

The Authorised OECD Approach

*‘De toerekening van activa, risico’s en kapitaal
aan vaste inrichtingen in het OESO-rapport.’*

Opleiding:	Master Fiscaal Recht Faculteit Rechtsgeleerdheid Universiteit van Tilburg
Student:	Nick Theunissen Van de Coulsterstraat 6 5021 BM Tilburg Anr. 252380
Examencommissie:	Mr. E. Alink Prof.dr. J.A.G. van der Geld

April 2010

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding

Hoofdstuk 2 De vaste inrichting

§ 2.1	De vaste inrichting.....	7
§ 2.2	Winst uit onderneming en de vaste inrichting.....	8
§ 2.3	Dubbele heffing en toerekening.....	9
	§ 2.3.1 De zelfstandigheidsfictie.....	10

Hoofdstuk 3 Toerekening van winst.

§ 3.1	Transfer pricing.....	12
	§ 3.1.1 Vergelijkbaarheidsanalyse.....	13
	§ 3.1.2 Zelfstandigheid en gelieerdheid.....	13
§ 3.2	Thin capitalisation.....	14
	§ 3.2.1 Rentelasten.....	15
	§ 3.2.2 Bosalwetgeving.....	15
§ 3.3	Tussenconclusie en beantwoording van de deelvraag.....	17

Hoofdstuk 4 Vaste inrichting vs Dochtervennootschap

§ 4.1	Rechtspersoonlijkheid.....	19
§ 4.2	Gemeenschapsrecht.....	19
	§ 4.2.1 Non-discriminatie.....	20
	§ 4.2.1.1 Avoir Fiscal.	
	§ 4.2.1.2 Commerzbank.	
	§ 4.2.1.3 Royal Bank of Scotland.	
	§ 4.2.1.4 Saint Gobain.	
	§ 4.2.1.5 Ongelijke behandeling.	
	§ 4.2.2 Richtlijnen.....	26
	§ 4.2.2.1 Moeder-dochterrichtlijn.	
	§ 4.2.2.2 Rente- en Royaltyrichtlijn.	
§ 4.3	Enkele aspecten uit Nederlandse Wetgeving.....	27
	§ 4.3.1 Thin capitalisation.....	27
	§ 4.3.1.1 Stamkapitaal.	
	§ 4.3.1.2 Rentelasten.	
	§ 4.3.1.3 Toepassing van de thincapregeling op de vaste inrichting.	
	§ 4.3.1.3.1 Vaste inrichting in Nederland.	
	§ 4.3.1.3.2 Vaste inrichting in het buitenland.	
	§ 4.3.2 Verliezen.....	34
	§ 4.3.3 Dividend.....	36
§ 4.4	Tussenconclusie en beantwoording van de deelvraag.....	37

Hoofdstuk 5 Vergelijkbaarheidsanalyse

§ 5.1 Het bepalen van een zakelijke prijs.....	38
§ 5.2 OESO-benadering: de twee-stapsstrategie.....	39
§ 5.2.1 Functional and Factual analysis (stap 1).....	39
§ 5.2.1.1 'People's functions' als rode draad.	
§ 5.2.2 Vergelijkbaarheidsanalyse (stap 2).....	41
§ 5.3 Druk op het systeem.....	43
§ 5.3.1 Praktische uitvoerbaarheid.....	43
§ 5.3.2 Dienstbaarheid.....	44
§ 5.4 Tussenconclusie.....	45

Hoofdstuk 6 Eenduidigheid van de Authorised OECD Approach

§ 6.1 Beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting.....	47
§ 6.1.1 Realiteitsbegrip.....	48
§ 6.1.2 Leer van het gedeelte.....	48
§ 6.2 Enkele benaderingen.....	49
§ 6.2.1 'At arm's length'.....	50
§ 6.2.1.1 Bezwaren.	
§ 6.2.1.2 Alternatief.	
§ 6.2.2 'Relevant business activity' benadering.....	52
§ 6.2.3 Oorsprongbeginsel.....	53
§ 6.3 Knelpunten.....	55
§ 6.3.1 Veel visies over toerekening van 'free capital'.....	55
§ 6.3.1.1 De benadering van kapitaalstoerekening: 'the capital allocation approach'.	
§ 6.3.1.2 De economische wijze van kapitaalstoerekening: 'Economic capital allocation approach'.	
§ 6.3.1.3 De 'thin capitalisation approach'.	
§ 6.3.1.4 De benadering van de veilige haven c.q. solide basis: 'the Safe harbour approach'.	
§ 6.3.2 Te veel druk op de 'Mutual agreement procedure'.....	58
6.4 Tussenconclusie en beantwoording van de deelvragen.....	60

Hoofdstuk 7 Recapitulatie, conclusie en aanbeveling

Literatuurlijst

Hoofdstuk 1 Inleiding

Aangezien de markt al jaren mondialer wordt en de buitenlandse activiteiten gecompliceerder worden is ten behoeve van de fiscaliteit een evenwichtig en eenduidig systeem gewenst om aan deze activiteiten vorm te geven. Wanneer een onderneming van de woonstaat activiteiten in een andere staat uitoefent, de bronstaat, zullen beide staten belasting willen heffen over de winst die behaald wordt. De vraag is hoe aan die activiteiten vorm wordt gegeven en of de ene staat of de andere staat zonder meer kan heffen. Die activiteiten in het buitenland kunnen in verschillende manieren geschieden. Zoals in de vorm van een dochtervennootschap of via een vaste inrichting, bijvoorbeeld een filiaal.

Aan deze vaste inrichting liggen enkele benaderingen ten grondslag. Men kan het opvatten als een deel van de onderneming of als een zelfstandige verschijning.

Een van die benaderingen is uitgewerkt door de Organisatie voor Economische Samenwerking en ontwikkeling (verder: OESO of OECD) in het 'Report on the attribution of profits to permanent establishments'. Hieruit is af te leiden dat zij een geheel eigen benadering doorvoert. Deze benadering, de Authorised OECD Approach, zet de toerekening van winsten aan een onderneming uiteen, die de onderneming behaalt door middel van activiteiten in het buitenland. De OESO erkent hierbij een verder gaande zelfstandigheid van de vaste inrichting, waardoor er afzonderlijk activa, risico's en kapitaal aan toegerekend kunnen worden. Deze benadering is opmerkelijk, aangezien geen juridische legitimatie voor zelfstandigheid van de vaste inrichting bestaat, zoals bij een dochtervennootschap die rechtspersoonlijkheid bezit. Deze denkwijze van de OESO kan zo ver gaan waardoor de verzelfstandiging van de vaste inrichting een absolute vorm aanneemt. Gedacht moet worden aan het kapitaal dat vereist is ten behoeve van de benodigde activa en aangenomen risico's. Dit kapitaal, eigenlijk van de onderneming in de woonstaat afkomstig, kan fictief aan de vaste inrichting toekomen in de vorm van eigen vermogen of vreemd vermogen. De consequentie hiervan is de gelijkenis met een vennootschap in een moeder-dochterverhouding.

Doel

In deze scriptie zal uitgebreid worden ingegaan op de verzelfstandiging van de vaste inrichting en aspecten die hier mee samenhangen. Door deze verzelfstandiging kan er een verband worden gelegd met de situatie in gelieerde verhouding. Hierdoor kan een zijstap naar de Transfer Pricingrichtlijnen niet uitblijven. Onderzocht zal worden welke invloed deze hebben op het winstbegrip volgens de OESO. Tevens zal belicht worden waar de OESO-benadering nog haar tijd vooruit is en waar ze eventueel nog zelfs als beperkt kan worden beschouwd.

Onderzoeksvraag

Is de keuze van de OECD om de vaste inrichting als functioneel volledig zelfstandig te behandelen wenselijk?

Deze probleemstelling wordt behandeld aan de hand van enkele deelvragen.

1. Wat is de rol van de Transfer Pricingregels bij allocatie van winsten aan vaste inrichtingen?
2. Komt de vaste inrichting bij een vergaande verzelfstandiging niet te dicht bij de dochtervennootschap te staan?
3. Is de Authorised OECD Approach eenduidig, of wekt het onzekerheid op?
4. Wat zijn verder nog specifieke knelpunten van de Authorised OECD Approach?
5. Draagt de benadering bij tot het beperken van dubbele heffing?

Afbakening

Deze thesis zal vooral betrekking hebben op de benadering van de OESO in haar rapport. Daarnaast zal een bepaald gedeelte van het rapport onderzocht worden. Dat betekent dat de behandeling van vaste inrichting van banken en van vaste inrichtingen van onderneming die hun bedrijf voeren met betrekking tot wereldhandel en financiële instrumenten, en vaste inrichtingen van verzekeringsinstellingen achterwege blijft. Om de scriptie niet al te omvattend te laten zijn wordt in deze bijdrage uitgegaan van de algemene overwegingen binnen het vaste inrichtingsbegrip, aangezien de benadering van de hiervoor genoemde vaste inrichtingen er enigszins van afwijkt.

Onderzoek

Dit onderzoek is opgezet ten aanzien van het Gent-Project 2010. In deze thesis zal het 'Report on the attribution of profits to permanent establishments' centraal staan en de rode draad zijn in dit onderzoek. Vervolgens is in hoofdstuk 2 een theoretisch kader opgenomen, ter verduidelijking van het onderwerp en onderzoek. Daarna zal in hoofdstuk 3 de winstbepaling besproken worden. In dit hoofdstuk wordt een begin gemaakt met het onderzoek naar de Transfer Pricingregels en de thin capitalisationbepaling (verder: thincap). Mijn opvatting is dat deze onderwerpen van belang zijn voor de benadering van de vaste inrichting ten opzichte van de dochtervennootschap. Dit hoofdstuk zal een opstap zijn voor hoofdstuk 4. Hierin zal daadwerkelijk de vaste inrichting vergeleken worden met de dochtervennootschap. In hoofdstuk 5 zal ik verdergaan met de Transfer Pricingrichtlijnen. Aangezien zowel het winstbegrip als de richtlijnen van eenzelfde vergelijkbaarheidsanalyse uitgaan, een onderdeel binnen Transfer Pricing, is het essentieel in dit onderzoek om dit deelonderwerp afzonderlijk te belichten. In hoofdstuk 6 zal de eenduidigheid van de OESO-bepaling naar voren

komen, waarin onder andere enkele knelpunten en alternatieven besproken zullen worden. In hoofdstuk 7 geef ik mijn conclusie.

Hoofdstuk 2 De vaste inrichting

Het belangrijkste doel van het gebruik van het concept 'vaste inrichting' is om het recht van heffing te bepalen van een verdragssluitende staat over de winsten van een onderneming in de andere verdragssluitende staat. In dit verband komt gelijk art. 7 OESO naar voren, waarin de winst uit onderneming bepaald wordt. Onder art. 7 OESO kunnen geen winsten belast worden van een onderneming in de ene verdragssluitende staat, tenzij er sprake is van een vaste inrichting in de andere verdragssluitende staat.¹

Wanneer een onderneming uit het ene land activiteiten heeft in een ander land speelt de vraag in welke vorm de activiteiten gestalte krijgen. Denkbaar is dat de activiteiten geplaatst worden in een ander lichaam, bijvoorbeeld als dochtervennootschap van het eerstbedoelde lichaam. Daarnaast kunnen de activiteiten uitgevoerd worden door middel van een filiaal. Hierbij moet gedacht worden aan een kantoor met een handjevol mensen die werkzaamheden uitoefenen in het buitenland. Dit filiaal bevat geen rechtspersoonlijkheid, want het is geen lichaam en niet opgericht, maar onderdeel van het hoofdhuis. Het hoofdhuis wordt dan geacht een vaste inrichting te hebben in het land waar de activiteiten worden uitgeoefend.

2.1 De vaste inrichting.

Aan het begrip 'vaste inrichting' is in de nationale wetgeving doorgaans slechts vrij globaal inhoud gegeven. Het wordt wel genoemd maar een definitie ontbreekt. Het begrip komt voor uit internationale verdragen en is opgenomen in de Nederlandse wetgeving, maar ook uit jurisprudentie kunnen enkele kenmerken worden afgeleid.² De vaste inrichting dient een fysieke constructie te zijn, die niet per se met de grond verankerd moet zijn. Deze fysieke constructie moet juridisch of feitelijk ter beschikking staan van de onderneming. Daarmee is bedoeld de onderneming die in het buitenland activiteiten verricht. Daarnaast dient dit ter beschikking staan duurzaam te zijn en de fysieke constructie moet specifiek geschikt zijn gemaakt of ingericht voor de werkzaamheden van de onderneming.

Het OESO-Modelverdrag bevat enkele aanwijzingen voor de uitleg van het begrip 'vaste inrichting' en heeft een definitie neergelegd in art. 5 OM. Lid 1 van dit artikel bepaalt: 'For the purposes of this Convention, the term permanent establishment means a fixed place of business through which the business of an enterprise is carried on.' Deze definitie kent voorwaarden. Ten eerste dient er sprake te zijn van een plaats van bedrijfsuitoefening, de 'place of business'. Daarnaast moet de

¹ OESO-commentaar bij art. 5 OESO, paragraaf 1.

² Van Raad 2009-2010, p. 38 en 39.

bedrijfsinrichting vast van aard en duurzaam zijn, een ‘fixed place of business’. Tevens moet de onderneming haar werkzaamheden uitoefenen door middel van deze vaste bedrijfsinrichting. Dit betekent dat doorgaans personen die op een of andere manier afhankelijk zijn van de onderneming, als personeel, de bedrijfsactiviteiten leiden in de staat waar de vaste inrichting geplaatst is.³

2.2 Winst uit onderneming en de vaste inrichting.

Het object, de winst uit onderneming, voor binnenlands belastingplichtigen is in de Nederlandse wetgeving bepaald voor de Wet inkomstenbelasting 2001 (verder: IB) in art. 3.8 IB en verder. Voor de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (verder: Vpb) wordt dit bepaald in art. 8 Vpb en verder. De binnenlands belastingplichtige wordt belast voor zijn gehele winst waar dan ook behaald, verder te noemen de wereldwinst, aangezien hij in Nederland woont of gevestigd is op grond van art. 2.1 lid 1 onderdeel a IB jo art. 2 Vpb. De winst uit de activiteiten behaald in het buitenland worden zo ook in Nederland in de heffing betrokken. Daarnaast kent het Nederlandse belastingstelsel ook de buitenlandse belastingplicht. Dit is het geval wanneer een persoon of lichaam niet in Nederland woont maar wel Nederlands inkomen geniet. Deze persoon of lichaam is subjectief belastingplichtig in Nederland voor de Wet IB 2001 op grond van art. 2 lid 1 onderdeel b IB, omdat hij Nederlands inkomen geniet.

Voor de Wet vpb 1969 is de buitenlandse belasting geregeld in art. 3 Vpb. De winst die deze persoon of lichaam geniet is belast voor de Wet IB 2001 volgens art. 7.2 lid 2 onderdeel a IB. De belastbare winst uit Nederlandse onderneming is de belastbare winst, bedoeld in de artikelen 3.2 en 3.3 IB die door de onderneming, of het gedeelte van een onderneming, wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland of een vaste vertegenwoordiger in Nederland. Deze winst is belast in de vennootschapsbelasting bepaald in art. 17 Vpb en verder. Lid 3 onderdeel a van dit artikel houdt in dat het Nederlandse inkomen onder andere het gezamenlijke bedrag is van de belastbare winst uit een in Nederland gedreven onderneming, zijnde het bedrag van de gezamenlijke voordelen die worden verkregen uit een onderneming die, of een gedeelte van een onderneming dat wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting in Nederland. De Nederlandse wetgever heeft het begrip ‘vaste inrichting’ niet expliciet gedefinieerd, maar geïntegreerd in de wet. De wetgever richt zich daarbij op het Nederlands Standaardverdrag en daarmee op het OESO-modelverdrag.

Het OESO-modelverdrag heeft de winst uit onderneming, ‘business profits’, neergelegd in art. 7 OESO. Zoals hiervoor is aangegeven kunnen onder art. 7 OESO geen winsten worden belast van een onderneming in de ene verdragssluitende staat door een verdragssluitende andere staat, tenzij er

³ OESO-commentaar bij art. 5 OESO, paragraaf 2.

sprake is van een vaste inrichting in die andere staat.⁴ Deze regel is in het leven geroepen teneinde zeker te stellen dat ondernemingsactiviteiten niet worden belast door een staat tenzij er sprake is van economische banden tussen de onderneming en de bedoelde staat.⁵ Hierin schuilt het gevaar van dubbele belasting over dezelfde winst bij een belastingplichtige, de juridisch dubbele belasting. Teneinde vast te stellen of er sprake van winst uit onderneming is dient eerst gekeken te worden of er een vaste inrichting is in de andere verdragssluitende staat.⁶ Vervolgens is van belang dat wordt bepaald welk deel van de winst van de gehele onderneming, dus onderneming of hoofdhuis en de vaste inrichting, men kan toerekenen aan het hoofdhuis en aan de vaste inrichting. Het criterium 'vaste inrichting' biedt niet uit zichzelf een oplossing.

2.3 Dubbele heffing en toerekening.

Zoals ik hierboven al heb vermeld bestaat de vaste inrichting uit activiteiten van een onderneming uit het ene land verricht in het andere land. In beginsel genereert de vaste inrichting op zichzelf niets. De vaste inrichting is dan niets anders dan een omhulsel rondom die activiteiten. Het land waar de generale onderneming gevestigd is, kan de activiteiten zien als onderdeel van de generale onderneming en zal claimen dat ze heffingsrecht heeft. Het vaste inrichtingsland kan deze activiteiten als bron benaderen en dan heffen aan de bron. Het probleem zit dan niet in het feit dat er van een omhulsel, de vaste inrichting, wordt uitgegaan, maar wat hieraan dient te worden toegerekend.

Als er zich bijvoorbeeld kosten voordoen, kan er twijfel ontstaan over de vraag waar de kosten zijn ontstaan, in de generale onderneming of de vaste inrichting. De toerekening van kosten bepaalt de winst in beide landen. Wanneer deze toerekening geen evenwichtig en eenduidig systeem bevat, kan de belastingplichtige het slachtoffer zijn van dubbele belasting.

Een evenwichtig en eenduidig systeem van winsttoerekening is dus een oplossing. Een winsttoerekening is niets anders dan een activiteitentoets of een vermogenstoets. Het kan gaan om een indirecte methode, winstsplitsing, of om een directe methode, ondernemingsplitsing. Bij winstsplitsing worden de onderneming en vaste inrichting als één onderneming beschouwd.

Ondernemingsplitsing daarentegen gaat uit van een winstverdeling op basis van twee of meerdere onafhankelijke ondernemingen; het hoofdhuis en de vaste inrichting(en).

Doordat de methode van winstsplitsing de onderneming als geheel ziet, wordt een onderneming geacht één winst te hebben. Deze winst wordt met behulp van een bepaalde verdeelsleutel tussen

⁴ OESO-commentaar bij art. 5 OESO, paragraaf 1.

⁵ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 9.

⁶ Art. 5 OESO.

het hoofdhuis en vaste inrichting verdeeld.⁷ Het is in sommige situaties gebruikelijk om de winst die aan een vaste inrichting toegerekend moet worden niet op basis van afzonderlijke boeken te bepalen, maar simpelweg door de totale winst van de onderneming te verdelen op basis van een bepaalde formule. Een dergelijke methode is neergelegd in art. 7 lid 4 OESO. Deze methode wijkt af van de ondernemingssplitsingsmethode, omdat er geen sprake is van het bepalen van de winst op basis van de zelfstandigheidsfictie, maar van een verdeling van de totale winst. Er zal dan ook een verschil in de uitkomst kunnen zijn tussen deze methode van winstbepaling en het bepalen van de winst aan de hand van de eigen boeken op basis van ondernemingssplitsing. Een methode van winstbepaling op basis van het totale resultaat van een onderneming mag worden gebruikt in situaties waarin dat in het land gebruikelijk is, ook al zouden de uitkomsten in bepaalde mate afwijken van de uitkomsten die bereikt worden op basis van ondernemingssplitsing, mits deze uitkomsten maar in overeenstemming zijn met de principes van de OESO. Het moet worden benadrukt dat in het algemeen de winst die moet worden toegerekend aan een vaste inrichting dient te worden bepaald op basis van de boeken van deze vaste inrichting, uitgaande van de veronderstelling dat deze de feiten juist weergeven. Er kan verondersteld worden dat een methode die de winst van de vaste inrichting bepaalt op basis van het verdelen van de totale winst in het algemeen niet zo geschikt zal zijn als een methode die alleen de activiteiten van de vaste inrichting in aanmerking neemt en dat een dergelijke methode alleen in uitzonderingsgevallen gebruikt moet worden, daar waar het historisch gebruikelijk is en het geaccepteerd is in het desbetreffende land, zowel door de belastingautoriteiten als de belastingbetalers.⁸

De ondernemingssplitsingsmethode wordt bepaald alsof de vaste inrichting een onafhankelijke onderneming is die op een zakelijke basis handelt met de onderneming waarvan zij deel uitmaakt. Deze benadering waarin de vaste inrichting als afzonderlijke zelfstandige onderneming wordt gezien weerspiegelt het arm's lengthbeginsel.

