

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie

De gevolgen van de wijziging van het OESO-modelverdrag voor de kapitalisering van de vaste inrichting

Naam: Jurre Moormann
Studierichting: Fiscale Economie
Studentnummer: 331500
Scriptie begeleider: R.C. de Smit MSc
Datum: 13 mei 2015

Inhoudsopgave

| | |
|---|----|
| Lijst van gebruikte afkortingen | 5 |
| 1 Inleiding..... | 7 |
| 1.1 Inleiding..... | 7 |
| 1.2 Onderzoeksvraag | 10 |
| 1.3 Deelvragen | 10 |
| 1.4 Toetsingscriteria..... | 11 |
| 1.5 Kader | 12 |
| 1.6 Verantwoording van de opzet | 12 |
| 2 De waarde van het OESO-Modelverdrag..... | 13 |
| 2.1 Inleiding..... | 13 |
| 2.2 OMV en commentaar..... | 13 |
| 2.3 Latere wijziging in commentaar: statisch versus dynamische methode | 16 |
| 2.3.1 Dynamische interpretatie | 16 |
| 2.3.2 Statische interpretatie | 17 |
| 2.4 Conclusie | 19 |
| 3 De wijzigingen in art. 7 OESO-modelverdrag en commentaar | 21 |
| 3.1 Inleiding..... | 21 |
| 3.2 Artikel 7 OMV (oud) | 21 |
| 3.3 Aanpassingen in het commentaar in 2008 | 24 |
| 3.4 Artikel 7 OMV (nieuw) | 25 |
| 3.5 Conclusie | 26 |
| 4 Kapitalisatie van de vaste inrichting volgens de OESO | 28 |
| 4.1 Inleiding..... | 28 |
| 4.2 Authorized OECD Approach..... | 28 |
| 4.2.1 Stap 1: de vaste inrichting beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming 29 | |
| 4.2.2 Toerekening van risico | 30 |
| 4.2.3 Toerekening van activa | 30 |
| 4.2.3.1 Materiële activa | 30 |
| 4.2.3.2 Immateriële activa | 31 |
| 4.2.4 Toerekening van rechten en verplichtingen aan de vaste inrichting..... | 31 |
| 4.2.5 Vermogensallocatie | 32 |

| | | |
|---------|---|----|
| 4.2.5.1 | Eigen vermogen | 32 |
| 4.2.5.2 | Vreemd vermogen | 33 |
| 4.2.6 | Dealings..... | 34 |
| 4.2.6.1 | Interne concerndiensten..... | 34 |
| 4.2.6.2 | Interne royalty's..... | 35 |
| 4.2.6.3 | Interne rente | 36 |
| 4.3 | Het Nederlandse Besluit winstallocatie vaste inrichtingen 2011 | 36 |
| 4.3.1 | Algemeen | 36 |
| 4.3.2 | Vermogensallocatie | 36 |
| 4.3.3 | Het begrip significant people functions en control | 38 |
| 4.3.4 | Dealings..... | 38 |
| 4.3.4.1 | Interne concerndiensten..... | 38 |
| 4.3.4.2 | Interne royalty's..... | 38 |
| 4.3.4.3 | Interne rente | 39 |
| 4.3.5 | Toerekening van activa | 40 |
| 4.3.5.1 | Materiële activa | 40 |
| 4.3.5.2 | Financiële activa..... | 40 |
| 4.4 | Conclusie | 41 |
| 5 | Kapitalisatie van de vaste inrichting op basis van Nederlandse jurisprudentie | 43 |
| 5.1 | Inleiding..... | 43 |
| 5.2 | Zelfstandigheidsfictie | 43 |
| 5.3 | Toerekening van activa | 44 |
| 5.3.1 | Tijdelijke- of duurzame terbeschikkingstelling | 44 |
| 5.3.2 | Toerekening van beleggingsvermogen | 46 |
| 5.3.3 | Toerekening van deelnemingen..... | 46 |
| 5.4 | Toerekening van passiva | 47 |
| 5.4.1 | Extern vreemd vermogen | 48 |
| 5.4.2 | Intern vreemd vermogen..... | 49 |
| 5.4.3 | Eigen vermogen | 51 |
| 5.5 | Dealings..... | 52 |
| 5.5.1 | Interne concerndiensten..... | 52 |
| 5.5.2 | Interne royalty's..... | 52 |
| 5.5.3 | Interne rente | 53 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5.6 | Conclusie | 54 |
| 6 | Analyse | 56 |
| 6.1 | Inleiding..... | 56 |
| 6.2 | Hoe dient de belastingplichtige te kapitaliseren? | 56 |
| 6.2.1 | Verdragen pré-2008..... | 56 |
| 6.2.2 | Verdragen 2008-2010 | 57 |
| 6.2.3 | Verdragen post-2010 | 58 |
| 6.3 | Hoe dient belastingplichtige dealings te behandelen?..... | 60 |
| 6.3.1 | Verdragen pré-2008..... | 60 |
| 6.3.2 | Interne concerndiensten..... | 60 |
| 6.3.3 | Interne royalty's..... | 60 |
| 6.3.4 | Interne rente | 61 |
| 6.4 | Verdragen 2008-2010 | 61 |
| 6.5 | Verdragen post-2010 | 61 |
| 6.5.1 | Interne concerndiensten..... | 61 |
| 6.5.2 | Interne royalty's..... | 62 |
| 6.5.3 | Interne rente | 62 |
| 6.6 | Conclusie | 63 |
| 7 | Conclusie | 66 |
| 7.1 | Inleiding..... | 66 |
| 7.2 | Samenvatting | 66 |
| 7.3 | Beantwoording onderzoeksvraag | 72 |
| | Bronnen..... | 79 |

Lijst van gebruikte afkortingen

| | |
|------------------|--|
| 2008 Report | Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments 2008 |
| 2010 Report | Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments 2010 |
| A-G | Advocaat-Generaal |
| Art. | Artikel |
| AOA | Authorized OECD Approach |
| Het Besluit | Het besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011 |
| BNB | Beslissingen in belastingzaken |
| BV | Besloten vennootschap |
| CV | Commanditaire vennootschap |
| BvdB 2001 | Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 |
| Discussion Draft | Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments |
| FSE | Functionally Separate Entity |
| Guidelines | OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations |
| HR | Hoge Raad |
| HvJ EG | Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap |
| MAP | Mutual Agreement Procedure |
| NFV | Notitie Fiscaal Verdragsbeleid |
| Nr. | Nummer |
| NTRF | Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht |
| OECD | Organisation for economic co-operation and Development |

| | |
|-------------------|---|
| OESO | Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling |
| OMV | OESO-Modelverdrag |
| SPF | Significant People Functions |
| TFO | Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht |
| Verdrag van Wenen | Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht |
| vi | Vaste inrichting |
| V-N | Vakstudie Nieuws |
| Vof | Vennootschap onder firma |
| VPB | Wet op de vennootschapsbelasting 1969 |
| WFR | Weekblad Fiscaal Recht |

1 Inleiding

1.1 Inleiding

Ondernemingen die actief zijn in twee of meerdere landen kunnen geconfronteerd worden met belastingheffing in verschillende staten. Om dubbele belastingheffing te voorkomen, hebben staten onderling bilaterale belastingverdragen gesloten ter voorkoming van dubbele belastingheffing. In het internationale belastingrecht wordt het heffingsrecht over bedrijfsresultaten toegewezen aan de vestigingsstaat van de onderneming, tenzij de activiteiten in het buitenland worden uitgeoefend door middel van een vaste inrichting. Een vaste inrichting bezit geen civielrechtelijke zelfstandigheid, maar bezit een dusdanige economische zelfstandigheid dat aan de vaste inrichting de buitenlandse winsten toegerekend dienen te worden. Dit betekent een belastingplicht voor de bedrijfsresultaten van de belastingplichtige ten aanzien van de vaste inrichting in het buitenland. Het resultaat van de vaste inrichting is onderdeel van de wereldwinst in de vestigingsstaat van het hoofd huis. Aangezien het bronland wil heffen over de winsten behaald door de vaste inrichting in die staat en de vestigingsstaat van de entiteit wil heffen over de wereldwinst, kan dubbele belastingheffing optreden.

De gesloten belastingverdragen ter voorkoming van dubbele belasting zijn vaak gebaseerd op het OESO-Modelverdrag (hierna: "OMV"), dat voorziet in de standaard voor toewijzing van heffingsrecht in het internationaal belastingrecht. Het OMV bevat geen directe juridische waarde, maar wordt als leidraad gebruikt voor het opstellen van bilaterale belastingverdragen tussen landen. In het OMV en het bijbehorende commentaar wordt aangegeven wat de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: "OESO") een juiste toewijzing van heffingsrechten acht. Een wijziging van het OMV betekent zodoende een wijziging in de preferente benadering van de toewijzing van heffingsrechten.

In art. 5 OMV wordt invulling gegeven aan het begrip vaste inrichting. Een vaste inrichting is een buitenlandse economische activiteit die een dusdanige zelfstandigheid bezit en beschikt over voldoende faciliteiten om als zelfstandige onderneming te kunnen functioneren. Hierbij kan worden gedacht aan een vaste verkoopgelegenheid of bijvoorbeeld een fabriek met een kantoor. Een vaste inrichting bezit geen civielrechtelijke zelfstandigheid. Het is een verlengstuk van een

entiteit die in dit verband het hoofdhuis wordt genoemd. De vaste inrichting en het hoofdhuis vormen tezamen de generale onderneming.

In art. 7 OMV zijn voorschriften voor de toewijzing van heffingsrecht ten aanzien van ondernemingswinsten in internationale situaties opgenomen, in het bijzonder de verdeling tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Winsten zijn slechts belastbaar in de vestigingsstaat van de generale onderneming, tenzij de onderneming in een andere staat winsten met een vaste inrichting behaalt. In dat geval zijn de winsten die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, in de andere staat belastbaar. Aangezien de onderneming nu zowel in de vestigingsstaat als in de bronstaat wordt belast, kan juridisch dubbele belastingheffing ontstaan. In de bilaterale verdragen wordt door middel van een voorkomingsmethodiek deze juridisch dubbele belastingheffing vermeden. Dit kan door een vrijstelling van de buitenlandse winst in de woonstaat, of door verrekening van buitenlandse winstbelasting in de woonstaat.

Door de OESO-staten werd art. 7 OMV vaak verschillend geïnterpreteerd, waardoor dubbele belastingheffing of dubbele non-heffing op kon treden. Zodoende trachtte de OESO een grotere consensus over de toepassing van dit artikel te bereiken. In 2001 zijn de eerste overwegingen van de OESO gepubliceerd in de *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*¹ (hierna: “*Discussion Draft*”). In de *Discussion Draft* wordt ingegaan op de analoge toepassing van het *arm’s length* beginsel² tussen verbonden lichamen op de winstbepaling tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Uitgangspunt was om te onderzoeken in hoeverre de beperkte zelfstandigheidsfictie³ van de vaste inrichting kon worden uitgebreid. Het onderzoek heeft in 2008 geleid tot het *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*⁴ (hierna: “*2008 Report*”). De conclusies uit het *2008 Report* die niet conflicterend zijn met het toenmalige commentaar, zijn in 2008 opgenomen in het commentaar

¹ OECD, Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments, 8 februari 2001.

² Het *arm’s length* beginsel wordt toegepast in art. 9 OMV. Tussen verbonden lichamen dient te worden gehandeld, indien geen sprake is van zakelijk handelen wordt door toepassing van het *arm’s length* beginsel voor de belastingheffing van een zakelijke handeling uitgegaan. Zakelijk handelen tussen verbonden lichamen houdt in dat zij handelen alsof er sprake is van onafhankelijke derden.

³ De vaste inrichting werd beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming, echter met een beperkte reikwijdte. Zo werden interne transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting niet erkend.

⁴ OECD, Report on the attribution of profits to permanent establishments, 17 juli 2008.

op art. 7 OMV. Ondanks dat verdragsluitende landen niet zijn gebonden aan het OESO-commentaar, wordt bij de uitleg van belastingverdragen vaak wel bij het commentaar aangesloten. In 2010 is een vernieuwd rapport uitgekomen (“2010 *Report*”), wat slechts tekstueel van het 2008 *Report* verschilt. Om alle conclusies van het 2010 *Report* te incorporeren is in 2010 een vernieuwd art. 7 OMV ingevoerd en is het commentaar overeenkomstig aangepast.

Door de wijziging in art. 7 OMV, en het bijbehorende commentaar lijken zich een aantal wijzigingen voor te doen. Ten eerste lijkt zich een wijziging voor te doen in de kapitalisatie van de vaste inrichting. Op basis van Nederlandse jurisprudentie⁵ is de gangbare methode om eerst direct toerekenbare externe leningen aan de vaste inrichting toe te rekenen. Eigen vermogen is in deze benadering de sluitrekening.⁶

Op basis van het 2010 *Report* wordt bij de winstallocatie activa en risico's aan de vaste inrichting toegerekend op basis van een functionele- en feitelijke analyse. Deze analyse rekent activa en passiva alsmede met deze vermogensbestanddelen samenhangende baten en lasten op grond van hun functionele verbondenheid toe aan de vaste inrichting. Op basis van de functies en risico's wordt met behulp van het *arm's length* beginsel eerst eigen vermogen aan de vaste inrichting toegerekend, en vervolgens vreemd vermogen. Het verschil in benadering kan verschil maken voor de belastingheffing van buitenlands belastingplichtigen, alsmede voor de vrijstelling van buitenlandse winsten voor binnenlands belastingplichtigen.

Tevens lijken, door de uitgebreide zelfstandigheidsfictie, zogenoemde *dealings* te worden erkend. *Dealings* zijn transacties tussen de vaste inrichting en andere onderdelen van de generale onderneming. Aangezien het civielrechtelijk slechts om één entiteit gaat, vinden er juridisch gezien geen verschuivingen plaats binnen de onderneming. Zodoende werden in eerdere versies van het OMV *dealings* nadrukkelijk niet geaccepteerd.⁷

⁵ HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214.

⁶ Pijl, mr. drs. H. (2011). De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen. *WFR* 2011/201.

⁷ Met uitzondering van interne leningen van banken.

Ten aanzien van wijzigingen in verdragsteksten hanteert Nederland de dynamische interpretatie⁸. Indien na het sluiten van een verdrag een wijziging in het artikel of commentaar optreedt die als verduidelijking wordt aangemerkt, wordt de wijziging ook aangenomen in de gesloten belastingverdragen. Zodoende geldt een dynamische visie, waardoor begrippen naar hun tijd worden uitgelegd. Indien een aanpassing wordt geïntroduceerd, wordt deze visie voor reeds gesloten belastingverdragen niet gevolgd. Onduidelijk is of de wijziging van het commentaar in 2008 en de wijziging van het OMV en commentaar in 2010 ten aanzien van de kapitalisatie van de vaste inrichting en de erkenning van *dealings* doorwerking heeft in de gesloten belastingverdragen.

1.2 Onderzoeksvraag

Zoals hierboven beschreven lijkt zich in het nieuwe art. 7 OMV en het commentaar een wijziging voor te doen in de toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Dit is zowel van belang voor de belastingheffing van buitenlands belastingplichtigen als voor de vrijstelling van buitenlandse winsten voor binnenlands belastingplichtigen (de objectvrijstelling van art. 15e Wet op de vennootschapsbelasting 1969). Onderzocht wordt welke gevolgen de wijziging van het OMV en het bijbehorende commentaar heeft voor de kapitalisatie van de vaste inrichting en of deze wijziging doorwerking heeft in Nederlandse (verdrags)situaties. Tevens wordt bekeken of de erkenning van *dealings* doorwerking heeft in verdragen. De onderzoeksvraag luidt:

“Wat zijn de gevolgen van de wijzigingen van het OESO-modelverdrag en commentaar in 2008 en in 2010 met betrekking tot de kapitalisatie van de vaste inrichting voor Nederlandse belastingverdragssituaties?”

1.3 Deelvragen

Aan de hand van de volgende deelvragen wordt de onderzoeksvraag beantwoord:

- *Wat is de waarde van het OMV en commentaar voor de interpretatie van belastingverdragen?*
- *Wat zijn de wijzigingen in art. 7 van het OMV en commentaar in 2008 en 2010?*

⁸ Ministerie van Financiën, ‘Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011’, 11 februari 2011, p. 26

- *Op welke wijze dient de vaste inrichting te worden gekapitaliseerd op basis van het OMV?*
- *Op welke wijze dient de vaste inrichting te worden gekapitaliseerd op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot 2010?*
- *Hoe worden dealings op basis van het OMV behandeld?*
- *Hoe worden dealings op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad behandeld?*
- *Hoe werken de wijzigingen door voor Nederlandse verdragsituaties?*

1.4 Toetsingscriteria

Er wordt in deze scriptie onderzocht of de aanpassingen in art. 7 van het OMV en commentaar doorwerking hebben in Nederlandse verdragsituaties. De veranderingen worden getoetst aan de volgende criteria:

- **Rechtszekerheid:** aangezien het OMV als doel heeft dubbele juridische belasting te voorkomen is het van belang dat de belastingplichtige op de nieuwe bepalingen kan vertrouwen. Dubbele juridische belasting treedt op indien één subject ten aanzien van een vermogensbestanddeel dubbel in de heffing wordt betrokken. De dubbele heffing treedt op door een internationale samenloop van heffingsgrondslagen. Er wordt op basis van rechtszekerheid onderzocht of de wijzigingen in het OMV en commentaar ten goede komen aan de rechtszekerheid voor Nederlandse verdragsituaties.
- **Doelmatigheid:** de *Reports* zijn geschreven om internationaal een bredere consensus te bereiken over de toepassing van winstallocatie aan vaste inrichtingen. Er wordt onderzocht of het nieuwe art. 7 OMV en commentaar de winstallocatie aan vaste inrichtingen doelmatiger verdeelt. De doelmatigheid geeft de verhouding weer tussen het te bereiken doel, en de kosten om dit te bereiken. Onder kosten vallen de administratieve kosten die worden geleden om aan de regelgeving te voldoen.
- **Rechtsvormneutraliteit:** het beginsel van rechtsvormneutraliteit beoogt de gelijke behandeling tussen ondernemingswinsten, ongeacht de juridische vorm waarmee de ondernemingswinsten worden behaald. Zodoende is het wenselijk dat de gekozen juridische vorm waarin de buitenlandse investeringen worden gemaakt, geen invloed heeft op de behandeling van de verkregen ondernemingswinsten. Het is daarbij de

oorspronkelijke bedoeling van de *Reports* om een meer gelijke behandeling tussen de vaste inrichting en een dochteronderneming te bewerkstelligen.

1.5 Kader

In deze scriptie wordt de verandering in de kapitalisatie van de vaste inrichting onderzocht. Onderzocht wordt hoe de kapitalisatie van de vaste inrichting voor de wijziging van het commentaar in 2008 wordt behandeld, hoe de kapitalisatie in de periode 2008-2010 wordt behandeld en hoe de kapitalisatie na de wijziging in 2010 uitwerkt. Om de situatie voor de wijziging te onderzoeken wordt gebruik gemaakt van art. 7 OMV en het commentaar uit 1994. Dit is de meest recente verdragstekst voorafgaand aan de wijziging van het commentaar in 2008. Voor de behandeling van de kapitalisatie na de wijziging in 2010 wordt art. 7 OMV uit 2010, het commentaar uit 2010 en het 2010 *Report* gebruikt.

Er zal verder niet worden ingegaan op de hoofdstukken uit de rapporten met betrekking tot financiële instellingen en het handelen in financiële instrumenten. Tevens zal niet worden ingegaan op het kwalificatievraagstuk van een vaste inrichting, dit is een gegeven. Tot slot wordt in deze scriptie niet ingegaan op verdragsloze situaties.

1.6 Verantwoording van de opzet

In het tweede hoofdstuk wordt ingegaan op de juridische waarde van het OMV ten aanzien van de interpretatie van bilaterale belastingverdragen. Met name wordt stilgestaan bij de waarde van het commentaar, en wat eventuele verdragsposterieure wijzigingen in het commentaar tot gevolg hebben bij de interpretatie van gesloten bilaterale verdragen. Het derde hoofdstuk behandelt de wijzigingen in het commentaar van 2008 en de wijziging van art. 7 OMV en commentaar in 2010. Daartoe wordt eerst art. 7 OMV en het commentaar in de visie van 1994 besproken, vervolgens wordt ingegaan op wijziging in 2008 en tot slot wordt het vernieuwde art. 7 OMV en het commentaar besproken. In het vierde hoofdstuk staat de kapitalisatie van de vaste inrichting op basis van het 2010 *Report* centraal. Tevens wordt in dit hoofdstuk de visie van de staatssecretaris besproken. Het vijfde hoofdstuk draait om de kapitalisatie van de vaste inrichting op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad. In het zesde hoofdstuk wordt de analyse gemaakt of de wijzigingen in het OMV doorwerking hebben naar bestaande verdragen. Er wordt ingegaan op de (eventuele) keuze die belastingplichtige heeft ten aanzien van het kapitaliseren van de vaste inrichting en het in aanmerking nemen van *dealings*. Tot slot wordt in hoofdstuk zeven de conclusie gegeven, waarbij een antwoord op de onderzoeksvraag wordt geformuleerd.

2 De waarde van het OESO-Modelverdrag

2.1 Inleiding

Het OMV wordt door de OESO-lidstaten gehanteerd als leidraad voor de verdragsonderhandelingen. Het OMV en het commentaar wordt vastgesteld door de Raad van de OESO, deze bestaat uit vertegenwoordigers van elke lidstaat van de OESO. De Raad beslist over aanpassingen in het OMV. Indien met een aanpassing unaniem wordt ingestemd, wordt dit gepubliceerd door middel van een aanbeveling. Deze aanbeveling bezit geen juridisch afdwingbaar karakter, maar is gericht als aansporing voor de lidstaten om de aanbeveling na te leven. Aangezien de vertegenwoordigers van de lidstaten hebben ingestemd met de wijziging, wordt geacht dat de uitvoerende macht van de lidstaten de aanbevelingen volgen. Het OMV en het commentaar kan aldus worden gezien als een bij aanbeveling vastgesteld samenstel van regels, die gebruikt kan worden bij de verdragsonderhandelingen tussen lidstaten.

De conclusies over de toerekening van winsten aan een vaste inrichting uit het 2008 Report zijn, voorzover deze niet conflicterend zijn met de toen geldende verdragstekst, opgenomen in het commentaar op art. 7 van het OMV 2008. Om alle conclusies te incorporeren is in 2010 het OMV en het commentaar aangepast. Zodoende ontstaan er drie verschillende interpretaties van art. 7 OMV: de pre-2008 visie, de 2008-2010 visie en de post-2010 visie. Onduidelijk is welke visie voor de interpretatie van belastingverdragen gehanteerd dient te worden.

In dit hoofdstuk wordt de juridische waarde van het OMV en commentaar besproken.

