activiteiten te ontplooiën in het buitenland dient een keuze te worden gemaakt tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap. Bij een dochtervennootschap is sprake van een afzonderlijke rechtspersoon die in het land van vestiging zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken. Bij een vaste inrichting daarentegen is sprake van een integraal en onzelfstandig onderdeel van de generale onderneming. De ondernemingswinsten die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting worden zowel betrokken in de belastingheffing van het land waarin de vaste inrichting is gevestigd [bronland] als in het land waarin de generale onderneming is gevestigd [vestigingsland]. Om dubbele belastingheffing te voorkomen wordt op grond van art. 7, lid 1, OESO de heffingsbevoegdheid toegewezen aan het bronland. Het vestigingsland dient voorkoming van dubbele belastingheffing te verlenen voor dat deel van de winst, dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting. Voor het vaststellen van die toerekenbare winst bestaan historisch een tweetal methoden. Op deze methoden bestonden enkele bezwaren. Het voornaamste bezwaar zag toe op het gebrek aan consensus tussen de OESO-lidstaten omtrent de toepassing en praktische invulling van de methoden, waardoor het risico op dubbele dan wel geen belastingheffing niet werd weggenomen. Met de komst van de Authorised OECD Approach [hierna: 'AOA'] is beoogd dit bezwaar weg te nemen, doordat de winsttoerekening nu plaatsvindt op basis van één uniforme methode en voor de praktische invulling daarvan is aangesloten bij art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn. De implementatie van deze benadering is in twee stappen uitgevoerd, waarbij in 2008 het Commentaar is aangepast en vervolgens in 2010 is overgegaan tot een algehele herziening van art. 7 OESO en het daarbij behorende Commentaar.

Om na te gaan of met de implementatie van de AOA de bezwaren zijn weggenomen die bestonden onder de voorheen geldende benadering stond in deze scriptie de volgende onderzoeksvraag centraal:

*“In hoeverre vindt, met de implementatie van de AOA in art. 7 OESO, waarbij aansluiting is gezocht met art. 9 OESO en de daarbij behorende Verrekenprijsrichtlijn, de winsttoerekening aan de vaste inrichting op een eenduidige wijze plaats?”*

De beantwoording van de onderzoeksvraag is onderverdeeld in deelvragen die ieder een hoofdstuk vertegenwoordigen. De deelvragen zijn:

1. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van art. 7 OESO [oud] en het daarbij behorende Commentaar?*
2. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van de AOA-benadering en hoe verhoudt deze zich tot de voorheen geldende benadering van de OESO?*
3. *Hoe vindt de winsttoerekening plaats aan de hand van de Nederlandse benadering en hoe verhoudt deze zich tot de AOA-benadering?*

### 5.2 Beantwoording onderzoeksvraag

Onder de voorheen geldende benadering van de OESO bestonden twee methoden voor de toerekening van winst aan de vaste inrichting, te weten: de ondernemingsplitsingsmethode [art. 7, lid 2, OESO Oud] en de

winstsplittingsmethode [art. 7, lid 4, OESO Oud]. Op basis van de winstplittingsmethode dient eerst de totale ondernemingswinst te worden vastgesteld waarna deze werd verdeeld aan de hand van een verdeelsleutel tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Een toerekening op basis van deze methode had als bezwaar dat het bronland en het vestigingsland afzonderlijk de te verdelen generale ondernemingswinst bepaalden en daarnaast ook afzonderlijk de opbouw van de verdeelsleutel bepaalden. Het bestaan van dergelijke verschillen had tot gevolg dat dubbele belastingheffing niet werd voorkomen. Op basis van de ondernemingssplittingsmethode dient de winstvaststelling van de vaste inrichting plaats te vinden als ware deze een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Alhoewel de lidstaten over het algemeen de voorkeur gaven aan de ondernemingssplittingsmethode bestond onduidelijkheid met betrekking tot de toepassing en de reikwijdte van de methode. Door het gebrek aan een praktische invulling van de ondernemingssplittingsmethode, werd de methode verschillend toegepast door de lidstaten. Daarnaast was geen sprake van een volledige zelfstandigheidsfictie, omdat op bepaalde interne transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting slechts een kostentoerekening was toegestaan. Een consequente toepassing van het arm's-lengthbeginsel noopt ertoe dat een zakelijke vergoeding in aanmerking dient te worden genomen. Alleen als het risico op belastingontgaan was uitgesloten – door de aanwezigheid van interne comparables – werd een arm's-lengthvergoeding op interne transacties toegestaan. Doordat het arm's-lengthbeginsel niet volledig werd toegepast, leidde dit beleid ertoe dat in de gevallen waar geen arm's-lengthvergoeding werd toegestaan de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen het woonland en het bronland niet aansloot bij de economische realiteit.