2.3.1 De zelfstandigheidsfictie.

Om de buitenlandse activiteiten van een onderneming vorm te geven, biedt de vaste inrichting houvast. Voor de toerekening van winsten aan de vaste inrichting, kan deze gezien worden als een zelfstandige onderneming binnen de generale onderneming waarvan zij deel uitmaakt. Art. 7 lid 2 OESO bepaalt dan ook dat de vaste inrichting geacht zou kunnen worden de winst te behalen, indien zij een onafhankelijke en zelfstandige onderneming zou zijn. Dat wil zeggen een zelfstandige onderneming die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden zou uitoefenen onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden, en die geheel onafhankelijk zou handelen van de onderneming

⁷ Lancée 1967, p. 19.

⁸ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 52.

waarvan zij een vaste inrichting is. Hierbij wordt er impliciet rekening gehouden met de uitgeoefende functies, gebruikte activa en aangenomen risico's tussen de vaste inrichting en door andere onderdelen van de onderneming.⁹ Deze benadering van de OESO is de 'functionally separate entity approach.' De zelfstandigheidsfictie beantwoordt het in art. 9 OESO neergelegde arm's length beginsel¹⁰. Dit beginsel houdt in dat de fiscale winstberekening van gelieerde ondernemingen ter zake van hun onderlinge transacties geschiedt op basis van de prijzen en voorwaarden, die zouden zijn overeengekomen door van elkaar onafhankelijk zijnde marktpartijen.

Het begrip 'vaste inrichting' gaat in de geschiedenis van de verdragen ter voorkoming van dubbele belasting helemaal terug naar het begin. De League of Nations¹¹, de Volkenbond, vormde al de basis voor de vaste inrichting. De zelfstandigheidsfictie, uitgedrukt in het arm's lengthprincipe, was die tijd ook van kracht. Formeel kwam deze erkenning naar voren in het ontwerpverdrag van de Volkenbond in 1933.¹²

De zelfstandigheidsfictie valt uiteen in een beperkte vorm en een absolute vorm. Over het Nederlandse internationale belastingrecht kan gezegd worden dat het uitgaat van een beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting ten opzichte van de generale onderneming.¹³ Voor wat betreft de winst en vermogentoerekening komt de beperkte vorm van zelfstandigheid uitdrukkelijk naar voren in het arrest van de Hoge Raad¹⁴ waarin er is beslist dat in de boeken van de vaste inrichting opgenomen interne leningen niet worden erkend.

De beperkte zelfstandigheid kan ook wel worden aangeduid als de congruentieleer of de leer van het gedeelte. Deze leer houdt in dat bij de bepaling van de buitenlandse winst (positieve en negatieve) bestanddelen slechts in aanmerking worden genomen indien en voorzover zij deel uitmaken van de generale winst.¹⁵

De absolute vorm van de zelfstandigheid van de vaste inrichting wordt vooral aangehangen door de OESO. De OESO-benadering staat toe dat winst worden toegerekend aan de vaste inrichting, ook al is de winst bij de generale onderneming, waarvan de vaste inrichting onderdeel is, nog niet gerealiseerd. Dat kan wanneer de vaste inrichting goederen vervaardigd en overdraagt aan andere onderdelen van de generale onderneming voor de distributie of eindmontage.¹⁶ Dit staat recht tegenover de congruentie leer of de leer van het gedeelte.

⁹ M. Bennett en R. Russo 2009, p. 73.

¹⁰ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 14.

¹¹ Samenwerking van volkeren, naties, opgericht op 25 januari 1919.

¹² OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 27.

¹³ Kemmeren 2003 (deel 1).

¹⁴ HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263.

¹⁵ Romyn 1999, p. 29-32.

¹⁶ OESO-Rapport 2001, p 27.

Hoofdstuk 3 Toerekening van winst

Om tot een eerlijke en evenwichtige verdeling van de heffingsrechten tussen verdragsstaten te komen is een juiste allocatie van winst essentieel. In het Nederlandse systeem is bij de winsttoerekening, zowel bij de moeder- en dochtervennootschappen, als aan een vaste inrichting in relatie tot de generale onderneming waarvan zij onderdeel is, het arm's lengthbeginsel het uitgangspunt.

3.1. Transfer pricing.

Het arm's lengthbeginsel is, zoals ik hiervoor heb aangeduid, een begrip uit art. 9 OESO en is gecodificeerd in de Nederlandse wet in art. 8b Vpb.¹⁷ Hiermee is tevens beoogd dat de invulling die in de Transfer Pricing guidelines¹⁸ wordt gegeven aan art. 9 OESO doorwerkt in de Nederlandse rechtspraktijk.¹⁹ Het arm's lengthbeginsel houdt in dat de fiscale winstberekening van gelieerde ondernemingen ter zake van hun onderlinge transacties geschiedt op basis van de prijzen en voorwaarden (verrekenprijzen) die zouden zijn overeengekomen door van elkaar onafhankelijke marktpartijen. Dit beginsel komt naar voren in art. 7.2 lid 2 onderdeel a IB en art. 18 lid 1 Vpb jo art. 3.8 IB.²⁰ Door de expliciete verwijzing in art. 18 lid 1 Vpb naar art. 8b Vpb is het arm's lengthbeginsel ook van toepassing op buitenlands belastingplichtigen. Tevens is het van toepassing op de transacties tussen een in Nederland gelegen vaste inrichting en het buitenlandse hoofdhuis of met het hoofdhuis gelieerde ondernemingen.²²

Art. 9 lid 1 OESO bepaalt dat om tot een evenwichtige verrekenprijs te kunnen komen eerst van belang is dat de betreffende lichamen gelieerd zijn. Dan pas is het arm's lengthbeginsel van toepassing. Het betreft de gelieerdheid tussen personen. Volgens art. 3 OESO kunnen dit natuurlijke personen of lichamen zijn. Er is sprake van gelieerdheid wanneer het ene lichaam directe of indirecte deelname heeft in de leiding, het toezicht of in het kapitaal van het andere lichaam. Deelname in het kapitaal strekt overigens tot aandeelhouderschap. Wanneer de lichamen verbonden zijn door aandeelhouderschap strekt dit zich uit tot niet alleen tot moeder-dochterverhoudingen, maar ook indien meer vennootschappen zijn tussen geschakeld of dat dezelfde aandeelhouder een natuurlijk persoon of een lichaam is van de verschillende lichamen die geacht worden verbonden te zijn. Art. 9

¹⁷ Wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001/641.

¹⁸ Transfer Pricing guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD 2001.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 7-8, p. 19-23.

²⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 19.

²¹ Kemmeren 2003 (deel 1), par. 2.

²² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3, p. 33.

Lid 2 OESO bevat de bepaling die tot doel heeft de economisch dubbele belasting weg te nemen, die zich voor kan doen als de ene verdragssluitende staat voordelen mee neemt in de belastbare winst door onzakelijk handelen door de lichamen gevestigd in beide verdragssluitende staten.²³ De gelieerde lichamen dienen dus zakelijk te handelen. De consequentie van het onzakelijk handelen, volgens art. 9 lid 2 OESO, is een aanpassing, een 'adjustment', in de winstbepaling om tot een juiste verrekenprijs te komen.

Voordat de aanpassing in de winst van de desbetreffende verbonden lichamen een feit is, is een uitgebreide vergelijkbaarheidsanalyse van belang om tot deze aanpassing te kunnen komen.

3.1.1 Vergelijkbaarheidsanalyse.

Het arms' lengthbeginsel is de basis voor het vergelijken van de winst van de onderneming in de ene verdragssluitende staat die door de onderneming in de andere verdragssluitende staat zou worden behaald. Indien deze winst wordt behaald en tussen de twee desbetreffende ondernemingen zodanige voorwaarden zouden zijn overeengekomen die niet zouden zijn overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, dient op basis van art. 9 OESO een verdragssluitende staat een winstcorrectie toe te passen om het onzakelijk handelen weg te nemen.

Om tot een juiste correctie te komen moet er aansluiting worden gezocht bij de transacties tussen derden. Hier komt de vergelijkbaarheidsanalyse aan bod die is uiteen gezet in de Transfer pricingrichtlijnen.²⁴

Zo bieden Transfer pricingrichtlijnen bij de winstbepaling bij een vaste inrichting een goed uitgangspunt. Ingeval van een absolute zelfstandigheid volgens het OESO-rapport is de vergelijkbaarheidsanalyse het juiste middel om tot een zakelijke winstverdeling te komen. De vergelijkbaarheidsanalyse zal ik verder uitgebreid in hoofdstuk 5 bespreken.

3.1.2 Zelfstandigheid en gelieerdheid.

Voor de heffing van een object, zoals winst of uitgekeerde winst, bij twee belastingplichtigen in verschillende staten, staan het woonplaatsbeginsel en het bronbeginsel lijnrecht tegenover elkaar. Het woonplaatsbeginsel sluit aan bij de plaats van de feitelijke leiding van de onderneming en het bronbeginsel komt tot uitdrukking bij winst behaald door middel van een vaste inrichting, dividenden, interest of royalty's. Om aan beide beginselen recht te doen wordt een multinational of een onderneming met grensoverschrijdende activiteiten opgedeeld in afzonderlijke ondernemingen. Het OESO-rapport duidt dit aan, zoals hierboven opgemerkt, als de 'separate entity approach'. Deze

²³ OESO-Commentaar bij art. 9 OESO, paragraaf 5.

²⁴ Transfer Pricing guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD 2001.

onderdelen dienen onderling at arm's length te handelen. Dit beginsel heb ik ook al behandeld in de relatie met het verbondendheids criterium, de gelieerdheid van ondernemingen in art. 9 lid 1 OESO. Mijns inziens is deze verwevenheid van art. 7 en art. 9 OESO expliciet, aangezien het arm's length beginsel nadrukkelijk is verwoord in beide bepalingen.

Hoewel het arm's length beginsel op zich al in een verleden van toepassing was, bij de allocatie van winsten nadrukkelijk de verwevenheid te zien met de transfer pricing begrippen. Naar mijn opvatting is de rol van de Transfer pricing richtlijnen niet alleen een basis, verweven in het winst begrip, maar tevens controlerend. Deze controlerende functie wijd ik aan de vergelijkbaarheidsanalyse en verrekenmethodes die aan de winsttoerekening ten grondslag liggen en waar voortdurend op kan worden teruggevallen. Hier over wijd ik verder in dit onderzoek verder over uit. De transfer pricing richtlijnen dienen dan ook naar mijn mening van toepassing te zijn, aangezien een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting, verwoord door de OESO, in dat geval niet anders is dan een gelieerdheid in de verhouding tussen moedervernootschap en dochtervernootschap.

3.2. Thin Capitalisation.

Na een juiste allocatie van de activa, risico's en kapitaal op basis van het arm's length beginsel, conform art. 7 lid 2 OESO, kan er een volgende stap worden gemaakt in het bepalen van de winst. Zoals ik hiervoor al heb besproken kan de zelfstandigheid van de vaste inrichting een beperkte of een absolute vorm hebben. De OESO hangt in haar rapport²⁵ een vergaande verzelfstandiging aan, waarin aan een vaste inrichting 'vrij' kapitaal kan worden toegerekend. In deze vergaande visie kan de vaste inrichting schuldenares zijn van royalty's of van rente op leningen of huurovereenkomsten. Deze rente kan in gelieerde verhoudingen worden afgetrokken en beïnvloedt dus de omvang van de winst. De verhouding van het eigen vermogen ten opzichte van het vreemd vermogen is dan ook tussen hoofdhuis en de vaste inrichting van belang in het licht van het OESO-rapport. Ze gaat er dus vanuit dat er een interne lening kan bestaan tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Deze situatie is dan niet anders dan de situatie tussen een moedervernootschap en een dochtervernootschap. Het OESO-modelverdrag houdt zich op dit gebied afzijdig en laat het over aan de nationale regelgeving.²⁶ De Wet op de vennootschapsbelasting kent daarom ook regelgeving die ziet op de aftrekbaarheid en de beperking van aftrekbare rente.

²⁵ OESO-Rapport 17 juli 2008.

²⁶ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 30.

3.2.1 Rentelasten.

In haar rapport heeft de OESO afstand genomen van het verbod op interne royaltybetalingen. Interne royaltybetalingen kunnen zo worden toegestaan indien de kosten voor het ontwikkelen van het bijbehorend immaterieel activum identificeerbaar en toerekenbaar zijn. Daarnaast wordt het verbod verworpen op interne leningen, de 'interest dealings', voor niet-banken.²⁷ Rentelasten zijn dus allocerbaar aan de vaste inrichting.

Aanvankelijk waren de zogeheten interest dealings niet van toepassing. In het huidige OESO-commentaar²⁸ worden enkele redenen genoemd waarom interne leningen niet geaccepteerd moeten worden. Ten eerste zijn interne leningen juridisch niet mogelijk, aangezien de vaste inrichting geen wettelijke grondslag van zelfstandigheid heeft maar het een fictie betreft. Bovendien wordt gesteld dat indien een generale onderneming (bijna) geheel met eigen vermogen is gefinancierd, interestlasten door de vaste inrichting worden betaald die de generale onderneming als geheel nooit betaald heeft en die per saldo (binnen de generale onderneming) niet tot een resultaat leiden. Dit zou manipulatie van resultaten mogelijk maken. In het commentaar wordt een uitzondering gemaakt voor banken, aangezien in- en uitlenen een van hun hoofdactiviteiten is. Op basis van het OESO-rapport zijn enkele methodes ontwikkeld voor het toerekenen van de hoeveelheid eigen vermogen en daarmee ook het vreemd vermogen, die het gevaar van resultaatmanipulatie wegnemen.²⁹

3.2.2. Bosalwetgeving.

Het financieren van een onderneming met eigen vermogen of vreemd vermogen is al tijden een onderwerp van gesprek. Financiering door middel van eigen vermogen is niet aantrekkelijk, aangezien het dividend daarop niet aftrekbaar is. Bij vreemd vermogen daarentegen is de rente aftrekbaar. Daarnaast is het een gegeven dat teveel vreemd vermogen in een onderneming de liquiditeitspositie in gevaar brengt. De renteaftrekbevestigingen in de Wet op de vennootschapsbelasting zijn geregeld in art. 10 Vpb e.v. Art. 10d Vpb bevat de thincapbepaling. Toepassing van deze bepaling ontstaat vanuit de gedachte dat er teveel vreemd vermogen is in verhouding met de hoeveelheid eigen vermogen. Het arm's lengthbeginsel gaat aan de toepassing van art. 10d Vpb vooraf: voordat de mate van aftrekbaarheid van de rente op de grond van art. 10d Vpb wordt beoordeeld, dient eerst vastgesteld te worden of de voorwaarden waaronder de lening is verstrekt, er van uitgaande dat de lening is overeengekomen tussen gelieerde partijen, overeenkomt

²⁷ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 34-35.

²⁸ OESO-commentaar, art. 7, paragraaf 41.

²⁹ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 44-47.

met de voorwaarden die onafhankelijke derden in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden met elkaar zouden zijn overeengekomen, zoals ik eerder heb belicht.

Aanvankelijk bestond op grond van art. 13 lid 1 Vpb (oud) een bepaling die financieringskosten voor buitenlandse deelnemingen niet in aftrek toestond bij de moeder vennootschap.

Financieringskosten van een binnenlandse deelneming van de moeder vennootschap waren echter wel aftrekbaar.

Naar aanleiding van de aftrekbeperking conform art. 13 lid 1 Vpb (oud) heeft het Hof van Justitie EG (verder: HvJ EG) verklaard dat deze bepaling in strijd is de vrijheid van vestiging³⁰:

‘Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, uitgelegd in art. 52 EG (oud, daarna art. 43 EG), thans art. 49 VWEU, verzet zich tegen een nationale bepaling op grond waarvan voor de belasting op de winst van een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de kosten welke verband houden met de deelneming van deze maatschappij in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming slechts mogen worden afgetrokken indien dergelijke kosten middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van winst die in de lidstaat van vestiging van de moedermaatschappij belastbaar is.’

Door deze uitspraak van het HvJ EG was de wetgever genoodzaakt om een aanpassing aan te brengen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Art. 13 lid 1 Vpb (oud) werd geschrapt, waardoor aftrek voor alle deelnemingen werd toegestaan. Deze maatregel zag niet alleen op deelnemingen binnen de Europese Unie, maar ook voor deelnemingen in derdelanden. Een nadelige consequentie voor de Nederlandse overheid was dat Nederlandse deelnemingen zo aantrekkelijk waren om vreemd vermogen aan toe te rekenen. Een aanmerkelijk bedrag aan renteaftrek werd zo geclaimd dat budgettaire derving tot gevolg had. Hiertoe ging de wetgever over tot reparatiewetgeving om dit gat te dichten. Zo werd verliesverrekening voor houdstermaatschappijen beperkt door de wijziging van art. 20 lid 4 t/m 6 Vpb³¹ en er werd een thincapregeling ingevoerd.

Zonder nadere maatregelen zou zich dus een verschuiving in de belastinggrondslag kunnen voordoen, in die zin dat Nederlandse vennootschappen meer zullen worden gefinancierd met vreemd vermogen. Dan kan door het gehele concern relatief meer (extern) vreemd vermogen worden aangetrokken, of men kan binnen een concern een groter deel van het vreemd vermogen alloceren aan in Nederland gevestigde vennootschappen. Als er concernwijd meer

³⁰ HvJ EG, 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal), V-N 2003/46.10.

³¹ Stb. 2003, 526.

extra extern vermogen wordt aangewend kan aangenomen worden dat dit geen excessieve financiering is met vreemd vermogen. Dat is anders indien binnen een concern verschuivingen van vreemd vermogen plaatsvinden. Om dergelijke verschuivingen te voorkomen is er een te treffen regeling die ziet op een evenwichtige verdeling van de financieringslasten binnen een concern en richt zich alleen op concernonderdelen.

Een thincapbepaling kan in het algemeen worden omschreven als een regeling die geen renteaftrek toestaat voor zover sprake is van een bovenmatige financiering met vreemd vermogen. Een verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen is het hierbij het uitgangspunt. Deze verhouding wordt bij een belastingplichtige die deel uitmaakt van een concern getoetst aan de hand van een vaste ratio. Als het vreemd vermogen niet meer bedraagt dan drie maal het eigen vermogen, is er op basis van deze toets sprake van een teveel aan vreemd vermogen. Om praktische redenen wordt aan een teveel aan vreemd vermogen slechts consequenties verbonden als dat overschot meer bedraagt dan 500.000 euro, conform art. 10d lid 4 Vpb. Vervolgens kan de belastingplichtige de verhouding toetsen aan de concernratio. Indien men kijkt naar de concernratio betekent dat wordt getoetst of bij de in Nederland gevestigde belastingplichtige die deel uitmaakt van een concern in relatieve zin sprake is van financiering met meer vreemd vermogen dan bij het concern als geheel. Het kan een functie als ontsnappingsclausule bevatten voor de belastingplichtige, op grond van art. 10d lid 5 Vpb.³²

De renteaftrekbepaling blijft buiten toepassing indien de belastingplichtige niet met andere lichamen in een groep is verbonden in de zin van art. 24b boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.³³ Het criterium houdt in: 'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden. Deze bepaling ziet op rechtspersonen en vennootschappen. Deze problematiek zal verder belicht worden in hoofdstuk 5.

3.3 Tussenconclusie en beantwoording van de deelvraag.

De verwevenheid van art. 7 en art. 9 OESO is expliciet naar voren gebracht, aangezien het arm's lengthbeginsel in beide bepalingen van kracht is. Een vergaande verzelfstandiging, zoals die door de OESO is geschetst, zal dan ook onderworpen zijn aan de Transfer pricingrichtlijnen. Twee

³² Kamerstukken II 2003/04, 29210, nr. 8, p. 9-10

³³ Art. 10d, lid 2, Wet Vpb.

afzonderlijke ondernemingen dienen op grond van het arm's length beginsel zakelijk te handelen en daarmee zakelijk de winsten toe te rekenen aan de onderneming waar die ook in een onafhankelijke situatie zouden zijn gealloceerd. De rol van de Transfer pricingrichtlijnen is dan niet alleen een basis, verweven in het winstbegrip, maar tevens controlerend, omdat een uitgebreide vergelijkbaarheidsanalyse ten grondslag ligt aan de winsttoerekening.

Ingeval van een absoluut zelfstandigheid van de vaste inrichting komt de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting dicht bij de verbondenheid tussen vennootschappen te staan. Het overgaan van vermogen aan de vaste inrichting vanuit het hoofdhuis is dan niet anders dan het overgaan van vermogen tussen vennootschappen. Op grond van het OESO-rapport wordt voornamelijk erkend dat interne leningen toepasbaar zijn binnen een verhouding tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Binnen deze gedachte kan een teveel aan vreemd vermogen, dat afkomstig is van het hoofdhuis, de liquiditeitspositie van de vaste inrichting nadelig beïnvloeden. Een renteaftrekbepanking dient dan ook niet uit te blijven. Daarmee is de thincapregeling bij een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting in beginsel van overeenkomstige toepassing als bij de verhouding tussen moeder- en dochtervennootschappen.

Hoofdstuk 4 Vaste inrichting vs Dochtervennootschap

Met betrekking tot de OESO-benadering om de vaste inrichting als absoluut zelfstandig te beschouwen, is het van belang om deze vaste inrichting af te zetten tegen de dochtervennootschap. Deze daadwerkelijke verschillen of overeenkomsten zullen een licht werpen op de vraag of een vergaande zelfstandige positie van de vaste inrichting gewenst is.