Vervolgens wordt besproken welk OMV en commentaar relevant is voor de interpretatie van eerder gesloten belastingverdragen.

2.2 OMV en commentaar

Indien Nederland een bilateraal belastingverdrag ter voorkoming van dubbele belasting sluit, dient het verdrag voor inwerkingtreding (stilzwijgend of uitdrukkelijk) te worden goedgekeurd door de Staten-Generaal. Zodoende heeft een wijziging in de model-tekst van het OMV geen gevolgen voor gesloten belastingverdragen die gebaseerd zijn op een eerder OMV. Het is immers de bedoeling geweest van de partijen zich te baseren op de tekst die op dat moment gold, en het is niet te stellen dat de partijen willen aansluiten met de vernieuwde tekst. De nieuwe tekst is

slechts bruikbaar door opnieuw over het verdrag te onderhandelen, en dit wederom voor te leggen bij de Staten-Generaal.

In de literatuur bestaat een grote verdeeldheid over de plaats van het commentaar ter interpretatie voor het OMV. De generale opvatting is dat het commentaar wel als interpretatiehulp geldt, echter verschilt de argumentatie hiertoe. Vele auteurs proberen het commentaar te verklaren via het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: “Verdrag van Wenen”). Op basis van dit verdrag dienen belastingverdragen ter goeder trouw worden uitgelegd. In art. 31 t/m 33 van het Verdrag van Wenen wordt specifiek ingegaan op het uitleggen van verdragen. Zo ziet art. 31 Verdrag van Wenen op de algemene regels van uitlegging van verdragen, ziet art. 32 Verdrag van Wenen op aanvullende middelen van uitlegging en ziet art. 33 Verdrag van Wenen op de uitleg van verdragen die in meerdere talen zijn geauthentiseerd.

Volgens Engelen⁹ behoort het OESO-commentaar tot de ‘context’ als bedoeld in art. 31, tweede lid, onderdeel a van het Verdrag van Wenen. Hij stelt dat indien geen van beide verdragspartners een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van het commentaar, ten tijde van het sluiten van het verdrag er een stilzwijgende overeenkomst tussen de verdragspartners bestaat om het commentaar te gebruiken bij de interpretatie van het belastingverdrag. Het gros van de auteurs volgt deze mening niet, maar tracht het commentaar onder een ander lid van het Verdrag van Wenen te plaatsen. Zo stelt Tieskens¹⁰ dat wanneer een belastingverdrag woordelijk overeenstemt met de tekst van het OMV, er wordt aangenomen dat het commentaar als interpretatiehulp bij het belastingverdrag mag worden gebruikt. Het gebruik van het commentaar dient de eenduidige uitlegging van het verdrag. Het doel van het belastingverdrag is het voorkomen van dubbele belasting, om dit doel te bereiken is het noodzakelijk dat beide partijen het verdrag op dezelfde manier uitleggen. De uitleg van het commentaar valt zodoende onder ‘voorwerp en doel’ als bedoeld in art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen. Ook heeft het commentaar een hoger gezag dan de literatuur, zodoende kan dit als interpretatiehulp dienen. Daarnaast is het de overeenkomstige bedoeling van beide partijen geweest om het commentaar te gebruiken. De lidstaten hebben het commentaar in de onderhandelingen voor het OMV geaccepteerd en ermee

⁹ Engelen, F. (2006). Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model. *Bulletin – Tax Treaty Monitor* March 2006

¹⁰ Tieskens, R.W. (1999). De betekenis van het OESO-modelverdrag voor de interpretatie van belastingverdragen. *WFR* 1999/1757.

ingestemd. Zodoende is het evident dat in de verdragsonderhandelingen, mits er wordt aangesloten bij de (materieel) overeenkomende tekst van het OMV, het commentaar als interpretatiehulp kan gelden. Ook kennen auteurs helemaal geen waarde toe aan het Verdrag van Wenen. Zo stelt Ward¹¹ dat het de afspraak is dat lidstaten het bedoeld hebben om het OMV conform het OESO-commentaar uit te leggen. Zodoende komt er in de interpretatie van een belastingverdrag geen waarde toe aan het Verdrag van Wenen.

Naar mijn mening dient het commentaar te worden geschaard onder ‘context’ als bedoeld in art. 31, eerste lid Verdrag van Wenen. Het verdrag dient te worden uitgelegd naar de context waarin dit is gesloten. Zodoende ben ik het oneens met Engelen, die de term ‘context’ hanteert uit het tweede lid. Het tweede lid ziet namelijk op overeenstemmingen of opgemaakte akten, die bij het sluiten zijn overeengekomen. Het commentaar is een overeenstemming, maar het is een overeenstemming zonder juridische waarde. Zodoende vervult het commentaar de functie van ‘context’ van een verdrag als bedoeld in art. 31, eerste lid Verdrag van Wenen.

De Hoge Raad heeft zich uitgelaten over de functie van het commentaar in het uitleggen van belastingverdragen in Nederland. In BNB 1992/379¹² heeft de Hoge Raad aangegeven ‘grote betekenis’ te hechten aan het commentaar, aangezien¹³:

- de bewoording van het verdrag Nederland – Ierland (het verdrag in kwestie) nagenoeg gelijk was aan de bewoording van het OMV;
- in de rest van de verdragstekst door de verdragssluitende staten zoveel mogelijk aansluiting gezocht werd bij het OMV; en
- uit de Nederlandse nota aan het parlement bleek dat het de intentie was om zoveel mogelijk aan te sluiten bij het OMV.

Tevens hecht de Hoge Raad ook waarde aan het commentaar in situaties waarin de verdragspartner een niet-OESO staat is. In BNB 2009/310¹⁴ wordt in casu in de beoordeling van het belastingverdrag tussen Nederland en Brazilië door de Hoge Raad aansluiting gezocht bij het

¹¹ Ward, D. (2006). The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Proces. *Bulletin – Tax Treaty Monitor* March 2006

¹² HR 02 september 1992, nr. 26059, *BNB* 1992/379.

¹³ Conclusie van A-G Wattel van 11 december 2002, nr. 37024, *V-N* 2003/5.6, p. 10.

¹⁴ HR 9 oktober 2009, nr. 08/00315, *BNB* 2009/310.

OESO-commentaar, terwijl Brazilië geen OESO verdragsstaat is¹⁵. Hiervoor dient het verdrag wel woordelijk overeen te komen met het OMV.

2.3 Latere wijziging in commentaar: statisch versus dynamische methode

Nu vast staat dat het commentaar een interpretatiehulp is voor toepassing van belastingverdragen, doet zich de vraag voor welk commentaar relevant is voor de uitleg van het gesloten belastingverdrag. Het is immers mogelijk dat een commentaar wijzigt nadat een belastingverdrag is gesloten. Er bestaan twee interpretatie mogelijkheden: de dynamische- en de statische interpretatie. De dynamische methode gaat bij de uitleg van een belastingverdrag uit van het meest recente commentaar, slechts indien het commentaar dient als verduidelijking (“*clarification*”). Indien er een aanpassing (“*modification*”) plaatsvindt, wordt het commentaar niet voor de interpretatie van het belastingverdrag gebruikt. De statische interpretatie gaat uit van het commentaar ten tijde van het sluiten van het belastingverdrag.

2.3.1 Dynamische interpretatie

De dynamische interpretatie gebruikt het meest recente commentaar ter interpretatie van een belastingverdrag, mits wijzingen in het commentaar zijn aan te merken als verduidelijking. In een verdrag wordt vaak verwezen naar nationale wetgeving. Door constant veranderende wetgeving kunnen de verwijzingen achterhaald zijn. Door dynamisch te interpreteren kan nationale wetgeving worden uitgelegd naar gelang van de tijdsgeest. Een verwijzing van een verdrag naar een verouderd artikel, of naar een bepaling dat door supranationale wetgeving niet meer toegestaan is, kan immers tot een onbevredigende uitkomst leiden. Daarnaast is het ook wenselijk om voor gelijkheid tussen belastingplichtigen de dynamische interpretatie te hanteren. Verschillende verdragen worden zodoende gelijk geïnterpreteerd ongeacht wanneer het verdrag is overeengekomen.

Uit de inleiding van het commentaar volgt dat de OESO de dynamische interpretatie hanteert¹⁶. De lidstaten worden aangespoord om gesloten belastingverdragen te interpreteren volgens het meest recente commentaar. Ook de staatssecretaris hanteert de dynamische interpretatie. In de Notitie Fiscaal Verdragsbeleid (hierna: “NFV”) is opgenomen dat belastingverdragen die gelijk

¹⁵ Er bestaat echter wel een samenwerking tussen de OESO en Brazilië. Brazilië geeft als non-Member country wel zijn positie over het OMV en commentaar aan.

¹⁶ Par 33, 34 en 35 van de inleiding van het commentaar op het OMV.

zijn aan het OMV, het commentaar ter interpretatie kan worden gebruikt¹⁷. Latere wijzigingen in het commentaar worden gevolgd indien de wijziging als een verduidelijking is aan te merken. In de NFV wordt opgemerkt dat de Hoge Raad bovenstaande visies volgt. Echter, naar mijn mening interpreteert de staatssecretaris de gewezen arresten verkeerd¹⁸. De staatssecretaris legt de arresten uit alsof de Hoge Raad een later commentaar gebruikt ter interpretatie van het desbetreffende belastingverdrag. Echter wordt in de genoemde arresten het latere commentaar slechts genoemd. De Hoge Raad noemt tevens het commentaar dat gold ten tijde van het sluiten van het verdrag, en beide commentaren wijken niet van elkaar af. Het feit dat de Hoge Raad het latere commentaar noemt, wil niet zeggen dat dit zou worden gevolgd indien het zou afwijken van het commentaar dat gold ten tijde van het sluiten van het verdrag.

Bij wijzigingen van commentaren dient per geval te worden getoetst of dit valt aan te merken als verduidelijking of als aanpassing. Indien er wordt verduidelijkt, kan volgens de NFV het latere commentaar worden gebruikt. Indien er iets wordt aangepast, kan dit commentaar niet ter interpretatie worden gebruikt. De NFV gaat niet in op de toetsing van de wijziging om te bepalen of er sprake is van een verduidelijking of een aanpassing. Naar mijn mening is dit een logische zet van de staatssecretaris om dit over te laten aan de belastingrechter, aangezien dit een erg feitelijke aangelegenheid is.

2.3.2 Statische interpretatie

Bij de statische methode blijft de interpretatie die gold ten tijde van het sluiten van het verdrag leidend, posterieure wijzigingen in het commentaar worden dus niet gebruikt voor de interpretatie van het belastingverdrag. De statische interpretatie is gebaseerd op twee gedachten, namelijk *pacta sunt servanda* en rechtszekerheid. Partijen zijn op een gegeven moment met een bepaalde intentie en een bepaald inzicht tot een overeenkomst gekomen. Deze interpretatie zou zodoende moeten blijven gelden, tot een nieuw verdrag wordt overeengekomen. Posterieure veranderingen in het commentaar kunnen zodoende niet worden gebruikt voor de interpretatie van een belastingverdrag. Daarnaast bepaalt het verdrag de internationale belastingpositie van de onderdanen. Het strookt met de rechtszekerheid dat de positie van een belastingplichtige

¹⁷ Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid', 11 februari 2011, p. 23.

¹⁸ HR 21 februari 2003, nr. 31011, *BNB* 2003/177 & *BNB* 2003/178.

onderdaan ten nadele kan worden beïnvloed, zonder dat de wijziging door de Staten-Generaal wordt vastgesteld¹⁹.

Het is onduidelijk welke interpretatie de Hoge Raad hanteert. Zo lijkt de Hoge Raad in BNB 1992/379²⁰ statisch te oordelen over de interpretatie van het verdrag met Ierland. Dit verdrag is gesloten in 1969, echter bestond ten tijde van de interpretatie van het geschil al het modelverdrag uit 1977. Alhoewel de bewoording in beide commentaren materieel gelijkkluidend is, sluit de Hoge Raad aan bij het commentaar van 1963. In BNB 1983/204²¹ stond het verdrag Nederland – Verenigde Staten centraal. Het geschiljaar was 1979. In dit arrest werd aangesloten bij het commentaar van 1963, en niet het commentaar van 1977.

Daarnaast heeft de Hoge Raad ook arresten gewezen waarin meer wordt geneigd naar de dynamische interpretatie. Zo heeft de Hoge Raad in BNB 1999/267²² bij de uitlegging van een verdrag uit 1959 niet slechts betekenis gehecht aan het Rapport²³ van 1958, maar wordt er tevens aandacht geschonken aan het commentaar van het OMV uit 1963. Hieruit kan echter niet onverkort worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de dynamische interpretatie hanteert. In BNB 2007/78²⁴ wordt ten aanzien van de interpretatie van het verdrag Nederland – Duitsland uit 1959 aangesloten bij het commentaar uit 1992.

Aangezien de Hoge Raad beide methode lijkt te hanteren, is het onduidelijk welke methode leidend is. Daar waar de Hoge Raad de dynamische methode hanteert, waren de teksten tussen de oude en nieuwe commentaren gelijk²⁵. Naar mijn mening hanteert de Hoge Raad de dynamische methode. Immers, er wordt bekeken op welke manier latere commentaren moeten worden geïnterpreteerd. Daarbij hanteert de Hoge Raad echter een zeer behouden lijn in het onderscheid tussen verduidelijking en aanpassing. Zodoende zal snel worden geoordeeld dat iets een aanpassing is, waardoor in dat geval het vernieuwde commentaar niet wordt gebruikt.

¹⁹ Marres, O.; Wattel, P.J. (2003). The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties. *European Taxation*, July/August 2003.

²⁰ HR 2 september 1992, nr. 26059, *BNB* 1992/379.

²¹ HR 20 april 1983, nr. 21 047, *BNB* 1983/204.

²² HR 09 december 1998, nr. 32709, *BNB* 1999/267.

²³ Het rapport betreft een voorganger van het OMV.

²⁴ HR 1 december 2006, nr. 39710, *BNB* 2007/78.

²⁵ Pijl, H. (2011). Interpretation of Article 7 of the OECD Model Permanent Establishment Financing and Other Dealings. *Bulletin for International Taxation*, June 2011.

2.4 Conclusie

Het OMV en het commentaar worden gebruikt als leidraad voor het onderhandelen van belastingverdragen tussen twee staten. Het OMV en commentaar bezitten geen juridische waarde, door middel van een aanbeveling worden wijzigingen op het OMV en commentaar aan de lidstaten bekend gemaakt. Aangezien het een aanbeveling is en met de aanbeveling is ingestemd door de vertegenwoordigers van de lidstaten, wordt geacht dat dit wordt gevolgd door de uitvoerende macht.

Het commentaar dient, ondanks het gebrek aan juridische waarde, ter interpretatie van het OMV. Het is immers in het belang van de OESO-landen om het OMV op dezelfde manier uit te leggen. Op deze manier wordt het doel, het voorkomen van juridisch dubbele belasting, het meest eenvoudig bereikt. Ook is het commentaar van een hoger gezag dan de literatuur, zodoende is het logischer om het commentaar ter interpretatiehulp te hanteren. Ten derde is het de bedoeling van beide staten om het commentaar, mits ze een verdrag hebben dat woordelijk overeenkomt met het OMV, op deze manier te gebruiken. Het was bekend ten tijde van het sluiten van het verdrag dat het verdrag door het commentaar op een bepaalde manier werd uitgelegd. Indien beide partijen geen voorbehoud hebben gemaakt bij de wijziging van het commentaar, zal de uitvoerende macht van de lidstaat de wijziging toepassen.

Aangezien het commentaar wordt gebruikt voor de interpretatie van een belastingverdrag, is het van belang om te weten of posterieure wijzigingen in het commentaar ook kunnen worden gebruikt voor de interpretatie van een eerder gesloten belastingverdrag. Ten aanzien van de interpretatie van het gewijzigde commentaar bestaan twee interpretatie mogelijkheden: de dynamische interpretatie en de statische interpretatie. De dynamische interpretatie hanteert de meest recente versie van het commentaar bij de uitleg en interpretatie van het belastingverdrag, mits de wijziging een verduidelijking betreft. Indien de wijziging een aanpassing is, wordt het commentaar niet gebruikt. Voordeel van de dynamische methode is dat alle verdragen, ongeacht het tijdstip waarop ze worden afgesloten, op dezelfde manier worden geïnterpreteerd. Ook worden verdragen onder de dynamische interpretatie naar gelang de tijdsgeest uitgelegd. De statische methode gebruikt ter interpretatie van een belastingverdrag het commentaar dat gold ten tijde van het sluiten van het belastingverdrag. De verdragspartijen zijn immers met een bepaalde intentie en bepaald inzicht tot een overeenkomst gekomen. Latere veranderingen kunnen daar geen inbreuk op maken. Tevens heeft de statische interpretatie een voordeel ten aanzien van

rechtszekerheid. De belastingpositie van onderdanen wordt bepaald door een belastingverdrag. Indien deze positie voor de belastingplichtige onderdaan zonder een parlementaire behandeling voorafgaand ten nadele verandert, vormt dit een inbreuk op de rechtszekerheid.

De dynamische methode wordt gehanteerd door de OESO en de staatssecretaris. De Hoge Raad hanteert geen duidelijke lijn in de statische en dynamische interpretatie. Er zijn ten gunste van beide interpretaties arresten geweest, zodoende is het onduidelijk welke methode de Hoge Raad zal hanteren. Naar mijn mening hanteert de Hoge Raad een gematigde dynamische interpretatie. De Hoge Raad hanteert in beginsel de dynamische methode, maar zal voorzichtig zijn in het onderscheid tussen een aanpassing en verduidelijking, en zal zodoende een wijziging snel als aanpassing kwalificeren.

In het volgende hoofdstuk wordt art. 7 OMV (oud), het gewijzigde commentaar in 2008 en art. 7 OMV (nieuw) bekeken. Zodoende kan worden beoordeeld of de wijzigingen kunnen kwalificeren als een verduidelijking of als aanpassing.

3 De wijzigingen in art. 7 OESO-modelverdrag en commentaar

3.1 Inleiding

In 2001 heeft de OESO de eerste stap tot een bredere consensus met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen gezet. In de *Discussion Draft* is gesuggereerd om de vaste inrichting te benaderen als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. Zodoende is onderzocht om de beperkte zelfstandigheidsfictie ten aanzien de vaste inrichting uit te breiden. In twee stappen dient de winst te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Stap één is het vaststellen van de vaste inrichting als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. Daartoe dienen de functies, activa en risico's van de vaste inrichting te worden geïdentificeerd. Bij stap twee dient de vaste inrichting met een *arm's length* vergoeding voor de *dealings* en *transactions* te worden beloond.

Na een viertal rapporten resulteerde de *Discussion Draft* in het *2008 Report*. Gezien de verschillen in het *2008 Report* en de interpretatie van art. 7 OMV (oud) is besloten om eerst in 2008 het commentaar aan te passen. Het conclusies uit het *2008 Report* werden opgenomen, voorzover dit niet conflicteerde met art. 7 OMV (oud). Om de conclusies volledig te implementeren is in 2010 art. 7 OMV aangepast naar de huidige versie.²⁶

In dit hoofdstuk wordt de werking van art. 7 OMV (oud) en het commentaar besproken, hiervoor wordt het artikel en commentaar uit 1994 gebruikt. Vervolgens worden de wijzigingen in het commentaar in 2008 besproken. Tot slot wordt ingegaan op het huidige art. 7 OMV en het commentaar uit 2010.

3.2 Artikel 7 OMV (oud)

Art. 7 OMV (oud) ziet op de heffingsbevoegdheid van verdragsstaten ten aanzien van ondernemingswinsten. De wereldwinst van een onderneming is slechts belast in de vestigingsstaat, tenzij de onderneming winsten behaald door middel van een vaste inrichting in een andere staat. De andere staat mag heffen voor zover de winsten toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting (i.e. geen *force of attraction*).²⁷

²⁶ Bennett, M; Russo, R. (2009). 'Discussion Draft on a New Art. 7 of the OECD Model Convention', *International Transfer Pricing Journal* – March/April 2009

²⁷ Art. 7, lid 1 OMV (oud).

De omvang van de winst dient te worden bepaald alsof de vaste inrichting een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming is die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden onder dezelfde of soortgelijke marktomstandigheden als de generale onderneming verricht²⁸. Ten aanzien van de winsttoerekening heeft de OESO voorkeur voor de ondernemingsplitsing (directe methode). Dit is een directe uitsplitsing van de wereldwinst tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis die aansluit bij de economische realiteit. Er dient tussen de vaste inrichting en de generale onderneming te worden gehandeld alsof ze onafhankelijke derde partijen zijn.

Bij de bepaling van de winst kunnen kosten die verband houden met de vaste inrichting worden afgetrokken.²⁹ Dit geldt tevens voor kosten die niet worden gemaakt in de vaste inrichting, maar bijvoorbeeld op het niveau van het hoofdhuis. In het commentaar wordt aandacht geschonken aan drie specifieke kosten soorten: interest- en royaltybetalingen van de vi aan de generale onderneming, kosten van interne dienstverlening en kosten van de leiding van de generale onderneming. Ten aanzien van interest- en royaltybetalingen zouden onafhankelijke ondernemingen elkaar zakelijke vergoedingen voor deze kostensoorten in rekening brengen, echter is dit voor de winstbepaling van de vaste inrichting niet toegestaan.³⁰ Civielrechtelijk is er geen sprake van twee entiteiten, en het is niet mogelijk om geld of andere middelen binnen één entiteit ter beschikking te stellen. Ten aanzien van de behandeling van kosten van interne dienstverlening wordt in beginsel geen kostenopslag gehanteerd. Indien de dienstverlening tevens aan externe partijen wordt geleverd, dan dient een *arm's length* prijs te worden bepaald³¹. Ook dient een *arm's length* prijs te worden gehanteerd indien de hoofdactiviteiten van de vaste inrichting bestaan uit het leveren van specifieke diensten, de generale onderneming hier een voordeel mee verkrijgt en de dienstverlenende vaste inrichting hiertoe aanzienlijke kosten maakt.³² Kosten die deel uitmaken van algemene leidinggevende activiteiten, dienen tegen kostprijs te worden doorbelast.³³

²⁸ Art. 7, lid 2 OMV (oud).

²⁹ Art. 7, lid 3 OMV (oud).

³⁰ Paragraaf 17.4 OESO commentaar 1994.

³¹ Paragraaf 17.5 OESO commentaar 1994.

³² Paragraaf 17.6 OESO commentaar 1994.

³³ Paragraaf 17.7 OESO commentaar 1994.