Onder de huidige benadering kiest de OESO voor de ondernemingssplittingsmethode en geeft daarbij aan dat de vaste inrichting dient te worden aangemerkt als een onafhankelijke en zelfstandige onderneming. Aan de vaste inrichting moeten functies worden toegerekend met inachtneming van de daarbij gedragen risico's en de gebruikte activa. Een probleem dat optreedt bij het toerekenen van risico's en activa is dat er geen juridische contracten bestaan tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting, waarin is geregeld wie de risico's draagt en aan wie de eigendomsrechten van de activa toekomen. Om de toerekening toch mogelijk te maken is de functionele en feitelijke analyse aangevuld met de identificering van de 'significant people functions', waarbij voor de toerekening wordt aangesloten bij de personen die beslissingsbevoegdheid hebben omtrent het aangaan en beheren van de risico's die verband houden met de economische eigendom. Op basis van het in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde 'dienstbaarheids criterium' dient activa te worden toegerekend aan de vaste inrichting, indien de personen die werkzaam zijn bij de vaste inrichting zelfstandig de bevoegdheden kunnen uitoefenen met betrekking tot de eigendom van dat activum. Beide toerekeningsmethoden lijken zich goed met elkaar te verhouden. Een verschil bestaat wel met de toerekening van materiële activa. In het PE-rapport is uit pragmatische overwegingen gekozen voor een toerekening op basis van de 'place of use'. Een bezwaar van een dergelijke toerekening is dat bij een tijdelijke terbeschikkingstelling de eventuele aangroei van stille reserves wordt belast bij de vaste inrichting, dit terwijl de aangroei toerekenbaar is aan [de inspanningen van de personen werkzaam bij] het hoofdhuis. In het Besluit 'Winstallocatie Vaste Inrichtingen' [hierna: 'Besluit'] kiest de Staatssecretaris ervoor om bij de tijdelijke terbeschikkingstelling van een materieel activum niet de 'place of use'-methode toe te passen. Hoewel een dergelijk standpunt [het niet toepassen van de 'place of use'] gewenst is, leidt dit er wel toe dat tussen de lidstaten die – in lijn met het PE-rapport – wel de 'place of use'-methode hanteren inconsistenties kunnen ontstaan. Voor wat betreft immateriële activa dienen deze wel gewoon te

worden toegerekend aan de hand van de 'significant people functions'. Doordat de economische eigendom kan worden toegerekend aan één specifiek onderdeel binnen de onderneming is het mogelijk een interne terbeschikkingstelling van immateriële activa te veronderstellen tegen een zakelijke vergoeding. Onder de voorheen geldende benadering was dit niet mogelijk, omdat toen was aangegeven dat het toerekenen van een immaterieel activum aan één specifiek onderdeel niet mogelijk was en derhalve slechts een kostentoe rekening werd toegestaan. Om te voorkomen dat art. 7 OESO [oud] via het Commentaar 2008 verdragsposterieur zou worden gewijzigd, is dit uitgangspunt [terecht] pas geïmplementeerd in het Commentaar 2010 op het huidige verdragsartikel. In het Besluit geeft de Staatssecretaris aan dat naar zijn opvatting ook onder de voorheen geldende benadering een arm's-lengthvergoeding werd toegestaan op het intern ter beschikking stellen van immateriële activa. Naar mijn opvatting is dit duidelijk niet het geval, omdat uit het Commentaar naar voren kwam dat een arm's-lengthvergoeding op de interne beschikkingstelling van immateriële activa niet was toegestaan. Dit standpunt heeft wel tot gevolg dat de belastingplichtigen op wie een pre-2010 verdrag van toepassing is, kunnen kiezen voor zowel een verdeling van de kosten als het in aanmerking nemen van een zakelijke vergoeding.