4.1 Rechtspersoonlijkheid.

Het meest evident verschil tussen de dochtervennootschap en de vaste inrichting is de rechtspersoonlijkheid. Deze problematiek is geregeld in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Een rechtspersoon ontstaat door menselijk handelen, dat niet hoeft te zijn gericht op het ontstaan van de vennootschap. Een rechtspersoon kan bijvoorbeeld een Naamloze Vennootschap (NV) of een Besloten Vennootschap (BV) zijn. Het civiele recht kijkt, om iets als rechtspersoon of als vennootschap aan te merken, naar de activiteiten die in het kader van de organisatie worden verricht. De in de wet geregelde privaatrechtelijke rechtspersonen moeten bij notariële akte worden opgericht, met uitzondering van onder andere de vereniging. De NV en de BV dienen daarnaast een verklaring van de minister van Justitie te hebben inhoudend dat hem van geen bezwaren zijn gebleken.³⁴ Daarnaast moeten de NV en de BV een minimum kapitaal hebben. Voor de NV is dat 45.000 euro, op grond van art. 2:67 lid 2 BW en voor de BV 18.000 euro, conform art. 2:178 BW, middels een bankverklaring en accountantsverklaring.

Bij de vaste inrichting daarentegen wordt ook naar de activiteiten gekeken. In fiscale zin dan wel. Het civiele recht kent de vorm van een vaste inrichting niet en er kan daardoor van rechtspersoonlijkheid geen sprake zijn. Daarnaast heeft het hoofdhuis in die zin nooit de intentie gehad een dochtervennootschap op te richten. Naar mijn mening wil dat niet zeggen dat de vennootschap en de vaste inrichting voor de belastingpraktijk afzonderlijk benaderd dienen te worden ingeval van vergelijkbare activiteiten. De essentie is de plaats van activiteiten en wat er aan toegerekend kan worden. De keuze voor een vaste inrichting of een vennootschap moet niet afhangen van fiscale redenen, maar er dient een civielrechtelijk motief voor te zijn van het hoofdhuis c.q. moedervernootschap.

4.2 Gemeenschapsrecht.

De positie van de vaste inrichting speelt ook in de Europese Gemeenschap een belangrijke rol. Ten behoeve van een economische markt dienen belemmeringen te worden weggenomen. Daardoor is

³⁴ Asser & Maeijer 1997, p. 27-34.

de rol van het HvJ EG en de Europese Commissie dusdanig van belang om harmonisatie van de nationale regelgeving van de lidstaten te bereiken.

4.2.1 Non Discriminatie.

Op grond van het recht op vrije vestiging heeft een belastingplichtige de keuze zich in een andere lidstaat te vestigen door middel van een filiaal, een vaste inrichting, of door middel van een vennootschap. Het hoofdhuis in de ene lidstaat is binnenlands belastingplichtig en buitenlands belastingplichtig in de andere lidstaat, waar de vaste inrichting is gelegen, voor zover de aan de vaste inrichting toe te rekenen winst. In vennootschapsverhoudingen is de moedervernootschap alleen binnenlands belastingplichtig en de dochtervennootschap is binnenlands belastingplichtig in de andere lidstaat van vestiging. Zij kan dus in tegenstelling tot het hoofdhuis met de vaste inrichting aanspraak maken op de wetgeving en verdragen-netwerk van de andere lidstaat.

Zo is er een inbreuk op het recht van vrijheid van vestiging te onderkennen.

Een logische gevolgtrekking van het recht op vrijheid van vestiging is dat ook beide keuzes gelijk behandeld dienen te worden. Een gelijke behandeling zou impliceren dat de vaste inrichting absolute zelfstandigheid bezit. Dit is echter ook erkend door het HvJ EG waarin de vaste inrichting als autonome entiteit wordt verklaard.³⁵

Het HvJ EG heeft enkele uitspraken gedaan over de benadering van de dochtervennootschap en de vaste inrichting. Ik zal enkele zaken belichten om een vergelijking dan wel een verschil te zien tussen beiden.

4.2.1.1 Avoir fiscal.

In de zaak die de Europese Commissie voor het HvJ EG bracht, Commissie versus de Franse Republiek,³⁶ ging het om een bepaalde regeling in het Franse recht die discriminatie opleverde. Het Franse belastingrecht bevatte namelijk een regeling die cumulatie van heffing op dividenden tegenging. Deze cumulatie trad op door de winsten in de vpb-heffing aan te merken bij de uitdelende vennootschap en bij de ontvanger vervolgens in de inkomstenbelasting of de vennootschapsbelasting te betrekken. Daarom voorzag het Franse fiscale recht in een belastingcredit, 'avoir fiscal', dat werd toegerekend aan de ontvangers van dividenden die door Franse vennootschappen werden uitgedeeld. De bepaling hield tevens in dat het avoir fiscal was voorbehouden aan personen wier werkelijke woonplaats of zetel in Frankrijk zou zijn gevestigd.

In casu ging het om een Italiaanse verzekeringsmaatschappij opererend in Frankrijk. Het Franse fiscale recht bepaalde in deze dat verzekeringsmaatschappijen die hun zetel in Frankrijk hadden, met

³⁵ HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium).

³⁶ HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (Commissie v. Franse Republiek 'avoir fiscal').

inbegrip van de door buitenlandse verzekeringsmaatschappijen in Frankrijk opererende dochtervennootschappen, aanspraak konden maken op avoir fiscal voor aandelen van Franse vennootschappen die zij in portefeuille hadden. Deze aanspraak werd echter geweigerd aan vaste inrichtingen, in de vorm van agentschappen of filialen die in Frankrijk waren opgericht door verzekeringsmaatschappijen in een andere lidstaat.

De Commissie voerde aan dat hierdoor voor buitenlandse verzekeringsmaatschappijen indirect in hun vrijheid werden beperkt om zich in Frankrijk te vestigen hetzij in de vorm van een dochteronderneming dan wel in de vorm van een vaste inrichting en in strijd was met de vrijheid van vestiging. In paragraaf 22 in deze zaak wordt expliciet bepaald dat art. 52, eerst alinea, tweede zin EG (thans art. 49 VWEU) de economische subjecten uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om vrijelijk de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen.

Het HvJ EG heeft dan ook verklaard:

‘ Door filialen en agentschappen in Frankrijk van verzekeringsmaatschappijen met ene zetel in een andere lidstaat voor de door die filialen en agentschappen ontvangen dividenden van Franse vennootschappen niet onder dezelfde voorwaarden aanspraak op het ‘avoir fiscal’ te verlenen als die verzekeringsmaatschappijen met zetel in Frankrijk, is de Franse Republiek de krachtens art. 52 EEG-Verdrag (thans art. 49 VWEU) op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.’

4.2.1.2 Commerzbank.

Een centrale vraag die voorgelegd was aan het HvJ EG betrof een licht fiscaal getint discriminatieprobleem in de zaak Commerzbank.³⁷ Commerzbank AG had haar zetel in Duitsland en een filiaal in het Verenigd Koninkrijk. Ingevolge het belastingverdrag tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten van Amerika ontving zij een teruggaaf van onverschuldigd betaalde belasting. In het Verenigd Koninkrijk gevestigde (rechts)personen ontvangen ingevolge de Engelse belastingwetgeving in de vorm van rente een "aanvulling bij teruggaaf". Deze wordt niet toegekend aan niet binnen het Verenigd Koninkrijk gevestigde (rechts)personen zoals belanghebbende. Een eenduidig antwoord was gewenst op de vraag of het Verenigd Koninkrijk in strijd met art. 52 jo 58 EG (thans art. 49 en 54 VWEU) handelde door aan de vaste inrichting van een in Duitsland gevestigde bank de rentevergoeding te weigeren die wel toegekend zou zijn aan een binnenlands gevestigde vennootschap.

Eerst moest er worden stilgestaan bij het vestigingsbegrip zelf. Het civielrechtelijke en fiscaalrechtelijke vestigingsbegrip liepen niet synchroon. Tevens heeft het HvJ EG beslist dat rechtspersonen, anders dan natuurlijke personen, hun bestaan uitsluitend danken aan (het

³⁷ HvJ EG 13 juli 1993, zaak C-330/91 (Commerzbank), *BNB* 1995/333 met Noot Wattel.

civielrechtelijke deel van) een nationaal rechtstelsel, en dat het ontbreken van harmonisatie van nationale stelsels met betrekking tot erkenning, verlies en behoud van rechtspersoonlijkheid en van vestigingsplaats inherente beperkingen aan de vestigingsvrijheid van rechtspersonen meebrengt.³⁸

Naar mijn opvatting kan zo elke discriminatie afgedaan worden vanwege een discrepantie in belastingstelsel. Vanuit deze gedachte kan niet eens verder dan de rechtspersoon worden gekeken, door een dochtervennootschap gelijk te benaderen als een vaste inrichting. Dan zou gelijk de hele discussie uitgedoofd zijn.

De Britse regering voerde aan dat er geen sprake was van gelijke gevallen want een binnenlands belastingplichtige bank zou in gelijke omstandigheden geen restitutie, en dus al helemaal geen rentevergoeding hebben gekregen, aangezien het alleen rechtspersonen betrof.

Wanneer van afstand werd gekeken naar het feit dat de binnenlandse niet-rechtspersonen ook geen recht op teruggaaf hadden, maar enkel en alleen gekeken wordt naar willekeurige binnenlands belastingplichtigen en een willekeurige teruggaaf dan wordt er wel nadrukkelijk gediscrimineerd. Het Commerzbank-arrest heeft geen andere gevolgen dan de beslissing van het HvJ EG in de zaak Avoir Fiscal, namelijk ter herhaling dat als vaste inrichtingen en binnenlands belastingplichtigen in beginsel aan hetzelfde belastingstelsel naar de winst onderworpen zijn, levert een nadeliger behandeling van vaste inrichtingen in beginsel een verboden discriminatie op.

Een vaste inrichting is immers geen "inwoner" voor de toepassing van belastingverdragen, terwijl een lokale dochter dat wel is. Dat lijkt discriminatie naar vestigingsvorm in strijd met art. 49 VWEU.

Wattel stelt naar mijn mening terecht dat bij de zaken voor het HvJ EG het er telkens op aan komt op het verzinnen van een overtuigende rechtvaardiging of het Hof er alsnog van overtuigen dat ook bij rechtspersonen geldt dat binnenlands en buitenlandse belastingplichtigen geen gelijke gevallen zijn. Voor het belastingrecht zijn het inderdaad geen gelijke gevallen. Maar voor het Europese recht vooralsnog wel.

Ik heb in onderzoek meerdere malen blij gegeven dat van belang is naar de activiteiten te kijken binnen een staat en de toerekening daarvan. Daar pleit ik nu weer voor. Wanneer het Hof blijft volharden in een gelijke behandeling van rechtspersonen of rechtspersonen en vaste inrichtingen in verschillende lidstaten dan wordt het systeem van winstbepaling eenvoudiger. Fiscale redenen mogen hieraan niet in de weg staan. Mijns inziens bevordert dit de harmonisatie van het belastingrecht, waar in een gemeenschappelijke markt naar gestreefd moet worden.

³⁸ HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87 (Daily Mail).

4.2.1.3 Royal Bank of Scotland.

Met betrekking tot deze casus betrof het niet het niet toekennen van een voordeel aan een buitenlandse belastingplichtige, maar direct hogere belastingheffing bij buitenlands belastingplichtigen dan bij binnenlandse belastingplichtigen. Het ging hier om een bank uit het Verenigd Koninkrijk, Royal Bank of Scotland, die in Griekenland actief was middels een vaste inrichting. Naar Grieks belastingrecht waren buitenlandse banken die in Griekenland via een filiaal opereerden aan en hoger belastingtarief onderworpen dan Griekse banken. De vereenvoudigde vraag die werd voorgelegd aan het HvJ EG was of de Griekse Staat het recht had om deze verschillende fiscale behandeling ten laste van buitenlandse vennootschappen voor te schrijven.³⁹ Onderhavig in deze situatie was eerst de vraag of er sprake was van ongelijke gevallen of dat het filiaal en binnenlandse lichamen zich in een objectief vergelijkbare situatie bevinden. Weliswaar worden de in Griekenland gevestigde vennootschappen over hun wereldinkomen belast, terwijl buitenlandse vennootschappen die in die staat actief zijn door middel van een vaste inrichting, alleen belastingplichtig zijn voor de door die vaste inrichting behaalde winst. Deze omstandigheid (dat een gevolg is van het feit dat de staat waar de inkomstenbron is gelegen) vergeleken met de staat van vestiging van de vennootschap die een beperkte soevereiniteit heeft, neemt niet weg dat de situaties van de twee categorieën van vennootschappen, onder overigens gelijke omstandigheden, vergelijkbaar kunnen worden geacht voor wat de wijze van vaststelling van de belastinggrondslag betreft.⁴⁰

Het HvJ EG heeft dan ook beslist:

‘De artikelen 52 en 58 van het Verdrag (thans art. 49 en 54 VWEU) moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich verzetten tegen een wetgeving van een lidstaat zoals de fiscale wetgeving die in het hoofdgeding aan de orde is, die de in een andere lidstaat gevestigde vennootschappen die in de eerstbedoelde lidstaat bedrijfsactiviteiten uitoefenen door middel van een zich aldaar bevindende vaste inrichting uitsluit van de enkel aan de in de eerste lidstaat gevestigde vennootschappen toegekende mogelijkheid om voor een lager tarief van de belasting op de winst in aanmerking te komen, indien er geen objectief verschil tussen de situatie van de twee categorieën van vennootschappen bestaat, dat een dergelijk ongelijke behandeling kan rechtvaardigen.’

Hoewel het ongelijke gevallen zijn qua vorm en onderworpenheid aan wereldwinst of buitenlandse winst, verklaart het Hof mijns inziens dat naar de toerekenbaarheid moet worden gekeken. De vraag is wat aan binnen de belastinggrondslag valt. Dan maakt het in dat

³⁹ HvJ EG 29 april 1999, zaak C-311/97 (Royal Bank of Scotland), V-N 1999/37.30.

⁴⁰ V-N 1999/37.30, paragraaf 29.

geval niet uit of dat geschiedt middels een vennootschap of een vaste inrichting. Ongelijke behandeling levert discriminatie op.

Het HvJ EG heeft al eens uitspraak gedaan over een zaak waarin de vaste inrichting en een dochtervennootschap 'verschilden'.⁴¹ Het betrof winstuitdelingen in Duitsland. Een vennootschap was hierbij onderworpen aan een hoger tarief dan een vaste inrichting. Op grond van het civiele recht kan gesteld worden dat een vaste inrichting geen winst kan uitkeren. Het HvJ EG merkte dit aan als het enige werkelijke verschil en bepaalde dat in beide gevallen winst ter beschikking werd gesteld van de vennootschap die controle had over de dochtervennootschap en de vaste inrichting. Het enig werkelijke verschil tussen deze twee situaties is namelijk dat de uikering van winst door een dochteronderneming aan haar moederonderneming een formeel besluit hieromtrent veronderstelt, terwijl de winst van een filiaal van een vennootschap zelfs zonder formeel besluit deel uit maakt van het vermogen van deze vennootschap. De Duitse regeling was in strijd met het gemeenschapsrecht.⁴² Dus een enig werkelijk verschil staat gelijke behandeling van een vaste inrichting en een dochtervennootschap niet in de weg.

4.2.1.4 Saint-Gobain.

In deze zaak, vergelijkbaar met HvJ EG Commerzbank, was het gebruik van een verdragennetwerk van een bepaalde lidstaat wel van toepassing bij inwoners maar niet bij niet-inwoners van de lidstaat. In dit geval betrof het een in Frankrijk gevestigde Saint-Gobain SA die via een vaste inrichting in Duitsland werkzaam was. Aan het vaste inrichtingsvermogen waren aandelen in Duitse en derdelanden gevestigde lichamen toerekenbaar. Indien de aandelen zouden zijn gehouden door een in Duitsland gevestigd lichaam, zouden sommige dividenden door het belastingverdrag tussen Duitsland en derde staten in aanmerking komen voor voorkoming van economische dubbele belastingheffing en ander zouden op grond van de Duitse nationale belastingwetgeving voor vermindering in aanmerking komen.⁴³ Ergo, de deelnemingsvrijstelling ten opzichte van een indirecte belastingverrekening.

Vergelijkbaar met HvJ EG Royal Bank of Scotland wordt hier opgemerkt dat de belastinggrondslag essentieel is. Het ontvangen van dividenden in Duitsland is daar belastbaar, ongeacht of het om een binnenlandse vennootschap gaat dan wel om een buitenlandse vennootschap die de dividenden via een in Duitsland gevestigde vaste inrichting ontvangt. Daarnaast is het bezit van deelnemingen in een buitenlandse dochter- en kleindochtermaatschappijen in Duitsland belastbaar, ongeacht of het om

⁴¹ HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-253/03 (CLT-UFA SA), V-N 2006/14.18.

⁴² Van der Wal 2009, par. 3.2.2.

⁴³ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), BNB 2000/75.

een binnenlandse vennootschap gaat dan wel om een buitenlandse vennootschap die deze deelnemingen via een vaste inrichting in Duitsland bezit.

De binnenlandse en buitenlandse vennootschappen bevinden zich vooral in een vergelijkbare situatie, omdat het verschil in behandeling in werkelijkheid slecht speelt in de fase van toekenning van de betrokken fiscale voordelen en niet in de vraag of beperkte of onbeperkte belastingplicht van toepassing is. Het HvJ EG verklaart:

‘De artikelen 52 en 58 EG-Verdrag (thans art. 49 en 54 VWEU) staan eraan in de weg dat een in Duitsland gelegen vaste inrichting van een in een andere lidstaat gevestigde kapitaalvennootschap niet onder dezelfde voorwaarde als in Duitsland gevestigde kapitaalvennootschappen (...) fiscale voordelen geniet.’

Deze beslissing heeft de HvJ als het ware herhaald door te bepalen dat de vrijheid van vestiging in overeenstemming met art. 48 EG voor kwalificerende vennootschappen het recht mee brengt om onder dezelfde voorwaarden als ingezetenen van een andere lidstaat daar activiteiten uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, filiaal of agentschap.⁴⁴

4.2.1.5 Ongelijke behandeling.

De hiervoor besproken rechtspraak van het HvJ EG zag geheel op de lidstaat van ontvangst (waar de vaste inrichting of de dochtervennootschap van een buitenlands lichaam zijn gevestigd). Ook al is de situatie van een buitenlands belastingplichtige in beginsel niet vergelijkbaar met die van een binnenlands belastingplichtige, toch is er verklaard dat de lidstaat van ontvangst een vaste inrichting in beginsel niet nadeliger mag behandelen dan een lokale vennootschap, zeker wanneer de belastinggrondslag op gelijke wijze wordt bepaald.⁴⁵

Ook in de oorsprongstaat (waar het lichaam is gevestigd dat controle heeft op dochtervennootschap of vaste inrichting in het buitenland) wordt geacht geen belemmering te zijn van art. 49 en 54 VWEU. Maar de vrijheid van vestiging is niet ongelimiteerd. Het HvJ EG heeft in enkele beslissingen het begrip enigszins beperkt. In het bijzonder is verklaard dat het gemeenschapsrecht een lidstaat niet verplicht om een buitenlandse vaste inrichting net zo gunstig te behandelen als een buitenlandse dochtervennootschap (vanuit het land van oorsprong).⁴⁶

Maar in deze bijdrage is juist de non-discriminatie in het land van ontvangst van belang, aangezien daar duidelijk te zien is hoe de vaste inrichting en de dochtervennootschap naast elkaar staan en hoe ze worden belast. Er is gebleken dat het HvJ EG hierin echter duidelijk is en geen ongelijke behandeling toestaat.

⁴⁴ HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), punt 41.

⁴⁵ Van der Wal 2009, par. 2.1-3.1.

⁴⁶ HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services).

4.2.2 Richtlijnen.

De vaste inrichting heeft ook in het secundaire recht een eigen plaats gekregen. Waar in eerste instantie naar de winsten en activiteiten van de vennootschap werd gekeken is nu ook de vaste inrichtingswinst belangrijk op de gemeenschappelijke markt.

4.2.2.1 Moeder-Dochterrichtlijn.

Aanvankelijk zag de moeder-dochterrichtlijn uitsluitend op moeder-dochterverhoudingen. Door de wijziging van de richtlijn⁴⁷ is de uitgekeerde winst door vaste inrichtingen eveneens onder het toepassingsbereik van de moeder-dochterrichtlijn gebracht. Voor deze wijziging bleek al dat een ongelijke behandeling discutabel was. Tevens toonde het HvJ EG⁴⁸ in het bijzonder aan dat de vrijheid van vestiging in beginsel vereiste dat lidstaten vaste inrichtingen van niet lidstaten gelijk moeten behandelen als lidstaten, zoals ik hiervoor heb vermeld. De lidstaat van de moedermaatschappij en de lidstaat van haar vaste inrichting dient tegemoetkoming te verlenen door ofwel de vrijstellingsmethode ofwel de verrekeningsmethode toe te passen. Deze verbreding naar de vaste inrichting moet worden gezien in overeenstemming met de regeling met betrekking tot de moeder-dochterverhouding, dat het vrijstellen van bronheffing en dubbele heffing van grensoverschrijdende activiteiten het doel is van de richtlijn.

De introductie van de vaste inrichting in de richtlijn dient er vooral toe om zekerheid te verschaffen over de behandeling van dividend dat wordt genoten van een dochter gevestigd in een andere lidstaat, dat past binnen de gelijke behandeling door het HvJ EG.

