

**De toerekening van winst aan de vaste inrichting.**

Naam: R.G.R. Mingeli

Studentnummer: 289021

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Rotterdam, November 2014

## **Inhoudsopgave**

<b>LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEIDING</b>	<b>5</b>
1.1 Aanleiding	5
1.2 Probleemstelling en toetsingskader	8
1.3 Opzet	10
<b>2 DE VASTE INRICHTING</b>	<b>11</b>
2.1 Inleiding	11
2.2 De fysieke vaste inrichting	12
2.2.1 Definitie	12
2.2.2 Bedrijfsinrichting ter beschikking aan een onderneming	13
2.2.3 Vaste plaats	15
2.2.4 Duurzaamheid van de ondernemingsactiviteiten	17
2.2.5 Geschikt voor werkzaamheden	19
2.3 De temporele vaste inrichting	20
2.4 De vaste vertegenwoordiger	23
2.4.1 De wettelijke bepaling	23
2.4.2 Vertegenwoordiger die niet onafhankelijk is	24
2.4.3 Machtiging	26
2.5 Deelconclusie	27
<b>3 TOEREKENING VAN ACTIVA AAN EEN VASTE INRICHTING</b>	<b>29</b>
3.1 Inleiding	29
3.2 Algemene uitgangspunten	30
3.2.1 Winsttoerekening volgens de ‘functionally separate entity approach’	30
3.2.2 Het dienstbaarheids criterium	33
3.2.3 Keuzevermogen	35
3.3 Toerekening van activa	37
3.3.1 De functionele en feitelijke analyse	37
3.3.2 Materiële en immateriële vaste activa	37
3.3.2.1 Methode van toerekening	37
3.3.2.2 Toetsing van methode voor toerekening van vaste activa	42
3.3.3 Financiële activa	44
3.3.3.1 Toerekening van aandelen	44
3.3.3.2 Toerekening van beleggingen en overtollige liquide middelen	46
3.4 Deelconclusie	49

<b>4 TOEREKENING VAN KAPITAAL AAN EEN VASTE INRICHTING</b>	<b>51</b>
4.1 Inleiding	51
4.2 Benadering van de Hoge Raad	51
4.3 Kapitaalattributie volgens de OESO	55
4.4 De verhouding tussen de jurisprudentie en de benadering van de OESO	59
4.5 De keuzes van de Staatssecretaris van Financiën	61
4.6 Toetsing van de methoden voor de toerekening van kapitaal	64
4.7 Deelconclusie	70
<b>5 DE WINSTTOEREKENING</b>	<b>72</b>
5.1 Inleiding	72
5.2 ‘Dealings’	73
5.2.1 Algemeen	73
5.2.2 De erkenning van ‘dealings’	73
5.2.2.1 De ‘drempeltest’ van de OESO	73
5.2.2.2 De economische realiteitstoets	74
5.2.3 Specifieke ‘dealings’	75
5.2.3.1 Interne leningen	75
5.2.3.2 Interne dienstverlening	77
5.2.3.3 Interne royalty	79
5.3 Winsttoerekening aan een vaste inrichting	80
5.3.1 Het arm’s length- beginsel in internationale en nationale context	80
5.3.2 De wijze van winsttoerekening	84
5.3.3 Toetsing van de wijze van winsttoerekening	85
5.4 De fiscale behandeling van de vaste inrichting versus een dochtervennootschap in het licht van het EU-recht	89
5.4.1 Financieringskosten	89
5.4.2 Overdracht van bedrijfsmiddelen	91
5.4.3 Voorkomingsmethodieken en verliesverrekening	92
5.5 Deelconclusie	95
<b>6: SAMENVATTING EN CONCLUSIE</b>	<b>97</b>
6.1 Inleiding	97
6.2 Samenvatting	98
6.3 Aanbeveling	102
6.4 Eindconclusie	103
<b>BRONVERMELDING</b>	<b>105</b>

## Lijst van gebruikte afkortingen

Art.	Artikel
AOA	Authorised OECD Approach
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BIAC	Business and Industry Advisory Committee
BvdB 2001	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
BNB	Beslissingen in belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
CUP	Comparable- uncontrolled- price- method
EU	Europese Unie
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
NV	Naamloze vennootschap
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO- Modelverdrag
Spf	Significant people's functions
TP-Guidelines	Transfer Pricing Guidelines
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet LB 1964	Wet op de loonbelasting 1964
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Vof	Vennootschap onder firma
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

# Hoofdstuk 1

## INLEIDING

### 1.1 Aanleiding

Het bedrijfsleven, en in het bijzonder investeerders, staan voor verschillende keuzes bij het starten en uitbreiden van een onderneming. Keuzes die onder andere gemaakt moeten worden betreffen de rechtsvorm voor de onderneming<sup>1</sup> en de wijze waarop de activiteiten van die onderneming geëxploiteerd wordt. Exploitatie van activiteiten die in (internationaal) verband plaatsvinden, kan door middel van een dochtervennootschap of met behulp van een vaste inrichting. Deze vormen van exploitatie verschillen in hun juridische aard van elkaar. Een dochtervennootschap is een juridische entiteit die eigen drager is van rechten en plichten, terwijl een vaste inrichting juridisch niet bestaat. Dit belangrijk verschil in de aard van beide vormen van exploitatie, brengt mee dat ze in fiscaal opzicht verschillend behandeld moeten worden.

Indien een buitenlandse onderneming wordt gedreven is van belang of sprake is van een vaste inrichting, en zo dat het geval is wat daartoe wel en niet behoort en hoe de winsttoerekening over vaste inrichting en het hoofdhuis plaatsvindt. Er zijn drie vormen van vaste inrichtingen te onderscheiden. Het betreft de fysieke vaste inrichting, de temporele vaste inrichting en de vaste vertegenwoordiger. Bepalingen inzake het begrip zijn in de nationale Nederlandse belastingwetten<sup>2</sup>, het BvdB 2001<sup>3</sup> en het OESO-modelverdrag<sup>4</sup> te vinden.

Indien er een vaste inrichting in de zin van art. 5 OESO-MV wordt geconstateerd, ontstaat er ingevolge art. 7 OESO-MV buitenlandse belastingplicht voor het hoofdhuis in het vestigingsland<sup>5</sup> van de vaste inrichting. In laatstgenoemd artikel wordt de verdeling van de heffingsbevoegdheid van de winst van vaste inrichtingen geregeld. Het wijst de winst die is toe te rekenen aan een vaste inrichting geheel toe aan de bronstaat. Deze winst wordt in de bronstaat bepaald en belast volgens de aldaar geldende winstbepalingsregels. Dit vloeit voort uit toepassing van het bronlandbeginsel en de zogenoemde zelfstandigheidsfictie. Het

---

<sup>1</sup> Dit kan een moedermaatschappij of een hoofdhuis zijn.

<sup>2</sup> Zie art. 17, lid 3 onderdeel a Wet VpB 1969. Voor de inkomstenbelasting kan buitenlandse belastingplicht optreden (ex. art. 7.2, lid 2, onderdeel a, Wet IB 2001) en/of een inhoudingsplicht ontstaan voor de loonbelasting (art. 6, lid 2, onderdeel a, Wet LB 1964). In dit onderzoek zullen de gevolgen voor de inkomsten- en de loonbelasting buiten beschouwing worden gelaten. Er wordt namelijk geconcentreerd op de gevolgen voor de vennootschapsbelasting.

<sup>3</sup> Zie art. 2 BvdB 2001.

<sup>4</sup> Dit is te vinden in art. 5 OESO-MV.

<sup>5</sup> Dit wordt ook wel als bronstaat aangemerkt.

hoofdhuis zelf is ook belastingplichtig in zijn vestigingsstaat en wordt daar in beginsel voor zijn wereldwinst in de heffing betrokken. Dit vloeit voort uit de toepassing van het woonlandbeginsel. De wereldwinst bevat echter ook de resultaten die uit de vaste inrichting zijn ontstaan. Samenloop van het woonlandbeginsel en het bronlandbeginsel leiden ertoe dat juridische dubbele belastingheffing<sup>6</sup> optreedt. De vestigingsstaat van het hoofdhuis mag niet over deze winst heffen, maar dient voorkoming te verlenen voor de winst die voortvloeit uit de vaste inrichting (art. 7 en art. 23A OESO-MV).<sup>7</sup>

In 2010 zijn art.7 OESO-MV en het commentaar daarop aangepast. De uitleg van de regels voor de toepassing van dit artikel was voordien niet eenduidig, waardoor dubbele of geen belastingheffing kon ontstaan. De OESO<sup>8</sup> probeerde door middel van zijn rapporten uit 2008<sup>9</sup> en 2010<sup>10</sup> (hierna: Rapport 2008 en Rapport 2010) een internationale consensus inzake de wijze van winstallocatie aan vaste inrichtingen te bereiken. Aanpassingen zouden ertoe dienen om meer duidelijkheid en rechtszekerheid te bieden inzake deze problematiek<sup>11</sup>. Zo werd nadere invulling gegeven op de wijze van winstallocatie die gebaseerd moet zijn op de *Authorised OECD Approach* (hierna: AOA). Deze bestaat uit twee stappen. De eerste stap betreft de toerekening van activa, risico's en kapitaal. Activa en risico's worden toegerekend op basis van een functie-analyse. Daarna wordt het eigen vermogen en vervolgens het vreemd vermogen op basis van de '*capital allocation approach*' of de '*thin capitalisation approach*' toegerekend. Het bepalen van het risicoprofiel van de vaste inrichting is hierbij van groot belang, omdat dit aangeeft hoe groot het vreemd vermogen geacht wordt te zijn.

Stap 2 van de AOA betreft de toerekening van de winst aan de vaste inrichting. De toe te rekenen winst dient in overeenstemming te zijn met het arm's length- beginsel<sup>12</sup>, dat opgenomen is in art.7 en art. 9 OESO-MV. De OESO streeft ernaar om een vaste inrichting voor de bepaling van de toe te rekenen winst zoveel mogelijk op gelijke wijze te behandelen

---

<sup>6</sup> Deze dubbele heffing treedt op als eenzelfde vermogensbestanddeel in minstens twee verschillende landen bij dezelfde belastingplichtige in de heffing wordt betrokken.

<sup>7</sup> Zie voor geraadpleegde literatuur onder andere A.C.G.A.C.de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Fiscale Studietoets nr. 39, Achtste herziende druk, Kluwer, Deventer, 2014, pag. 11 en 12.

<sup>8</sup> De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) werd in 1961 opgericht. Deze bestaat thans uit een forum van 34 geïndustrialiseerde lidstaten. De OESO werkt namens en in samenwerking met de overheden van de lidstaten en streeft ernaar om de vrije markt en handel in zowel geïndustrialiseerde als ontwikkelingslanden te bevorderen. <http://oecdwatch.org/oecd-guidelines/oecd>.

<sup>9</sup> Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 17 juli 2008, beschikbaar via <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41031455.pdf>.

<sup>10</sup> . Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 22 juli 2010, beschikbaar via <http://www.oecd.org/dataoecd/23/41/45689524.pdf>.

<sup>11</sup> Zie commentaar op art.7 OESO-MV, paragraaf 4 en 5.

<sup>12</sup> Dit beginsel is in de Nederlandse belastingwet gecodificeerd en opgenomen in art. 8 Wet VpB 1969.

als een dochtervennootschap. De problematiek inzake winsttoerekening aan vaste inrichtingen ontstaat met name door het feit dat een vaste inrichting juridisch niet bestaat. Interne transacties tussen moeder en dochtervennootschap zijn zichtbaar, omdat dochtervennootschappen juridisch erkend worden. Bij interne transacties tussen een vaste inrichting en een hoofdhuis ('dealings'), zal winsttoerekening bij dergelijke transacties zonder een fictie niet mogelijk zijn. Dit probleem wordt enigszins verholpen door de ondernemingsplitsingstheorie als uitgangspunt te erkennen voor de toepassing van art.7 OESO-MV, waardoor de winstsplitsingsmethode niet langer dient te gelden. Dit betekent dat een vaste inrichting als een afzonderlijk (gedeelte van een) onderneming dient te worden beschouwd en de winst bepaald moet worden alsof het een zelfstandige entiteit is. Het gevolg van de toepassing van de ondernemingsplitsingstheorie is dat interne transacties<sup>13</sup> tussen hoofdhuis en vaste inrichting in fiscaal opzicht 'zichtbaar' worden. Deze 'dealings' - die in verschillende soorten kunnen worden onderverdeeld - hebben een grote invloed op de winstallocatie aan een vaste inrichting. Interne rentelasten, interne dienstverlening en interne royalty zijn hiervan een voorbeeld.

De wijze van winsttoerekening aan vaste inrichtingen is van belang voor de belastingheffing van buitenlandse belastingplichtigen en voor de vrijstelling van buitenlandse winsten. De OESO heeft door middel van zijn rapporten en de introductie van een nieuwe art. 7 OESO-MV getracht om meer duidelijkheid te scheppen voor de toepassing ervan. Ook de Staatssecretaris heeft zijn visie gegeven in zijn Besluit van 15 januari 2011(hierna: het Besluit)<sup>14</sup> inzake de wijze waarop winst aan vaste inrichtingen dient te worden toegerekend. Hij geeft daarbij aan dat hij de benaderingen van OESO volgt. Daarnaast heeft de Hoge Raad in de loop der jaren enkele arresten gewezen betreffende de wijze van winsttoerekening. Het is de vraag op of er zo een wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting ontwikkeld kan worden die de algemene beginselen van belastingheffing en de ondernemingsplitsingstheorie eerbiedigt.

De OESO, maar ook het EU-recht, vereist dat dochtervennootschappen en vaste inrichtingen in bepaalde opzichten op dezelfde wijze worden behandeld. Mede gedreven door de uitspraken<sup>15</sup> van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dienen lidstaten in ieder geval de verschillen betreffende de verrekening van bronheffingen tussen een

---

<sup>13</sup>Onder interne transacties wordt in het algemeen transacties tussen een vaste inrichting en andere gedeelten van de onderneming. Dit betreft zowel transacties met het hoofdhuis of met andere vaste inrichtingen.

<sup>14</sup> Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt.2011, 1375, BNB 2011/91.

<sup>15</sup> Zie onder andere HvJ EU 21-09-99, C-307/97; arrest Saint Gobain.

dochtervennootschap en een vaste inrichting op te heffen. Het EU-recht beschermt iedere ingezetene (natuurlijk persoon of rechtspersoon) door verschillen die een discriminatie of belemmering met zich brengen niet toe te staan. Daarom is een vergelijking van de wijze van winsttoerekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting enerzijds en moeder- en dochtervennootschappen anderzijds relevant. Afgevraagd kan worden of er tussen beide regelgevingen verschillen kunnen worden geconstateerd, en zo ja of die gerechtvaardigd zijn.

## **1.2 Probleemstelling en toetsingskader**

Het bovenstaande brengt mij tot de volgende probleemstelling:

***Welke systematiek is een adequate wijze voor de toerekening van winst aan een vaste inrichting en hoe verhoudt zich die systematiek tot de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen?***

Het onderzoek is gericht op het vaststellen van een wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting die adequaat is bij de toepassing van het sinds 2010 geldende art.7 OESO-MV. Onder een adequate systematiek wordt een wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting verstaan, die in overeenstemming is met de context van art.7 OESO-MV en de belangen van de overheid en belastingplichtigen respecteert. De systematiek moet de administratieverplichtingen zoveel mogelijk beperken, aansluiten bij de wijze waarop bedrijven gewoonlijk worden gedreven, een zo hoog mogelijke ‘compliance’ hebben<sup>16</sup>, rechtszekerheid bieden en belastingontwijking of –ontduiking voorkomen.

Daarnaast dient uiteraard dubbele of geen belastingheffing bij grensoverschrijdende handelingen te worden voorkomen en dient de heffing in lijn te zijn met het EU-recht. Het onderzoek is daarnaast mede gericht op het constateren van eventuele verschillen in de wijze van winsttoerekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting enerzijds en winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen anderzijds. Beide investeringsvormen zijn de facto sterk vergelijkbaar en een sterk verschil in fiscale behandeling is daarom niet wenselijk. Doel van het onderzoek is het verifiëren van de mate waarin de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting in lijn is met de fiscaalrechtelijke voorschriften op het gebied van internationaal en Europees belastingrecht, door te onderzoeken of de geconstateerde verschillen gerechtvaardigd zijn.

De volgende deelvragen dienen ertoe het antwoord op de probleemstelling te vinden:

---

<sup>16</sup> Deze drie kenmerken zijn ontleend aan de voordelen van ondernemingsplitsingstheorie die gegeven worden door OESO in zijn commentaar op het nieuwe art. 7 OESO-MV (paragraaf 12).



- Welke criteria zijn van belang voor het constateren van een vaste inrichting?
- Op welke basis/principes worden activa aan een vaste inrichting toegerekend?
- Hoe wordt eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting toegerekend?
- In hoeverre en hoe worden ‘dealings’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting in aanmerking genomen?
- Hoe vindt winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen plaats?
- Zijn er verschillen in de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen (of meer algemeen gelieerde lichamen) en toerekeningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting en zoja zijn die te rechtvaardigen?

De OESO heeft een aantal richtlijnen voor de toepassing van art.7 OESO-MV opgesteld. Deze richtlijnen worden door de OESO- (en vele andere) staten in de regel gevolgd. Formeel is de keuze aan de lidstaten omdat de OESO geen verplichtingen kan opleggen. Nederland volgt in beginsel de OESO- systematiek en heeft haar beleid in dezen vastgelegd in een besluit<sup>17</sup>. Daarnaast is er rechtspraak waar invulling wordt gegeven aan deze problematiek. Beide komen in deze scriptie aan de orde.

Een adequaat systeem van winsttoerekening aan een vaste inrichting beperkt de administratieve kosten, hetzij bij de toepassing, hetzij bij het controleren ervan. Dit vertaalt zich in de mate van eenvoud van de systematiek en de mate waarin onnodige kosten ontstaan voor het bijhouden en uitvoering van de administratie ten behoeve van de controle door de fiscus.

De systematiek biedt rechtszekerheid aan burgers. Dit kenmerk vertaalt zich in de mate van duidelijkheid en kenbaarheid van de regels voor toepassing van art 7 OESO-MV.

Of een systematiek adequaat is, kan ook worden bepaald aan de hand van de mate waarin deze bestendig is in relatie tot het voorkomen van belastingontwijking- of ontduiking. De Belastingdienst heeft er baat bij om dit zoveel mogelijk te beperken, zodoende gemis aan inkomsten voor de schatkist zoveel mogelijk te voorkomen.

Een adequaat systematiek is in overeenstemming met het EU-recht en de jurisprudentie van het HvJ EU. Dit vertaalt zich in de mate waarin verschillen in de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting enerzijds en winsttoerekening aan transacties tussen moeder- en dochtervennootschappen anderzijds gerechtvaardigd zijn.

---

<sup>17</sup> Zie BNB 2011/91 en Notitie Fiscaal Verdragsbeleid van 11 februari 2011.

### **1.3 Opzet**

De opzet van het onderzoek is als volgt.

Hoofdstuk 2 is gericht op het begrip vaste inrichting. Criteria die gedurende de jaren een rol hebben gespeeld bij de vaststelling ervan worden uiteengezet om zodoende vast te kunnen stellen welke criteria tegenwoordig meewegen bij de constatering van een vaste inrichting.

Hoofdstuk 3 staat in het teken van toerekening van activa aan een vaste inrichting. Bekeken wordt of, en onder welke voorwaarden de vermogensbestanddelen aan een vaste inrichting worden toegerekend. In hoofdstuk 4 wordt dit bekeken in het kader van toerekening eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting.

In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de winstallocatie aan een vaste inrichting. Interne transacties ('dealings') zijn daarbij een belangrijk onderdeel. In hoeverre en hoe deze dealings in aanmerking genomen moeten worden, wordt in dit hoofdstuk onderzocht. Bovendien wordt in dit hoofdstuk de verhouding tussen de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting ten opzichte van de wijze van winsttoerekening aan dochtervennootschappen uiteengezet. In hoeverre de te constateren verschillen in internationaal verband gerechtvaardigd zijn, zullen onderzocht worden.

De scriptie wordt afgerond met een conclusie op de onderzoeksvraag en enkele aanbevelingen.

## Hoofdstuk 2

### DE VASTE INRICHTING

#### 2.1 Inleiding

Het bronstaatbeginsel brengt mee dat een bronstaat mag heffen voor zover de resultaten in dat land met behulp van economische faciliteiten zijn ontstaan. Dit beginsel wordt onder andere bij de bepaling van de buitenlandse belastingplicht gehanteerd. Er dient hierbij een economisch verband aanwezig te zijn tussen het object van belasting en het territoir van de bronstaat om het heffingsrecht daadwerkelijk te kunnen effectueren. Het internationale belastingrecht baseert zich daarvoor op een kwalitatieve benadering. Dit betekent dat substantiële economische factoren een rol spelen bij de bepaling van een dergelijk verband. De OESO hanteert in art. 5 OESO-MV eenzelfde benadering bij de invulling van het begrip ‘vaste inrichting’, welk tevens de vaste vertegenwoordiger omvat. Dit begrip is belangrijk voor het winstartikel (art. 7 OESO-MV). Volgens deze wettelijke bepaling heeft de bronstaat namelijk het heffingsrecht over de winst die toe te rekenen is aan een dergelijke vaste inrichting. Dit betekent dat kapitaal importerende landen (waaronder ontwikkelingslanden) eerder hun heffingsrecht willen uitoefenen en juist gebaat zijn bij de aanwezigheid van een vaste inrichting. Daarentegen willen kapitaal exporterende landen zo min mogelijk voorkoming verlenen ter zake van buitenlandse heffingen. Deze hebben daarom baat bij een eng vaste inrichtingsbegrip.<sup>18</sup>

Om daadwerkelijk te kunnen heffen wordt in de Nederlandse belastingwet eenzelfde begrip als in het OESO-MV gehanteerd. Voor de vennootschapsbelasting geldt dat gekeken wordt naar de substance (omvang) van de activiteiten om tot belastingheffing over te gaan. De vaste inrichting, wordt krachtens art. 17, lid 3, onderdeel a Wet VpB 1969, als een Nederlandse bron van inkomen aangemerkt. De nationale wet kent een definitie in art. 2 BvdB 2001. Er wordt op alle fiscale gebieden gestreefd naar een gelijke interpretatie van het vaste inrichtingsbegrip, welk overeenkomt met de interpretatie van het begrip in internationale context.<sup>19</sup>

Naar aanleiding van het bovenstaande is het duidelijk dat het constateren van een vaste inrichting zowel in nationaal als in internationaal perspectief essentieel is. Daarom staat de

---

<sup>18</sup> Zie onder andere M.C. Sturm, Algemene leerstukken vaste inrichting (NDFR), P.G.H. Albert, ‘Vaste inrichting en aftrek ter voorkoming van dubbele belasting’, TFO 2011/97 en G.M.M. Michielse, ‘De vaste inrichting’, NTFR-B 2007/35.

<sup>19</sup> Zie Besluit 16 december 2004, nr. IFZ 2004/828M, NTFR 2004/1808, punt 1.7, 1.9 t/m 1.11 en Besluit 22 december 2011, Stb. 2011, 677, p. 84.

volgende deelvraag in dit hoofdstuk centraal:

*Welke criteria zijn van belang voor het constateren van een vaste inrichting?*

Het begrip in art. 5 OESO-MV zal hiervoor als basis dienen, tezamen met de laatste versie van het commentaar daarop. Bij de beantwoording van de vraag wordt ook gekeken naar de uitleg die gegeven wordt in de jurisprudentie. Bovendien zal de Discussion Draft van de OESO uit 2012<sup>20</sup> met betrekking tot herziening van het vaste inrichtingsbegrip voor zover het van belang is, in de beschouwing worden betrokken.

## **2.2 De fysieke vaste inrichting**

### **2.2.1 Definitie**

Art. 5, lid 1 OESO-MV definieert de fysieke vaste inrichting als volgt:

*‘For the purposes of this Convention, the term ‘permanent establishment’ means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.’*

Volgens deze bepaling dient voor de toepassing van het verdrag – maar in dit geval ook voor de toepassing van de Nederlandse nationale wet<sup>21</sup> – aan een aantal cumulatieve criteria te worden voldaan. Allereerst is vereist dat er een fysieke bedrijfsinrichting aanwezig moet zijn, welke ter beschikking moet staan aan de onderneming van het bedrijf<sup>22</sup>. Daarnaast is vereist dat de bedrijfsinrichting ‘vast’ is. Deze term dient zowel in het licht van een specifieke locatie, als in het licht van duurzaamheid van de ondernemingsactiviteiten te worden beoordeeld. Als laatste is vereist dat de onderneming van het bedrijf door middel van de inrichting wordt uitgeoefend, wat betekent dat de inrichting geschikt moet zijn voor werkzaamheden.

In art 5, lid 2 OESO-MV is een indicatieve lijst met voorbeelden van vaste inrichtingen te vinden. Deze voorbeelden zijn niet vanzelfsprekend een vaste inrichting in de zin van de lid 1, maar dienen elk te worden beoordeeld aan de hand van de bovengenoemde criteria.<sup>23</sup> De plaats van leiding in lid 2, onderdeel a, is hiervan een voorbeeld. De HR bevestigde in zijn arrest van 17 december 1975, nr. 17 776, BNB 1976/33 dat het voorgaande ook van toepassing is in een dergelijk geval. In dit arrest dreven belanghebbende en Y samen een

---

<sup>20</sup> Zie OECD Model Tax Convention: Revised proposals concerning the interpretation and application of article 5 (permanent establishment), 19 October 2012- 31 January 2013. Beschikbaar via <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>, hierna te noemen: Discussion Draft 2012.

<sup>21</sup> Zie M.C. Sturm, Artikelsgewijs commentaar op art. 2 BvdB 2001(NDFR).

<sup>22</sup> In dit geval het hoofdhuis van de vaste inrichting.

<sup>23</sup> Par 12 commentaar op art. 5 OESO-MV. In dit hoofdstuk zal altijd gerefereerd worden naar het commentaar op art. 5 OESO-MV, tenzij anders vermeld wordt.

onderneming. De activiteiten van deze onderneming betroffen het aanwerven van werknemers in Nederland en het uitlenen (ter beschikking stellen) van deze werknemers aan in Duitsland werkzame aannemers. Voor advies en begeleiding betreffende de financiële en sociale zaken werd gebruik gemaakt van een natuurlijk persoon die een briefadres verstrekte aan de onderneming. Belanghebbende was in Duitsland niet onderworpen aan belastingheffing. In geschil was of belanghebbende een vaste inrichting had en zodoende recht had op voorkoming van dubbele belastingheffing. De HR oordeelde dat het bestaan van een vaste inrichting echter niet kan worden ontleend aan het enkele feit dat de bedrijfsuitoefening op het grondgebied van een land worden uitgeoefend en dat dit evenmin het geval is bij de aanwezigheid van een plaats van leiding. Het zijn de feitelijke omstandigheden die moeten uitwijzen dat aan alle criteria wordt voldaan. Deze leidden in casu niet tot een vaste inrichting aldus de HR.

### **2.2.2 Bedrijfsinrichting ter beschikking aan een onderneming**

Een fysieke vaste inrichting vereist de aanwezigheid van een bedrijfsinrichting. Volgens het commentaar op art. 5 OESO-MV<sup>24</sup> dient deze inrichting ruim te worden geïnterpreteerd. Een pand, installaties, maar zelfs een bepaalde faciliteit, zoals een kantoor in een gebouw, kunnen ongeacht hun vorm aangemerkt worden als een bedrijfsinrichting. De aanwezigheid van een dergelijke inrichting wordt aan een additionele voorwaarde gekoppeld. De bedrijfsinrichting moet namelijk voldoen aan een zogenaamde ‘*disposaltest*’, wat betekent dat er een bepaalde faciliteit ter beschikking moet staan aan de onderneming van het hoofdhuis<sup>25</sup>. Het commentaar bij het OESO-modelverdrag vereist geen formeel afdwingbaar recht om gebruik te maken van een bepaalde faciliteit. Het is irrelevant of een ruimte wel of niet op een legale manier in gebruik is. Het slechts aanwezig zijn op een bepaalde plaats brengt daarentegen niet noodzakelijkerwijs met zich dat daadwerkelijk ook van een ter beschikkingstelling sprake is. Het is daarnaast evenmin irrelevant of de inrichting in eigendom is van de onderneming dan wel gehuurd wordt. Beide staan niet aan het constateren van een ter beschikkingstelling in de weg.<sup>26</sup>

De voorbeelden in het commentaar<sup>27</sup> - die dienen ter illustratie van de bovenstaande – tonen aan dat een materiële benadering gehanteerd moet worden bij de beoordeling van de

---

<sup>24</sup> Par. 4 t/m 4.5 commentaar

<sup>25</sup> Deze voorwaarde is sinds 1977 in par. 4 van het commentaar opgenomen en wordt in het huidige commentaar weergegeven met de woorden: ‘it simply has a certain amount of space at its disposal’.

<sup>26</sup> Par 4 t/m 4.2 commentaar

<sup>27</sup> Par 4.2 t/m 4.5 commentaar

‘disposaltest’. Het zijn de feitelijke omstandigheden die in elk concreet geval beslissend zijn voor het bepalen van een eventuele ter beschikkingstelling. Dit brengt mee dat er geen eenduidige definitie gegeven kan worden voor wat daaronder dient te worden verstaan. Mijns inziens kan uit de voorbeelden in ieder geval worden afgeleid dat sprake moet zijn van een mogelijkheid om onbeperkt gebruik te maken van een bepaalde faciliteit ten behoeve van de bedrijfsuitoefening van het hoofdhuis.<sup>28</sup> Verder kan vastgesteld worden dat een bedrijfsinrichting enerzijds de ondernemingsuitoefening kan faciliteren (een ondernemer maakt gebruik van de bedrijfsinrichting), en anderzijds het object van de ondernemingsactiviteit kan zijn (denk aan een schilder die werkt aan een pand<sup>29</sup>).<sup>30</sup> Ook in de jurisprudentie wordt de ‘disposaltest’ materieel ingevuld. Dit bleek onder andere uit het *studeerkamerarrest*<sup>31</sup>. In dit arrest ging het om een ingerichte kamer in de woning van een vaste vertegenwoordiger van een bedrijf, die puur op zichzelf gezien als een fysieke inrichting kon worden aangemerkt. De werkgever had zelf geen fabriek of ander kantoor tot zijn beschikking en had feitelijk gezien een (beperkte) toegang tot de kamer in de woning van zijn vertegenwoordiger. De HR concludeerde dat er geen sprake was van een vaste inrichting, omdat de kamer niet ter beschikking stond aan (de onderneming van) de werkgever.

Ondanks de toelichting in het commentaar en via de jurisprudentie, valt uit Discussion Draft 2012<sup>32</sup> af te leiden dat de woorden ‘ter beschikking aan’ essentieel zijn. Deze woorden zijn ingevoerd om een nadere uitleg te geven aan de term ‘bedrijfsinrichting’. Werkgroep 1<sup>33</sup> kwam na onderzoek tot de conclusie dat het loslaten van de woorden een aantal problemen met zich kan meebrengen, waardoor verduidelijking de voorkeur krijgt.

Bedrijfsvertegenwoordigers<sup>34</sup> hebben hun bezorgdheid uitgelaten inzake het gebrek aan

---

<sup>28</sup> Zie voorbeelden 1 t/m 3 omschreven in par. 4.2 t/m 4.4 commentaar

<sup>29</sup> Zie voorbeeld 4 omschreven in par. 4.5 commentaar

<sup>30</sup> Zie ook H. Pijl, ‘Vaste inrichting en de voorgestelde wijzigingen van het OESO-commentaar’, WFR 2002/1047.

<sup>31</sup> HR 13 maart 1957, nr. 13 096, BNB 1957/144 (*studeerkamerarrest*)

<sup>32</sup> Zie Discussion Draft 2012. Behandeling par. 2, p. 5 t/m 8.

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>.

<sup>33</sup> Werkgroep 1 houdt zich bezig met belastingverdragen en gerelateerde vragen van de OESO inzake belastingen. De werkgroep is opgezet om verschillende kwesties gerelateerd aan de definitie van vaste inrichting die geïdentificeerd werd in eerdere werk van de OESO, zoals de handelsherstructurering ([http://www.oecd.org/document/11/0,3343,en\\_2649\\_37989760\\_38087051\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/11/0,3343,en_2649_37989760_38087051_1_1_1_1,00.html)) en de toepassing van e-commerce van de geldende verdragsregels voor de belastingheffing van ondernemingswinsten (<http://www.oecd.org/dataoecd/58/53/35869032.pdf>).

<sup>34</sup> Verschillende bedrijven en instanties hebben bijgedragen aan de Discussion Draft 2012, door hun mening te uiten met betrekking tot de uitleg van het vaste inrichtingsbegrip. Zie de volgende link voor een lijst met bedoelde bedrijven inclusief hun mening daarover;

<http://www.oecd.org/tax/publiccommentsreceivedonthereviseddiscussiondraftonthedefinitionofpermanentesestablishmentarticle5oftheoecdmodeltaxconvention.htm>.

onduidelijkheid dat heerst. De Business and Industry Advisory Committee<sup>35</sup> is daarnaast bezorgd over de onzekerheid dat dit met zich brengt. Volgens hen dient ten minste een niet-exclusieve lijst met criteria voor de term te worden opgesteld.

Als reactie hierop geeft Werkgroep 1 aan dat er geen abstracte definitie ervan mogelijk is, aangezien de term afhankelijk is van de aard van een bedrijf. Ik sluit me hierbij aan. Elk bedrijf heeft namelijk een andere aard van ondernemingsactiviteiten. Verder geeft Werkgroep 1 aan, het eens zijn over het opstellen van een niet-exclusieve lijst met criteria. Oneindige mogelijkheden zonder enige afbakening en die slechts afhankelijk zijn van feitelijke omstandigheden, kunnen leiden tot situaties waarin niemand vooraf een vaste inrichting kan vaststellen. Van ‘ter beschikking stellen’ is volgens hen sprake als een bedrijf gebruik kan maken van een plaats, in zekere mate en duur van keuze om zijn ondernemingsactiviteiten uit te kunnen oefenen. Ik sluit me bij een dergelijke definitie aan, maar wil een kanttekening plaatsen bij de aanbeveling voor het opnemen van een niet-exclusieve lijst. Mijns inziens zal dit niet per definitie betekenen dat de beoordeling van de term duidelijker wordt. Het is weliswaar een niet- exclusieve lijst, maar het kan ook de onduidelijkheden verergeren. Voor de op te stellen criteria is het tevens de vraag, of voor de meerderheid van de gevallen een lijst opgesteld kan worden. Er moet nog steeds van de feitelijke omstandigheden worden uitgegaan, waardoor elk geval op zich zelf staat. Het kan dus twee kanten op gaan waardoor het te hopen is dat de wijzigingen in paragraaf 4 - die in 2014 te verwachten zijn - daadwerkelijk tot verduidelijking zullen leiden.<sup>36</sup>

### **2.2.3 Vaste plaats**

De constatering van een fysieke vaste inrichting vereist dat de bedrijfsinrichting wordt uitgeoefend vanuit een vaste plaats. Dit betekent dat er een verband aanwezig moet zijn tussen de inrichting en een specifieke locatie/bepaalde geografisch gebied. Een eventueel aanwezig verband dient te worden gezocht rekening houdend met de aard van de onderneming, wat een ruime interpretatie met zich meebrengt. Het is van belang dat de inrichting op een bepaalde plaats blijft staan en niet aard- en nagelvast verbonden behoeft te zijn met de grond.<sup>37</sup> Een

---

<sup>35</sup> De Business and Industry Advisory Committee (hierna BIAC) werd in 1962 opgericht. Het betreft een onafhankelijke internationale handelsassociatie, die zich bezig houdt met het adviseren van beleidsmakers bij de OESO en die gerelateerd is aan verschillende kwesties met betrekking tot globalisatie en de wereldeconomie. <http://oecdwatch.org/oecd-guidelines/biac>

<sup>36</sup> Zie voor een voorstel van wijziging van het commentaar de bijlage van Discussion Draft 2012, p. 44 t/m 46. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>.

<sup>37</sup> Par. 5 commentaar

voorbeeld hiervan is te vinden in het *circustentarrest*<sup>38</sup>. Het arrest betrof een complex van circustenten, die voortdurend op- en afgebouwd werd in verschillende steden in Nederland. De HR achtte het mobiele karakter van de onderneming niet beslissend voor de bepaling van de aanwezigheid van een inrichting op een bepaalde locatie. Uitsluitend van belang was of de onderneming binnen het Rijk (eenzelfde territoir) werd uitgeoefend voor de duur van een bepaalde tijdsperiode<sup>39</sup>. In casu was sprake van een vaste inrichting.

Uit de voorbeelden van het commentaar volgt dat de OESO zich niet verzet tegen de verplaatsbaarheid van de bedrijfsinrichting. Ook volgt dat het commentaar bij het OESO-modelverdrag zich beperkt tot inrichtingen die dicht bijeen liggen, ze moeten namelijk een geografisch en commercieel coherent geheel vormen.<sup>40</sup> Dit is mijns inziens weer afhankelijk van de feitelijke omstandigheden, die in elk situatie anders is. Sturm<sup>41</sup> stelt dat de HR een andere invulling geeft aan de term ‘vast’ in het *circustentarrest*. In vergelijking tot het OESO-commentaar ontdek ik echter geen andere invulling. Ook in dit arrest gaat de HR mijns inziens uit van een geografisch en commercieel coherent geheel. Commercieel behoorde het complex van circustenten tot een geheel, ze waren onderdeel van eenzelfde bedrijf. Geografisch gezien werden de circustenten verplaatst binnen een territoir van eenzelfde land. De HR beperkt zich in tegenstelling tot het OESO-commentaar niet tot inrichtingen die dicht bijeen liggen. Dit is anders, maar is gelet op de aard van het bedrijf (circus) een logische uitbreiding van de interpretatie van een geografisch geheel. Aan de term ‘vast’ wordt hiermee geen andere invulling gegeven.