Nadat de activa en de risico's zijn toegerekend dienen deze te worden gewaardeerd, zodat een passend bedrag aan eigen vermogen kan worden toegerekend. Voor het waarden van risico's bestaan bij financiële ondernemingen betrouwbare waarderingsmethoden. Bij niet-financiële ondernemingen is dit vaak niet het geval, omdat de activiteiten zich niet lenen voor dergelijke waarderingsmethoden. Dit heeft tot gevolg dat bij de vaste inrichting van een niet-financiële instelling de nadruk moet komen te liggen op de waardering van activa. Als waarderingsmaatstaf voor activa gaat de voorkeur van de OESO uit naar de historische kostprijs. Een consequente toepassing van het arm's-lengthbeginsel noopt naar mijn opvatting ertoe dat gekozen moet worden voor een waardering op de waarde in het economische verkeer. De marktwaarde van de activa representeert op dat moment het meest nauwkeurig het benodigde eigen vermogen. Een voorkeur voor de historische kostprijs is vanuit het eenvoudsbeginsel begrijpelijk, maar het ondergraaft daarmee de doelstelling – namelijk het ondersteunen van de gedragen risico's – voor het toerekenen van eigen vermogen. Bij de waardering van immateriële activa doet zich het probleem voor dat op de markt doorgaans geen activa bestaan waaraan de waarde kan worden gespiegeld. In de praktijk zijn verschillende waarderingsmethoden ontwikkeld die aansluiten op de opbrengsten van het immaterieel activum. De betrouwbaarheid van deze methoden is niet altijd even nauwkeurig, omdat met veel factoren die relevant zijn voor de waardering geen rekening kan worden gehouden.

Voor het ondersteunen van de toegerekende activa en risico's dient eigen vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting. De OESO noemt hierbij twee methoden, te weten: de capital-allocationmethode en de thin-capitalisationmethode. Vanuit een theoretisch oogpunt sluit de thin-capitalisationmethode het beste aan bij het arm's-lengthbeginsel, omdat de toerekening is gebaseerd op de vermogensstructuur van vergelijkbare ondernemingen. De praktijk is dat geen onderneming dezelfde is als een andere onderneming. Dit heeft tot gevolg dat belastingplichtigen op zoek moeten gaan naar soortgelijke ondernemingen, wat betekent dat voor de belastingplichtigen administratieve lasten optreden. Doordat meer dan één uitkomst kwalificeert als arm's length, bestaat de prikkel voor belastingplichtigen om fiscaal de meest gunstige uitkomst te 'kiezen'. De belastingautoriteiten op hun beurt zullen eisen dat de marge aan uitkomsten zo klein mogelijk moet zijn, wat

betekent dat ook voor de belastingautoriteiten administratieve lasten optreden. Dit probleem speelt niet in het bijzonder voor de thin-capitalisationmethode maar meer algemeen bij het toepassen van een vergelijkbaarheidsanalyse. De capital-allocationmethode kent dergelijke bezwaren niet, omdat de vermogensstructuur van de generale onderneming als uitgangspunt dient. Van belang is dan wel dat de generale onderneming niet is onder- of overgekapitaliseerd. Doordat de OESO diverse methoden beschrijft voor de toerekening van eigen vermogen kan de situatie ontstaan dat lidstaten onderling verschillende methoden toepassen. Naar mijn opvatting heeft de OESO in dezen een goede middenweg gevonden voor de toepassing van één methode. Zo dient in beginsel de methode te worden toegepast die in het bronland wordt gehanteerd, waarna het vestigingsland de methode dient te volgen.