4.2.2.2 Rente- en Royaltyrichtlijn.

De hoofdregel is neergelegd in art. 1 van de Rente- en Royaltyrichtlijn⁴⁹ en stelt uitkeringen, van interest of royalty's die ontstaan in een lidstaat, vrij van alle belastingen in die bronstaat, op voorwaarde dat een onderneming van een andere lidstaat, of een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van een onderneming van een lidstaat, de uiteindelijk gerechtigde is tot de interest of de royalty's, en in die andere lidstaat effectief is onderworpen aan belasting over de uitkeringen van interest of royalty's.

Wanneer de vaste inrichting uitbetaler is dan geldt dit voor zover de betrokken uitkeringen voor die vaste inrichting in de lidstaat waar zij gelegen is een aftrekbare bedrijfsuitgave te vormen. Hierop is ook interne rente van toepassing. De richtlijn wijkt hierdoor af van het OESO-modelverdrag, dat de

⁴⁷ Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003.

⁴⁸ HvJ EG, 28 januari 1986, zaak C-270/83 (Avoir Fiscal), HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint Gobain).

⁴⁹ Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van 3 juni 2003.

voorwaarde van aftrekbaarheid niet stelt. Het gevolg van deze extra voorwaarde is dat, in strijd met de doelstelling van de richtlijn, dubbele heffing kan ontstaan ingeval de rente- of royaltybetaling in de bronstaat om enigerlei reden niet aftrekbaar is, terwijl de corresponderende bate bij de ontvanger wél wordt belast (naast eventuele heffing van bronbelasting behoudens voor zover deze in de lidstaat van ontvangende onderneming kan worden verrekend met de aldaar verschuldigde belasting). De beoogde gelijke behandeling van een vaste inrichting met een vennootschap is op dit punt dus niet gerealiseerd.

Volgens het vereiste van uiteindelijk gerechtigdheid loopt de vaste inrichting ook niet synchroon met de vennootschap. Waar voor de onderneming of vennootschap vereist is dat ze de rente en royalty's te eigen gunste ontvangt, dus niet als tussenpersoon of bemiddelaar, is de vaste inrichting onderworpen aan twee cumulatieve voorwaarden. Ten eerste dienen de interest en royalty's toerekenbaar te zijn aan de vaste inrichting. Daarnaast geldt de onderworpenheidseis. Deze houdt in dat de vaste inrichting onderworpen moet zijn aan een van de belastingen voor ondernemingen in een lidstaat bepaald in art. 3 onderdeel a van de richtlijn. De toerekenbaarheid volgt uit het verband tussen de schuldvordering en de vaste inrichting. Zoals ik hoofdstuk 3 heb aangegeven geschiedt dit op basis van de uitgeoefende functies en activiteiten.

Het onderscheid zit in de benadering van het begrip 'te eigen gunste'. Voor de vaste inrichting kan er van worden uitgegaan dat dit vereist geldt voor de gehele onderneming en niet afzonderlijk geldt. De richtlijn bepaalt dat de juridische entiteit waarvan de vaste inrichting deel uitmaakt het uitgangspunt is.⁵⁰

4.3 Enkele aspecten uit Nederlandse wetgeving.

In dit onderzoek staat zoals is gebleken de zelfstandige benadering door de OESO centraal. Daarnaast kwam naar voren dat de vaste inrichting niet is gedefinieerd in de nationale wetgeving. Een absolute zelfstandige benadering van de vaste inrichting is dan ook niet met zoveel worden vermeld. De vraag is dit geval dan ook hoe de vaste inrichting zich verhoudt ten opzichte van de dochtervennootschap met betrekking tot de nationale wetgeving.

4.3.1 Thin Capitalisation

In hoofdstuk 3 heb ik de winsttoerekening besproken. Hieruit kwam onder andere naar voren dat bij de benadering volgens het OESO-rapport een thincapregeling van belang is in de verhouding tussen hoofdhuis en de vaste inrichting. Gezien de absolute zelfstandigheid die door de OESO wordt nagestreefd kan een gelijke behandeling met een dochtervennootschap met betrekking tot de

⁵⁰ Van der Linde & Lamers 2004, par. 2.2.4.

inachtneming van de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen niet achterwege blijven. Deze thincapregeling kent een onderscheid tussen de vennootschappen in een verbonden verhouding en de verhouding tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting. Een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting kan dus een thincapregeling impliceren.

Er is echter een verschil in benadering. In geval van een vaste inrichting is er sprake van een enkele rechtspersoon. Het vreemd vermogen, de lening die is aangetrokken ter financiering van de activiteiten van de vaste inrichting, kan dan aan het vermogen van die vaste inrichting worden toegerekend. In een beperkte vorm van zelfstandigheid is de vaste inrichting op zich geen schuldenares van de rente. In geval van een dochtermaatschappij is sprake van een aparte rechtspersoon. Er moet dan ook worden onderkend dat gezien het verschillende juridische karakter van een vaste inrichting en een deelneming rechtsvormneutraliteit niet volledig kan worden bereikt.⁵¹

In feite is er geen sprake van een overgang van vermogen van het hoofdhuis naar de vaste inrichting. Als er dan al vermogen overgaat, dan is de vraag hoe het is te kwalificeren. Misschien kan het wel een stukje eigen vermogen zijn dat wordt overgeheveld. Bij twee verbonden rechtspersonen is het een duidelijke situatie. Dan is sprake van een leningsovereenkomst die te kwalificeren als een lening en in het andere geval van vermogensovergang als een kapitaalstorting.

Bij de behandeling van de thincapregeling dient een zijstap te worden gemaakt naar de stamkapitaaltheorie. Thincap is in wezen vergelijkbaar met de stamkapitaaltheorie. Beide benaderingen zijn een reactie van de rechterlijke en wetgevende macht op de financiering van vennootschappen met veel vreemd vermogen, terwijl het concern veelal over voldoende eigen vermogen beschikt. Deze overfinanciering krijgt dus met name de prikkel aftrekbare rente en niet aftrekbaar dividend.⁵²

4.3.1.1 Stamkapitaal.

Een vergaande verzelfstandiging van de vaste inrichting door de OESO houdt in dat er sprake is van fictieve transacties tussen de vaste inrichting en de generale onderneming waarbij activa en risico's moeten worden toegerekend. De Nederlandse wetgeving en rechtspraak kennen geen expliciete bepaling of uitspraak waarin gesteld wordt dat bij het drijven van een onderneming eigen vermogen vereist is. De stamkapitaaltheorie houdt in dat er een minimaal deel aan eigen vermogen moet zijn

⁵¹ *Kamerstukken II 2003/04*, 29 210, nr. 10, blz. 3-4.

⁵² Van der Geld 2009, p. 93.

en anders een stukje vreemd vermogen als eigen vermogen wordt aangemerkt. De Hoge Raad heeft deze theorie duidelijk verworpen.⁵³ De Hoge Raad heeft beslist dat:

‘De verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden waarin de onderneming verkeert en van de keuze van de wijze waarop de ondernemer in de financiering van de onderneming wenst te voorzien, hetgeen ook voor overigens onderling vergelijkbare ondernemingen leidt tot vergaande verschillen in de wijze waarop de onderneming is gefinancierd. Een norm ter bepaling van de verhouding welke pleegt te bestaan tussen eigen en vreemd vermogen van een zelfstandige onderneming of van een fictief als een zelfstandige onderneming te beschouwen vaste inrichting, kan, gelet op deze verscheidenheid, bezwaarlijk worden vastgesteld, zodat de bepaling van de winst van een vaste inrichting, indien een zodanige norm zou worden gehanteerd tot willekeurige situaties zou leiden.’

Naar mijn opvatting wordt met betrekking tot de vaste inrichting niet geheel afgeweken van de stamkapitaaltheorie. Bij toerekening van vreemd vermogen is nooit de vraag voorgelegd hoe de totale financiering van de vaste inrichting dient te geschieden. Het is dus niet duidelijk of de Hoge Raad van mening is dat in gevallen waarbij de gehele financiering van de activa van een vaste inrichting door middel van causaal toe te rekenen vreemd vermogen dient plaats te vinden.⁵⁴ De Hoge Raad en hof hebben wel aangegeven dat in beginsel ieder activum in zekere mate wordt gedekt door eigen vermogen.⁵⁵ Dit impliceert dat iedere vaste inrichting in beginsel gedekt zou zijn met eigen vermogen. Mijns inziens is de Hoge Raad hier niet eenduidig geweest en heeft toch erkend dat er sprake moet zijn van stamkapitaal bij de vaste inrichting. Dit verhoudt zich niet met de afzonderlijke en zelfstandige positie van de vaste inrichting uit de benadering van de OESO, aangezien een dochtervennootschap hiervan gevrijwaard blijft.

4.3.1.2 Rentelasten.

Hoewel het rapport het verbod op interne leningen opheft, worden deze interne leningen beperkt tot de treasuryactiviteiten van de vaste inrichting. Er is sprake van treasuryactiviteit indien een vaste inrichting direct opvraagbare spaargelden aantrekt van particulieren en deze gelden vervolgens ter beschikking stelt aan het hoofdhuis. Het hoofdhuis neemt dan de beslissing om deze gelden voor langere termijn aan derden uit te lenen. Het bijbehorende treasuryrisico dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting en dient hiervoor een beloning te krijgen. Een risico kan zijn

⁵³ B 8648 en HR 3 november 1954, rolnr. 11 928, *BNB* 1954/357 (eindbeslissing HR 29 juni 1955, Rolnr. 12 404, *BNB* 1955/302) en later door HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263.

⁵⁴ Hoogterp 2008, par. 6.1-6.3.

⁵⁵ HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB* 2007/117.

wanneer spaarders massaal hun spaargelden opnemen en daar tegenover veel rentekosten moeten worden gemaakt om de uitstaande leningen te financieren.

Daarnaast is opmerkelijk dat bij de toerekening van interestlasten aan vaste inrichtingen volgens het OESO-rapport eerst eigen vermogen toegerekend dient te worden en daarna het vreemd vermogen.

De reden die de OESO hiervoor geeft is dat het eigen vermogen dienstbaar moet zijn aan de toerekende risico's. De Nederlandse jurisprudentie gaat uit van het tegenovergestelde. De Hoge Raad heeft beslist dat slechts vreemd vermogen dat dienstbaar is aan de bedrijfsuitoefening van de vaste inrichting aan deze vaste inrichting toegerekend kan worden. Het restant van de financiering vindt plaats door eigen vermogen aan de vaste inrichting toe te rekenen.

Ik kan hier toch een restricties opmerken van een absolute verzelfstandiging. Naar mijn mening wil de OESO niet zover gaan dat elke vorm van een interne lening is toegelaten in een verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting, aangezien het beperkt wordt tot de treasuryactiviteiten. Tevens blijkt dat de OESO eerst een stukje eigen vermogen wil plaatsen in de vaste inrichting terwijl dit bij een dochtervennootschap niet het geval is.

4.3.1.3 Toepassing van de thincapregeling op de vaste inrichting.

Zoals ik hiervoor al heb aangegeven is een vermogensovergang van hoofdhuis naar vaste inrichting niet analoog te vergelijken met een vermogensovergang tussen moeder- en dochtervennootschap. De thincapregeling is dan ook niet van toepassing op een vaste inrichting zoals die wel van kracht is bij een dochtervennootschap. Verbondenheid, volgens de thincapbepaling, is onder andere af te leiden uit de verhouding tussen moeder en dochter, en bij een verhouding tussen moeder en dochter waarbij de dochter een vaste inrichting heeft. Dus niet op verhoudingen enkel tussen hoofdhuis en vaste inrichting.

4.3.1.3.1 Vaste inrichting in Nederland.

Op grond van de wet is door de werking van art. 18 lid 1 Vpb art. 10d Vpb ook van toepassing op buitenlandse belastingplichtigen die een onderneming drijven met behulp van een vaste inrichting in Nederland. Bij onbeperkte renteaftrek dreigen buitenlandse ondernemingen alle vreemd vermogen toe te rekenen aan de vaste inrichting, die deze rente kan aftrekken (lees: grondslaguitholling).

Evenals bij binnenlandse belastingplichtigen zal geen rente van aftrek worden uitgesloten indien de buitenlandse belastingplichtige geen onderdeel uitmaakt van een groep op grond van art. 10d lid 2 Vpb. Bovendien is de grens, de franchise, van 500.000 euro ook voor buitenlandse belastingplichtigen van toepassing, zo ook een beroep op de concernratio. Bij de toepassing van de concernratio moest in eerste instantie het eigen en het vreemd

vermogen van de buitenlandse belastingplichtige worden bepaald aan de hand van de jaarrekening van het lichaam waar de buitenlandse belastingplichtige onderdeel van uitmaakt.⁵⁶ Na enkele Kamervragen is expliciet de balans van de vaste inrichting als uitgangspunt gesteld van de thincapregeling op de buitenlandse belastingplichtige.⁵⁷ Dit is verder bevestigd door de Staatssecretaris.⁵⁸ De buitenlandse belastingplichtige is echter alleen met zijn binnenlands ondernemingsvermogen, het vermogen van de vaste inrichting, aan de Nederlandse vennootschapsbelasting onderworpen.

4.3.1.3.2 Vaste inrichting in het buitenland.

Aftrekbeperking bij een buitenlandse vaste inrichting is bepaald in art. 10d lid 9 t/m 11 Vpb. In deze context geldt deze voor de winst waarvoor aftrek ter voorkoming van dubbele belasting dient te worden verleend. De consequentie hiervan is een prikkel om een zo hoog mogelijke aftrekbeperking te genieten, met als gevolg een hoge voorkomingswinst en daarbij een hoge voorkoming van dubbele belasting en een laag belastbaar bedrag. De wetgever heeft dit niet wenselijk geacht. In dit verband geeft de thincapregeling een maximum van renteaftrek bij de vaste inrichting tot het bedrag aan rente dat van aftrek wordt uitgesloten bij de bepaling van de winst van het hoofdhuis, conform art. 10d lid 10 Vpb.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan de buitenlandse vaste inrichting bepaalde voordelen toekomen. Ten eerste kent art. 10d lid 9 Vpb zo gezegd een administratieve lastenvermindering. Deze bepaling sluit de leden twee, drie en vijf uit.⁵⁹ De gedachte achter uitsluiting van lid 2 dat een renteaftrekbeperking achterwege kan blijven indien de belastingplichtige geen deel uitmaakt van een groep, omdat in dat geval een onevenwichtige financiering binnen groepsverband niet aan de orde is. Dan blijft de toepassing van de thincap achterwege en komt alle rente voor aftrek in aanmerking. Van voor deel kan echter uiteindelijk geen sprake zijn, aangezien de buitenlandse vaste inrichting juist gebaat is bij een renteaftrekbeperking. Tevens geeft deze benadering een knelpunt weer. Zoals ik hiervoor al heb geschreven is thincap alleen van toepassing wanneer een groep een vaste inrichting heeft. Wanneer een op zich staande vennootschap een vaste inrichting heeft geldt dit niet. Daarmee zou juist bij de gedachte van een uitbreiding van de zelfstandigheid van de vaste inrichting ook in de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting een groep moeten ontstaan zodat de

⁵⁶ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 25, blz. 33 (NEV II).

⁵⁷ *Kamerstukken I* 2003/04, 29210, nr. C, p. 21-22 (NV I).

⁵⁸ Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 december 2003, nr. AFP2003/901M.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 20.

thincapregeling van toepassing is, ook al wordt de buitenlandse vaste inrichting juist een voordeel onthouden.

Een ander voordeel voor de buitenlandse vaste inrichting is het buiten toepassing laten van lid 3. Hierin staat vermeld dat het bedrag aan rente dat op grond van het eerste lid niet in aftrek komt, bedraagt ten hoogste het bedrag aan rente ter zake van geldleningen direct of indirect verschuldigd aan met de belastingplichtige verbonden lichamen, verminderd met het bedrag aan rente ter zake van geldleningen verstrekt aan zodanige lichamen. Als gevolg hiervan is het niet nodig de leningen van de vaste inrichting te kwalificeren met betrekking tot eventuele verbondenheid. Hiermee is de administratieve eenvoud gediend, vanwege het feit dat art. 10d Vpb niet hoeft te worden toegepast bij de berekening van de voorkomingswinst indien er bij de berekening van de totale belastbare winst geen rente van aftrek wordt uitgesloten.

Bovendien is de van aftrek uitgesloten rente niet beperkt tot de rente betaald op verbonden leningen. Alle rente wordt dus meegerekend binnen de thincap dat een hoge aftrekbeperking tot gevolg kan hebben. Naast de uitsluiting van lid 2 kunnen er ook hier vraagtekens gezet worden. De vraag die hier opkomt, is op welk gebied de vaste inrichting en een vennootschap in het buitenland verschillen. Bij een vergaande verzelfstandiging zal er een schuldeiser en schuldenaar verhouding zijn tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Mijns inziens dient hier alleen een aftrekbeperking te ontstaan in een situatie van verbondenheid. Om de buitenlandse vaste inrichting een fiscaal voordeel te gunnen door middel van rente in aftrek te beperken ook buiten een verbondenheid waardoor de voorkomingswinst hoger is, zal niet in overeenstemming zijn met de benadering van een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting ten opzichte van een dochter.

Naast de leden 2 en 3 wordt ook lid 5 buiten werking gelaten. Deze uitsluiting is begrijpelijk. De buitenlandse vaste inrichting is erbij gebaat een zo hoog mogelijke voorkomingswinst te genieten. Waar een concerntoets bij een binnenlandse vaste inrichting een ontsnappingsclausule is, zal deze in *beginsel* overbodig zijn bij een buitenlandse vaste inrichting, aangezien niet in alle gevallen de concerntoets een kleinere aftrekbeperking oplevert.⁶⁰ De concerntoets is juist in het leven geroepen om de ratiotoets te verzachten. De buitenlandse vaste inrichting zal veelal gericht zijn op de ratiotoets omdat deze normaliter hoger uitvalt en grotere aftrekbeperking inhoudt.

In art. 10d lid 10 Vpb wordt een maximum gesteld aan de renteaftrekbeperking. Om te voorkomen dat bij de bepaling van de voorkomingswinst een hoger bedrag aan rente van aftrek wordt uitgesloten dan bij de bepaling van de totale belastbare winst, wordt een plafond

⁶⁰ Kavelaars & Van den Kommer 2006, par. 2.2.

gehanteerd voor de rente die maximaal van aftrek kan worden uitgesloten bij de berekening van de voorkomingswinst. Het plafond is gesteld op de rente die van aftrek wordt uitgesloten bij de berekening van de totale belastbare winst. Dit heeft als gevolg dat de thincap-regeling niet hoeft te worden toegepast bij de berekening van de voorkomingswinst indien er bij de berekening van de totale belastbare winst geen rente van aftrek wordt uitgesloten. Dit beperkt de administratieve lasten.⁶¹

Het elfde lid bevat een delegatiebepaling. In het Besluit voorkoming van dubbele belasting 2001 (verder: Bvdb) zijn hiervoor regels opgenomen. In het bijzonder in art. 32 Bvdb. Deze regeling is van toepassing op buitenlandse ondernemingen. Een buitenlandse onderneming wordt hier beschouwd als een onderneming, of een gedeelte van een onderneming, die in het buitenlands wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting of vertegenwoordiger.

Lid 6 bepaalt dat bij vaststelling van de vaste inrichtingswinst de franchise van 500.000 euro, neergelegd in art. 10 lid 4 Vpb, ook van toepassing is op de buitenlandse vaste inrichting.

Hierbij moet in acht worden genomen dat bij meerdere vaste inrichtingen de franchise maar een keer in aanmerking hoeft te worden genomen. De franchise wordt dan toegedeeld aan de vaste inrichtingen naar verhouding.⁶² Naar mijn opvatting is dit principe niet in lijn met de positie van de vaste inrichting. Wanneer er sprake zou zijn van een absolute zelfstandigheid dan komt de dochter bij behandeling van de thincapregeling dichterbij, dan wel gelijk te staan met een dochtervennootschap. Wanneer er sprake is van meerdere dochtermaatschappijen is hierbij afzonderlijk een franchise van kracht. Dit komt conform de zelfstandigheidsfictie niet overeen met de gedachte dat buitenlandse vaste inrichtingen maar één franchise hoeven te verdelen. Deze maatregel verhoogt de beperking van aftrekbaarheid, want over een hoger bedrag is de aftrek beperkt, aangezien de franchise lager is, waardoor de voorkomingswinst ook hoger uitvalt. Hierdoor wordt een fiscaal voordeel gegund aan de vaste inrichting, terwijl een vennootschap deze niet geniet. Ook is deze franchiseregeling voor de vaste inrichting onevenwichtig. Wanneer uit de parlementaire behandeling blijkt dat de franchise geacht wordt een voordeel te zijn, dient het ook voor elke afzonderlijke vaste inrichting een voordeel te zijn. De franchise is in sommige gevallen niet evenredig verdeeld. Hierbij kan gedacht worden aan een verdeling van de franchise tussen vaste inrichting én hoofdhuis.⁶³ Maar deze gedachte loopt dan weer niet gelijk met een vergaande verzelfstandiging van de vaste inrichting. Een benadering van absolute verzelfstandiging voor elke vaste inrichting is in dit geval dus naar mijn opvatting aan te bevelen.

⁶¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 8, blz. 20 en 21.

⁶² *Stb.* 2005, 197, blz. 18.

⁶³ Kavelaars & Van den Kommer 2006, par. 2.2.