In het *Engelse viskotterarrest*<sup>42</sup> ziet Sturm<sup>43</sup> eveneens een andere invulling van de term ‘vast’ door de HR. Hierbij kan ik me meer aansluiten. Het arrest betrof een Nederlandse inwoner die deelvisser was van een viskotter die viste onder de Britse vlag. Men viste in de buitenwateren van de Verenigde Koninkrijk en verder was er slechts sprake van administratieve werkzaamheden in het land zelf. De HR concludeerde uit deze feiten dat het schip geen duurzame band had met het Britse territoir en vormt daarom geen vaste inrichting voor belanghebbende.<sup>44</sup> De viskotter viste in buitenwateren die volgens de HR niet als Britse territoir beschouwd kunnen worden en de werkzaamheden in het VK zijn van administratieve

---

<sup>38</sup> HR 13 oktober 1954, nr. 11 908, BNB 1954/336. (circustentarrest)

<sup>39</sup> Dit duurzaamheidsaspect komt in de volgende onderdeel aan de orde.

<sup>40</sup> Par. 5.1 t/m 5.5 commentaar.

<sup>41</sup> Zie M.C. Sturm, Artikelsgewijscommentaar op art. 5 OESO-MV (NDFR).

<sup>42</sup> HR 20 december 2000, nr. 35 769, BNB 2001/87 (Engelse viskotterarrest) gehecht aan uitspraak van Hof Arnhem 18 november 1999, nr. 96/0752.

<sup>43</sup> Zie M.C. Sturm, Artikelsgewijscommentaar op art. 5 OESO-MV (NDFR).

<sup>44</sup> Zie r.o. 3.5 van het onderhavig arrest.



aard. De HR oordeelt tevens dat het varen onder een Britse vlag een verband met het Britse territoir niet bevestigt voor de inkomstenbelasting. Hierdoor lijkt hij de HR een andere invulling te geven aan de term ‘vast’, door een verband te zoeken in het licht van de desbetreffende heffingssoort, namelijk de inkomstenbelasting.

#### **2.2.4 Duurzaamheid van de ondernemingsactiviteiten**

De term ‘vast’ heeft niet alleen betrekking op een vaste locatie. Het houdt tevens in dat er een bepaalde graad van duurzaamheid aanwezig moet zijn ten aanzien van de ondernemingsactiviteiten, wat betekent dat werkzaamheden van tijdelijke aard uitgesloten zijn.<sup>45</sup> Het *kunstogen- of hotelkamerarrest*<sup>46</sup> dient hierbij als voorbeeld. Het arrest betrof de verkoop van kunstogen in Nederland door vennoten van een firma die inwoners waren van Duitsland. Zij huurden voor de uitoefening van hun werkzaamheden verschillende vertrekken, die varieerden van een hotelkamer tot een kliniek. In zijn uitspraak geeft de HR uitleg van het begrip vaste inrichting, welk volgens hem het karakter van een duurzame bedrijfsinrichting moet hebben. De HR kwam tot de conclusie dat het duurzaamheidsaspect in dit geval ontbrak. Dit vanwege de reden dat de huur van de verschillende locaties van tijdelijke duur (22 dagen) was en de vennoten geen intentie hadden om zich in Nederland voor een duurzame periode te vestigen en bedrijf uit te oefenen door middel van een inrichting.

Uit bovenstaande en onder andere het *werkschiparrest*<sup>47</sup> valt af te leiden dat voor de term ‘duurzaamheid’ de feitelijke tijdsduur van de activiteiten beslissend is. Deze dienen een bepaalde tijdsduur te hebben. In dit arrest ging het om een werkschip dat in de buitenwateren van Nederland voer voor een periode van 22 dagen. Deze was ingericht voor werkzaamheden en had voorzieningen met personeel aan boord. De HR – die het eens was met de uitspraak van het Hof- gaf aan dat het hier gaat om een werkschip dat zelfstandig is en als een vaste inrichting aangemerkt kan worden indien het duurzaam geëxploiteerd wordt. Een termijn van 22 dagen werd echter door de HR als beperkte duur beschouwd. Aan het schip kon daarom niet het karakter van een duurzame vaste inrichting worden toegekend.

Het commentaar(par. 6 t/m 6.3) omvat echter een tweetrapstest<sup>48</sup>. Indien de activiteiten een vereiste tijdsduur niet overschrijden, zijn er namelijk twee aspecten waarmee rekening moet worden gehouden. Het eerste aspect betreft de aard van het bedrijf. Dit kan betekenen dat de

---

<sup>45</sup> Par. 6 commentaar

<sup>46</sup> HR 15 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277 (kunstogen of hotelkamerarrest).

<sup>47</sup> HR 22 januari 1975, nr. 17 537, LJN AX 4062, BNB 1975/66 (werkschiparrest).

<sup>48</sup> Zie in dezelfde zin ook Pijl, WFR 2002/1047.

activiteiten van korte duur kunnen zijn, maar dat dit normaal is in het kader van een bepaald bedrijf. Het tweede aspect betreft de bedoeling van de ondernemer. In geval er bijzondere omstandigheden optreden, zoals het overlijden of faillissement van de belastingplichtige, kan afgevraagd worden of het zijn bedoeling is geweest om zijn onderneming duurzaam te exploiteren. Dit laatste is namelijk van belang voor de vraag of het een vaste inrichting kan creëren.<sup>49</sup> Indien de bedoeling aanwezig was, kan toch van een duurzame vaste inrichting worden uitgegaan.<sup>50</sup> De bedoeling van een ondernemer speelt echter geen rol in het omgekeerde geval. Een ondernemer kan tijdelijk de bedoeling hebben om zijn bedrijf in een ander land te exploiteren. Als de exploitatie daadwerkelijk langer duurt dan verwacht, kan niet meer van tijdelijke werkzaamheden gesproken worden. Er ontstaat dan alsnog een vaste inrichting, en wel met terugwerkende kracht.<sup>51</sup>

De bepaling of een bepaalde termijn aan het duurzaamheidsvereiste voldoet is niet makkelijk. De OESO geeft aan dat de praktijk een minimale (zachte) grens hanteert van zes maanden. Hierover bestaan echter geen eenduidige afspraken tussen landen. In de jurisprudentie is dit meerdere malen een punt van geschil geweest. Enkele dagen was onvoldoende, bleek uit het kunstogen- of hotelkamerarrest (BNB 1955/277). Maar ook drie maanden bleek onvoldoende te zijn volgens het boorplatformarrest<sup>52</sup>. De HR leek pas een tijdstermijn van vijf maanden voldoende te vinden, bleek uit het circustentarrest (BNB 1954/336). Uit de Discussion Draft uit 2012<sup>53</sup> blijkt echter dat er nog steeds onzekerheden zijn met betrekking tot de vereiste tijdsperiode. Het probleem zit volgens de BIAC in het gebrek aan enige regels of richtlijnen voor de bepaling ervan en pleit voor het hanteren van een harde grens voor de bedoelde tijdsperiode. Echter, aangezien rekening gehouden moet worden met bijvoorbeeld de aard van het bedrijf, kan mijns inziens geen specifieke richtlijn worden ontworpen die dit probleem zou oplossen. Aan de ene kant geeft het hanteren van een harde grens weliswaar meer rechtszekerheid in de vorm van een specifieke hoeveelheid tijd. Aan de andere kant kan aan doel en strekking van het commentaar voorbij gegaan. Door een 'lage' harde grens te hanteren wordt de groep van vaste inrichtingen aanzienlijk vergroot, omdat al snel veel ondernemingsactiviteiten onder de toepassing van art. 5 OESO- MV zouden vallen. Dit brengt

---

<sup>49</sup> M.C. Sturm, Artikelsgewijscommentaar op art 5. OESO-MV (NDFR)

<sup>50</sup> Dat een vaste inrichting ook aanwezig is als de werkzaamheden daadwerkelijk korter duren door een versnelling in de gewone gang van zaken, blijkt uit HR 11 maart 1970, nr. 16 290, BNB 1970/89(ketenkamparrest), r.o. 25.

<sup>51</sup> Zie in deze zin HR 7 maart 1956, nr. 12 661, LNJ AY2018, BNB 1956/123.

<sup>52</sup> Hof 's Gravenhage 10 September 1990, nr. 4287/87, BNB 1992/51.

<sup>53</sup> Zie Discussion Draft 2012. Behandeling paragraaf 6.

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>

op zich geen strijdigheid mee. Echter, door het hanteren van een ‘hoge’ harde grens, kan dit ertoe leiden dat er juist vaste inrichtingen buiten de toepassing blijven. De aard van het bedrijf brengt mee dat de activiteiten van korte duur zijn, maar door een ‘hoge’ harde grens niet als vaste inrichting aangemerkt kunnen worden. Dit kan mijns inziens niet de bedoeling zijn van art. 5 juncto art. 7 OESO-MV. Deze bepalingen willen namelijk bereiken dat uiteindelijk ook de bronstaat heffingsrecht over de resultaten van een dergelijke vaste inrichting heeft en dat er dus een evenwichtige heffingsbevoegdheid bestaat tussen landen. In het licht daarvan blijft Werkgroep 1 terecht de aard van de activiteiten koppelen aan het tijdsaspect, zodat het er op lijkt dat de harde grens voorlopig van tafel is.<sup>54</sup>

De bedoelde tijdsperiode start in elk geval aan het begin van de werkzaamheden in het desbetreffende land, wanneer de vaste inrichting ontstaat. De periode eindigt wanneer de vaste inrichting als het ware vertrekt uit de bronstaat en al de werkzaamheden zijn afgerond. Tijdelijke onderbrekingen behoeven niet te betekenen dat de vaste inrichting ophoudt te bestaan. Deze doen bovendien niet aan het totale gebruik ervan af.<sup>55</sup>

### **2.2.5 Geschikt voor werkzaamheden**

Het laatste vereiste voor de fysieke vaste inrichting betreft de eis dat een onderneming gedeeltelijk of in zijn geheel wordt uitgeoefend door middel van een vaste bedrijfsinrichting. Deze inrichting dient geschikt te zijn voor werkzaamheden. Daarvoor is het beslissend of er een verband bestaat tussen de werkzaamheden en de bedrijfsinrichting. Er moet aan een zogenaamde ‘business connection’ test worden voldaan.<sup>56</sup> Een hotelkamer in de zin van het *kunstogen of hotelkamerarrest* (BNB 1955/277) werd door de HR niet als geschikt beschouwd. Mijns inziens is de uitspraak van de HR in deze zaak nog steeds geldig en niet achterhaald zoals Albert<sup>57</sup> stelt. Ik sluit me aan bij zijn visie dat het geschikt zijn niet betekent dat de inrichting op enige wijze ingericht moet zijn. Dit is juist, gezien het feit dat de HR daaraan geen waarde hecht. Dit argument kan er echter niet toe leiden dat het arrest als achterhaald moet worden beschouwd. Het was ten eerste het duurzaamheidsaspect en ten tweede het verband met de werkzaamheden die in dit geval niet aanwezig waren.

---

<sup>54</sup> Zie de behandeling van par. 6 in de Discussion Draft 2012 en de aanbevelingen voor de nieuwe paragraaf 6 commentaar. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>

<sup>55</sup> Par. 6.1 juncto par. 11 en 19 commentaar.

<sup>56</sup> Zie Albert, TFO 2011/97

<sup>57</sup> Zie Albert, TFO 2011/97

Aan een inrichting wordt niet meer<sup>58</sup> de eis gesteld dat het een productief karakter heeft. In het licht van een goedlopend bedrijf moet vanzelfsprekend worden aangenomen dat een inrichting een dergelijk karakter heeft.<sup>59</sup> Bedacht zou kunnen worden dat het slechts verhuren of leasen van bedrijfsmiddelen dan een vaste inrichting vormt. Dit is echter niet het geval. Pas als de ondernemingsactiviteiten van de verhuurder of de lessor meer omvatten dan slechts het verhuur of leasing kan daarvan worden uitgegaan. Het personeel zal in een dergelijk geval bijvoorbeeld moeten deelnemen in het nemen van beslissingen inzake de aanwending van bedrijfsmiddelen. Hun verantwoordelijkheden daartegenover omvatten niet alleen het toezicht houden.<sup>60</sup>

In beginsel worden ook geen eisen gesteld aan de soort werkzaamheden. Wel dient er geen sprake te zijn van voorbereidende en/of hulpwerkzaamheden. Een lijst met voorbeelden is opgenomen in art. 5, lid 4 OESO-MV. Dit geldt voor alle soorten vaste inrichtingen. Het doel ervan is om de internationale handel te stimuleren<sup>61</sup> en administratieve moeilijkheden te voorkomen. Voor het laatste geldt dat de winsttoerekening bij dergelijke vaste inrichtingen anders te ingewikkeld zou worden.<sup>62</sup> Om te bepalen of een activiteit als voorbereidende- of hulpwerkzaamheid beschouwd moet worden, dient de doelstelling van het bedrijf in beschouwing te worden genomen. Dit dient in het kader van de onderneming en dus aan de feitelijke omstandigheden te worden beoordeeld.<sup>63</sup> Beslissend is of de ondernemingsactiviteiten een essentieel en significant onderdeel zijn van een bedrijf. Indien de doelstelling van een vaste inrichting overeenkomt met de doelstelling van de onderneming als geheel, is er geen sprake van werkzaamheden als bedoeld in lid 4.<sup>64</sup>

### **2.3 De temporele vaste inrichting<sup>65</sup>**

De wettelijke bepaling inzake de temporele vaste inrichting staat vermeld in art.5, lid 3 OESO-MV. Bij deze soort vaste inrichting gaat het meestal om bouw-, constructie- of installatiewerkzaamheden, welk volgens het commentaar ruim opgevat dient te worden. Het betreft activiteiten van tijdelijke aard, waardoor een fictie nodig is om een vaste inrichting in die zin te constateren. De bepaling stelt daarom slechts één eis aan de

---

<sup>58</sup> In oudere versies van het commentaar werd dit wel vereist.

<sup>59</sup> Par. 3 en 7 commentaar.

<sup>60</sup> Par. 8 commentaar.

<sup>61</sup> Par. 21 commentaar.

<sup>62</sup> Par. 23 commentaar.

<sup>63</sup> Zie in deze zin Hof Amsterdam 4 november 1998, nr. 97/21343 FuTD 1999-125.

<sup>64</sup> Par. 24 commentaar.

<sup>65</sup> Ook bekend als fictieve vaste inrichting of uitvoering van werken in de literatuur.

ondernemingsactiviteiten. In beginsel wordt vereist dat de duur van de werkzaamheden minimaal een termijn van twaalf maanden overschrijdt. In veel verdragen wordt regelmatig ook een termijn van zes maanden gehanteerd. De waargenomen criteria voor de fysieke inrichting spelen daardoor geen rol.<sup>66</sup> Dat het enige toetsingscriterium de tijdsduur is bleek onder andere uit het *lassersarrest*<sup>67</sup>. In zijn uitspraak legt de HR uitvoering van werken uit als een opdracht tot het maken van een bepaald werk, waarvan de duur langer is dan twaalf maanden. Dit was i.c. niet het geval zodat geen sprake was van een vaste inrichting. Ook kon er geen vaste inrichting geconstateerd worden door de afwezigheid van een fysieke inrichting. De eis zorgt ervoor dat een eventuele discussie over het feit dat een activiteit van tijdelijke aard geen vaste inrichting kan vormen, hierdoor vermeden wordt.<sup>68</sup> In zijn bilaterale verdragen hanteert Nederland eenzelfde tijdsduur als in het OESO-MV. Wel zijn er uitzonderingen te vinden indien de verdragspartner een ontwikkelingsland is. De eis is in die bilaterale verdragen verkort tot een tijdsduur van minimaal drie, zes of negen maanden. Te denken valt aan het belastingverdrag met Ethiopië<sup>69</sup>, waarin een termijn van zes maanden afgesproken is.

De OESO geeft toe dat de termijn ruimte biedt voor misbruik, maar dit verschilt niet significant van de mogelijkheid bij andere bepalingen waarbij een termijn wordt vereist. Landen mogen in elk geval maatregelen daartoe te treffen.<sup>70</sup>

In beginsel dient de tijdsduur voor elk individueel project te worden bepaald, welk vervolgens onderworpen moet worden aan de twaalf maanden-eis.<sup>71</sup> Er zijn twee gevallen waarin het commentaar aangeeft dat de tijdsduur van projecten soms bij elkaar opgeteld moeten worden. Ten eerste is dit het geval wanneer werkzaamheden onder verschillende contracten worden uitgevoerd, maar tegelijk in samenhang gezien een commercieel en geografisch geheel vormen.<sup>72</sup> Ten tweede is dit het geval wanneer werkzaamheden niet op een specifieke plek worden uitgevoerd, bijvoorbeeld bij het aanleggen van pijpleidingen. Deze activiteiten dienen als een enkel project te worden aangemerkt.<sup>73</sup> Dit kwam onder ander in het *ketenkamparrest*<sup>74</sup> aan de orde. In dit arrest was er sprake van een vof die in 1964 werd opgericht voor het

---

<sup>66</sup> Par. 16 en 17 commentaar

<sup>67</sup> HR 4 februari 1970, nr. 16 305, BNB 1970/71 (*lassersarrest*)

<sup>68</sup> Zie M.C. Sturm, Algemene leerstukken: vaste inrichting (NDFR).

<sup>69</sup> Dit verdrag werd gesloten op 10 augustus 2012

<sup>70</sup> Par. 19 commentaar.

<sup>71</sup> Hiervoor geldt dezelfde systematiek die bij de fysieke vaste inrichting uiteen is gezet, zie hiervoor par.2.2.4 van dit hoofdstuk.

<sup>72</sup> Par. 18 commentaar

<sup>73</sup> Par. 20 commentaar

<sup>74</sup> HR 11 maart 1970, nr. 16 290, BNB 1970/89 (*ketenkamparrest*).

aanleggen van aardgasleidingen. Belanghebbende, een rechtspersoon in Frankrijk, was samen met een aantal Nederlandse NV's vennoten van deze firma. Deze werd in 1966 ontbonden, maar in de plaats daarvan werd een NV opgericht met dezelfde doeleinden. Voor de werkzaamheden beschikte de onderneming over een ketenkamp in Nederland, waar de feitelijke leiding zich bevond en de administratie werd bijgehouden. De HR gaf aan dat de werkzaamheden i.c. het aanleggen van de aardgasleidingen niet langer dan drie jaar hebben geduurd. Deze tijdsduur bracht mee dat niet voldaan werd aan de eis voor de uitvoering van werken in de zin van het belastingverdrag tussen Nederland en Frankrijk<sup>75</sup>. Het project had daarentegen wel een duurzame bestemming voor de gehele duur van de werkzaamheden en werd zodoende als vaste inrichting aangemerkt.

Afgevraagd kan worden of uitvoering van werken onder de reikwijdte van de vennootschapsbelasting valt. Meer specifiek onder de wettelijke bepaling inzake buitenlandse belastingplicht, art.17, lid 3 onderdeel a Wet VpB 1969. Het wordt namelijk niet in de wettekst vermeld. Een antwoord op deze vraag is (nog) niet in de jurisprudentie te vinden. Sturm<sup>76</sup> en Wolfs<sup>77</sup> zien in het *ketenkamparrest* (BNB 1970/89) een indicatie dat het wel daaronder zou vallen. Het vorige was niet het geschilpunt geweest in dit arrest, maar de HR geeft mijns inziens ook geen indicatie dat uitvoering van werken niet onder de reikwijdte van de vennootschapsbelasting zou vallen. Zolang de mogelijkheid niet expliciet uitgesloten is, blijft de optie naar mijn mening openstaan. Van Raad<sup>78</sup> die zijn twijfels heeft over aangehaald arrest, bepleit daarentegen iets anders. Volgens hem zou in dergelijke gevallen toetsing moeten plaatsvinden op grond van de criteria voor de fysieke vaste inrichting. In het licht van de huidige wettekst heeft Van Raad deels gelijk. De temporele vaste inrichting wordt niet expliciet in de wettekst genoemd. De uitbreiding van het begrip 'Nederlandse onderneming' betreft daarentegen werkzaamheden buitengaats in de heffing, dit indien een termijn van dertig dagen wordt overschreden.<sup>79</sup> Het Continentaal Plat behoort sinds 1990 tot een aantal belastinggebieden, waaronder de winstbelastingen<sup>80</sup> Het gaat om een specifieke bepaling die meestal kuststaten aangaat en is daarom niet te vinden in het OESO-MV.<sup>81</sup> Mijns inziens is dit

---

<sup>75</sup> Verdrag van 30 december 1949.

<sup>76</sup> Zie M.C. Sturm, Artikelsgewijscommentaar op art 2 BvdB 2001(NDFR).

<sup>77</sup> Zie J.M.F. Wolfs, Artikelsgewijscommentaar op art. 17 Wet VpB 1969 (NDFR).

<sup>78</sup> Zie C. van Raad, 'Incoherentie, in de internationale dimensies van de inkomstenbelasting', WFR 1992/1352 en noot 4.4.1 bij HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267.

<sup>79</sup> Art. 17a, onderdeel e Wet VpB 1969.

<sup>80</sup> Wet van 13 December 1989, Stb. 554.

<sup>81</sup> Zie voor een nadere omschrijving van dit fenomeen L.N.J. van der Loo, 'Nadere omschrijving van het begrip vaste inrichting', WFR 1990/551.

al een indicatie dat de temporele vaste inrichting en met name uitvoering van werken onder de vennootschapsbelasting vallen. Er is bovendien ook een aanwijzing te vinden in art. 2 BvdB 2001. In deze bepaling wordt uitvoering van werken expliciet genoemd. In die zin lijkt het mij haast onmogelijk dat de wetgever met een begrip ter zake van verlenen van voorkoming een verschillende inhoud heeft beoogd in vergelijking tot een begrip ter zake de buitenlandse belastingplicht. Dit zou anders leiden tot inconsistentie en rechtsonzekerheid in het belastingsysteem.

## **2.4 De vaste vertegenwoordiger**

### **2.4.1 De wettelijke bepaling**

De vaste vertegenwoordiger wordt in art. 5, lid 5 juncto 6, OESO-MV behandeld. Deze bepaling omvat een alternatieve test voor het geval er geen fysieke vaste inrichting geconstateerd kan worden. De vertegenwoordiger is meestal een natuurlijk persoon, waardoor het mogelijk is dat de aanwezigheid van een vaste bedrijfsinrichting ontbreekt.<sup>82</sup> Aan de vaste vertegenwoordiger wordt een aantal cumulatieve voorwaarden gesteld, welk bij aanwezigheid toch kan leiden tot een vaste inrichting. De bepaling houdt in dat de persoon:

- niet onafhankelijk is, maar handelt voor rekening en risico van de belastingplichtige, en
- over een machtiging beschikt om overeenkomsten af te sluiten op naam van het bedrijf, die hij gewoonlijk moet gebruiken.

De wet spreekt over een persoon<sup>83</sup>, wat betekent dat zowel een natuurlijk persoon als een bedrijf onder de reikwijdte van het artikel kan vallen. Dit brengt tevens met zich dat de woonplaats van een dergelijk persoon bij de beoordeling van de voorwaarden geen rol speelt.<sup>84</sup>

Ook in de Nederlandse belastingwet wordt de vaste vertegenwoordiger, bij het voldoen van bepaalde criteria, als een vaste inrichting aangemerkt. Deze komen inhoudelijk overeen met bovengenoemde voorwaarden. Uit de jurisprudentie blijkt dat de HR bij de interpretatie ervan veel waarde hecht aan de uitleg van het begrip in internationale context.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Par. 35 commentaar.

<sup>83</sup> Gemakshalve zal ik dit hierna als vertegenwoordiger aanduiden.

<sup>84</sup> Zie art. 3, lid 1, onderdeel a, OESO-MV en par. 32 commentaar.

<sup>85</sup> Zie M.C. Sturm, Algemene leerstukken: vaste inrichting (NDFR) en HR 15 juni 1988, nr. 24 881, BNB 1988/258 (cargadoorsarrest) en HR 28 juni 1995, nr. 29 435, BNB 1996/108. Deze arresten komen later uitgebreider aan bod.

## 2.4.2 Vertegenwoordiger die niet onafhankelijk is

Als belangrijkste wordt vereist dat de vertegenwoordiger afhankelijk is van zijn opdrachtgever. Er mag niet van onafhankelijkheid sprake zijn in de zin van art. 5, lid 6 OESO-MV. Dit is het geval waarin de vertegenwoordiger zowel juridisch als economisch onafhankelijk is van een onderneming en tevens in de normale uitoefening van zijn eigen bedrijf handelt. Het laatste betekent dat de vertegenwoordiger niet voor rekening en risico van de onderneming van het bedrijf handelt.<sup>86</sup>

Het commentaar geeft verschillende factoren aan die ter indicatie kunnen dienen voor de beoordeling van onafhankelijkheid. In het algemeen is de mate van verantwoordelijkheid die de vertegenwoordiger heeft tegenover het bedrijf van belang. Als maatstaf voor juridische onafhankelijkheid geldt onder andere de onderworpenheid van commerciële activiteiten aan gedetailleerde instructies of controles door de opdrachtgever. Als maatstaf voor economische onafhankelijkheid geldt de mate waarin de vertegenwoordiger ondernemingsrisico loopt. Ook het aantal opdrachtgevers kan indicatief zijn. Indien er slechts sprake is van een langdurige werkrelatie met één opdrachtgever zou er veelal geen sprake zijn van onafhankelijkheid. Dit is echter per definitie niet beslissend, want daarvoor dienen alle feiten en omstandigheden meegenomen te worden in de beslissing.<sup>87</sup>

Een vertegenwoordiger moet voor rekening en risico van het bedrijf handelen, wat inhoudt dat hij buiten zijn normale bedrijfsuitoefening moet optreden. In het algemeen worden geen eisen gesteld aan de soort activiteiten van de vertegenwoordiger. Er dient echter geen sprake te zijn van uitgezonderde werkzaamheden zoals bedoeld in art. 5, lid 4 OESO-MV. Ook een makelaar of een commissionair vormt in beginsel geen vaste vertegenwoordiger. Beide handelen namelijk in het belang van hun eigen onderneming.<sup>88</sup> Dit kan anders zijn als de werkzaamheden economisch gezien tot de sfeer van de onderneming van de opdrachtgever behoren. Het commentaar lijkt dit in zijn voorbeeld door de woorden ‘*in respect of this particular activity*’, te beoordelen aan de hand van de feiten.<sup>89</sup> Net als Sturm<sup>90</sup>, leid ik een ander beoordelingscriterium af uit *HR 13 maart 1971, nr. 16 445, BNB 1971/43*. In die zaak hebben belanghebbende en een makelaar in assurantiën een overeenkomst gesloten voor de verkoop van luchtreisverzekeringen. De makelaar had hiervoor een machtiging gekregen, hij

---

<sup>86</sup> Par. 37 commentaar.

<sup>87</sup> Par 38 en 38.6 commentaar. Voor overige indicatieve factoren verwijs ik naar par. 38.3 t/m 38.5.

<sup>88</sup> Par 33 en 36 commentaar

<sup>89</sup> Par 38.7 commentaar

<sup>90</sup> M.C. Sturm, Artikelsgewijscommentaar op art. 5 OESO-MV(NDFR)



maakte er gewoonlijk gebruik van, maar onderhandelde niet met de klanten. De HR gaf aan dat het Hof terecht op feitelijke gronden heeft besloten dat van een algemene machtiging sprake was, ondanks het feit dat er niet uitdrukkelijk een machtiging werd afgegeven. De makelaar onderhandelde weliswaar niet, maar diende instructies te volgen en de contracten namens belanghebbende te ondertekenen. Naar mijn mening acht de HR de werkelijke activiteiten niet relevant voor de beoordeling van buiten de normale bedrijfsuitoefening. De HR verwijst de zaak niet terug naar de feitenrechter, maar lijkt dit te beslissen aan de hand van wat gebruikelijk is in de beroepsgroep van de makelaar. Het optreden als gevolmachtigde agent van een verzekeringsmaatschappij behoort volgens hem niet tot de normale bedrijfsuitoefening van een makelaar in assurantiën. Als gevolg hiervan was er geen vaste vertegenwoordiger aanwezig. Dit arrest kan tevens als een uitzonderingsgeval worden beschouwd op de hoofdregel dat een makelaar of commissionair geen vaste vertegenwoordigers kunnen zijn.

De relatie tussen een afhankelijke (art. 5, lid 5 OESO-MV) en een onafhankelijke vertegenwoordiger (art. 5, lid 6 OESO-MV) is nog niet altijd duidelijk. Ik deel de mening van Pijl<sup>91</sup> dat lid 6 geïntegreerd is in lid 5 en daarmee één geheel vormt. Het is geen uitzondering daarop of moet niet als twee onafhankelijke bepalingen gezien worden. Uit de wet en het commentaar kan afgeleid worden dat wanneer sprake is van een onafhankelijke vertegenwoordiger in de zin van lid 6, geen vaste vertegenwoordiger meer op grond van lid 5 geconstateerd kan worden. Het vorige kan ook uit de volgende twee arresten worden afgeleid. De HR leek in het *cargadoorsarrest*<sup>92</sup> de mogelijkheid te geven dat een vertegenwoordiger voor een deel als afhankelijk en voor een deel als onafhankelijk ten aanzien van eenzelfde onderneming kon worden beschouwd. Belanghebbende was in dit arrest een in Singapore gevestigde exploitant van schepen in het internationale verkeer. Deze sloot een overeenkomst met een hier te lande gevestigde BV ter vertegenwoordiging bij het aantrekken van lading, het in- en uitklaren van goederen, alsmede het verlenen van administratieve werkzaamheden. In geschil was of belanghebbende een vaste vertegenwoordiger had voor de heffing van vennootschapsbelasting. De HR gaf aan dat onafhankelijkheid en afhankelijkheid niet ten aanzien van dezelfde werkzaamheden geconstateerd kan worden. Deze sluiten elkaar namelijk uit. De mogelijkheid dat een vertegenwoordiger ten aanzien van verschillende activiteiten

---

<sup>91</sup> Zie H. Pijl, 'De commissionair, de agent, de Discussion Draft en de rechter.', WFR 2012/1548. Zie voor de behandeling van deze kwestie in perspectief van het civiel recht o.a. J.F. Avery Jones & D.A. Ward, 'Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention', European Taxation mei 1993, p. 154-181.

<sup>92</sup> HR 15 juni 1988, nr. 24 881, BNB 1988/258 (cargadoorsarrest)

binnen een onderneming deels als afhankelijk en deels als onafhankelijk vertegenwoordiger kan optreden, werd niet expliciet door de HR uitgesloten. Desondanks werd geen vaste vertegenwoordiger aanwezig geacht.<sup>93</sup>

Een vervolg op deze problematiek kwam aan de orde in *HR 28 juni 1995, nr. 29 435, BNB 1996/108*. In dit arrest oefende belanghebbende, die gevestigd was in het Verenigd Koninkrijk, een schadebedrijf uit. Ter vertegenwoordiging in Nederland, werd C BV als gevolmachtigde agent aangemerkt. Deze trad als zodanig voor in totaal 58 verzekeringsmaatschappijen op. In geschil was of belanghebbende hier te lande een vaste inrichting, dan wel een vaste vertegenwoordiger had voor de vennootschapsbelasting. De inspecteur, die tevergeefs de interpretatie in het cargadoorsarrest probeerde op te rekken, concludeerde tot aanwezigheid van een vaste vertegenwoordiger. De HR gaf echter aan dat het verdrag geen grond bood dat een ondernemer als vertegenwoordiger als deels afhankelijk en deels onafhankelijk kan optreden voor eenzelfde opdrachtgever. Het hof had naar zijn mening een juiste opvatting gegeven voor het feit dat C BV optrad als onafhankelijke agent, maar in zijn normale bedrijfsuitoefening handelde. In casu kon geen sprake zijn van een vaste vertegenwoordiger.<sup>94</sup>

### **2.4.3 Machtiging**

Een vertegenwoordiger dient over een volmacht te beschikken om overeenkomsten namens het bedrijf af te sluiten. Hierbij dient het niet te gaan om een incidentele onderhandeling. De volmacht dient namelijk herhaaldelijk te worden gebruikt.<sup>95</sup>

Voor het bepalen van de aanwezigheid van een machtiging wordt niet vereist dat overeenkomsten letterlijk in naam van het bedrijf afgesloten worden. Het is van belang dat er voldoende macht aanwezig is bij de onderhandelingen om het bedrijf te binden. Dit is het geval indien de vertegenwoordiger gemachtigd is om alle elementen en details in een bindende overeenkomst op te nemen. Hierbij kan het gebrek aan actieve bemoeienis van het bedrijf als indicatieve factor dienen.<sup>96</sup> De gedachte dat een vertegenwoordiger de onderneming moet binden, kwam in *HR 17 mei 1961, nr. 14 458, BNB 1961/196* aan de orde. In deze zaak had belanghebbende gebruik gemaakt van diensten van A & Co, welk door

---

<sup>93</sup> Zie r.o. van het onderhavig arrest en in deze zin ook J.M.F.Wolfs, *Artikelsgewijscommentaar* op art. 17 Wet VpB 1969 (NDFR).

<sup>94</sup> Zie met name r.o. 3.3 en 3.5 van aangehaald arrest en J.M.F.Wolfs, *Artikelsgewijscommentaar* op art. 17 Wet VpB 1969(NDFR) voor de behandeling van dit problematiek.

<sup>95</sup> Par 32 commentaar

<sup>96</sup> Par 32.1 en 33 commentaar

middel van een overeenkomst de vertegenwoordiger voor het bedrijf was geworden. In geschil was de eventuele aanwezigheid van een vaste vertegenwoordiger. De HR casseerde de uitspraak van het hof en kwam tot de conclusie dat dit het geval was. Het hof had volgens hem terecht een algemene machtiging geconstateerd. Daaraan deed niet af dat de machtiging slechts ten aanzien van bepaalde werkzaamheden werd afgegeven en/of er een bijzondere machtiging aanwezig was. Van belang was dat belanghebbende in casu door zijn vertegenwoordiger bij het afsluiten van contracten, gebonden werd. Dit zou volgens de HR anders zijn als belanghebbende uiteindelijk geen intensieve economische activiteit te lande zou hebben. Het arrest geeft aan dat er geen formeel civiel-juridische volmacht voor de machtiging vereist wordt. Mijns inziens koos de HR terecht voor een materiele benadering, het deed er niet aan af dat er een bijzondere machtiging is afgegeven. Het zijn de feitelijke gedragingen die voldoende zijn voor het constateren van een machtiging.<sup>97</sup> Art. 5, lid 5 OESO-MV is immers bedoeld om een vertegenwoordiger, die als een soort verlengstuk van de onderneming beschouwd kan worden, als vaste inrichting aan te merken. Dit wordt beoordeeld naar de aard van de activiteiten, wat inhoud dat feitelijke omstandigheden in aanmerking genomen moeten worden.<sup>98</sup>

De machtiging moet niet slechts zijn afgegeven voor een incidentele handeling, maar moet regelmatig worden uitgeoefend. Regelmatigheid is afhankelijk van de aard van de overeenkomsten en de onderneming van de opdrachtgever. Dit betekent dat de situatie op basis van de commerciële realiteiten moet worden beoordeeld. Deze gedachte is het gevolg van de algemene eis van art. 5 OESO-MV dat incidentele handelingen niet onder de reikwijdte van de bepaling vallen.<sup>99</sup> In de jurisprudentie werd dit al duidelijk door *BNB 1961/196*. De HR vereiste namelijk dat in de bronstaat een intensieve economische activiteit wordt verricht met behulp van de vertegenwoordiger.

## **2.5 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk ben ik op zoek gegaan naar criteria die van belang zijn bij het constateren van een vaste inrichting. Niet alleen in de zin van art. 5 OESO-MV, maar ook in de zin van de nationale wet. Dit laatste is belangrijk voor de daadwerkelijke uitoefening van een eventueel toegewezen heffingsbevoegdheid op basis van art. 7 OESO-MV.

---

<sup>97</sup> Zie in deze zin ook de Hof Amsterdam, 20 juni 1978, nr. 1106/761, BNB 1979/190.

<sup>98</sup> Zie ook paragraaf 33 commentaar

<sup>99</sup> Par. 33 en 33.1 commentaar

Als uitgangspunt voor het internationale belastingrecht geldt het bronstaatbeginsel, welk een economische link vereist tussen het object (de vaste inrichting of de vaste vertegenwoordiger) en het territoir van een land. Voor de vennootschapsbelasting is de link aanwezig indien er voldoende substance aanwezig is. Dit kan voor al de drie vormen van de vaste inrichting bevestigd worden. Bij de fysieke vaste inrichting zien we dit terug in de criteria, namelijk dat er een vaste bedrijfsinrichting aanwezig moet zijn, die gebonden is aan bepaalde geografisch gebied. De bedrijfsinrichting dient ter beschikking te staan aan het bedrijf, wat dus betekent dat gebruik wordt gemaakt van een economische faciliteit in een land. Het feit dat duurzaamheid wordt vereist, bevestigt de gedachte dat tijdelijke activiteiten - in beginsel - geen vaste inrichting kunnen vormen.

De temporele vaste inrichting zou in het kader van deze gedachte ook niet zonder meer tot een vaste inrichting leiden. De enige eis, namelijk de tijdsduur, brengt mee dat dit toch het geval is. Deze voorwaarde brengt mee dat een economische link die voor de toewijzing van heffingsbevoegdheid van belang is, aanwezig moet worden geacht.

Tenslotte, is de vaste vertegenwoordiger een verlengstuk van de onderneming die eventueel in de bronstaat belast moet worden. Dit kan afgeleid worden uit de afhankelijkheidsgedachte die hierbij als belangrijkste uitgangspunt geldt. De eis dat de vertegenwoordiger voor rekening en risico van het bedrijf moet handelen, bevestigt het voorgaande. Bovendien wordt vereist dat er een volmacht aanwezig is, waarbij de vertegenwoordiger in dit kader buiten zijn normale bedrijfsuitoefening moet optreden. Het economisch verband is aanwezig doordat (een deel van) het object in het economische verkeer van een land optreedt en zodoende ondernemingsactiviteiten van het bedrijf via zijn vertegenwoordiging in dat land uitoefent. Geconcludeerd kan worden dat het vaste inrichtingsbegrip goed aansluit aan het bronlandbeginsel en dat het economische verband als algemene kenmerk voor het begrip moet worden aangemerkt.