Opmerkelijk van het derde lid is de tegenstrijdigheid met het tweede lid. In het tweede lid is immers het *arm's length* beginsel gecodificeerd, waardoor de overdragende partij een winst maakt die ook zou worden gemaakt indien het een prestatie aan een externe partij zou zijn. Op basis van het derde lid worden echter slechts de toerekenbare kosten in aanmerking genomen. Naar mijn mening vormt het derde lid zodoende een inbreuk op het in het tweede lid gecodificeerde *arm's length* beginsel.³⁴ Peeters³⁵ is van mening dat dit zich laat verklaren volgens de leer van het gedeelte. Op basis van deze leer komen slechts winstenbestanddelen tot uitdrukking bij de vaste inrichting, voorzover deze voorkomen in de generale winst. Zodoende worden handelingen tussen vaste inrichting en hoofdhuis fiscaal niet in aanmerking genomen. De beperking in zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting laat zich zodoende verklaren door de leer van het gedeelte.

Naast de directe methode, is het hanteren van de indirecte methode tevens toegestaan, mits het gebruikelijk is om die methode in de verdragsstaat te hanteren. Onder de indirecte methode wordt de winst bepaald aan de hand van een verdeelsleutel. Het resultaat van de indirecte methode mag daarbij niet aanzienlijk afwijken van de winsttoerekening onder toepassing van de directe methode.³⁶ Ten aanzien van de keuze tussen de directe en de indirecte methode dient er sprake te zijn van een bestendige gedragslijn, om te voorkomen dat afhankelijk van de gewenste uitkomst de methode wordt gekozen.³⁷

Tevens kan er geen winst aan de vaste inrichting worden toegerekend voor verrichtte inkoopactiviteiten ten behoeve van de generale onderneming.³⁸ Inkoopactiviteiten zijn activiteiten die voor art. 5, lid 4 OMV zelfstandig niet kwalificeren als een vaste inrichting. Indien er zelfstandig sprake is van een vaste inrichting en tevens inkoopactiviteiten voor het hoofdhuis worden uitgevoerd, wordt aan deze activiteiten geen winst toegerekend.

³⁴ Kobetsky, M. (2006). 'Article 7 of the OECD Model: Defining the Personality of Permanent Establishments', *Bulletin for International Taxation* – October 2006

³⁵ Peeters, P.J.J.M. (2004). 'De leer van het gedeelte is nog steeds geldend recht!' *FED* 2004/510

³⁶ Art 7, lid 4 OMV 1994.

³⁷ Art 7, lid 6 OMV 1994.

³⁸ Art 7, lid 5 OMV 1994.

Ten slotte geldt een belangrijke uitzondering op art. 7 OMV (oud). Indien enig winstbestanddeel ook onder een ander verdragsartikel valt, heeft het andere artikel voorrang op art. 7 OMV³⁹. Zodoende is art. 7 OMV (oud) slechts een saldoartikel voor winst uit onderneming.

3.3 Aanpassingen in het commentaar in 2008

In 2008 is het commentaar op het OMV aangepast. Er is getracht zoveel mogelijk conclusies uit het 2008 *Report* over te nemen, zonder dat deze conflicterend zijn met de verdragstekst en commentaar. De veranderingen zijn opgenomen om de twee-staps benadering van het 2008 *Report* op te nemen, en belastingplichtigen aan te sporen om de boekhouding en documentatie die benodigd zijn voor de winstallocatie aan de vaste inrichting vast te leggen. Aangezien het commentaar rechtstreeks naar het 2008 *Report* verwijst, is er in het commentaar een conflictregel opgenomen. De conflictregel houdt in dat indien het 2008 *Report* een andere interpretatie heeft dan het 2008 commentaar, het commentaar voorrang heeft.

In het commentaar wordt de voorkeur uitgesproken voor de *functionally separate entity approach*. Er wordt uitgegaan van een verre gaande zelfstandigheidsfictie. Deze zelfstandigheidsfictie wordt nog wel beperkt door het niet in aanmerking nemen van interne rente en royalty's. Het concept van de *Authorized OECD Approach* (hierna: "AOA") wordt geïntroduceerd, met de twee-staps benadering voor de winstallocatie aan de vaste inrichting. In de eerste stap dienen de functies, activa en risico's van de vaste inrichting te worden bepaald, waaraan vervolgens de benodigde hoeveelheid eigen vermogen wordt toegerekend om dit te ondersteunen.

In eerdere versies van het OMV stonden geen aanwijzingen hoe de kapitaalattributie diende plaats te vinden. Slechts de allocatie van interest was geregeld. In de commentaren van 1963 en 1977 stond vermeld dat interest die aan externe partijen werd betaald, in aftrek kon worden gebracht bij de vaste inrichting, indien deze interest toerekenbaar was aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting⁴⁰. De hiaat in de kapitaaltoerekening bleek voor veel lidstaten lastig, zodoende is in 1994 in het commentaar de wens opgenomen om te komen tot een praktisch

³⁹ Art 7, lid 7 OMV 1994.

⁴⁰ 'Furthermore, if an enterprise makes payments of interest, etc. to a third party and these payments in part relate to the activities of a permanent establishment, then a proportionate part of them should naturally be taken into account in calculating the permanent establishment's profits insofar as they can properly be regarded as expenses incurred for the purposes of the permanent establishment.' Par. 15 bij commentaar art. 7 OMV 1963 en par. 17 bij commentaar art. 7 OMV 1977

oplossing voor het in aanmerking nemen van een kapitaalstructuur. De kapitaalstructuur dient te onderkennen dat een vaste inrichting, ter uitoefenen van de activiteiten, een bepaalde hoeveelheid kapitaal en rentedragende leningen toegerekend dient te krijgen⁴¹. In 2008 is in het commentaar de volgorde van kapitaal toerekening opgenomen. Eerst dient de benodigde hoeveelheid eigen vermogen om de functies, activa en risico's te ondersteunen, en vervolgens worden rentedragende schulden toegerekend.^{42 43}

3.4 Artikel 7 OMV (nieuw)

Overeenkomend met art. 7 OMV (oud) wordt blijkens art. 7 OMV (nieuw) de heffingsbevoegdheid toegewezen aan de staat waar de onderneming is gevestigd. Een andere staat mag slechts heffen indien de onderneming handelt in die staat door middel van een vaste inrichting. De andere staat is slechts heffingsbevoegd over de winsten die toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting⁴⁴. Zodoende is er nog steeds geen sprake van een *force of attraction*.

Aan de vaste inrichting dient de winst te worden toegerekend die, in het bijzonder in haar transacties met de rest van de onderneming, zou zijn behaald indien zij een zelfstandige onderneming zou zijn die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden verricht⁴⁵. Hierbij dienen de functies, activa en risico's van de vaste inrichting te worden vastgesteld. Op basis van het *arm's length* beginsel dient vervolgens de winst die toerekenbaar is aan de onafhankelijke- en zelfstandige onderneming te worden bepaald. De OESO schrijft in het nieuwe OMV slechts de ondernemingsplitsing (directe methode) voor, de winstplitsingsmethode (indirecte methode) wordt derhalve niet meer geaccepteerd.

De zelfstandigheidsfictie gaat in het huidige art. 7 OMV een stap verder, dit door de erkenning van interne transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting, zogenoemde *dealings*. Deze *dealings* werden in eerdere versies van art. 7 OMV niet erkend, aangezien deze handelingen voor de

⁴¹ '...the majority of Member countries consider that it would be preferable to look for a practical solution that would take into account a capital structure appropriate solution that would take into account a capital structure appropriate to both the organization and the functions performed. This appropriate capital structure will take account of the fact that in order to carry out its activities, the permanent establishment requires a certain amount of funding made up of 'free' capital and interest-bearing debt.' Par. 18.3 commentaar art. 7 OMV 1994

⁴² 'The objective is therefore to attribute an arm's length amount of interest to the PE after attributing an appropriate amount of 'free' capital...'. Par. 45 commentaar bij art. 7 OMV 2008

⁴³ Pijl, H. (2011). Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek. *NtFR* 2011/440.

⁴⁴ Art 7, lid 1 OMV (nieuw).

⁴⁵ Art 7, lid 2 OMV (nieuw).

onderneming als geheel geen juridische gevolgen hebben. Onder het huidige art. 7 OMV worden *dealings* wel in aanmerking genomen, voorzover uit de boekhouding blijkt dat er sprake is van een daadwerkelijke en identificeerbare gebeurtenis van economisch belang. Zodoende is de leer van het gedeelte, waarbij winsten bij de vaste inrichting slechts tot uitdrukking komen indien deze deel uitmaken van de generale winst, verlaten. De vaste inrichting kan immers een winst krijgen toebedeeld, ondanks dat de wereldwinst negatief is (en vice versa).

Indien twee staten de winstallocatie aan de vaste inrichting verschillend interpreteren kan er sprake zijn van dubbele belastingheffing. De mogelijkheid bestaat dat indien één van de staten een aanpassing maakt in de winst van de vaste inrichting, de andere staat een corresponderende aanpassing dient te maken om dubbele belastingheffing te vermijden⁴⁶. Indien nodig kunnen belastingdiensten in overleg treden door de *Mutual Agreement Procedure* (“MAP”) te starten. Een dergelijke procedure is voor de belastingplichtige niet wenselijk, aangezien voor de verdragsstaten slechts een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting bestaat. Zodoende kan de lange procedure zonde resultaat eindigen. Slechts indien er sprake is van twee EU-verdragslanden kan de belastingplichtige zich beroepen op het EU-arbitrageverdrag, waar een resultaatsverplichting voor geldt. Het derde lid kan er evenwel voor zorgen dat belastingdiensten agressiever te werk zullen gaan in het voorstellen van aanpassingen. Het lijkt namelijk wel wie het eerst komt, wie het eerst maalt^{47,48}. Overigens bestaat een mogelijkheid voor de lidstaten om een alternatieve tekst op te nemen, in deze alternatieve tekst is een MAP opgenomen waarin wel sprake is van een resultaatsverplichting.

Tot slot geldt de huidige versie wederom als saldoartikel voor ondernemingswinsten⁴⁹. Indien een winstbestanddeel ook onder een ander verdragsartikel valt, heeft dat andere artikel voorrang op art. 7 OMV.

3.5 Conclusie

Door de *Discussion Draft* en de daaruit volgende *Reports* is de OESO tot een vernieuwd art. 7 OMV en bijbehorend commentaar gekomen. Kenmerkend is de verregaande

⁴⁶ Art 7, lid 3 OMV (nieuw).

⁴⁷ De Haan, N., Lewis, I. (2010). Het gewijzigde art. 7 (winst uit onderneming) OECD-modelverdrag 2010. *WFR* 2010/1292.

⁴⁸ Malherbe, J; Daenen, P. (2010). ‘Permanent Establishment Claim Their Share of Profits: Does the Taxman Agree?’ *Bulleting for International Taxation* July 2010

⁴⁹ Art 7, lid 4 OMV.

zelfstandigheidsfictie, waarin de vaste inrichting wordt beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. Ten aanzien van de winsttoerekening is slechts de ondernemingsplitsing methode (directe methode) acceptabel. Voor de winstbepaling dienen de functies, activa en risico's ten aanzien van de vaste inrichting te worden geïdentificeerd. Op basis van het *arm's length* beginsel dient vervolgens de winst te worden toegerekend aan de verschillende onderdelen van de onderneming.

Door de verregaande zelfstandigheidsfictie worden transacties tussen de vaste inrichting en andere delen van de onderneming in aanmerking genomen, zogenaamde *dealings*. In eerdere versies van het OMV werd dit nadrukkelijk niet erkend, aangezien *dealings* geen juridische gevolgen hebben voor de generale onderneming.

Door een verschillende interpretatie van het verdrag tussen de verdragsstaten bestaat de mogelijkheid dat een verschillende winst voor de vaste inrichting of generale onderneming wordt vastgesteld. Indien één verdragsstaat de winst toerekenbaar aan de vaste inrichting aanpast, dient de andere staat een corresponderende aanpassing te maken om dubbele belastingheffing te voorkomen. Mocht de andere staat van mening zijn dat de eerste staat een onjuiste aanpassing heeft gemaakt, dan bestaat de mogelijkheid tussen de landen om in overleg te treden en zodoende tot een oplossing te komen. Het probleem van deze MAP is evenwel dat er slechts een inspanningsverplichting bestaat, en geen resultaatverplichting. De mogelijkheid bestaat evenwel dat verdragsstaten een alternatieve tekst opnemen, waarin wel een resultaatsverplichting is opgenomen.

Ten slotte geldt art. 7 OMV als een saldoartikel voor winst uit onderneming. Indien de winst onder één van de andere verdragsartikelen valt, heeft dit andere artikel voorrang. Dit maakt art. 7 OMV een saldoartikel voor winst uit onderneming.

4 Kapitalisatie van de vaste inrichting volgens de OESO

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de behandeling van art. 7 OMV en het bijbehorende commentaar besproken in de periode voor 2008, tussen 2008 en 2010 en na 2010. De wijzigingen in art. 7 OMV en het commentaar vloeien voort uit de eerder aangehaalde *Reports*. De OESO heeft met de *Reports* getracht om een bredere consensus omtrent de toepassing van art. 7 OMV te bereiken. In dit hoofdstuk wordt het 2010 *Report* besproken. In het *Report* wordt op de allocatie van vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting ingegaan. Daartoe wordt de vaste inrichting beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. Er dient via een functionele- en feitelijke analyse te worden vastgesteld welke functies, activa en risico's gealloceerd dienen te worden aan de vaste inrichting. Vervolgens wordt besproken hoe de vaste inrichting wordt gekapitaliseerd om de gealloceerde functies, activa en risico's te kunnen ondersteunen. Tevens wordt ingegaan op de behandeling van *dealings*. Tot slot wordt de visie van de staatssecretaris besproken met betrekking tot de kapitalisatie van de vaste inrichting.

4.2 Authorized OECD Approach

In het 2010 *Report* is de AOA nader beschreven. De AOA is de geprefereerde benadering van de OESO om winsten toe te rekenen aan de vaste inrichting. De vaste inrichting wordt benaderd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming, de zogenaamde *functionally separate entity approach*⁵⁰.

De AOA bestaat uit twee stappen. Allereerst dient tijdens de eerste stap een functionele- en feitelijke analyse van de vaste inrichting en de generale onderneming te worden gemaakt. Op basis van deze analyse wordt aan elk onderdeel van de generale onderneming functies, activa, risico's, *transactions* en *dealings* gealloceerd. Met behulp van de analyse worden de volgende punten vastgesteld:

- de toedeling van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit transacties tussen de onderneming waar de vaste inrichting deel van uitmaakt en overige ondernemingen;

⁵⁰ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 11.

- de functies van de veronderstelde onafhankelijke- en zelfstandige onderneming en de economische karakteristieken die hieruit voortvloeien;
- de toedeling van risico's aan de verschillende delen van de onderneming, gebaseerd op de *significant people functions*⁵¹ ("SPF") relevant voor het veronderstellen van risico;
- de toedeling van economisch eigendom van activa tussen de verschillende delen van de onderneming, op basis van SPF relevant voor het economisch eigendom;
- het erkennen van kwalificerende *dealings* tussen de vaste inrichting de rest van de onderneming; en
- de toerekening van kapitaal gebaseerd op de toegerekende activa en risico's aan de vaste inrichting.⁵²

In de tweede stap van de AOA wordt een *arm's length* vergoeding bepaald voor de *transactions* en *dealings*. Op de tweede stap zal, gezien het onderwerp van deze scriptie, niet worden ingegaan.

4.2.1 Stap 1: de vaste inrichting beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming

De functionele en feitelijke analyse dient om economisch significante activiteiten en verantwoordelijkheden van de vaste inrichting te identificeren. Aangezien de vaste inrichting geen civielrechtelijke entiteit is, is het onmogelijk om activa en risico's aan een specifiek onderdeel van de onderneming toe te rekenen, de activa en risico's behoren immers toe aan de generale onderneming. Om toch een toerekening te maken, is aangesloten bij het maken van een functionele analyse⁵³. De uitgeoefende functies, de gelopen risico's en de gebruikte activa dienen te worden bepaald. Door het ontbreken van civielrechtelijke zelfstandigheid is in het 2010 *Report* het begrip SPF ontwikkeld. Bij de functionele analyse dienen de activiteiten verricht door de werknemers van de generale onderneming te worden geïdentificeerd. Van deze activiteiten dient te worden vastgesteld welke betekenis deze activiteiten hebben in het genereren van winst. Zodoende worden de economisch significante activiteiten vastgesteld, en is het mogelijk dit toe te rekenen aan een onderdeel van de generale onderneming. Indien is vastgesteld waar de

⁵¹ Door het ontbreken van onderlinge contracten wordt bij het toerekenen van functies, activa en risico aangesloten bij de '*significant people functions*'. Activa en risico's worden toegerekend aan de plek waar de functies met betrekking tot het aangaan en beheren van risico worden verricht.

⁵² OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, nr. 59.

⁵³ Aangesloten wordt bij de functionele analyse bekend uit de *Guidelines* van art. 9 OMV.

functies, activa en de risico's binnen de onderneming liggen, dient voldoende eigen vermogen te worden toegerekend om de functies, activa en risico's te ondersteunen. Als sluitpost wordt vreemd vermogen toegerekend.

4.2.2 Toerekening van risico

In de functionele en feitelijke analyse dienen risico's te worden toegerekend aan de verschillende onderdelen van de onderneming. In de toerekening van risico's bestaat het probleem dat de entiteit als geheel het juridisch risico draagt, aangezien het hoofdhuis en de vaste inrichting slechts één entiteit zijn. Tevens bestaan er geen contractuele afspraken, waarin risico's worden toegewezen aan een deel van de onderneming. Onder de AOA dient risico te worden toegerekend aan de vaste inrichting, indien aldaar de actieve besluitvorming bestaat over het aangaan en het beheer van dat risico. Denk hierbij aan de verkoopmanager die verantwoordelijk is voor de verkoop, de debiteurenafdeling voor het debiteurenrisico e.d. Indien een risico aan de vaste inrichting wordt toegerekend, dienen de resultaten⁵⁴ die hieruit voortvloeien ook in de vaste inrichting in aanmerking te worden genomen.

4.2.3 Toerekening van activa

Via de functionele en feitelijke analyse dient te worden vastgesteld welke activa onder welke voorwaarden in de vaste inrichting worden gebruikt. Aangezien er slechts sprake is van één entiteit kan voor de toerekening van activa niet worden aangesloten bij het juridisch eigendom, de activa is immers bezit van de generale onderneming. Om toch een toerekening van activa te kunnen maken wordt in het 2010 *Report* aangesloten bij economisch eigendom. Het economisch eigendom wordt bepaald door de identificatie van de SPF met betrekking tot dat activum.

4.2.3.1 Materiële activa

Ten aanzien van materiële activa wordt afgeweken van de SPF, maar wordt aangesloten bij de *place of use*. De *place of use* wordt geacht tot een meer zuivere uitkomst te leiden. Een vaste inrichting kan immers ontstaan door het gebruik van een activum in een land, terwijl wellicht niet de SPF met betrekking tot dat actief in het (ontstane) vaste inrichtingsland worden verricht. Zodoende dient een actief aan de vaste inrichting te worden toegerekend, indien het actief in gebruik is genomen door de vaste inrichting. Indien de vaststelling heeft plaatsgevonden dat het actief aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend, dan mogen de afschrijvingen en

⁵⁴ Zowel positief als negatief.

eventuele financieringskosten ten laste van de vaste inrichting komen. Eventuele vervreemdingswinsten komen ten gunste van de vaste inrichting. Indien de vaste inrichting een actief huurt, dan is het slechts gerechtigd tot aftrek van de huurlasten. De OESO heeft de *place of use* als pragmatische oplossing gekozen, aangezien zowel de toerekening aan de hand van de *place of use* als via de SPF in de regel tot dezelfde uitkomst leidt. Onder bijzondere omstandigheden is het ook mogelijk om het economisch eigendom op basis van de SPF te bepalen, echter wordt in het *2010 Report* niet expliciet ingegaan welke situatie als bijzondere omstandigheid kwalificeert. Denkbaar is dat als bijzondere omstandigheid de tijdelijke terbeschikkingstelling kan kwalificeren. Hier valt de uitkomst van de *place of use* namelijk niet samen met de SPF.⁵⁵ De SPF zal immers niet verschuiven indien een machine voor slechts korte tijd ter beschikking zal worden gesteld door het hoofdhuis aan de vaste inrichting.

4.2.3.2 Immateriële activa

Ten aanzien van immateriële activa wordt aangesloten bij economisch eigendom op basis van de SPF. Via de functionele analyse bekend uit de *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (hierna: “*Guidelines*”) dient te worden geïdentificeerd welk deel van de generale onderneming over het economisch eigendom beschikt. Met betrekking tot zelf voorgebrachte immateriële activa dient te worden bepaald waar het economisch eigendom ligt. Dit is waar de SPF ten aanzien van de actieve besluitvorming en het aanvaarden en beheersen van risico’s met betrekking tot het voortbrengen van het immateriële activa worden verricht.⁵⁶ Ten aanzien van aangekochte immateriële activa wordt de SPF geacht te zijn gelegen waar de besluitvorming en het managen van risico’s met betrekking tot de aankoop worden verricht.⁵⁷ Immateriële activa met betrekking tot marketing, denk aan de naam en logo van een bedrijf, wordt toegerekend aan de plek waar het immaterieel actief is vastgesteld en wordt onderhouden⁵⁸.

4.2.4 Toerekening van rechten en verplichtingen aan de vaste inrichting

Na toepassing van de functionele en feitelijke analyse, dienen de rechten en verplichtingen te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Het betreft de transacties van de vaste inrichting die

⁵⁵ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 75.

⁵⁶ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 85.

⁵⁷ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 93.

⁵⁸ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 96.

worden geacht door de vaste inrichting als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming te zijn verricht.

4.2.5 Vermogensallocatie

4.2.5.1 Eigen vermogen

Na het identificeren van de functies, activa en risico's dient er op basis van het *arm's length* beginsel voldoende eigen vermogen te worden toegerekend. De vaste inrichting dient over voldoende eigen vermogen te beschikken om de toegerekende functies, activa en risico's te ondersteunen. Er zijn twee methoden om eigen vermogen toe te rekenen⁵⁹:

- *Capital allocation approach*⁶⁰

Bij de *capital allocation approach* wordt een evenredige hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting toegerekend, gebaseerd op de functies, activa en risico's die zijn toegerekend aan de vaste inrichting in verhouding tot de generale onderneming. Indien uit de functionele analyse voortvloeit dat 10% van de functies, activa en risico's dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting, dan dient ook 10% van het eigen vermogen van de generale onderneming aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Het nadeel van de *capital allocation approach* is dat er geen *arm's length* eigen vermogen aan de vaste inrichting kan worden toegerekend, wanneer de activiteiten van de vaste inrichting dermate verschillen van de activiteiten van de generale onderneming. Ook indien de marktcondities in het land van de vaste inrichting erg verschillen van de markt van de generale onderneming of als door een afwijkend risicoprofiel de risico's niet op de juiste manier in kaart kunnen worden gebracht, kan er geen *arm's length* kapitaal worden toegerekend aan de vaste inrichting..⁶¹

Tevens kan een probleem ontstaan indien de onderneming als geheel ondergekapitaliseerd is, dan is immers de toerekening van kapitaal aan de vaste inrichting nooit *arm's length*⁶². Indien een onderneming een oorlogskas heeft opgebouwd, of een tijdelijk kasoverschot heeft, dient voor de allocatie het doel van het geld te worden bepaald. Indien sprake is van concrete voornemens om een investering of een acquisitie te plegen, dan dient het geld te worden toegerekend aan het

⁵⁹ Er wordt niet ingegaan op de economic capital allocation approach en de safe harbour approach, aangezien deze methoden slechts geschikt zijn voor banken en andere financiële instellingen.