Bovendien geeft art. 32 Bvdb in lid 7 een regeling ter uitvoering van het bepaalde plafond conform art. 10d lid 10 Vpb. Hierin wordt bepaald dat het plafond (er kan niet meer in aftrek worden beperkt op de voorkomingswinst, dan van toepassing zou zijn op de belastbare winst, de wereldwinst) verdeeld moet worden indien sprake is van meerdere vaste inrichtingen. Wanneer het plafond verdeeld moet worden over meerdere buitenlandse ondernemingen, dan wordt deze drempel per vaste inrichting verlaagd. Mijns inziens levert dit een nadeel op vergeleken met een vennootschap in het buitenland. Voor de vaste inrichting geldt dan een grens tot maximale beperkte aftrekbaarheid en die is verlaagd door de aanwezigheid van andere vaste inrichtingen. Terwijl een beperking van aftrekbaarheid juist een voordeel is voor de buitenlandse vaste inrichting. Daarnaast geldt voor de dochtervennootschap een maximum voor de rente alleen in een situatie van verbondenheid. Het is onduidelijk of de grens evenwichtig is aan de grens van de buitenlandse vaste inrichting. Mijns inziens wordt de dochtervennootschap op zich gezien zonder rekening houdend met eventuele andere dochtervennootschappen die verbonden zijn. Het nadeel zit dus in de benadering van beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting, aangezien deze in dit geval niet op zich staat. Uit de situatie van art. 10d Vpb is af te leiden dat de regeling meer toepassing vindt in een zelfstandige benadering van de vaste inrichting. De OESO-benadering waarin de vaste inrichting als functionele zelfstandig kan worden geacht sluit hier naar mijn mening bij aan.

4.3.2 Verliezen.

Verliezen van buitenlandse dochtervennootschappen kunnen niet in de binnenlandse heffinggrondslag betrokken worden. De verliezen zijn opgenomen in de deelnemingsvrijstelling. Daardoor zijn verliezen van buitenlandse dochters niet verrekenbaar, tenzij het een liquidatieverlies betreft. Tevens geldt dat de Vpb geen draagkrachtbelasting is en dus dient de woonstaat geen rekening te houden met het verlies geleden in de bronstaat en het is zodoende niet aftrekbaar bij de moedervennootschap in de woonstaat. Dit is echter anders wanneer de verliezen dreigen te verdampen. Het HvJ EG heeft hierbij bepaald dat indien de niet-ingezetene dochtervennootschap alle mogelijkheden van verliesverrekening heeft uitgeput de woonstaat de verliezen in aftrek moet toestaan (en in geval van liquidatieverliezen).⁶⁴

Bij verliezen geleden door buitenlandse vaste inrichtingen daarentegen is het de hoofdregel dat deze aftrekbaar zijn in de woonstaat, daar waar het hoofdhuis is gevestigd. Dit is door de Nederlandse wetgever unilateraal geregeld in het Bvdb 2001. Voor de vennootschapsbelasting is de buitenlandse winst uit een andere mogendheid geregeld in art. 32 Bvdb e.v. Hierin is de onderworpenheids

⁶⁴ HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer).

opgenomen. Dit vereiste houdt in dat het buitenlandse winstbestanddeel onderworpen moet zijn aan een belasting naar de winst terwijl de belasting wordt geheven vanwege de andere mogelijkheid. Negatieve winsten mogen worden ingehaald in de woonstaat, op grond van de inhaalregeling conform art. 35 Bvdb. Indien de buitenlandse winst negatief is, wordt het overgebracht naar het volgende jaar. Als vervolgens uit die vaste inrichtingsstaat positieve buitenlandse winst wordt genoten, dan wordt dit bedrag eerst verminderd met de negatieve buitenlandse winst uit voorgaande jaren, voordat over het resterende bedrag vrijstelling wordt verleend. Zo is op te merken dat de verliesverrekening niet onbeperkt ver gaat en dat daarmee de vrijstelling wordt beperkt voor buitenlandse winst door er eerst de negatieve bedragen uit voorgaande jaren op in mindering te brengen.⁶⁵

Bij een benadering van absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting past een verliesverrekening van buitenlandse verliezen niet in de gedachte van het territorialiteitsbeginsel. In lijn met het HvJ EG hoeft de woonstaat geen rekening te houden met buitenlandse vaste inrichtingsverliezen in een andere woonstaat, tenzij deze onverrekenbaar blijven. Het buitenlandse object is binnen deze gedachte niet anders dan het buitenlandse object van een dochtervennootschap.

Ook de staatssecretaris heeft dit ingezien en heeft gepleit voor een meer gelijke benadering van verliesverrekening van een buitenlandse vaste inrichting met de buitenlandse dochtervennootschap. In een brief⁶⁶ geeft hij reacties op het eerder geschreven consultatiedocument.⁶⁷ De staatssecretaris stelt een beperking voor van verliezen van buitenlandse filialen. Buitenlandse verliezen dienen buiten de Nederlandse grondslag te blijven en daarmee ook de onderworpenheidseis te laten vallen. Dit leidt tot vereenvoudiging de toepassing van regelingen ter voorkoming van dubbele belasting.

Tevens stelt hij, zoals ik ook hiervoor al heb aangegeven, dat de verliesverrekening wordt teruggenomen wanneer de vaste inrichting later wederom winst behaalt. In beginsel is er alleen een timingvoordeel, maar het terugnemen van verliezen bij bijvoorbeeld bij omzetting van een vaste inrichting in een dochtervennootschap kan zeer lang worden uitgesteld. De staatssecretaris stelt dus een meer territoriale benadering van verliesverrekening voor.

Deze gedachte is dan ook helemaal in lijn met de uitspraken van het HvJ EG. Het buitenlands object dient niet anders behandeld worden ongeacht er sprake is van een vaste inrichting of een dochtervennootschap.

⁶⁵ *Stb.* 2000, 642, blz. 51 en enkele wijzigingen in *Stb.* 2008, 574, blz. 14 en 28-29.

⁶⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB2009/674 M, V-N 2009/62.14.

⁶⁷ Brief van 14 juni 2009 (*Kamerstukken II* 2008/2009, 31369, nr. 6).

4.3.3 Dividend.

Wanneer er in een gelieerde situatie in een moeder-dochterverhouding winst wordt uitgekeerd geschiedt dit in de vorm van dividend. Dit dividend zal een voorheffing zijn op de vennootschapsbelasting. Dividend wordt geheven van degenen die gerechtigd zijn tot de opbrengst van aandelen in, en winstbewijzen van en geldleningen als bedoeld in art. 10 lid 1 onderdeel d Vpb aan onder andere in Nederland gevestigde naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen.⁶⁸ De belasting wordt geheven door inhouding op de opbrengst bij een inhoudingsplichtige. Deze is de vennootschap die de opbrengst verschuldigd is. In de meeste gevallen is het dividend objectief vrijgesteld omdat de deelnemingsvrijstelling van toepassing zal zijn. Daarbij zijn ook de dividenden, over de aandelen toegerekend aan een vaste inrichting, die worden ontvangen van een vaste inrichting van een moedervernootschap van belang. Dat wil zeggen op een buitenlandse vaste inrichting met een Nederlandse moedervernootschap en een Nederlandse vaste inrichting met een buitenlandse moedervernootschap, zoals ik heb beschreven bij de Moeder-dochterrichtlijn.

Conform de benadering van de OESO zou bij een winstovergang van de vaste inrichting naar de generale onderneming ook sprake kunnen zijn van dividend. De vaste inrichting zou dan als inhoudingsplichtige fungeren aangezien zij de opbrengst verschuldigd is. Ook in dit geval kan weer een standpunt ingenomen worden dat het voor de belastingheffing niet dient uit te maken of de winst wordt uitgekeerd door een vaste inrichting of door een dochtervennootschap.

Het wringpunt zit in het feit dat in het hypothetisch geval sprake zou zijn van een winstuitkering tussen hoofdhuis en vaste inrichting het onderscheid met een moeder-dochterverhouding er nog steeds is. Theoretisch zou er bij een absolute zelfstandigheidsfictie sprake moeten zijn van dividend, maar het in moeder-dochterverhouding vrijgesteld. Dus dan zou er ook niet meer aan de vraag moeten worden toegekomen of er sprake dient te zijn van een winstuitkering van de vaste inrichting naar het hoofdhuis.

En stel dat de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing zou zijn, zou er geen sprake is van een winstuitkering van de vaste inrichting, aangezien die winst onderdeel is van de generale onderneming. Daarbij moet steeds worden gekeken of die winst wel in eerste instantie toebehoorde aan de vaste inrichting of zich nog steeds in de generale onderneming bevond. De toerekening van de winst aan de vaste inrichting is in het eerste geval al hypothetisch, dan wordt een winstuitkering door dezelfde vaste inrichting geacht nog hypothetischer te zijn. De vraag zou dan ook zijn of de OESO ook die weg wil inslaan.

⁶⁸ Art. 1 lid 1 Wet op de dividendbelasting 1965.

4.4 Tussenconclusie en beantwoording van de deelvraag.

Uit het gemeenschapsrecht blijkt dat het HvJ EG en de Europese Commissie naar gelijkwaardige benadering toe willen van een vaste inrichting en een dochtervennootschap. Een vaste inrichting en een dochtervennootschap dienen in fiscale zin op dezelfde wijze behandeld te worden en onder dezelfde voorwaarden fiscale voordelen te genieten. Het buitenlands object staat in deze gedachte centraal, ongeacht de vorm waarin dit object gestalte krijgt.

Daarnaast hangt de OESO een absoluut zelfstandige benadering aan van de vaste inrichting. Maar dat wil niet zeggen dat deze gedachte onbeperkt is. De OESO wil niet zover gaan dat elke vorm van een interne lening is toegelaten in een verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting, aangezien het beperkt wordt tot de treasuryactiviteiten. Tevens blijkt dat de OESO eerst een stukje eigen vermogen wil plaatsen in de vaste inrichting terwijl dit bij een dochtervennootschap niet het geval is.

Bovendien is in bepaalde gevallen een onderscheid evident. Dit blijkt onder andere uit het eventueel bezit van rechtspersoonlijkheid en bij vermogensovergang. In feite is er geen sprake van een overgang van vermogen van het hoofdhuis naar de vaste inrichting. De vraag is als er dan al vermogen overgaat, dan is de vraag hoe het is te kwalificeren, als eigen vermogen of als vreemd vermogen.

Tevens maakt de Nederlandse wetgever onderscheid in de behandeling van een dochtervennootschap ten opzichte van een vaste inrichting. Ook al is dit niet in lijn met het EG-recht, toch wordt in enkele situaties de dochtervennootschap dan wel de vaste inrichting bevoordeeld. Hierbij moet echter gedacht aan het feit dat de thincapregeling niet in beide situaties op dezelfde manier van toepassing is aangezien. De bepaling is van toepassing in een moeder-dochterverhouding of een moeder-dochterverhouding met een vaste inrichting, en niet enkel in verhoudingen tussen hoofdhuis en de vaste inrichting.

Naar mijn mening kan vastgesteld worden dat de vaste inrichting niet dicht bij de dochtervennootschap staat en ook niet komt te staan. Mijns inziens is het wenselijk wanneer beide wel dicht bij elkaar komen. Het buitenlands belastbare object staat centraal en niet de organisatie waarbinnen het object gevormd wordt. In het bijzonder bij de verrekening van verliezen is dit duidelijk zichtbaar. Een beperking die ik wil verbinden aan een door te voeren verzelfstandiging is dat geen verband moet worden gelegd met enig dividend in de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Zo zal het spoor bijster geraakt worden aangezien het te hypothetisch is. Het is dan vervolgens de vraag wat de volgende discussie zou kunnen zijn. Het opnemen van de vaste inrichting in een grensoverschrijdende fiscale eenheid? Dat zal zeker een interessant onderwerp zijn voor een andere thesis.

Hoofdstuk 5 Vergelijkbaarheidsanalyse

Zoals ik in hoofdstuk 3 heb geschreven nemen de Transfer pricingrichtlijnen binnen het buitenlandse winstberekening en belangrijke rol in. Om tot een zakelijke prijs te komen tussen gelieerde partijen of tussen de generale onderneming en de vaste inrichting is een uitgebreid stelsel van toetsingscriteria vereist. Beide partijen dienen aan de hand van bepaalde factoren onder verschillende omstandigheden vergeleken te worden met partijen die handelen in een onafhankelijke situatie. Daardoor bevatten de Transfer pricingrichtlijnen een zogenaamde vergelijkbaarheidsanalyse.

5.1 Het bepalen van een zakelijke prijs.

Er zijn enkele factoren van belang om tot een analyse van vergelijkbaarheid te komen. Om zicht te krijgen op welke markt de transactie zich begeeft en om de waarde van het goed of dienst te kunnen bepalen zijn de kenmerken van goederen en diensten van belang. In het bijzonder de omvang, de soort, de betrouwbaarheid en de kwaliteit van de goederen of diensten. Daarnaast moet er een functionele analyse gemaakt worden. Deze analyse ziet op de functies die beide ondernemingen uitoefenen, met in het bijzonder de genomen risico's en de gebruikte activa. Opvallend is het feit dat deze onderdelen ook voor komen bij de zelfstandigheidsfictie in art. 7 lid 2 OESO en de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Bij de functionele analyse is de structuur van de groep ondernemingen van belang, want deze analyse is erop gericht de economische belangrijke activiteiten en verantwoordelijkheden, die door de verbonden ondernemingen en door de onafhankelijke onderneming op zich zijn genomen, te vergelijken en te identificeren.

In handelingen volgens het arm's length principe, bepalen de contractuele voorwaarden expliciet of impliciet hoe de verantwoordelijkheden, risico's en voordelen verdeeld zijn tussen de ondernemingen.

Zoals ook belangrijk was bij het identificeren van de kenmerken van de goederen of diensten, zijn de economische omstandigheden van de markt van belang. Hierbij zal gekeken worden naar de soort markt, de grootte, de geografische ligging, concurrentie en de beschikbaarheid. Maar ook naar het moment waarop de transactie gemaakt is. Naast de economische omstandigheden kunnen ook ondernemingsstrategieën doorslaggevend zijn voor een juiste vergelijkbaarheidsanalyse. Lagere winsten en meer verlies nemen op transacties kan geoorloofd zijn en kan zijn oorzaak vinden in marktpenetratie of het buiten spel zetten van concurrentie.

Tevens zijn alle overige factoren van belang die de transferprijs en daarmee de winst kunnen bepalen. Na deze analyse komt men eventueel toe aan de aanpassing van de winst. Hier zijn enkele methoden voor, de 'Transfer Pricing Methods'. Zij kunnen worden toegepast op verschillende

soorten transacties. De ene methode is geschikter dan de andere. Zo is er een Comparable Uncontrolled Price method, die ziet op transacties in een ongecontroleerde situatie, dus tussen onafhankelijke ondernemingen (lees: derden). Bij een transactie die ziet op de inkoop in een afhankelijke situatie of wederverkoop aan een derde zijn respectievelijk de Cost Plus method en de Resale Price method van toepassing.

5.2 OESO-benadering: de twee-stapsstrategie.

Het OESO-rapport⁶⁹ ziet in de allocatie van winsten tussen de generale onderneming en de vaste inrichting een twee-stapsbenadering.⁷⁰ Deze denkwijze laat een berekening van de winst toe die toerekenbaar is aan alle activiteiten uitgeoefend door de vaste inrichting, inclusief de transacties met andere onafhankelijke ondernemingen en transacties met verbonden ondernemingen. Daarbij moet worden meegerekend de handelingen, de 'dealings' met andere delen van de generale onderneming. Deze handelingen zijn intern met betrekking tot de overdracht van kapitaal of eigendom en dienstverlening.⁷¹

Stap een van de OESO-benadering bevat een herkenning van de activiteiten uitgeoefend door de vaste inrichting. Die identificatie krijgt gestalte door een functionele en feitelijke analyse. Onder de tweede stap worden de voordelen voortkomend uit de dealings bepaald door een analoge toepassing van het arm's lengthbeginsel tussen gelieerde ondernemingen. Dit krijgt gestalte met inachtneming van de uitgevoerde functies, gebruikte activa en genomen risico's door de onderneming via de vaste inrichting en via de rest van de generale onderneming.

Bij deze benadering en terminologie is het verband zichtbaar met de Transfer pricingregels. Het OESO-rapport en het OESO-commentaar refereren dan ook nadrukkelijk op de invloed van de Transfer pricingregels binnen de winstbepaling van de vaste inrichting.

5.2.1 Functional and Factual analysis (stap 1).

Na te hebben vastgesteld op welke belastingplichtigen en situaties winsttoerekening en transfer pricing van toepassing is, dient vervolgens de omvang en vorm van de winst inhoud te krijgen. Dit geschiedt aan de hand van de twee-stapsbenadering.

Het OESO-rapport bespreekt hoe en in welke mate de visie van de Transfer Pricingrichtlijnen kan worden aangewend tot de winsttoerekening aan een vaste inrichting. Tevens wordt er in dit rapport bekeken hoe deze visie aangepast en aangevuld kan worden rekening houdend met de feitelijke verschillen van een vaste inrichting en een juridisch zelfstandige onderneming. Dit impliceert dat de

⁶⁹ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 13.

⁷⁰ Art. 7 lid 2 OESO.

⁷¹ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 17 en 18.

OESO de Transfer Pricingrichtlijnen niet analoog toepast op art. 7 OESO, aangezien er duidelijke verschillen zijn.

De functionele en feitelijke analyse volgens de OESO-benadering spitst zich toe op rechten en plichten die voortkomen uit de transacties van de vaste inrichting, de bepaling van de economisch relevante kenmerken in relatie met de uitgevoerde functies, de risico's, eigendom van de benutte activa, de aard van de handelingen tussen de vaste inrichting en andere delen van de onderneming, en de behandeling van kapitaal dat samenhangt met de activa en risico's.

5.2.1.1 'People's functions' als rode draad.

De bepaling van art. 7 lid 2 OESO bevat de eis van een vaststelling van activiteiten. Deze activiteiten kunnen worden uitgelegd als functies, en vise versa. Tevens bevat de bepaling de term 'conditions' die gelijk kunnen worden gesteld met de relevante economische kenmerken.⁷² De bijbehorende functionele analyse dient de economisch van belang zijnde activiteiten en verantwoordelijkheden op te sporen en vast te stellen of ze zijn gebruikt in een verbonden situatie tussen de generale onderneming en de vaste inrichting en in welke mate. Deze analyse legt de nadruk op functies uitgeoefend door de personen binnen de generale onderneming, inclusief de vaste inrichting. Deze 'people's functions' lopen uiteen van managementtaken en assistentie, tot activiteiten met betrekking tot productie, eigendom van activa en het nemen van risico's. Bij deze ontleding zijn ook de kenmerken van de vergelijkbaarheidsanalyse volgens de Transfer Pricingrichtlijnen van belang; kenmerken, economische omstandigheden en ondernemingsstrategieën. Hoe dan ook, bij de functionele analyse is van belang dat niet alleen activiteiten binnen een jurisdictie worden benaderd, maar alle activiteiten uitgeoefend namens de vaste inrichting door andere delen van de onderneming en alle activiteiten uitgeoefend námens andere delen van de onderneming.

In een gelieerde situatie tussen een moedervennootschap en een dochtervennootschap zijn risico's neergelegd in de contractuele voorwaarden. In de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting draagt de generale onderneming juridisch het risico. Van een contract is hier geen sprake. De consequentie hiervan is dat binnen de risicoanalyse aangesloten wordt bij de veelbeduidende people's functions. Deze risico's zijn onder andere op te delen in voorraadrisico, renterisico en marktrisico. Ze moeten worden vergeleken met risico's in onafhankelijke situaties om tot een juiste winstverdeling te komen. Hierbij moet in acht worden genomen dat de risico's nooit gescheiden kunnen worden van de onderliggende activiteiten. De omvang en aard van het risico is ook essentieel voor de toerekening van kapitaal.

⁷² Transfer Pricing guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD 2001, paragraaf 1.15.

Activa, materieel of immaterieel, die het economisch eigendom omhelzen vergen een feitelijke analyse om het eigendom toe te wijzen aan de desbetreffende delen van de onderneming. Het terugkerend probleem van gebrek aan contractuele voorwaarden wordt ook hier opgelost door het economische eigendom in te vullen door uitoefening van personen binnen de onderneming van de betreffende gebruikte activa, op basis van een functionele en feitelijke analyse.

De toerekening van kapitaal staat niet op zichzelf. Kapitaal moet voortdurend in verband worden gebracht met de aangenomen risico's en uitgeoefende activiteiten. Voor het in stand houden van activa en functies zijn gelden oftewel vermogen nodig. Dit kan in de vorm van eigen vermogen of vreemd vermogen. Het is een voorwaarde dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid geniet als de onderneming waarvan zij deel uit maakt. Op grond van de OESO-benadering vereist de zelfstandigheidsfictie dat een gepast deel van het over te dragen kapitaal, 'free capital', moet worden toegerekend aan de vaste inrichting voor belastingdoeleinden en kredietwaardigheid van de bijdrage van de vaste inrichting in de generale onderneming. In de allocatie van kapitaal komen de people's functions dus impliciet terug, aangezien ze van toepassing zijn op de activiteiten en risico's.