Het volgende hoofdstuk staat in het teken van de wijze van toerekening van activa en kapitaal aan een vaste inrichting. Duidelijk zal worden of bovenstaande op de één of andere manier doorwerkt in de wijze waarop toerekening van vermogensbestanddelen moet plaatsvinden.

## Hoofdstuk 3

### TOEREKENING VAN ACTIVA AAN EEN VASTE INRICHTING

#### 3.1 Inleiding

Nadat een vaste inrichting in de zin van art. 5 OESO-MV geconstateerd is, mag de bronstaat volgens art. 7, lid 1, OESO-MV heffingsrecht uitoefenen over de winst die toe te rekenen is aan deze vaste inrichting. In 2010 heeft een update plaatsgevonden van met name het commentaar bij art. 7 OESO-MV. Art. 7 OESO-MV (het winstartikel) en het daarbij behorende commentaar zijn op een drastische manier veranderd. Voor belastingverdragen met het oude art. 7 OESO-MV geldt nog altijd het commentaar vóór 2010. De gepubliceerde Rapporten uit 2008 en 2010<sup>100</sup> horen bij de uitleg voor het commentaar op het nieuwe art. 7 OESO-MV. Deze Rapporten verschillen slechts tekstueel op enkele punten van elkaar, maar beiden hanteren de AOA als uitgangspunt voor de toepassing van het winstartikel.

Onder de eerste stap -van de twee stappen - van de AOA worden activa en risico aan een vaste inrichting toegerekend. Bovendien wordt onder stap 1 van de AOA het eigen en vreemd vermogen toegerekend. Art. 7 OESO-MV vereist dat een vaste inrichting in dit kader zoveel mogelijk moet worden behandeld als een zelfstandige onderneming. Aangenomen moet worden dat een vaste inrichting handelt met zowel derden, groepsvennootschappen als overige onderdelen<sup>101</sup> van de generale onderneming. Uitgangspunt voor de winsttoerekening is de zelfstandigheidsfictie en het arm's length-beginsel<sup>102</sup>. In dit kader treedt voor de toerekening van vermogensbestanddelen een probleem op. Zoals ik in het vorige hoofdstuk uiteen heb gezet, bestaat de vaste inrichting civielrechtelijk niet. Afgevraagd kan worden hoe de vermogensetikettering uitwerkt. Dit is van belang voor de uiteindelijke winsttoerekening aan een vaste inrichting. De wijze waarop de vermogenstoerekening aan een vaste inrichting moet plaatsvinden, kan anders uitgelegd en toegepast worden door de OESO-lidstaten. In zijn Rapporten probeert de OESO tot een oplossing te komen voor deze problematiek. Volgens art. 7 OESO-MV dient de vermogenstoerekening echter op grond van de regels van de nationale wet te geschieden. De OESO kan alleen aanwijzingen geven. Dit brengt mee dat een

---

<sup>100</sup> Zie Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 17 juli 2008, beschikbaar via <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41031455.pdf> en Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 22 juli 2010, beschikbaar via <http://www.oecd.org/dataoecd/23/41/45689524.pdf>, respectievelijk.

<sup>101</sup> Dit kan het hoofdhuis of andere vaste inrichtingen zijn.

<sup>102</sup> Onder het arm's length-beginsel dient de winst die een belastingplichtige behaalt met transacties met gelieerde partijen op een zakelijke grondslag te worden berekend. Het beginsel is neergelegd in art 9 OESO-MV en gecodificeerd in art. 8b Wet VpB 1969. In hoofdstuk 5 van deze scriptie zal dit beginsel uitgebreid uiteengezet worden.

adequate wijze van toerekening moet worden bedacht om ten eerste dubbele of geen belastingheffing te voorkomen en ten tweede om het arm's length-resultaat te bereiken die het winstartikel vereist.

Naar aanleiding van bovenstaande zal de volgende deelvraag in dit hoofdstuk centraal staan:

- Op welke basis/principes worden activa aan een vaste inrichting toegerekend?

De toerekening van passiva zal in hoofdstuk 4 van deze scriptie worden behandeld. De context van art. 7 OESO-MV zal als basis dienen voor de beantwoording van de deelvraag. De wijze waarop de vermogenstoerekening volgens OESO moet plaatsvinden, wordt afgezet tegen de Nederlandse jurisprudentie. Administratieve lasten, rechtszekerheid in de systematiek en de bestendigheid tegen belastingontwijking of –ontduiking zullen hierbij als toetsingsfactoren gebruikt worden. In het volgende onderdeel ga ik in op enkele algemene beginselen van de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Vervolgens zal ik het onderzoek toespitsen op de toerekening van activa.

## **3.2 Algemene uitgangspunten**

### **3.2.1 Winsttoerekening volgens de ‘functionally separate entity approach’**

In het verleden hanteerden OESO- lidstaten twee verschillende benaderingen voor de toerekening van winst aan een vaste inrichting. Deze zijn de ‘relevant business activity approach’ en de ‘functionally separate entity approach’. Onderstaande overwegingen hebben ertoe gebracht dat de OESO voor de tweede benadering gekozen heeft.

De ‘relevant business activity approach’ rekent slechts de winst die voortvloeit uit relevante ondernemingsactiviteiten toe aan een vaste inrichting. Met relevante activiteiten worden de activiteiten bedoeld die dienen ter ondersteuning van de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. De benadering wordt niet consistent toegepast in de praktijk. De afwezigheid van een eenduidige wijze van toepassing brengt onduidelijkheden met zich mee en kan zelfs tot dubbele belastingheffing leiden. De toe te rekenen winst mag bij de ‘relevant business activity approach’ niet hoger zijn dan de winst die de gehele onderneming met de relevante ondernemingsactiviteit heeft behaald. Indien andere onderdelen van een onderneming deelnemen aan de relevante ondernemingsactiviteit kan dit in een totale verlies resulteren, terwijl de vaste inrichting zelf winstgevend is. De vaste inrichting kan hierdoor slechts gedeeltelijk van haar daadwerkelijke genoten winst uit de relevante ondernemingsactiviteit toerekenen. Dit betekent dat de benadering de omvang van de winst beperkt waarover de bronstaat zou mogen heffen. De praktische betekenis van deze beperking is echter afhankelijk

van de definitie van een relevante ondernemingsactiviteit. De beperking zal het meest waarschijnlijk zijn bij een brede interpretatie ervan. Bij een brede interpretatie – bijvoorbeeld een definitie met referentie naar een productlijn – moet bedacht worden dat alle activiteiten met betrekking tot de productlijn als relevante ondernemingsactiviteit wordt beschouwd. Meestal zijn er een aantal delen van de onderneming betrokken bij een dergelijk proces, welk kan leiden tot een totale verlies in de onderneming. Dit beperkt de omvang van de toe te rekenen winst aan de vaste inrichting. Bij een enge interpretatie – bijvoorbeeld een definitie met referentie naar een bepaalde functie – is de kans op een beperking daarentegen minder aanwezig. Er zijn meestal minder onderdelen van een onderneming betrokken bij een dergelijke functie, wat zorgt dat een praktische betekenis te verwaarlozen is.<sup>103</sup>

Bij de ‘functionally separate entity approach’ wordt de winst op een andere manier aan een vaste inrichting toegerekend. Deze benadering rekent de winst toe die de vaste inrichting door toepassing van het arm’s length-beginsel heeft behaald. Hierbij wordt verondersteld dat de vaste inrichting een juridische aparte en onafhankelijke onderneming is. Daarnaast wordt aangenomen dat de vaste inrichting dezelfde of soortgelijke activiteiten verricht en onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden handelt als haar hoofdhuis.

De ‘functionally separate entity approach’ verdient de voorkeur, omdat het in tegenstelling tot de ‘relevant business activity approach’ geen beperking legt op de winst die volgens art. 7, lid 1 OESO-MV toegerekend moet worden aan een vaste inrichting. Lid 1 is namelijk bedoeld om ondernemingswinsten in de heffing te betrekken en niet bedoeld om een beperking op het heffingsrecht van de bronstaat te leggen.<sup>104</sup> Bij de gekozen benadering wordt de winst van de vaste inrichting niet gelimiteerd tot een bepaalde ondernemingsactiviteit. Tevens kan winst aan de vaste inrichting worden toegerekend, ook als de gehele onderneming geen winst heeft gemaakt. Bovendien past de benadering geen force of attraction toe, wat betekent dat slechts ondernemingswinsten voor de toerekening worden meegenomen.

De benadering verdient ook de voorkeur omdat het goed bij de context van art. 7, lid 2 OESO-MV past. Deze bepaling vereist namelijk dat de vaste inrichting fictief als een zelfstandige onderneming wordt behandeld. Daarnaast verdient de ‘functionally separate entity approach’ de voorkeur, omdat de administratieve lasten beperkt blijven. Bij deze benadering dient in tegenstelling tot de ‘relevant business activity approach’ geen berekening te worden gemaakt van de totale winst van de onderneming voor de bepaling van de toe te rekenen winst aan de

---

<sup>103</sup> Rapport 2008 par. 61-65.

<sup>104</sup> Zie par.14 commentaar op art. 7 OESO-MV. Hierna wordt met commentaar, steeds het nieuwe commentaar op art. 7 OESO-MV bedoeld. Tenzij anders wordt vermeld.

vaste inrichting. De informatie die nodig is voor de bepaling van de toe te rekenen winst is daardoor minder. Echter, de administratieve lasten kunnen onder omstandigheden toch beperkt zijn onder de ‘relevant business activity approach’. Dit is het geval bij een brede interpretatie voor de term ‘relevante ondernemingsactiviteit’ (zie hiervoor).<sup>105</sup>

Op grond van bovenstaande overwegingen heeft de OESO mijns inziens terecht gekozen voor de ‘functionally separate entity approach’. De benaderingen verschillen in hun uitgangspunt voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Indien een woonstaat ten opzichte van een bronstaat een verschillende benadering hanteert, is het risico aanwezig dat dubbele belastingheffing optreedt.<sup>106</sup> De keuze van de OESO zorgt ervoor dat de winst op basis van één methode aan de vaste inrichting wordt toegerekend. Dit is positief, want een consistente toepassing van art. 7, lid 1, OESO-MV zal in de regel het risico op dubbele belastingheffing beperken.

De HR kiest ook voor de ondernemingsplitsingsmethode. In de Nederlandse jurisprudentie is dit altijd het uitgangspunt geweest voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting. De winst waarover Nederland als bronstaat mag heffen, dient op basis van dezelfde veronderstelling die de OESO hanteert (de zelfstandigheidsfictie) aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Het volgende arrest geeft aan dat het hierbij gaat om een beperkte zelfstandigheid. In *HR 7 mei 1997, nr. 30 294, BNB 1997/263* ging het om de toerekening van eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting. Belanghebbende was een moedermaatschappij, welk behoorde tot een fiscale eenheid samen met dochtermaatschappij A BV voor de heffing van vennootschapsbelasting. A BV had een vaste inrichting die gevestigd was in Ierland, door middel waarvan productiewerkzaamheden werden uitgeoefend. A BV had bedragen verstrekt aan haar vaste inrichting die als rekening courant zijn opgenomen. Het punt van geschil in dit arrest was de bepaling van het eigen vermogen. Volgens de HR dient de zelfstandigheidsfictie als uitgangspunt te worden genomen bij de berekening van het vermogen van de vaste inrichting. Als gevolg hiervan worden schulden die niet ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangegaan, als eigen vermogen aangemerkt. De HR ging uit van een beperkte zelfstandigheidsfictie en erkende daarom geen interne schuld tussen de vaste inrichting en haar hoofdhuis. De verstrekte bedragen behoorden tot het eigen vermogen van de vaste inrichting. Verder is de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen bij vergelijkbare zelfstandige ondernemingen relevant voor de bepaling van

---

<sup>105</sup> Rapport 2008, par. 69, 70, 73 t/m 79.

<sup>106</sup> Zie Rapport 2008, par. 71.



een dergelijke verhouding bij een vaste inrichting. Deze verhouding is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden. Het feit dat de verstrekte bedragen als rekening courant zijn opgenomen brengt niet mee dat deze als vreemd vermogen bestempeld kunnen worden.<sup>107</sup>

Ook de OESO gaat in de regel uit van een beperkte zelfstandigheidsfictie bij vaste inrichtingen. Er vindt in het algemeen geen volledige gelijkschakeling plaats met een juridische entiteit.<sup>108</sup> De beperktheid van de fictie ligt volgens Peeters<sup>109</sup> besloten in de vraag, of en in hoeverre ‘dealings’ erkend moeten worden. Echter, in de literatuur wordt gesuggereerd dat de OESO in het nieuwe art. 7 OESO-MV uitgaat van een onbeperkte zelfstandigheidsfictie. De toepassing van de ‘functionally separate entity approach’ heeft volgens Pötgens<sup>110</sup> als gevolg, dat erkenning van interne rente en royalty mogelijk is. Ook Kemmeren<sup>111</sup> volgt eenzelfde opvatting. Het nieuwe commentaar op art. 7 OESO-MV<sup>112</sup> en het Rapport 2010<sup>113</sup> lijken inderdaad de mogelijkheid open te stellen voor de erkenning van interne rente. De uiteenzetting van de problematiek inzake ‘dealings’ zal deze kwestie (hopelijk) verduidelijken. Hiervoor verwijs ik naar hoofdstuk 5 van deze scriptie.

### **3.2.2 Het dienstbaarheids criterium**

Voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting zijn in de jurisprudentie twee criteria te onderscheiden. Deze zijn de activiteitentoets en de vermogenstoets. Enerzijds houdt de activiteitentoets in dat winst veroorzaakt dient te worden door werkzaamheden die verricht worden vanuit de vaste inrichting. Anderzijds houdt de vermogenstoets in dat winst behaald moet worden met het vermogen dat toe te rekenen is aan de vaste inrichting. De bedoelde criteria zijn echter niet te scheiden. Dit volgt uit de toepassing van het zogenaamde dienstbaarheids criterium, welk als uitgangspunt dient voor de vermogenstoerekening aan een vaste inrichting voor de HR. Het dienstbaarheids criterium, dat zowel voor de toerekening van activa als passiva geldt, koppelt de vermogens- aan de activiteitentoets.<sup>114</sup>

*HR 7 mei 1997, nr. 31 795, BNB 1997/264* dient als illustratie op het vorige. Belanghebbende BV X dreef een onderneming door middel van een vaste inrichting in onder andere het

---

<sup>107</sup> Zie r.o. 3.1 t/m 3.5 van aangehaald arrest.

<sup>108</sup> Dit zal overigens altijd het geval zijn. De fictie wordt hoe dan ook niet zodanig opgerekt dat een vaste inrichting voor verdragsdoeleinden als inwoner van een staat moet worden gezien.

<sup>109</sup> P.J.J.M. Peeters, ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting’, TFO 2011/122.

<sup>110</sup> F.P.G. Pötgens, ‘Toerekening van winst aan een vaste inrichting’, NTFR-B 2008/52.

<sup>111</sup> E.C.C.M. Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, TFO 2011/108.

<sup>112</sup> Commentaar art. 7 OESO-MV (2010), par. 28.

<sup>113</sup> Rapport 2010, par. 114 en 151.

<sup>114</sup> Zie P.J.J.M. Peeters TFO 2011/122 en E.C.C.M. Kemmeren, TFO 2011/108.

Verenigde Koninkrijk. In de boekhouding van BV X stond een vordering, die de vaste inrichting op het hoofdhuis had. Deze werd opgenomen als rekening courant. Er was geen rente bij de vaste inrichting in rekening gebracht. Het geschilpunt in dit arrest betrof het antwoord op de vraag of de rente over de vordering aan de vaste inrichting toegerekend moest worden. De HR gaf aan dat gelden die niet dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting, geen onderdeel kunnen zijn van het vermogen van een vaste inrichting. Aan de vaste inrichting was er feitelijk geen rente in rekening gebracht. Volgens de HR kon daarom niet worden afgeleid dat de gelden op enige wijze dienstbaar waren aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Dit brengt mee dat de rentewinst niet aan de vaste inrichting kan worden toegerekend. Het feit dat de vordering als rekening courant was opgenomen deed hier niet aan af.

Mijns inziens is de koppeling tussen de activiteitentoets en de vermogenstoets duidelijk in dit arrest terug te vinden. Een vermogensbestanddeel dient volgens de HR dienstbaar te zijn aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting. Dit is niet door belanghebbende aannemelijk gemaakt. Uit de feiten is namelijk niet gebleken dat de gelden gebruikt werden voor de uitvoering van de werkzaamheden van de vaste inrichting.

Uit bovenstaande volgt ook een koppeling tussen de vermogenstoerekening en de door natuurlijke personen verrichte relevante activiteiten. Een activum of passivum behoort immers pas tot het vermogen van de vaste inrichting indien het dienstbaar is aan de uitoefening van haar activiteiten. Vermogensbestanddelen kunnen op zichzelf geen inkomen produceren, daarvoor zijn er natuurlijke personen nodig. Niet alleen in de literatuur<sup>115</sup>, maar ook in de jurisprudentie wordt eenzelfde gedachte gevolgd. Dit kwam onder andere voor in *HR 20 december 2002, nr. 37 652, BNB 2003/246*.<sup>116</sup> De volgende feiten waren relevant.

Belanghebbende was gevestigd in Nederland en hield aandelen in verschillende maatschappijen zowel binnen als buiten Nederland. De aandelen in belanghebbende werden gehouden door een tussenhoudster. De naar Engels recht opgerichte tussenhoudster behoorde tot een concern en was gevestigd in Engeland. De tussenhoudster dreef een materiële onderneming met als enige activiteit het houden van een deelneming in belanghebbende. Deze onderneming werd gedreven door middel van een vaste inrichting in Nederland. De activiteiten van de vaste inrichting werden uitgeoefend in een kantoorruimte die ter beschikking stond aan de tussenhoudster. De kantoorruimte werd gebruikt door J - de

---

<sup>115</sup> Zie Kemmeren, TFO 2011/108 en Peeters, TFO 2011/122.

<sup>116</sup> Eenzelfde gedachte werd gevolgd in HR 23 januari 2004, nr. 37 893, BNB 2004/214 (zie uitgebreid hoofdstuk 4, par. 4.2) en HR 25 november 2005, nr. 40 858 BNB 2007/117 (zie par. 3.2.3).

manager - en de secretaresse die beiden in dienstbetrekking waren bij de tussenhoudster. J was betrokken bij de investeringsbeslissingen, dividendvaststellingen, vaststelling van financieringsmethoden van dividenduitkeringen en de beoordeling van adviezen. Feitelijk betrof dit alle werkzaamheden van de tussenhoudster. De tussenhoudster beschikte over vrijwel geen ander activa dan de deelneming in belanghebbende en de inventaris in de kantoorruimte en had behalve J en de secretaresse geen ander personeel tot zijn beschikking. In geschil was het antwoord op de vraag of de aandelen aan de vaste inrichting in Nederland dienden te worden toegerekend. Het hof oordeelde dat de gehele onderneming van tussenhoudster uitgeoefend werd door middel van de vaste inrichting, wat meebracht dat de aandelen daaraan toegerekend moesten worden. De HR vernietigde echter deze uitspraak en verwees de zaak verder. Volgens de HR was voor de toerekening van aandelen niet beslissend of de tussenhoudster als enige actief een deelneming in belanghebbende had en daarnaast geen ander personeel tot zijn beschikking had. Dit bracht namelijk nog niet mee dat de aandelen als dienstbaar aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting kunnen worden geacht. Bepaald moest worden of de werkzame personen in de vaste inrichting zelfstandig de bevoegdheden die verbonden zijn aan de aandelen hebben uitgeoefend.<sup>117</sup>

Ook in dit arrest wordt het dienstbaarheids criterium als uitgangspunt genomen voor de toerekening van aandelen. Afgeleid kan worden dat dit criterium mede impliceert dat activiteiten die verbonden zijn aan het desbetreffende vermogensbestanddeel, verricht moeten worden door natuurlijke personen.

### **3.2.3 Keuzevermogen**

Voor de vermogenstoerekening aan een vaste inrichting is in de Nederlandse jurisprudentie geen sprake van keuzevermogen. Dit bleek eerder uit *BNB 1997/264*, behandeld in de vorige paragraaf. In dit arrest kon belastingplichtige niet willekeurig kiezen, door een bedrag als rekening courant op te nemen, om dit als vreemd vermogen aan te merken. Niet de boekhouding, maar de dienstbaarheid van de gelden aan de bedrijfsuitoefening was volgens de HR beslissend voor de vermogenstoerekening.

Een recenter arrest waarin de HR eenzelfde lijn volgt, betrof *HR 25 november 2005, nr. 40 858, BNB 2007/117*. In dit arrest was belanghebbende een naar Belgisch opgerichte vennootschap, die bancaire activiteiten verrichtte door middel van een vaste inrichting in Nederland. In zijn belastingaangifte had belanghebbende een negatief eigen vermogen

---

<sup>117</sup> Zie hiervoor r.o. 3.1 t/m en 3.4 van aangehaald arrest en r.o. 2.1 t/m 2.11 uit de daaraan gehechte uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, Derde Meerv. belastingkamer, 6 september 2001 (Nr. 97/0081)

toegerekend aan deze vaste inrichting. De vaste inrichting had een schuld aan belanghebbende, welk opgenomen was als rekening courant. De hierover verschuldigde rente werd ten laste van de vaste-inrichtingswinst gebracht. De inspecteur was integendeel van mening dat het eigen vermogen van de vaste inrichting positief moest zijn. Dit bracht volgens de inspecteur mee dat geen rente in aanmerking genomen kon worden. In geschil was de vraag of en - zo ja - tot welk bedrag als rente bij belanghebbende ten laste van haar belastbare binnenlandse winst kon worden gebracht. Volgens de HR is er geen keuzevrijheid ten aanzien van toerekening van schulden aan het vermogen aan de vaste inrichting. Het is de dienstbaarheid van het vermogen aan de bedrijfsuitoefening dat beslissend is. Daarbij worden geen interne leningen in aanmerking genomen. Bij financiële instellingen is dit niet altijd aantoonbaar. Het bewijs daarvoor lag volgens de HR bij belanghebbende, en dit bewijs is niet geleverd. Er was namelijk geen sprake van een aantoonbaar rechtstreeks verband tussen de activa en de passiva van het bedrijf, ook niet door een dergelijke verwerking in de boekhouding. Op grond hiervan oordeelde de HR dat de inspecteur gelijk had.<sup>118</sup> De HR geeft niet alleen aan dat er geen keuzevrijheid bestaat ten aanzien van de toerekening van schulden, maar maakt dit ook duidelijk door niet mee te gaan met de manier waarop de belastingplichtige het bestanddeel wil aanmerken.

Afgevraagd kan worden of het achterwege laten van deze keuzevrijheid terecht is. In de IB-sfeer is er namelijk wel sprake van een keuzevermogen. Ondernemers hebben naast een verplicht vermogen ook de mogelijkheid om bepaalde bestanddelen hetzij als privé hetzij als ondernemingsvermogen te etiketteren. Dit dient wel te geschieden met inachtneming van de grenzen der redelijkheid.<sup>119</sup> Het keuzevermogen heeft echter als nadeel, dat het in de IB-sfeer als instrument voor tax planning gebruikt. Ik volg Kemmeren<sup>120</sup> in zijn opvatting dat toelating van een dergelijke keuzevrijheid bij vaste inrichtingen tot eenzelfde resultaat zou leiden. De kans dat belastingplichtigen vooral in het internationaal belastingrecht inconsistente keuzes kunnen maken in verschillende landen, brengt met zich dat cherry-picking kan plaatsvinden. Dit zou het risico op belastingontwijking-of -ontduiking kunnen vergroten. Om die reden laat de HR mijns inziens terecht een keuzevermogen achterwege bij de vermogensetikettering bij vaste inrichtingen.

---

<sup>118</sup> Zie in het bijzonder r.o.3.2.4 en 3.3 van aangehaald arrest.

<sup>119</sup>Zie HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272 en HR 29 september 1954,nr. 11 887 ,BNB 1954/313.

<sup>120</sup> Zie Kemmeren, TFO 2011/108.

### **3.3 Toerekening van activa**

#### **3.3.1 De functionele en feitelijke analyse**

Ondanks het feit dat een vaste inrichting voor fiscale doeleinden als fictief zelfstandig wordt aangemerkt, dient er aan herinnerd te worden dat deze juridisch gezien slechts een onderdeel van een onderneming blijft. Er zijn dan ook geen juridische verhoudingen aanwezig om aan te geven wie of welk deel van een onderneming een bepaalde activa bezit, welke risico's worden gelopen of wat de omvang is van het eigen vermogen. Om die reden kiest de OESO voor een functionele en feitelijke analyse voor de toerekening van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting. De analyse moet op de zogenaamde 'significant people's functions' (hierna spf) gebaseerd zijn. Dit zijn functies die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen over het aangaan en beheren van de risico's van de activiteiten binnen de onderneming.

De functionele en feitelijke analyse leidt tot de identificatie van de relevante functies en verantwoordelijkheden waaraan de vaste inrichting zich verbonden heeft. De spf die relevant zijn voor de allocatie van het economische eigendom van activa, maar ook de spf voor het dragen van risico's moeten vastgesteld worden. Aan de hand van de vastgestelde spf zal de toerekening van activa en veronderstelling van risico's aan de vaste inrichting plaatsvinden.<sup>121</sup> De OESO geeft aan dat functies gelijk kunnen worden gesteld aan activiteiten.<sup>122</sup> Volgens Peeters<sup>123</sup> leidt dit tot eenzelfde resultaat als vermogenstoerekening op basis van het dienstbaarheids criterium, welk ontwikkeld is door de HR. Ik sluit me hierbij aan. Het criterium maakt een koppeling tussen de vermogenstoerekening en de relevante activiteiten verricht door werkzame natuurlijke personen in de vaste inrichting.<sup>124</sup> Dit komt inderdaad overeen met een toerekening op basis van de spf.

#### **3.3.2 Materiële en immateriële vaste activa**

##### **3.3.2.1 Methode van toerekening**

De allocatie van activa geschiedt bij zelfstandige ondernemingen op basis van juridische verhoudingen, die aangeven wie een bepaalde activa in bezit heeft. In het kader van vaste inrichtingen zijn deze verhoudingen niet aanwezig, waardoor een andere methodiek gehanteerd moet worden voor de toerekening van activa. Het zijn de feiten en omstandigheden die in eerste instantie voor de toepassing van art. 7, lid 2, OESO-MV in

---

<sup>121</sup> Par. 13 t/m 16 Rapport 2010 en par. 21 commentaar art. 7 OESO-MV.

<sup>122</sup> Par. 57, Rapport 2010.

<sup>123</sup> Peeters, TFO 2011/122.

<sup>124</sup> Zie onder andere BNB 1997/264 behandelt in par. 3.2.2 hierboven.

overweging genomen moeten worden. Daaruit moet de mate bepaald worden, waarin materiële en immateriële activa binnen een bedrijf economisch gezien in bezit zijn van en/of gebruikt worden in de functies die verricht worden door de vaste inrichting. De OESO introduceert daarom het begrip ‘economische eigendom’. Het gaat hierbij om eigendom als bedoeld voor de heffing van inkomen bij zelfstandige bedrijven, inclusief de baten en lasten die het bezit met zich brengt. Dit betekent dat er recht moet zijn op de inkomsten die toe te rekenen zijn aan het bezit van een activa, recht moet zijn om een activa af te schrijven en potentiële blootstelling aanwezig is tot winsten en verliezen van een waardedaling of –stijging van een activa. De HR hanteert eenzelfde inhoud voor het begrip in zijn uitspraken. In de jurisprudentie<sup>125</sup> wordt dit aangeduid als het risico van tenietgaan en het risico op waardeveranderingen. In dit kader wordt door Reigersman<sup>126</sup> bepleit, dat een derde component daaraan toegevoegd moet worden. Dit betreft namelijk de gerechtigdheid tot inkomsten van de zaak. Deze component is mijns inziens niet alleen in de definitie van de OESO terug te vinden, maar valt ook uit de jurisprudentie<sup>127</sup> af te leiden.<sup>128</sup>

In het algemeen zijn er twee verschillende uitgangspunten mogelijk voor de toerekening van economische eigendom aan materiële vaste activa. De OESO gaat enerzijds uit van toerekening op basis van de spf die relevant zijn aan het economische eigendom van de activa. Anderzijds gaat de OESO er vanuit dat ‘de plaats van gebruik’ als uitgangspunt gehanteerd moet worden. In beginsel leiden beide uitgangspunten tot eenzelfde of niet significant verschillend resultaat voor wat betreft de kostenaf trek. De uitgangspunten kunnen echter alsnog verschillen in de wijze waarop winst uiteindelijk aan de vaste inrichting wordt toegerekend. Uit pragmatische oogpunt – wat verder niet toegelicht is - kiest de OESO voor de ‘plaats van gebruik’ als beslissende criteria voor de toerekening van materiële vaste activa. Dit betekent dat toerekening moet plaatsvinden indien werkzaamheden die voor het beheer van de materiële vaste activa in en vanuit de vaste inrichting worden verricht. De ‘plaats van gebruik’ telt als enig criterium, tenzij omstandigheden in een specifiek geval meebrengen dat een ander uitgangspunt gerechtvaardigd is.<sup>129</sup> In het Rapport 2010 wordt verder geen definitie

---

<sup>125</sup> Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 1955, nr. 12 407, BNB 1955/377

<sup>126</sup> R.A. Reigersman, ‘Het belang van economische eigendom’, FED 2005/61.

<sup>127</sup> Zie HR 8 oktober 2004, nr. 40 158, BNB 2004/437, r.o. 3.4.

<sup>128</sup> Zie Rapport 2010, par. 14, 18 en 72 en M.C. Sturm, ‘Winsttoerekening vaste inrichtingen: toerekening van materiële vaste activa’, MBB 2011/05.

<sup>129</sup> Par. 75 Rapport 2010.

gegeven voor deze bijzondere omstandigheid. Mogelijk wil de OESO aangeven dat hiervan sprake kan zijn als beide toerekeningscriteria niet tot eenzelfde resultaat leiden.<sup>130</sup>

In zijn uitspraken lijkt de HR het onderscheid tussen tijdelijke en duurzame terbeschikkingstelling van een activum als uitgangspunt te nemen voor de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid. Het *hopperzuigerarrest*<sup>131</sup> behandelt het geval van een tijdelijke terbeschikkingstelling. Belanghebbende - in Nederland - oefende een werk in het buitenland uit door middel van een vaste inrichting. Ten behoeve van deze werkzaamheden had belanghebbende een vaartuig aan de vaste inrichting in gebruik gegeven. Het vaartuig was niet specifiek aangeschaft voor die buitenlandse werkzaamheden, maar ten behoeve van de onderneming als geheel. Belanghebbende had op het vaartuig vervroegd afgeschreven, welk ten laste van de totale winst werden gebracht. Sinds de ingebruikname door de vaste inrichting zijn de afschrijvingskosten berekend over de boekwaarde van het vaartuig, ten laste van de buitenlandse winst gekomen. In kwestie was in geschil of het vaartuig sinds de ingebruikname tot het vaste inrichtingsvermogen is gaan behoren en in hoeverre afschrijvingskosten ten laste van de buitenlandse winst moesten komen. Het hof had feitelijk vastgesteld dat het vaartuig niet door of ten behoeve van de vaste inrichting was aangeschaft. Het vaartuig was slechts door het hoofdhuis aan de vaste inrichting ter beschikking gesteld om gebruikt te kunnen worden bij de uitvoering van werk. De HR volgt deze beslissing. Hij voegt toe dat de zelfstandigheidsfictie die volgens art. 7, lid 2, OESO-MV toegepast moet worden, niet meebrengt dat een bedrijfsmiddel dat in gebruik is gegeven, beschouwd moet worden als te zijn aangeschaft. Hieruit kan worden afgeleid dat een situatie waarin een bedrijfsmiddel in gebruik is gegeven voor het verrichten van werkzaamheden, per definitie als een tijdelijke terbeschikkingstelling moet worden beschouwd. De ingebruikname betekent niet automatisch dat het bedrijfsmiddel een bezit van de vaste inrichting is geworden en dus toegerekend moet worden aan het vermogen ervan. Het bedrijfsmiddel blijft een onderdeel van het vermogen van het hoofdhuis. Kemmeren<sup>132</sup> wijst in dit kader terecht op het dienstbaarheids criterium uit BNB 1997/264. Van dienstbaarheid is nog geen sprake bij het enkele gebruik van een bedrijfsmiddel, maar moet bepaald worden aan de hand van een functionele en feitelijke analyse. Bij een tijdelijke terbeschikkingstelling zou het bedrijfsmiddel in de vaste inrichting gebruikt worden, maar niet in of vanuit de vaste

---

<sup>130</sup> Zie Sturm, MBB 2011/05.

<sup>131</sup> HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95.

<sup>132</sup> Zie Kemmeren, TFO 2011/108

inrichting worden beheerd. Ook de exploitatie wordt in een dergelijk geval niet in of vanuit de vaste inrichting bestuurd en gecontroleerd.

In het *baggerarrest*<sup>133</sup> uit de HR zich explicieter over de fiscale gevolgen van een tijdelijke terbeschikkingstelling. Belanghebbende in dit arrest voerde bagger-, grond- en aanverwante werken uit in Nederland en in het buitenland. Ter uitvoering van een werk in Nigeria had belanghebbende samen met drie aannemingsbedrijven een vof opgericht. De werkzaamheden vormden een vaste inrichting voor ieder van de vennoten in de vof. Voor de werkzaamheden had belanghebbende een zuiger – die zeewaardig was, op eigen kracht voer en een zuiginstallatie aan boord had – aan de vof in gebruik gegeven. Het bedrijfsmiddel was niet onderworpen aan enige belastingheffing in Nigeria en ontvangen vergoedingen voor het gebruik werden als onbelaste huur behandeld. In geschil was de vraag of de zuiger aan de vaste inrichting van belanghebbende toegerekend moet worden. Het hof stelde vast dat indien materieel in gebruik is gegeven voor de duur van de uitvoering van een werk, dit aangemerkt moet worden als een huur-verhuur overeenkomst. Er was in casu geen sprake van inbreng (van gebruik) door belanghebbende. De feiten en omstandigheden wijzen niet uit dat de verhuurde materieel onderdeel was geworden van het vermogen van de vaste inrichting. Als gevolg hiervan kan ook geen huuropbrengst worden toegerekend. Dit behoorde tot de belastbare winst in Nederland. De HR bevestigde deze uitspraak. Volgens de HR is de toerekening niet alleen afhankelijk van welke bedrijfsmiddelen in gebruik zijn, maar zijn ook de voorwaarden waaronder de bedrijfsmiddelen in gebruik zijn gegeven van belang. In dit arrest geeft de HR duidelijk aan dat bij een tijdelijke terbeschikkingstelling een huur-verhuuranalogie moet worden toegepast. Zoals ook de Staatssecretaris<sup>134</sup> aangeeft, dient het hoofdhuis bij een tijdelijke terbeschikkingstelling als verhuurder en de vaste inrichting als huurder van het bedrijfsmiddel te worden aangemerkt. Het bedrijfsmiddel gaat immers niet tot het vermogen van de vaste inrichting behoren, maar zal slechts worden gebruikt in de bedrijfsuitoefening ervan.

In *HR 2 maart 1994, nr. 28 709, BNB 1994/190* zijn de gevolgen van een duurzame terbeschikkingstelling terug te vinden. Belanghebbende betrof een producent van hardblokken en verwerkte tevens houtkrullen. Belanghebbende besloot op een gegeven moment zijn productie te laten plaatsvinden door middel van een vaste inrichting in België. Hiervoor werd een aantal fabrieksgebouwen aangeschaft. Ten laste van de aanschafprijs werd

---

<sup>133</sup> HR 23 januari 1974, nr. 17 237, BNB 1986/100.

<sup>134</sup> Zie Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stscrt. 2011, 1375, BNB 2011/91.



een vervangingsreserve afgeboekt die eerder was gevormd door de verkoop van een fabrieksgebouw in Nederland. Belanghebbende had een hypothecaire lening afgesloten waarop elk jaar een tiende deel werd afgelost. De boekhouding van de vaste inrichting geschiedde in Belgische Franken. Ter berekening van de generale winst werd het resultaat van de vaste inrichting omgerekend naar Nederlandse guldens tegen een actuele koers. Naast de koersverschillen werden daarom ook de valutaresultaten op de activa en passiva verantwoord.<sup>135</sup> Op de hypothecaire lening had belanghebbende een valutawinst behaald en een valutaverlies op de activa geleden. In geschil was de vraag of en zo ja hoe de valutaresultaten op de activa en de hypothecaire lening toegerekend moet worden en in de winst worden verwerkt. Bovendien was in geschil of en zo ja hoe de vervangingsreserve in de winstberekening moet worden verwerkt. Het is in overeenstemming met het verdrag tussen Nederland en België, dat Nederland voorkoming van dubbele belastingheffing moet verlenen indien de winst uit de vaste inrichting in de generale winst van het hoofdhuis hier te lande wordt opgenomen. Dit brengt echter niet mee dat elk jaar eenzelfde bedrag in guldens als winst van de vaste inrichting moet worden verantwoord. Het hof kwam daarom tot het oordeel dat het positieve resultaat uit valutaverschillen tot de generale winst van belanghebbende behoorde. De HR bevestigde dit en vervolgde dat deze valutawinst op grond van goedkoopmansgebruik in aanmerking genomen moet worden. Daaraan doet niet af dat geen winst van de vaste inrichting was onttrokken. De reden hiervoor was het feit dat het bedrag namelijk het gevolg was van de afwikkeling van vlottende activa en passiva. De HR besloot dat in casu de aanschaffingskosten van gekochte fabrieksgebouwen niet van belang waren voor de winstberekening van de vaste inrichting. Voor de bepaling van de afschrijvingskosten - die ten laste van de winst van de vaste inrichting moeten komen - diende de vervangingsreserve niet op de aanschaffingsprijs te worden afgeboekt. Het zijn de feiten en omstandigheden die hier een rol spelen, welke aangeven dat deze reserve niet in of vanuit de bedrijfsuitvoering van de vaste inrichting was ontstaan. De vervangingsreserve diende als gevolg daarvan uitsluitend bij de generale winst in aanmerking te worden genomen. Net als in eerdere gewezen arresten, speelt ook hier in dit arrest het dienstbaarheids criterium van de HR een rol. Dit is het geval zowel bij de toerekening van de vervangingsreserve als bij de toerekening van de fabrieksgebouwen. In casu is sprake van een duurzame terbeschikkingstelling aan de vaste inrichting. De aanwijzing is te vinden in het feit dat de HR

---

<sup>135</sup> Dit arrest is weliswaar gewezen voor de euro-tijdperk. De valutaproblematiek die in casu afspeelt, speelt nu binnen de EU-zone geen rol meer. Dit is wel het geval bij buitenlandse bedrijfsuitoefening in de Verenigde Koninkrijk en buiten de EU-zone.

de werkelijke waarde van de fabrieksgebouwen op het tijdstip van overdracht als relevante waarde neemt voor de bepaling van de afschrijvingskosten en de boekwinsten.<sup>136</sup> Hiermee is (impliciet) door de HR aangegeven dat ter zake van deze bedrijfsmiddelen een koop-verkoopanalogie sprake is ten tijde van verkoop ervan. De vaste inrichting wordt in een dergelijk geval als de economische ‘eigenaar’ van het activum beschouwd.