⁶⁰ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 121.

⁶¹ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 124.

⁶² OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 125.

onderdeel waar de SPF met betrekking tot dat geld worden uitgeoefend. Indien er geen concrete voornemens zijn, dient het geld overeenkomstig de *capital allocation approach* pro rata aan de vaste inrichting te worden toegerekend.⁶³

- *Thin capitalisation approach*⁶⁴

Deze benadering rekent een hoeveelheid eigen vermogen toe aan de vaste inrichting, gebaseerd op de hoeveelheid eigen vermogen van een vergelijkbare onderneming die dezelfde activiteiten onder dezelfde omstandigheden verricht. Daartoe dient een functionele- en feitelijke analyse te worden uitgevoerd, waar de functies, activa en risico's worden geïdentificeerd. Een voordeel van de *thin capitalisation approach* bestaat in het vermijden van een aantal problemen die optreden bij de *capital allocation approach*. Een nadeel is dat de hoeveelheid kapitaal dat deze methode aan de vaste inrichting toerekent dan groter kan zijn dan de totale hoeveelheid kapitaal die de generale onderneming bezit. Naar mijn mening is deze methode het meest in lijn met de *functional separate entity approach*, aangezien de vaste inrichting wordt gekapitaliseerd op basis van de eigen functies, activa en risico's.

4.2.5.2 Vreemd vermogen

Nadat het eigen vermogen is toegerekend, dient het vreemd vermogen te worden toegerekend. Ook voor de toerekening van rentedragende schulden bestaan onder de AOA twee methoden:

- *Tracing approach*

Bij de *tracing approach* volgt de rentelast de lening. Dus indien de generale onderneming een lening heeft afgesloten ten aanzien van de vaste inrichting, dient de vaste inrichting het afgesproken rentepercentage tussen de generale onderneming en de externe geldverschaffer in aanmerking te nemen. Er wordt aangeknoopt bij het historische verband tussen de aangetrokken lening en de aanwending. Indien *arm's length* te weinig eigen vermogen aan de vaste inrichting wordt toegerekend, zal teveel vreemd vermogen worden toegerekend. Om tot een *arm's length* benadering te komen dient dan de interestlast bij de vaste inrichting te worden verminderd naar

⁶³ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 126.

⁶⁴ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 129.

een *arm's length* situatie⁶⁵. Er wordt zodoende een fictieve lening van de vaste inrichting aan het hoofdhuis verondersteld.⁶⁶

- *Fungibility approach*

De totale rentelast van de generale onderneming wordt pro rata toegerekend aan de vaste inrichting. De financiering wordt niet zelfstandig aan de vaste inrichting toegerekend, maar is onderdeel van de totale financieringsbehoefte van de generale onderneming. Zodoende bestaat er geen historisch verband, maar wordt er uitgegaan van een mathematische benadering. Een gemiddelde van verschillende rentepercentages op leningen wordt zodoende toegerekend.

Beide methoden hebben gebreken. Bij de *tracing approach* is het vaak lastig te herleiden welke lening historisch toerekenbaar is aan de vaste inrichting. De *fungibility approach* maakt inbreuk op de *functionally separate entity approach* door extern aangetrokken leningen ten behoeve van de vaste inrichting niet toe te rekenen aan de vaste inrichting, maar te vermengen met de totale hoeveelheid vreemd vermogen in de generale onderneming.

4.2.6 Dealings

De functionele en feitelijke analyse moet uitwijzen of een *dealing* een identificeerbare gebeurtenis is. De *dealing* moet blijken uit de boekhouding en interne documenten, waarbij de *dealing* slechts wordt erkend indien er sprake is van een echte en identificeerbare gebeurtenis, waarbij economische risico's, verantwoordelijkheden en voordelen zijn overgegaan. Tevens kan een verschuiving van activa door *dealings* betekenen dat de toewijzing van eigen vermogen aan de vaste inrichting verandert. In de volgende subparagrafen worden de verschillende soorten *dealings* behandeld, namelijk interne concerndiensten, interne royalty's en interne rente.

4.2.6.1 Interne concerndiensten

Concerndiensten verleent door de vaste inrichting aan andere onderdelen van de generale onderneming worden op basis van het commentaar 2008 in beginsel zonder kostenopslag doorbelast. Een kostenopslag dient slechts in aanmerking te worden genomen indien de werkzaamheden van de vaste inrichting bestaan uit werkzaamheden die niet incidenteel aan derden worden geleverd of in gevallen waarin een vaste inrichting een specifieke dienst levert

⁶⁵ OECD, Report on the attribution of profits, 22 juli 2010, par. 197.

⁶⁶ Malherbe, J.; Daenen, P. (2010). 'Permanent Establishments Claim Their Share of Profits: Does the Taxman Agree?' *Bulleting for International Taxation* – July 2010

waar de ontvanger een groot voordeel mee verkrijgen, en waarvoor de vaste inrichting aanzienlijke kosten heeft moeten maken⁶⁷.

Indien de geleverde service een ondersteunende dienst is, is het gepast om de actuele kosten zonder opslag naar de verschillende onderdelen van de onderneming door te belasten.

In het OMV (nieuw) is art. 7, lid 3 OMV (oud) vervallen. In art. 7, lid 2 OMV (nieuw) en het bijbehorende commentaar wordt de doorbelasting van kosten van interne dienstverlening niet specifiek meer benoemd. Gezien de verregaande zelfstandigheidsfictie, en de toepassing van het *arm's length* beginsel, valt aan te nemen dat kosten met een *arm's length* kostenopslag in aanmerking dienen te worden genomen.⁶⁸

4.2.6.2 Interne royalty's

Royalty's zijn betalingen voor het recht op het gebruik van een immaterieel actief. Tussen verbonden lichamen dient bij het gebruik van immateriële activa een *arm's length* vergoeding aan de verlener te worden betaald. Het probleem is de allocatie van een immaterieel actief aan de vaste inrichting. Door het gebrek aan civielrechtelijke zelfstandigheid van de vaste inrichting is er immers binnen de generale onderneming niet één juridische eigenaar vast te stellen. Door het allocatieprobleem lijkt het commentaar van 2008 een verbod op het in aanmerking nemen van royalty's⁶⁹. Het commentaar verdeelt de kosten van aanschaf en ontwikkeling van het immaterieel actief over de verschillende onderdelen van de generale onderneming. Echter uit de letterlijke lezing van het commentaar blijkt dat indien is vast te stellen dat het eigendom van het immaterieel actief toerekenbaar is aan één onderdeel van de generale onderneming, een royalty wel in aanmerking zou kunnen worden genomen. Een strikt royaltyverbod valt zodoende niet te herleiden uit het commentaar.

Gelijkluidend met de situatie van de interne dienstverlening, wordt in het commentaar van 2010 niet meer specifiek ingegaan op de behandeling van een royalty. Aangenomen mag worden dat door de zelfstandigheidsfictie en de toepassing van het *arm's length* beginsel interne royalty's in aanmerking dienen te worden genomen. In het 2010 *Report* is beschreven dat de royalty moet

⁶⁷ Par. 35, 36, 37 commentaar art. 7 OMV (2008)

⁶⁸ Nouel, L. (2011). ; The New Article 7 of the OECD Model Tax Convention: The End of the Road?' *Bulletin for International Taxation* – January 2011

⁶⁹ Paragraaf 34 commentaar art. 7 OMV (2008).

worden toegerekend aan het onderdeel van de generale onderneming dat over het economisch eigendom van het immaterieel actief beschikt.

4.2.6.3 Interne rente

Een interne lening tussen hoofdhuis en vaste inrichting is civielrechtelijk niet mogelijk, er is immers slechts sprake van één civielrechtelijke entiteit. Fiscaalrechtelijk werd een interne lening voor 2008 ook niet toegestaan. Op basis van het commentaar 2008 wordt interne rente niet in aanmerking genomen, dit komt enerzijds door de onmogelijkheid om in één civielrechtelijke entiteit een verschuiving van kapitaal te erkennen die wordt terugbetaald op een bepaalde datum. Daarnaast kan eigen vermogen niet op deze manier worden omgevormd tot vreemd vermogen. Het in aanmerking nemen van interne rente is slechts mogelijk bij banken.

Op basis van het commentaar 2010 kan, door de verregaande zelfstandigheidsfictie, interne rente wel in aanmerking worden genomen, mits er sprake is van een actieve *treasury* afdeling. Zodoende is willekeurige winstverschuiving tussen de vaste inrichting en andere onderdelen van de generale onderneming niet mogelijk. De rente wordt in aanmerking genomen om de *treasury* afdeling te belonen voor de uitgeoefende functies.

4.3 Het Nederlandse Besluit winstallocatie vaste inrichtingen 2011

4.3.1 Algemeen

In 2011 heeft de staatssecretaris een besluit uitgevaardigd, waarin zijn standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan de vaste inrichting worden weergegeven. Als algemeen standpunt onderschrijft de staatssecretaris de benadering van de OESO⁷⁰. De staatssecretaris is van mening dat de wijzigingen in het commentaar in 2008 dynamisch toepasbaar zijn, en onderschrijft tevens de conclusies uit het 2010 *Report*. Zodoende volgt de staatssecretaris de AOA, waarin de vaste inrichting als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming wordt beschouwd door middel van de zelfstandigheidsfictie. Ook dient na de functionele analyse eerst voldoende eigen vermogen aan de vaste inrichting te worden toegerekend, waarna vreemd vermogen het sluitstuk is.

4.3.2 Vermogensallocatie

In het 2010 *Report* zijn twee mogelijkheden gegeven om eigen vermogen aan de vaste inrichting toe te rekenen. De staatssecretaris heeft, gelet op de handhaving van een gelijke

⁷⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M, BNB 2011/91.

kredietwaardigheid tussen hoofdhuis en vaste inrichting, een voorkeur voor de *capital allocation approach*. Er dient een toedeling te worden gemaakt van het vermogen, gebaseerd op de verhouding tussen gelopen risico's in de vaste inrichting ten opzichte van de generale onderneming.

Naast de toerekening van kapitaal dient een *arm's length* rentelast aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Van de twee opties gegeven in het 2010 *Report* heeft de staatssecretaris de voorkeur voor de *fungibility approach*. Onder deze methode wordt een risico gewogen aandeel in de totale rentelasten van de onderneming gealloceerd aan de vaste inrichting. Zodoende wordt een pro rata deel van de totale rentelasten toegerekend aan de vaste inrichting. Deze methode in combinatie met de *capital allocation approach* sluit het beste aan bij de gelijke kredietwaardigheid tussen de vaste inrichting en de generale onderneming. Indien de generale onderneming niet *arm's length* is gefinancierd, zal de toepassing van de *capital allocation approach* niet leiden tot een *arm's length* toerekening van het eigen vermogen bij de vaste inrichting. In dat geval zal immers niet voldoende eigen vermogen aan de vaste inrichting worden toegerekend om de functies, activa en risico's te kunnen ondersteunen. Om toch tot een *arm's length* toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting te komen, is dan de toepassing van de *thin capitalisation approach* beter. Deze methode vergelijkt de omvang van het eigen- en vreemd vermogen met ongelieerde ondernemingen met dezelfde activiteiten in dezelfde omstandigheden.

Aangezien in het 2010 *Report* geen voorkeur aan een methode voor toerekening van eigen- en vreemd vermogen wordt gegeven, kan er sprake zijn dat twee staten een verschillende methode hanteren. Indien hierdoor dubbele belastingheffing optreedt, is de staatssecretaris bereid in overleg te treden met de autoriteit van het andere land om de ontstane dubbele belasting te elimineren. Ten aanzien van situaties waarin sprake is van dubbele non-heffing, is de staatssecretaris van mening dat deze onevenwichtigheden zoveel mogelijk dienen te worden voorkomen of opgeheven. Onduidelijk is via welke methode de staatssecretaris dit beoogt te bereiken.⁷¹ Naar mijn mening is het oplossen van dubbele non-heffing lastig. De belastingplichtige zal immers kenbaar maken indien er sprake is van dubbele belastingheffing,

⁷¹ Sahin, L.; Le Blanc, B. (2011). 'The Dutch Approach to the Attribution of Profits to Permanent Establishments', *European Taxation* - June 2011

echter zal dit in de regel niet het geval zijn bij dubbele non-heffing. Ook is de informatie uitwisseling tussen lidstaten op dit moment niet zo ver dat er wordt gecontroleerd of de verdragsstaat ten aanzien van de belastingplichtige daadwerkelijk belasting heft.⁷²

4.3.3 Het begrip significant people functions en control

In het besluit wordt aansluiting gezocht bij de toepassing van het *arm's length* beginsel uit het 2010 *Report*. Zodoende wordt de analogie van risicoallocatie tussen gelieerde lichamen toegepast op de situatie tussen de vaste inrichting en andere onderdelen van de generale onderneming. In het 2010 *Report* wordt ten aanzien van de risicoallocatie gebruik gemaakt van SPF. De staatssecretaris omschrijft de SPF als de *day-to-day* activiteiten die beslissingen over de bedrijfsvoering nemen. In de *Guidelines* staat bij de risicoallocatie het begrip *control* centraal, dit begrip ziet op de beheersing van risico's. Aangezien het 2010 *Report* aansluiting zoekt bij het *arm's length* beginsel, beschouwt de staatssecretaris de verhouding tussen SPF en *control*. Er valt een grote overlap tussen beide begrippen te onderkennen, de activiteiten van partijen die *control* hebben over de risico's staan wellicht verder van de functies af dan de SPF.

4.3.4 Dealings

4.3.4.1 Interne concerndiensten

Volgens het besluit dient vanaf 2010 een *arm's length* kostenopslag over interne dienstverlening te worden gehanteerd⁷³. Aangezien vele verdragen nog zijn gebaseerd op het oude OMV, stelt de staatssecretaris zich soepel op en accepteert zowel een doorbelasting met kostenopslag als een doorbelasting zonder kostenopslag. De belastingplichtige kan derhalve kiezen welke situatie het meest gunstig is. Voor verdragen die zijn gebaseerd op het nieuwe OMV heeft de staatssecretaris geen soepele houding. Er dient een *arm's length* vergoeding te worden berekend. Het beleid met betrekking tot ondersteunende diensten, die zonder kostenopslag naar de verschillende onderdelen van de onderneming dienen te worden doorbelast, wordt onverlet toepast.

4.3.4.2 Interne royalty's

De staatssecretaris is van mening dat het commentaar van 2008 vaak onterecht werd geïnterpreteerd als een verbod op het berekenen van interne royalty's. Indien het aannemelijk te

⁷² Dubbele non-heffing zal eenvoudiger op te lossen zijn met de invoering van de Country-by-Country Reporting, alhoewel dit slechts voor multinationals geldt met een omzet van meer dan €750 miljoen.

⁷³ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, *BNB* 2011/91.

maken is dat het immaterieel actief gealloceerd kan worden aan één onderdeel van de generale onderneming, kan er volgens de staatssecretaris wel degelijk een royalty in aanmerking worden genomen⁷⁴. Mijns inziens is dit een juiste stellingname, aangezien dit uit de letterlijke lezing van het commentaar is op te maken. De staatssecretaris tracht een analoge toepassing van transacties tussen ongelieerde partijen toe te passen op transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Het economisch eigendom van het immaterieel actief ligt daar waar de relevante functies worden verricht. Voor zowel zelf voorgebrachte immateriële activa als aangekocht immateriële activa, dient de allocatie plaats te vinden op basis van de SPF voor de relevante functies⁷⁵. Indien het berekenen van een *arm's length* royalty mogelijk is, heeft dit de voorkeur boven het verdelen van kosten.

4.3.4.3 Interne rente

Evenals het OMV 2010 neemt het besluit interne rente in aanmerking indien er sprake is van een *treasury* functie. De rente is een beloning voor de SPF ten aanzien van de geldstromen en risico's. De staatssecretaris is van mening dat het belonen van de *treasury* activiteiten geen gevolgen kan hebben voor de toerekening van eigen- en vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Door toepassing van de *capital allocation approach* en *fungibility approach* bestaat er tussen de vaste inrichting en de generale onderneming gelijkwaardige kredietwaardigheid. Zodoende kan deze situatie niet leiden tot een allocatie van een rentelast met betrekking tot een geldlening die niet van externe partijen aangetrokken is.

Mijns inziens is de wijze beschreven in het 2010 *Report*, de wijze die wordt onderschreven door de staatssecretaris, een inbreuk op de zelfstandigheidsfictie. Indien er wordt gesproken van een absolute zelfstandigheid, zou de mogelijkheid moeten bestaan tot het nemen van interne leningen in de vaste inrichting. Zodoende kan de vaste inrichting zijn gefinancierd met eigen vermogen, extern vreemd vermogen en intern vreemd vermogen. Het uitgangspunt dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaarheid dient te hebben als de generale onderneming onderschrijf ik niet. Mijns inziens bestaat er geen rechtvaardiging voor de beperking van het in aanmerking nemen van interne leningen, om de gelijke kredietwaardigheid tussen vaste inrichting en generale onderneming te kunnen handhaven. Indien ten aanzien van het in aanmerking nemen van interne

⁷⁴ Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, *BNB* 2011/91.

⁷⁵ Pijl, H. (2011). 'Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek', *NtFR* 2011-440

rente, als kwalificatie de leer uit BNB 2007/117⁷⁶ wordt gehanteerd, voorzie ik niet veel problemen. In dit arrest is een interne lening geaccepteerd waarbij er niet aan de zakelijkheid van de lening te twijfelen valt. Het standpunt van de staatssecretaris zal, gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad, waarschijnlijk discussie opleveren over het in aanmerking nemen van interne rente waarbij niet valt te twijfelen aan de zakelijkheid van die lening.

4.3.5 Toerekening van activa

4.3.5.1 Materiële activa

Bij de toerekening van materiële vaste activa kan geen allocatie plaatsvinden op basis van juridisch eigendom. Ten aanzien van de behandeling van materiële activa volgt de staatssecretaris niet het 2010 *Report*, maar de lijn uitgezet door de Hoge Raad.⁷⁷⁷⁸ De Hoge Raad maakt onderscheid tussen duurzame- en tijdelijke terbeschikkingstelling van activa aan de vaste inrichting. Bij een duurzame terbeschikkingstelling wordt de vaste inrichting als economisch eigenaar van het materieel actief beschouwd. Bij de tijdelijke terbeschikkingstelling wordt de terbeschikkingsteller als economisch eigenaar van het materieel actief beschouwd, waarbij de vaste inrichting slechts als huurder van het activum geldt. Naar mijn mening is dit een terecht besluit. Bij een tijdelijke terbeschikkingstelling zal immers het economisch eigendom bij de terbeschikkingsteller blijven liggen, deze situatie is te vergelijken met een huur-verhuur analogie. Er is sprake van een tijdelijke terbeschikkingstelling indien het redelijkerwijs voorzienbaar is dat na afloop van het project het bedrijfsmiddel voor een ander project zal worden ingezet. Bij de duurzame terbeschikkingstelling is de situatie te vergelijken met een koop-verkoop analogie.

4.3.5.2 Financiële activa

Ten aanzien van financiële activa dient het economisch eigendom volgens de staatssecretaris aan de vaste inrichting te worden gealloceerd indien de SPF ten aanzien van het aangaan en beheren van risico's ten aanzien van deze activa bij de vaste inrichting worden verricht. Indien financiële activa worden gehouden met een specifieke bestemming, zoals een geplande

⁷⁶ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117

⁷⁷ HR 12 februari 1964, nr. 15068, *BNB* 1964/95, HR 23 januari 1973, nr. 17237, *BNB* 1986/100, HR 30 maart 1983, nr. 21312, *BNB* 1992/160.

⁷⁸ In het volgende hoofdstuk zal uitgebreid op de arresten van de Hoge Raad worden ingegaan.

overname of geplande dividenduitkering, hoeven deze niet aan de vaste inrichting te worden toegerekend indien daar niet het besluit is genomen om de middelen daarvoor aan te wenden.

4.4 Conclusie

In het 2010 *Report* heeft de OESO de AOA ontwikkeld. De AOA bestaat uit twee stappen, in de eerste stap moet op basis van zelfstandigheidsfictie worden vastgesteld welke winsten toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting alsof het een zelfstandig- en onafhankelijke onderneming zou zijn. Daartoe dient te worden bekeken over welke functies, activa en risico's de vaste inrichting beschikt. Vervolgens dient er eerst eigen vermogen te worden toegerekend ter ondersteuning van de functies, activa en risico's. Ten aanzien van de kapitaalallocatie bestaan volgens het 2010 *Report* twee opties: i) de *capital allocation approach* en ii) de *thin capitalisation approach*. Bij de *capital allocation approach* wordt kapitaal aan de vaste inrichting toegerekend naar rato van de functies, activa en risico's die aan de vaste inrichting moeten worden gealloceerd. Bij de *thin capitalisation approach* wordt vereist dat de vaste inrichting dezelfde hoeveelheid eigen vermogen bezit als een vergelijkbare onafhankelijk derde. In zijn besluit geeft de staatssecretaris de voorkeur voor de *capital allocation approach*. Deze methode gaat uit van dezelfde kredietwaardigheid tussen vaste inrichting en de generale onderneming, een visie die de staatssecretaris onderschrijft. Zodra het kapitaal is toegerekend, dient vervolgens een *arm's length* rentelast aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Op basis van het 2010 *Report* worden twee methoden voorgeschreven: i) de *tracing* methode en ii) de *fungibility* methode. De *tracing* methode rekent de rentelast op de lening op basis van een historisch verband toe aan de vaste inrichting. De *fungibility* methode rekent de rente mathematisch toe aan de vaste inrichting. De staatssecretaris heeft de voorkeur voor de *fungibility* methode, wederom gelet op de gelijke kredietwaardigheid tussen vaste inrichting en de generale onderneming. Nieuw in het huidige OMV is, door de verregaande zelfstandigheidsfictie, de erkenning van interne transacties tussen vaste inrichting en andere onderdelen van de onderneming, zogenaamde *dealings*. Interne conerndiensten dienden historisch slechts tegen werkelijk waarde te worden doorbelast. Slechts indien de dienst ook niet-incidenteel aan externe partijen werd uitgevoerd, of wanneer de dienst de belangrijkste activiteit van de vaste inrichting vormde en waarbij het hoofdhuis een aanzienlijk voordeel verkreeg, was het toegestaan om de kosten door te belasten met een kostenopslag. Na 2010 is het voorgeschreven om interne conerndiensten met een *arm's length* kostenopslag door te belasten.