Het op deze wijze toerekenen van eigen vermogen verhoudt zich niet met het Commentaar 1963 en 1994. In het Commentaar 1994 is wel beschreven dat aangesloten moet worden bij de vermogensstructuur van de generale onderneming, maar daarbij is niet gezegd dat *eerst* eigen vermogen *en dan* als sluitpost vreemd vermogen moet worden toegerekend. Uit de Nederlandse rechtspraak volgt dat *eerst* vreemd vermogen en *dan pas* eigen vermogen dient te worden toegerekend, waardoor het mogelijk was dat de vaste inrichting onbepaald gefinancierd kon zijn met vreemd vermogen. Onder de huidige benadering is dit niet langer mogelijk. Onbegrijpelijk is dan het standpunt van de OESO en de Staatssecretaris dat de huidige benadering als een verheldering kan worden beschouwd op het pre-2008 Commentaar. Naar mijn opvatting kan de huidige benadering voor het toerekenen van eigen vermogen dan ook alleen dwingend worden opgelegd voor verdragen die zijn gesloten na de aanpassing van het Commentaar in 2008, waarin deze ‘verhelderende zienswijze’ is verwoord.

Voor de toerekening van interestlasten aan dit vreemd vermogen beschrijft de OESO een aantal methoden, zonder dat daarbij een voorkeur wordt uitgesproken voor één van de methoden. De OESO had hierin een keuze moeten maken, dan wel moeten aangeven onder welke omstandigheden elk van de methoden de voorkeur geniet. Van de beschreven methoden is naar mijn opvatting de [mathematische] fungibilitymethode duidelijk niet at arm's length, omdat slechts de gemiddelde interestlasten worden toegerekend zonder dat rekening wordt gehouden met het verschil in percentages op leningen die specifiek zijn aangewend voor de activiteiten van het hoofdhuus of de vaste inrichting. Een dergelijk bezwaar doet zich niet voor bij de [historisch-causale] tracingmethode. In het Besluit kiest de Staatssecretaris voor de [mathematische] fungibilitymethode, een methode die duidelijk niet aansluit op de jurisprudentie [historisch-causale methode]. Het argument dat is genoemd voor deze methode is dat beter rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de vaste inrichting en daardoor de toerekenbare interestlast meer at arm's length zal zijn ten opzichte van een toerekening op basis van de tracingmethode. Een opmerkelijke motivering. De tracingmethode is bij uitstek at arm's length, omdat de daadwerkelijke interestlast wordt toegerekend aan een specifieke lening die is aangewend voor de vaste-inrichtingsactiviteiten. Naar mijn opvatting kan de [historisch-causale] tracingmethode niet simpelweg – en al helemaal niet bij Besluit – terzijde worden geschoven door de Staatssecretaris. De belastingplichtige bevindt zich nu in een gunstige positie doordat hij kan kiezen – afhankelijk van zijn specifieke feiten en omstandigheden – voor zowel de fungibilitymethode [Besluit] als voor de tracingmethode [jurisprudentie].

Het in aanmerking nemen van interne rente was onder de voorheen geldende benadering expliciet niet toegestaan. Onder de huidige benadering is dit verbod verlaten, waardoor het mogelijk is om de rente op interne leningen te verantwoorden bij de vaste-inrichtingswinst. Een kanttekening is wel dat alleen de interne lening wordt toegestaan die verband houdt met de uitoefening van een treasuryactiviteit. De OESO motiveert dat alleen bij ‘interest dealings’ [rente op leningen die voortvloeien uit een treasuryactiviteit] voldoende zekerheid bestaat, dat winsten niet naar willekeur kunnen worden verschoven tussen hoofdhuis en vaste inrichting. In de Nederlandse rechtspraak is om een soortgelijke reden de aanwezigheid van een intern leverancierskrediet erkend. Daarom ben ik van opvatting dat onder de huidige benadering een intern leverancierskrediet eveneens dient te worden erkend. In het Besluit kiest de Staatssecretaris voor een volledige uitbanning van interne leningen, doordat de erkenning van interne leningen niet past binnen de gekozen systematiek van de fungibilitymethode. Als de belastingplichtige ervoor kiest de toerekening van de interestlasten plaats te laten vinden op basis van de tracingmethode dient naar mijn opvatting de erkenning van interne leningen alsnog te worden toegestaan.