Voor de toerekening van immateriële vaste activa aan een vaste inrichting geldt ook de functionele en feitelijke analyse. Deze dient ertoe om te bepalen welke immateriële vaste activa en onder welke voorwaarden toerekening aan de vaste inrichting moet plaatsvinden. Het is volgens de OESO gebruikelijk dat meer delen van een onderneming gebruik maken van eenzelfde immaterieel actief. De toerekening kan hierdoor complex worden, waardoor gekozen werd voor de (plaats van de ) spf als beslissende factor. Deze functies betreffen de actieve besluitvorming met betrekking tot de aanvaarding en het beheer van risico’s, welke samenhangen met zowel zelfontwikkelde als aangekochte immateriële vaste activa.<sup>137</sup> Uit het Rapport valt niet op te maken dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen een duurzame en tijdelijke terbeschikkingstelling bij de toerekening van immateriële vaste activa. Toerekening dient op basis van de spf te geschieden en daarbij speelt een bijzondere omstandigheid geen rol.

### **3.3.2.2 Toetsing van methode voor toerekening van vaste activa**

Het onderscheid tussen een duurzame en tijdelijke terbeschikkingstelling wordt door de HR aan de hand van het dienstbaarheids criterium beoordeeld. De vraag is echter of dit in overeenstemming is met de bedoeling van de OESO voor wat betreft een bijzondere omstandigheid. Het enige criterium dat beslissend is voor toerekening van materiële vaste activa is de ‘plaats van gebruik’. Bij een duurzame terbeschikkingstelling als in BNB 1994/190, zou dit tot de juiste uitkomst leiden, namelijk toerekening aan de vaste inrichting. Toerekening op basis van de spf zou tevens ook tot eenzelfde uitkomst moeten leiden, waardoor geen sprake is van een bijzondere omstandigheid. In het geval van een tijdelijke terbeschikkingstelling zou toerekening op basis van ‘plaats van gebruik’ ertoe leiden dat het enkel gebruik van een activum in een bronstaat tot toerekening aan de vaste inrichting kan leiden, terwijl dan niet per definitie aan het dienstbaarheids criterium wordt voldaan. Dit zou precies het resultaat zijn geweest in het hopperzuigerarrest (BNB 1964/95) en het baggerarrest (BNB 1986/100). Bij een tijdelijke terbeschikkingstelling wordt het activum gebruikt in de

---

<sup>136</sup> Zie Peeters TFO 2011/122.

<sup>137</sup> Rapport 2010, par. 85, 94 en 97.

vaste inrichting, maar meestal nog beheerd en gecontroleerd door het hoofdhuis. Een toerekening op basis van de spf zou in dit kader geschikter zijn. Gekeken zal worden naar het onderdeel van de onderneming die de functies verricht die betrekking hebben op het nemen van beslissingen en beheer van het activum. Dit is ook wat het dienstbaarheids criterium vereist. Aangezien deze functies meestal door het hoofdhuis worden verricht zal het activum als onderdeel van het vermogen van het hoofdhuis worden beschouwd, wat ook uiteindelijk het geval was in BNB 1964/95 en BNB 1986/100. Hieruit kan naar mijn mening afgeleid worden dat een tijdelijke terbeschikkingstelling als een bijzondere omstandigheid moet worden gezien. Dit is in overeenstemming met de bedoeling van de OESO, want in een dergelijk geval is toerekening op basis van de spf gerechtvaardigd. Het levert namelijk een ander resultaat op dan toerekening op basis van de 'plaats van gebruik'. In het algemeen dient dan te worden aangenomen dat de 'plaats van gebruik' ook de plaats is waar de spf geschied. Deze gedachte vloeit voort uit de toepassing van de zelfstandigheidsfictie. De functionele en feitelijke analyse die naar aanleiding hiervan moet geschieden, is namelijk gebaseerd op de spf. De toerekeningsmethoden verschillen wel in de manier waarop winsttoerekening aan de vaste inrichting moet plaatsvinden, maar dit levert geen strijdigheid op met de context van art. 7 OESO-MV. Het winstartikel vereist namelijk alleen een toerekening aan het juiste land.

Het is mijns inziens echter ongewenst dat de OESO geen toelichting op een bijzondere omstandigheid geeft. Heel anders kan het begrip niet worden opgevat, maar het zal de rechtszekerheid zeker ten goede komen als het enigszins duidelijker uiteen wordt gezet. In de Nederlandse praktijk zal de HR worden gevolgd. Het gebruik van het dienstbaarheids criterium leidt tot eenzelfde uitkomst als toerekening op basis van de spf, waardoor geen probleem hier te lande te verwachten is. Echter, gezien het feit dat binnenlandse vennootschappen hun onderneming in het buitenland door middel van een vaste inrichting kunnen ontplooiën, is de kans aanwezig dat aan een bijzondere omstandigheid een andere interpretatie wordt gegeven. Dit kan tot discussies leiden. De materiële vaste activa kan in dit kader aan het verkeerde onderdeel van de onderneming worden toegerekend. Het feit dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen duurzame en tijdelijke terbeschikkingstelling kan mogelijk gevolgen hebben voor de administratieve lasten. Indien de toepassing van de 'plaats van gebruik' of de spf niet duidelijk is, dient dit door de rechter te worden bepaald. Dit kan voor onnodige kosten zorgen. De controle die uitgevoerd moet worden ten aanzien van de belastingheffing kan ook door het vorige bemoeilijkt worden, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Landen kunnen namelijk gebruik maken van de mogelijkheid

om wederzijdse informatie uit te wisselen.

Het risico op belastingontwijking of –ontduiking zal mijns inziens door de gekozen methode bijna geen rol spelen. Dit komt doordat feiten en omstandigheden een rol spelen bij de beoordeling van elk afzonderlijk geval. Op basis daarvan wordt bepaald of hetzij de hoofdregel, hetzij de uitzondering dient te gelden. De belastingplichtige heeft daarvoor geen keuze.

De OESO kiest voor één methode voor de toerekening van immateriële vaste activa, die geldt voor alle situaties. Het zijn de functies (spf) van het immaterieel actief dat hierbij als criterium wordt genomen. Dit is in lijn met de context van art. 7 OESO-MV en de uitgangspunt van de HR. In tegenstelling tot de toerekening van materiële vaste activa is de methode van toerekening voor immaterieel eenduidig en duidelijk. Dit is mijns inziens goed voor de rechtszekerheid. De spf zal namelijk naar het onderdeel van de onderneming wijzen waaraan het immaterieel actief toegerekend moet worden. Het feit dat slechts één methode voor de toerekening geldt, komt de administratieve lasten ten goede. De spf betreft de activiteiten met betrekking tot de immateriële activa en zijn mijns inziens niet moeilijk uit een situatie af te leiden. In dit kader zal ook de controle van de spf geen moeilijkheden met zich meebrengen.

Het risico op belastingontwijking of –ontduiking is mijns inziens net als bij materiële vaste activa minimaal. Hierbij spelen weer de feiten en omstandigheden een rol en bestaat er geen keuze voor een andere methode van toerekening. Een belastingplichtige kan immers geen invloed uitoefenen op de feitelijke analyse.

### **3.3.3 Financiële activa**

#### **3.3.3.1 Toerekening van aandelen**

Bij financiële activa – waaronder onder andere aandelen vallen – worden opbrengsten en uitgaven toegerekend die betrekking hebben op het aanhouden, de uitlening of verkoop aan een derde van deze activa. Volgens de OESO dient toerekening plaats te vinden aan de hand van de spf, welk aangeven waar het actieve management van de financiële activa wordt uitgevoerd.<sup>138</sup>

Voor de Nederlandse belastingwetgeving is de toerekening van aandelen van belang voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling in de dividendbelasting<sup>139</sup>, die ervoor zorgt dat

---

<sup>138</sup> Rapport 2010, par. 73, 87 en 126.

<sup>139</sup> Art. 4, lid 1, onderdeel a, Dividendbelasting 1965.

heffing van dividendbelasting achterwege mag blijven. Vereist wordt dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Dit is het geval als aandelen aan de vaste inrichting toegerekend worden en mits aan de voorwaarden van art. 13 Wet VpB 1969 e.v. worden voldaan. De toerekening van aandelen is derhalve van belang voor de mogelijkheid om een fiscale eenheid - art. 15, lid 4, onderdeel c, Wet VpB 1969 - te kunnen vormen. De HR hanteert het dienstbaarheids criterium voor de toerekening van financiële activa, welk bevestigd is in BNB 1997/264 en BNB 2003/246<sup>140</sup>. Bij de bepaling van dit criterium dient beoordeeld te worden of de werkzame personen in de vaste inrichting zelfstandig de bevoegdheden met betrekking tot de aandelen uitoefenen. *HR 8 augustus 2008, nr. 40 586, BNB 2008/255* is het vervolg op BNB 2003/246. In geschil was de vraag of aandelen aan de vaste inrichting van belanghebbende toegerekend kan worden. Het hof nam de (vorige) zienswijze van de HR in overweging en beoordeelde dat er feitelijk geen werkzame personen in de vaste inrichting waren die zelfstandig de bevoegdheden (in casu de aandeelhoudersrechten) met betrekking tot de aandelen uitoefenden. Als gevolg daarvan konden de aandelen niet aan de vaste inrichting toegerekend worden. Dit oordeel werd door de HR bevestigd. De uitkomst van dit arrest komt overeen met de visie van de OESO dat financiële activa op basis van de spf toegerekend moet worden. Op basis daarvan is de plaats waar het actieve management ten aanzien van de aandelen wordt uitgeoefend beslissend. De functies worden uitgevoerd door werkzame personen in en vanuit de vaste inrichting.<sup>141</sup>

Geconstateerd kan worden dat de methode die de OESO en de HR hanteren voor de toerekening van aandelen met elkaar overeenkomt. Ook de Staatssecretaris zit met zijn methode voor toerekening van aandelen op één lijn met de OESO, hij beschouwt de spf als beslissende factoren voor de toerekening.<sup>142</sup> De toerekening op basis van de spf vloeit voort uit de functionele en feitelijke analyse die naar aanleiding van toepassing van de zelfstandigheidsfictie dient te geschieden. Dit betekent dat de wijze van toerekening in overeenstemming is met de context van art. 7 OESO-MV. De toerekening van aandelen geschiedt op basis van een enkel methode die duidelijk is, wat goed is voor de rechtszekerheid. Het gebruik van de spf als enig criterium voor de toerekening van aandelen brengt op zichzelf geen risico mee voor belastingontduiking of -ontwijking.

De bepaling van de spf brengt op zich geen extra administratieve lasten met zich. Het belang

---

<sup>140</sup> Voor de behandeling van dit arrest verwijs ik naar paragraaf 3.2.2 van dit hoofdstuk.

<sup>141</sup> Zie Kemmeren TFO 2011/108

<sup>142</sup> Besluit Staatssecretaris 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8233M, Stcrt. 2011,1374, BNB 2011/90 (Verzamelbesluit Dividendbelasting). Dit besluit weergeeft de kaders waarin de Belastingdienst zekerheid vooraf verleent voor de toerekening van aandelen. Daarvoor geeft de Staatssecretaris drie cumulatieve criteria.

van de toerekening van aandelen ligt niet alleen in de sfeer van de vennootschapsbelasting, maar ook in de sfeer van de dividendbelasting. Het feit dat zekerheid vooraf kan worden gekregen bij de Belastingdienst inzake de toerekening vermindert de kans dat relatief minder onnodige fouten in beide aangiftes worden gemaakt. En daarmee dat onnodige kosten die daaraan verbonden zijn gemaakt moet worden.

### **3.3.3.2 Toerekening van beleggingen en overtollige liquide middelen**

Beleggingen en overtollige liquide middelen behoren ook tot de categorie van financiële activa. Hiervoor geldt volgens de OESO eenzelfde toerekeningscriterium als voor de toerekening van aandelen. Dit betekent dat toerekening aan de vaste inrichting op basis van de spf moet plaatsvinden. Het gaat om de functies met betrekking tot het aangaan en het beheren van de risico's ten aanzien van deze financiële activa.<sup>143</sup> De Staatsecretaris sluit zich aan bij deze visie.<sup>144</sup>

In de jurisprudentie wordt door de HR eenzelfde resultaat bereikt door hantering van het dienstbaarheidscriterium. Voor dit criterium dienen de bedrijfsdaden van de vaste inrichting te worden beoordeeld. Dit kan onder andere uit *HR 24 mei 2002, nr. 37 220, BNB 2002/320* worden afgeleid. In dit arrest vormden belanghebbende en haar dochtermaatschappij A BV samen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. B woonde in Nederland en was directeur-grotaandeelhouder van belanghebbende. Enkele handelingen vonden plaats. In 1992 droeg belanghebbende een pensioenverplichting ten aanzien van B over aan A BV. In mei 1994 verhuisde B naar België en op dezelfde dag werd de zetel van A BV van Nederland naar de voormalige<sup>145</sup> Nederlandse Antillen verplaatst. Op 31 december 1994 hadden B en zijn echtgenote afstand gedaan van hun pensioenrechten. In zijn aangifte had belanghebbende voor voorkoming van dubbele belastingheffing gevraagd voor de winst ter zake van de vrijval van de pensioenverplichting en voor de winst die A BV had behaald met de uitoefening van beleggingsactiviteiten. Het geschil in cassatie betrof het antwoord op de vraag of de winst die toe te rekenen was aan de vrijval van de pensioenverplichting van de BV toe te rekenen is aan de vaste inrichting van belanghebbende. De HR stelde vast dat na zetelverplaatsing aangenomen moet worden dat belanghebbende sindsdien zijn onderneming drijft door middel

---

<sup>143</sup> Rapport 2010, par. 73-74, 87 en 91.

<sup>144</sup> Zie Besluit BNB 2011/91

<sup>145</sup> Op 10 oktober 2010 is de Nederlandse Antillen staatkundig ontbonden, waardoor sindsdien Curaçao, Aruba en St. Maarten een status aparte in het Koninkrijk hebben gekregen. Voor Bonaire, Saba en St. Eustatius geldt dat ze bijzondere gemeente van Nederland zijn geworden. Gemakshalve blijf ik de term 'Nederlandse Antillen' hanteren. Voor verdere informatie verwijz ik onder andere naar P. Kavelaars, 'Caribisch Nederland: Internationale fiscale aspecten (deel 1) en (deel 2)', NTFR-B 2011/07 en NTFR-B 2011/12.

van een vaste inrichting op de Nederlandse Antillen. De zetelverplaatsing had namelijk geen verbreking van een fiscale eenheid als gevolg. Volgens de HR waren feitelijk slechts beperkte beheersdaden uitgevoerd door de vaste inrichting met betrekking tot de pensioenverplichting. Bovendien was niet aannemelijk geworden dat de vaste inrichting bevoegd was voor de uitoefening van bestuursbeslissingen in dat kader. De HR vervolgde dat de feitelijke leiding van de pensioenverplichting in Nederland was gebleven en dat uitsluitend het beheer van de beleggingen naar de Nederlandse Antillen was overgebracht. Als gevolg hiervan behoorde de pensioenverplichting tot het vermogen van de in Nederland gedreven onderneming. Dit betekent dat de winst ter zake van de vrijval van de pensioenverplichting ook in Nederlandse belastingheffing betrokken zal worden.<sup>146</sup>

Dienstbaarheid wordt in dit arrest beoordeeld op basis van de beheersdaden van een belegging. Voor de toerekening van een belegging aan de vaste inrichting moet de uitoefening van bestuursbeslissingen en het beheer ervan uitgevoerd worden in of vanuit de vaste inrichting. Dit is niets anders dan de functies (spf) die ten aanzien van de belegging moeten worden uitgeoefend. De beslissing van de HR kan hierdoor in lijn worden beschouwd met de benadering van de OESO voor de toerekening van beleggingen. Opmerkelijk is, hoe de rechter in dit arrest de Nederlandse heffingsgrondslag beschermd. De handelingen in dit arrest zouden anders geen gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting en niet tot heffing leiden.<sup>147</sup>

In een later arrest hanteert de HR eenzelfde toetsingscriterium. *HR 10 juni 2005, nr. 40 447, V-N 2005/32.13*<sup>148</sup>. Belanghebbende in dit arrest hield alle aandelen in Pensioen BV en nog twee andere vennootschappen. Samen met deze drie vennootschappen vormde belanghebbende een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. B en Y - echtgenote van B - waren de directeuren- grootaandeelhouders van belanghebbende. Belanghebbende zelf was de directeur van Pensioen BV. B en Y hadden elk een pensioenovereenkomst gesloten met belanghebbende. Pensioen BV hield zich bezig met het beheer van deze pensioenvoorziening. Enkele handelingen vonden op een gegeven moment plaats. Op 15 december 1993 vond een directiewijziging plaats waarbij C-Trust en natuurlijk persoon D tot directeuren van Pensioen BV werden benoemd. Beide waren inwoners van de Nederlandse

---

<sup>146</sup> Zie r.o. 3.1 en 3.4 van aangehaald arrest

<sup>147</sup> De overdracht van een pensioenverplichting is onbelast binnen een fiscale eenheid. De fiscale eenheid wordt niet verbroken bij een zetelverplaatsing en levert geen belastbare feit op. De vrijval van de pensioenverplichting komt niet toe aan Nederland voor wat betreft de heffing. Zie noot J.A.G. van der Geld op aangehaald arrest.

<sup>148</sup> Dit arrest is het vervolgarrest op HR 20 december 2002, nr. 37 448, BNB 2003/137. Voor een deel van de feiten verwijs ik hiernaar. Zie daarvoor r.o. 3.1.1 t/m 3.1.3.

Antillen. Op dezelfde datum werd de feitelijke leiding van Pensioen BV overgeplaatst naar de Nederlandse Antillen en aldaar ingeschreven in het handelsregister als buitenlandse rechtsvorm. In november 1994 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders van Pensioen BV plaatsgevonden op de Nederlandse Antillen. De pensioengerechtigden – B en Y – deden afstand van hun pensioenrechten, welke registratie bij de Belastingdienst op 30 december 1994 was voltooid. In de aangifte winstbelasting werd een negatief resultaat aangegeven. De overlegde bescheiden weergaven geen activiteit omtrent een eigen beheer van een pensioenvoorziening. In 1994 en 1995 was vanuit Pensioen BV managementfees en kostenvergoeding aan de directeuren uitbetaald. Het geschilpunt in dit arrest betrof de fiscale behandeling van het resultaat op de vrijval van de pensioenverplichting. Meer specifiek de vraag of de vrijval aan Nederland of aan de Nederlandse Antillen moet worden toegewezen. Het hof besloot dat de feitelijke leiding van Pensioen BV naar de Nederlandse Antillen was verplaatst. Er kan feitelijk niet ontkend worden dat diverse activiteiten van Pensioen BV aldaar waren verricht.<sup>149</sup> Volgens het hof was als gevolg van de zetelverplaatsing geen sprake van een verbreking van de fiscale eenheid. Dit brengt mee dat aangenomen moet worden dat belanghebbende zijn onderneming door middel van een vaste inrichting op de Nederlandse Antillen dreef. De feitelijke leiding was verplaatst en daaraan doet niet af dat toestemming van de aandeelhouders nodig was voor het nemen van bepaalde beslissingen. Het pensioenbedrijf (dit is de pensioenverplichting) was volgens het hof echter in Nederland achtergebleven. Als belangrijkste redenen werd het volgende genoemd. In het directiereglement waren geen aanwijzingen te vinden voor het feit dat de bestuurders zich bemoeien met de uitvoering van de pensioenovereenkomsten. Het afzien van de pensioenrechten vond plaats in Nederland en de berekeningen in het kader van deze overeenkomsten werden ook aldaar uitgevoerd. Ook was in de aangifte Antilliaanse winstbelasting geen voorziening opgenomen voor een pensioen in eigen beheer die gehouden werd bij Pensioen BV. De HR bevestigde het vorige en volgde het hof in zijn beslissing dat de belastingheffing over de vrijvalwinst van de pensioenvoorziening in eigen beheer aan Nederland toegewezen moest worden.<sup>150</sup>

Dienstbaarheid vloeit ook hier in dit arrest voort uit de beheersdaden ten aanzien van de pensioenverplichting. Voor de toerekening ervan acht De HR relevant dat het bestuur bemoeit met de uitvoering van de pensioenovereenkomsten. Onder bemoeienis dient naar mijn mening

---

<sup>149</sup> Zie voor de redenen r.o. 5.3.

<sup>150</sup> Zie r.o. 3.1 t/m 3.10, 4.1 t/m 4.2 en 5.1 t/m 5.8 en 5.13



de activiteiten met betrekking tot het beheer en bestuur worden begrepen. Dit komt overeen met toerekening op basis van de spf, die volgens de OESO gehanteerd moet worden.

De toerekening van beleggingen geschiedt aan de hand van dezelfde methode als de toerekening van aandelen, namelijk de spf. De functies hebben weliswaar betrekking op beleggingen, maar verschilt niet qua strekking van de functies. Het zijn functies die te maken hebben met het bestuur en beheer van de financiële activa. Net als bij aandelen constateer ik dat de wijze van toerekening in lijn is met art. 7 OESO –MV en dat de spf als enige toerekeningcriterium de rechtszekerheid ten goede komt. Het gebruik van de spf brengt op zichzelf weinig tot geen risico op belastingontwijking- of ontduiking met zich mee. Voor wat betreft de administratieve lasten kan opgemerkt worden dat het gebruik van de spf zowel bij de toepassing als bij het controleren ervan onnodige kosten beperkt.

### **3.4 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk heeft de toerekening van activa aan een vaste inrichting centraal gestaan. De deelvraag die onderzocht is, betref de vraag over de basis/principes die gelden voor de toerekening van activa. Dit dient te gebeuren op basis van beginselen die ten grondslag liggen aan art. 7 OESO-MV. Het algemene principe voor de winsttoerekening is de ‘functionally separate entity approach’. Dit komt overeen met de benadering van de HR, namelijk de ondernemingsplitsingstheorie of zelfstandigheidsfictie. Tot zover heb ik geconcludeerd dat deze fictie zowel door de OESO als door de HR als een beperkte fictie wordt gezien. Het basisprincipe waarop de vermogenstoerekening plaats moet vinden, is de functionele en feitelijke analyse. De toerekening geschiedt aan de hand van de functies die in of vanuit de vaste inrichting worden uitgeoefend ter zake van een bepaalde vermogensbestanddeel. De functies kunnen gelijkgesteld worden met de activiteiten van de vaste inrichting. Bezien dit perspectief past het dienstbaarheids criterium van de HR ook bij de basisprincipe van art. 7 OESO-MV. De belastingplichtige heeft bij de vermogenstoerekening geen keuzevrijheid.

De toerekening van materiële activa dient volgens art. 7 OESO-MV plaats te vinden aan de hand van eerder bedoelde functionele en feitelijke analyse. Gezamenlijk is door OESO-verdragslanden besloten om daarbij de ‘plaats van gebruik’ van de toe te rekenen activa als bepalende factor te nemen. Dit is de hoofdregel tenzij er een bijzondere omstandigheid plaatsvindt. Deze bijzondere omstandigheid kan optreden in geval van een tijdelijke terbeschikkingstelling. In een dergelijk geval dient volgens de OESO alsnog de spf als relevante factoren voor de toerekening van activa te worden gebruikt. Zowel de ‘plaats van gebruik’ als de spf leiden tot eenzelfde resultaat. Ik concludeer dan ook dat een onderscheid

niet perse nodig is. Dit kan beter worden beperkt tot het standaard gebruik van de spf – net als bij immateriële activa het geval is - als toerekeningscriterium. Het is tenslotte de basismethode die ten grondslag van art. 7 OESO-MV ligt en kan als een adequate wijze worden beschouwd. De Nederlandse jurisprudentie, waarin dienstbaarheid beslissend is, is hierdoor in overeenstemming met de benadering van de OESO.

De OESO hanteert voor toerekening van financiële activa de functies (spf ) als criterium. Dit is het criterium die zowel voor toerekening van aandelen, als de toerekening van beleggingen/pensioenverplichtingen geldt. De HR hanteert het dienstbaarheids criterium en komt tot eenzelfde resultaat. De methode voor toerekening is adequaat. Eenzelfde redenering als hiervoor is van toepassing.

In hoofdstuk 4 zal ik verder ingaan op de toerekening van passiva aan een vaste inrichting.

## Hoofdstuk 4

### TOEREKENING VAN KAPITAAL<sup>151</sup> AAN EEN VASTE INRICHTING

#### 4.1 Inleiding

Stap 1 van de AOA omvat naast de toerekening van activa ook de toerekening van het eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Bij de toerekening van kapitaal speelt eenzelfde kwestie, namelijk het feit dat een vaste inrichting civielrechtelijk niet bestaat, een rol. In het algemeen zijn daarom dezelfde basis/principes als in hoofdstuk 3 van toepassing voor de toerekening van het kapitaal. Deze principes, maar ook de methodiek die in dat hoofdstuk omschreven is, zijn tevens van toepassing op de toerekening van overige passiva, niet zijnde eigen of vreemd vermogen. Het feit dat een nieuwe methode voor toerekening van eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting geïntroduceerd wordt door de OESO<sup>152</sup>, brengt met zich dat deze methode nader bekeken moet worden. Afgevraagd dient te worden hoe deze wijze van toerekening zich verhoudt met de jurisprudentie van de HR en of deze wijze überhaupt strookt met de bedoeling van het art. 7 OESO-MV.

In dit hoofdstuk zal daarom de volgende deelvraag centraal staan:

- Hoe wordt eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting toegerekend?

Voor de beantwoording van deze vraag ga ik eerst in op de visies van verschillende partijen, zoals de OESO, de HR en de Staatssecretaris. Deze visies zal ik vervolgens in par. 4.6 toetsen aan de hand van mijn eigen toetsingskader.

#### 4.2 Benadering van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in diverse arresten een aantal aspecten inzake de toerekening van kapitaal aan een vaste inrichting beslecht. Een aspect dat in de jurisprudentie naar voren kwam, betrof de kwestie of de stamkapitaaltheorie voor fiscale doeleinden moet gelden. Dit zou betekenen dat steeds een deel van het eigen vermogen van de generale onderneming waarvan een vaste inrichting onderdeel is, aan deze vaste inrichting toegerekend dient te worden. Een vaste inrichting zou dan nooit volledig met vreemd vermogen gefinancierd kunnen zijn. Het uitgangspunt van de stamkapitaaltheorie is namelijk dat een onderneming een minimale hoeveelheid eigen vermogen nodig heeft. Bij afwezigheid van enig eigen

---

<sup>151</sup> Hiermee bedoel ik het eigen en vreemd vermogen van een onderneming. Het gaat om het vermogen, waaruit de activiteiten van een onderneming gefinancierd is.

<sup>152</sup> Zie OESO-rapporten 2008 en 2010.

vermogen, dient het vreemd vermogen geheel of gedeeltelijk aangemerkt worden als eigen vermogen.<sup>153</sup>

In *HR 7 mei 1997, nr. 30 294, BNB 1997/263*<sup>154</sup> was de bepaling van het eigen vermogen van een vaste inrichting in geschil. In zijn beoordeling gaf de HR aan dat toepassing van de stamkapitaaltheorie als bezwaarlijk kan worden ervaren, hetwelk kan leiden tot willekeurige uitkomsten.<sup>155</sup> De stamkapitaaltheorie wordt op deze manier als het ware verworpen. Dit betekent dat volgens de HR eerst het vreemd vermogen en vervolgens het eigen vermogen toegerekend moet worden aan een vaste inrichting. In aangehaald arrest werden de middelen die ter financiering van de vaste inrichting zijn aangegaan, pas na constatering dat ze geen schulden zijn die ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangegaan, als eigen vermogen aangemerkt. De HR baseert zich op de reden dat hierdoor rekening wordt gehouden met de zelfstandigheidsfictie, welk gehanteerd moet worden bij toerekening aan een vaste inrichting.<sup>156</sup> Mijns inziens kan hieruit worden afgeleid dat een vaste inrichting volgens de HR geheel met vreemd vermogen gefinancierd kan zijn. Een ander aspect dat in dit arrest ter sprake kwam, was de wijze van toerekening van het vreemd vermogen. Meer specifiek van de wijze van toerekening van externe leningen<sup>157</sup>. Daarvoor is volgens de HR de daadwerkelijke aanwending van een externe lening doorslaggevend. Een schuld dient immers ten behoeve van een vaste inrichting te zijn aangegaan voordat het daaraan toegerekend kan worden als vreemd vermogen. Voor de toerekening betekent dit, dat het doel van de lening gekoppeld moet worden aan de aanwending ten behoeve van de vaste inrichting.<sup>158</sup> Mijns inziens is dit niets anders dan toepassing van het dienstbaarheids criterium van de lening aan een vaste inrichting.

*HR 23 januari 2004, nr. 37 893, BNB 2004/214* betrof een ander arrest waarin de toerekening van kapitaal aan de orde kwam. Belanghebbende was een in Nederland gevestigde vennootschap en maakte deel uit van een groepsmaatschappij. De aandelen van belanghebbende werden gehouden door een in Zweden gevestigde vennootschap (AB), zijn moedermaatschappij. Belanghebbende fungeerde als financieringsmaatschappij voor de vennootschappen van de groepsmaatschappij en oefende activiteiten uit door middel van een

---

<sup>153</sup> Zie E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?', TFO 2011/108.

<sup>154</sup> Voor de behandeling van dit arrest verwijs ik naar hoofdstuk 3, par. 3.2.1.

<sup>155</sup> Zie r.o. 3.3.2., 4<sup>de</sup> volzin: "Een norm ter bepaling....tot willekeurige uitkomsten zou leiden."

<sup>156</sup> Zie r.o. 3.3.2., 2<sup>de</sup> volzin, "De middelen die een ondernemer...., als eigen vermogen aan te merken."

<sup>157</sup> Een interne lening werd, zoals aangegeven in hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.3 van deze scriptie, niet erkend door de HR. Ik kom in hoofdstuk 5 hierop terug.

<sup>158</sup> Dit zal volgen uit de volgende te behandelen arresten.

vaste inrichting in Zwitserland. Een overeenkomst tussen belanghebbende en de inspecteur bepaalde onder andere dat 90% van de winst die de generale onderneming behaalt, toegerekend moet worden aan de vaste inrichting. En, dat 10% van de winst toegerekend moet worden aan belanghebbende. Op 31 maart 1989 had belanghebbende van AB een vordering gekregen op de groep, welk tot het vermogen van zijn vaste inrichting ging behoren. De vordering luidde in Amerikaanse dollars. AB had deze vordering gefinancierd met een banklening tegen eenzelfde bedrag eveneens in Amerikaanse dollars, waardoor belanghebbende een renteloze schuld kreeg aan AB. Deze schuld is omgezet in aandelenkapitaal van belanghebbende. Op 29 maart 1989 had belanghebbende een swapovereenkomst met AB gesloten waarin het bedrag en terugbetalingstermijn voor de schuld/vordering tussen partijen zijn afgesproken. Belanghebbende werd verder per 1 juli 1993 ontbonden. In geschil waren twee punten. Ten eerste of de swapovereenkomst tussen belanghebbende en AB toegerekend diende te worden aan de vaste inrichting in Zwitserland. En, ten tweede of goedkoopmansgebruik de ruimte bood om een bedrag tot de winst te rekenen, met betrekking tot de rechten en verplichtingen van de swapovereenkomst. Het hof oordeelde dat de vermogensbestanddelen die voortvloeiden uit de swapovereenkomst tot het vermogen van de vaste inrichting behoorden. Tot dit vermogen behoorde immers de vordering waarop de swapovereenkomst betrekking had. Deze vordering had belanghebbende gekregen voor de uitoefening van haar financieringsactiviteiten. Deze activiteiten werden vanuit de vaste inrichting uitgeoefend en waren feitelijk aan de vaste inrichting toegerekend. Het karakter van de swapovereenkomst en mede het oorzakelijk verband tussen de vordering en de overeenkomst brachten met zich dat ook de swap aan de vaste inrichting toegerekend moest worden. Het hof ziet het zelfs als verplicht vaste-inrichtingsvermogen<sup>159</sup>. De HR bevestigde de uitspraak van het hof en gaf verder aan dat belanghebbende hierin geen keuze had. Met betrekking tot de winstneming gaf de HR aan, dat goedkoopmansgebruik zich niet verzet tegen de waardering van een vordering in vreemde valuta<sup>160</sup> tegen de valutakoers op balansdatum. Dit geldt ook voor de bepaling van de vaste- inrichtingswinst ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Belanghebbende had volgens de HR dan ook in lijn met de regels van goedkoopmansgebruik gehandeld.<sup>161</sup>

In dit arrest hanteert de HR eenzelfde methode – namelijk het dienstbaarheids criterium - voor de toerekening van externe leningen als hiervoor in BNB 1997/263. Ditmaal ging het

---

<sup>159</sup> Dit is het geval wanneer een vermogensbestanddeel vanuit zijn aard gezien, de functie hebben om de onderneming te dienen. Zie o.a. R.J. de Vries bij zijn noot bij aangehaald arrest.

<sup>160</sup> In casu Amerikaanse dollars.

<sup>161</sup> Zie in het bijzonder r.o. 3 en 4.

weliswaar om de toerekening van vermogensbestanddelen uit een swapovereenkomst. Deze overeenkomst dient echter in samenhang te worden gezien met de vordering die ontstaan is door een externe lening. De HR formuleert mijns inziens zelfs een concretere uitleg voor de wijze van toerekening. Hiervoor dient volgens hem zowel het karakter van de swapovereenkomst als het oorzakelijk verband tussen de vordering en de swapovereenkomst in beschouwing te worden genomen. Met het karakter wordt volgens mij de aard van de swapovereenkomst bedoeld. Dit is het (deels) afdekken van de risico's met betrekking tot de vordering. Het oorzakelijk verband dat de HR bedoelt, kan mijns inziens beschouwd worden als de daadwerkelijke aanwending van de lening, waardoor de vordering is ontstaan. De daadwerkelijke aanwending is in casu de financiering van de ondernemingsactiviteiten van de vaste inrichting. De lening is dienstbaar aan de bedrijfsuitoefening ervan.

Een ander interessant arrest dat de toerekening van kapitaal behandelt, betrof *HR 25 november 2005, nr. 40 858, BNB 2007/117*<sup>162</sup>. Meer specifiek ging het in dit arrest om de toerekening van rentelasten aan een vaste inrichting die bancaire activiteiten verrichtte in Nederland. Ter zake van de toerekening van vreemd vermogen herhaalt de HR dat slechts het vermogen dat dienstbaar is aan de onderneming van de vaste inrichting aan het vaste inrichtingsvermogen kan worden toegerekend. Hiervoor dient een aantoonbaar rechtstreeks verband tussen de activa en de passiva van het bedrijf aanwezig te zijn. Belanghebbende had volgens de HR dit laatste niet bewezen. In feite was er dus sprake van eigen vermogen.<sup>163</sup> In BNB 2004/214 had de HR specifiek aangegeven dat de historische methode gehanteerd moet worden voor de toerekening van vreemd vermogen. Het moet gaan om de daadwerkelijke aanwending van de lening. Echter, bij bancaire activiteiten kan het voorkomen dat het eigen vermogen niet kan worden bepaald of op een te hoog bedrag wordt gesteld. Uit BNB 2007/117 kan afgeleid worden dat de HR in ieder geval bij dergelijke situaties de toepassing van de mathematische methode<sup>164</sup> in lijn acht met de zelfstandigheidsfictie.<sup>165</sup> Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op de zojuist genoemde hoofdregel, namelijk de historische methode. Mijns inziens, maar ook van Kemmeren<sup>166</sup>, kan de mathematische methode ook in andere situaties een uitweg bieden. Dit kan de situatie zijn waarin de bepaling van de historische aanwending van leningen niet of niet goed kan geschieden. Ook is dit het

---

<sup>162</sup> Zie hoofdstuk 3, par. 3.2.3 voor een uitgebreide uiteenzetting van dit arrest.

<sup>163</sup> Zie in het bijzonder r.o. 3.2.2.

<sup>164</sup> Deze methode houdt in dat een evenredig deel van het vreemde en het eigen vermogen van de onderneming als geheel aan het vaste inrichtingsvermogen wordt toegedeeld.

<sup>165</sup> Zie in het bijzonder, r.o. 3.2.4, 2<sup>de</sup> volzin van aangehaald arrest: 'Door aan te sluiten ...met de zelfstandigheidfictie.'

<sup>166</sup> Zie Kemmeren TFO 2011/108.

geval in een situatie waarin sprake is van moeilijk te volgen rekening courantverhoudingen. Beide situaties kunnen voorkomen in de bancaire wereld en denkbaar is dat de HR zulke in overweging heeft genomen in zijn beslissing.