Interne royalty's werden historisch ook niet toegestaan, slechts wanneer het immaterieel actief volledig was toe te rekenen aan één van de onderdelen van de generale onderneming. Anders was het gepast om de kosten door te belasten naar gebruik van het immaterieel actief. Na 2010 is het gebruikelijk om een *arm's length* royalty te berekenen voor het gebruik van het immaterieel actief. Interne rente werd historisch niet geaccepteerd, slechts voor banken. Na 2010 is interne rente toegestaan, slechts indien de geldlening verstrekker een *treasury* functie vervuld.

In het besluit geeft de staatssecretaris aan de visie van het 2010 *Report* te onderschrijven en te volgen. Ten aanzien van een tijdelijke terbeschikkingstelling wijkt de staatssecretaris af van de *place of use* uit het 2010 *Report*. De staatssecretaris ziet de tijdelijke terbeschikkingstelling als een bijzondere omstandigheid, waarbij de vaste inrichting als huurder en het hoofdhuis als verhuurder van het activum dient te worden beschouwd. Ten aanzien van *dealings* volgt de staatssecretaris de lijn uitgezet door het OMV. Tevens doet de staatssecretaris wel de toezegging zich soepel op te stellen ten aanzien van de doorbelasting van interne conerndiensten. Voor verdragen gesloten voor 2010 wordt zowel een winstopslag als werkelijke kosten geaccepteerd. Ten aanzien van royalty's is de staatssecretaris van mening dat er geen sprake is van een absoluut royalty verbod. De staatssecretaris accepteert vanaf 2010 slechts interne rente indien er sprake is van een *treasury* functie.

5 Kapitalisatie van de vaste inrichting op basis van Nederlandse jurisprudentie

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de kapitalisatie van de vaste inrichting volgens het OMV 2010 en de staatssecretaris beschreven. Na de functionele- en feitelijke analyse waarin de functies, activa en risico's van de vaste inrichting zijn geïdentificeerd, dient een benodigde hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting te worden toegerekend om de functies, activa en risico's te ondersteunen. In de het besluit van de staatssecretaris wordt de visie van de OESO onderschreven⁷⁹. Echter geeft het besluit slechts de visie van de staatssecretaris weer, dit zet niet de gevestigde rechtspraak opzij.

In dit hoofdstuk wordt aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad beschreven hoe de vaste inrichting in Nederland dient te kapitaliseren.

5.2 Zelfstandigheidsfictie

De Hoge Raad benadert de vaste inrichting als een beperkt zelfstandige onderneming.⁸⁰ In casu overwoog de Hoge Raad dat het buitenlandse bedrijf van de binnenlandse belastingplichtige dient te worden beschouwd als een afzonderlijk bedrijf. Ook in latere jurisprudentie is deze lijn met betrekking tot de zelfstandigheid voor de vaste inrichting doorgetrokken.⁸¹ Wat betreft de beperktheid van de vermogensetikettering wordt in BNB 1997/263⁸² een in de boeken van de vaste inrichting opgenomen interne lening niet erkend. De verkregen middelen waren namelijk niet extern door de ondernemer ingeleend, zodoende diende dit verkregen vermogen ook bij de vaste inrichting als eigen vermogen te worden gekwalificeerd. Voor leningen verstrekt aan samenwerkingsverbanden wordt door de Hoge Raad evenwel uitgegaan van een (meer) absolute zelfstandigheid. In het ertsoverslagarrest⁸³ heeft een buitenlandse belastingplichtige een langlopende lening verstrekt aan een Nederlandse commanditaire vennootschap (hierna: "CV"),

⁷⁹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M, *BNB* 2011/91.

⁸⁰ HR 4 mei 1960, nr. 14172, *BNB* 1960/167.

⁸¹ Zie ook HR 12 februari 1964, nr. 15068, *BNB* 1964/95; HR 23 januari 1974, nr. 17237, *BNB* 1986/100; HR 7 mei 1997, nr. 30294, *BNB* 1997/263.

⁸² HR 7 mei 1997, nr. 30294, *BNB* 1997/263.

⁸³ HR 30 maart 1983, nr. 21312, *BNB* 1992/160.

waarin zij participeert. De lening kwam niet op de balans van de CV te staan, het werd gekwalificeerd als buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen.

Voor de toerekening van activa en passiva aan de vaste inrichting zijn volgens Kemmeren⁸⁴ twee criteria te onderscheiden, namelijk de activiteitentoets en de vermogenstoets. De activiteitentoets blijkt uit BNB 1954/180⁸⁵, in deze casus heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een koersverlies niet aan de buitenlandse vaste inrichting kon worden toegerekend, aangezien het verlies niet is opgenomen als het resultaat van de werkzaamheden aldaar. Als buitenlandse winst kan slechts de winst die aldaar met haar activiteiten wordt behaald worden toegerekend. De vermogenstoets kwam tot uiting in B. 5085⁸⁶. Er werd door het Belgische hoofdhuis een obligatielening ten behoeve van de vaste inrichting uitgegeven. Aangezien de obligatielening de vaste inrichting van werkkapitaal verschaftte, diende de obligatielening aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Het dienstbaarheids criterium is een koppeling van de activiteitentoets en de vermogenstoets.

5.3 Toerekening van activa

5.3.1 Tijdelijke- of duurzame terbeschikkingstelling

Voor de toerekening van activa dient te worden bepaald of het activum dienstbaar is aan de vaste inrichting⁸⁷. Voor de toerekening van activa dient onderscheid te worden gemaakt tussen de tijdelijke- en duurzame terbeschikkingstelling. In het Hopperzuigerarrest⁸⁸ werd een hopperzuiger tijdelijk aan de buitenlandse vaste inrichting ter beschikking gesteld, voor uitvoering van werken aldaar. Het geschil betrof de vraag of de afschrijvingen van de hopperzuiger ten laste van de vaste inrichtingswinst kon komen. Hiertoe diende te worden bepaald of het vaartuig ten dienste kwam aan de werkzaamheden van de vaste inrichting. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het vaartuig niet ten dienste van de vaste inrichting was aangeschaft, en het vaartuig overal ter wereld zou kunnen worden ingezet. Zodoende kon het niet aan het vermogen van de vaste inrichting worden toegerekend. De afschrijvingskosten ter grootte

⁸⁴ Kemmeren, E.C.C.M. (2003) 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)', *WFR* 2003/1965.

⁸⁵ HR 31 maart 1954, nr. 11518, *BNB* 1954/180.

⁸⁶ HR 18 november 1931, *B.* 5085.

⁸⁷ Pijl, H. (2006). 'Netherlands: Allocation of Assets to a Permanent Establishment and the OECD Discussion Draft', *Bulletin for International Taxation* - August/September 2006

⁸⁸ HR 12 februari 1964, nr. 15068, *BNB* 1964/95

van de afschrijvingskosten in de generale winst konden worden toegerekend aan de vaste inrichting.

Ook blijkt de tijdelijke terbeschikkingstelling uit het baggerarrest⁸⁹. Belanghebbende had in Nigeria met een aantal partners een vennootschap onder firma (hierna: “vof”) opgericht. Belanghebbende verhuurde een baggerschip aan de vof ter uitvoering van de werkzaamheden in Nigeria. De vof in Nigeria kwalificeerde als een vaste inrichting aldaar. Belanghebbende ontving naast een normale winstverdeling, ook een huurvergoeding voor het ter beschikking stellen van het baggerschip. Belanghebbende was van mening dat de ontvangen huurvergoeding net als het winstaandeel als vrij te stellen vaste inrichtingswinst kwalificeerde. In geschil was of het baggerschip aan de vaste inrichting kon worden toegerekend. Op basis van de maatschapsovereenkomst was de Hoge Raad van mening dat er sprake was van een huurovereenkomst, en dat zodoende het materieel niet toegerekend kon worden aan de vaste inrichting.

Van een duurzame terbeschikkingstelling was sprake in het ertsoverslag-arrest⁹⁰. Belanghebbende is een naar buitenlands recht opgerichte vennootschap die als commanditair vennoot participeert in een Nederlandse CV. Het deel in de CV dat aan belanghebbende kan worden toegerekend, wordt aangemerkt als een vaste inrichting in Nederland. Belanghebbende heeft aan de CV een langlopende lening verstrekt. In geschil is of de vordering die belanghebbende heeft op de CV toerekenbaar is aan het vermogen van de vaste inrichting. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat aangezien de lening niet op de balans van de CV voorkomt, het kan worden toegerekend aan de vaste inrichting. Hiermee wordt “buitenvennootschappelijk ondernemingsvermogen” geïntroduceerd, de lening behoort niet tot het vermogen van de CV, maar wel tot het vermogen van de vaste inrichting. Rentevergoedingen die de vaste inrichting betaalt komen ten laste van de vaste inrichtingswinst.

Het onderscheid tussen tijdelijke- en duurzame terbeschikkingstelling is te maken door te kijken naar de plek waar het bedrijfsmiddel wordt beheerd. Voor een tijdelijke terbeschikkingstelling wordt het bedrijfsmiddel bij de terbeschikkingsteller beheerd, voor een duurzame terbeschikkingstelling geldt dat de exploitatie en beheer is overgegaan naar de gebruiker. Zo

⁸⁹ HR 23 januari 1974, nr. 17237, *BNB* 1986/100

⁹⁰ HR 30 maart 1983, nr. 21312, *BNB* 1992/160

blijft bij een tijdelijke terbeschikkingstelling het bedrijfsmiddel onderdeel van het vermogen van de terbeschikkingsteller. Zodoende is er sprake van een huur-verhuuranalogie. Bij een duurzame terbeschikkingstelling gaat het economisch eigendom van het bedrijfsmiddel wel over, en verschijnt het op de balans van de terbeschikkingnemer. Zo bestaat een koop-verkoopanalogie.

5.3.2 Toerekening van beleggingsvermogen

Voor toerekening van beleggingsvermogen aan de vaste inrichting is BNB 1997/264⁹¹ relevant. In dit arrest verkrijgt belastingplichtige gelden via een buitenlandse vaste inrichting. Aangezien deze gelden niet dienstbaar zijn aan de vaste inrichting, konden zij geen onderdeel uitmaken van het vermogen van de vaste inrichting. Door de Hoge Raad wordt wederom aangesloten bij het dienstbaarheids criterium, indien de gelden niet dienstbaar zijn aan de vaste inrichting, kunnen ze niet worden toegerekend aan de vaste inrichting.

5.3.3 Toerekening van deelnemingen

Voor de toerekening van deelnemingen aan de vaste inrichting is het dividendmixer arrest⁹² relevant. Een tussenhoudster in het Verenigd-Koninkrijk had een dochtermaatschappij en een vaste inrichting in Nederland. De dochtermaatschappij had de functie van een dividendmixer, terwijl de gehele materiële onderneming van de dochtermaatschappij in de vaste inrichting werd uitgeoefend. In geschil was of de aandelen diende te worden toegerekend aan de vaste inrichting, aangezien deze slechts een materiële onderneming dreef. De Hoge Raad beoordeelde of er in vaste inrichting voldoende bevoegde mensen werkzaam waren om controle uit te oefenen over de aandelen. Aangezien de werkzame persoon in de vaste inrichting met name uitvoerende taken verrichtte voor de concernleiding in het Verenigd-Koninkrijk, verwees de Hoge Raad de zaak terug naar het hof. Het was immers niet duidelijk of het personeel van de vaste inrichting over voldoende bevoegdheden beschikte. In het vervolgarrest heeft de Hoge Raad⁹³ overwogen dat aangezien het aanwezige personeel in de vaste inrichting niet over voldoende bevoegdheden beschikte om over de aandelen te beschikken, de aandelen niet toerekenbaar waren aan de vaste inrichting.

⁹¹ HR 7 mei 1997, nr. 31795, *BNB* 1997/264.

⁹² HR 20 december 2002, nr. 37652, *BNB* 2003/246.

⁹³ HR 8 augustus 2006, nr. 40586, *BNB* 2008/255.

5.4 Toerekening van passiva

Het OMV 2010 rekent, na de functionele- en feitelijk analyse, eerst de benodigde hoeveelheid eigen vermogen toe aan de vaste inrichting. Dit eigen vermogen dient er toe om de functies, activa en risico's financieel te ondersteunen. Een vaste inrichting met volledige zelfstandigheid beschikt over een minimum eigen vermogen, het zogenoemde stamkapitaal. Onder de stamkapitaalthorie bezit een vaste inrichting een minimum hoeveelheid eigen vermogen, en indien dit ontbreekt, wordt een gedeelte van het vreemd vermogen als eigen vermogen aangemerkt. Indien dit gevolgd zou worden, zou het betekenen dat de vaste inrichting niet volledig met vreemd vermogen gefinancierd kunnen worden. In BNB 1997/263⁹⁴ wordt naar mijn mening de stamkapitaalthorie door de Hoge Raad afgewezen. In dit arrest werd overwogen dat de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen van een onderneming afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden. Gelet op de verscheidenheid van verschillende ondernemingen kan een norm ter bepaling van de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen bezwaarlijk worden vastgesteld, wat tot willekeurige uitkomsten kan leiden. Zodoende wordt een vastgesteld minimum kapitaal verworpen. Kemmeren⁹⁵ stelt dat op basis van bovenstaand arrest de vaste inrichting dus volledig kan worden gefinancierd met vreemd vermogen. Mijns inziens is dit een onjuiste conclusie, de Hoge Raad verwerpt een norm voor de vermogensverhouding. Het is niet te stellen dat de vaste inrichting kennelijk volledig met vreemd vermogen kan worden gefinancierd. Op basis van BNB 2007/117⁹⁶ ben ik evenwel van mening dat een vaste inrichting volledig met vreemd vermogen gefinancierd kan worden. De Hoge Raad stelt: “... *in beginsel enkel aansluiting kan worden gezocht bij de omstandigheid dat ieder activum in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen, en dat belanghebbende, op wier weg het had gelegen feiten en omstandigheden aannemelijk te maken op grond waarvan kan worden geoordeeld dat zij terecht ervan is uitgegaan dat de activa en activiteiten van de onderneming die met behulp van haar Nederlandse vaste inrichting wordt gedreven uitsluitend met vreemd vermogen zijn gefinancierd...*”.

⁹⁴ HR 07 mei 1997, nr. 30294, BNB 1997/263, r.o. 3.3.2

⁹⁵ Kemmeren, E.C.C.M. (2011). Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking? TFO 2011/108.

⁹⁶ HR 25 november 2005, nr. 30858, BNB 2007/117, r.o. 3.2.1.

5.4.1 Extern vreemd vermogen

Ten aanzien van de vermogensetikettering van passiva dient volgens Kemmeren⁹⁷ ook uit te worden gegaan van het dienstbaarheids criterium. Het eerste arrest⁹⁸ waar de toewijzing van externe leningen met betrekking tot de vermogensetikettering van de vaste inrichting zag op een uitgegeven obligatielening door een in België gevestigde NV, ten behoeve van de vaste inrichting in Nederland. De obligatielening verschafte het bedrijf in Nederland werkkapitaal om in Nederland winst te behalen. De Hoge Raad heeft in deze casus geoordeeld dat de obligatielening dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Zodoende dienen de uit de lening voortvloeiende lasten ook ten laste van de vaste inrichting te komen.

Burgers⁹⁹ is van mening dat niet relevant is wie de handeling heeft verricht, maar dat slechts het doel van de handeling leidend is (finaliteitscriterium). Naar mijn mening is dit incorrect, in dit arrest is bepalend dat de uitgifte jegens de vaste inrichting heeft plaatsgevonden, én dat met het verkregen werkkapitaal daadwerkelijk is getracht winst te behalen in Nederland. Zodoende bestaat er een dubbele toets: met welk doel is de (obligatie)lening uitgegeven en waarvoor is de lening daadwerkelijk gebruikt.

De dubbele toets blijkt ook uit BNB 1997/263.¹⁰⁰ In dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de middelen die de ondernemer aanwendt ter financiering van de vaste inrichting, indien deze niet extern zijn aangetrokken jegens de vaste inrichting, dienen te worden behandeld als eigen vermogen bij de vaste inrichting. In casu had de Nederlandse onderneming een vaste inrichting in Ierland. Ter kapitalisatie van de vaste inrichting had de Nederlandse onderneming vermogen verstrekt, wat boekhoudkundig als een rekening-courant verhouding werd geboekt bij de Ierse vaste inrichting. Fiscaal wenste belastingplichtige deze boekhoudkundige verwerking te volgen. In geschil was de kwalificatie van de rekening-courant, wat relevant was voor de hoogte van de vermogensaftrek in Nederland. De Hoge Raad heeft in deze zaak overwogen dat verkregen middelen door de vaste inrichting als eigen vermogen moet worden aangemerkt, aangezien het eigen vermogen is wat is verstrekt door het hoofdhuis. Indien middelen extern jegens de vaste inrichting zouden zijn aangetrokken en deze middelen aan de vaste inrichting dienstbaar zijn, dan

⁹⁷ Kemmeren, E.C.C.M. (2003). Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2). *WFR* 2003/2005.

⁹⁸ HR 18 november 1931, *B.* 5085.

⁹⁹ Burgers, I.J.J. (2004). Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen. *NtFR* 2004/908, p. 1

¹⁰⁰ HR 7 mei 1993, nr. 30294, *BNB* 1997/263.

zou deze lening als vreemd vermogen bij de vaste inrichting moeten worden aangemerkt. In het dit arrest komen de dubbele toets duidelijk naar voren. De Hoge Raad spreekt over middelen die een ondernemer *aanwendt ter financiering* van een vaste inrichting, die zijn verkregen *ten behoeve van die* vaste inrichting¹⁰¹.

Concluderend wordt extern vreemd vermogen toegerekend aan de vaste inrichting, indien deze specifiek zijn aangetrokken voor de vaste inrichting én zijn aangewend ten behoeve van de vaste inrichting. Tevens volgt uit beide arresten dat de Hoge Raad bij de vermogenstoerekening van leningen aanhangt bij de historische methode (*tracing approach*). Leningen die extern zijn aangetrokken jegens de vaste inrichting, worden immers aan de vaste inrichting toegerekend. De rentelasten op de lening worden dan ook toegerekend aan de vaste inrichting. In één arrest wordt echter de mathematische methode (*fungibility approach*) geaccepteerd. In BNB 2007/117¹⁰² heeft een Belgisch bankbedrijf een vaste inrichting in Nederland. In geschil was de hoogte van het vermogen van de vaste inrichting. Belanghebbende diende het rechtstreekse verband tussen de activa en de financiering aan te tonen. In casu is dat niet gelukt, aangezien dit voor een bankbedrijf lastig te bewijzen is. Aangezien er geen direct verband kon worden aangetoond, diende er op indirecte wijze het verband te worden gelegd tussen de activa en de financiering. De Hoge Raad heeft de voorgestelde methode ter toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting van de inspecteur gevolgd. De inspecteur stelde de toerekening van vermogen op basis van de BIS-ratio en de gewogen activa van de vaste inrichting voor. Volgens de Hoge Raad is voldoende rekening gehouden met de zelfstandigheidsfictie, voor een gedeelte van het vreemd vermogen werd de renteaftrek mogelijk. Zodoende blijkt dat de mathematische methode kan worden gehanteerd, maar slechts indien de historische methode niet de oplossing biedt.

5.4.2 Intern vreemd vermogen

De Hoge Raad heeft zich tevens uitgelaten over het in aanmerking nemen van interne rente bij het berekenen van de winst van de vaste inrichting. In de lijn die de Hoge Raad in de jaren heeft uitgezet, worden in beginsel interne leningen niet erkend. Zo overwoog de Hoge Raad in BNB 1954/186¹⁰³ dat een belastingplichtige geen schuld op zichzelf kan hebben. Deze lijn is

¹⁰¹ HR 7 mei 1993, nr. 30294, BNB 1997/263, r.o. 3.3.2

¹⁰² HR 25 november 2005, nr. 40858, BNB 2007/117.

¹⁰³ HR 28 april 1954, nr. 11682, BNB 1954/186.

doorgezet in BNB 1997/263¹⁰⁴. De casus is reeds hierboven besproken. De Hoge Raad overwoog dat indien er geen externe schulden zijn aangegaan jegens de vaste inrichting, het verkregen vermogen van de vaste inrichting eigen vermogen dient te zijn. Er kan zodoende geen sprake zijn van een interne lening tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Eigen vermogen binnen de onderneming kan niet zomaar worden omgevormd tot vreemd vermogen. Zodoende blijft binnen de generale onderneming eigen vermogen dat door het hoofdhuis aan de vaste inrichting wordt verstrekt, ook eigen vermogen. Echter in de formulering gebruikt de Hoge Raad de woorden ‘in de regel’, zodoende lijkt er onder voorwaarden ruimte voor het in aanmerking nemen van een interne lening.

Eén van deze uitzonderingen komt naar voren in BNB 1990/36¹⁰⁵. In casu is sprake van een Engelse vennootschap met een vaste inrichting in Nederland. Goederen werden verzonden naar Nederland, inclusief een factuur in Engelse ponden. De vaste inrichting verwerkte de schuldig gebleven factuur als een schuld, in geschil was of de valutaresultaten op de schuldig gebleven ponden tot de winst van de vaste inrichting behoorden. De Hoge Raad heeft hier in lijn met de zelfstandigheidsfictie geoordeeld dat sprake is van koersverliezen in de vaste inrichting. Indien immers een levering van goederen zou worden gemaakt aan een willekeurige derde in een ander land waarbij een schuld zou ontstaan, dan zal deze willekeurige derde voor de valutaresultaten ten aanzien van de schuld opdraaien. Dit is analoog toegepast op de verhouding tussen vaste inrichting en hoofdhuis. In dit arrest was er geen sprake van het in aanmerking nemen van interne rente. Wel werd de interne lening geaccepteerd, en mochten de koersverliezen op de lening in aftrek worden gebracht bij de vaste inrichting. Belangrijke element voor de Hoge Raad om de interne lening te accepteren was het feit dat er niet kon worden getwijfeld aan de zakelijkheid, zodat er geen sprake was van willekeurige winstverschuivingen. De lening zag immers op goederenleveranties, er zijn facturen opgemaakt en de leningsvoorwaarden kwamen overeen met de voorwaarden die ook worden gesteld aan externe partijen.

Volgens Kemmeren¹⁰⁶ is in bovenstaand arrest de interne lening geaccepteerd doordat als gevolg van de transactie de economische realiteit tussen hoofdhuis en vaste inrichting is gewijzigd. Het koersverlies vloeit voort uit reële economische activiteiten, zodoende vloeit uit de winstallocatie

¹⁰⁴ HR 7 mei 1993, nr. 30294, *BNB* 1997/263.

¹⁰⁵ HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36.

¹⁰⁶ Kemmeren, E.C.C.H. (2003). Vermogensetikettering van de vaste inrichting (deel 2). *WFR* 2003/2005, p. 14.

voort dat dit moet worden genomen in de vaste inrichting. Deze situatie is anders dan BNB 1997/263, waarin de interne lening niet werd geaccepteerd. Hier werd slechts eigen vermogen omgevormd tot vreemd vermogen, waarbij geen reële economische activiteiten plaatsvonden. Derhalve is de interne lening, ter voorkoming van willekeurige winstverschuiving, niet erkend.