Tot slot zal de belastingplichtige duidelijke documentatie moeten bijhouden zodat interne transacties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting kunnen worden erkend als zijnde een dealing. De opvatting van de OESO dat dit niet resulteert in meer administratieve lasten dan voor het bijhouden van transacties is ijdele hoop. Het al dan niet erkennen van een dealing heeft directe gevolgen voor de belastbare winst van de vaste-inrichtingsstaat. De belastingautoriteiten zullen de dealings zeer kritisch beoordelen met als gevolg dat de belastingplichtige genoodzaakt is zijn documentatie nauwgezet op orde te hebben.

### **5.3 Afsluiting**

Als algemene conclusie kom ik tot het standpunt dat de AOA inderdaad tot een meer eenduidige winsttoerekening leidt dan voorheen het geval was. De winsttoerekening vindt nu plaats op basis van één uniforme methode, waarbij specifieke praktische methoden zijn beschreven voor de toerekening van activa, risico's en vermogen aan de vaste inrichting. Daarnaast is het mogelijk dat interne transacties kunnen worden verondersteld die at arm's length moeten worden bepaald, waardoor een meer rechtvaardige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten wordt bereikt.

Het feit dat de OESO niet in alle gevallen één methode voorschrijft [voor bijvoorbeeld de toerekening van eigen vermogen] is in beginsel bezwaarlijk, maar naar mijn opvatting onoverkomelijk om te komen tot een gezamenlijk standpunt waarin al de lidstaten hun eigen belangen in behartigd willen hebben. Van belang is dan wel dat in specifieke situaties tot één methode wordt gekomen, waarbij de mutual agreement procedure een oplossing kan bieden. Hoewel dit de geëigende weg is om conflicten op te lossen dienen lidstaten terughoudend te zijn in het opstarten van dergelijke procedures. Voor zover een methode wordt toegestaan in de bronstaat en daarnaast in het specifieke geval de methode leidt tot een arm's-lengthuitkomst, dient de woonstaat dit te volgen.

Een bezwaar dat niet kan worden genuanceerd, is dat de AOA leidt tot een significante verzwaring van de administratieve lasten. Enkele voorbeelden van een dergelijke verzwaring zijn dat de belastingplichtige alle ‘significant people functions’ dient te identificeren [een zeer feitelijk proces], de activa en de risico's dient te



waarderen en het nauwgezet documenteren van de transacties en dealings. Aan deze bezwaren ligt niet ten grondslag de specifieke keuzes die zijn gemaakt door de OESO, maar meer algemeen de toepassing van het arm's-lengthbeginsel in een vaste-inrichtingssituatie. Een vaste inrichting is naar mijn opvatting niet alleen juridisch, maar ook economisch niet vergelijkbaar met een zelfstandige onderneming. Doordat een situatie wordt gecreëerd die niet overeenkomt met de werkelijkheid, ontstaan problemen bij het toepassen van het arm's-lengthbeginsel. Het arm's-lengthbeginsel kan om deze reden niet volledig worden toegepast dan wel tegen [te] zware administratieve lasten. Als fundamentele [en meest ideale] oplossing dient de vaste inrichting te worden betrokken in de belastingheffing als één onderneming, waarbij één grondslag voor de vennootschapsbelasting moet gelden. Op dit moment bestaat nog weinig draagvlak voor een dergelijke geharmoniseerde heffingsgrondslag. Een verdeling van de heffingsbevoegdheid op basis van het arm's-lengthbeginsel is dan op dit moment – ondanks de erkende bezwaren – de beste methode, omdat deze een breed draagvlak geniet onder de OESO-lidstaten.

## Bronnenlijst

### *Tijdschriften*

- Albert, P.G.H., *Vaste inrichting en aftrek tvvdb*, TFO 2011/97.
- Avery Jones, J.F., *The 1992 OECD Model Treaty: Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation*, European Taxation 1993.
- Brood, E.A. , Gier, R. de, *Aandelen toerekenen aan een Nederlandse vaste inrichting*, WFR 2002/1178.
- 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.
- Burgers, I.J.J., *Boekbespreking: The attribution of profits to permanent establishments*, WFR 2006/1301.
- Burgers, I.J.J., *The OECD Report 'Attribution of Income to Permanent Establishment': A Commentary*, 49 Bulletin for International Fiscal Documentation 3 [1995].
- Burgers, I.J.J., *Keuze tussen v.i. en dochter minder fiscaal beïnvloed*, NTFR 2009/1694.
- Egdom, J.T. van, *Allocatie van winst aan een vaste inrichting*, Forfaitair 2010/208.
- Haan, N. de, Lewis, I., *Het gewijzigde art. 7 [winst uit onderneming] OECD-modelverdrag 2010*, WFR 2010/1292.
- Hoogterp, P., *Interestlasten vaste inrichtingen*, WFR 2008/1085.
- Kavelaars, P., *Naar een Europese winstgrondslag [deel 1]*, WFR 2008/1184.
- Kemmeren, E.C.C.M., *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)*, WFR 2003/1965.
- Kemmeren, E.C.C.M., *Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)*, WFR 2003/2005.
- Kemmeren, E.C.C.M., *Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?*, TFO 2011/108.
- Lohuis, H., *Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij*, TFO 2011/138
- Michielse, G.M.M., *De vaste inrichting*, NTFRB 2007/35.
- Peeters, P.J.J.M., *De leer van het gedeelte is nog steeds geldend recht!*, FED 2004/510.
- Peeters, P.J.J.M., *Winsttoerekening aan een vaste inrichting*, TFO 2011/122.
- Pijl, H., *De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen*, WFR 2011/201.
- Pijl, H., *Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek*, NTFR 2011/440.
- Pötgens, F.P.G. en Stevens, A.J.A., *Winstallocatie vaste inrichtingen (2)*, NTFRB 2011/25.
- Raad, C. van, *Het nationaal recht bij de uitlegging van belastingverdragen*, in: *Van wet naar recht*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P. Scheltens, Deventer 1984.
- Raad, C. van, *Gebruik van een bedrijfsmiddel in een buitenlandse vaste inrichting, of: waarom artikel 2, lid 4 Bvdb 1989 moet worden geschrapt*, Verburgbundel – Opstellen over vennootschap en belasting, Deventer: Kluwer [1994].
- Raad, C. van, *Interpretatie van belastingverdragen*, MBB 1978.
- Sterk, R. en Schul, M.F.D., *Over toerekening van winsten aan een vaste inrichting van een bank*, MBB 2011/05.
- Soeten, G. H. de, *Zelfstandigheid van de vaste inrichting is een fictie*, WFR 1997/1170.
- Sturm, M.C., *Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa*, MBB 2011/05.

Tieskens, R.W., De betekenis van het OESO-modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen, WFR 1999/1757.

Wattel, P. J., Marres, O., The Legal Status of the OECD Commentary and the question of static or Ambulatory Interpretation of Taks Treaties, European Taxation, juli/augustus 2003.

#### *Boeken*

Albert, P.G.H., *Fictie en werkelijkheid in het belastingrecht*, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers [2006].

Burgers, I.J.J. e.a., *Wegwijs in het Internationaal en Europees Belastingrecht*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011.

Cools, P.A.G.M. e.a., *Vakstudie 08 - Nederlands Internationaal Belastingrecht*, Kluwer Online Portal: Deventer 2012.

Carroll, M.B., *Taxation of National and Foreign Enterprises: Volume 4 Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations: 1933.

Egdom, J. T. van, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Kluwer: Deventer [2011].

Engelen, F.A., *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Doctoral Series 7, IBFD: Amsterdam 2004.

Essers, P.H.J., *Cursus Belastingrecht – Inkomstenbelasting [online editie]*, Deventer: Kluwer 2013].

Graaf, A.C.G.A.C. de, Kavelaars, P. en Stevens, A.J.A., *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer: Deventer 2012.

Hautvast, L.T.M., *Focus op Intangibles*, Focus op Verrekenprijzen, Deventer: Kluwer [2008].

Janssen, G.T.W., *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2011].

Pötgens, F.P.G., *Cursus belastingrecht Vennootschapsbelasting [online editie]*, Kluwer: Deventer [2012].

Raad, C. van, *Cursus Belastingrecht – Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer [2009].

Romijn, M., *Internationaal Belastingrecht*, Tilburg: Boekhandel Gianotten [1998].

Russo, R., *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, IBFD: Amsterdam 2005.

Schramade, W.P.J., Pijnenburg, P.A.M., *Vakstudie 05 – Vennootschapsbelasting*, Kluwer Online Portal: Deventer [2012].

Stevens, L.G.M., *Elementair belastingrecht: voor economen en bedrijfsjuristen*, Kluwer: Deventer [2009].

Vleggeert, J., *Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht*, Fiscale Monografieën nr. 132, Deventer: Kluwer [2009].

#### *OESO-rapporten*

M.B. Carroll, *Taxation of National and Foreign Enterprises: Volume 4 Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations: 1933.

OECD, *Issues in International Taxation No. 5: “Model Tax Convention: Attribution of Income to Permanent Establishments”*, Paris: OECD [1995].

OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2001].

OECD, *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2004].

OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2008].

OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Paris: OECD [2010].

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Paris: OECD [2010].

#### *Kamerstukken en besluiten*

Besluit van 21 december 2000, houdende vaststelling van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001, Stb. 2000/642.

Besluit van 13 juni 2001, nr. CPP2001/1045M, *BNB* 2001/390.

MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3.

Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, *BNB* 2004/407.

Besluit van 15 januari 2011, *Verzamelbesluit dividendbelasting*, nr. DGB 2010/8223M, Stb. 2011/1374.

Besluit van 15 januari 2011, *Winstallocatie Vaste Inrichtingen*, nr. IFZ 2010/457 M, Stb. 2011/1375.

MvF, *Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011*, NTFR 2011/410.

#### *Rechtspraak*

Hoge Raad	8 november 1931, <i>B.</i> 5085
Hoge Raad	31 maart 1954, <i>BNB</i> 1954/180
Hoge Raad	28 april 1954, <i>BNB</i> 1954/186
Hoge Raad	27 april 1960, <i>BNB</i> 1960/167
Hoge Raad	29 april 1959, <i>BNB</i> 1960/164
Hoge Raad	4 mei 1960, <i>BNB</i> 1960/163
Hoge Raad	12 februari, <i>BNB</i> 1964/95
Hoge Raad	23 januari 1974, <i>BNB</i> 1986/100
Hoge Raad	27 januari 1988, <i>BNB</i> 1988/217
Hoge Raad	4 juli 1989, <i>BNB</i> 1987/274
Hoge Raad	8 november 1989, <i>BNB</i> 1990/36
Hoge Raad	12 juni 1991 <i>BNB</i> 1991/312
Hoge Raad	2 september 1992, <i>BNB</i> 1992/379
Hoge Raad	16 maart 1994, <i>BNB</i> 1994/166
Hoge Raad	2 maart 1994, <i>BNB</i> 1994/190
Hoge Raad	13 april 1994, <i>BNB</i> 1994/169
Hoge Raad	7 mei 1997, <i>BNB</i> 1997/263
Hoge Raad	7 mei 1997, <i>BNB</i> 1997/264
Hoge Raad	11 maart 1998, <i>BNB</i> 1998/208
Hoge raad	26 augustus, <i>BNB</i> 1998/409
Hoge Raad	9 december 1998, <i>BNB</i> 1999/267c
Hoge Raad	24 mei 2002, <i>BNB</i> 2002/320
Hoge Raad	20 december 2002, <i>BNB</i> 2003/246
Hoge Raad	21 februari 2003, <i>BNB</i> 2003/177-178
Hoge Raad	23 januari 2004, <i>BNB</i> 2004/214
Hoge Raad	10 juni 2005, <i>V-N</i> 2005/32.13
Hoge Raad	25 november 2005, <i>BNB</i> 2006/82

Hoge Raad	25 november 2005, <i>BNB</i> 2007/117
Hoge Raad	1 december 2006, <i>BNB</i> 2007/78
Hoge Raad	8 augustus 2008, <i>BNB</i> 2008/255
Hof 's-Gravenhage	27 juni 2000, <i>V-N</i> 2000/41.1.14
Hof 's-Hertogenbosch	13 september 2002, <i>V-N</i> 2002/51.2.8