Een balans bevat meestal ook andere posten dan het eigen en het vreemd vermogen. Bij deze overige posten valt te denken aan pensioenverplichtingen, voorzieningen en reserves. Voor de toerekening van deze passiva aan de vaste inrichting, hanteert HR zijn bekende dienstbaarheids criterium. Zowel *HR 24 mei 2002, nr. 37 220, BNB 2002/320* als *HR 10 juni 2005, nr. 40 447, V-N 2005/32.13*<sup>167</sup> betref een geschil over het vrijvalresultaat van een pensioenverplichting en tot welk deel van de generale onderneming het resultaat van deze vrijval behoorde. Uit beide valt af te leiden dat voor de beoordeling van aanwezige dienstbaarheid, gekeken dient te worden naar wie en waar de beheersdaden ter zake van de pensioenverplichting worden verricht. Toerekening aan de vaste inrichting vindt plaats indien het beheer en de exploitatie van een pensioenverplichting door werkzame natuurlijke personen in of vanuit de vaste inrichting bestuurd en gecontroleerd wordt. Deze wijze van toerekening dient in het algemeen te gelden voor alle overige passiva. Van belang daarbij is dat voor ieder soort passivum invulling van het dienstbaarheids criterium plaatsvindt naar de aard ervan. Hiermee bedoel ik dat voor ieder passivum concreet gekeken wordt naar de daarbij behorende relevante activiteiten.<sup>168</sup>

#### **4.3 Kapitaalattributie volgens de OESO**

Volgens stap 1 van het AOA vindt kapitaalattributie aan een vaste inrichting plaats na de toerekening van activa en na de veronderstelling van risico's. Beide beïnvloeden de hoogte van de toe te rekenen eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting. Voor de toerekening van (het economische eigendom van) activa wordt een functionele en feitelijke analyse uitgevoerd, waarbij de spf bepalend zijn.<sup>169</sup> Bij de kapitaalattributie dient hiermee rekening te worden gehouden. Het uitgangspunt daarbij is dat er voldoende kapitaal aan een vaste inrichting moet worden toegerekend om de functies die in en vanuit de vaste inrichting worden uitgeoefend te ondersteunen. Daarnaast geldt als uitgangspunt, dat er voldoende kapitaal wordt toegerekend om veronderstelde risico's van een vaste inrichting te ondersteunen. De OESO geeft aan dat kapitaal de risico's dient te volgen. Dit betekent dat kapitaal toegerekend moet worden door te kijken naar de veronderstelde risico's en niet

---

<sup>167</sup> Voor de uiteenzetting van beide arresten, verwijs ik naar hoofdstuk 3, par. 3.3.3.2.

<sup>168</sup> Zie o.a. ook Kemmeren TFO 2011/108.

<sup>169</sup> Zie par. 3.3.1 van hoofdstuk 3.

omgekeerd. De bepaling van de te veronderstellen risico's vormt dus een belangrijk onderdeel van de functionele en feitelijke analyse. Met veronderstelde risico's wordt elk risico<sup>170</sup> bedoeld, die onlosmakelijk verbonden zijn aan de spf die in of vanuit de vaste inrichting worden uitgeoefend. Deze spf betreffen functies die een actieve beslissingsneming vereisen met betrekking tot de acceptatie en/of het beheer van de risico's.<sup>171</sup>

Indien het voorgaande eenmaal is vastgesteld, volgt dus de toerekening van kapitaal. Zoals bekend kan kapitaal onderverdeeld worden in drie soorten bronnen. Ten eerste bestaat kapitaal uit het aandelenkapitaal en ten tweede bestaat het uit (fiscale) reserves. Deze vormen samen het eigen vermogen, door de OESO ook wel gerefereerd als 'free capital'. Betalingen aan aandeelhouders(dividenden), kunnen voor fiscale doeleinden niet ten laste van het resultaat van een onderneming worden gebracht. De derde bron betreft externe leningen en zijn dus vreemd vermogen. De rentelasten ter zake van het vreemd vermogen zijn integendeel wel aftrekbaar. Om ervoor te zorgen dat uiteindelijk een juiste arm's length-winst aan een vaste inrichting toegerekend wordt, dient volgens de OESO eerst een geschikte hoeveelheid 'free capital' aan een vaste inrichting worden toegerekend. Dit is een duidelijke aanwijzing voor het feit dat de OESO de stamkapitaaltheorie omarmt.<sup>172</sup> Als gevolg van deze theorie wordt het restant van het kapitaal dan in beginsel<sup>173</sup> als vreemd vermogen aangemerkt.

Voor de toerekening van 'free capital' hanteert de OESO een belangrijk algemeen uitgangspunt. Dit uitgangspunt houdt in dat de kredietwaardigheid van een vaste inrichting gelijk is aan de kredietwaardigheid van de generale onderneming waartoe de vaste inrichting onderdeel van is.<sup>174</sup> Mijns inziens betekent dit dat aangenomen moet worden dat een vaste inrichting in staat is om zelfstandig schulden aan te gaan, maar ook zelfstandig met eigen financiële middelen kan aflossen. In het licht van de zelfstandigheidsfictie is dit een logisch uitgangspunt.

De OESO onderscheidt verder naar mijn mening twee basis methoden<sup>175</sup> voor de toerekening van 'free capital', namelijk de 'capital allocation approach' en de 'thin capitalisation approach'. De 'capital allocation approach' houdt in dat 'free capital' aan een vaste inrichting

---

<sup>170</sup> Te denken valt aan debiteurenrisico's en risico's van overtollige inventaris.

<sup>171</sup> Rapport 2010, par. 18, 21 t/m 26, 28 en 29.

<sup>172</sup> Rapport 2010, par. 105 t/m 107.

<sup>173</sup> Soms wordt een gedeelte van het vreemd vermogen alsnog als eigen vermogen gezien. Zie verder hoofdstuk 5 van deze scriptie.

<sup>174</sup> Rapport 2010, par. 30.

<sup>175</sup> De andere methoden die in het Rapport worden genoemd, zijn mijns inziens een variant op de te noemen basis methoden. Het betreft de 'economic capital allocation approach' en de 'safe harbour approach'. Zie hiervoor Rapport 2010, par. 128 en 135 t/m 138.



wordt toegerekend op basis van de proportie van de toegerekende activa en de aangenomen risico's.<sup>176</sup> Onder deze benadering is het de bedoeling om het werkelijke eigen vermogen aan een vaste inrichting toe te rekenen dat ter ondersteuning geldt voor de activa en de risico's van de vaste inrichting. Indien het kapitaalstructuur van een vaste inrichting gelijk is aan het kapitaalstructuur van andere vergelijkbare zelfstandige ondernemingen<sup>177</sup>, levert de 'capital allocation approach' een arm's length-resultaat op. Volgens de OESO brengt de benadering weinig risico op dubbele belastingheffing met zich mee. Dit komt door het feit dat de benadering streeft om de werkelijke eigen vermogen aan de vaste inrichting toe te rekenen. Als gevolg daarvan worden namelijk de voordelen van activiteiten ook daadwerkelijk toegerekend aan het gedeelte van onderneming dat de desbetreffende activiteiten verricht. Het vorige neemt echter niet weg dat dubbele belastingheffing alsnog kan optreden, als gevolg van de verschillende visie van landen op de term 'kapitaal'. Door de toepassing van een functionele en feitelijke analyse zou in beginsel weinig problemen optreden bij de 'capital allocation approach' indien de generale onderneming verschillende activiteiten verricht ten opzichte van de vaste inrichting. Ook treden er weinig problemen op in het geval waarin de marktomstandigheden in de bronstaat verschillen van de omstandigheden waaronder andere delen van de generale onderneming opereert. Wanneer echter niet voldoende met de marktomstandigheden rekening wordt gehouden bij het aannemen van risico's, levert de benadering geen arm's length-resultaat op. Dit is volgens de OESO op zichzelf geen probleem indien en voorzover redelijke accurate aanpassingen worden gemaakt voor de hoogte van 'free capital'. Er is echter één specifieke situatie die een potentieel nadeel is van de 'capital allocation approach'. Het komt weleens voor dat een vaste inrichting (nagenoeg) geheel gefinancierd is met vreemd vermogen. Het kapitaalstructuur van de vaste inrichting is dan niet geschikt voor de bepaling van een arm's length-resultaat. De oplossing zit in het vinden van externe data die dat resultaat wel bereikt. Aan de ene kant kan geopteerd worden om de 'free capital' op een redelijke accurate wijze aan te passen. Aan de andere kant kan geopteerd worden voor de toepassing van de hierna te bespreken 'thin capitalisation approach'.<sup>178</sup>

De andere basismethode om 'free capital' aan een vaste inrichting toe te rekenen betreft de 'thin capitalisation approach'. Deze benadering houdt in dat een hoeveelheid 'free capital' wordt toegerekend op basis van een vergelijkingsanalyse. Hierbij geldt het eigen vermogen

---

<sup>176</sup> In het Rapport wordt als voorbeeld gegeven, dat indien 10% van de activa en risico's van de generale onderneming tot de vaste inrichtingsvermogen behoort, ook 10% als 'free capital' toegerekend moet worden.

<sup>177</sup> In het licht van de zelfstandigheidsfictie wordt de vergelijking gemaakt met zelfstandige ondernemingen die dezelfde of soortgelijke activiteiten verrichten onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden.

<sup>178</sup> Rapport 2010, par. 121 t/m 127, 140, 141, 143 en 144.

van zelfstandige ondernemingen in de bronstaat, die handelen in dezelfde of vergelijkbare activiteiten onder dezelfde of vergelijkbare omstandigheden als de vaste inrichting, als uitgangspunt. Om een arm's length-resultaat te krijgen zijn er twee belangrijke factoren waarmee rekening gehouden moet worden. Deze zijn: Het kapitaalstructuur van de onderneming als geheel en de omvang van daadwerkelijke kapitaalstructuren om de vergelijkingsanalyse uit te kunnen voeren. Bij de tweede factor gaat het er tevens om dat het vereiste van eenzelfde kredietwaardigheid (zie hiervoor) in die analyse wordt meegenomen. Ondanks de grote diversiteit aan gegevens, is het volgens de OESO mogelijk om de 'thin capitalisation approach' toe te passen in de niet-financiële sector. Daarbij past echter een kritische kanttekening. De nodige informatie voor de vergelijkingsanalyse dient opgesteld te worden aan de hand van verschillende factoren, die specifiek gelden voor een bepaalde vaste inrichting.<sup>179</sup> Het is dan ook de vraag of een passende vergelijking te vinden is, die voldoet aan al die specifieke factoren. Dit kan als een nadeel voor de toepassing van de 'thin capitalisation approach' worden ervaren. De benadering heeft daartegenover wel een voordeel. Het biedt - zoals eerder aangegeven - een oplossing voor het geval waarin een vaste inrichting (nagenoeg) geheel uit vreemd vermogen bestaat. Het is wel zo dat in bepaalde gevallen meer eigen vermogen dan daadwerkelijk aanwezig is in de onderneming als geheel aan een vaste inrichting kan worden toegerekend. De oplossing brengt naast een voordeel ook een nadeel met zich mee.<sup>180</sup>

Volgens de OESO leiden bovenstaande methoden, inclusief hun varianten, tot een arm's length toerekening van 'free capital'. Allebei kunnen als aanvaardbare methoden van toerekening worden aangemerkt. De OESO laat de keuze voor een bepaalde methode aan zijn lidstaten over, maar wijst erop dat elke methode een ander uitgangspunt hanteert en zijn voor- en nadelen kent. Een zekere mate van flexibiliteit bij de toepassing van een bepaalde methode is hierbij gewenst teneinde de kans op dubbele of geen belastingheffing te vermijden.<sup>181</sup>

Nadat toerekening van 'free capital' heeft plaatsgevonden, wordt vervolgens vreemd vermogen aan een vaste inrichting toegerekend. Hiermee wordt uitdrukkelijk vreemd vermogen bedoeld dat extern – bij een derde partij – verkregen is. Het vreemd vermogen is ook onderdeel van het kapitaal van een vaste inrichting. Net als bij 'free capital' is vreemd vermogen nodig om de functies van de vaste inrichting en de aangenomen risico's te ondersteunen. Anders dan bij eigen vermogen, levert vreemd vermogen wel een aftrekbare

---

<sup>179</sup> Dit vloeit mijns inziens voort uit de toepassing van de functionele en feitelijke analyse.

<sup>180</sup> Zie Rapport 2010, par. 129 t/m 134.

<sup>181</sup> Rapport 2010, par. 30, 31, 147 en 148.

last op, namelijk in de vorm van betaalde rente.

Toerekening van vreemd vermogen is afhankelijk van de uitkomst van de functionele en feitelijke analyse en de omstandigheden waarin een vaste inrichting zijn onderneming uitoefent. Met een bepaalde wijze van toerekening dient uiteindelijk een rente, die in overeenstemming is met het arm's length-beginsel, aan de vaste inrichting worden toegerekend. Dit is echter niet mogelijk indien de spf die relevant zijn voor het beheer en beslissingsneming van externe leningen niet kan worden bepaald. Als wijze van toerekening van vreemd vermogen formuleert de OESO twee benaderingen. Deze benaderingen zijn de 'tracing approach' en de 'fungibility approach'.<sup>182</sup>

De 'tracing approach' neemt als uitgangspunt het oorspronkelijke doel waarvoor een externe lening is aangegaan. Dit is niks anders dan toepassing van de historische methode. De rente afkomstig uit de externe lening wordt bepaald aan de hand van hetzelfde werkelijke rentepercentage die de generale onderneming met de derde partij is overeengekomen.

De andere toerekeningswijze, de 'fungibility approach' houdt in dat het vreemd vermogen dat een vaste inrichting aantrekt, onderdeel is van het kapitaal van de gehele onderneming. Bij deze benadering wordt niet gekeken naar het onderdeel van de generale onderneming dat daadwerkelijk gebruik maakt van het aangetrokken vreemd vermogen. De 'fungibility approach' rekent rentelasten toe aan een vaste inrichting aan de hand van een (vooraf overeengekomen) proportie van de rentelasten die de generale onderneming als geheel heeft betaald aan de externe partij. De benadering betreft dus de mathematische methode<sup>183</sup>.

Volgens de OESO hebben beide bovenstaande methoden een gezamenlijk probleem. Eén ervan is dat geen van beide rekening houdt met alle mogelijke omstandigheden die uit de functionele en feitelijke analyse komen uitrollen. De OESO beschouwt echter beide methoden in lijn met het AOA en laat de keuze over aan elk land. Bij een keuze moet volgens de OESO wel altijd het doel van de methode in acht worden genomen. Dit is, zoals eerder aangegeven, het ervoor zorgen dat uiteindelijk een arm's length bedrag aan rentelast aan een vaste inrichting wordt toegerekend.<sup>184</sup>

#### **4.4 De verhouding tussen de jurisprudentie en de benadering van de OESO**

De vraag of de stamkapitaaltheorie van toepassing is bij de toerekening van kapitaal aan een vaste inrichting, is zowel door de HR als de OESO beantwoord. Enerzijds is uit de

---

<sup>182</sup> De OESO geeft aan dat lidstaten ook varianten op deze benaderingen hanteren.

<sup>183</sup> De toepassing van deze methode werd door de HR in BNB 2007/117 geaccepteerd.

<sup>184</sup> Rapport 2010, par. 105 t/m 107 en 153 t/m 156.

jurisprudentie duidelijk geworden dat de HR de stamkapitaaltheorie verwerpt. Anderzijds omarmt de OESO de stamkapitaaltheorie voor de toepassing van het nieuwe art. 7 OESO-MV. Deze benadering is volgens de OESO in ieder geval van toepassing op nieuwe bilaterale verdragen<sup>185</sup>. Geconstateerd kan worden dat de HR en de OESO dus niet op een lijn zitten en dat beide benaderingen een ander resultaat kunnen opleveren.<sup>186</sup> Afgevraagd kan worden hoe de wijziging die OESO wenst te bereiken zal doorwerken in de praktijk. Daarbij is het van belang om eerst deze wijzigingen nader te bekijken in het licht van de gewezen jurisprudentie.

De HR heeft de stamkapitaaltheorie verworpen en wel op grond van het arm's length-beginsel.<sup>187</sup> Strikt genomen betekent deze verwerping dat de stamkapitaaltheorie op bestaande verdragen met het oude art. 7 OESO-MV niet van toepassing kan zijn. Het betekent ook dat de stamkapitaaltheorie niet zonder meer van toepassing is in situaties waarbij sprake is van buitenlandse belastingplicht in Nederland. Art. 7 OESO-MV verdeelt slechts de heffingsbevoegdheid tussen woon- en bronstaat. Het regelt niet hoe de inkomensbestanddelen en de winst toegerekend moet worden aan een vaste inrichting. Dit zal aan de hand van de wetgeving van de bronstaat moeten gebeuren en in de Nederlandse situatie wordt het niet toegestaan. De benadering van de OESO kan slechts worden gehandhaafd indien de HR als het ware zou omgaan. Slechts hierdoor kan de kapitaalattributie zonder meer door kunnen werken op alle - inclusief oude - verdragen. Voor zover het mij bekend is, is dit nog niet het geval.

Kemmeren<sup>188</sup> maakt een interessante opmerking over de mogelijkheid dat de HR dit daadwerkelijk zou doen. Afgevraagd zou kunnen worden of het dynamische evenwicht binnen de trias politica wordt verstoord, doordat de rechterlijke macht – de HR – zich door de uitvoerende macht heeft laten beïnvloeden. Deze kwestie valt buiten het bestek van mijn scriptie, maar is mijns inziens wel een belangrijke. Indien het evenwicht in de trias politica zo makkelijk te beïnvloeden is, zal dit volgens mij kunnen betekenen dat onze huidige systematiek in gevaar kan zijn. Bij een overvloed van macht kan het belang van belastingplichtigen uit het oog verloren worden en kan dit zich uiten in een verminderde vertrouwen in de overheid als instantie. Ik denk niet dat dit gewaardeerd zal worden. Zolang de HR niet omgaat – en het is bovendien de vraag of de HR dat überhaupt gaat doen – dient bij het opstellen van Nederlandse verdragen een specifieke bepaling te worden opgenomen.

---

<sup>185</sup> Met nieuwe verdragen worden verdragen met het nieuwe art 7 OESO-MV bedoeld. Met oude of bestaande verdragen worden verdragen bedoeld, waarin het art. 7 OESO-MV (oud) is opgenomen.

<sup>186</sup> Zie hiervoor par. 4.2 en 4.3, respectievelijk.

<sup>187</sup> Vergelijk BNB 1997/263

<sup>188</sup> Kemmeren kaart komende opmerking aan in TFO 2011/108.

Alleen dan kan de stamkapitaaltheorie in geval van buitenlandse belastingplicht worden toegepast.<sup>189</sup>

Ook de toerekening van vreemd vermogen - en de daarbij behorende rente - wordt door de HR en de OESO verschillend benaderd. De HR rekent vreemd vermogen aan een vaste inrichting toe op basis van zijn dienstbaarheids criterium en past daarbij de historische methode toe. De mathematische methode wordt expliciet door de HR verworpen, maar wordt als aanvaardbaar beschouwd voor de financiële/bancaire sector.<sup>190</sup> De OESO wijst de historische methode, zoals gehanteerd door de HR, niet af. Het laat in eerste instantie de ruimte aan zijn lidstaten open om te kiezen tussen de ‘tracing approach’ en de ‘fungibility approach’. Beiden zijn volgens de OESO onder de AOA aanvaardbare methoden. Echter, door de stamkapitaaltheorie in feite te omarmen lijkt de OESO mijns inziens indirect een voorkeur uit te spreken voor de ‘fungibility approach. Dit is juist de methode die tot nu toe slechts in uitzonderingsgevallen door de HR is geaccepteerd. De historische methode van de HR lijkt geen praktische betekenis te hebben in de benadering van de OESO. Toerekening van het vreemd vermogen aan een vaste inrichting geschiedt immers na de attributie van een minimale hoeveelheid eigen vermogen.

Met betrekking tot de vraag over de doorwerking van de OESO-benadering in Nederland kunnen dezelfde opmerkingen als hiervoor aangehaald worden. Pas indien de HR om zou gaan, kan de benadering van de OESO worden toegepast. Voor de uitzonderingsgevallen is dit natuurlijk niet nodig, de HR heeft de mathematische methode al geaccepteerd. De vraag of de HR de methode ook voor de niet-financiële sector als bruikbaar acht, valt nog te bezien. Wanneer sprake is van buitenlandse belastingplicht in Nederland, dient tot dat moment in ieder geval een specifieke bepaling in Nederlandse belastingverdragen worden opgenomen.<sup>191</sup>

#### **4.5 De keuzes van de Staatssecretaris van Financiën**

De standpunten van de Staatssecretaris van Financiën op het gebied van kapitaalattributie aan vaste inrichtingen worden uiteengezet in het Besluit Winstallocatie<sup>192</sup>. Daarin geeft de Staatssecretaris uitdrukkelijk aan dat het Nederlandse beleid aansluit bij de conclusies van het OESO-Rapport 2008 en 2010. Deze conclusies zijn volgens hem een juiste invulling op de beginselen die al verbonden waren aan art. 7 OESO-MV (oud). Hij geeft dan ook aan de

---

<sup>189</sup> Zie Kemmeren TFO 2011/108 en P.J.J.M. Peeters, ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting’, TFO 2011/122.

<sup>190</sup> Vergelijk BNB 2007/117.

<sup>191</sup> Zie ook Kemmeren TFO 2011/108, Peeters TFO 2011/122 en H. Pijl, ‘Het besluit winsttoerekening 2011:kritiek’, NTFR 2011/440.

<sup>192</sup> Zie het Besluit Winstallocatie, BNB 2011/91. Hierna het besluit.

conclusies van het Rapport te onderschrijven.<sup>193</sup> Dit is mijns inziens een overbodige toevoeging. De overheid – dit is de Belastingdienst en de Ministerie – heeft zich politiek gezien verbonden aan het volgen van het OESO-commentaar (en daarmee ook het Rapport) voor de uitleg en toepassing van belastingverdragen. De overheid heeft geen andere keuze dan zich te houden aan het nieuwe commentaar dat verbonden is aan het nieuwe art. 7 OESO-MV.<sup>194</sup>

In Nederland wordt volgens de Staatssecretaris de dynamische interpretatie<sup>195</sup> toegepast bij de uitleg van bestaande belastingverdragen met een gewijzigd OESO-commentaar. De verduidelijkingen in het OESO- commentaar 2008 zijn naar zijn mening op deze verdragen van toepassing. De wijzigingen met betrekking tot art. 7 OESO-MV – dit is voornamelijk de nieuwe wijze van kapitaalattributie – werken volgens de Staatssecretaris niet automatisch door naar bestaande verdragen. Het is onduidelijk hoe deze wijzigingen in de praktijk zullen uitwerken. Aangezien deze onduidelijkheid onwenselijk is, is de Staatssecretaris ertoe bereid om de nieuwe OESO-benadering toe te passen op bestaande verdragen.<sup>196</sup> Bij dit standpunt hoort mijns inziens een kritische kanttekening. Afgevraagd dient te worden wie in Nederland dynamisch interpreteert. De overheid heeft zich weliswaar verbonden aan het volgen van de nieuwe wijze van kapitaalattributie en is daartoe verplicht, het is echter aan de rechterlijke macht om deze vraag te beantwoorden. De HR heeft zich nog niet uitgelaten over de dynamiek en hoe de bedoelde veranderingen doorwerken op bestaande verdragen. De kwestie is met andere woorden nog niet bepaald. Het is algemeen bekend dat de HR het commentaar van belang acht voor de uitleg van belastingverdragen. Bij bestaande verdragen hoort het oude commentaar, want in die verdragen staat art. 7 (oud) OESO-MV opgenomen. In dit kader kan verwacht worden dat de HR de nieuwe wijze van kapitaalattributie niet verenigbaar zou achten met enig bestaand verdrag. De wijzigingen werken naar mening dan ook niet door op de wijze waarop de Staatssecretaris bedoelt.<sup>197</sup>

Het feit dat de Staatssecretaris door middel van zijn Besluit een standpunt betreffende de dynamiek heeft ingenomen, heeft bovendien weinig betekenis. Het Besluit dient slechts ertoe om de standpunten van de Staatssecretaris – en van de Belastingdienst – bekend te maken en te verklaren. Bij deze verklaring dient weliswaar de jurisprudentie van de HR als uitgangspunt

---

<sup>193</sup> Zie onderdeel 1.2 van het Besluit.

<sup>194</sup> Zie o.a. Pijl, NTFR 2011/440.

<sup>195</sup> Dit is de methode geformuleerd in art. 3, lid 2, OESO-MV.

<sup>196</sup> Zie onderdeel 1.2 van het Besluit.

<sup>197</sup> Zie hiervoor ook de mening van Pijl, NTFR 2011/440 en H. Pijl, 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen.', WFR 2011/201

genomen te worden, want dit is uiteindelijk onze hoogste rechterlijke macht. Het besluit zelf roept slechts verplichtingen op voor de overheid en heeft geen constituerend effect voor de burger of de rechterlijke macht. Een belastingplichtige kan zich echter wel op de dynamiek beroepen indien het voor hem/haar voordeliger uitpakt. Een belastingplichtige mag ook stellen dat de dynamiek gelet op het verdrag in zijn casus, niet passend is. Dit is voornamelijk het geval waarin de dynamiek een belastingplichtige in een nadelige positie brengt. Ik sluit me dan ook bij Kemmeren<sup>198</sup> aan in zijn stelling dat deze mogelijkheden kan leiden tot cherrypicking. Een nuancering is hier op zijn plaats. Mijns inziens moet beseft worden dat het effect van cherrypicking niet zonder hulp van de HR kan optreden. Door de dynamiek op bestaande verdragen te willen toepassen heeft de Staatssecretaris wel het vertrouwen bij de belastingplichtige gewekt.

De Staatssecretaris streeft er naar het eigen en vreemd vermogen aan vaste inrichtingen op een wijze toe te rekenen die past bij de zelfstandigheidsfictie. Hiermee bedoelt hij een methode die zoveel mogelijk leidt tot de winst die een afzonderlijke ongelieerde onderneming zou hebben behaald met vergelijkbare activiteiten onder vergelijkbare omstandigheden. Het uitgangspunt van de OESO is dat een vaste inrichting eenzelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming waartoe het behoort. Mede gelet op het vorige heeft de Staatssecretaris een voorkeur voor de ‘capital allocation approach’ als wijze van toerekening van het eigen vermogen. De ‘thin capitalisation approach’ zal volgens hem slechts toegepast worden in het geval waarin de generale onderneming niet in overeenstemming met het arm’s length- beginsel is gefinancierd. In een dergelijk geval zal meestal sprake zijn van een teveel aan vreemd vermogen.

De OESO acht zeker twee basismethoden voor de toerekening van vreemd vermogen aanvaardbaar onder de AOA. Desondanks spreekt de Staatssecretaris een voorkeur uit voor de ‘fungibility approach’. Deze methode rekent de rentelasten pro-rata toe aan een vaste inrichting, net als zijn voorkeursmethode voor de toerekening van het eigen vermogen. Het houdt naar zijn mening rekening met de specifieke omstandigheden waaronder de vaste inrichting functioneert. Dit brengt met zich dat de omvang van de toe te rekenen rentelast, overeenkomt met degene die een onafhankelijke derde aan een dergelijke onafhankelijke onderneming in rekening zou brengen. De ‘tracing approach’ houdt geen rekening met de specifieke omstandigheden en zou daarom volgens de Staatssecretaris niet altijd tot een arm’s length- resultaat leiden. Voor de toerekening van rentelasten geldt, dat dit niet hoger mag zijn

---

<sup>198</sup> Zie Kemmeren TFO 2011/108.

dan een arm's length- rentelast.<sup>199</sup>

In par. 4.3 van dit hoofdstuk heb ik de nieuwe benadering van de OESO besproken. Ten aanzien van het bovenstaande zijn dezelfde opmerkingen te plaatsen. De Staatssecretaris zet zelfs uitdrukkelijk de jurisprudentie van de HR opzij. Net als de OESO omarmt hij de stamkapitaaltheorie en dient volgens hem eerst het eigen vermogen toe te worden gerekend aan de vaste inrichting. De mogelijkheid voor toepassing van de 'tracing approach', zoals de HR die ziet, lijkt ook te zijn verdwenen. Indien de HR zou 'omgaan', is de attributiestelsel van het Besluit naar de mening van o.a. Pijl en Peeters<sup>200</sup> niet te handhaven. Ik sluit me daarbij aan. In de volgende paragraaf kom ik op bepaalde punten terug waarin dit duidelijker wordt.

#### **4.6. Toetsing van de methoden voor de toerekening van kapitaal**

Tot zover heb ik de verschillende methoden van kapitaalattributie besproken en gezien vanuit verschillende partijen. Deze verschillen van elkaar. Hierna ga ik op basis van mijn eigen toetsingskader een keuze maken voor een adequate wijze van toerekening van eigen en vreemd vermogen.

De stamkapitaaltheorie wordt enerzijds door de HR verworpen en anderzijds door de OESO en de Staatssecretaris van toepassing geacht. Art. 7 OESO-MV vereist in het algemeen, dat vermogensbestanddelen op een zodanig manier wordt toegerekend, dat daaruit een arm's length-winst voortvloeit samenhangend met de activiteiten van de vaste inrichting. In par. 3.2 heb ik uiteengezet dat hieraan de zelfstandigheidsfictie ten grondslag ligt. De toerekening van kapitaal aan een vaste inrichting zou op basis daarvan moeten plaatsvinden aan de hand van een functionele en feitelijke analyse, waarbij de spf relevant zijn. De benadering van de HR, namelijk het dienstbaarheids criterium, leidt tot eenzelfde uitkomst en past in die zin goed bij de bedoeling van art. 7 OESO-MV.

De HR verwerpt deze theorie op grond van zijn strijdigheid met het arm's length-beginsel. Ik sluit me daarbij aan en beredeneer dit aan de hand van enige strijdigheden met de basisbeginselen van art. 7 OESO-MV. Een van de aannames van de stamkapitaaltheorie is dat de vaste inrichting eenzelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming. Gezien het feit dat een vaste inrichting zelf geen financiering kan aangaan, omdat het geen juridische entiteit is, vind ik de aanname een praktische oplossing. Echter, het bewerkstelligt de toepassing van de zelfstandigheidsfictie niet en dit is juist het uitgangspunt van art. 7 OESO-

---

<sup>199</sup> Zie onderdeel 2.1 van het Besluit.

<sup>200</sup> Zie Pijl, NTFR 2011/440 en Peeters TFO 2011/122, respectievelijk



MV. Een probleem kan optreden als de economische omstandigheden waarin een vaste inrichting opereert niet gelijk zijn aan de omstandigheden van de generale onderneming waartoe het behoort. De economische omstandigheden waarin een onderneming verkeert zijn immers mede afhankelijk van de omstandigheden van het land waarin deze gevestigd is. Voor de vaste inrichting betekent dit, dat gekeken moet worden naar de bronstaat. De veronderstelling van eenzelfde kredietwaardigheid voor zowel de vaste inrichting als de generale onderneming, zou mijns inziens niet tot een arm's length- resultaat leiden. Als gevolg daarvan dient wellicht een andere kredietwaardigheid als waarde te worden genomen. Een andere aanname van de stamkapitaaltheorie is dat een minimale hoeveelheid als eigen vermogen aan een vaste inrichting toegerekend moet worden. Een zelfstandige onderneming heeft een hoeveelheid eigen vermogen nodig om de ondernemingsrisico's en de activa te ondersteunen. In dit kader is het mijns inziens logisch om een dergelijke aanname te maken. De aanname bewerkstelligt de zelfstandigheidsfictie. Het eigen vermogen komt tot uiting op de ondernemingsbalans. Het is echter zo dat deze hoeveelheid eigen vermogen altijd een rest post is. Het feit dat de aanname wordt gemaakt, maakt het een verplichting om daadwerkelijk een minimale hoeveelheid aan de vaste inrichting toe te rekenen. Dit kan mijns inziens niet de bedoeling zijn van het winstartikel. Op basis van de functionele en feitelijke analyse wordt de werkelijke hoeveelheid eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting toegerekend. Dit gebeurt door bedoelde aanname niet en is daarom niet in lijn met de bedoeling van art. 7 OESO-MV. De 'functionally separate entity approach' is bovendien gekozen, omdat het geen beperking legt op de winst die toegerekend moet worden aan de vaste inrichting. Een dergelijke beperking treedt mijns inziens door toepassing van de stamkapitaaltheorie in het geval van een vaste inrichting die met teveel vreemd vermogen gefinancierd is. Aan deze vaste inrichting wordt door de bedoelde aanname, meer eigen vermogen toegerekend dan daadwerkelijk het geval is. De strijdigheid treedt op doordat deze toerekening eerst plaatsvindt en dat vervolgens het vreemd vermogen aan de vaste inrichting toegerekend wordt. Indien achteraf rekening zou worden gehouden met deze aanname en als het ware een correctie plaats zou vinden nadat het vreemd vermogen eerst toegerekend wordt, zou ik hiermee minder moeite hebben. Het feit dat de HR het dienstbaarheids criterium hanteert, en mede door het feit dat dit uitgangspunt eenzelfde uitkomst levert met de toepassing van de zelfstandigheidsfictie, brengt naar mijn mening met zich dat de benadering van de HR beter past in de context van art. 7 OESO-MV.

Om eenzelfde kredietwaardigheid te bepalen, dient gekeken te worden naar het risicoprofiel van het hoofdhuis. Indien een vaste inrichting in Nederland zijn ondernemingsactiviteiten

uitoefent, dient dan ook een berekening te worden gemaakt van het risicoprofiel op basis van buitenlandse gegevens. Dit brengt voor de belastingplichtige voornamelijk meer administratieve lasten met zich voor de toerekening van kapitaal. De Staatssecretaris heeft voor de stamkapitaaltheorie gekozen, maar geeft geen aanwijzingen voor de berekening van het risicoprofiel.<sup>201</sup> Dit is onacceptabel. Indien de stamkapitaaltheorie op een consistente manier door verdragslanden wordt toegepast, levert het mijns inziens weinig risico op voor belastingontduiking- of –ontwijking. Belastingplichtigen hebben dan weinig te kiezen. Het feit dat nog niet bekend is hoe de HR hierover denkt, wordt voor belastingplichtigen ruimte gecreëerd om zich wel of juist niet op keuzes in het Besluit te beroepen in het geval van bestaande verdragen. Hierin schuilt naar mijn mening een degelijke kans op belastingontduiking- of –ontwijking.

De stamkapitaaltheorie zelf brengt geen risico op dubbele of geen belastingheffing met zich. Het is de toepassing ervan, die in handen is van de nationale wetgeving van verdragslanden, welke kan leiden tot verschillende interpretaties. Net als de HR ben ik van mening dat toepassing van de theorie tot willekeurige uitkomsten kan leiden. Echter, dit is niet te wijten aan de theorie, maar aan dispariteiten.

De stamkapitaaltheorie is mijns inziens naar aanleiding van bovenstaande niet als een adequate wijze voor kapitaalattributie te beschouwen.

De nieuwe benadering van de OESO zet in een Nederlandse casus, de jurisprudentie van de HR opzij. Dit is onacceptabel en is mijns inziens niet toe te passen. Enerzijds kan de ‘capital allocation approach’ en anderzijds kan de ‘thin capitalisation approach’ als toerekeningsmethode worden gebruikt. De doel en strekking van art. 7 OESO-MV komt mijns inziens beter tot uiting bij de ‘capital allocation approach’. Beide benaderingen kunnen echter tot een arm’s length resultaat leiden. Dit resultaat wordt bij de ‘capital allocation approach’ bereikt, indien voldoende rekening wordt gehouden met de marktomstandigheden waarin de vaste inrichting zijn bedrijfsactiviteiten uitoefent. De benadering laat tevens de functionele en feitelijke analyse doorwerken in de toerekeningsmethode van het eigen vermogen. Bovendien neemt de benadering de kapitaalstructuur van vergelijkbare ondernemingen als uitgangspunt. Dit past bij de zelfstandigheidsfictie. De ‘capital allocation approach’ levert wel een probleem op in gevallen waarin niet voldoende rekening wordt of kan worden gehouden met de marktomstandigheden van een vaste inrichting. In dat geval kan de ‘thin capitalisation approach’ als een betere methode voor de toerekening van ‘free capital’ worden gebruikt.

---

<sup>201</sup> Zie de noot bij BNB 2011/91

Deze andere benadering zal mogelijk wel meteen tot een arm's length resultaat kunnen leiden. Alhoewel de 'thin capitalisation approach' in de meeste gevallen tot een arm's length resultaat kan leiden, is de benadering niet helemaal in lijn met de context van art. 7 OESO-MV. De functionele en feitelijke analyse zorgt voor een vergelijking van de activiteiten en omstandigheden van de vaste inrichting met andere zelfstandige ondernemingen. Ik zie echter niet in hoe de spf uiteindelijk het toe te rekenen eigen vermogen aan de vaste inrichting bepaalt in deze benadering. Dit is mijns inziens dan ook strijdig met de toerekeningswijze die bedoeld wordt in art. 7 OESO-MV.

In beide benaderingen van de OESO kan sprake zijn van hoog oplopende administratieve lasten voor de belastingplichtige. Dit komt bij de 'capital allocation approach' tot uiting in het uitgangspunt die gehanteerd wordt voor het kapitaalstructuur. Daarentegen komt dit bij de 'thin capitalisation approach' tot uiting in het feit dat een vergelijkingsanalyse met zelfstandige ondernemingen in de bronstaat moet plaatsvinden. Voor beide benaderingen geldt dat ze tijdrovend zijn en administratieve lasten met zich brengen, omdat een behoorlijk aantal gegevens verzameld en geanalyseerd moet worden. Het is denkbaar dat bij de 'capital allocation approach' dit effect minder te merken is. Een vergelijking met de kapitaalstructuur van het hoofdhuis is al mogelijk indien deze vergelijkbare activiteiten en onder vergelijkbare of soortgelijke omstandigheden verkeerd. De aanname vereist namelijk niet dat de vergelijkbare onderneming in de bronstaat moet worden gevonden. De controle van bedoelde gegevens is daarentegen in handen van de Belastingdienst. Deze zal echter minder administratieve lasten ervaren. Dit komt doordat de controle namelijk plaats kan vinden aan de hand van de Transfer Pricing Guidelines<sup>202</sup>. Bovendien kunnen verdragslanden informatie met elkaar uitwisselen.