In BNB 2007/117¹⁰⁷, hierboven besproken, is de Hoge Raad ingegaan op de uitzonderlijke gevallen. De Hoge Raad merkt op dat interne leningen niet voor de fiscale winstbepaling in aanmerking worden genomen, slechts in de uitzonderlijke gevallen dat er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid van de interne lening. Voorbeelden die hierbij genoemd worden zijn interne leverancierskredieten en bij advances¹⁰⁸. Kennelijk zijn er situaties mogelijk waar de interne lening zal worden geaccepteerd, indien er niet aan de zakelijkheid van de lening kan worden getwijfeld. Tot nu toe zijn slechts twee situaties bekend, het leverancierskrediet en de advances.

5.4.3 Eigen vermogen

Indien het extern vreemd vermogen en het intern vreemd vermogen is toegerekend aan de vaste inrichting, dient als sluitstuk het eigen vermogen te worden toegerekend. Dit bleek uit BNB 2004/214¹⁰⁹. In casu heeft een Nederlandse verzekeringsmaatschappij een vaste inrichting in Zwitserland. De verzekeringsmaatschappij nam een vordering over op een andere groepsmaatschappij, die tot het vermogen van de vaste inrichting ging behoren. Ter verkrijging van die vordering is door de verzekeringsmaatschappij een lening aangetrokken. Aangezien de lening was aangetrokken om de vordering aan te kopen, en de vordering tot het vermogen van de vaste inrichting behoorde, diende ook de lening die daarmee is verbonden aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Uit het arrest blijkt dat de sluitrekening tussen hoofdhuis en vaste inrichting geen schuld kan zijn¹¹⁰.

¹⁰⁷ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117.

¹⁰⁸ Interne leningen tussen banken.

¹⁰⁹ HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214

¹¹⁰ HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214, r.o. 4.2.1

5.5 Dealings

5.5.1 Interne concerndiensten

De Hoge Raad hanteert geen éénduidige lijn in de benadering of bij interne concerndiensten een kostenopslag in aanmerking dient te worden genomen. In BNB 1955/190¹¹¹ is geoordeeld dat kosten van keuring en opleiding van personeel in een Nederlands inkoopkantoor (lees: vaste inrichting), die worden uitgezonden naar het overzeese bedrijf, ten laste dienen te komen van het overzeese bedrijf. Er wordt ten aanzien van de doorbelasting geen kostenopslag genomen.

In BNB 1956/336¹¹² en in BNB 1958/11¹¹³ is sprake van een Nederlands hoofdhuis met een vaste inrichting in Indië respectievelijk Indonesië. In beide casussen werd de leiding door Nederland verzorgd, maar vonden alle feitelijke werkzaamheden plaats in de vaste inrichting. De Hoge Raad oordeelde dat een commissie op basis van de winst toegerekend moest worden aan de leiding om zodoende het hoofdhuis te belonen. Beide arresten zijn echter gewezen onder het winstplitsingsregime, wat niet meer wordt gehanteerd in Nederland. Onduidelijk is hoe de Hoge Raad over de kostenopslag ten aanzien van het ondernemingsplitsingsregime oordeelt.

5.5.2 Interne royalty's

Er is geen jurisprudentie van de Hoge Raad beschikbaar met betrekking tot het berekenen van een interne royalty tussen hoofdhuis en vaste inrichting. In een arrest van Rechtbank Breda¹¹⁴ wordt ingegaan op de vraag of een interne royalty tussen het Nederlands hoofdhuis en haar Spaanse vaste inrichting in aanmerking moet worden genomen. Door de inspecteur wordt aangevoerd dat door de fictieve zelfstandigheid van de vaste inrichting ten opzichte van het hoofdhuis het in aanmerking nemen van een interne royalty niet meer genegeerd kan worden. De rechtbank oordeelde dat er geen sprake is van een verregaande zelfstandigheid, aangezien de casus ziet op 2002-2006. De rechtbank is zich ervan bewust dat hier mogelijk anders over kan worden gedacht in de periode na 2010. Het verwarrende in deze casus is het feit dat belanghebbende een fiscale eenheid vormt met een dochtermaatschappij, en de vaste inrichting toebehoort aan de dochtermaatschappij.¹¹⁵ Belanghebbende bezit het immaterieel actief. Door de

¹¹¹ HR 13 april 1955, nr. 12 223, *BNB* 1955/190.

¹¹² HR 31 oktober 1956, nr. 12 787, *BNB* 1956/336

¹¹³ HR 04 december 1957, nr. 13 330, *BNB* 1958/11

¹¹⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant, 3 september 2014, nr. AWB-11, 3899ev, *V-N* 2014/64.2.2.

¹¹⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant, 3 september 2014, nr. AWB-11, 3899ev, *NTRF* 2015-525 met commentaar Van Dun.

consolidatie van de fiscale eenheid lijkt alsof de royalty betaling aan het hoofdhuis wordt verricht. Feitelijk wordt een royalty betaling aan een verbonden lichaam verricht, die door het bestaan van de fiscale eenheid niet wordt gezien. Zodoende is het opmerkelijk dat in dit arrest de vraag is opgekomen of sprake is van een interne royalty. Aangezien de eiser in hoger beroep is gegaan, laat hopelijk het hof (en misschien de Hoge Raad) zijn licht er op schijnen. Naar mijn mening is, gezien de aandacht die de rechtbank schenkt aan de mogelijk andere gedachte, het niet ondenkbaar dat de in de toekomst het in aanmerking nemen van een interne royalty tussen hoofdhuis en vaste inrichting wordt toegestaan. Echter is de rechterlijke macht uiteraard niet gebonden aan de aanbevelingen van de OESO.

Peeters¹¹⁶ overweegt om de problematiek omtrent het accepteren van interne royalty's te benaderen volgens de drempeltest. Indien er sprake is van een reële en identificeerbare gebeurtenis met economische relevantie dient de *dealing* in aanmerking te worden genomen. Naar mijn mening is dit een logische benadering gezien de verregaande zelfstandigheid van de vaste inrichting. Interne royalty's werden in eerste instantie niet geaccepteerd, aangezien het lastig was om het eigendom van een immaterieel actief aan één van de onderdelen te alloceren. Zodoende ontstonden er arbitragemogelijkheden voor de belastingplichtige. Indien interne royalty's daadwerkelijk identificeerbaar zijn, is het gezien de verregaande zelfstandigheidsfictie geoorloofd om interne royalty's te accepteren. Zo bestaat er ook een parallel tussen het in aanmerking nemen van een interne lening: slechts indien er niet aan de zakelijkheid valt te twijfelen wordt de interne lening geaccepteerd.

5.5.3 Interne rente

Zoals bovenstaand in BNB 1990/36¹¹⁷ is behandeld zal de Hoge Raad in beginsel interne leningen niet accepteren, behalve indien de economische realiteit tussen hoofdhuis en vaste inrichting als gevolg van de lening is veranderd. Daarnaast is BNB 2007/117¹¹⁸ besproken. In dit arrest heeft de Hoge Raad opgemerkt dat interne leningen niet voor de fiscale winstbepaling in aanmerking worden genomen, slechts in de uitzonderlijke gevallen dat er niet kan worden

¹¹⁶ Peeters, P.J.J.M. (2011). Winsttoerekening aan een vaste inrichting. *TFO* 2011/122, p. 12

¹¹⁷ HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36.

¹¹⁸ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117.

getwijfeld aan de zakelijkheid van de interne lening. Voorbeelden die hierbij genoemd worden zijn interne leverancierskredieten en bij advances¹¹⁹.

5.6 Conclusie

Uit de jurisprudentie volgt dat de Hoge Raad een andere benadering hanteert dan de OESO. Ten aanzien van activa wordt aangesloten bij het dienstbaarheids criterium. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen duurzame en tijdelijke terbeschikkingstelling. Een duurzame terbeschikkingstelling komt overeen met een koop-verkoop analogie, zodoende gaat het economisch eigendom over op de overnemer. Voor de tijdelijke terbeschikkingstelling blijft het economisch eigendom achter bij de terbeschikkingsteller, deze situatie komt overeen met een huur-verhuur analogie. Ten aanzien van beleggingsvermogen en deelnemingen wordt ook aangesloten bij het dienstbaarheids criterium. Ten aanzien van de toerekening van passiva dienen volgens de Hoge raad eerst externe leningen te worden toegerekend.¹²⁰ In casu werd een obligatielening uitgegeven ter verschaffing van werkkapitaal van de vaste inrichting. De obligatielening is uitgegeven ter verschaffing van werkkapitaal van de vaste inrichting. Aangezien de lening zowel is aangetrokken voor de vaste inrichting, en tevens is aangewend als werkkapitaal van de vaste inrichting, dient de lening te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Lasten die uit de obligatielening voortvloeien, dienen ten laste te komen van het resultaat van de vaste inrichting. Ook in BNB 1997/263¹²¹ is geoordeeld dat middelen die de generale onderneming aanwendt ter financiering van de vaste inrichting, indien deze niet extern zijn aangetrokken jegens de vaste inrichting, dienen te worden behandeld als eigen vermogen bij de vaste inrichting. In deze arresten wordt de historische methode gehanteerd. Indien de historische methode niet bruikbaar is, is de mathematische methode ook toegestaan. Dit bleek uit BNB 2007/117¹²², waar belanghebbende niet de hoogte van het eigen vermogen van de vaste inrichting kon vaststellen volgens de directe methode. Toen is er aangehangen bij de mathematische methode, door toerekening van het eigen vermogen op basis van de BIS-ratio en de gewogen activa van de vaste inrichting. Zodoende blijkt dat de mathematische methode kan worden gehanteerd, maar slechts indien de historische methode niet bruikbaar is.

¹¹⁹ Interne leningen tussen banken.

¹²⁰ 18 november 1931, B. 5085.

¹²¹ HR 7 mei 1993, nr. 30294, BNB 1997/263.

¹²² HR 25 november 2005, nr. 40858, BNB 207/117.

Na de toerekening van externe leningen, dienen interne leningen te worden toegerekend. De hoofdregel van de Hoge Raad is dat interne leningen niet kunnen bestaan, aangezien een schuld op jezelf niet mogelijk is. Echter heeft de Hoge Raad ruimte opengelaten voor gevallen waarin er niet getwijfeld kan worden aan de zakelijkheid van de geldlening. In BNB 1990/36¹²³ is er sprake van een leverancierskrediet tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Koersverliezen die de vaste inrichting op het krediet maakte, diende in aanmerking te worden genomen bij de vaste inrichting. De interne lening werd erkend, echter was er geen sprake van interne rente. In BNB 2007/117¹²⁴ heeft de Hoge Raad opgemerkt dat interne leningen niet voor de fiscale winstbepaling in aanmerking worden genomen, slechts in de uitzonderlijke gevallen dat er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid. De uitzonderlijke gevallen die worden genoemd zijn interne leverancierskredieten en bij advances. Indien er niet getwijfeld kan worden aan de zakelijkheid van de interne lening, dan bestaat kennelijk de mogelijkheid om de interne lening wel te accepteren. Als sluitstuk van de vermogensallocatie is de toerekening van eigen vermogen. Dit blijkt uit BNB 2004/214¹²⁵, waarin door de Hoge Raad wordt gesteld dat de sluitrekening niet kan bestaan uit schulden. Ten aanzien van de behandeling van *dealings* heeft de Hoge Raad zich niet duidelijk uitgesproken. Zo is het onduidelijk of voor de doorbelasting van interne conerndiensten een kostenopslag gepast is. Daarnaast is er nog geen arrest geweest met de betrekking tot de behandeling van interne royalty's. Tot slot heeft de Hoge Raad zich wel uitgelaten over het in aanmerking nemen van interne rente. Slechts indien er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid, accepteert de Hoge Raad een interne lening. Slechts in twee gevallen is dit goedgekeurd, inzake een leverancierskrediet en bij *advances*.

¹²³ HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36.

¹²⁴ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117.

¹²⁵ HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214.

6 Analyse

6.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken is de juridische waarde van het OMV en de gevolgen van posterieure wijzigingen in het modelverdrag en commentaar onderzocht. Tevens zijn de wijzigingen in art. 7 OMV en commentaar in 2008 en in 2010 onderzocht. Vervolgens is onderzocht hoe de vermogensallocatie en de kapitalisering van de vaste inrichting volgens de OESO, staatssecretaris en op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad dient plaats te vinden.

In dit hoofdstuk wordt een analyse gemaakt op welke wijze de belastingplichtige zich kan kapitaliseren en hoe de belastingplichtige *dealings* in aanmerking kan nemen. Daartoe dient te worden bepaald of de wijzigingen in het OMV en commentaar in 2008 en 2010 zijn aan te merken als een verduidelijking of als een aanpassing. Zodoende zijn er feitelijk drie perioden waarin verschillende interpretaties bestaan ten aanzien van het kapitaliseren van de vaste inrichting en het in aanmerking nemen van *dealings*, namelijk in de periode pré-2008, 2008-2010 en post-2010.

6.2 Hoe dient de belastingplichtige te kapitaliseren?

6.2.1 Verdragen pré-2008

In 1994 is in het commentaar de wens opgenomen om een kapitaalstructuur op te nemen. Het commentaar luidde: “...*the majority of Member countries consider that it would be preferable to look for a practical solution that would take into account a capital structure appropriate solution that would take into account a capital structure appropriate to both the organization and the functions performed. This appropriate capital structure will take account of the fact that in order to carry out its activities, the permanent establishment requires a certain amount of funding made up of ‘free’ capital and interest-bearing debt.*”

De wens wordt uitgesproken om een adequate kapitaalstructuur op te nemen, waarin aan de vaste inrichting een bepaalde hoeveelheid eigen- en vreemd vermogen dient te worden toegerekend dat benodigd is voor de onderneming en de uitgeoefende functies. Uit het commentaar is niet duidelijk een zienswijze af te leiden met betrekking tot een kapitaalattributie, slechts de wens hiertoe wordt uitgesproken. Gezien de dynamische visie van de staatssecretaris met betrekking tot de uitbreiding van het commentaar in 2008, is de staatssecretaris kennelijk van mening dat de

uitbreiding van het commentaar een verduidelijking is. Zodoende rekent de staatssecretaris eerst kapitaal toe, en vervolgens vreemd vermogen. Dit staat haaks op de methode die de Hoge Raad hanteert, namelijk eerst de toerekening van vreemd vermogen, en eigen vermogen als sluitpost. Mijns inziens kan de belastingplichtige zich bij een verdrag dat is gesloten voor 2008 op beide methoden beroepen. Enerzijds bestaat de jurisprudentie van de Hoge Raad¹²⁶ waarin eerst vreemd vermogen dient te worden toegerekend, en waar eigen vermogen het sluitstuk is. Anderzijds ziet de staatssecretaris in het commentaar in 1994 genoeg aanleiding om eerst eigen vermogen toe te rekenen.

6.2.2 Verdragen 2008-2010

In 2008 is het commentaar uitgebreid met: *“The objective is therefore to attribute an arm’s length amount of interest to the PE after attributing an appropriate amount of ‘free’ capital...”*

Mijns inziens wordt hier voor het eerst gesproken over de daadwerkelijk manier van kapitaaltoerekening. Het is een concreet andere manier dan tot die tijd gebruikelijk was, immers deze manier van toerekenen van kapitaal vloeit voort uit de onvrede van de lidstaten met betrekking tot de verdeeldheid waarop kapitaalattributie plaatsvond. Ook bestonden er geen aanwijzingen die aanleiding geven voor het primaat van kapitaaltoerekening. Pijl stelt in zijn WFR-bijdrage met betrekking tot winstallocatie aan vaste inrichtingen dat hij van mening is dat de wens voor een kapitaalstructuur in 1994 voldoende aansluiting biedt om het commentaar in 2008 toe te passen.¹²⁷ Mijns inziens is deze zienswijze van Pijl incorrect, zoals hij zelf in latere bijdragen ook stelt.¹²⁸ De wens voor een kapitaalstructuur geeft niet voldoende aanleiding om te kunnen aannemen dat eerst eigen vermogen dient te worden toegerekend, waarna vreemd vermogen de sluitrekening is. Dit blijkt al uit de manier waarop in Nederland de toerekening gehanteerd werd.

De staatssecretaris is van mening dat de wijziging in het commentaar is aan te merken als een verduidelijking. Uiteraard is de staatssecretaris als uitvoerende partij gebonden om de

¹²⁶ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117, r.o. 3.2.2.

¹²⁷ Pijl, H. (2011). ‘De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen’, *WFR* 2011/201, p. 5

¹²⁸ Pijl, H. (2011). ‘Interpretation of Article 7 of the OECD Model, Permanent Establishment Financing and Other Dealings. *Bulletin for International Taxation*, June 2011, par. 3.1

Recommendation toe te passen, zodoende dient de wijziging te worden toegepast op eerder gesloten verdragen.

De Hoge Raad heeft tussen 2008-2010 geen arrest gewezen over de wijze van kapitaalattributie aan de vaste inrichting. Mijns inziens zal de Hoge Raad het primaat van eigen vermogen voorstaan. Immers, het commentaar is voldoende duidelijk om dit aan te nemen. De vreemde situatie die ontstaat, is dat twee dezelfde verdragen op een andere manier worden uitgelegd. Slechts de verdragstekst heeft immers juridische waarde, het commentaar dient slechts ter interpretatie. Toch zal de Hoge Raad naar alle waarschijnlijkheid deze verdragen (pre-2008 en 2008-2010) verschillend uitleggen, aangezien elk verdrag dient te worden uitgelegd in zijn eigen context.¹²⁹ Zo is een pre-2008 verdrag gesloten met het oude commentaar, waarin geen duidelijkheid bestond over de volgorde van kapitalisering. Aangezien er geen tot 2008 geen wijzigingen hebben plaatsgevonden, is het aannemelijk dat de Hoge Raad zijn uitgezette lijn van het primaat van vreemd vermogen zal voortzetten. Voor verdragen gesloten tussen 2008-2010 is het primaat van eigen vermogen voorgeschreven, mijns inziens zal de Hoge Raad deze manier volgen. Er wordt immers door de Hoge Raad ‘grote betekenis’ gehecht aan het commentaar.¹³⁰ Daarbij hebben beide verdragspartijen, indien er geen voorbehoud of aantekening is gemaakt, een stilzwijgende verbintenis dat het commentaar ter interpretatie van het verdrag kan worden gehanteerd.

De belastingplichtige zal zodoende het primaat van eigen vermogen dienen te volgen, aangezien zowel de staatssecretaris deze methode voorschrijft en mijns inziens de Hoge Raad dit ook zal volgen.

6.2.3 Verdragen post-2010

In de Recommendation is opgenomen dat art. 7 OMV (nieuw) en het commentaar geen doorwerking hebben in verdragen gesloten voor 2010. Slechts door een nieuw verdrag af te sluiten is het mogelijk om de aanpassingen op te nemen. Opmerkelijk is dan echter wel het standpunt van de staatssecretaris:

¹²⁹ Art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen.

¹³⁰ HR 2 september 1992, nr. 27252, *BNB* 1992/379.

“De vraag in hoeverre de wijzigingen in artikel 7 OMV Nieuw en het daarbij horende commentaar invloed hebben bij de toepassing van verdragen met de oude tekst is niet eenvoudig te beantwoorden. Voor de uitvoeringspraktijk is het echter ongewenst als hierover onduidelijkheid bestaat. Om deze onzekerheid te voorkomen ben ik bereid om de beginselen van het PE-Report, voor zover deze beginselen niet als een verduidelijking van artikel 7 OMV Oud beschouwd kunnen worden, ook toe te passen bij verdragen waarin de tekst van artikel 7 OMV Oud is opgenomen. Daarom zal de Nederlandse belastingdienst een arm’s length winsttoerekening aan een vaste inrichting die gebaseerd is op de uitgangspunten van het PE-Report en die als zodanig ook in het andere betrokken land door belastingplichtige consistent is toegepast niet corrigeren.”¹³¹

De staatssecretaris is van mening dat het onduidelijk is in hoeverre art. 7 OMV (nieuw) en het commentaar van toepassing zijn op verdragen met de oude tekst. Mijns inziens is dit volkomen duidelijk, namelijk de nieuwe verdragstekst heeft geen doorwerking naar verdragen met de oude tekst. Er bestond geen onduidelijkheid totdat de staatssecretaris het op deze manier schepte. De gehanteerde systematiek van de OESO is immers duidelijk, de wijziging van het 2008 commentaar wordt dynamisch toegepast voor eerder gesloten verdragen, en vanaf 2010 is het nieuwe OMV en commentaar het uitgangspunt. De staatssecretaris schept nu echter ten opzichte van andere verdragsstaten onduidelijkheid door het toestaan van alle beginselen van het 2008 Report op verdragen gebaseerd op art. 7 OMV (oud).

Kemmeren betoogt dat deze toezegging van de staatssecretaris de mogelijkheid tot cherrypicking opent¹³². Mijns inziens is dit standpunt sterk te nuanceren. De staatssecretaris corrigeert de winst niet indien de arm’s length winsttoerekening door de andere verdragsstaat consistent wordt toegepast. Zodoende is er geen keuze mogelijk in Nederland, maar worden slechts eventuele interpretatie verschillen tussen lidstaten verholpen.

¹³¹ Besluit staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Stcrt. 2011, 1375, BNB 2011/91, p. 3.

¹³² Kemmeren, E.C.C.M. (2011). Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen: toenemende cherrypicking? TFO 2011/108, p. 4.

6.3 Hoe dient belastingplichtige dealings te behandelen?

6.3.1 Verdragen pré-2008

6.3.2 Interne concerndiensten

Interne concerndiensten dienen volgens het commentaar op basis van werkelijke kosten te worden doorbelast aan de verschillende onderdelen van de generale onderneming. Er wordt in beginsel geen kostenopslag gehanteerd, slechts indien de vaste inrichting de dienst ook niet-incidenteel aan externe partijen levert, en de situatie waarin het leveren van die dienst de belangrijkste activiteit van de vaste inrichting is.

De staatssecretaris stelt zich in zijn besluit soepel op, zodoende wordt voor toepassing van verdragen met art. 7 OMV (oud) een doorbelasting mét kostenopslag alswel zonder kostenopslag geaccepteerd. Duidelijk bestaat hier de mogelijkheid tot cherrypicking voor de belastingplichtige, immers beide methoden worden geaccepteerd.

De Hoge Raad heeft geen eenduidige lijn voor het in aanmerking nemen van interne concerndiensten. Aangezien de staatssecretaris beide methoden accepteert, vervalt ook de relevantie van het oordeel van de Hoge Raad.