De functionele en feitelijke analyse kent een grote gelijkenis met de vergelijkbaarheidsanalyse conform de Transfer Pricingrichtlijnen. Ook al zijn niet alle onderdelen van de analyse analoog toepasbaar binnen de functionele analyse, in het bijzonder door afwezigheid van contractuele voorwaarde, de basis voor winstallocatie wordt gelegd. Zowel de functionele analyse binnen de vergelijkbaarheidsanalyse als de analyse binnen de OESO-benadering gaan uit van dezelfde kernpunten, zoals de activa, risico's en economische relevante kenmerken. De vergelijkbaarheidsanalyse volgens de Transfer Pricingrichtlijnen vindt verder toepassing in stap 2 van de OESO-benadering.

5.2.2 Vergelijkbaarheidsanalyse (stap 2).

Na de herkenning van de functies van de vaste inrichting dient op grond van deze activiteiten de winst worden bepaald. Dit wordt gedaan aan de hand van een zo dicht mogelijke benadering van de vergelijkbaarheidsanalyse, met uitzondering van de factor contractuele voorwaarden.⁷³ In het geval van een transactie met een derde, een niet-verbonden lichaam, gaat men er per definitie vanuit dat de prijs of winst is vastgesteld door de werking het arm's lengthbeginsel. Bij interne transacties zijn vier bijzondere situaties van belang. De nadruk wordt gelegd op het gebruik van materiële activa, de 'tangibles', van immateriële activa, de 'intangibles', van Cost Contribution Arrangements en van interne diensten.

⁷³ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 58.

Bij het gebruik van materiële activa het gaat over de vraag wie het economische eigendom heeft, dat kan overgaan wanneer het activum wordt overgebracht naar andere delen van de onderneming. De waarde zal moeten voortvloeien uit de (interne) documentatie van de onderneming, met inachtneming van de risico's bij de overdracht, verantwoordelijkheden en voordelen voor de andere onderneming. Het uitgangspunt is de marktwaarde van de onderneming. Wanneer daadwerkelijk bij de overdracht geen economisch eigendom overgaat, bijvoorbeeld bij operational lease, dan zal ook geen winst hoeven worden toegerekend.

Bij immateriële activa ligt de focus op de kosten die gemaakt zijn door de vaste inrichting ten bate van de ontwikkeling of behoud van deze activa, in plaats van de vergoeding die de vaste inrichting ontvangt. De vergoeding is in dit geval niet anders dan een ontvangen royalty. Het economisch eigendom van het immaterieel activum wordt toegerekend aan de hand van de bepalende people's functions. De aard en kenmerken van het activum volgen uit de functionele en feitelijke analyse. Dat is anders ingeval intern gebruik van immateriële activa, wanneer het hoofdhuis het activum ontwikkeld heeft en verstrekt aan een of meer vaste inrichtingen binnen de generale onderneming. In die situatie is de eigenlijk verschuldigde vergoeding van belang die met onafhankelijke ondernemingen zou zijn overeengekomen.

Als immateriële activa worden ontwikkeld in de vaste inrichting en worden doorontwikkeld in de generale onderneming als geheel, wordt dit gedaan aan de hand van een 'Cost Contribution Arrangement-type' activiteit. Deze activiteit is niet anders dan transacties tussen verbonden ondernemingen die een overeenkomst over bepaalde rechten en plichten inhouden teneinde de economische doeleinden voor onderdelen van de onderneming. De vaste inrichting wordt voor belastingdoeleinden beschouwd als de onderneming die belang had bij de voorontwikkeling van het activum. Elke aanvullende handeling van de vaste inrichting bij de doorontwikkeling wordt behandeld als een denkbeeldige royalty. In dit geval ligt weer de nadruk op de interne documentatie. Interne diensten strekken onder andere tot de boekhouding, management en salarisadministratie door de vaste inrichting ten behoeve van de generale onderneming. Het OESO-Commentaar⁷⁴ kijkt bij de winstallocatie naar de gemaakte kosten, terwijl de OESO-benadering kijkt naar de vergoedingen voor de geleverde diensten. Deze vergoedingen dienen at arm's length te zijn aan de hand van de Transfer Pricingmethoden.⁷⁵

De vergelijkbaarheidsanalyse is kan dus nagenoeg analoog worden toegepast op de art. 7 lid 2 OESO.

⁷⁴ OESO-commentaar bij art. 7 OESO, paragraaf 37.

⁷⁵ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 63 en 64.

5.3 Druk op het systeem.

De inhoud van de Transfer pricingrichtlijnen speelt een belangrijke rol. De methoden van winstbepaling zijn breed en duidelijk te hanteren. Echter, wanneer er sprake is van een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting is het mogelijk dat er te veel druk op het systeem van de vergelijkbaarheidsanalyse komt. Het ontbreekt aan duidelijke richtlijnen ter vaststelling aan de hand van de feitelijke en functionele analyse om onder andere economisch eigendom van de vaste inrichting te bepalen. Met als gevolg dat de nadruk komt te liggen op uiterst essentiële kenmerken en voldoende krachtig bewijs voor de toerekening aan de vaste inrichting. Het is in dat geval een zware opgave om in de betreffende staten de belastingdiensten te overtuigen.

5.3.1 Praktische uitvoerbaarheid.

De Authorised OECD Approach houdt dus een absolute verzelfstandiging in van de vaste inrichting. Als gevolg hiervan kan de vraag gesteld worden of die benadering op de vaste inrichting wel toegepast kan worden aangezien de vaste inrichting op zich geen juridische legitimatie heeft. Bij de allocatie van activa, risico's en kapitaal liggen voortdurend uitgeoefende functies aan ten grondslag. In deze zin is het lastig te bepalen of zulke ficties een volledige zelfstandigheid kunnen creëren. Bij de gelieerde ondernemingen kan de vergelijkbaarheidsanalyse binnen de Transfer pricingrichtlijnen steun vinden in de contractuele voorwaarden. De conclusie is dus al vrij snel getrokken dat tussen het hoofdhuis en vaste inrichting geen sprake kan zijn van een contract, omdat het één onderneming betreft. Bij een gebrek aan deze voorwaarden zal de documentatie bij zowel de vaste inrichting als de generale onderneming onder druk komen te staan. Een andere bijkomstigheid is dat aan de ene kant ondernemingen niet bewust zijn van het feit dat een vaste inrichting is ontstaan, bij bijvoorbeeld een agentschap, en vervolgens bij het overleggen van documentatie in gebreke blijven. Aan de andere kant verlangen belastingautoriteiten juist documentatie om in het bijzonder de winsttoerekening te kunnen bepalen.⁷⁶

Naar mijn opvatting dient bij een vergaande benadering van de zelfstandigheid van de vaste inrichting ook rekening gehouden moet worden met de praktische uitvoerbaarheid. Wanneer een te grote last op de schouders van de belastingplichtige komt te rusten kan men zich voorstellen dat een scheve verhouding ontstaat in de kosten-batenanalyse. De gedachte om een vaste inrichting dicht bij een dochtervennootschap te brengen klinkt eenvoudig, maar er gaat een grote administratieve rompslomp aan vooraf. Deze 'compliance burden' neemt alleen nog maar toe wanneer een onderneming meerdere vaste inrichtingen heeft in verschillende staten.

⁷⁶ Baker & Collier 2009, p.201 en 202.

Stel dat in het geval een onderneming erin geslaagd is een degelijke documentatie op te zetten dient er tevens naar de inhoud gekeken te worden. Zoals ik hiervoor al heb besproken hangt het invullen van winsttoerekening af van feiten en functies. De bijbehorende analyse wordt hierdoor uiterst ‘factspecific’, door afwezigheid van de contractuele voorwaarden. Er moet gekeken worden naar juridische feiten, bijvoorbeeld overdracht van een bepaald activum. De functionele analyse uit de Transfer pricingrichtlijnen en de feitelijke en functionele analyse bij vaste inrichtingen wijken dus van elkaar af. In situaties bij een vaste inrichting worden functies en juridische feiten die niet bestaan gehypothetiseerd, wordt een analyse gehanteerd die ziet op deze juridische feiten. Aangezien de feiten niet juridisch van aard zijn zal een analyse nooit volledig en direct kunnen worden uitgevoerd. Er zal altijd een vorm van ‘natte vingerwerk’ blijven.⁷⁷ De OESO heeft ter aanvulling van de feitelijke analyse de nieuwe term ‘significant people’s functions’ geïntroduceerd. Mijns inziens is hierdoor het systeem niet eenduidiger geworden. Het nieuwe begrip is multi-interpretabel en biedt te weinig richtlijn om te daadwerkelijk winsten toe te rekenen.

In dit hoofdstuk heb ik duidelijk naar voren gebracht waar de people’s functions zoal betrekking op hebben. Ten eerste wil ik de managementfunctie er uit lichten. Degene die winsten wil toerekenen op grond van dit aspect bevindt zich op drijfzand. De functie van het personeel in de vaste inrichting kan per persoon en per managementactiviteit dual zijn. De taken kunnen gericht zijn op het besturen van de generale onderneming en waarschijnlijk een deel daarvan alleen op de vaste inrichting. Wanneer dit per persoon en per activiteit kan verschillen zal dit een grote opgave zijn om hierin een duidelijke verdeling te maken. Dit wordt nog gecompliceerder wanneer er sprake is van meerdere vaste inrichtingen. Ten tweede zie ik een probleem bij de activa. In het bijzonder bij assemblage. De vraag die hier gesteld kan worden is aan welk deel van de onderneming de voorraden en de productie toegerekend dient te worden. Cru gezegd dient bij elke boutje en bij elk moertje binnen het productieproces de afkomst vastgesteld te worden, want daar gaat volgens mij deze analyse naar toe. Bij een globalere visie waarbij niet zo gedetailleerd wordt gekeken naar het productieproces komt men in de knel met waarschijnlijk een te grove toerekening. Het systeem is dan wel minder gecompliceerd maar bij winsttoerekening is mijns inziens een specifieke ratio gewenst, want geen enkele staat wil belastinginkomsten mislopen.

5.3.2 Dienstbaarheid.

In de Nederlandse rechtspraak en literatuur komt het ‘significant people’s functions’-begrip ten uitdrukking in het dienstbaarheidcriterium. Onder andere bepaalde de Hoge Raad in het arrest van 7

⁷⁷ Van Wanrooij 2009, p. 303.

mei 1997⁷⁸ dat in het algemeen dient ervan te worden uitgegaan dat gelden die aan een belastingplichtige zijn opgekomen in de uitoefening van zijn onderneming door middel van een vaste inrichting, indien die gelden niet dienstbaar zijn aan de bedrijfsuitoefening van die vaste inrichting, geen deel uitmaken van het vermogen van de vaste inrichting. Uit dit arrest was ook af te leiden dat twee criteria voor winsttoerekening, de vermogenstoets en de activiteitentoets, aaneen gekoppeld zijn. De activiteitentoets ziet op winst veroorzaakt door de werkzaamheden van de vaste inrichting en de vermogenstoets ziet op winst behaald met vermogen dat aan de vaste inrichting is toe te rekenen. Deze toetsen staan niet op zich. Ook in dit verband dienen de activiteiten van werkzame personen in de onderneming in ogenschouw te worden genomen. Door het criterium van dienstbaarheid oftewel de significant people's functions, is keuzevermogen uitgebannen en een tax planning tool verder voorkomen.⁷⁹

Zoals ik hiervoor heb vermeld is het mogelijk dat de people's functions een duaal karakter hebben. Voor het dienstbaarheidscriterium kan zich eenzelfde dualiteit voordoen. Bedrijfsmiddelen kunnen enigszins deze eigenschap hebben, in de zin van een tijdelijke of een duurzame ter beschikkingstelling. Het daadwerkelijk onderscheid is gemaakt door de Hoge Raad in het Hopperzuigerarrest.⁸⁰ De uitspraak was dat het enkele gebruik van een bedrijfsmiddel door de vaste inrichting geen dienstbaarheid oplevert. Tevens komt bij deze problematiek de nadruk te liggen op de economische functies, te meer op de economische voorwaarden.⁸¹ Omdat dit verband houdt de dienstbaarheid en daarmee de people's functions zijn economische voorwaarden een open begrip. Dit laat echter weer ruimte over voor interpretatie. Ook vanuit de Nederlandse rechtspraak en literatuur is het een uitstekend theoretisch model, maar echter gecompliceerd bij nadrukkelijke toepassing ervan.

5.4 Tussenconclusie.

De rol van de Transfer pricingrichtlijnen heb ik omschreven als een basis en controlefunctie. Die rol is in dit hoofdstuk expliciet kenbaar door de gelijkenis van de vergelijkbaarheidsanalyse uit de Guidelines met de twee-stapsbenadering door de OESO.

Het is discutabel of de vergelijkbaarheidsanalyse wel de juiste maatstaf is om fictief winsten aan vaste inrichtingen toe te rekenen. In het bijzonder de uitleg en benadering van de people's functions kan door elke mogelijkheid verschillend worden opgevat, met complicaties als gevolg.

⁷⁸ HR 7 mei 1997, nr. 31 795, *BNB* 1997/264.

⁷⁹ Kemmeren 2003 (deel 1), par. 4.3.

⁸⁰ HR 12 februari 1964, nr. 15068), *BNB* 1964/95.

⁸¹ Kemmeren 2003 (deel 2), par. 3.1-3.3.

De oorzaak ligt in een norm die te hypothetisch is. Hierdoor worden de economische voorwaarden meer benadrukt, bij afwezigheid van enig contract tussen het hoofdhuis en vaste inrichting, dan de juridische feiten. Zowel door de OESO als in de Nederlandse rechtspraak en literatuur. Dit impliceert een aanzienlijke administratieve last wanneer elke onderneming van een of meer vaste inrichtingen de documentatie op orde dient te houden.

Hoofdstuk 6 Eenduidigheid van ‘the Authorised OECD Approach’

De vaste inrichting is verschillend ten opzichte van de dochtervennootschap. Volgens de visie van het HvJ EG en de Europese Commissie dienen beiden op een gelijke manier behandeld te worden. Ik heb al de visie van de OESO belicht die een absolute zelfstandigheid toekent aan de vaste inrichting, waardoor deze ook in OESO-verband dicht bij de dochtervennootschap komt te staan. Deze visie is uitgebreid en theoretisch zeer doordacht om activa, risico's en kapitaal toe te rekenen. Vanwege het feit dat de vaste inrichting geen juridische grondslag heeft blijft de benadering hypothetisch. Dat is in eerste instantie geen probleem, want een juiste analyse kan een evenwichtige toerekening van winsten bevorderen. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of de ‘Authorised OECD Approach’ eenduidig is. Zijn er nog andere visies en benaderingen die kunnen bijdragen aan een betere analyse en zijn er nog knelpunten van de OESO-benadering?

6.1 Beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting.

Tegenover een absoluut zelfstandige benadering van de vaste inrichting staat een beperkte zelfstandigheid. De ‘functionally separate entity approach’ geldt ook voor het Nederlandse internationale belastingrecht. Dit blijkt uit de winstbepaling in het Nederlands Standaardverdrag, neergelegd in art. 7 lid 2. Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever de Moeder-dochterrichtlijn en de Rente- en Royaltyrichtlijn geïmplementeerd waarin impliciet de vaste inrichting een zelfstandige positie krijgt toebedeeld.⁸² Maar uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de Hoge Raad aanvankelijk de zelfstandigheid beperkt.⁸³ Met betrekking tot de winst wordt de buitenlandse vaste inrichting eerst voorzichtig als ‘afzonderlijk bedrijf’ aangemerkt.⁸⁴ Later werd dit al enigszins uitgebreid met het uitgangspunt dat sprake was van ‘een zelfstandigheid van de bedrijfsvoering van de vennootschap waarin samenwerkende maatschappijen verenigd waren’⁸⁵ en daarna van ‘de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt’.⁸⁶ Van een absoluut zelfstandige benadering kan nog niet gesproken worden, aangezien de Hoge Raad interne leningen tussen de generale onderneming en de vaste inrichting nog niet expliciet erkend heeft.⁸⁷ Daarentegen wordt de OESO-benadering wel gevolgd in de Nederlandse jurisprudentie en is de functionally separate entity approach onder omstandigheden toelaatbaar.

⁸² Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003, Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van 3 juni 2003.

⁸³ Kemmeren 2003 (deel 1), par. 4.1 en 4.2.

⁸⁴ HR 27 april 1960, nr. 14 172, *BNB* 1960/167 en HR 12 februari 1964, nr. 15 068, *BNB* 1964/95.

⁸⁵ HR 23 januari 1974, nr. 17 237, *BNB* 1986/100.

⁸⁶ HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263.

⁸⁷ HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263.

6.1.1 Realiteitsbegrip.

De visie van de OESO is dat de zelfstandige benadering van de vaste inrichting moet leiden tot een meer consistent systeem. Uit de OESO-benadering kan worden afgeleid dat al winsten aan een vaste inrichting worden toegerekend ook al heeft de generale onderneming nog niets gerealiseerd.⁸⁸ De keerzijde van deze zienswijze is dan ook dat de staten problemen ondervinden met toepassing van het realiteitsbeginsel, dat inhoudt dat winsten niet belast kunnen worden wanneer deze winsten nog niet zijn gerealiseerd. Daarnaast kunnen er complicaties optreden in de context van één economische markt, zoals de Europese Unie. De OESO-benadering erkent dat in een binnenlandse verhouding, bij bijvoorbeeld een overdracht van een bepaald activum of vermogensbestanddeel, tussen delen van dezelfde onderneming geen winst gerealiseerd wordt, maar dit wel ziet wanneer het hoofdhuis in de ene staat een vaste inrichting heeft in de andere staat.⁸⁹

De historische ontwikkelingen van belastingverdragen ziet meer op de interpretatie van art. 7 lid 2 OESO als een beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting. Het arm's lengthbeginsel kan worden teruggevonden in onderzoeken van de Volkenbond, zoals ik in hoofdstuk 2 al heb vermeld. In deze onderzoeken is geconcludeerd dat vaste inrichtingen van internationale ondernemingen, waar mogelijk, behandeld dienen te worden als onafhankelijke delen en dat de kosten van goederen geleverd door de vaste inrichting aan het hoofdhuis, of vice versa, gezien moeten worden als onafhankelijke markttransacties. Daarnaast gold als aanbeveling dat aan internationale ondernemingen toegestaan was om ongerealiseerde winsten te elimineren.⁹⁰ De OESO-benadering geeft een uitgebreide analyse om winsten toe te rekenen. De vraag is of daarnaast ook nog een toetsingskader dient te worden geïntroduceerd om te kijken of de winsten die evenwichtig toegerekend zijn ook daadwerkelijk zijn gerealiseerd.

6.1.2 Leer van het gedeelte.

Nochtans komt uit de literatuur naar voren dat de beperkte zelfstandigheid onder andere gebaseerd is op de congruentieleer.⁹¹ Zoals ik al kort heb beschreven in paragraaf 2.3.1 houdt deze leer, ook wel leer van het gedeelte genoemd, in dat winsten die worden toegerekend aan de vaste inrichting ook in de generale onderneming tot uitdrukking moeten komen.

Het deel van de winst van de onderneming, dat kan worden toegerekend aan de buitenlandse vaste inrichting is vatbaar voor aftrek van dubbele belasting. Wanneer dus de leer van het gedeelte van toepassing zou zijn dient de buitenlandse winst begrepen te zijn in de winst van de generale

⁸⁸ Kemmeren 2003 (deel 1), par. 4.1.

⁸⁹ Baker & Collier 2009, p. 201.

⁹⁰ Vogel 1999, p. 432.

⁹¹ Peeters 2004, par. 3.

onderneming. Dit zou er toe leiden dat de buitenlandse winst waarvoor aftrek ter voorkoming van dubbele belasting is toegestaan kleiner zou zijn dan de winst die voor de ondernemingsplitsing aan de vaste inrichting is behaald. Dit betekent echter dat de buitenlandse winst groter is dan de in de generale onderneming begrepen filiaalwinst.⁹²

Deze discrepantie is eenvoudig te verklaren wanneer de generale onderneming uitgaat van de historische kostprijs van een bepaald activum en daar over afschrijft, en de vaste inrichting daarentegen bij fictieve overdracht van dat goed uitgaat van de (actuele) marktprijs. De Hoge Raad heeft dit echter beperkt.⁹³ Bij het berekenen van de winst uit buitenlandse onderneming dient de afschrijving over het overgebrachte bedrijfsmiddel eveneens plaatsvinden op basis van de waarde in het economische verkeer. Het lijkt in overeenstemming met de bedoeling van het systeem om op dat moment het afschrijvingspercentage voor het desbetreffende bedrijfsmiddel voor de berekening van de buitenlandse winst aan te passen en met inachtneming van de geldende nog resterende levensduur. Ervan uitgaande dat de werkelijke waarde hoger is dan de boekwaarde zal het effect zijn dat er een hogere afschrijving is, en daardoor een lagere winst uit buitenlandse onderneming en zo minder aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. De fictie gaat echter niet zover dat de overdracht leidt tot een verplichte afrekening over het verschil tussen de waarde in het economische verkeer en de fiscale boekwaarde.

Naar mijn opvatting is de leer van het gedeelte geen goed alternatief. Want door sec te kijken naar de activiteiten in het buitenland dient de vaste inrichting, mede op grond van de rechtspraak van het HvJ EG, niet te verschillen van een dochtervennootschap. Bij de overgang van bijvoorbeeld activa aan de vaste inrichting dient dan een bepaalde winstopslag in acht te worden genomen. Dit verklaart een gedeelte van de buitenlandse vaste inrichtingswinst die niet tot uitdrukking komt in de winst van de generale onderneming.