De belastingplichtige heeft bij de 'capital allocation approach' geen invloed op de manier waarop de benadering uitwerkt. De pro rata berekening vindt namelijk plaats aan de hand van toegerekende activa en aangenomen risico's die eerder aan de vaste inrichting toegerekend zijn. Mijns inziens is er bij deze benadering weinig tot geen risico op belastingontwijking of –ontduiking. Daarentegen is er wel enige risico daarop bij de 'thin capitalisation approach'. Een functionele en feitelijke analyse speelt bij deze benadering geen rol en de spf evenmin. De controlemogelijkheden van de Belastingdienst zijn lang niet waterdicht. In dit kader denk ik dat belastingplichtigen bij het verzamelen en vergelijken van een groot aantal gegevens

---

<sup>202</sup> Zie hiervoor Transfer Pricing.Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, Parijs 2010. In hoofdstuk 5 van deze scriptie, wanneer ik specifiek op de winsttoerekening inga, kom ik terug op deze regels.

ruimte kunnen inzien om daarmee trucjes uit te halen.

Ten slotte moet vermeld worden dat de benaderingen van de OESO tot op zekere hoogte het risico op dubbele of geen belastingheffing beperken. Theoretisch gezien zou de ‘capital allocation approach’ niet moeten leiden tot dubbele belastingheffing. De benadering streeft ernaar om de daadwerkelijke omvang aan eigen vermogen waaruit de vaste inrichting gefinancierd is ook toe te rekenen. En toch is die risico aanwezig. Dit komt doordat de term ‘kapitaal’ in verdragslanden op basis van de nationale wet verschillend geïnterpreteerd kan worden. Dit laatste geldt ook ten aanzien van de ‘thincapitalisation approach’.

Beide benaderingen van de OESO zijn naar mijn mening als aanvaardbaar te beschouwen voor de toerekening van eigen vermogen. Bezien bovenstaande is de meest adequate wijze de ‘capital allocation approach’. Ik volg hierbij de Staatssecretaris in zijn mening dat deze benadering de voorkeur verdient. Het is echter zo dat hij zijn voorkeur als een vaste keuze neerzet en lijkt de ‘thin capitalisation approach’ slechts in geval waarin sprake is van een teveel aan vreemd vermogen toe te staan. Dit is mijns inziens onjuist. Het biedt namelijk uitkomst voor alle gevallen waarin op basis van de ‘capital allocation approach’ geen arm’s length- resultaat wordt bereikt.

De toerekening van het vreemd vermogen wordt ook verschillend door de OESO en de HR behandeld. In de benadering van de OESO is het vreemd vermogen een restpost. De OESO heeft de ‘fungibility approach’ (ook wel de mathematische methode) en de ‘tracing approach’ (ook wel de historische methode) als methoden voor toerekening van rentelasten aanvaard. De HR rekent eerst het vreemd vermogen toe aan een vaste inrichting en hanteert daarbij de tweede benadering als hoofdregel voor de toerekening van vreemd vermogen en de rentelasten. In uitzonderingsgevallen – gevallen in de bancaire sector - acht de HR de mathematische methode aanvaardbaar. Voor de Staatssecretaris is in tegenstelling tot de HR juist de ‘fungibility approach’ de voorkeursmethode.

Afgevraagd kan worden of de benaderingen in overeenstemming zijn met art. 7 OESO-MV. De ‘fungibility approach’ rekent niet de daadwerkelijke rente toe die toebehoort bij toegerekende vreemd vermogen aan een vaste inrichting. De ‘functionally separate entity approach’ is juist gekozen doordat de daadwerkelijke omvang van het vreemd vermogen toegerekend zou worden. De rentelasten op grond van deze benadering volgen de uitwerking van de ten grondslag liggende functionele en feitelijke analyse niet. Bovendien kan de benadering hierdoor de winst die uiteindelijk toe te rekenen is aan de vaste inrichting beperken. Het is wel zo dat de benadering een arm’s length- resultaat bereikt. Het feit dat de

benadering het beginsel van het winstartikel niet respecteert, brengt mijns inziens mee dat de ‘fungibility approach’ niet in lijn met art. 7 OESO-MV kan worden beschouwd. De ‘tracing approach’ is integendeel wel in overeenstemming met het winstartikel. Het uitgangspunt van deze benadering is het oorspronkelijke doel van de externe lening. Dit bewerkstelligt de toepassing van de functionele en feitelijke analyse, waarbij de spf relevant zijn. Bij ‘tracing approach’ wordt gekeken naar de echte rentelasten ter zake van externe leningen die eerder toegerekend zijn aan de vaste inrichting. Deze externe leningen zijn toegerekend aan de hand van activiteiten die in of vanuit de vaste inrichting worden uitgeoefend en met de externe lening gefinancierd zijn. De benadering is hierdoor in lijn met art. 7 OESO-MV en leidt tevens tot een resultaat die overeenkomt met het arm’s length-beginsel. Anders dan de Staatssecretaris ben ik van mening dat juist bij de ‘tracing approach’ rekening wordt gehouden met de specifieke omstandigheden van de vaste inrichting.

Met betrekking tot de administratieve lasten valt het volgende te vermelden. Voor de toepassing van de ‘fungibility approach’ zijn er gegevens van de generale onderneming nodig. Dit brengt mijns inziens geen onnodige administratieve lasten met zich. Uit de balans van de generale onderneming kan deze gegevens op een eenvoudige manier worden afgeleid en worden gebruikt voor de winstbepaling van de vaste inrichting. Vooraf wordt een rentepercentage afgesproken, en het is mogelijk dat dit percentage gelijk is aan hetgeen het hoofdhuis met de externe partij heeft afgesproken. Het percentage moet arm’s length zijn. Indien de vaste inrichting niet in gelijke marktomstandigheden verkeert als het hoofdhuis, zal het percentage naar mijn mening niet arm’s length zijn. In dit geval is het denkbaar dat er kosten verbonden zijn aan het verzamelen en vergelijken van dit percentage in de markt. Los van deze problematiek blijven de administratieve lasten onder de ‘fungibility approach’ beperkt. Voor de controle heeft de Belastingdienst tevens de mogelijkheid om het afgesproken percentage door middel van informatie uitwisseling. Dit brengt weinig administratieve lasten met zich. Mijns inziens blijven de administratieve lasten bij de ‘tracing approach’ zelfs beperkter. De spf die nodig is voor de toerekening van de rentelasten aan de vaste inrichting, zijn al eerder bepaald voor de toerekening van activa en bij de aanneming van risico’s. De Belastingdienst kan tevens de eerder bepaalde spf volgen en ervaart zo weinig administratieve lasten bij de controle van de toe te rekenen rentelasten.

Het feit dat de ‘fungibility approach’ niet de daadwerkelijke omvang aan vreemd vermogen toerekent aan de vaste inrichting, brengt risico op belastingontwijking of –ontduiking met zich. Het is mijns inziens mogelijk dat belastingplichtigen het percentage proberen te beïnvloeden, daarin zit namelijk hun voordeel. Belastingplichtigen willen juist dat meer

vreemd vermogen toegerekend kan worden, zodat ze rentelasten kunnen claimen bij hun aangifte. Doordat de ‘fungibility approach’ de daadwerkelijke omvang kan beperken, ben ik van mening dat er ruimte voor belastingontwijking – of ontduiking is. De toepassing van de ‘tracing approach’ brengt daarentegen geen of weinig risico met zich. De belastingplichtige heeft weliswaar ook geen keus. De toe te rekenen rentelasten vloeien voort uit de eerdere toegepaste functionele en feitelijke analyse voor de toerekening van activa en aannames van risico’s.

Ten slotte geldt bij beide benaderingen dat ze puur op zichzelf gezien dubbele of geen belasting kunnen voorkomen. Dit is echter een theoretische redenering, want een feit is dat in internationale verband dispariteiten kunnen optreden door verschillende interpretaties van de term ‘schuld of lening’.

Naar aanleiding van bovengenoemde punten beschouw ik beide benaderingen tot op een bepaalde hoogte aanvaardbaar. De benadering die dicht bij de benadering van de HR ligt en die naar mijn mening als meest adequate wijze voor de toerekening van vreemd vermogen kan worden gezien, is de ‘tracing approach’ ofwel de historische methode. De Staatssecretaris zet met zijn keuze voor de andere benadering de jurisprudentie van de HR opzij. Dit is niet de bedoeling. Bovendien brengt zijn keuze administratieve lasten met zich en verzwaart het de wijze waarop de toerekening van vreemd vermogen moet plaatsvinden. De ‘tracing approach’ zou namelijk eenzelfde methode volgen als de toerekening van activa. Dit bespaart tijd en gaat niet verder dan de OESO vereist, beide zijn immers aanvaard.

#### **4.7 Deelconclusie**

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond, betreft de vraag van hoe het eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting toegerekend moet worden. Voor de kapitaalattributie in het algemeen concludeer ik dat de stamkapitaaltheorie niet in overeenstemming is met de context van het winstartikel. De HR wijst de theorie dan ook af. Dit betekent dat zolang de HR niet ‘om zou gaan’, deze wijze van kapitaalattributie niet zonder meer in Nederland kan worden toegepast. De adequate wijze voor de toerekening van kapitaal is – in lijn met de HR – eerst de toerekening van het vreemd vermogen. Het eigen vermogen is dan het restant van het kapitaal. Ik concludeer dat de ‘tracing approach’ van de OESO een adequate wijze kan zijn voor de toerekening van vreemd vermogen. Deze benadering eerbiedigt de beginselen van art. 7 OESO-MV en past bij het dienstbaarheids criterium van de HR. Hierbij is het oorspronkelijke doel van de externe lening relevant. De ‘fungibility approach’ wordt ook aanvaard door de OESO en in bepaalde gevallen ook door de HR. Mijns inziens dient

ondanks het feit dat ik de ‘tracing approach’ de meest adequate toerekeningswijze vind, de mogelijkheid worden opengelaten om de ‘fungibility approach toe te passen’. De Staatssecretaris doet naar mijn mening niet verstandig aan om juist deze benadering als hoofdregel te gebruiken en de ‘tracing approach uit te sluiten.

Hiervoor heb ik aangegeven dat het eigen vermogen een restpost moet zijn. Dit beschouw ik als adequate wijze voor de toebedeling van eigen vermogen. Echter, in de benaderingen die de OESO geeft voor de toerekening van ‘free capital’, vind ik de ‘capital allocation approach het meest adequaat. Ik constateer daarbij geen strijdigheid met het winstartikel. Het is echter onjuist om de ‘thin capitalisation approach’ ook niet als adequate wijze te beschouwen. Dit leidt immers tot een arm’s length-resultaat. Bovendien is in dit kader niet juist om de benadering slechts in bepaalde gevallen toe te staan. De benadering van de Staatssecretaris is dan ook niet in lijn met bovenstaande opmerkingen. De keuzes die gemaakt zijn in het Besluit dienen mijns inziens te worden genuanceerd.

Het volgende hoofdstuk zal gericht zijn op de wijze waarop de winst na uiteengezette toerekening van activa en kapitaal aan een vaste inrichting toegerekend wordt. Verschillen in de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een dochtervennootschap worden behandeld en beoordeeld in het licht van het EU-recht.

## **Hoofdstuk 5**

### **DE WINSTTOEREKENING**

#### **5.1 Inleiding**

Tot zover heb ik de toerekening van activa en passiva aan een vaste inrichting behandeld, welk behoort tot stap 1 van de AOA. Deze toerekening moet vóór de winsttoerekening – stap 2 van de AOA - plaatsvinden. De winst die aan een vaste inrichting op grond van art. 7 OESO-MV toegerekend moet worden, dient conform het arm's length-beginsel te zijn bepaald. Dit betekent dat aan de vergoedingen ter zake van de normale bedrijfsuitoefening van een vaste inrichting een zakelijke prijs toegekend moeten worden. Art. 7 OESO-MV vereist ook dat zogenaamde 'dealings' in de winst meegenomen moeten worden. 'Dealings' zijn interne transacties tussen een vaste inrichting en haar hoofdhuis of andere delen van de algehele onderneming. Aangezien een vaste inrichting juridisch niet bestaat, kan afgevraagd worden hoe en in hoeverre 'dealings' als gevolg van de zelfstandigheidsfictie tot uiting kunnen komen in de winst van de vaste inrichting.

De toerekening is ten eerste van belang voor de belastingheffing ten aanzien van de vaste-inrichtingswinst. Art. 7 OESO-MV wijst deze winst toe aan de staat waar de vaste inrichting zijn onderneming drijft. Daarnaast is het belangrijk voor de verlening van voorkoming van de vaste-inrichtingswinst door de staat van de belastingplichtige. De belastingplichtige is in casu het hoofdhuis van de vaste inrichting.

Ten gevolge van juridische en economische verschillen tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap kunnen de investeringsvormen in fiscale zin verschillend behandeld worden. Art. 7 OESO-MV vereist de toepassing van de zelfstandigheidsfictie ten aanzien van een vaste inrichting, waardoor beide investeringsvormen de factor sterk vergelijkbaar zijn geworden. Een verschil in fiscale behandeling zal in dit kader ongewenst zijn. Naar aanleiding van bovenstaande worden de volgende deelvragen in dit hoofdstuk onderzocht:

- In hoeverre en hoe worden 'dealings' tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting in aanmerking genomen?
- Hoe vindt winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen plaats?
- Zijn er verschillen in de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen (of meer algemeen gelieerde lichamen) en toerekeningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting en zoja zijn die te rechtvaardigen?



In het eerste deel van dit hoofdstuk zal ik ingaan op de dilemma met betrekking tot ‘dealings’. Vervolgens ga ik in op de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting. Hierbij ga ik uitgebreid in op de toepassing van het arm’s length- beginsel in het algemeen en hoe dit beginsel doorwerkt bij een vaste inrichting. Ook toets ik de vastgestelde wijze van winsttoerekening aan mijn eigen toetsingskader.

In het tweede deel van dit hoofdstuk ga ik in op verschillen die geconstateerd kunnen worden in de fiscale behandeling van een vaste inrichting vergeleken met de fiscale behandeling van een dochtervennootschap. Bekeken zal worden of deze verschillen in het licht van het internationale en EU belastingrecht gerechtvaardigd zijn.

## **5.2 ‘Dealings’**

### **5.2.1 Algemeen**

Een ‘dealing’ wordt fiscaal gezien als een interne transactie tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis. De achterliggende gedachte vloeit voort uit de toepassing van de zelfstandigheidsfictie (zie par. 3.2.1). Fiscaalrechtelijk heeft een ‘dealing’ slechts invloed op de winst van de vaste inrichting en beïnvloedt het de winst van de algehele onderneming niet. Dit komt door het feit dat juridisch gezien geen overeenkomst tot stand is gekomen. De zelfstandigheidsfictie speelt namelijk civielrechtelijk geen rol, zodat een interne transactie niet zichtbaar is. Gelet op het voorgaande verdienen ‘dealings’ speciale aandacht. In het algemeen leiden deze aspecten ertoe dat belastingautoriteiten in vergelijking tot echte transacties een scherper toezicht moeten houden op ‘dealings’ en de documentatie ervan.<sup>203</sup> Aan de hand van de ‘drempeltest’ of de economische realiteitstoets<sup>204</sup> moet worden bepaald of een deel van een ‘dealing’, uiteindelijk aan een vaste inrichting toegerekend moet worden. Zie hierna.

### **5.2.2 De erkenning van ‘dealings’**

#### **5.2.2.1 De ‘drempeltest’ van de OESO**

De OESO heeft een ‘drempeltest’<sup>205</sup> geformuleerd om te kunnen bepalen of erkenning van een ‘dealing’ moet plaatsvinden. Een functionele en feitelijke analyse (zie hiervoor par. 3.3.1) moet uitwijzen of fiscaal gezien sprake is van een reële en identificeerbare transactie. Dit betekent dat een interne transactie volgens de ‘drempeltest’ voldoende economische relevantie moet hebben, alvorens deze als ‘dealing’ kwalificeert.

---

<sup>203</sup> Zie Rapport 2010, par 33, 34 en 172 en Peeters TFO 2011/122.

<sup>204</sup> Zie Rapport 2010, par 35 en 176, respectievelijk HR 8 november 1989, nr. 25 089, BNB 1990/36 en BNB 1997/263.

<sup>205</sup> Zie Rapport 2010, par. 35 en 176.

Het uitgangspunt dat de OESO hanteert bij de drempeltest is de verwerking in de boekhouding en de manier waarop deze intern gedocumenteerd worden.<sup>206</sup> Volgens de OESO dient een ‘dealing’ in ieder geval te worden erkend, indien aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden<sup>207</sup> wordt voldaan.

Ten eerste is vereist dat de documentatie van een ‘dealing’ in overeenstemming is met de economische realiteit (substance) van de activiteiten die voortvloeien uit de functionele en feitelijke analyse.

Ten tweede is vereist dat de afspraken opgenomen in de documentatie overeenkomen met afspraken die gemaakt worden door vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen. Deze vergelijkbare ondernemingen dienen te opereren onder gelijke commerciële omstandigheden. Indien geen vergelijking kan worden gemaakt door een gebrek aan gelijke omstandigheden, mogen de gemaakte afspraken in ieder geval de bepaling van een arm’s length- prijs niet belemmeren. Als laatste is vereist dat een ‘dealing’ in lijn is met de beginselen van de AOA. Dit is volgens de OESO onder andere het geval waarin de interne transactie erop gericht is op een overdracht van risico’s, waardoor een splitsing van de functies optreedt.

Ondanks bovenstaande cumulatieve voorwaarden beoogt de AOA niet om ‘dealings’ een zwaardere documentatieverplichting op te leggen in vergelijking met echte transacties. Dit zal anders de redelijkheid te buiten gaan, wat als disproportioneel beschouwd kan worden.<sup>208</sup>

### **5.2.2.2 De economische realiteitstoets**

‘Dealings’ worden door de Hoge Raad in beginsel niet erkend; zie daartoe BNB 1997/263, waarin een interne schuld niet werd erkend. In dit arrest impliceert de HR echter dat er uitzonderingen mogelijk zijn, hij spreekt namelijk over ‘in de regel’.<sup>209</sup>

De HR geeft gevolgen aan een interne transactie, indien de transactie voldoet aan een zogenaamde economische realiteitstoets. De toets van de HR houdt in dat bekeken moet worden of de economische realiteit tussen de vaste inrichting en andere delen van de algehele onderneming is gewijzigd door de interne transactie. Dit betekent dat erkenning van een ‘dealing’ als het ware plaatsvindt, indien niet aan de zakelijkheid van een interne transactie kan worden getwijfeld. Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat de volgende eisen ervoor zorgen dat aan de economische realiteitstoets wordt voldaan.

---

<sup>206</sup> Zie Rapport 2010, par. 36 en 177.

<sup>207</sup> Zie Rapport 2010, par. 36 en 181.

<sup>208</sup> Zie in het algemeen Rapport 2010, par. 33 t/m 38 en par. 172 t/m 182. Ook F.P.G. Pötgens, ‘Toerekening van winst aan een vaste inrichting’, NTFR-B 2008/52.

<sup>209</sup> Zie hoofdstuk 3 (par. 3.2.1) van deze scriptie voor een uiteenzetting van dit arrest. En specifiek r.o. 3.2.2 van arrest voor aangehaalde passage.

Een eerste eis is dat de economische realiteit van de ondernemingsactiviteiten daadwerkelijk is gewijzigd naar aanleiding van de ‘dealing’ die plaats heeft gevonden. Dit moet bepaald worden in het licht van de werkzame natuurlijke personen die deze activiteiten in of vanuit de vaste inrichting uitoefenen. Een andere eis is dat de interne transactie en de facturering (lees ook: documentatie) ervan in beginsel soortgelijk is aan die van onafhankelijke ondernemingen. Deze twee eisen geven in ieder geval aan dat geen sprake kan zijn van erkenning, indien slechts een verschuiving van gelden plaatsvindt of een ‘herkwalificatie’ van eigen of vreemd vermogen wordt verwerkt in de boekhouding. Dit is tevens ook niet het geval waarin sprake is van een sluitrekening, zoals in BNB 2004/214<sup>210</sup>,<sup>211</sup>

Een voorbeeld van een arrest waarin de HR een ‘dealing’ heeft erkend, betreft BNB 1990/36. Hierin was sprake van een interne leverancierskrediet tussen een vaste inrichting en haar hoofdhuis. Ook erkent de HR in BNB 2007/117<sup>212</sup> een ‘dealing’ in het geval van interne leningen van banken. Een bewijs werd in dit arrest weliswaar niet door belanghebbende geleverd, maar de uitspraak van de HR impliceert wel de mogelijkheid tot erkenning in dergelijke gevallen. De erkenning zal plaatsvinden wanneer aan de geformuleerde economische realiteitstoets wordt voldaan.

### **5.2.3 Specifieke ‘dealings’**

#### **5.2.3.1 Interne leningen**

Mijns inziens is fiscaal gezien sprake van een interne ‘lening’ tussen het hoofdhuis en een vaste inrichting, indien het hoofdhuis liquide middelen ‘ter beschikking stelt’ aan een vaste inrichting voor de uitoefening van haar ondernemingsactiviteiten. Hierdoor zou een deel van de ‘lening’, namelijk de rentelasten, aan de vaste inrichting toegerekend moeten worden.<sup>213</sup>

In het systeem dat gold tot 2008 (of meer officieel tot 2010)<sup>214</sup> werd een interne ‘lening’ tussen een vaste inrichting en haar hoofdhuis in beginsel niet erkend door de OESO. Wel bestond er een uitzondering voor financiële instellingen. Erkenning van een interne ‘lening’ vond plaats indien het hoofdhuis van dergelijke ondernemingen de ‘ter beschikking gestelde’

---

<sup>210</sup> Zie hoofdstuk 4 (par. 4.2) van deze scriptie voor een uiteenzetting van dit arrest.

<sup>211</sup> Zie Kemmeren, TFO 2011/108 en Peeters, TFO 2011/122.

<sup>212</sup> Zie hoofdstuk 3, par.3.2.3 van deze scriptie.

<sup>213</sup> Ik volg in deze definitie Kemmeren, TFO 2011/108 die aangeeft dat de toerekening van een rentelast bekeken moet worden in het licht van wijzigingen in de ondernemingsactiviteiten.

<sup>214</sup> Zie eerder mijn uiteenzetting in hoofdstuk 4, par. 4.4 over de werking van de wijzigingen in 2008 en 2010 met betrekking tot kapitaalattributie in oude bilaterale verdragen met art. 7 OESO-MV(oud) ten opzichte van nieuwe bilaterale verdragen met art. 7 OESO-MV (nieuw). Zie P. Hoogterp, ‘Interestlasten vaste inrichtingen’, WFR 2008/1085 die anders stelt, namelijk dat het standpunt van OESO al in het Rapport 2008 is veranderd en dat een verbod op het nemen van een fictieve rente vanaf 2008 niet meer gold.

gelden aan de vaste inrichting extern heeft ingeleend. Dit betekent dat rentelasten bij niet-financiële ondernemingen niet aan een vaste inrichting werden toegerekend. Bovendien was er geen sprake van een (belaste) vergoeding die door het hoofdhuis werd ontvangen. Een interne ‘lening’ had bij dergelijke ondernemingen dan ook geen invloed op de winst van de vaste inrichting. De ‘ter beschikking gestelde’ liquide middelen werden zowel juridisch als fiscaal niet geacht het hoofdhuis te hebben verlaten. Juridisch is dit hoe dan ook niet mogelijk. Ook voor de fiscaliteit was dit mijns inziens logisch, gezien het feit dat art. 7 OESO-MV (oud) niet vereiste dat een vaste inrichting als een zelfstandige onderneming werd gezien. Voor de belastingplichtige was dit gunstig. De vaste inrichtingswinst was namelijk hoger, dan wanneer aftrek van rentelasten zou plaatsvinden. Dit leverde per definitie een hogere vrijstelling op voor de voorkoming van dubbele belastingheffing.<sup>215</sup>

Uit de jurisprudentie die vóór 2008 is geweest, valt af te leiden dat ook de HR in beginsel geen interne ‘lening’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting erkende.<sup>216</sup> Echter, op grond van de economische realiteitstoets (zie par. 5.2.2.2) kwam de HR in uitzonderingsgevallen tot de conclusie dat een interne ‘lening’ erkend moest worden als een echte transactie. In deze gevallen kan volgens de HR niet worden getwijfeld aan de zakelijkheid van de transactie. Van een uitzonderingsgeval was onder andere sprake bij een interne leverancierskrediet (BNB 1990/36) en interne ‘leningen’ bij banken (BNB 2007/117). De HR heeft altijd de zelfstandigheidsfictie als uitgangspunt genomen voor de winsttoerekening van een vaste inrichting. Mijns inziens is het opmerkelijk dat de HR slechts in uitzonderingsgevallen een interne ‘lening’ aanvaardt. Gesteld zou kunnen worden dat juist op grond van de zelfstandigheidsfictie het in alle gevallen mogelijk moet zijn dat een interne ‘lening’ erkend moet worden. Dit is ook hetgeen dat is bepleit in de literatuur<sup>217</sup>.

Met de introductie van een vernieuwd (en uitgebreid commentaar op) art. 7 OESO-MV in 2010 werd ook de ‘drempeltest’ door de OESO geïntroduceerd. (zie par. 5.2.2.1 hiervoor) Zowel bij financiële als niet-financiële instellingen wordt een interne ‘lening’ op basis van de voorwaarden van deze test beoordeeld. Het onderscheid die alvorens een rol speelde lijkt door de OESO te zijn losgelaten.<sup>218</sup> Dit betekent wel dat interne rentelasten als gevolg van de

---

<sup>215</sup> Par. 41-42, OESO-commentaar op art. 7 (oud).

<sup>216</sup> Zie BNB 1954/186 en BNB 1997/263.

<sup>217</sup> Dit standpunt wordt door F.C. Hosson, ‘Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief’, WFR 2003/1571. Zie integendeel E.C.C.M. Kemmeren, ‘Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)’, WFR 2003/2005 die van mening is dat de HR op grond van het arm’s length-beginsel de mogelijkheid voor interne leningen uitsluit.

<sup>218</sup> Zie Peeters, TFO 2011/122

‘drempeltest’ niet in altijd in aftrek komen op de vaste inrichtingswinst. Het komt het erop neer dat een erkenning slechts plaatsvindt bij treasury functies<sup>219</sup> en bij banken. In andere gevallen zou namelijk niet worden voldaan aan de eerste voorwaarde van de ‘drempeltest’. Er zou dan geen sprake zijn van een daadwerkelijke verandering van de economische realiteit van de activiteiten van de vaste inrichting.<sup>220</sup> Bovenstaande duidt aan dat de toepassing van de zelfstandigheidsfictie beperkt blijft.<sup>221</sup>

Sinds het aangepaste winstartikel in werking heeft getreden heeft de HR zich nog niet uitgelaten over de erkenning van een interne ‘lening’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting. De HR hanteerde al vóór de wijzigingen van art. 7 OESO-MV de zelfstandigheidsfictie voor de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Naar aanleiding hiervan kan mijns inziens verwacht worden dat de HR een consistente lijn zal volgen en de economische realiteitstoets (of een gelijkkluidend variant) zal blijven toepassen. De Staatssecretaris geeft in zijn Besluit<sup>222</sup> aan dat het Nederlandse verdragsbeleid in ieder geval aansluit bij de wijzigingen met betrekking tot het nieuwe art. 7 OESO-MV.

### **5.2.3.2 Interne dienstverlening**

Een interne ‘dienstverlening’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting omvat verschillende soorten diensten en mag volgens de OESO ruim worden opgevat. Deze ‘dealings’ betreffen ondersteunende diensten die een hoofdhuis verleent aan haar vaste inrichting en/of andere onderdelen van de algehele onderneming. Een deel van de interne ‘dienstverlening’ – betaalde vergoedingen voor de dienst – dient aan een vaste inrichting te worden toegerekend. Het zijn namelijk kosten die een vaste inrichting maakt, ten behoeve van de uitoefening van haar ondernemingsactiviteiten. Als voorbeelden van ondersteunende diensten kan de uitvoering van strategisch management, de uitvoering van gecentraliseerde payroll en de boekhouding worden genoemd.<sup>223</sup>

Tot 2010 werden interne dienstverleningen niet erkend door de OESO. Uit het oude commentaar op art. 7 OESO-MV kan worden afgeleid dat de kosten integendeel wel aftrekbaar waren. Deze kosten dienen in principe zonder winstopslag in aanmerking te worden genomen. Uitgezonderd waren gevallen waarin sprake is van diensten die een (deel

---

<sup>219</sup> Van een treasury ‘dealing’ is sprake wanneer fondsen van het hoofdhuis overgaan naar de vaste inrichting. Aan de hand van de functionele en feitelijke analyse wordt afgeleid dat een dergelijke functie relevant is voor de vaste inrichting.

<sup>220</sup> Zie onder andere Kemmeren, TFO 2011/108 en Hoogterp, WFR 2008/1085.

<sup>221</sup> Zie onder andere Peeters TFO 2011/122.

<sup>222</sup> Zie BNB 2011/91

<sup>223</sup> Rapport 2010, par. 216 t/m 220.

van de) onderneming ook aan derden leverde. Een opslag, die gelijk is aan de opslag in het geval van levering aan derden, moest in deze gevallen aan de kosten worden toegevoegd. Daarnaast waren de gevallen uitgezonderd waarin een vaste inrichting specifieke diensten leverde aan de algehele onderneming waarvan hij deel van is. In dit kader moest de algehele onderneming door de levering van deze diensten een aanzienlijk voordeel behalen en de kosten van dergelijke diensten moeten een significant deel van de uitbestedingen van de algehele onderneming vormen.<sup>224</sup>

Voor het systeem dat gold tot 2010 heeft de HR zich niet specifiek uitgelaten over de erkenning van een interne ‘dienstverlening’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting. Wel kan mijns inziens worden uitgegaan dat de HR in beginsel een dergelijke dienstverlening slechts aanvaardt indien wordt voldaan aan de economische realiteitstoets.<sup>225</sup>

Sinds 2010 moeten interne diensten volgens de OESO net als elk andere ‘dealing’ behandeld te worden. Ook in deze gevallen dient beoordeeld te worden of een reële en identificeerbare transactie heeft plaatsgevonden. De erkenning is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de interne dienst een economische of commerciële toegevoegde waarde heeft gegeven aan een deel van de algehele onderneming ter ondersteuning van de marktpositie van dat onderdeel. Dit kan bepaald worden door de ‘dealing’ te vergelijken met een onafhankelijke onderneming verkerend onder vergelijkbare omstandigheden. Deze onafhankelijke onderneming dient in ieder geval bereid zijn om te betalen voor de dienstverlening. Het maakt hierbij niet uit of deze onderneming de dienst intern, dan wel extern wil laten uitvoeren. Indien de bereidheid om te betalen voor een dergelijke dienst niet aanwezig is, kan in beginsel aangenomen worden dat de ‘dealing’ niet heeft plaatsgevonden. Echter, uit de functionele en feitelijke analyse kan blijken dat de ‘dealing’ alsnog moet worden erkend. De analyse dient voor elk afzonderlijk geval te worden uitgevoerd. Op de uitkomst zal vervolgens de toetsing van de ‘drempeltest’ plaatsvinden.<sup>226</sup>

Soms is in één oogopslag te zien dat een interne dienstverlening moet worden erkend. Dit is volgens de OESO het geval wanneer een bepaalde behoefte van een vaste inrichting wordt vervuld door de ‘dealing’. Een dergelijk transactie zou hoe dan ook bij een derde hebben plaatsgevonden. Een voorbeeld hiervan betreft een situatie waarin de fabricage van een bepaald product in en vanuit een vaste inrichting wordt verricht en het hoofdhuis de reparatie

---

<sup>224</sup> Zie par. 35 t/m 38, OESO-commentaar op art 7 (oud).

<sup>225</sup> Zie Pijl NTFR 2011/440 die aangeeft dat Nederland al decennialang een arm’s length-prijs hanteert voor interne diensten.

<sup>226</sup> Par. 7.6 van de TP-Guidelines

van de machines die in de fabricage gebruikt worden, uitvoert.

Meer complex zijn de situaties waarin het hoofdhuis eenzelfde ondersteunende dienst aan verschillende onderdelen van de algehele onderneming verleent. In dergelijke gevallen is de dienst niet slechts bedoeld voor de vaste inrichting. Het komt veel voor dat dergelijke diensten aan andere delen van de algehele onderneming worden verleend, zonder dat de dienstverlening echt nodig is en/of de bereidheid om te betalen voor deze diensten aanwezig is. Het hoofdhuis verricht deze diensten in dit kader puur in een rol die vergelijkbaar is als die van een ‘moedervenootschap’/ ‘aandeelhouder’. Dit brengt mee dat een vergoeding van dergelijke interne dienstverlening niet aan een deel van de algehele onderneming moet worden toegerekend.<sup>227</sup>

De HR heeft zich na de introductie van het aangepaste art. 7 OESO-MV in 2010 nog niet uitgelaten over de kwestie van erkenning van een interne ‘dienstverlening’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting. Zoals eerder aangegeven heeft Nederland zich verbonden om de nieuwe wijze van winsttoerekening in art.7 OESO-MV te volgen. Dit is bevestigd in een Besluit<sup>228</sup>. Voor de toepassing van bilaterale verdragen met het aangepaste winstartikel kunnen interne diensten worden erkend en dient een zakelijke prijs te worden vastgesteld.

### **5.2.3.3 Interne royalty**

Een immaterieel actief kan door het hoofdhuis aan een vaste inrichting ‘ter beschikking worden gesteld’. In de regel zou een vergoeding betaald moeten worden voor het gebruik van een dergelijk actief. Dit kan gezien worden als een interne ‘royalty’ tussen het hoofdhuis en een vaste inrichting. Het gevolg hiervan is dat deze ‘royalty’ aan de vaste inrichting toegerekend moet worden en in aftrek van de winst moet komen.<sup>229</sup>

Tot 2010 vond slechts een kostendoorberekening zonder opslag aan een vaste inrichting plaats, wanneer deze gebruik maakte van de immateriële bedrijfsmiddelen van het hoofdhuis. De OESO erkende geen interne ‘royalty’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting.<sup>230</sup> Sinds 2010 is het verbod op het nemen van een interne ‘royalty’ vervallen. Voorts wordt een dergelijke ‘dealing’ door de OESO erkend via de ‘drempeltest’ (zie par. 5.2.2.2 hiervoor).<sup>231</sup>

De HR heeft zich nooit expliciet uitgelaten over de toerekening van interne ‘royalty’ aan een vaste inrichting. Te bedenken valt dat de HR althans voor het systeem voor 2010 de

---

<sup>227</sup> Par. 7.6 t/m 7.9 van de TP-Guidelines

<sup>228</sup> Zie BNB 2011/91

<sup>229</sup> Zie ook Peeters, TFO 2011/122.

<sup>230</sup> OESO-commentaar op art. 7 OESO-MV (oud), par. 34.

<sup>231</sup> Zie onder andere Peeters, TFO 2011/122 en Pijl, NTFR 2011/440.

economische realiteitstoets van toepassing acht.<sup>232</sup> Voor het systeem na 2010 valt dit nog te bezien. Het Nederlands verdragsbeleid sluit zich in ieder geval aan bij de opvatting van de OESO.<sup>233</sup>

### **5.3 Winsttoerekening aan een vaste inrichting**

#### **5.3.1 Het arm's length-beginsel in internationale en nationale context<sup>234</sup>**

Het arm's length-beginsel is in het algemeen een belangrijk uitgangspunt in de bepaling van verrekenprijzen bij transacties die plaatsvinden tussen ondernemingen in eenzelfde groepsmaatschappij. Het beginsel houdt in dat aan interne transacties binnen een groepsmaatschappij een zakelijke prijs moet worden toegekend. Indien dit niet het geval is, dient de winst van een dergelijke transactie te worden aangepast naar een winst die wel at arm's length is.

Het arm's length-beginsel wordt in art. 9 OESO-MV omschreven. Afspraken die gemaakt zijn voor de toepassing van dit beginsel, zijn uitgewerkt in het OESO-commentaar op laatstgenoemd artikel en de Transfer Pricing Guidelines (hierna: TP- Guidelines)<sup>235</sup>. Een nadere uitleg van het beginsel is te vinden in de rapporten van de OESO uit 2008 en 2010<sup>236</sup>. Art. 9, lid 1 OESO-MV geeft aan wanneer een arm's length-correctie moet plaatsvinden. Er dient sprake te zijn van gelieerdheid c.q. verbondenheid tussen de betrokken ondernemingen. Dit betekent dat een onderneming onmiddellijk of middellijk moet deelnemen in het kapitaal of de leiding van een andere onderneming, dan wel toezicht hebben op de leiding ervan. Daarnaast vereist het artikel dat de voorwaarden waaronder de interne transactie tussen de 'verbonden' ondernemingen heeft plaatsgevonden, afwijken van de voorwaarden die in het economische verkeer tussen onafhankelijke derden tot stand is gekomen. Indien aan het vorige wordt voldaan, dient de winst die voortvloeit uit een dergelijke transactie te worden bepaald, alsof de voorwaarden tussen derden overeen zijn gekomen. De winst dient dus naar zakelijke gronden te worden gecorrigeerd.

De OESO noemt vijf factoren die relevant kunnen zijn bij de uitvoering van de vergelijkingsanalyse.<sup>237</sup> Als eerste factor worden specifieke verschillen in de kenmerken van

---

<sup>232</sup> Zie ook Peeters, TFO 2011/122.

<sup>233</sup> Zie BNB 2011/91.

<sup>234</sup> F.G.H. Nus, Artikelsgewijscommentaar op art. 8b Wet VpB 1969 (NDFR) en Verdoner, Algemene leerstukken Transfer Pricing en arm's length-beginsel (NDFR, deel Internationaal en EU-recht).

<sup>235</sup> Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OESO, Parijs, 2010.

<sup>236</sup> OESO-Rapporten uit 2008 en 2010.

<sup>237</sup> Zie par. 1.36 TP-Guidelines. In par. 1.38 t/m 1.63 TP-Guidelines wordt de vergelijkingsfactoren nader verwerkt.



goederen en diensten genoemd, welk tot verschillen in de prijzen kunnen leiden.<sup>238</sup>

De tweede vergelijkingsfactor betreft het verschil in de functies van een bepaalde ondernemingsactiviteit. Als gevolg hiervan kunnen namelijk verschillen bij eenzelfde activiteit optreden in bedrijfsprofielen van ondernemingen, maar ook in de daaraan verbonden risico's. Bij verkooptransacties is dit gevolg onder andere te zien in de brutomarges.<sup>239</sup>

De derde vergelijkingsfactor betreft de contractuele termen van transacties. Deze geven expliciet of impliciet aan hoe de verantwoordelijkheden, de risico's en de voordelen verdeeld moet worden over de betrokken partijen. Indien de contractuele termen niet schriftelijk te vinden zijn, moeten deze afgeleid worden uit het gedrag van de partijen en de economische beginselen waaruit derden handelen. Het is denkbaar, dat een interne transactie onder dergelijke omstandigheden, niet tussen derden zal plaatsvinden. Dit is voornamelijk het geval wanneer externe variabelen een rol spelen bij de vergelijking. Hieruit dient echter niet meteen de conclusie getrokken te worden dat het toegekende voordeel niet in lijn is met het arm's length-beginsel en de TP-Guidelines.<sup>240</sup>

Als vierde mogelijke vergelijkingsfactor noemt de OESO de verschillende economische omstandigheden die op de markt te vinden zijn. Deze verschillen dienen voor de vergelijking geïdentificeerd en gekwantificeerd te worden. Het is belangrijk dat deze omstandigheden waaronder de groepsmaatschappij en onafhankelijke derden opereren niet zodanig van elkaar verschillen. Anders kunnen materiële gevolgen optreden bij de vaststelling van de prijs. Of de materiële invloed kan optreden hangt af van de feiten van elk specifiek geval. Economische omstandigheden die tot een dergelijk gevolg kunnen leiden, zijn: de geografische markt waarin de onderneming opereert en het gebruik van een (economische, bedrijfs- of productie) cyclus. In deze gevallen zal de vergelijkingsanalyse verhinderd worden.<sup>241</sup>

De vijfde en laatste factor die door de OESO wordt genoemd, betreft het verschil in ondernemingsstrategieën. Een ondernemingsstrategie bepaalt in het algemeen hoe succesvol een bepaalde onderneming is en zal worden. Indien de mate van succes in de groepsmaatschappij verschilt met die van onafhankelijke derden, kan eenzelfde strategie niet als basis van de vergelijking dienen.<sup>242</sup>

Verder worden in de TP-Guidelines verschillende methoden onderscheiden voor de berekening van de arm's length- verrekenprijzen. Drie ervan, de zogenaamde traditionele

---

<sup>238</sup> Zie par. 1.39 t/m 1.41 TP-Guidelines.

<sup>239</sup> Zie par. 1.42 t/m 1.51 TP-Guidelines.

<sup>240</sup> Zie par. 1.52 t/m 1.54 TP-Guidelines.

<sup>241</sup> Zie par. 1.55 t/m 1.58 TP-Guidelines.

<sup>242</sup> Zie par. 1.59 t/m 1.63 TP-Guidelines.

transactiemethoden, zijn volgens de OESO relevant om de bedoelde prijzen te berekenen. Hierna te behandelen verrekenprijsmethoden worden als de meest directe middelen beschouwd om te kunnen bepalen of de omstandigheden in commerciële en economische verhoudingen tussen gelieerde ondernemingen in overeenstemming zijn met het arm's length-beginsel. Een verschil tussen een zakelijke prijs<sup>243</sup> en de prijs die gelieerde partijen hebben afgesproken kan rechtstreeks afgeleid worden uit deze verhoudingen. De voorwaarden die wel in lijn zijn met het arm's length-beginsel kunnen zo vastgesteld worden door de zakelijke prijs in plaats van de overeengekomen prijs te gebruiken.<sup>244</sup>

De eerste te onderscheiden verrekenprijsmethode betreft de '*comparable-uncontrolled-price-methode*' (hierna: CUP-methode). Deze methode vergelijkt de omstandigheden waaronder een interne groepstransactie plaatsvindt, met de omstandigheden van een transactie tussen onafhankelijke partijen. Een nadeel bij deze methode is dat de toepassing ervan beperkt is. Dit vloeit voort uit het feit dat informatie van derden niet direct beschikbaar hoeft te zijn.<sup>245</sup> Een andere verrekenprijsmethode betreft de '*resale-price-methode*'. Het uitgangspunt bij deze methode is de verkoopprijs die een groepsmaatschappij aan derden toerekent. Op deze verkoopprijs komt een 'passende' marge in mindering. De bedoelde marge dient ter dekking van de kosten van verkoop en de ondernemingsrisico's van de groepsmaatschappij en stelt de ondernemingen in staat om winst te maken. De '*resale-price-methode*' wordt voornamelijk toegepast bij verkooptransacties.<sup>246</sup>

De laatste methode voor de berekening van verrekenprijzen betreft de '*cost-plus-methode*'. Bij deze methode wordt in feite van een historische kostprijscalculatie uitgegaan, welke plaatsvindt aan de hand van een integrale kostprijsberekening. Er wordt hierbij rekening gehouden met de directe en indirecte kosten<sup>247</sup> die samenhangen met een activiteit, maar ook een deel van de overheadkosten wordt in de berekening meegenomen. Overheadkosten worden meestal gedekt door een winstmarge, welke boven op het bedrag aan directe en indirecte kosten komt. Een nadeel is dat bij de berekening van de winstmarge niet genoeg rekening wordt gehouden met economische omstandigheden. De '*cost-price-methode*' wordt veelal toegepast in het geval van berekening van interne verrekenprijzen bij halffabricaten en

---

<sup>243</sup> Dit is de prijs die tussen onafhankelijke partijen overeen is gekomen.

<sup>244</sup> Par. 2.3 TP-Guidelines.

<sup>245</sup> Zie par. 2.13 t/m 2.20 TP-Guidelines voor een uitleg van de methode.

<sup>246</sup> Zie par. 2.21 t/m 2.38 TP-Guidelines voor een uitleg van de methode.

<sup>247</sup> Directe kosten zijn kosten die voortvloeien uit de productie van een bepaald product of verlening van een dienst. Als voorbeeld kunnen grondstofkosten genoemd worden. Indirecte kosten of overheadkosten zijn kosten die voortvloeien uit een productieproces en aan verschillende producten toegerekend worden. Een voorbeeld zijn de kosten voor het onderhouden van machines.

bij allocatie van hoofdkantoorkosten.<sup>248</sup>

Bovenstaande verrekenprijsmethoden worden door de OESO geaccepteerd. Welke methode het beste gebruikt kan worden, hangt af van elke afzonderlijke situatie. Dit moet beoordeeld worden aan de hand van de aard van de transactie waarmee de vergelijking moet plaatsvinden. Hierbij moet rekening worden gehouden met een aantal aspecten. Als eerste moet de aard van de transactie moet zijn bepaald door de functionele analyse. Als tweede de beschikbaarheid van betrouwbare informatie die nodig is om één van de verrekenprijsmethoden toe te passen. En als laatste de graad waarop vergelijking met een derde transactie kan plaatsvinden en de betrouwbaarheid van de nodige aanpassingen.<sup>249</sup> Indien de CUP-methode of een van de andere verrekenprijsmethoden beide betrouwbaar zijn voor toepassing, heeft de OESO voorkeur voor de CUP-methode.<sup>250</sup> Bovendien, indien de mogelijkheid bestaat om een vergelijkbare transactie tussen derden te vinden, heeft de CUP-methode ook hier de voorkeur. In deze gevallen is de CUP-methode gezien het arm's length-beginsel namelijk het betrouwbaarst.<sup>251</sup>

In de Nederlandse nationale wet is het arm's length- beginsel, zoals neergelegd in art. 9 OESO-MV, gecodificeerd in art. 8b Wet VpB 1969. Met de codificatie wordt bevestigd dat hetzelfde beginsel dient te gelden voor de Nederlandse belastingpraktijk. De afspraken uit het OESO-commentaar en de TP-Guidelines zijn dan ook rechtstreeks van toepassing bij de bepaling van de totale winst. In de publicaties van de OESO wordt gerefereerd naar de term 'ondernemingen', terwijl in art. 8b Wet VpB 1969 de term 'lichamen'<sup>252</sup> gebruikt wordt. Dit is slechts een verschil in termen, materieel komt de bedoeling in de Nederlandse wetgeving overeen met die van de OESO. Het artikel strekt zich zowel uit tot de verticale als de horizontale gelieerdheid van lichamen<sup>253</sup>. Interne transacties tussen aandeelhouders(natuurlijke personen) en vennootschappen worden hierdoor in een Nederlandse situatie uitgesloten.

De positie van de Belastingdienst om succesvol bewijs te leveren dat er een verschil in prijzen aanwezig is, werd versterkt door de codificatie van art. 9 OESO-MV in art. 8b Wet VpB 1969. Bovendien heeft, en zal in een Nederlandse situatie altijd gelden, dat op grond van het totaalwinstbegrip (art 3.8 Wet IB juncto art. 8 Wet VpB 1969) een winstcorrectie bij

---

<sup>248</sup> Par. 2.39 t/m 2.55 TP-Guidelines voor een uitleg van de methoden.

<sup>249</sup> Par. 2.2 t/m 2.11 TP-Guidelines.

<sup>250</sup> Par. 2.3 TP-Guidelines en eerder in deze paragraaf voor een uiteenzetting van de CUP-methode.

<sup>251</sup> Par. 2.14 TP-Guidelines.

<sup>252</sup> Dit zijn lichamen als bedoeld in art. 2, lid 1, onderdeel b AWR.

<sup>253</sup> Zie lid 1 en 2, respectievelijk van art. 8b Wet VpB 1969.

afwezigheid van zakelijkheid moet plaatsvinden.

Met de komst van art. 8b Wet VpB 1969 wordt het duidelijk dat de verrekenprijsdocumentatie een belangrijk onderdeel is van de administratie van de belastingplichtige. Dit wordt bewerkstelligd in lid 3 van de bedoelde artikel. Indien niet aan de documentatieverplichting wordt voldaan, krijgt de belastingplichtige te maken met omkering van bewijslast. De belastingplichtige dient dan bewijs te leveren voor het feit dat de overeengekomen voorwaarden en toegekende prijs wel arm's length is.

### **5.3.2 De wijze van winsttoerekening**

Voor de winsttoerekening aan vaste inrichtingen zijn twee uitgangspunten van belang. Het eerste uitgangspunt betreft de 'functionally separate entity approach' ofwel zelfstandigheidsfictie. Een vaste inrichting is geen juridische entiteit, maar dient volgens dit uitgangspunt fictief als een zelfstandige onderneming te worden behandeld. Er dient naar aanleiding hiervan een functionele en feitelijke analyse te worden uitgevoerd. Deze analyse identificeert de relevante functies/activiteiten en de verantwoordelijkheden van een vaste inrichting. Op basis hiervan wordende kosten en opbrengsten verbonden aan deze activiteiten toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>254</sup>

Het tweede uitgangspunt bij de winsttoerekening aan een vaste inrichting betreft het arm's length-beginsel, zoals bedoeld wordt in art. 9 OESO-MV. Een vaste inrichting verricht zelf ondernemingsactiviteiten, waardoor ook in de verhouding tot het hoofdhuis sprake wordt geacht te zijn van transacties met een derde. Ook kan er sprake zijn van erkende 'dealings' (zie par. 5.2 hiervoor), welke worden geacht te hebben plaatsgevonden tussen de vaste inrichting en haar hoofdhuis. In het laatste geval werkt de zelfstandigheidfictie door en dient een zakelijke prijs aan 'dealings' te worden toebedeeld.

De bepaling van een prijs, die in overeenstemming moet zijn met het arm's length-beginsel, is bij 'dealings' niet voor de hand liggend. In het kader van 'dealings' dient mijns inziens eerst te worden bekeken hoe het arm's length-beginsel überhaupt toegepast moet worden. Het dilemma hierbij is dat het beginsel in art. 9 OESO-MV en de TP-Guidelines gericht zijn op de bepaling van een zakelijke prijs bij transacties tussen gelieerde juridische entiteiten. (zie par. 5.3.1 hiervoor) Een vaste inrichting is dit natuurlijk slechts bij wijze van fictie.

Dit wordt door de OESO opgelost door art. 9 OESO-MV en de TP-Guidelines naar analogie van toepassing te verklaren voor de bepaling van een zakelijke prijs bij 'dealings'. Hiervoor

---

<sup>254</sup> Zie uitgebreid par. 3.2.1. en 3.3.1 van hoofdstuk 3 van deze scriptie.

wordt een vergelijkingsanalyse uitgevoerd tussen ‘dealings’ en echte transacties.<sup>255</sup> Aan de ene kant zou deze analyse kunnen impliceren dat verschillen tussen de bedoelde transacties, geen materiële gevolgen hebben voor de toe te rekenen winst aan een vaste inrichting. Aan de andere kant zou de vergelijkingsanalyse kunnen impliceren dat redelijke en accurate aanpassingen nodig zijn om eventuele materiële gevolgen weg te nemen.<sup>256</sup>

Voor de uitvoering van de vergelijkingsanalyse ten aanzien van ‘dealings’, kunnen de vergelijkingsfactoren in de TP-Guidelines op een vergelijkbare manier gebruikt worden. Met uitzondering van de contractuele termen, kunnen de resterende vier vergelijkingsfactoren zoals die hiervoor in par. 5.3.1 zijn besproken direct worden toegepast. Deze factoren zijn direct uit de feitelijke omstandigheden af te leiden. De genoemde oplossingen in de TP-Guidelines ter zake van een vergelijking op grond van de contractuele termen zijn dan ook van toepassing bij ‘dealings’. Het gedrag van partijen en de economische beginselen waarvan wordt uitgegaan bij dergelijke transacties, zijn hierbij relevant.<sup>257</sup>

Onder de AOA dient een geschikte verrekenprijsmethode te worden gekozen, die past bij de omstandigheden waaronder de ‘dealing’ heeft plaatsgevonden. De keuze voor één van de verrekenprijsmethoden hangt af van de aard van de ‘dealing’. Dit betekent dat gekeken moet worden naar de ondernemingsactiviteiten en de functies van de vaste inrichting. (zie par. 5.3.1 hiervoor) Speciale aandacht verdient het geval waarin sprake is van een ‘dealing’ en de voordelen toekomen aan de vaste inrichting, maar de kosten ervan daadwerkelijk gemaakt worden door het hoofdhuis. Voor zover deze kosten doorberekend zijn in de prijs van de ‘dealing’, mogen ze niet aan de vaste inrichting worden toegerekend. Van belang is dus dat bepaalde kosten als het ware niet eerder via een andere ‘dealing’ in aanmerking zijn genomen. Bij interne dienstverleningen kunnen dergelijke situaties zich veelal voordoen. Het gebruik van de CUP-methode als verrekenprijsmethode vergeleken met het gebruik van ‘*cost-plus methode*’, levert daarvoor relatief minder risico op het vorige.<sup>258</sup>

### **5.3.3 Toetsing van de wijze van winsttoerekening**

Hiervoor werd de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting uiteengezet. In het vervolg zal deze wijze, inclusief de erkenning van ‘dealings’, getoetst worden op basis van mijn toetsingskader.

---

<sup>255</sup> Zie Rapport 2010, par. 51 t/m 55

<sup>256</sup> Zie Rapport 2010, par. 39, 40 par. 172 t/m 175.

<sup>257</sup> Zie Rapport 2010, par. 183 t/m 193.

<sup>258</sup> Zie Rapport 2010, par. 183 t/m 193.

Een vaste inrichting verricht transacties met derden in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening, maar daarnaast dient bij de winsttoerekening ook rekening worden gehouden met ‘dealings’. Ten aanzien van erkenning van ‘dealings’ wordt aan de ene kant de ‘drempeltest’ door de OESO gebruikt en aan de andere kant wordt (in ieder geval tot 2010) de economische realiteitstoets door de HR gehanteerd. De toetsing via de ‘drempeltest’ gebeurt aan de hand van de drie omschreven voorwaarden (zie par. 5.2.2.1). Bij de economische realiteitstoets wordt integendeel bekeken of niet aan de zakelijkheid van een ‘dealing’ kan worden getwijfeld. Met beide benaderingen wordt mijns inziens eenzelfde resultaat bereikt, namelijk wel of geen erkenning.<sup>259</sup> Ondanks het feit dat de HR slechts de economische realiteit beslissend acht, komt de strekking van deze toets overeen met de toets die de OESO sinds 2010 hanteert. Mijns inziens kan zelfs worden gesteld dat economische realiteitstoets geïncorporeerd wordt in (de voorwaarden van) de ‘drempeltest’. In de eerste voorwaarde komt dit duidelijk naar voren en speelt de documentatie een rol. In Nederland – en in de meeste landen – geldt een algemene documentatieverplichting.<sup>260</sup> Dit is dan de basis waarvan de fiscus in eerste instantie vanuit gaat. In de tweede voorwaarde is het verband met de economische realiteit ook terug te vinden. De afspraken die ten aanzien van de ‘dealing’ zijn gemaakt moeten overeenkomen met wat in het economische verkeer heeft plaatsgevonden tussen derden. Dat de beginselen van de AOA gerespecteerd moet worden bij een ‘dealing’ is logisch. Via de AOA streeft de OESO namelijk om een vaste inrichting in het kader van winstbepaling zoveel mogelijk op een gelijke manier te behandelen als onafhankelijke ondernemingen die handelen in het economische verkeer.<sup>261</sup>

De voorwaarden van de ‘drempeltest’ bewerkstelligen de wijze waarop winsttoerekening volgens art. 7 OESO-MV moet plaatsvinden en leveren geen strijdigheid daarmee op. Ten aanzien van de eerste voorwaarde valt dit af te leiden uit de functionele en feitelijke analyse, welk volgens art. 7 OESO-MV dient te worden uitgevoerd. (zie par. 3.3.1) De tweede voorwaarde vereist dat ‘dealings’ vergeleken moeten worden met gegevens die gebruikelijk zijn tussen derden. Dit komt overeen met de hoofdgedachte van art. 7 OESO-MV; de zelfstandigheidsfictie. (zie par.3.2.1) Het feit dat er geen strijdigheid mag zijn met de beginselen van de AOA, is juist een gevolg van het nieuwe winstartikel. De derde voorwaarde moet daarom in lijn met art. 7 OESO-MV worden beschouwd. Het vorige brengt mijns inziens mee dat ook de economische realiteitstoets van de HR in lijn is met het winstartikel.

---

<sup>259</sup> Zie in deze zin ook Peeters, TFO 2011/122

<sup>260</sup> Zie afdeling 2 van de Wet AWR voor de verplichtingen in het algemeen ter zake van belastingheffing.

<sup>261</sup> Zie Rapport 2010, par. 55.

Zowel de ‘drempeltest’ als de economische realiteitstoets kunnen bij hun toepassing tot onduidelijkheid leiden. Dit heeft mijns inziens meer te maken met de gegevens die verzameld moeten worden en heeft niet direct effect op de rechtszekerheid. De rechtszekerheid wordt naar mijn mening bewaakt door de HR. Belastingplichtigen kunnen er immers op vertrouwen dat de rechterlijke macht een consistente wijze blijft hanteren bij de toetsing van ‘dealings’. De documentatie op zichzelf brengt mijns inziens weinig problemen mee; hiervoor zijn in par. 5.3.1 de nationale regels toegelicht waaraan een belastingplichtige moet voldoen. Wel zijn er veel administratieve lasten en inspanningen verbonden aan het verzamelen van de gegevens die nodig zijn. Ik kom daar hierna op terug.

Een risico op belastingontwijking of –ontduiking bij de erkenning van ‘dealings’ wordt mijns inziens beperkt door eerste de voorwaarde van ‘drempeltest’. Door toepassing van de functionele en feitelijke analyse zullen de kosten ter zake van ‘dealings’ aan het juiste onderdeel van de onderneming worden toegerekend. De boekhouding c.q. documentatie van de ‘dealing’ is slechts een uitgangspunt voor de erkenning. Ook bij de economische realiteitstoets wordt uitgegaan van de feitelijke omstandigheden waaronder een ‘dealing’ heeft plaatsgevonden. Dit zal in het algemeen ook het risico op belastingontwijking of –ontduiking beperken.

De administratieve lasten voor de toetsing van de eerste voorwaarde van de ‘drempeltest’ zijn als redelijk te beschouwen. Aan de documentatieverplichting wordt geen hogere eis gesteld, dan wat volgens de nationale wet nodig is. Het is een verplichting die geldt voor iedere belastingplichtige. De economische realiteit afgeleid dient te worden uit de functionele en feitelijke analyse, die eerder voor de toerekening van activa, passiva en risico’s aan een vaste inrichting is uitgevoerd. Van extra kosten is hier geen sprake. Ten aanzien van de vergelijking van de voorwaarden waaronder de ‘dealing’ moet plaatsvinden, heeft de belastingplichtige gegevens nodig. Hier kunnen veel administratieve lasten en inspanningen aan verbonden zijn. Soms kunnen de omstandigheden waaronder het hoofdhuis of andere delen van de algehele onderneming naar derden toe optreedt, gebruikt worden om een vergelijking met een ‘dealing’ te maken. Dit kan de administratieve lasten beperken. Ter controle heeft de Belastingdienst de mogelijkheid tot wederzijdse bijstandsverlening met andere landen en heeft zelf veel data in bezit.

De wijze waarop erkenning van ‘dealings’ plaatsvindt, hetzij door de ‘drempeltest’ hetzij door de economische realiteitstoets kan mijns inziens als adequaat worden beschouwd. De methoden voor de erkenning van ‘dealings’ zijn voornamelijk in lijn met het winstartikel. Een mogelijke risico op belastingontduiking of –ontwijking is bovendien beperkt. Wel kunnen

enkele algemene concrete aanwijzingen geïntroduceerd worden om de administratieve lasten te verlichten en de rechtszekerheid te garanderen. Ik kom in mijn aanbeveling (zie hoofdstuk 6) hierop terug.

De erkenning van ‘dealings’ is een belangrijk onderdeel van de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Indien erkenning plaatsvindt, dient aan deze interne transacties een prijs conform het arm’s length- beginsel te worden toegekend. Dit is een vereiste van art. 7 OESO-MV, wat mijns inziens dan ook geen strijdigheid met het winstartikel kan opleveren.

Bovendien kan door het feit dat de zelfstandigheidsfictie als uitgangspunt geldt, geen andere beginsel mogelijk zijn dan het arm’s length- beginsel. Het beginsel is in eerste instantie bedoeld voor onafhankelijke ondernemingen. (zie par. 5.3.1 hiervoor) Buiten deze situaties is het beginsel eigenlijk niet nodig, omdat per definitie dan al sprake is van een prijs die berust op zakelijke gronden. De zelfstandigheidsfictie brengt mee dat een vaste inrichting zowel met derden als met het hoofdhuis fiscaal gezien fictief zelfstandig handelt. Het is mijns inziens terecht dat ook op ‘dealings’ een correctie conform het arm’s length - beginsel op de winst moet plaatsvinden, indien ze niet op zakelijke gronden berusten. Dit is in lijn met doel en strekking van het art. 7 OESO-MV. Zoals bekend, is het arm’s length- beginsel van art. 9 OESO –MV in art. 8b Wet VpB 1969 gecodificeerd. De uitleg van de OESO en de toepassing van het beginsel in Nederland komen met elkaar overeen. De voorwaarden waaronder een correctie naar een zakelijke prijs moet plaatsvinden, zijn terug te vinden in het wetsartikel. Dit betekent dat de HR eenzelfde interpretatie moet hanteren als in internationale context wordt bedoeld. Er is dan ook geen sprake van strijdigheid met art. 7 OESO-MV juncto art. 9 OESO-MV. De TP-Guidelines dienen in dit kader naar analogie te worden toegepast. (zie par. 5.3.1 en 5.3.2 hiervoor)

Het vorige geeft aan dat het arm’s length- beginsel op een eenduidige manier wordt toegepast. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. De voorwaarden voor de toepassing van het beginsel zijn duidelijk. De toepassing, en dan bedoel ik in het bijzonder de uitvoering van de vergelijkingsanalyse, is echter niet altijd eenvoudig. Mijns inziens levert dit geen probleem op voor de rechtszekerheid an sich. Er kunnen weliswaar verschillen optreden in de omvang van het deel van ‘dealing’ die toegerekend aan een vaste inrichting toegerekend moet worden. Dit is echter slechts het gevolg dat voortvloeit uit het verzamelen en het gebruiken van verschillende vergelijkingsdata. Daarmee wordt geen onduidelijkheid gecreëerd over de wijze waarop de winsttoerekening bij ‘dealings’ moet plaatsvinden en wordt de rechtszekerheid niet aangetast. Ondanks het feit dat de OESO zijn voorkeur heeft uitgesproken voor de CUP-



methode, betekent dit niet dat de twee andere verrekenprijsmethoden niet aanvaardbaar zijn onder de AOA. Het is nog steeds mogelijk om een van de drie toe te passen en dat kan als onduidelijk worden ervaren. Echter, het feit dat een specifieke methode slechts gebruikelijk is in bepaalde gevallen<sup>262</sup>, relativeert mijns inziens deze onduidelijkheden.

In het algemeen is er weinig risico op belastingontwijking of –ontduiking bij de toepassing van het arm's length- beginsel bij een vaste inrichting. Door toepassing van de functionele en feitelijke analyse heeft een belastingplichtige weinig mogelijkheid tot uitoefenen van kunstmatige transacties. Een belastingplichtige, kan altijd trachten om de winst te beïnvloeden, door een andere dan een zakelijke prijs te hanteren. Dit, om toch een zo groot mogelijk omvang als vrijgestelde (vaste inrichtings)winst te kunnen claimen. De kans dat de fiscus daarmee akkoord gaat is vermoedelijk beperkt, vooral wanneer hij genoeg vergelijkingsmateriaal tot zijn beschikking heeft.

Ten aanzien van de administratieve lasten kan eenzelfde opmerking worden gemaakt als hiervoor bij erkenning van 'dealings'. Deze lasten blijven beperkt, indien een vergelijking met het hoofdhuis of andere delen van de onderneming kan worden gemaakt. Indien dit niet het geval is, zal de belastingplichtige geconfronteerd worden met extra kosten om de nodige gegevens te verkrijgen. Het vorige geldt overigens voor de toepassing van alle drie mogelijke verrekenprijsmethoden.

Mijns inziens kan de toepassing van het arm's length- beginsel en de analoge toepassing van art.9 OESO-MV op 'dealings' als adequaat worden beschouwd. Doel en strekking van art. 7 OESO-MV brengen geen risico op belastingontduiking of –ontwijking met zich en komen de rechtszekerheid ten goede. Echter, ook hier spelen de vele administratieve lasten een rol voor het verkrijgen van gegevens.

## **5.4 De fiscale behandeling van de vaste inrichting versus een dochtervennootschap in het licht van het EU-recht.**

### **5.4.1 Financieringskosten**

Uit par. 5.2 hiervoor bleek dat kosten ter zake van een 'dealing' niet altijd aan een vaste inrichting mogen worden toegerekend. Meer specifiek in het geval van een interne 'lening' tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis, betekent dit dat een interne rente niet altijd in aftrek op de winst van een vaste inrichting kan komen. Indien een lening wordt verstrekt door een moedervernootschap aan haar dochtervennootschap/deelneming zijn de rentelasten in de

---

<sup>262</sup> Zie par. 5.3.1 hiervoor waarin ik aangeef dat de keuze voor een methode afhankelijk is van de aard van een 'dealing'.

regel<sup>263</sup> aftrekbaar bij de dochtervennootschap. Mijns inziens kan het vorige als een verschil in de wijze van winsttoerekening tussen een vaste inrichting in vergelijking tot een dochtervennootschap worden gezien.<sup>264</sup> Dit verschil vloeit voort uit juridische verschillen tussen beide investeringsvormen. Een belangrijk gevolg hiervan is dat een interne lening in juridische zin niet heeft plaatsgevonden tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting. Echter, zoals ik eerder gesteld heb in par. 5.2.3.1), dient juist op grond van de toepassing van de fiscale zelfstandigheidsfictie een interne ‘lening’ altijd te worden aanvaard. Dit wordt beperkt, omdat een ‘dealing’ aan de ‘drempeltest’ moet voldoen.

Volgens de OESO streeft de AOA niet naar een gelijke uitkomst ten aanzien van de winstbepaling bij een vaste inrichting in vergelijking tot de bepaling van de winst bij een dochtervennootschap. Het doel van de AOA is om de wijze van vergoeding bij interne transacties tussen een vaste inrichting en het hoofdhuis op een vergelijkbare manier te laten verlopen als bij transacties tussen een moeder- en een dochtervennootschap.<sup>265</sup>

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) streeft naar rechtsvormneutraliteit in inbound situaties<sup>266</sup>. Dit betekent dat een vaste inrichting voor fiscale doeleinden in beginsel gelijk en niet nadeliger ten opzichte van een deelneming behandeld moet worden.<sup>267</sup> Deze gedachte vloeit voort uit de fundamentele verdragsvrijheden van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Met name de vrijheid van vestiging speelt in het kader van investeringsvormen een rol. De vrijheid van vestiging houdt in dat een onderscheid op grond van rechtsvorm, een verboden belemmering vormt. Zoals eerder is uiteengezet komt interne rente niet altijd in aftrek op de winst van een vaste inrichting, deze wordt pas toegerekend indien voldaan is aan de ‘drempeltest’. De hoofdregel bij een deelneming is dat aftrek wel mogelijk is. In de zin van het EU-recht kan mijns inziens een belemmering geconstateerd worden. De rechtsvormneutraliteit vereist immers dat beide investeringsvormen in beginsel gelijk worden behandeld. Mijns inziens, en

---

<sup>263</sup> Vergoedingen ter zake van vreemd vermogen komen bij vennootschappen ten laste van de belastbare winst. In sommige gevallen kan echter een ‘herkwalificatie’ van vreemd naar eigen vermogen plaatsvinden. Hiervan is sprake indien een bodemlozeput-, deelnemerschaps- of schijnlening geconstateerd wordt. In deze gevallen zijn eventuele vergoedingen niet aftrekbaar. Zie hiervoor HR 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217 en HR 25 november 2005, nr. 40 898, BNB 2006/82.

<sup>264</sup> Zie ook M.G.H. van der Kroon, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, WFR 2011/1592.

<sup>265</sup> Rapport 2010, par. 55.

<sup>266</sup> Van inbound situaties is sprake indien een vennootschap, die gevestigd is in het buitenland, besluit om in Nederland te investeren via een vaste inrichting of een dochtervennootschap.

<sup>267</sup> Zie onder andere HvJ 28 januari 1986, C 270/83, arrest Avoir Fiscal en HvJ 21 september 1999, C 307/97, arrest St. Gobain.

ik volg hierbij Kiekebeld<sup>268</sup> in zijn stelling, is het verschil in toerekening van de kosten uit een interne lening in lijn met het EU-recht en is gerechtvaardigd. Een economische substance zal niet altijd aanwezig zijn bij een dergelijke transactie. Bovendien wegen de juridische verschillen tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap zwaar mee en kunnen ingeroepen worden ter rechtvaardiging van een dergelijk verschil.

De toekenning van een prijs overeenkomstig het arm's length- beginsel aan 'dealings' en de analoge toepassing van de TP-Guidelines, vloeit voort uit de zelfstandigheidsfictie. Volgens het HvJ EU<sup>269</sup> zou het incorrect zijn om de TP-Guidelines in het licht van het EU-recht niet toe te staan. Wel mag een nationale regeling de vrijheid van vestiging natuurlijk niet belemmeren. Als rechtvaardigingsgronden kan de evenredige verdeling van heffingsbevoegdheid en de voorkoming van misbruik van recht worden ingeroepen.<sup>270</sup> Uiteindelijk kan toch sprake zijn van een ongerechtvaardigde belemmering indien een nationale regeling verder zou gaan dan noodzakelijk is.<sup>271</sup> In Nederland zullen weinig problemen optreden met eventuele belemmeringen. Art. 9 OESO-MV is zoals bekend gecodificeerd in art. 8b Wet VpB 1969. Mijns inziens dient de toepassing van het arm's length- beginsel bij een vaste inrichting dan ook in lijn met het EU- recht te worden beschouwd.

#### **5.4.2 Overdracht van bedrijfsmiddelen**

Tussen een moeder- en een dochtervennootschap/deelneming kan een overdracht van een bedrijfsmiddel plaatsvinden. Juridische eigendomsverhoudingen zorgen ervoor dat eenvoudig kan worden bepaald welk vennootschap het bedrijfsmiddel in bezit heeft en welk vennootschap na verkrijging het bedrijfsmiddel toekomt. Doordat sprake is van een grensoverschrijdende situatie moet de moedervernootschap afrekenen over de stille reserves over het bedrijfsmiddel. De overdracht heeft tot winstneming geleid; het actief verlaat namelijk het vermogen van de moedervernootschap. Art. 8b Wet VpB 1969 vereist dan dat de prijs in overeenstemming met het arm's length –beginsel wordt bepaald.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Het volgende geldt indien het hoofdduis een niet-transparante lichaam is. Zie Kroon, WFR 2011/1592.

<sup>269</sup> Zie HvJ 21 januari 2010, C 311/08, SGI- zaak.

<sup>270</sup> Beide rechtvaardigingsgronden worden door het HvJ EU in samenhang beoordeeld. Zie o.a. HvJ 13 maart 2007, C 524/04, arrest *Test Claimants in the thin cap group litigation*.

<sup>271</sup> N. de Haan en I. Lewis, 'Het gewijzigde art. 7 (winst uit onderneming) OECD-modelverdrag 2010', WFR 2010/1292.

<sup>272</sup> Een uitstel van winstneming is niet toegestaan. Zie HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208. Ook H. Lohuis, 'Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij', TFO 2011/138 en van der Kroon, WFR 2011/1592.

Tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting kan juridisch gezien geen overdracht van een bedrijfsmiddel plaatsvinden. Het bedrijfsmiddel behoort tenslotte tot het vermogen van de algehele onderneming. Indien een bedrijfsmiddel duurzaam ter beschikking wordt gesteld door het hoofdhuis aan de vaste inrichting voor de uitoefening van haar ondernemingsactiviteiten, is er mijns inziens sprake van een koop- verkoopanalogie.<sup>273</sup> Dit brengt mee dat eigenlijk ook afgerekend moet worden over de stille reserves van het bedrijfsmiddel. Echter, bij de bepaling van de voorkomingswinst wordt rekening gehouden met de stille reserves bij de bepaling van de afschrijving.<sup>274</sup>

Uit bovenstaande blijkt dat er een timingsvoordeel voor de belastingplichtige is in het geval van een overdracht van een bedrijfsmiddel aan een vaste inrichting ten opzichte van een dochtervennootschap. Bovendien kan dit een verschil in omvang van de winst betekenen, wat mogelijk tot claimverlies voor Nederland leiden. Door de aanwezige koop-verkoopanalogie, ben ik van mening dat bedoelde overdracht als een ‘dealing’ behandeld moet worden voor de toepassing van art. 7 OESO-MV. De zelfstandigheidsfictie moet toegepast worden en aan de transactie dient een zakelijke prijs te worden toegerekend.<sup>275</sup>

In het licht van het EU-recht kan hetzelfde als hiervoor in par. 5.4.1 bij de financieringskosten is gesteld. De juridische verschillen tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap wegen dermate zwaar mee. Ondanks het feit dat het bedrijfsmiddel duurzaam ‘overgaat’ naar de vaste inrichting, verlaat het juridisch het vermogen van het hoofdhuis niet. Ook komt het bedrijfsmiddel bij staking van de ondernemingsactiviteiten van de vaste inrichting ‘terug’ naar het hoofdhuis. Het verschil in fiscale behandeling tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap is mijns inziens dan ook gerechtvaardigd.

### **5.4.3 Voorkomingsmethodieken en verliesverrekening**

Het verschil in karakter (de juridische zelfstandigheid) van een dochtervennootschap ten opzichte van een vaste inrichting, brengt mee dat de aard van de winst die opgenomen moet worden in de totaalwinst van de belastingplichtige ook zal verschillen.

Er is fiscaal gezien sprake van één belastingplichtige - namelijk het hoofdhuis<sup>276</sup> - die voor zijn totale winst inclusief de winst van de vaste inrichting in het vestigingsland wordt belast.

De vaste-inrichtingswinst wordt belast naar de maatstaven van de staat waar de vaste

---

<sup>273</sup> De duurzame terbeschikking stelling moet uit de functionele en feitelijke analyse blijken. Zie hoofdstuk 3, par. 3.3.2.1.

<sup>274</sup> Zie van der Kroon, WFR 2011/1592 en Lohuis, TFO 2011/138.

<sup>275</sup> Ik volg hierbij Peeters, TFO 2011/122.

<sup>276</sup> In dit geval dient wel sprake te zijn van een niet-transparante lichaam.

inrichting is ‘gevestigd’. In het vestigingsland van het hoofdhuis, dient voorkoming te worden verleend voor eventuele dubbele belastingheffing. In Nederland wordt voorkoming verleend in de vorm van een objectvrijstelling<sup>277</sup>.<sup>278</sup> Via deze methode wordt de vaste inrichtingswinst eerst in de belastinggrondslag van het hoofdhuis opgenomen. Vervolgens wordt via een afzonderlijke berekening deze winst in mindering gebracht op de belastbare winst. Hetzelfde geldt voor verliezen. Op deze manier wordt het buitenlandse resultaat uit de vaste inrichting niet meegenomen in de heffing van de wereldwinst.

De onderneming die door een dochtervennootschap/deelneming wordt gedreven, is per definitie geen onderdeel van het vermogen van de moedervennootschap/de aandeelhouder. De aandelen worden wel toegerekend aan het vermogen van de dochtervennootschap. Een moedervennootschap en haar dochtervennootschap zijn onafhankelijke, weliswaar gelieerde lichamen, die hun eigen onderneming drijven. Ieder vennootschap is belastingplichtige in het land van vestiging, ten aanzien van hun eigen winst. De winst van de dochtervennootschap wordt bepaald en belast naar maatstaven van haar vestigingsland. De moedervennootschap wordt belast voor haar wereldwinst. Deze winst is inclusief een afgeleid belang in de vorm van het aandelenbezit in de dochtervennootschap. In Nederland en in de meeste landen geldt een deelnemingsvrijstelling<sup>279</sup> ten aanzien van voor- en nadelen uit een deelneming. Deze voor- en nadelen worden niet in de heffingsgrondslag meegenomen. Hierdoor is sprake van een absolute vrijstelling.<sup>280</sup>

In essentie is er geen verschil tussen een objectvrijstelling en de deelnemingsvrijstelling. Bij beide wordt het object (buitenlandse resultaten) vrijgesteld. Wel heeft de deelnemingsvrijstelling een absoluut karakter, terwijl de objectvrijstelling in de vennootschapsbelasting geen absolute vrijstelling van het object uiteindelijk meebrengt. Indien de ondernemingsactiviteiten van de vaste inrichting worden gestaakt, kunnen de

---

<sup>277</sup> Zie art. 15e t/m 15j Wet VpB 1969. Wet van 22 december 2011, Stbl. 2011, 639. Een uitgebreide uiteenzetting van deze voorkomingsmethodiek is te vinden in onder andere A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars, A.J.A. Stevens, Internationaal belastingrecht, Fiscale Studietoets nr. 39, achtste herziende druk, Kluwer, Deventer, 2014, pagina 117 t/m 119. Ook A.J.A. Stevens, ‘De objectvrijstelling’, NTFR –B 2012/4 en M.F. de Wilde en C. Wisman, ‘Over de ‘objectvrijstelling’ en de klok van de interne markt’, FED 2012/41.

<sup>278</sup> Tot 2012 hanteerde de Belastingdienst de evenredigheidsmethode ofwel de vrijstellingsmethode met progressievoorbehoud. Deze methode houdt in dat de vermindering berekend over de gemiddelde effectieve belastingdruk op het wereldinkomen. Veel landen hanteren nog steeds deze methode. Zie de Graaf, Kavelaars en Stevens, pag. 117.

<sup>279</sup> Art. 13 e.v. Wet VpB 1969, waarin aan de hand van de regels van goedkoopmansgebruik, bepaald moet worden of een vergoeding ter zake van waardeontwikkeling van de aandelen aan een moedervennootschap toegerekend moet worden.

<sup>280</sup> Zie Lohuis, TFO 2011/138 en De Graaf, Kavelaars en Stevens, pag. 103.

buitenlandse verliezen<sup>281</sup> van de vaste inrichting alsnog in mindering op de wereldwinst van het hoofdhuis komen (zie art. 15i en 15j Wet VpB 1969). De winst van het hoofdhuis wordt hierdoor alsnog beïnvloed.<sup>282</sup> Liquidatie van een dochtervennootschap kan leiden tot het nemen van een liquidatieverlies (zie art. 13d Wet VpB 1969). Dit betekent dat een liquidatieverlies alsnog bij de moedervennootschap in aanmerking kan komen.<sup>283</sup> Zowel bij een vaste inrichting als een dochtervennootschap zal de winst van het hoofdhuis, respectievelijk de moedervennootschap bij staking beïnvloed worden.

In tegenstelling tot inbound situaties wordt door het HvJ EU geen rechtsvormneutraliteit vereist bij outbound situaties<sup>284</sup>. Dit betekent dat verschillende rechtsvormen in beginsel verschillend behandeld mogen worden en vergelijkbare rechtsvormen gelijk behandeld moeten worden.<sup>285</sup> De objectvrijstelling is door het HvJ EU als methode van voorkoming geaccepteerd, maar deze dient proportioneel te zijn.<sup>286</sup>

De winst uit een vaste inrichting en een dochtervennootschap wordt in de bronstaat belast. Verliezen ter zake van beide investeringsvormen dienen doorgaans in die staat te worden verrekend. Dit vloeit voort uit het fiscale territorialiteitsbeginsel.<sup>287</sup> Uit arrest Marks en Spencer blijkt dat het HvJ EU onder omstandigheden verliesimport toelaat.<sup>288</sup> Nu dat de liquidatieverliesregeling de mogelijkheid geeft om een verlies uit de deelneming alsnog in aanmerking te nemen, wordt de wereldwinst van de moedervennootschap alsnog beïnvloed. Indien een stakingsverlies niet bij het hoofdhuis in aftrek kon komen, zou dit een belemmering opleveren. Het feit dat dit wel gebeurt, brengt de fiscale behandeling van een vaste inrichting en een dochtervennootschap dichter bij elkaar en mijns inziens meer in lijn met het EU-recht. De daadwerkelijke geleden verliezen komen in aftrek op de belastbare winst in de woonstaat van het hoofdhuis. Toch kan mogelijk enige strijdigheid met het EU-recht ontdekt worden. De voorwaarden waaronder geen verliesverrekening kan plaatsvinden dienen daarvoor in beschouwing te worden genomen. Deze voorwaarden worden niet gesteld bij de liquidatieverliesregeling.<sup>289</sup>

---

<sup>281</sup> Dit is het geval wanneer het saldo van de buitenlandse resultaten negatief zijn.

<sup>282</sup> Zie De Graaf, Kavelaars en Stevens, pag. 118 en 119. Ook De Wilde en Wisman, FED 2012/41.

<sup>283</sup> Zie van der Kroon, WFR 2011/1592.

<sup>284</sup> In een outbound situatie is sprake van een Nederlandse aandeelhouder/vennootschap die in het buitenland via een dochtervennootschap of vaste inrichting zijn onderneming gaat uitoefenen.

<sup>285</sup> Zie HvJ 6 december 2007, C 298/05, arrest Columbus Container Services.

<sup>286</sup> Zie arrest HvJ 15 mei 2008, C 414/06, arrest Lidl Belgium.

<sup>287</sup> HvJ 15 mei 1997, C 250/95, zaak Futura en HvJ 13 december 2005, C 446/03, arrest Marks en Spencer.

<sup>288</sup> De Wilde en Wisman, FED 2012/41

<sup>289</sup> Zie van der Kroon, WFR 2011/1592, Stevens, NTFR-B 2012/4

## 5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de winsttoerekening aan een vaste inrichting centraal. Daarnaast stonden de verschillen in de fiscale behandeling tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap centraal.

In het kader van de winsttoerekening aan een vaste inrichting was het nodig om ‘dealings’ nader te bekijken. Afgevraagd werd of en in hoeverre deze interne transacties tussen een hoofdhuis en haar vaste inrichting in aanmerking genomen kunnen worden. ‘Dealing’ worden thans als hoofdregel zowel door de OESO als de HR niet erkend. In uitzonderingsgevallen waarin getwijfeld kan worden aan de economische realiteit van een ‘dealing’, dient deze interne transactie beschouwd te worden als een echte transactie. Het gebruik van de ‘drempeltest’ of een economische realiteitstoets kan als adequaat worden beschouwd.

De winst die toegerekend moet worden aan een vaste inrichting, wordt bepaald conform het arm’s length- beginsel. Deze wijze is conform de wijze waarop de winst aan onafhankelijke wordt toegerekend. De TP-Guidelines, die het arm’s length- beginsel verder uitwerken, zijn in de regel van toepassing bij vennootschappen. De fiscale zelfstandigheidsfictie brengt mee dat de TP-Guidelines analoog van toepassing zijn bij de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Deze Guidelines worden dan ook gebruikt bij ‘dealings’. Afgezien van de vele administratieve lasten die verbonden zijn aan de winsttoerekening beschouw ik de systematiek als adequaat.

Verder heb ik onderzocht of er verschillen te constateren zijn tussen de fiscale behandeling van een vaste inrichting in vergelijking tot de fiscale behandeling van een dochtervennootschap (deelneming) en/of ze gerechtvaardigd zijn in het licht van het Europees Belastingrecht. Geconcludeerd kan worden dat juridische verschillen tussen een vaste inrichting en een deelneming inderdaad leiden tot verschillen in de fiscale behandeling van beide investeringsvormen. De fiscale behandeling van een vaste inrichting verschilt daardoor in de erkenning van ‘dealings’, met name in de toerekening van financieringskosten en in de overdracht van een bedrijfsmiddel aan een vaste inrichting. Bij beide verschillen kom ik tot de conclusie dat ze gerechtvaardigd zijn.

Voorkoming van dubbele belastingheffing voor resultaten uit een vaste inrichting of een dochtervennootschap wordt in essentie op dezelfde wijze verleend. Zowel de objectvrijstelling als de deelnemingsvrijstelling stellen de buitenlandse resultaten vrij. Door de liquidatieverliesregeling of de stakingsverliesregeling kunnen de investeringsvormen een

eventuele buitenlandse verlies in aanmerking nemen bij het hoofdhuis respectievelijk moedervernootschap. Geconcludeerd kan worden dat de voorkomingsmethode van een vaste inrichting en een dochtervernootschap overeenkomen en in lijn met de bedoeling van het EU-recht om beide investeringsvormen meer naar elkaar toe te brengen. Strijdigheden met het EU-recht kunnen mogelijk te constateren zijn in de gestelde voorwaarden voor de toepassing van de stakingsverliesregeling.



## Hoofdstuk 6

### SAMENVATTING EN CONCLUSIE

#### 6.1 Inleiding

In deze scriptie heb ik de wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting bij de toepassing van het in 2008 en 2010 vernieuwde art. 7 OESO-MV onderzocht. Daarbij heb ik met name onderzocht of deze winsttoerekening op een adequate wijze plaatsvindt. De volgende probleemstelling stond in deze scriptie centraal:

***Welke systematiek is een adequate wijze voor de toerekening van winst aan een vaste inrichting en hoe verhoudt zich die systematiek tot de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen?***

In hoeverre de wijze van winsttoerekening adequaat is, heb ik bepaald op basis van een toetsingskader. Dit toetsingskader houdt het volgende in. Een adequate wijze van toerekening dient in lijn te zijn met de context van art. 7 OESO-MV. Bovendien moet een adequate wijze de administratieve lasten beperken en de rechtszekerheid te waarborgen. Een adequate wijze van winsttoerekening dient daarnaast belastingontwijking of –ontduiking te voorkomen. Vervolgens werd de verhouding tussen de adequate wijze van winsttoerekening en hoe dat zich verhoudt tot de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen, onderzocht. Eerst werden eventuele verschillen in de fiscale behandeling tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap uiteengezet om daarna te bepalen of deze verschillen in internationaal en Europeesrechtelijk perspectief gerechtvaardigd zijn.

De probleemstelling werd beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- Welke criteria zijn van belang voor het constateren van een vaste inrichting?
- Op welke basis/principes worden activa aan een vaste inrichting toegerekend?
- Hoe wordt eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting toegerekend?
- In hoeverre en hoe worden ‘dealings’ tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting in aanmerking genomen?
- Hoe vindt winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen plaats?
- Zijn er verschillen in de winsttoerekening tussen moeder- en dochtervennootschappen (of meer algemeen gelieerde lichamen) en toerekeningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting en zoja zijn die te rechtvaardigen?

Hierna zullen eerst de conclusies op de deelvragen worden samengevat. Vervolgens geef ik een aanbeveling en sluit ik af met een eindconclusie.

## **6.2 Samenvatting**

Voor de toepassing van art. 7 OESO-MV is het van belang dat een vaste inrichting in de zin van art. 5 OESO-MV. Door het constateren van een vaste inrichting wordt het gedeelte van de algehele onderneming vastgesteld, waarover een land op grond van art. 7 OESO-MV heffingsbevoegdheid mag uitoefenen. De daadwerkelijke uitoefening van dit heffingsrecht hangt af van de vraag of de nationale wet ook een vaste inrichting aanwezig acht. De heffingsbevoegdheid vloeit voort uit het bronlandbeginsel. Dit beginsel vereist dat een economische link tussen het object (in dit geval de vaste inrichting) en het territorium van een land aanwezig is. Dit betekent dat een voldoende economisch verband met het land waar de ondernemingsactiviteiten worden uitgeoefend moet bestaan. Zowel in het internationaal belastingrecht als in de nationale wet, kan geconcludeerd worden dat in het algemeen eenzelfde vereiste gehanteerd wordt. Het vaste inrichtingsbegrip kan in drie soorten onderverdeeld worden: de fysieke vaste inrichting, de temporele vaste inrichting en de vaste vertegenwoordiger. Het bedoelde economisch verband komen bij de constatering van alle drie soorten vaste inrichtingen terug. Een fysieke vaste inrichting moet gedreven worden via een vaste bedrijfsinrichting, welke gebonden is aan een bepaalde geografisch gebied. De bedrijfsinrichting moet ter beschikking staan aan het bedrijf en brengt zo mee dat economische faciliteiten van een land worden gebruikt. Voor het constateren van een fysieke vaste inrichting mag er geen sprake zijn van tijdelijke activiteiten.

Een temporele vaste inrichting zet dat laatste gedachte opzij, het zijn juist tijdelijke activiteiten waar het hier om gaat. Duurzaamheid en ook de economische link, moeten gezocht worden in een tijdsperiode (meestal 6 maanden) waarin de ondernemingsactiviteiten van de vaste inrichting tenminste zijn uitgeoefend.

Een vaste vertegenwoordiger kan als een verlengstuk van de algemene onderneming worden beschouwd. De economische link ontstaat doordat (een deel van) het object – de vaste vertegenwoordiger - in het economische verkeer van een land optreedt en zodoende ondernemingsactiviteiten van het bedrijf via zijn vertegenwoordiging in dat land uitoefent. (zie hoofdstuk 2)

Na het constateren van een vaste inrichting in de zin van het OESO-Modelverdrag en de nationale wet, volgt de bepaling van de winst uit de vaste inrichting waarover de heffingsbevoegdheid van art. 7 OESO-MV rust. Stap 1 van de Autorised OECD Approach

(AOA) voor de toepassing van dit verdragsartikel betreft de toerekening van activa en passiva aan de vaste inrichting. Het beginsel dat in het algemeen aan de winsttoerekening ten grondslag ligt, is de ‘functionally separate entity approach’. Deze benadering staat ook bekend als de zelfstandigheidsfictie. Juridisch bestaat een vaste inrichting niet, maar wordt door de toepassing van de zelfstandigheidsfictie voor het fiscaal recht als een zelfstandige ‘onderneming’ beschouwd. Deze gedachte werkt door bij de toerekening van activa en passiva aan de vaste inrichting. Geconcludeerd werd dat de toepassing van een dergelijk beginsel adequaat is, dit is wat art. 7 OESO-MV vereist.

Door afwezigheid van juridische verhoudingen bij een vaste inrichting, dient de toerekening van activa en passiva te geschieden aan de hand van een functionele en feitelijke analyse. De HR hanteert hiervoor het dienstbaarheids criterium, wat overeenkomt met een dergelijke analyse. De toerekening geschiedt aan de hand van de functies die in of vanuit de vaste inrichting worden uitgeoefend ter zake van een bepaald vermogensbestanddeel. Deze functies die ook bekend staan als de ‘significant people’s functions’ (spf) kunnen gelijkgesteld worden met de activiteiten van de vaste inrichting. Toerekening van materiële activa moet plaatsvinden aan de hand van de ‘plaats van gebruik’ van dit actief, tenzij er een bijzondere omstandigheid sprake is. Met een bijzondere omstandigheid wordt mogelijk situaties bedoeld, waarin dat criterium niet tot hetzelfde resultaat zal leiden als toerekening op basis van de spf. Een bijzondere omstandigheid kan optreden bij een tijdelijke terbeschikkingstelling. Ik concludeer dat een onderscheid per definitie niet nodig is en dat de spf als adequaat kunnen worden beschouwd voor de toerekening van materiële vaste activa.

De toerekening van immateriële vaste activa geschiedt daarentegen enkel aan de hand van de spf. Ook de toerekening van financiële activa gebeurt aan de hand van de spf. (zie hoofdstuk 3)

In stap 1 van de AOA wordt ook het eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting toegerekend. Door de OESO wordt de stamkapitaaltheorie hiervoor toegepast. Dit betekent dat eerst ‘free capital’ (eigen vermogen) aan de vaste inrichting toegerekend moet worden en dat het restant vreemd vermogen is. De HR heeft tot nu toe deze theorie verworpen. In de visie van de HR wordt eerst vreemd vermogen toegerekend op basis van het dienstbaarheids criterium aan de vaste inrichting toegerekend. Het restant van de kapitaal wordt door de HR als eigen vermogen beschouwd. Zolang de HR niet ‘omgaat’, zal de stamkapitaaltheorie niet zonder meer in Nederland worden toegepast. Ik beschouw de benadering van de HR als de adequate wijze van toerekening van kapitaal. Mijns inziens is de

stampkapitaaltheorie niet in overeenstemming met het doel en de strekking van het winstartikel.

Ik concludeer dat de ‘tracing approach’ van de OESO een adequate wijze kan zijn voor de toerekening van vreemd vermogen. Deze benadering staat ook wel bekend als de historische methode. Voor de toerekening wordt gekeken naar de daadwerkelijke wending van het vreemd vermogen. De ‘tracing approach’ eerbiedigt de beginselen van art. 7 OESO-MV en past bij het dienstbaarheids criterium van de HR. De ‘fungibility approach’ wordt ook aanvaard door de OESO en in bepaalde gevallen ook door de HR. Deze benadering betreft de mathematische methode. Op basis van deze benadering worden rentelasten toegerekend aan een vaste inrichting aan de hand van een (vooraf overeengekomen) proportie van de rentelasten die de generale onderneming als geheel heeft betaald aan de externe partij. Mijns inziens dient ondanks het feit dat ik de ‘tracing approach’ de meest adequate toerekeningswijze vind, de mogelijkheid worden opengelaten om de ‘fungibility approach toe te passen’.

In mijn visie beschouw ik het eigen vermogen als restpost. Desondanks beschouw ik de ‘capital allocation approach’<sup>290</sup> als meest en de ‘thin capitalisation approach’<sup>291</sup> als minst adequate wijze van toerekening. Bij de ‘capital allocation approach’ constateer ik geen strijdigheid met art. 7 OESO-MV. Het is echter onjuist om de toepassing van de ‘thin capitalisation approach’ niet toe te staan. Beide methoden worden eenmaal aanvaard door de OESO. (zie hoofdstuk 4)

In stap 2 van de AOA vindt de winsttoerekening aan de vaste inrichting plaats. Het voornaamste uitgangspunt hierbij is de zelfstandigheidsfictie. Voor het fiscaal recht betekent dit dat een vaste inrichting niet alleen met derden, maar ook met het hoofdhuis zelfstandig wordt geacht te handelen. Interne transacties – ‘dealings’ – moeten daarom in aanmerking worden genomen. Sinds de aanpassing van art. 7 OESO-MV in 2010 wordt een ‘dealing’ door de OESO erkend, maar deze interne transactie moet aan een ‘drempeltest’ voldoen. Deze test betekent dat de interne transactie in aanmerking wordt genomen indien niet aan de economische realiteit ervan kan worden getwijfeld. De zelfstandigheidsfictie werkt hierdoor beperkt door. De HR hanteert de economische realiteitstoets, welk mijns inziens overeenkomt met de ‘drempeltest van de OESO. Ik beschouw de beperking op de zelfstandigheidsfictie niet

---

<sup>290</sup> Deze benadering houdt in dat het eigen vermogen aan een vaste inrichting wordt toegerekend op basis van de proportie van de toegerekende activa en de aangenomen risico's.

<sup>291</sup> Deze benadering rekent een hoeveelheid eigen vermogen toe aan een vaste inrichting op basis van een vergelijkingsanalyse.

bepaald adequaat. Daarentegen is het gebruik van de ‘drempeltest’ of de economische realiteitstoets, die moeten uitwijzen of getwijfeld kan worden aan de economische realiteit van een ‘dealing’, mijns inziens wel adequaat.

Aan een ‘dealing’ dient een vergoeding in lijn met het arm’s length-beginsel bedoeld in art. 9 OESO-MV aan de vaste inrichting worden toegerekend. Het arm’s length- beginsel houdt in dat aan interne transacties binnen een groepsmaatschappij een zakelijke prijs moet worden toegekend. In de nationale wet is dit beginsel gecodificeerd in art. 8b Wet VpB 1969. De TP-Guidelines, die in principe gelden voor vennootschappen, zijn voor de bepaling van een vergoeding ter zake van ‘dealings’ aan een vaste inrichting analoog van toepassing verklaard. Hiervoor dient een vergelijkingsanalyse plaats te vinden, welk inhoudt dat een vergelijking met onafhankelijke ondernemingen moet worden gemaakt. Dit vloeit voort uit de zelfstandigheidsfictie. Deze wijze van winsttoerekening is in principe in lijn met doel en strekking van art. 7 OESO-MV. Tot zover is de systematiek mijns inziens adequaat. De toepassing ervan brengt echter veel administratieve lasten met zich. Dit komt doordat belastingplichtigen niet alle gegevens die ze voor de vergelijkingsanalyse nodig hebben ook in hun bezit hebben. (zie hoofdstuk 5)

De fiscale behandeling van een vaste inrichting en een dochtervennootschap/deelneming komen vrij sterk overeen met elkaar. Er kan echter geconcludeerd worden dat juridische verschillen tussen beide toch tot verschillen in de fiscale behandeling (kunnen) leiden. Er zijn verschillen te onderkennen in de toerekening van financieringskosten (meer algemeen de erkenning van ‘dealings’) en in de overdracht van bedrijfsmiddelen aan een vaste inrichting. Ik concludeer met name dat door de aanwezigheid van juridische verschillen tussen de investeringsvormen, de verschillen gerechtvaardigd zijn.

Verder concludeer ik dat de voorkoming van dubbele belastingheffing bij een vaste inrichting dan wel bij een dochtervennootschap in grote lijnen op dezelfde manier wordt verleend. De buitenlandse winsten uit een vaste inrichting worden vrijgesteld via een objectvrijstelling. Voor- en nadelen uit een deelneming worden krachtens de deelnemingsvrijstelling niet in de belastinggrondslag bij de moedervernootschap opgenomen. Het komt erop neer dat de buitenlandse resultaten (uiteindelijk) de wereldwinst van het hoofdhuis en de moedervernootschap niet raken. Door toepassing van de liquidatieverliesregeling (bij deelnemingen) of de stakingsverliesregeling (bij vaste inrichtingen) kan een eventueel buitenlands verlies in aanmerking komen bij een moedervernootschap respectievelijk het hoofdhuis. Ik concludeer dat het vorige in lijn is met de bedoeling van het EU-recht, om de

fiscale behandeling van een vaste inrichting en een deelneming dicht bij elkaar te brengen. Wel is het mijns inziens mogelijk dat de stakingsverliesregeling in strijd zou kunnen zijn met het EU-recht omdat het buitenlandse verlies niet altijd in aanmerking genomen kan worden. Deze strijdigheid kan optreden door de gestelde voorwaarden. (zie hoofdstuk 5)

### 6.3 Aanbeveling

Ik heb geconcludeerd dat sprake is van veel inspanning en administratieve lasten bij het verzamelen van gegevens en de uitvoering van de vergelijkingsanalyse voor de bepaling van een vergoeding conform het arm's length– beginsel bij 'dealings'. De OESO streeft er naar de documentatieverplichting van een vaste inrichting, niet zwaarder te doen zijn dan eenzelfde verplichting bij een dochtervennootschap. Uit mijn onderzoek is gebleken dat deze gedachte theoretisch gezien wordt bereikt door de toe te passen systematiek. Wanneer de systematiek echter toegepast moet worden, kunnen belastingplichtigen meer administratieve lasten en inspanningen ervaren.

De OESO is 'country-by-country-reporting'<sup>292</sup> aan het ontwikkelen. Kort samengevat komt dit voorstel erop neer dat belastingplichtigen van elk afzonderlijk land moeten aangeven wat de behaalde resultaten zijn, hoeveel aan belasting is betaald en hoeveel personen werkzaam in het bedrijf werkzaam zijn. In het geldend belastingstelsel is het vorige nog geen verplichting. De introductie van een dergelijke methode van rapporteren komt vooral ten goede aan de uitoefening van controle door de Belastingdienst. De mogelijkheid om bewijs te leveren tegen een prijs die niet in lijn is met het arm's length- beginsel, wordt hiermee verder versterkt. Echter, mijns inziens lost een 'country-by-country-reporting' het praktische probleem van de administratieve lasten niet op. De belastingplichtige krijgt niet bepaald een voordeel mee. Ik ben er mij van bewust dat dit ook niet de bedoeling is van de genomen maatregel. Het is bedoeld om de fiscus meer inzicht te laten krijgen in buitenlandse resultaten. Wel kan de methode van rapporteren mijns inziens gebruikt worden om de belastingplichtige enige houvast te bieden bij het vaststellen van de toe te rekenen prijs bij een 'dealing'.

Mijn aanbeveling is om een lijst met gegevens van elk afzonderlijk land aan belastingplichtigen (mogelijk wel digitaal) beschikbaar te stellen. Het lijkt me handig om in een dergelijke lijst standaardkenmerken van ondernemingen op te nemen en marges die aangeven welke prijzen horen bij deze standaardkenmerken. Ik bedoel uitdrukkelijk niet om de gegevens van bedrijven openbaar te maken, dit is mijns inziens niet wenselijk. De lijst kan

---

<sup>292</sup> Zie Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting van 30 januari 2014, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-transfer-pricing-documentation.pdf>.

opgesteld worden aan de hand van de ‘*country-by-country-reporting*’ en elk jaar aan de hand van de methode van rapporteren zelf aangepast worden. Ik ben er mij van bewust dat de voorgestelde lijst van gegevens een beperkende factor tot mogelijke antwoorden kan zijn. Het feit dat een lijst wordt gegeven, kan de indruk opwekken dat de gegevens de enige mogelijke antwoorden zijn. Echter, dat is mijns inziens niet per definitie het geval indien de aanbeveling als een kader wordt gezien, waar uitzonderingen op mogelijk zijn. Het voordeel dat uit een dergelijke lijst voortvloeit, is dat het gebruikt kan worden als hulpmiddel en zo de administratieve lasten en inspanningen kan beperken.

#### **6.4 Eindconclusie**

De eindconclusie op mijn hoofdvraag is naar aanleiding van bovenstaande als volgt. Een adequate wijze van winsttoerekening aan een vaste inrichting krachtens art. 7 OESO-MV begint bij het constateren van de aanwezigheid van een vaste inrichting op grond van art. 5 OESO-MV en de nationale wet.

Voordat winsttoerekening aan een vaste inrichting plaatsvindt, moeten activa en passiva aan de vaste inrichting worden toegerekend. Aan de toerekening van vermogensbestanddelen ligt de zelfstandigheidsfictie ten grondslag, deze beschouw ik als adequaat. In dit kader dienen activa en passiva op basis daarvan worden toegerekend via een functionele en feitelijke analyse. Deze analyse geeft aan welke functies/activiteiten relevant zijn en dus uitgeoefend worden in of vanuit de vaste inrichting. Ik concludeer dan ook dat de spf als enige adequate toerekeningscriterium moet gelden voor zowel de toerekening van materiële, immateriële en financiële activa.

Voor de toerekening van kapitaal aan een vaste inrichting, is het mijns inziens adequaat om de benadering van de Hoge Raad te hanteren. Door eerst het vreemd vermogen en vervolgens het eigen vermogen aan een vaste inrichting toe te rekenen, wordt de doelstelling van art. 7 OESO-MV beter nageleefd. Hiermee verwerp ik de stamkapitaaltheorie, welk de benadering is van de OESO. Van de methoden voor de toerekening van vreemd vermogen, is mijns inziens de ‘tracing approach’ het meest en de ‘fungibility approach’ het minst adequaat. Voor de toerekening van eigen vermogen is mijns inziens de ‘capital allocation approach’ het meest en de ‘thin capitalisation approach’ het minst adequaat.

Na de toerekening van vermogensbestanddelen volgt de winsttoerekening zelf. Daarvoor vereist art. 7 OESO-MV dat rekening wordt gehouden met ‘dealings’. Deze interne transacties worden erkend, maar moeten aan de ‘drempeltest’ of de economische realiteitstoets voldaan. Dit levert een beperking op de toepassing van de zelfstandigheidsfictie, die ook aan de

winsttoerekening van de vaste inrichting ten grondslag ligt. Desondanks beschouw ik de toepassing van dergelijke toetsen voor de erkenning van 'dealings' als adequaat.

De adequate wijze om een vergoeding aan een vaste inrichting toe te rekenen is het arm's length- beginsel in de zin van art. 9 OESO-MV en de bepaling ervan analoog aan de TP-Guidelines. Deze wijze kan weliswaar veel administratieve lasten en inspanningen meebrengen voor het verzamelen van gegevens. Deze kunnen naar mijn aanbeveling worden beperkt door een lijst, met algemene kenmerken en de daarbij behorende prijs, ter beschikking te stellen aan belastingplichtigen.

Tenslotte kan geconcludeerd worden dat de fiscale behandeling van een vaste inrichting ten opzichte van een dochtervennootschap dicht bij elkaar ligt. Er zijn verschillen te vinden tussen beide investeringsvormen, maar deze zijn gerechtvaardigd in het licht van het EU-recht. In de wijze waarop voorkoming wordt verleend voor de buitenlandse resultaten van beide investeringsvormen zijn geen verschillen te onderkennen. Het doel van de OESO en het EU-recht was het dichterbij brengen van de fiscale behandeling van een vaste inrichting ten opzicht van een dochtervennootschap. Bezien het antwoord op de probleemstelling, kan ik concluderen dat deze doelstelling in grote lijnen min of meer is bereikt.



## BRONVERMELDING

### Boek

- Graaf, A.C.G.A.C. de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A., *Internationaal belastingrecht*, Fiscale Studieserie nr. 39, Achtste herziende druk, Kluwer, Deventer, 2014.

### Artikelen

- Albert, P.G.H., ‘Vaste inrichting en aftrek ter voorkoming van dubbele belasting’, TFO 2011/97.
- Avery Jones, J.F., and Ward, D.A., ‘Agents as Permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention’, *European Taxation* mei 1993, p. 154-181.
- Haan, N. de en Lewis, I., ‘Het gewijzigde art. 7(winst uit onderneming) OECD – modelverdrag 2010’, WFR 2010/1292.
- Hoogterp, P., ‘Interestlasten vaste inrichtingen’, WFR 2008/1085.
- Hosson, F.C., ‘Het onderscheid vaste inrichting – dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief.’, WFR 2003/1571.
- Kavelaars, P., ‘Caribisch Nederland: Internationale fiscale aspecten (deel 1) en (deel 2).’, NTFR-B 2011/07 en NTFR-B 2011/12.
- Kemmeren, E.C.C.M., ‘Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)’, WFR 2003/2005.
- Kemmeren, E.C.C.M., ‘Vermogenstoerekening bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking?’, TFO2011/108.
- Kroon, M.G.H. van der, ‘Verslag van het EFS-seminar ‘Vaste inrichting versus deelneming’’, WFR 2011/1592.
- Loo, L.N.J. van der, ‘Nadere omschrijving van het begrip vaste inrichting.’, WFR 1990/551.
- Lohuis, H., ‘Verschillen en overeenkomsten winstbepaling vaste inrichting en dochtermaatschappij’, TFO 2011/138.
- Michielse, G.M.M., ‘De vaste inrichting.’, NTFR-B 2007/35.
- Peeters, P.J.J.M., ‘Winsttoerekening aan een vaste inrichting.’, TFO 2011/122.

- Pijl, H., ‘Vaste inrichting en de voorgestelde wijzigingen van het OESO-commentaar.’, WFR 2002/6490.
- Pijl, H., ‘Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek.’, NTFR 2011/440.
- Pijl, H., ‘De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen.’, WFR 2011/201.
- Pijl, H., ‘De commissionair, de agent, de Discussion Draft en de rechter.’, WFR 2012/1548.
- Pötgens, F.P.G., ‘Toerekening van winst aan een vaste inrichting.’, NTFR-B 2008/52.
- Raad, C. van, ‘Incoherentie, in de internationale dimensies van de inkomstenbelasting.’, WFR 1992/1352.
- Reigersman, R.A., ‘Het belang van economische eigendom.’, FED 2005/61.
- Stevens, A.J.A., ‘De objectvrijstelling’, NTFR –B 2012/4
- Sturm, M.C., ‘Winsttoerekening vaste inrichtingen: Toerekening van materiële vaste activa.’, MBB 2011/05.
- Wilde, M.F. de en Wisman, C., ‘Over de ‘objectvrijstelling’ en de klok van de interne markt.’, FED 2012/41.

### **Besluiten**

- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 16 december 2004, nr. IFZ 2004/828M, NTFR 2004/1808
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. DGB 2010/8233M, Stcrt. 2011, 1374, BNB 2011/90.
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91.
- Notitie Fiscaal Verdragsbeleid van 11 februari 2011.
- Besluit Staatssecretaris van Financiën van 22 december 2011, Stb. 2011, 677

### **Jurisprudentie**

#### **Hof van Justitie**

- HvJ 28 januari 1986, nr. C 270/83 (Avoir Fiscal)
- HvJ 15 mei 1997, C 250/95 (Futura)

- HvJ 21 september 1999, C 307/97 (Saint Gobain)
- HvJ 15 december 2005, C 446/03 (Marks en Spencer)
- HvJ 13 maart 2007, C 524/04 (Test Claimants in the thin cap group litigation)
- HvJ 6 december 2007, C 298/05 (Columbus Container Services)
- HvJ 15 mei 2008, C 414/06 (Lidl Belgium)
- HvJ 21 januari 2010, C 311/08 (SGI)

### **Hoge Raad**

- HR 7 oktober 1953, nr. 11 383, BNB 1953/272
- HR 29 september 1954, nr. 11 887, BNB 1954/313
- HR 13 oktober 1954, nr. 11 908, BNB 1954/336 (circustentarrest)
- HR 15 juni 1955, nr. 12 369, BNB 1955/277 (kunstogen- of hotelkamerarrest)
- HR 19 oktober 1955, nr. 12 407, BNB 1955/377
- HR 7 maart 1956, nr. 12 661, BNB 1956/123
- HR 13 maart 1957, nr. 13 096, BNB 1957/144 (studeerkamerarrest)
- HR 8 mei 1957, nr. 12 931, BNB 1957/208
- HR 17 mei 1961, nr. 14 458, BNB 1961/196
- HR 12 februari 1964, nr. 15 068, BNB 1964/95 (hopperzuigerarrest)
- HR 4 februari 1970, nr. 16 305, BNB 1970/71 (lassersarrest)
- HR 11 maart 1970, nr. 16 290, BNB 1970/89 (ketenkamparrest)
- HR 13 maart 1971, nr. 16 445, BNB 1971/43
- HR 23 januari 1974, nr. 17 237, BNB 1986/100 (baggerarrest)
- HR 17 december 1975, nr. 17 776, BNB 1976/33
- HR 22 januari 1975, nr. 17 537, BNB 1975/66 (werkschiparrest)
- HR 27 januari 1988, nr. 23 9191, BNB 1988/217
- HR 15 juni 1988, nr. 24 881, BNB 1988/258 (cargadoorsarrest)
- HR 8 november 1989, nr. 25 089, BNB 1990/36
- HR 2 maart 1994, nr. 28 709, BNB 1994/190
- HR 28 juni 1995, nr. 29 435, BNB 1996/108
- HR 7 mei 1997, nr. 30 294, BNB 1997/263
- HR 7 mei 1997, nr. 31 795, BNB 1997/264
- HR 9 december 1998, nr. 32 709, BNB 1999/267 (noot Van Raad)

- HR 20 december 2000, nr. 35 769, BNB 2001/87 (Engelse viskotterarrest) gehecht aan uitspraak van Hof Arnhem 18 november 1999, nr.96/0752
- HR 24 mei 2002, nr. 37 220, BNB 2002/320
- HR 20 december 2002, nr. 37 448, BNB 2003/137
- HR 20 december 2002, nr. 37 652, BNB 2003/246 gehecht aan uitspraak van Hof 's Hertogenbosch, Derde Meerv. Belastingkamer, 6 september 2001, nr. 97/0081.
- HR 23 januari 2004, nr. 37 893, BNB 2004/214
- HR 8 november 2004, nr. 40 158, BNB 2004/437
- HR 10 juni 2005, nr. 40 447, nr. 40 447, V-N 2005/32.13 (vervolg op BNB 2003/137)
- HR 25 november 2005, nr. 40 858, BNB 2007/117
- HR 25 november 2005, nr. 40 898, BNB 2006/82
- HR 8 augustus 2008, nr. 40 568, BNB 2008/255 (vervolg op BNB 2003/246)
- Hof Amsterdam, 20 juni 1978, nr. 1106/761, BNB 1979/190
- Hof 's Gravenhage 10 September 1990, nr. 4287/87, BNB 1992/51
- Hof Amsterdam 4 november 1998, nr. 97/21343 FuTD 1999-125

### Overige

- Nus, F.G.H., Artikelsgewijscommentaar op art. 8b Wet VpB 1969 (NDFR)
- Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting van 30 januari 2014, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-transfer-pricing-documentation.pdf>.
- OECD Model Tax Convention: Revised proposals concerning the interpretation and application of article 5 (permanent establishment), 19 October 2012- 31 January 2013. Beschikbaar via <http://www.oecd.org/ctp/treaties/PermanentEstablishment.pdf>.
- Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 17 juli 2008, beschikbaar via <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/41031455.pdf>.
- Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD, 22 juli 2010, beschikbaar via <http://www.oecd.org/dataoecd/23/41/45689524.pdf>.
- Sturm, M.C., Algemene leerstukken vaste inrichting (NDFR)
- Sturm, M.C., Artikelsgewijscommentaar op art. 2 BvdB 2001 (NDFR)
- Sturm, M.C., Artikelsgewijscommentaar op art. 5 OESO-MV (NDFR)

- Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, Parijs 2010.
- Wolfs, J.M.F., Artikelsgewijscommentaar op art. 17 Wet Vpb 1969 (NDFR)
- Verdoner, Algemene leerstukken Transfer Pricing en arm's length-beginsel (NDFR, deel internationaal en EU-recht)