6.3.3 Interne royalty's

Uit de letterlijke lezing van het commentaar valt geen royalty verbod af te leiden. Indien het mogelijk is om het immaterieel activum aan één onderdeel te kunnen alloceren, is het berekenen van een royalty op zijn plek¹³³. Indien de allocatie niet mogelijk was, is de doorberekening van aanschaf- en ontwikkelingskosten gepast. De staatssecretaris volgt dezelfde benadering als de OESO.

De Hoge Raad heeft zich niet uitgesproken over het in aanmerking nemen van een interne royalty. Recent heeft Rechtbank Breda¹³⁴ wel onderkend dat voor verdragen gesloten voor 2008 geen sprake was van een verregaande zelfstandigheid voor de vaste inrichting, en dat zodoende royalty's niet in aanmerking dienen te worden genomen.

¹³³ Paragraaf 34 art. 7 OMV (2008).

¹³⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant, 03-09-2014, nr AWB-11, 3899ev, V-N 2014/64.2.2.

Mijns inziens bestaat hier de mogelijkheid voor de belastingplichtige tot cherrypicking, mits het mogelijk is om aan te tonen dat het immaterieel actief toerekenbaar is aan één onderdeel van de generale onderneming. Immers, door zelf aan te tonen dat het toerekenbaar is aan één onderdeel van de generale onderneming bestaat de mogelijkheid tot het in aanmerking nemen van een royalty, indien dit niet wordt aangetoond kan de royalty achterwege worden gelaten. Dit gaat uiteraard slechts op indien het mogelijk is om aan te tonen dat de royalty daadwerkelijk toerekenbaar is aan één onderdeel van de generale onderneming.

6.3.4 Interne rente

Voor 2008 werd een interne lening tussen hoofdhuis en vaste inrichting niet erkend, dit was slechts mogelijk voor banken. Ook de staatssecretaris volgt deze opvatting.

De Hoge Raad accepteert in beginsel slechts het in aanmerking nemen van een interne rente tussen de vaste inrichting en een ander onderdeel van de generale onderneming, indien er niet aan de zakelijkheid kan worden getwijfeld. Indien een belastingplichtige financiële transacties verricht, waaraan niet aan de zakelijkheid kan worden getwijfeld, is het mogelijk om op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad een interne rente te berekenen.

6.4 Verdragen 2008-2010

In het commentaar in 2008 zijn geen aanpassingen gemaakt. Tevens zijn er geen uitlatingen door de staatssecretaris gedaan, en is er geen nieuwe arrest geweest. Zodoende zal de behandeling van *dealings* hetzelfde zijn als hierboven besproken.

6.5 Verdragen post-2010

6.5.1 Interne concerndiensten

Door aanpassing van het OMV en commentaar wordt de behandeling van interne concerndiensten niet meer expliciet genoemd. Zodoende wordt aangenomen dat de kosten met een *arm's length* kostenopslag dienen te worden doorbelast op basis van art. 7, lid 2 OMV¹³⁵.

De staatssecretaris is van mening dat er geen twijfel kan bestaan over de toepassing van het *arm's length* beginsel bij interne concerndiensten. Mijns inziens zal de Hoge Raad deze stellingname ook volgen, aangezien de *arm's length* kostenopslag volgt uit de verregaande

¹³⁵ Nouel, L. (2011). ; The New Article 7 of the OECD Model Tax Convention: The End of the Road? *Bulletin for International Taxation* – January 2011

zelfstandigheidsfictie die vanaf 2010 voor de vaste inrichting geldt. Zodoende dient de belastingplichtige een *arm's length* kostenopslag voor interne concerndiensten te hanteren.

6.5.2 Interne royalty's

Voor interne royalty's dient een *arm's length* doorbelasting plaats te vinden aan de plaats waar het economisch eigendom van het immaterieel activum ligt. De staatssecretaris volgt deze benadering.

De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over de behandeling van interne royalty's. Zoals besproken heeft de rechtbank Breda¹³⁶ zich over deze kwestie uitgelaten. Hierbij wordt genoemd dat in verdragen na 2010 een verregaande zelfstandigheid bestaat. Zodoende bestaat de mogelijkheid dat de Hoge Raad na 2010 de berekening van een *arm's length* royalty accepteert.

6.5.3 Interne rente

Op basis van het commentaar 2010 kan een interne rente wel in aanmerking worden genomen, mits er sprake is van een *treasury* functie. De rente wordt in aanmerking genomen om de *treasury* afdeling te belonen voor de uitgeoefende functies. De staatssecretaris sluit in zijn besluit aan bij de opvattingen van de OESO. Er kan slechts een interne rente worden berekend indien er sprake is van een *treasury* functie.

Volgens de Hoge Raad wordt een interne rente slechts in aanmerking genomen, indien er niet aan de zakelijkheid kan worden getwijfeld. In deze context is het in aanmerking nemen van een leverancierskrediet en advances geaccepteerd. Mijns inziens valt er niet te twijfelen aan de zakelijkheid van de lening, indien er sprake is van een *treasury* functie bij één onderdeel van de generale onderneming. Zodoende is de behandeling van de OESO en staatssecretaris in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad. Indien er geen sprake is van een *treasury* functie, maar er wel sprake is van een andere verstrekking van een interne lening waarbij niet getwijfeld kan worden aan de zakelijkheid, bestaat er voor belastingplichtige op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad evenwel mogelijkheid om de interne rente in aanmerking te nemen.

¹³⁶ Rb. Zeeland-West-Brabant, 03-09-2014, nr AWB-11, 3899ev, V-N 2014/64.2.2.

6.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de analyse gemaakt op welke manieren de belastingplichtige zich dient te kapitaliseren, en op welke manier *dealings* in aanmerking kunnen worden genomen. In het schema hieronder zijn de mogelijke methoden tot kapitaliseren uiteen gezet:

| Primaat EV: p.e.v. Primaat VV: p.v.v. | pre-2008 | 2008-2010 | post-2010 |
|--|-----------|-----------|-----------|
| | Hoge Raad | p.v.v. | p.e.v. |
| OESO | ? | p.e.v. | p.e.v. |
| Staatssecretaris | p.e.v. | p.e.v. | p.e.v. |

Voor verdragen gesloten in de periode pre-2008 stelt de Hoge Raad zich op het primaat van de toerekening van vreemd vermogen, waarbij als sluitstuk eigen vermogen geldt. De OESO geeft geen duidelijke methode weer, maar spreekt slechts de wens uit voor het opnemen van een adequate kapitaalstructuur. De staatssecretaris is van mening dat het commentaar in 2008 dynamisch toepasbaar is, dus kennelijk ziet hij de aanleiding tot het primaat van eigen vermogen in verdragen gesloten pré-2008.

In de periode 2008-2010 bestaat er mijns inziens voldoende aanleiding om te stellen dat de Hoge Raad zal oordelen dat hier het primaat van eigen vermogen dient te worden gehanteerd. Er bestaat zodoende een opmerkelijke situatie, dat dezelfde verdragstekst op twee manieren wordt geïnterpreteerd. Mijns inziens is dit te rechtvaardigen door te kijken naar de context waar het verdrag in is gesloten, een verdrag dat voor 2008 is gesloten heeft een andere context dan een verdrag dat tussen 2008-2010 is gesloten. Het lijkt mij duidelijk dat verdragen gesloten post-2010 voldoende duidelijkheid bieden om het primaat van eigen vermogen te hanteren. Ook zijn de OESO en de staatssecretaris van mening dat in de post-2010 verdragen het primaat van eigen vermogen voorrang heeft.

In onderstaand figuur worden de mogelijke behandelingen voor het in aanmerking nemen van interne concerndiensten afgebeeld.

| Interne concerndiensten | pre-2008 | 2008-2010 | post-2010 |
|-------------------------|--|--|-------------------------------|
| Hoge Raad | ? | ? | Doorbelasten met kostenopslag |
| OESO | Doorbelasten zonder kostenopslag | Doorbelasten zonder kostenopslag | Doorbelasten met kostenopslag |
| Staatssecretaris | Doorbelasten met & zonder kostenopslag | Doorbelasten met & zonder kostenopslag | Doorbelasten met kostenopslag |

De Hoge Raad heeft geen eenduidige lijn met betrekking tot het in aanmerking nemen van een kostenopslag op interne concerndiensten. Zo zijn er arresten geweest waarin geen kostenopslag dient te worden gehanteerd, maar ook arresten die onder het winstsplitsingsregime een deel van de winst kregen toegewezen. Aangezien de staatssecretaris beide methoden hanteert, vervalt de relevantie van de jurisprudentie van de Hoge Raad. Belastingplichtige zal zich immers op de meest voordelige methode beroepen. In art. 7 OMV (nieuw) is mijns inziens voldoende duidelijk dat een kostenopslag in aanmerking dient te worden genomen. Het *arm's length* beginsel wordt toegepast, zodoende zal de Hoge Raad mijns inziens ook deze methode hanteren.

In onderstaande figuur worden de mogelijke behandelingen voor het in aanmerking nemen van interne royalty's afgebeeld.

| Interne royalty | pre-2008 | 2008-2010 | post-2010 |
|------------------|---------------|---------------|-----------|
| Hoge Raad | Nee | Nee | Ja |
| OESO | Twijfelachtig | Twijfelachtig | Ja |
| Staatssecretaris | Ja | Ja | Ja |

De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over het al niet in aanmerking nemen van royalty's. Echter, gelet op het arrest van Rechtbank Breda¹³⁷, lijkt de rechtbank te oordelen dat tot en met 2010 de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting niet verregaand genoeg was om interne royalty's in aanmerking te nemen. Gezien de verregaande zelfstandigheid vanaf 2010, ben ik van

¹³⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant, 03-09-2014, nr AWB-11, 3899ev, V-N 2014/64.2.2.

mening dat hier wel een interne royalty in aanmerking dient te worden genomen. De staatssecretaris is van mening dat er geen sprake is van een absoluut royaltyverbod. Indien het immaterieel actief aan één van de onderdelen van de vaste inrichting is toe te rekenen, is het in aanmerking nemen van een interne royalty gepast. Mijns inziens bestaat er ruimte voor belastingplichtige voor *cherrypicking*. Enerzijds door zelf niet aannemelijk te maken dat een immaterieel actief toerekenbaar is aan één onderdeel van de vaste inrichting. Mocht de belastingdienst dit evenwel aantonen, bestaat alsnog de mogelijkheid de kwestie voor te leggen aan de rechter. Mijns inziens zal de Hoge Raad in verdragen gesloten voor 2010 geen royalty in aanmerking nemen.

In onderstaand figuur worden de mogelijkheden besproken tot het in aanmerking nemen van een interne rente.

| Interne rente | pre-2008 | 2008-2010 | post-2010 |
|------------------|--|--|--|
| Hoge Raad | Ja, indien niet aan zakelijkheid kan worden getwijfeld | Ja, indien niet aan zakelijkheid kan worden getwijfeld | Ja, indien niet aan zakelijkheid kan worden getwijfeld |
| OESO | Nee | Nee | Ja, indien sprake is van treasury functie |
| Staatssecretaris | Nee | Nee | Ja, indien sprake is van treasury functie |

Uit de arresten van de Hoge Raad wordt in beginsel geen interne rente geaccepteerd, slechts indien er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid. Indien dit het geval is, bestaat er voor belastingplichtige met verdragen gesloten voor 2010 de mogelijkheid tot *cherrypicking*. De staatssecretaris is immers van mening dat interne rente slechts voor banken kan worden geaccepteerd. Vanaf 2010 is het in aanmerking nemen van een interne rente verplicht, indien er sprake is van een *treasury* functie. Mijns inziens valt er in zo'n geval ook niet te twijfelen aan de zakelijkheid. Indien er evenwel niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid, maar er is geen sprake van een *treasury* functie kan belastingplichtige naar mijn mening inziens op basis van de arresten van de Hoge Raad zich toch beroepen op het in aanmerking nemen van een interne rente.

7 Conclusie

7.1 Inleiding

In deze scriptie is onderzocht wat de wijzigingen in het OMV en commentaar in 2008 en 2010 voor gevolgen hebben voor Nederlandse verdragssituaties. Met name de veranderingen in de kapitalisatie en het erkennen van *dealings* is relevant voor het onderzoek. In dit hoofdstuk wordt door middel van het beantwoorden van de deelvragen de conclusie op de onderzoeksvraag geformuleerd.

7.2 Samenvatting

- *Wat is de waarde van het OMV en commentaar voor de interpretatie van belastingverdragen?*

Het OMV en het commentaar hebben zelf geen juridische waarde. Slechts bilaterale gesloten verdragen hebben juridische waarde, aangezien aan deze verdragen een parlementaire behandeling vooraf is gegaan. Een wijziging in het OMV kan zodoende geen gevolgen hebben voor gesloten belastingverdragen. De betekenis van het commentaar voor het OMV ligt genuanceerder. Er bestaat overeenstemming in de literatuur dat het commentaar dat ten tijde van het afsluiten van het verdrag gold van belang is voor de interpretatie van het verdrag. Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het commentaar van ‘grote betekenis’ is voor de interpretatie van verdragen. De interpretatie van verdragen waarin een posterieure aanpassing in het commentaar is gemaakt ligt nog genuanceerder. Twee methoden om verdragen te interpreteren zijn de dynamische- en de statische interpretatie. De dynamische interpretatie neemt latere wijzigingen in het commentaar die aan te merken zijn als een verduidelijking mee in de interpretatie van een verdrag. Wijzigingen die aan te merken zijn als een aanpassing, worden niet gebruikt voor interpretatie van de belastingverdragen. De OESO en de staatssecretaris hanteren de dynamische methode. Een voordeel van de dynamische methode is dat verdragen naar gelang de tijdsgeest worden uitgelegd. De statische interpretatie gebruikt slechts het commentaar dat gold ten tijde van het sluiten van het verdrag voor de interpretatie van het verdrag. Deze methode is gebaseerd op twee beginselen: *pacta sunt servanda* en rechtszekerheid. *Pacta sunt servanda* betekent zoveel als afspraak is afspraak. De lidstaten zijn met een bepaalde visie en intentie tot een overeenkomst gekomen, waarbij ze die overeenkomst naleven. Onduidelijk is welke visie de Hoge Raad aanhangt. In verschillende arresten wordt de statische interpretatie gehanteerd, in een

aantal arresten wordt de dynamische methode gehanteerd. In de zaken waarin bij de dynamische methode wordt aangehangen, verschilt het nieuwe commentaar niet van het oude commentaar. Het feit dat de Hoge Raad aandacht besteedt aan het nieuwe commentaar geeft mijns inziens aan dat de Hoge Raad een dynamische interpretatie hanteert. Naar mijn mening zal de Hoge Raad wel voorzichtig zijn om een wijziging te kwalificeren als een verduidelijking in plaats van een aanpassing.

- *Wat zijn de wijzigingen in art. 7 van het OMV en commentaar in 2008 en 2010?*

Tot de wijziging in 2010 bestond art. 7 OMV uit zeven leden. De wereldwinst werd volledig toegewezen aan de staat van vestiging, behalve indien de winst werd behaald met een vaste inrichting in een andere staat. De winst die behaald werd met die vaste inrichting, mag worden belast in die andere staat. Er waren twee methoden mogelijk om winst toe te rekenen aan de staat van het hoofdhuis en de staat van de vaste inrichting. De geprefereerde manier was de toewijzing van winsten op basis van de ondernemingsplitsingsmethode. Zodoende werd de vaste inrichting geacht een zelfstandige onderneming te zijn, die zodoende haar eigen winst toegerekend zou krijgen. Daarnaast bestond ook de winstsplitsingsmethode, waarbij de winst werd verdeeld tussen hoofdhuis en vaste inrichting aan de hand van een verdeelsleutel. Kosten dienden aan de vaste inrichting te worden toegerekend, voorzover de kosten zagen op de vaste inrichting. Zodoende kunnen kosten gemaakt op het niveau van het hoofdhuis ook bij de vaste inrichting in aanmerking worden genomen, zolang de kost zag op de vaste inrichting. Door de *Discussion Draft* en de daaruit voortvloeiende *Reports* is allereerst in 2008 het commentaar aangepast. De elementen uit het 2008 *Report* die niet conflicterend waren met toen geldende commentaar zijn ingevoerd. In het commentaar is een kapitaalstructuur opgenomen. Zodoende dient voor de kapitalisering eerst eigen vermogen worden toegerekend om de functies, activa en risico's te ondersteunen, vervolgens is vreemd vermogen het sluitstuk. In 2010 is het OMV en het commentaar aangepast. Wederom dient winst aan een vaste inrichting te worden toegerekend, voorzover de winst toerekenbaar is aan die vaste inrichting. Verder wordt een verregaande zelfstandigheidsfictie aangehangen. Kosten en opbrengsten dienen *arm's length* te worden doorberekend. Gezien de verregaande zelfstandigheidsfictie, worden *dealings*, al dan niet onder voorwaarden, geaccepteerd. Verrichtte conerndiensten dienen te worden doorbelast met een *arm's length* kostenopslag. Ook interne royalty's dienen *arm's length* te worden doorbelast.

Interne leningen kunnen in aanmerking worden genomen, indien er bij de vaste inrichting of een ander onderdeel van de generale onderneming sprake is van een *treasury* functie. Ten slotte worden twee methoden voor de kapitaaltoerekening toegestaan. Zodoende bestaat de mogelijkheid dat twee lidstaten een verschillende methode hanteren, en hier zodoende dubbele heffing of dubbele non-heffing ontstaat. In deze situaties bestaat de mogelijkheid voor de lidstaten tot het aangaan van een MAP.

- *Op welke wijze dient de vaste inrichting te worden gekapitaliseerd op basis van het OMV?*

De AOA bestaat uit twee stappen. Allereerst dient de vaste inrichting op basis van de zelfstandigheidsfictie te bepalen welke winsten de vaste inrichting zou hebben behaald indien het een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming zou zijn. Daartoe dienen de uitvoerende functies, gebruikte activa en gelopen risico's te worden geïdentificeerd, waarna een passende hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend ter ondersteuning van de functies, activa en risico's. Voor het toerekenen van kapitaal zijn twee voorgeschreven methoden, i) de *capital allocation approach* en ii) de *thin capitalisation approach*. Bij de *capital allocation approach* wordt kapitaal aan de vaste inrichting toegerekend naar rato van de gelopen risico's en beschikbaar vermogen. Zodoende heeft door het gebruik van deze methode de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid als de generale onderneming. De tweede methode rekent dezelfde hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting toe die een vergelijkbare onafhankelijke derde ook bezit. De staatssecretaris geeft in het besluit aan voorkeur te hebben voor de eerste methode, gelet op het uitgangspunt van het hanteren van dezelfde kredietwaardigheid tussen vaste inrichting en generale onderneming. Na de toerekening van eigen vermogen dient het vreemd vermogen te worden toegerekend. Wederom zijn er op basis van het 2010 *Report* twee mogelijkheden, te weten i) de *tracing* methode en ii) de *fungibility* methode. De *tracing* methode, ook bekend als de historische methode, rekent de rentelast toe op basis van een historisch verband tussen lening en aanwending. Een lening die ten aanzien van de vaste inrichting is aangetrokken, dient aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Het rentepercentage op die lening zal ten laste van de vaste inrichting komen. De *fungibility* methode, beter bekend als de mathematische methode, hanteert een pro rata toerekening van rentelasten aan de vaste inrichting. Alle leningen en verschillende rentepercentages worden pro

rata toegerekend aan de vaste inrichting, zodoende komt een gemengd rentepercentage ten laste van de vaste inrichting. De staatssecretaris heeft een voorkeur voor de *fungibility* approach, wederom met het oog op het behoud van dezelfde kredietwaardigheid tussen vaste inrichting en generale onderneming.

Door de verregaande zelfstandigheidsfictie worden, onder voorwaarden, *dealings* erkend. In eerdere versies werden *dealings* nadrukkelijk niet erkend, door het gebrek aan juridische gevolgen. Belastingplichtige dient de *dealings* te laten blijken uit de boekhouding en interne documenten, zodat slechts economisch relevante en identificeerbare *dealings* in aanmerking worden genomen.

- *Op welke wijze dient de vaste inrichting te worden gekapitaliseerd op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot 2010?*

Uit jurisprudentie van de Hoge Raad volgt niet, zoals de OESO-benadering, dat eerst een bepaalde hoeveelheid eigen vermogen moeten worden toegerekend. De Hoge Raad heeft de stamkapitaaltheorie ook verworpen¹³⁸. Dit betekent dat er geen minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend. Dit impliceert dat een vaste inrichting volledig met vreemd vermogen gefinancierd kan zijn. Volgens de leer van de Hoge Raad dient eerst vreemd vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Leningen die ten behoeve van de vaste inrichting zijn aangetrokken en feitelijk zijn aangewend dienen aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Middelen die de generale onderneming aanwendt ter financiering van de vaste inrichting dienen, indien deze niet extern zijn aangetrokken jegens de vaste inrichting, als eigen vermogen bij de vaste inrichting te worden behandeld¹³⁹. In deze arresten wordt de historische methode gehanteerd. Indien de historische methode niet bruikbaar is, is de mathematische methode ook toegestaan¹⁴⁰.

Nadat externe leningen zijn toegerekend, dienen interne leningen te worden toegerekend. In beginsel accepteert de Hoge Raad geen interne leningen, slechts indien er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid van de leningen. In het geval van een leverancierskrediet¹⁴¹ en bij

¹³⁸ HR 07 mei 1997, nr. 30294, *BNB* 1997/263, r.o. 3.3.2.

¹³⁹ HR 07 mei 1997, nr. 30294, *BNB* 1997/263, r.o. 3.3.2.

¹⁴⁰ HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 207/117.

¹⁴¹ HR 08 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36.

*advances*¹⁴² heeft de Hoge Raad interne leningen geaccepteerd. Het sluitstuk van de vermogensallocatie is de toerekening van eigen vermogen¹⁴³.

- *Hoe worden dealings op basis van het OMV behandeld?*

Dealings zijn onder te verdelen in drie categorieën. Allereerst bestaan er de interne conerndiensten. Voor verdragen gesloten voor 2008 diende deze diensten op basis van werkelijke kosten te worden doorbelast. Er wordt slechts een kostenopslag gehanteerd indien de vaste inrichting de dienst ook niet-incidenteel aan externe partijen levert, alsmede de situatie waarin het leveren van die dienst de belangrijkste activiteit van de vaste inrichting is. De wijziging van het commentaar in 2008 veranderde niks aan de behandeling van *dealings*. In verdragen gesloten na 2010 dient de interne dienstverlening op basis van het *arm's length* beginsel met een kostenopslag te worden doorbelast.

Ten tweede bestaat de interne royalty. Op basis van verdragen van voor 2008 bestaat er geen absoluut royalty verbod, echter kon een royalty slechts in aanmerking worden genomen indien het immaterieel actief toerekenbaar was aan één onderdeel van de generale onderneming. In 2008 is ook ten aanzien van de behandeling van royalty's niks veranderd. In verdragen gesloten na 2010 dient een *arm's length* royalty te worden berekend.

Tot slot bestaat de interne rente. Interne rente werd in de verdragen gesloten tot 2008 nadrukkelijk niet geaccepteerd, slechts indien sprake was van een bank. Ook ten aanzien van de behandeling van interne rente is in 2008 geen wijziging geweest. Na 2010 dient een interne rente in aanmerking te worden genomen op interne leningen, indien er sprake is van een *treasury* functie bij één van de onderdelen van de generale onderneming die de lening verstrekt.

- *Hoe worden dealings op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad behandeld?*

De Hoge Raad heeft geen eenduidige lijn met betrekking tot de behandeling van interne conerndiensten. Enerzijds heeft het geoordeeld dat er voor verdragen gesloten voor 2008 geen kostenopslag diende te worden genomen. Anderzijds zijn er arresten gewezen onder het

¹⁴² HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117.

¹⁴³ HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214.

winstsplitsing regime waarin een deel van de winst wordt toegerekend ter beloning van de interne concerndienst.

Ten aanzien van royalty's heeft de Hoge Raad geen arresten gewezen. Zoals besproken heeft rechtbank Breda¹⁴⁴ onderkent dat tot 2010 het in aanmerking nemen van een royalty niet mogelijk lijkt, en dat hier wellicht vanaf 2010 anders tegen wordt aangekeken. Verdere jurisprudentie dient hier meer duidelijkheid in te verschaffen.

De Hoge Raad accepteert interne leningen slechts indien er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid. In dit verband zijn leverancierskredieten en *advances* geaccepteerd.

- *Hoe werken de wijzigingen door voor Nederlandse verdragssituaties?*

Naar mijn mening kan de belastingplichtige zich vóór 2008 op twee manieren kapitaliseren, namelijk met het primaat van eigen vermogen (staatssecretaris) en het primaat van vreemd vermogen (Hoge Raad). In verdragen gesloten tussen 2008-2010 is het slechts mogelijk om zich te beroepen op het primaat van eigen vermogen. Ook in verdragen gesloten na 2010 is dit de enige manier.

Ten aanzien van interne concerndiensten kan de belastingplichtige in verdragen tot 2008 en 2008-2010 de kosten doorbelasten mét en zonder kostenopslag, dit door de uitlatingen van de staatssecretaris. Na 2010 dient een *arm's length* kostenopslag te worden gehanteerd.

De belastingplichtige kan op basis van de uitlatingen van de staatssecretaris in alle gesloten verdragen royalty's in aanmerking nemen, indien het immaterieel actief toe te rekenen is aan één onderdeel van de generale onderneming. Ook kan mijns inziens de belastingplichtige tot en met 2010 geen royalty in aanmerking nemen, gelet op de uitlating van de rechtbank Breda. Na 2010 dient een *arm's length* royalty te worden gehanteerd.

Tot slot kan een belastingplichtige op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad zich altijd beroepen op een interne rente, slechts indien er niet getwijfeld kan worden aan de zakelijkheid van de lening. Ook kan op basis van de staatssecretaris in verdragen tot 2010 geen rente in aanmerking worden genomen. In verdragen gesloten na 2010 dient een *arm's length* rente te

¹⁴⁴ Rb. Zeeland-West-Brabant, 03-09-2014, nr AWB-11, 3899ev, V-N 2014/64.2.2.

worden gehanteerd, indien er sprake is van een *treasury* functie bij het onderdeel van de generale onderneming die de lening verstrekt.

7.3 Beantwoording onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag van deze scriptie luidt:

“Wat zijn de gevolgen van de wijzigingen van het OESO-modelverdrag en commentaar in 2008 en in 2010 met betrekking tot de kapitalisatie van de vaste inrichting voor Nederlandse belastingverdragssituaties?”

Vermogensallocatie

Ten aanzien van de vermogensallocatie heeft de OESO een methode ontwikkeld om vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting te alloceren. Vermogensbestanddelen kunnen niet op basis van juridisch eigendom worden toegerekend, aangezien het hoofdhuis en vaste inrichting civielrechtelijk dezelfde entiteit zijn. De OESO allociert de vermogensbestanddelen op basis van de SPF. Op grond van een functionele- en feitelijke analyse dient te worden vastgesteld waar de SPF met betrekking tot de activa worden uitgevoerd. Indien de SPF voor een actief toerekenbaar zijn aan de vaste inrichting, dient dit activum aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Materiële vermogensbestanddelen worden, in tegenstelling tot de SPF, toegerekend op basis van de *place of use*. In bijzondere omstandigheden kan er worden afgeweken van de *place of use*, echter wordt er niet toegelicht welke situaties hiermee worden bedoeld. Naast de allocatie van vermogensbestanddelen, worden ook de risico's gealloceerd. Dit wordt tevens gedaan aan de hand van de functionele- en feitelijke analyse, waarbij wordt vastgesteld waar de SPF met betrekking tot het aangaan en beheersen van risico's worden uitgevoerd.

Op basis van Nederlandse jurisprudentie worden vermogensbestanddelen aan de vaste inrichting toegerekend op basis van het dienstbaarheids criterium. Indien vermogensbestanddelen dienstbaar zijn aan de vaste inrichting, dient het actief aan de vaste inrichting te worden gealloceerd. Ten aanzien van materiële activa wordt het onderscheid gemaakt tussen een tijdelijke- en duurzame terbeschikkingstelling. Het onderscheid wordt gemaakt door te beoordelen waar het bedrijfsmiddel wordt beheerd. Bij een tijdelijke terbeschikkingstelling wordt het actief beheerd

door de terbeschikkingsteller, en gaat zodoende het economisch risico niet over. Aangezien er slechts sprake is van een huur-verhuuranalogie kunnen slechts de leasevergoedingen ten laste van de winst bij de terbeschikkingnemer worden gebracht. Bij een duurzame terbeschikkingstelling gaat het economisch risico wel over, en bestaat er zodoende een koop-verkoopanalogie. De terbeschikkingnemer is dan gerechtigd tot de afschrijvingen.

De staatssecretaris onderschrijft het gebruik van de SPF. Echter wijkt de staatssecretaris voor de allocatie van materiële activa af van de SPF, hier wordt de lijn met betrekking tot de tijdelijke- en duurzame terbeschikkingstelling uitgezet door de Hoge Raad gevolgd. Zowel de OESO, de staatssecretaris als de Hoge Raad benaderen de vermogensallocatie zodoende aan de hand van een functionele- en feitelijke analyse, en alloceren een vermogensbestanddeel toe aan de vaste inrichting indien het dienstbaar is bij de vaste inrichting. Het dienstbaarheids criterium en SPF-criterium leiden naar mijn mening tot hetzelfde resultaat.

Rechtszekerheid: ten aanzien van rechtszekerheid is het alloceren van vermogensbestanddelen aan de hand van de SPF een goede ontwikkeling. De OESO, de staatssecretaris en de Hoge Raad hanteren grofweg dezelfde norm voor de vermogensallocatie. Aangezien de staatssecretaris de uitgezette lijn van de Hoge Raad volgt, zal dit geen inbreuk vormen op de rechtszekerheid.

Aangezien de OESO niet heeft aangegeven welke situaties kwalificeren als bijzondere situatie waarin kan worden afgeweken van de *place of use*, bestaat hier nog wel een inbreuk op de rechtszekerheid. Naar mijn mening doelt de OESO op situaties van de tijdelijke terbeschikkingstelling, aangezien in die situaties de SPF en de *place of use* niet samenvallen.

Doelmatigheid: daarnaast is de SPF een doelmatige oplossing. Door uitvoering van de functionele- en feitelijke analyse zal efficiënt in kaart worden gebracht welke functies, activa en risico's aan de vaste inrichting toebehoren. Tevens is het opnemen van de MAP in art. 7, lid 3 OMV een doelmatige oplossing om eventuele dubbele belastingheffing, of dubbele non-heffing, te kunnen oplossen. Naar mijn mening zou het de doelmatigheid nog ten goede komen indien slechts de MAP met resultaatsverplichting kan worden opgenomen.

Rechtsvormneutraliteit: tevens komt de vermogensallocatie op basis van de SPF de rechtsvormneutraliteit ten goede. De OESO beschouwt de vaste inrichting als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. De analoge toepassing van functionele- en feitelijke analyse uit de Guidelines, die normaliter geldt tussen verbonden lichamen, wordt

toegepast op de situatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Zodoende krijgt de vaste inrichting haar functies, activa en risico's als onafhankelijke- en zelfstandige onderneming gealloceerd.

Kapitalisering

Na toerekening van de functies, activa en risico's tussen het hoofdhuis en vaste inrichting wordt kapitaal toegerekend. Op basis van art. 7 OMV (oud) was in het commentaar slechts de wens opgenomen om tot een praktische oplossing voor een kapitaalattributie te komen. In 2008 is het commentaar uitgebreid door op te nemen dat eerst voldoende eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend om de functies, activa en risico's te ondersteunen. Vervolgens dient vreemd vermogen te worden toegerekend. De wijziging van het OMV in 2010 volgt deze opvatting. Ook is de staatssecretaris van mening dat deze opvatting dient te worden toegepast. Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad is de kapitalisering van de vaste inrichting precies andersom. Eerst wordt extern vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de vaste inrichting toegerekend aan de vaste inrichting. Vervolgens dient (eventueel) intern vreemd vermogen te worden toegerekend. Tot slot geldt eigen vermogen als sluitrekening.

Rechtszekerheid: ten aanzien van de rechtszekerheid brengt de vernieuwde manier van kapitalisering onduidelijkheden met zich mee. Er bestaat een verschil in de benadering van de OESO en de staatssecretaris enerzijds, en de Hoge Raad anderzijds. De OESO en de staatssecretaris zijn van mening dat het gewijzigde commentaar van 2008 dynamisch kan worden toegepast. Naar mijn mening is het commentaar niet dynamisch toepasbaar, aangezien in het commentaar voor 2008 geen aanleiding bestond om aan te nemen dat eerst eigen vermogen dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting. Dit wordt bevestigd door de methode die de Hoge Raad hanteert, namelijk het primaat van vreemd vermogen. Evenwel ben ik van mening dat voor verdragen die zijn gesloten vanaf 2008 en die overeenkomen met het OMV voor de kapitaaltoerekening eerst eigen vermogen dient te worden toegerekend en vervolgens vreemd vermogen. De vreemde situatie die ontstaat is dat twee verdragen met dezelfde verdragstekst verschillend worden uitgelegd. Naar mijn mening is dit te rechtvaardigen door aan te haken bij art. 31, lid 1 Verdrag van Wenen. Beide verdragen zijn immers in een andere context gesloten, en dienen te worden uitgelegd in hun eigen context. Voor verdragen gesloten na 2010 is het evident dat eerst eigen vermogen dient te worden toegerekend, en vervolgens vreemd vermogen. In 2010 is immers sprake van een geheel vernieuwde tekst, waardoor er geen twijfel kan bestaan over de toerekening. Naast de onzekerheid of het primaat bij eigen- of vreemd vermogen ligt, bestaat er ook onzekerheid in de gehanteerde methode voor de kapitalisering. De OESO geeft immers twee methoden voor toerekening van eigen vermogen, en twee methoden voor

toerekening van vreemd vermogen. Aangezien landen verschillende methoden kunnen hanteren, komt deze keuzevrijheid de rechtszekerheid niet ten goede. De staatssecretaris heeft zich uitgesproken voor het hanteren van de *capital allocation approach* en de *fungibility approach*. Dit is niet in lijn met jurisprudentie van de Hoge Raad, die aansloot bij de *tracing approach*. Naar mijn mening kan de belastingplichtige kiezen tussen de *fungibility approach* op basis van het besluit, of voor de *tracing approach* op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Doelmatigheid: de voorgestelde kapitalisering is wel doelmatig. Het hanteren van de *fungibility approach* is eenvoudiger dan het hanteren van de *tracing approach*, aangezien het vaak lastig kan zijn voor de *tracing approach* om te herleiden welke leningen causaal aan de vaste inrichting zijn toe te rekenen. Toch wordt er op basis van de *fungibility approach* naar mijn mening niet een *arm's length* rentelast gealloceerd, maar is deze methode slechts voor de eenvoudige uitvoerbaarheid doelmatig. Daarnaast is in het besluit een doelmatige oplossing gevonden om het probleem omtrent de meermalige kapitaalattributie op te lossen. Na een *dealing* zou op basis van het 2010 *Report* een hernieuwde kapitaaltoerekening geboden zijn, aangezien de functies, activa en risico's zijn veranderd. Op basis van het besluit is echter een toezegging gedaan dat dit slechts één keer per jaar benodigd is.

Rechtsvormneutraliteit: ten aanzien van de rechtsvormneutraliteit is de toerekening van een minimum aan eigen vermogen aan de vaste inrichting niet in lijn met de kapitalisering van een dochtermaatschappij. Een dochtermaatschappij heeft immers na de invoerings van de flex-bv wetgeving in 2012 slechts een minimum eigen vermogen van één euro. De rest van de dochtermaatschappij kan op één euro na volledig worden gefinancierd met vreemd vermogen. Daarnaast heeft de Hoge Raad de stamkapitaaltheorie verworpen, terwijl op basis van de OESO eerst een minimum hoeveelheid eigen vermogen aan de vaste inrichting dient te worden gealloceerd. Er bestaat een ongelijke behandeling tussen de dochteronderneming en de vaste inrichting.

Dealings

Tot slot zijn er wijzigingen opgetreden in de behandeling van *dealings*. In de verdragen tot 2008 en tot 2010 werden *dealings* de OESO niet geaccepteerd. Met betrekking tot interne dienstverlening is het na 2010 gebruikelijk om een kostenopslag te hanteren voor de gemaakte kosten. Na 2010 worden interne royalty's geaccepteerd, indien het immaterieel actief is toe te

rekenen aan één onderdeel van de generale onderneming. Daarnaast is het hanteren van een interne rente toegestaan, mits de uitgever van de geldlening een *treasury* functie vervuld. Een *treasury* functie ziet op de beheersing, besturing en bewaking van de financiële processen en de daarmee verbonden risico's.

Op basis van jurisprudentie van de Hoge Raad was het onduidelijk hoe interne dienstverlening moest worden behandeld. In situaties waarin sprake was van een winstsplitsingsregime werd de dienstverlener beloond met een deel van de winst. Onder het ondernemingsplitsingsregime heeft de Hoge Raad een kostenopslag niet geaccepteerd. Ten aanzien van het hanteren van een interne royalty heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten. Het is mogelijk dat gelet op de beperkte zelfstandigheidsfictie de Hoge Raad het hanteren van een royalty niet zal toestaan in verdragen gesloten voor 2010. Tot slot erkent de Hoge Raad interne leningen indien er niet kan worden getwijfeld aan de zakelijkheid van de lening.

Rechtszekerheid: op basis van de rechtszekerheid is het accepteren van *dealings* een verbetering. Onder voorwaarden accepteerde de Hoge Raad deze al wel, terwijl de OESO dit nog niet accepteerde. Tevens accepteert de staatssecretaris voor zowel interne conerndiensten als interne royalty's een doorbelasting van werkelijke kosten en een doorbelasting met een kosten opslag voor alle perioden. Dit komt de rechtszekerheid ten goede.

Doelmatigheid: op basis van doelmatigheid is het accepteren van werkelijke kosten met én zonder kostenopslag voor interne conerndiensten en interne royalty's niet doelmatig. De belastingplichtige heeft de keuze om de interne conerndiensten en interne royalty's door te belasten met of zonder kostenopslag. Door verschillen in de vennootschapsbelastingtarieven kan zodoende tariefarbitrage optreden. Daarnaast zullen *dealings* slechts worden geaccepteerd indien deze blijken uit de boekhouding. Zodoende bestaat er een verzwaarde administratieve last voor de belastingplichtige. Echter acht ik de boekhoudeis wel doelmatig, indien deze eis niet wordt gesteld is het eenvoudig om te schuiven met winsten om zodoende gebruik te maken van tariefarbitrage.

Rechtsvormneutraliteit: tot slot komt het accepteren van *dealings* de rechtsvormneutraliteit ten goede. De vaste inrichting wordt immers beschouwd als een onafhankelijke- en zelfstandige onderneming. Zodoende kan een vaste inrichting, net als verbonden lichamen onderling, met het

hoofdhuis handelen. Door het erkennen van *dealings* is het verschil tussen het ondernemen middels een vaste inrichting en een dochtermaatschappij verkleind.

Bronnen

Artikelen

- Bakker, A.J. en Hoek Smith, A. van. (2003). 'Ontwikkelingen inzake renteaftrek op een lening tussen een onderneming en haar vaste inrichting.' *WFR* 2003/1360.
- Bennett, M; Russo, R. (2009). 'Discussion Draft on a New Art. 7 of the OECD Model Convention', *International Transfer Pricing Journal* – March/April 2009
- Burgers, I.J.J. (2004). 'Subjectiviteit versus objectiviteit bij de toerekening van bedrijfsmiddelen aan vaste inrichtingen.' *NTFR* 2004/908
- Egdom, J.T. (2010). 'Allocatie van winst aan een vaste inrichting.' *Forfaitair* 2010/208
- Engelen, F. (2006). Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model. *Bulletin for International Taxation* - March 2006
- Haan, mr. N. de, Lewis, mr. L. (2010). 'Het gewijzigde art. 7 (winst uit onderneming) OECD-modelverdrag 2010.' *WFR* 2010/1292.
- Hoogterp, P. (2008). 'Interestlasten vaste inrichtingen.' *WFR* 2008/1085.
- Kemmeren, E.C.C.M., (2003). 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1).' *WFR* 2003/1965.
- Kemmeren, E.C.C.M., (2003). 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2).' *WFR* 2003/2005.
- Kemmeren, E.C.C.M. (2011). 'Vermogensetikettering bij vaste inrichtingen,: toenemende cherrypicking?' *TFO* 2011/108.
- Kobetsky, M. (2006). 'Article 7 of the OECD Model: Defining the Personality of Permanent Establishments', *Bulletin for International Taxation* – October 2006
- Malherbe, J; Daenen, P. (2010). 'Permanent Establishment Claim Their Share of Profits: Does the Taxman Agree?' *Bulleting for International Taxation* July 2010
- Marres, O.; Wattel, P.J. (2003). 'The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties.' *European Taxation, July/August 2003*.
- Nouel, L. (2011). ; The New Article 7 of the OECD Model Tax Convention: The End of the Road?' *Bulletin for International Taxation* – January 2011
- Peeters, P.J.J.M. (2004). 'De leer van het gedeelte is nog steeds geldend recht!' *FED* 2004/510
- Peeters, P.J.J.M. (2011). 'Winsttoerekening aan een vaste inrichting.' *TFO* 2011/122

Pijl, H. (2006). 'Netherlands: Allocation of Assets to a Permanent Establishment and the OECD Discussion Draft', *Bulletin for International Taxation* - August/September 2006

Pijl, mr. drs. H. (2011). 'Het besluit winsttoerekening 2011: Kritiek.' *NTFR* 2011/440.

Pijl, mr. drs. H. (2010). 'Kapitaalallocatie aan de vaste inrichting.' *WFR* 2010/1445.

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

Pijl, H. (2011). 'Interpretation of Article 7 of the OECD Model, Permanent Establishment Financing and Other Dealings.' *Bulletin for International Taxation*, June 2011

Pötgens, prof. mr. F.P.G. (2008). 'Toerekening van winst aan een vaste inrichting.' *NTFR-B* 2008/52

Pötgens, prof. mr. F.P.G., Stevens, prof. mr. A.J.A., (2011). 'Winstallocatie vaste inrichtingen (1).' *NTFR-B* 2011/19.

Pötgens, prof. mr. F.P.G., Stevens, prof. mr. A.J.A., (2011). 'Winstallocatie vaste inrichtingen (2).' *NTFR-B* 2011/25.

Sahin, L.; Le Blanc, B. (2011). 'The Dutch Approach to the Attribution of Profits to Permanent Establishments', *European Taxation* - June 2011

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

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

Ward, D. (2006). The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Proces. *Bulletin – Tax Treaty Monitor* March 2006

Boeken

Baker, P.; Collier, R. (2006). 'The attribution of profits to permanent establishments.' SDU Fiscale & Financieële uitgevers Amersfoort

Graaf, A.C.G.A.C., de, Kavelaars, P., Stevens, A.J.A. (2014). *Internationaal Belastingrecht*, FED fiscale studieserie, Kluwer, Deventer

Janssen, G.T.W. *Studenteneditie Cursus Belastingrecht: Internationaal Belastingrecht*, digitale editie.

Romyn, M. (1999). *Internationaal Belastingrecht*, Kluwer, Deventer

Vleggeert, J. *‘Aftrekbepalingen van de rente in het internationale belastingrecht.* ´ Fiscale Monografiën nr. 132, Kluwer, Deventer, 2009

Jurisprudentie

Conclusie van A-G Wattel van 11 december 2002, nr. 37024, *V-N* 2003/5.6

HR 18 november 1931, B. 5085

HR 31 maart 1954, nr. 11518, *BNB* 1954/180

HR 28 april 1954, nr. 11682, *BNB* 1954/186

HR 13 april 1955, nr. 12 223, *BNB* 1955/190

HR 31 oktober 1956, nr. 12 787, *BNB* 1956/336

HR 04 december 1957, nr. 13 330, *BNB* 1958/11

HR 4 mei 1960, nr. 14172, *BNB* 1960/167

HR 12 februari 1964, nr. 15068, *BNB* 1964/95

HR 20 april 1983, nr. 21 047, *BNB* 1983/204

HR 23 januari 1974, nr. 17237, *BNB* 1986/100

HR 8 november 1989, nr. 25 089, *BNB* 1990/36

HR 30 maart 1983, nr. 21312, *BNB* 1992/160

HR 02 september 1992, nr. 26059, *BNB* 1992/379

HR 7 mei 1997, nr. 30294, *BNB* 1997/263

HR 09 december 1998, nr. 32709, *BNB* 1999/267

HR 21 februari 2003, nr. 31011, *BNB* 2003/177

HR 21 februari 2003, nr. 37 024, *BNB* 2003/178

HR 20 december 2002, nr. 37652, *BNB* 2003/246

HR 23 januari 2004, nr. 37893, *BNB* 2004/214

HR 1 december 2006, nr. 39710, *BNB* 2007/78

HR 25 november 2005, nr. 40858, *BNB* 2007/117

HR 8 augustus 2006, nr. 40586, *BNB* 2008/255

HR 9 oktober 2009, nr. 08/00315, *BNB* 2009/310

Rb. Zeeland-West-Brabant, 03-09-2014, nr AWB-11, 3899ev, *V-N* 2014/64.2.2

Rb. Zeeland-West-Brabant, 3 september 2014, nr. AWB-11, 3899ev, NTFR 2015-525 met commentaar Van Dun

Kamerstukken

Besluit van de Staatsecretaris van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, *BNB* 2011/91

Ministerie van Financiën, 'Notitie Fiscaal Verdragsbeleid', 11 februari 2011, *V-N* 2011/12.4

Rapporten

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

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