6.2 Enkele benaderingen.

De OESO heeft een zeer evenwichtig systeem willen creëren. Ze is uitgaan van een absoluut zelfstandige vaste inrichting en ze heeft een uitgebreide analyse ontworpen om winsten toe te rekenen, waarmee deze zelfstandigheidsfictie wordt vormgegeven. Het staat echter niet vast dat de benadering van de OESO de enige benadering is en mogelijk andere gedachten eenvoudiger of tot een meer aanvaardbaar resultaat leiden.

⁹² Lancée 1967, p. 40-44.

⁹³ HR 12 februari 1964, nr. 15 068, *BNB* 1964/95 (Hopperzuigerarrest).

6.2.1 *'At arm's length'.*

De basis voor de toerekening van winsten aan een fictief zelfstandige vaste inrichting is het arm's lengthbeginsel. Dit beginsel is sinds begin twintigste eeuw een vast begrip in het internationale belastingrecht en is opgenomen in vele belastingjurisdicties, onder andere het Nederlandse belastingstelsel. Men kan zich afvragen of het fundament van winsttoerekening complicaties met zich meebrengt en juist moet worden uitgegaan van een andere benadering. De OESO-lidstaten erkennen de nadelen van het arm's-lengthbeginsel. Zij blijven echter bij hun mening dat het arm's-lengthbeginsel van toepassing moet zijn op de evaluatie van verrekenprijzen. Aangevoerd wordt dat het arm's-lengthbeginsel in theorie betrouwbaar is, omdat het de vrije markt het beste benadert in geval van leveringen van goederen en diensten tussen gelieerde ondernemingen. Daarnaast is er in feite geen realistisch alternatief voor het arm's lengthbeginsel.

6.2.1.1 *Bezwaren.*

Zoals ik hiervoor al heb vermeld brengt een arm's lengthmethode een zware last met zich mee. Het documentatievereiste weegt zwaar op de schouders van de generale onderneming. Naast het feit dat het gecompliceerd is bij niet een, maar wanneer er sprake is van meerdere vaste inrichting in een generale onderneming.

En als de documentatie op orde zou zijn, is in de praktijk het vast stellen van een arm's lengthprijs of een onafhankelijke arm's lengthsituatie niet altijd eenvoudig. Vaak zijn de geleverde goederen of diensten zo uniek en specifiek dat ze in andere gevallen, laat staan in onafhankelijke situaties, niet of nauwelijks voorkomen. Wanneer de juistheid van de prijsstelling en arm's lengthomstandigheid onzekerder wordt, zal ook de winstallocatie steeds verder afwijken van hetgeen redelijk is.

Daarnaast is het arm's lengthbegrip vaak niet in lijn met de economische realiteit. Bij het arm's lengthbeginsel wordt uitgegaan dat de vaste inrichting binnen een concern een afzonderlijke entiteit is die op basis van vrije marktvoorwaarden handel drijft met andere onderdelen van de groep. De essentie van een multinational is echter de mogelijkheid als een eenheid op te treden op de wereldmarkt en daarmee concurrentievoordelen te behalen. Bij het arm's lengthbeginsel worden economische aspecten uit het oog verloren. De hogere efficiency die doorgaans wordt gerealiseerd, wordt niet erkend. Tevens kunnen schaalvoordelen en synergie-effecten niet via het arm's lengthbeginsel worden verdeeld binnen de groep op een objectieve manier. Hierbij kan er gesteld worden dat ook, naast het arm's lengthbeginsel, de Authorised OECD Approach en daarmee het de toerekeningsanalyse te nauw kijkt naar een onafhankelijke zelfstandige situatie en zo andere zaken uit het oog verliest.⁹⁴

⁹⁴ Hamaekers 1999, p. 166 en 167.

6.2.1.2 Alternatief.

Een van de in de literatuur genoemde alternatieven is de ‘Global formulary apportionment’. In de meest extreme vorm verdeelt deze methode de geconsolideerde winst van een concern over de onderdelen in de verschillende landen op forfaitaire wijze aan de hand van een bepaalde formule. Deze verdeelsleutel kan onder andere gebaseerd zijn op omzet, kosten, activa of loon. Een minder vergaande vorm van deze methode ziet op een winstsplitsing op basis van dezelfde verdeelsleutel dan wel op basis van werkelijke economische functies in een onafhankelijke situatie. Deze sluit echter weer aan op het arm’s lengthbeginsel. De global formulary apportionment zou als voordeel hebben dat er beter rekening gehouden wordt met de integratie binnen een multinational en daarmee de economische realiteit meer recht aan zal worden gedaan.

Naar mijn mening zal deze methode veel onduidelijkheid bieden bij toepassing op winsttoerekening aan de vaste inrichting. Het zit juist in factoren van omzet, kosten, activa en eventueel loon. Daarin moet een systeem evenwicht en rechtszekerheid brengen om deze factoren te herkennen en toe te rekenen. Wanneer deze al bij voorbaat onduidelijk zijn en een systeem gewenst is om hier vorm aan te geven, dan is de global formulary apportionment ook al bij voorbaat onpraktisch.

De OESO voert onder andere aan dat deze benadering leidt tot willekeurige uitkomsten. Volgens haar zullen landen geneigd zijn de factoren uit de verdeelsleutel zodanig vorm te geven waardoor ze een gunstig resultaat opleveren. Activiteiten die zien op bijvoorbeeld de omzet of activa zullen worden overgeheveld naar een laagbelastend land. Daarnaast is een forfaitaire winstbepaling erg hypothetisch te noemen en de verdeelsleutel niet het juiste middel is om hier een systeem in aan te brengen. Als de verdeelsleutel bijvoorbeeld mede is gebaseerd op de gemaakte kosten, dan kan een inefficiëntie door de multinational worden beloond met een hogere winsttoedeling.

Een ander alternatief is een Europese vennootschapsbelasting. Deze belasting zou worden geheven door een EG-orgaan gebaseerd op het geconsolideerde resultaat van een multinational. De opbrengst zou worden verdeeld over de lidstaten volgens een bepaalde overeengekomen formule. Dan zou een groot gedeelte van de fiscale problematiek wegvallen binnen de EU, waaronder Transfer pricing, fusies en eventuele bronbelasting op dividenden en royalty’s. Daarnaast zouden verliezen in Europa gecompenseerd kunnen worden.⁹⁵ Theoretisch is dit een uitstekend uitgangspunt, maar in de praktijk zal dit niet te realiseren zijn. Binnen de EU heeft men te maken met 27 verschillende belastingjurisdicties. Ieder van deze staten is soeverein. Dat wil zeggen dat niet alleen druk komt op het onderhandelingsproces, maar ook dat een uniform belastingstelsel niet realiseerbaar is wanneer elke lidstaat nog regelgeving heeft met het oog op belastingconcurrentie.

⁹⁵ Hamaekers 1999, p. 170-172.

6.2.2 *‘Relevant business activity’ benadering.*

Naast de ‘functionally separate entity approach’ heeft de OESO in haar rapport ook een andere visie behandeld, namelijk de ‘relevant business activity approach’.⁹⁶ Deze benadering gaat uit van winsten van de generale onderneming, verwijzend naar alleen de winst van de bedrijfsactiviteit, de business activity, waarin de vaste inrichting participeert. Het gevolg hiervan is dat de aan de vaste inrichting toe te rekenen winst nooit meer kan zijn dan de winst die het lichaam als zodanig heeft behaald met de desbetreffende bedrijfsactiviteiten. De winst waar het hier om gaat is de winst die resulteert uit transacties van het lichaam met onafhankelijke derden en transacties met verbonden lichamen. Wanneer de bedrijfsactiviteiten handelingen van andere delen van de generale onderneming inhouden waarmee verliezen worden geleden, gecreëerd door de andere delen van die generale onderneming, dan vermindert dit de winst van de eerstbedoelde vaste inrichting. Dit is te verklaren vanwege het feit dat het verlies de totale winst van de gehele onderneming vermindert met betrekking tot de bedrijfsactiviteit. Aan de andere kant worden verliezen geleden vanwege een bedrijfsactiviteit waarbij geen rekening wordt gehouden bij de winst van de vaste inrichting, wanneer deze activiteiten geen deel uit maakt van de ‘relevant business activity’ die wordt uitgeoefend door de vaste inrichting.

In de praktijk zal deze benadering leiden tot waarschijnlijk een beperking van de toerekening van winst aan de vaste inrichting door de prestatie van andere delen van de onderneming. De OESO voert aan dat als de relevant business activity geacht wordt alle bedrijfsactiviteiten van de productielijn te omvatten, dat wil zeggen de research and development, vervaardiging en distributie, dan zou het niet mogelijk zijn om de winsten aan de vaste inrichting toe te rekenen voor het uitoefenen van bijvoorbeeld alleen de distributie. Zelfs als uit een vergelijkbaarheidsanalyse van ongecontroleerde handelingen verricht door onafhankelijke distributeurs blijkt dat van zulke toerekening aan de vaste inrichting sprake dient te zijn. Hierdoor is geen juiste afspiegeling te zien welke activiteiten nu specifiek door de desbetreffende vaste inrichting wordt uitgevoerd. Daarentegen wordt een veel te ruwe toerekening van een geheel productieproces gealloceerd. Anderzijds als de relevant business activity approach eerder nauwer is bepaald aan de hand van de functie dan naar het productieproces, dan zal er minder uitoefening van die functie zijn door andere onderdelen van de generale onderneming. Zodat er minder gevallen zouden zijn waarin een winstbeperking zou worden voorkomen. Hoe dan ook, de vaststelling van de relevant business activity is gecompliceerd wanneer zowel de vaste inrichting als andere delen van de generale onderneming deelnemen in dezelfde activiteiten.

⁹⁶ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 23-24.

Daarnaast is het de vraag hoe staten het benaderen. Voor sommige landen geldt de beperking in het kader van de relevant business activity op basis van de brutowinst. Voor andere kan dat afzonderlijk op grond van de inkomens en uitgaven zijn. Andere kunnen bijvoorbeeld uitgaan van een gecombineerde nettowinst van verschillende onderdelen van de onderneming. Hierin zit het gevaar van ongelijke behandeling door staten, wanneer de ene in eigen land uitgaat van brutowinsten en de andere van nettowinsten. Bij de 'functionally separate entity approach' gaat het om specifiek de winst van de vaste inrichting en daarbij, in tegenstelling tot de 'relevant business activity' approach, niet hoofdzakelijk kijkend naar de winst van de generale onderneming als geheel per bedrijfsactiviteit. Op grond van het arm's lengthbeginsel kan dan ook geen twijfel ontstaan waarop de winst van de vaste inrichting gebaseerd is. Bij de relevant business activitybenadering is dit echter wel het geval en kan daardoor leiden dubbele belasting of dubbele niet-belasting, bij bijvoorbeeld nettowinst tegenover brutowinst.

6.2.3 Oorsprongbeginsel.

Waar in de huidige verdragen hoofdzakelijk wordt aangesloten bij het woonplaatsbeginsel kan ook bij de heffing van belasting van een evenwichtiger principe worden uitgegaan, namelijk het oorsprongbeginsel. Dit beginsel is een juridisch beginsel. Bij deze gedachte kunnen innerlijke tegenstrijdigheden ten gunste van de woonstaat van de genietster van het voordeel opgelost worden. Hierbij kan een oplossing gezien worden ten gunste van de staat waar het voordeel is ontstaan.⁹⁷ De oorsprong van inkomen ligt daar waar het intellectuele element wordt aangetroffen. Dit wordt geleverd door de activiteiten van individuele mensen. Alleen natuurlijke personen kunnen inkomen creëren. De allocatie aan een belastingjurisdictie dient bij het oorsprongbeginsel te worden beperkt tot een substantiële economische inkomensproducerende activiteit (sica) in de desbetreffende staat. Hierbij is de betekenis van substantieel dat een activiteit een essentieel en belangrijk onderdeel is van de activiteit als geheel. Hierbij heeft de economische locatie de voorkeur. Dit betekent dat de jurisdictie over het bezit van het vermogen wordt gegeven aan de staat die een juridisch kader en/of fysieke infrastructuur verschaft om het vermogensbestanddeel tot stand te brengen en te houden. Exclusieve heffing wordt toegekend aan de bron- of oorsprongstaat, dus de staat van de economische locatie. Dit impliceert een heffingsgrondslagvrijstelling, ook wel objectieve vrijstelling, voor het andere land.

Enkele economische beginselen houden hiermee verband, namelijk 'kapitaal- en arbeids-export-neutraliteit (KAEN) en kapitaal-en arbeids-import-neutraliteit (KAIN). Het oorsprongbeginsel gaat uit van KAIN. Deze denkwijze houdt in dat arbeid en kapitaalfondsen die hun oorsprong vinden in

⁹⁷ Kemmeren 2001.

verschillende staten op gelijke voet dienen te concurreren op de arbeids- en kapitaalmarkten van iedere staat ongeacht de woonplaats van de arbeider of investeerder.

Dus wanneer een siea verricht wordt in een bepaald land dient de producent (of debiteur) hiervan niet anders te worden behandeld dan inwoners van de desbetreffende staat waarin de economische locatie is gelegen.

De OESO gaat uit van het woonplaatsbeginsel. Hierbij wordt een inwoner van een staat belast voor zijn wereldinkomen, waarbij hij verrekening krijgt voor het deel van zijn inkomen dat belast is in het buitenland. Er is dus geen sprake van een objectvrijstelling, maar van een verrekening. In het oogpunt van het oorsprongbeginsel is de kritiek dat de OESO niet KAIN, maar KAEN aanhangt. Dit principe houdt in dat een genietster van inkomen hetzelfde totale bedrag aan (binnenlandse of buitenlandse) belastingen dient te betalen ongeacht of hij een bepaald arbeids- of vermogensinkomen uit buitenlandse of binnenlandse bronnen geniet. Hierbij wordt geheel geen rekening gehouden met eventuele heffing in de oorsprongstaat.

Art. 7 OESO bepaalt dat winst behaalt door een inwoner van de ene staat belast is in die ene staat, tenzij er sprake is van een vaste inrichting. Dan is de winst belast in de andere staat, de oorsprongstaat. Naar mijn mening is niet aangesloten bij het oorsprongbeginsel, maar een gelijkenis getrokken met de dochtervennootschap, die op grond van haar inwonerschap onderworpen is aan een winstbelasting in het andere land. De belasting geheven over de activiteiten binnen de vaste inrichting door de oorsprongstaat wordt dan ook mijns inziens geheven op grond van het woonplaatsbeginsel. Een evenwichtige heffing wordt juist benadrukt in het oorsprongbeginsel. Daar waar het inkomen wordt geproduceerd wordt het belast. Het woonplaatsbeginsel haalt de heffingsrechten over een inkomen in een ander land naar zich toe.

Nederland gaat in beginsel uit van een vrijstelling voor actieve inkomsten. Daarmee wordt aan KAIN vervolg gegeven. Een dochteronderneming of vaste inrichting dient te concurreren op de lokale markt en niet nog te worden beperkt met heffingen uit de andere staat. Dus een woonstaat moet dus niet bijheffen wanneer hier een hoger tarief geldt. Dit is een Angelsaksische gedachte, die onder andere door de OESO wordt gevolgd.

De heer Kemmeren bepleit dat een siea aanwezig is indien de desbetreffende ondernemingsactiviteit een essentieel en belangrijk onderdeel van de ondernemingsactiviteit van de onderneming als geheel vormt. De onderneming is voor verdragsdoeleinden dan een zelfstandige en duurzame organisatie die gericht is op het deelnemen aan het economische verkeer m.b.v. arbeid en/of kapitaal met het oogmerk om winst te maken die redelijkerwijs te verwachten is. Hierbij kan een stappenplan gehanteerd worden om tot een toerekening van de siea te kunnen komen. Ten eerste moet er een onderneming zijn, daarnaast is de vraag van belang waar de siea verricht is en aan wie deze siea moet worden toegerekend. Indien een onderneming van een persoon niet alleen substantiële

ondernemingsactiviteiten in één verdragssluitende staat maar ook in de andere staat verricht, dan moeten de winsten aan beide staten worden toegedeeld voor zover het inkomen in de staten is geproduceerd. De juridische vorm van dit deel van de onderneming, een filiaal of dochter, dient irrelevant te zijn. Om te bepalen of het inkomen in de ene staat of de andere is geproduceerd is het arms' lengthbeginsel beslissend. Deze gedachte sluit ook aan bij de uitspraak van het HvJ EG⁹⁸. Het HvJ EG heeft bepaald dat het niet uit moet maken in welke hoedanigheid, een dochtervennootschap of een vaste inrichting, activiteiten in een andere staat worden uitgeoefend.

Naar mijn opvatting is het oorsprongbeginsel een evenwichtiger uitgangspunt om te mogen heffen. Maar zowel het woonplaatsbeginsel als het oorsprongbeginsel stuiten op hetzelfde probleem. De toerekening. Welk deel van de winst komt op in welke staat? Daarbij is in essentie opnieuw de functionele en feitelijke analyse van toepassing. Het verschil hierbij is dat het oorsprongbeginsel ook de dochtervennootschap erbij betreft, want het maakt voor dit principe niet uit waarin de activiteiten gestalte krijgen. Maar dit neemt niet weg dat het probleem bij onzuivere handelingen door de vaste inrichting is opgelost. Voornamelijk bij halffabricaten en interne diensten. Wat precies aan elke staat moet worden toegerekend is niet altijd eenvoudig. Dan kan weer teruggekomen worden op de problematiek met betrekking tot de vergelijkbaarheidsanalyse.⁹⁹

6.3 Knelpunten.

Uit deze bijdrage is gebleken dat aan de OESO-benadering toch enige minpunten zitten. De vergelijkbaarheidsanalyse is een ideologisch principe met een uitgebreid duidelijk model in theorie. De keerzijde hiervan is dat het in de praktijk niet eenduidig ineen steekt. Daarnaast kan een thincapregeling niet achterwege blijven in een verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Deze regeling blijkt in beginsel van toepassing te zijn. En daarbij komt wanneer deze wel in uitvoering wordt gebracht er enige haken en ogen aan zitten. Bovendien wringt de Authorised OECD Approach nog op andere vlakken.

6.3.1 Veel visies over toerekening van 'free capital'.

Het toerekenen van kapitaal van de generale onderneming naar de vaste inrichting kan gezien worden als een zeer vergaande vorm. De vaste inrichting heeft wel door de jaren heen een verdere verzelfstandiging meegemaakt, maar tot het bezit van eigen toegerekend kapitaal is pas in de laatste jaren sprake van. De voorwaarde die de OESO hierbij stelt is dat de vaste inrichting in de kredietwaardigheid dient te delen van de onderneming als een geheel.

⁹⁸ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), BNB 2000/75.

⁹⁹ Zie hoofdstuk 5, met name paragraaf 5.3.

Het toerekenen van kapitaal is gekoppeld aan de gealloceerde activa en risico's. Een kernpunt bij deze problematiek is dat er sprake is van een interne geldverhuizing. Daarnaast is het de vraag hoe het kapitaal in rekening moet worden genomen bij de gehele onderneming. De OESO voert aan dat bij over- en onderkapitalisatie van de vaste inrichting renteaanpassing dient plaats te vinden. Deze renteaanpassing zal dan middels een onderlinge overlegprocedure gestalte krijgen. De onderlinge overlegprocedure, de 'Mutual agreement procedure', is bepaald in art. 25 OESO.

Op grond van de OESO-benadering zal bij toerekening van kapitaal de eerste stap zijn het schatten van risico's en het waarderen van de activa. Dit is echter een moeilijke opgave, aangezien activa bijvoorbeeld gewaardeerd kunnen worden aan de hand van de historische kostprijs, de actuele waarde of de boekwaarde. Daarnaast zijn risico's moeilijk in te schatten. De onderdelen van de vaste inrichting bevinden zich vaak in verschillende marktsectoren waar andere risico's en strategieën worden uitgedrukt.

Binnen stap twee zal het kapitaal bepaald worden dat deze risico's en activa ondersteunt, waarbij een benadering dient te worden toegepast. Er zijn echter veel benaderingen die zien op de manier hoe kapitaal vastgesteld kan worden.

6.3.1.1 De benadering van kapitaalstoerekening: 'the capital allocation approach'.

Deze benadering ziet op het daadwerkelijk te nemen kapitaal gekoppeld aan de uitgeoefende activa en genomen risico's. Wanneer de generële onderneming een kapitaalstructuur hanteert die consistent is met een structuur in situaties met betrekking tot onafhankelijke ondernemingen, dan kan het kapitaal op basis van het arm's lengthbeginsel toegerekend worden aan de vaste inrichting. Een probleem bij deze benadering is dat er gevallen zich kunnen voordoen waarbij de vaste inrichting in zijn geheel volstrekt verschillende bedrijfsactiviteiten kan hebben dan de generële onderneming. Daarnaast kunnen er sprake zijn van andere marktvoorwaarden en –omstandigheden in de vaste inrichtingsstaat tegenover de staat of staten van de overige onderdelen van de generële onderneming. Normaal gesproken zou een functionele en feitelijke analyse dit probleem oplossen, maar bij marktvoorwaarden zijn de risico's niet voldoende waarneembaar en buiten het bereik van het arm's lengthbegrip.

Een ander probleem is dat als de gehele onderneming op zichzelf weinig kapitaal bezit. Bij een allocatie van free capital naar een vaste inrichting 'at arm's length' zal dan vaak een daadwerkelijke aanpassing in het kapitaal van de onderneming uitblijven.

6.3.1.2 De economische wijze van kapitaaltoerekening: 'Economic capital allocation approach'.

Binnen deze benadering is de allocatie van kapitaal niet gericht op regelgeving, zoals dat wel gebeurt bij financiële instellingen, maar eerder op het economische kapitaal. In dat geval zal meer gekeken worden naar de risico's bij ontwikkeling van producten en bij gepatenteerde technologie. De ratio hierbij is dat wetgevers alleen kijken naar risicogeveallen die schadelijk zijn voor hun eigen regelgeving en niet naar de risico's die een grote impact kunnen hebben op de winstgevendheid van banken. Deze benadering is niet uitvoerbaar voor financiële instelling die een uitgebalanceerd risicometingssysteem hanteren. De vraag is of het dan wel toepasbaar zou zijn bij niet-financiële instellingen.

6.3.1.3 De 'thin capitalisation approach.'

Bij de thincappedachte wordt meer aansluiting gezocht naar de situatie bij onafhankelijke ondernemingen. Deze visie ziet op een gelijk aantal van toerekenbaar kapitaal bij een vaste inrichting als bij een onafhankelijke onderneming die zich met dezelfde activiteiten bezighoudt onder dezelfde marktvoorwaarden. Dit zou dan worden ondersteund door middel van een vergelijkbaarheidsanalyse. Hierbij zou ook de omvang van 'echt' toerekenbaar kapitaal, het eigen vermogen, en het vermogen waarbij een schuld is aangegaan bepaald dienen te worden. Dit is niet eenvoudig vast te stellen, omdat rekening gehouden moet worden met de kapitaalstructuur van de gehele onderneming en de werkelijke structuur binnen onafhankelijke ondernemingen in de bronstaat die dezelfde activiteiten verrichten onder dezelfde voorwaarden.

Het probleem is dat op die manier bij elk activum, risico en elke functie de ratio met gehanteerd eigen vermogen en vreemd vermogen moet worden vast gesteld. Dat is uiterst gecompliceerd.

Daarnaast kan bij een vergelijken op het niveau van de vaste inrichting met een onafhankelijke onderneming een dusdanig resultaat opleveren dat het toegerekende kapitaal in wanverhouding staat met het kapitaal dat aanwezig is in de generale onderneming.

6.3.1.4 De benadering van de veilige haven c.q. solide basis: 'the Safe harbour approach'.

Deze wijze is een quasi-thin capitalisationbenadering en houdt in dat van de vaste inrichting vereist is dat ze tenminste het gelijke bedrag aan kapitaal heeft voor regelgevingsdoeleinden als bij een onafhankelijke onderneming.

De OESO steunt deze gedachte niet, aangezien er aan belangrijke interne voorwaarden voorbij wordt gegaan, bijvoorbeeld de gelijke kredietwaardigheid van de vaste inrichting met de generale

onderneming. Daarentegen accepteert de OESO de benadering, voor zover deze niet strekt tot een grotere toerekening dan zou zijn geschiedt op grond een de OESO-benadering.

Het knelpunt hierbij is dat er moeilijk referentiepunten te vinden zijn. Veelal zien deze op sectoren en die zijn lastig te vergelijken. Daardoor is er geen oplossing gevonden voor alle belastingplichtigen.

Een verdergaande uitvoering van deze visie is zou te dicht bij de thincapbenadering komen te staan die niet altijd even praktisch is gebleken.

6.3.2 Te veel druk op de 'Mutual agreement procedure'.

Het doel van de OESO is een breder vlak aan consensus te creëren met betrekking tot art. 7 OESO, in het bijzonder voor het uitvoeren bij 'Mutual agreement' procedures en daarbij de interpretatie van belastingverdragen gebaseerd op het OESO-modelverdrag.¹⁰⁰ Naar mijn mening is het doel een zo duidelijk mogelijk systeem, waarbij landen bij een conflict eerder tot een oplossing komen dan wanneer zij een onderlinge overlegprocedure opstarten. In dit kader meen ik niet dat meer zaken opgelost dienen te worden middels een onderlinge overlegprocedure. Deze functioneert als een uiteindelijk redmiddel. De OESO wijkt hier mijn inziens vanaf.

Een eenduidig en duidelijk systeem is gewenst waaraan de belasting rechtszekerheid kan ontlelen. In mijn bijdrage is gebleken dat er aan de functionele en feitelijke analyse van de OESO enkele haken en ogen zitten. Wanneer zulk systeem niet gelijk tot een oplossing leidt wordt dit een grote last voor elke belastingdienst in iedere staat. Ingeval er met ieder land overleg moet worden gepleegd kunnen kosten noch moeite gespaard worden. Meerdere procedures zullen niet uitblijven, aangezien de Authorised OECD Approach eenvoudigweg geen sluitend systeem is.

Ik vraag me af of deze richting moet worden ingegaan. Ik zie ook in dat bij een vaste inrichting meer aansluiting moet worden gezocht bij de dochtervennootschap, maar dat moet gebaseerd zijn op een accuraat toerekeningsmodel dat niet moet leiden tot lastenverzwaring bij zowel de belastingplichtige als bij de belastingdienst.

6.4 Tussenconclusie en beantwoording van de deelvragen.

In mijn onderzoek komt naar voren dat onder andere de vergelijkbaarheidsanalyse en de thincapregeling problemen op kunnen leveren. Met als gevolg dat de OESO-benadering aanzienlijk onder druk komt te staan. Toch kan ik me vinden de globale visie dat de vaste inrichting naast de dochtervennootschap moet komen te staan en beperkte zelfstandigheid van de vaste inrichting mijns inziens geen alternatief is. Tevens is het arm's length beginsel een tot nu toe het beste uitgangspunt om absolute zelfstandigheid te kunnen bereiken.

¹⁰⁰ OESO-Rapport 17 juli 2008, p. 10.

Bij het toerekenen van kapitaal zie ik dat rechtszekerheid niet bereikt wordt. Er zijn veel benaderingen mogelijk om kapitaal toe te rekenen, waarvan elke benadering minpunten kent. Wanneer staten verschillende visies hanteren zal onduidelijkheid niet uitblijven. Anders gezegd zal het systeem van allocatie van kapitaal niet tot consensus leiden. Dit is echter een zwakte die ten gevolge kan hebben dat er geen rechtszekerheid bestaat voor de belastingplichtige. Daarnaast is gebleken dat de OESO-benadering niet expliciet een vast te stellen som aan kapitaal kan opleveren. Er kan onderscheid bestaan tussen marktsectoren en marktvoorwaarden die een eenduidige toerekening van kapitaal in de weg staan.

De zelfstandigheidsfictie door de OESO gegeven is niet meer dan juist. Daarentegen moet niet voorbij worden gegaan aan het feit dat het systeem om dit te bereiken onduidelijk is, niet eenduidig is en zodoende rechtszekerheid in het geding komt. Deze rechtszekerheid kan in die optiek niet bereikt worden met Mutual agreement. Voor de belastingplichtige blijft zijn situatie onzeker wanneer hij niet terug kan vallen op een consistent systeem en moet afwachten of staten overeen kunnen komen. Toepassing van de onderlinge overlegprocedure dient te worden beperkt.

Uiteindelijk sluiten staten onderling verdragen met elkaar teneinde afspraken te maken over hoe bepaalde inkomensbestanddelen in de belastingheffing worden betrokken en dubbele belastingheffing over hetzelfde object te voorkomen. Het OESO-modelverdrag functioneert als een standaard concept om deze verdragen tussen lidstaten vorm te geven. De OESO bepaalt dat dubbele belastingheffing voorkomen dient te worden middels een vrijstelling dan wel een verrekening, op grond van art. 23A en 23 B OESO. Met betrekking tot de winst uit onderneming heeft de OESO een uitvoerig systeem ontwikkeld om winsten te kunnen alloceren aan de vaste inrichting, waardoor niet dezelfde activa, risico's of kapitaal kunnen plaatshebben in zowel de woonstaat van de generale onderneming als de bronstaat van vaste inrichting en zo dubbele heffing wordt voorkomen. Wanneer er geen eenduidig en duidelijk systeem is kan men telkens de vraag stellen of voorkoming van dubbele belasting wel wordt bereikt en of de Authorised OECD Approach daar een belangrijke rol in speelt.

Hoofdstuk 7 Recapitulatie, conclusie en aanbeveling

Ik steun de OESO in haar pleidooi dat bij een vaste inrichting meer aansluiting moet worden gezocht bij de dochtervennootschap. Naar mijn opvatting zijn de activiteiten die in het buitenland plaatsvinden essentieel, ongeacht in welke vorm deze gestalte krijgen. Deze stellingname ontleen ik mede aan de jurisprudentie van het HvJ EG. Het HvJ EG heeft meerdere malen bepaald dat geen onderscheid gerechtvaardigd is tussen een dochtervennootschap en een vaste inrichting wanneer dit in strijd is met de vrijheid van vestiging. Daarbij kan afgeleid worden dat ook het HvJ EG grensoverschrijdende activiteiten c.q. het buitenlands object essentieel acht.

Deze activiteiten dienen uiteindelijk ook toegerekend te worden aan de vaste inrichting. Dit dient aan de hand van een duidelijk en eenduidig systeem vastgesteld te worden. Het arm's lengthbeginsel is hierbij het beste uitgangspunt. Wanneer dit beginsel van kracht is kunnen zodoende ook de Transfer pricingrichtlijnen niet uitblijven. Het is in mijn onderzoek naar voren gekomen dat Transfer pricing een basis vormt en een controlerende rol invult bij de OESO-benadering, onder andere vanwege het feit dat beiden uitgaan van eenzelfde vergelijkbaarheids- en toerekeningsanalyse. Hoewel binnen Transfer pricing en de 'Authorised OECD Approach' de analyses uitgebreid zijn uiteen gezet, zitten er mijns inziens enkele haken en ogen aan het systeem van toerekening. Tevens blijft de nationale wetgeving, bijvoorbeeld de Nederlandse thincapregeling in gebreke. Deze regeling is niet eenduidig en zorgt niet voor een gelijke positie tussen de dochtervennootschap en een vergaande verzelfstandigde vaste inrichting.

Daarbij trek ik de conclusie dat alleen wanneer de OESO en de staten elk bijdragen aan een eenduidig systeem, dubbele belasting uiteindelijk voorkomen zal worden. Naar mijn mening is dit het doel bij een in de huidige tijd heersende mondiale markt.

Een zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting zie ik dus als wenselijk, maar in de huidige vorm zal de vergelijkbaarheidsanalyse niet de juiste maatstaf zijn om fictief winsten aan vaste inrichtingen toe te rekenen. In het bijzonder de uitleg en benadering van de people's functions kan door elke mogendheid verschillend worden opgevat, met complicaties als gevolg. Bepaalde activiteiten zijn vaak te uniek en enkel en alleen bestemd in de desbetreffende ondernemingsstructuur. Een vergelijking met onafhankelijke ondernemingen is zo onmogelijk. Dit vindt zijn oorzaak in een te theoretische en hypothetische norm. Met als gevolg dat er een aanzienlijke administratieve last drukt op de schouder van de belastingplichtige. De OESO dient dus een nieuw sluitend systeem op te stellen die elke andere benadering of interpretatie door verschillende lidstaten moet uitsluiten.

Mijn aanbeveling om het systeem eenduidiger te maken, houdt in dat de OESO duidelijkere normen moet stellen. Daarmee duid ik op meer gerichte inhoud bij specifieke activiteiten. Wanneer meer soorten activiteiten naar hun aard gecategoriseerd worden zal een vergelijkbaarheidsanalyse meer resultaat opleveren.

Hiernaast moeten bepaalde afgeleide visies, zoals bij toerekening van kapitaal achterwege gelaten worden. Het systeem blijft te hypothetisch wanneer de OESO nalaat een besluit neemt door te zeggen: 'dit is de manier waarop we het uitvoeren, en anders niet'. Het gevolg van een inconsistent systeem is dat zowel de belastingdienst als de belastingplichtige er geen zekerheid aan kunnen ontlelen. Mijns inziens moet niet de weg worden ingeslagen dat meer afgedaan wordt door middel van onderling overleg en daarmee een enigszins juiste toerekening wordt overeengekomen. Een duidelijk systeem door de OESO moet juist zoveel mogelijk mutual agreement procedures voorkomen.

Aan de andere kant zou ik aan de lidstaten adviseren dat zij afzonderlijk maatregelen moeten nemen. Om als voorbeeld te noemen heeft de Nederlandse staatssecretaris al een stap gemaakt naar een absolute zelfstandigheid van de vaste inrichting, door een maatregel voor te stellen met betrekking tot de verliesverrekening van de vaste inrichting. Daarnaast zie ik een oplossing om iedere lidstaat haar verdragenennetwerk te laten aanpassen. Er kan mijns inziens geregeld worden wat landen zien als winst of vermogen van de vaste inrichting en op die manier een maatstaf is om over te heffen en waarvoor vrijstelling wordt verleend. Wanneer er direct bilateraal geregeld is hoe landen omgaan met specifieke activiteiten en met de toerekening van winsten aan de vaste inrichting, dan zal de mondiale markt gediend worden van een juist uitgangspunt waaraan zekerheid door de belastingplichtige kan worden ontleend.

Literatuurlijst

Boeken.

Asser & Maeijer 1997

C. Asser & J.M.M. Maeijer, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Brunschot 2006

F. van Brunschot, *Van Brunschot bundel (De grote lijn)*, Deventer: Kluwer 2006.

Van der Geld 2009

J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer 2009.

Hafkenscheid & Hosman 1998

R.P.F.M. Hafkenscheid en A.T.G.M. Hosman, *Transfer pricing in het Nederlands belastingrecht* (Fed Fiscale Brochures), Deventer: Fed 1998.

Hamaekers 1999

H.M.A.L. Hamaekers, *Transfer pricing en het arm's length beginsel: historie, huidige situatie, toekomst* (Liberale Gifte: Vriendenbundel Ferdinand Grapperhaus), Deventer: Kluwer 1999.

Lancée 1959

L. Lancée, *Fiscale Winstsplitsing*, Deventer: Kluwer 1959.

Lancée 1967

L. Lancée, *Winstsplitsing*, deel I, Fed's fiscale brochures, IB:3.6, Amsterdam: Fed's fiscale brochures, IB:3.6 1967.

Van Raad 2009

C. Van Raad, *Teksten Internationaal en EG belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Raad 2009-2010

C. Van Raad, *Studenteneditie cursus Belastingrecht (internationaal Belastingrecht)*, Deventer: Kluwer 2009-2010.

Romyn 1999

M. Romyn, *Internationaal Belastingrecht*, Tilburg: Boekhandel Gianotten 1999.

Vogel 1999

K. Vogel, *Klaus Vogel on Double taxation conventions*, Londen: Kluwer Law International 1999.

Artikelen.

Baker & Collier 2009

P. Baker en R. Collier, 2008 OECD Model, 'Changes to the Commentary on Article 7 and the Attribution of Profits to Permanent Establishments', *Bulletin for International Taxation*, mei/juni 2009.

Bennett & Dunahoo 2005

M.C. Bennett en C.A. Dunahoo, 'The Attribution of Profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations', *Intertax* 2005, volume 33, issue 2.

Bennett & Russo 2009

M. Bennett en R. Russo, 'Discussion Draft on a New Art. 7 of the OECD Model Convention', *International Transfer Pricing Journal*, maart/april 2009.

Bouwman & De Weerdt-De Jong 2004

J.N. Bouwman en M.G. de Weerdt-de Jong, 'Richtlijn 2003/123/EG; de aanpassing van de moeder-dochterrichtlijn', *WFR* 2004/1597.

Brood & De Gier 2002

E.A. Brood en R. de Gier, 'Aandelen toerekenen aan een Nederlandse vaste inrichting', *Weekblad Fiscaal Recht*, 2002/1178.

Hamaekers 2001

H. Hamaekers, 'Arm's Length How Long?', *International Transfer Pricing Journal* 2001/2.

Hoogterp 2008

P. Hoogterp, 'Interestlasten vaste inrichtingen. Verschillen tussen jurisprudentie en OESO-rapport 2008', *WFR* 2008/1085.

Van Horzen 1993.

F. van Horzen, 'De vaste inrichting in de gemeenschappelijke markt', *WFR* 1993/1875.

De Hosson 2003

F.C. de Hosson, 'Het onderscheid vaste inrichting-dochtervennootschap bezien vanuit gemeenschappelijk perspectief', *WFR* 2003/1581.

Kavelaars & Van den Kommer 2006

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

Kemmeren 2001

E.C.C.M. Kemmeren, 'Principle of Origin in Tax Conventions, A Rethinking of Models', diss. 2001(doctoraalscriptie), Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg.

Kemmeren 2003 (deel 1)

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

Kemmeren 2003 (deel 2)

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

Kok 2008

Q.W.J.C.H. Kok, 'De grensoverschrijdende fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting', *WFR* 2008/795.

Van der Linde & Lamers 2004

R.W. van der Linde en A.W.G. Lamers, 'De interest- & royaltyrichtlijn', *WFR* 2004/349.

Owens 2002

J. Owens, 'Tax Administration in the New Millenium', *Intertax* 2002, Volume 30, Issue 4.

Peeters 2004

P.J.J.M. Peeters, 'De leer van het gedeelte is nog altijd geldend recht!', *FED Fiscale Studieserie* 2004/510.

Reuvers 1991

M.R. Reuvers, 'Is het einde van de arm's length methode in zicht?', *FED* 1991/295.

De Soeten 1990

G.H. de Soeten, 'De zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting', *WFR* 1990/1403.

De Soeten 1990

G.H. de Soeten, 'De zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting is een fictie', *WFR* 1997/1170.

Van der Wal 2009

N.M. van der Wal, 'Vaste inrichtingen en het gemeenschapsrecht: enkele kwetsbare onderdelen van de Nederlandse regelgeving', *WFR* 2009/436.

Van Wanrooij 2009

J.S.A. van Wanrooij, 'Comments on the Proposed Article 7 of the OECD Model Convention', *Intertax* 2009, volume 37, issue 5.

Parlementaire documenten.

- Brief Staatssecretaris van Financiën van 9 december 2003, nr. AFP2003/901M.
- Brief Staatssecretaris van Financiën van 5 december 2009, nr. DB2009/674 M, *V-N* 2009/62.14.
- Brief van 14 juni 2009 (*Kamerstukken II* 2008/2009, 31369, nr. 6).
- Wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001/641.

- MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2003/04, 29210, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 10, blz. 3-4.
- *Kamerstukken II* 2003/04, 29 210, nr. 25, blz. 33 (NEV II).
- *Kamerstukken I* 2003/04, 29210, nr. C, p. 21-22 (NV I).
- *Kamerstukken II* 2008/2009, 31369, nr. 6

- Wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001/641.
- *Stb.* 2000, 642, blz. 51.
- *Stb.* 2003, 526.
- *Stb.* 2005, 197, blz. 18.
- *Stb.* 2008, 574, blz. 14 en 28-29.

Jurisprudentie.

- B 8648
- HR 3 november 1954, rolnr. 11 928, *BNB* 1954/357
- HR 29 juni 1955, rolnr. 12 404, *BNB* 1955/302
- HR 27 april 1960, nr. 14 172, *BNB* 1960/167
- HR 12 februari 1964, nr. 15 068, *BNB* 1964/95.
- HR 23 januari 1974, nr. 17 237, *BNB* 1986/100.

- HR 7 mei 1997, nr. 30 294, *BNB* 1997/263
- HR 20 december 2002, Nr. 37 652 en *BNB* 2003/246 (noot J.A.G. van der Geld).
- HR 25 november 2005, nr. 40 858, *BNB* 2007/117.

- HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (Commissie v. Franse Republiek 'avoir fiscal').
- HvJ EG 27 september 1988, zaak 81/87 (Daily Mail).
- HvJ EG 13 juli 1993, zaak C-330/91 (Commerzbank), *BNB* 1995/333 met Noot Wattel.
- HvJ EG 29 april 1999, zaak C-311/97 (Royal Bank of Scotland), *V-N* 1999/37.30.
- HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97 (Saint-Gobain), *BNB* 2000/75.
- HvJ EG, 18 september 2003, zaak C-168/01 (Bosal).
- HvJ EG 13 december 2005, zaak C-446/03 (Marks & Spencer).
- HvJ EG 23 februari 2006, zaak C-253/03 (CLT-UFA SA), *V-N* 2006/14.18.
- HvJ EG 12 september 2006, zaak C-196/04 (Cadbury Schweppes), punt 41.
- HvJ EG 6 december 2007, zaak C-298/05 (Columbus Container Services).
- HvJ EG 15 mei 2008, zaak C-414/06 (Lidl Belgium).

Rapporten.

OESO-Rapport 2001

CTPA, Report on the attribution of profits to permanent establishments, OECD 2001.

Transfer pricing 2001

Transfer Pricing guidelines for multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD 2001.

OESO-Rapport 17 juli 2008.

CTPA, Report on the attribution of profits to permanent establishments, 17 July 2008, OECD.

OESO-Rapport 18 juli 2008

CTPA, The 2008 update to the OECD Model Tax Convention, 18 July 2008, OECD.

VNO-NCW 2008

Public comments on draft new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention and related Commentary changes: VNO-NCW, P. Dijckmeester, 18 december 2008.

OESO 2008

OESO Commentaar 2008.

Richtlijnen.

- Richtlijn 2003/49/EC van de Raad van 3 juni 2003, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2004/76/EG van de Raad van 29 april 2004 en bij Richtlijn 2006/96/EG van de Raad van 20 november 2006, betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende Lid-Staten.
- Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003, betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten.