



Internationaal Belastingrecht. Winstallocatie vaste inrichtingen

Directoraat-generaal Fiscale Zaken, Directie Verbruiksbelastingen, Douane en Internationale Aangelegenheden

Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000143421, Staatscourant 2022, nr. 16683

De Staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten.

Dit besluit geeft nader inzicht in mijn standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Het doel van dit besluit is om duidelijkheid te geven over de wijze waarop de Belastingdienst de winstallocatie aan vaste inrichtingen beoordeelt.

De ontwikkelingen op het gebied van de winstallocatie aan vaste inrichtingen, waaronder de resultaten van het BEPS¹-project van de OESO, zijn aanleiding tot een actualisering van het Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ 2010/457M. In dit besluit is aandacht voor de introductie van de objectvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969) in 2012, is een aantal redactionele wijzigingen aangebracht en zijn verwijzingen naar andere besluiten en documenten geactualiseerd.

1. Inleiding

1.1 Gebruikte afkortingen en termen

AOA	Authorised OECD Approach
Artikel 7 Nieuw	Het in juli 2010 vastgestelde artikel 7 OESO-modelverdrag
Artikel 7 Oud	Het tot juli 2010 geldende artikel 7 OESO-modelverdrag
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
Bvdb	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
KERT-functies	Key Entrepreneurial Risk Taking functies
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-richtlijnen	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
PE	Permanent Establishment
PE-Report	Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments 2010
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969

1.2 Doel besluit

Het doel van dit besluit is om duidelijkheid te geven over de wijze waarop de Belastingdienst de winstallocatie aan vaste inrichtingen beoordeelt. Dit besluit geeft dan ook nader inzicht in de Nederlandse standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Deze standpunten zien slechts op de allocatie van de aan de winst ten grondslag liggende baten en lasten en niet op de belastbaarheid en de aftrekbaarheid van deze afzonderlijke baten en lasten.

De standpunten zijn ook van belang bij de toepassing van art. 15 Wet Vpb 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 ten aanzien van de toerekening van aandelen aan een in Nederland gevestigde vaste inrichting.

Dit besluit betreft niet de toepassing van artikel 5 OESO-modelverdrag bij de vraag of er sprake is van een vaste inrichting en betreft niet artikel 9 OESO-modelverdrag bij de vraag of er at arm's length gehandeld is door gelieerde partijen.

1.3 Hoofdpijnen van het Nederlandse beleid

Aansluiting bij het PE-Report

Het Nederlandse beleid inzake winstallocatie aan vaste richtingen sluit aan bij de conclusies van het PE-Report.² In het PE-Report wordt gekozen voor de 'functionally separate entity approach' en daarmee voor de toepassing van het arm's-lengthbeginsel zoals nader uitgewerkt in de OESO-richtlijnen.

¹ Base Erosion and Profit Shifting.

² OESO (2010). *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. OECD Publishing: Paris.



Uitgangspunt bij de winstallocatie in het PE-Report is de 'Authorised OECD Approach' (AOA). De AOA bestaat, kort gezegd, uit de volgende stappen:

1. In de eerste stap worden de activa en risico's alsmede het vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functionele analyse. Bij deze vermogensallocatie zijn in grote lijnen twee methoden te onderscheiden: de 'capital allocation approach' en de 'thin capitalisation approach'. Mede gelet op het uitgangspunt van het PE-Report dat de vaste inrichting in principe een gelijke kredietwaardigheid heeft als het lichaam in zijn geheel, heb ik een voorkeur voor de capital allocation approach.
2. In de tweede stap wordt de winst van de vaste inrichting bepaald op basis van de analyse in de eerste stap en de toepassing van het arm's-lengthbeginsel. Daarbij kan de rentelast ter zake van het gealloceerde vreemd vermogen worden bepaald aan de hand van twee methoden: de 'fungibility approach' en de 'tracing approach'. Ik heb de voorkeur voor de fungibility approach, waarbij na de allocatie van het vermogen op basis van de capital allocation approach de rentelast van het lichaam naar rato van het toegerekend vreemd vermogen wordt gealloceerd aan de vaste inrichting.

De objectvrijstelling

Met ingang van 1 januari 2012 is voor (buitenlandse) vaste inrichtingen in de Wet Vpb 1969 de objectvrijstelling geïntroduceerd door middel van artikel 15e Wet Vpb 1969.³ Vanaf de invoering van de objectvrijstelling voor buitenlandse ondernemingswinsten worden zowel de positieve als de negatieve resultaten van de buitenlandse vaste inrichting uit de wereldwinst van een Nederlands lichaam geëlimineerd.⁴

Voor de winsttoerekening aan vaste inrichtingen in verdragsituaties is het van toepassing zijnde artikel in het verdrag relevant. Voor de winsttoerekening aan vaste inrichtingen in niet-verdragsituaties moet worden aangesloten bij de meest recente tekst van artikel 7 OESO-modelverdrag,⁵ waardoor het OESO-commentaar op dit artikel en het PE-Report relevant zijn.

Artikel 7 OESO-modelverdrag

In Nederland wordt bij de uitleg van verdragen die zijn afgesloten vóór wijziging van het OESO-commentaar op het betreffende artikel gestreefd naar een uitkomst die zoveel mogelijk aansluit bij de meest recente inzichten in relatie tot het arm's-lengthbeginsel. Dit leidt ertoe dat wijzigingen die bedoeld zijn als verduidelijking ook van toepassing zijn op verdragen die zijn afgesloten vóór wijziging van het commentaar. De wijzigingen in het commentaar op artikel 7 zoals vastgesteld in juli 2008 zijn dergelijke verduidelijkingen. Deze zijn dan ook van toepassing op bestaande verdragen. Het is echter niet zo dat de wijzigingen in artikel 7 Nieuw en het daarbij horende commentaar automatisch doorwerken naar bestaande verdragen die met een ander artikel 7 tot stand zijn gekomen.

De vraag in hoeverre de wijzigingen in artikel 7 Nieuw en het daarbij horende commentaar invloed hebben op de toepassing van verdragen met de oude tekst is niet eenvoudig te beantwoorden. Voor de uitvoeringspraktijk is het echter ongewenst als hier onduidelijkheid over bestaat. Om deze onzekerheid te voorkomen ben ik bereid om alle beginselen van het PE-Report ook toe te passen bij verdragen waarin de tekst van artikel 7 Oud is opgenomen. Daarom zal de Belastingdienst een arm's length winsttoerekening aan een vaste inrichting die gebaseerd is op de uitgangspunten van het PE-Report en die als zodanig ook in het andere betrokken land door belastingplichtige consistent is toegepast niet corrigeren. Dit geldt ook bij de vrijstelling van buitenlandse winst onder artikel 15e Wet Vpb 1969 of bij de belastingheffing van buitenlands belastingplichtigen in situaties waarin geen belastingverdrag van toepassing is.

Daarnaast is relevant dat het PE-Report, de relevante artikelen in het OESO-modelverdrag en het daarbij horende commentaar geen directe betekenis hebben voor de toepassing van de nationale belastingwetten en van het Bvdb, maar slechts voor de uitleg van door Nederland afgesloten belastingverdragen. De bepalingen over vaste inrichtingen in de nationale belastingwetten, in het Bvdb en in de bilaterale verdragen hebben echter wel dezelfde uitgangspunten. Dat blijkt ook uit de sterk overeenkomende definities van een vaste inrichting en van de methode waarmee de winst aan een vaste inrichting moet worden toegerekend. Het uiteenlopen van de invulling van deze bepalingen kan leiden tot dubbele belasting of tot dubbele niet-belasting en dat zou in strijd zijn met het doel van deze regelingen.

³ Voor vaste inrichtingen in Nederland van een buitenlands lichaam is Hoofdstuk III (art. 17 e.v.) Wet Vpb 1969 van toepassing.

⁴ Dit vindt geen toepassing voor de laagbelaste buitenlandse beleggingsonderneming (art. 15e, lid 7 jo. art. 15g Wet Vpb 1969).

⁵ In dit besluit zal het nieuwe artikel 7 OESO-modelverdrag zoals door de OESO vastgesteld in juli 2010 als artikel 7 Nieuw worden aangeduid. Het artikel 7 dat tot juli 2010 geldig was zal in dit besluit als artikel 7 Oud worden aangeduid.



Dubbele niet-belasting

Het Nederlandse uitgangspunt is dat dubbele niet-belasting als gevolg van een verschillende interpretatie van het arm's-lengthbeginsel bij de winsttoerekening in relatie tot een naar de winst geheven belasting ongewenst is en zoveel mogelijk voorkomen dient te worden. Indien en voor zover een belastingplichtige bij de winstallocatie in de betrokken landen afwijkende keuzes maakt die ertoe leiden dat een deel van de winst van de vaste inrichting niet in de heffing van een naar de winst geheven belasting wordt betrokken, kan de Belastingdienst afwijken van het beleid zoals beschreven in dit besluit om te komen tot een uitkomst die niet leidt tot dubbele niet-belasting.

2. Winstallocatie vaste inrichtingen

2.1 Algemeen

In juli 2008 is het PE-Report gepubliceerd, dat in 2010 is aangepast.⁶⁷ In dit rapport wordt beschreven hoe winsten⁸ aan vaste inrichtingen toegerekend dienen te worden. Het doel van het PE-Report is om grotere internationale consensus te bereiken met betrekking tot de toepassing van artikel 7 OESO-modelverdrag. Hoewel in het in 2008 geldende artikel 7 de verwijzing naar de functionally separate entity approach als zodanig in lid 2 was opgenomen, bleek vanuit ervaringen in de praktijk nadere uitleg noodzakelijk. Daarnaast zijn nieuwe inzichten inzake winstallocatie aan vaste inrichtingen in het PE-Report verwerkt.

In het kader van de implementatie van het PE-Report heeft de OESO een traject gevolgd dat uit twee stappen bestond. Voor zover de conclusies van het PE-Report niet conflicteerden met het op dat moment bestaande commentaar is het commentaar op artikel 7 OESO-modelverdrag in 2008 aangepast. Veelal ging het hier om een verduidelijking of een nadere interpretatie. De tweede stap in het implementatietraject bestond uit het herschrijven van het bestaande artikel 7 OESO-modelverdrag en het commentaar. Dit is in juli 2010 door de OESO vastgesteld.

Het uitgangspunt bij de winstallocatie in het PE-Report is de AOA. Deze benadering houdt in dat aan een vaste inrichting de winst toegerekend dient te worden die door de vaste inrichting zou zijn behaald indien zij een afzonderlijke ongelieerd lichaam zou zijn geweest met vergelijkbare functies, risico's en activa, handelend onder dezelfde of overeenkomstige omstandigheden. In het PE-Report wordt deze benadering de functionally separate entity approach genoemd. De achterliggende gedachte bij deze benadering is dat de winstvaststelling van vaste inrichtingen op het arm's-lengthbeginsel gebaseerd dient te zijn zoals dat ook geldt voor gelieerde lichamen op basis van artikel 9 OESO-modelverdrag en nader is uitgewerkt in het OESO-commentaar bij dit artikel en in de OESO-richtlijnen. Een belangrijk verschil in de toepassing van het arm's-lengthbeginsel op basis van artikel 7 OESO-modelverdrag in vergelijking met de toepassing op basis van artikel 9 OESO modelverdrag is dat tussen een vaste inrichting en een hoofdhuis wettelijk bindende contracten ontbreken.

2.2 Authorised OECD Approach

De AOA bestaat uit twee stappen:

1. In de eerste stap worden de activa en risico's alsmede het vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functionele analyse.
2. In de tweede stap wordt de winst van de vaste inrichting bepaald op basis van de analyse in de eerste stap en de toepassing van het arm's-lengthbeginsel.

2.2.1. Stap 1. Allocatie van activa en risico's op basis van de functionele analyse

In de eerste stap dient voor de allocatie van activa en risico's in zijn algemeenheid aangesloten te worden bij de plaats waar de zogeheten 'significant people functions' worden uitgeoefend. Significant people functions zijn gerelateerd aan de mensen die de activiteiten verrichten met betrekking tot het eigendom van activa en het aangaan en beheren van risico's. Het gaat hier om de zogenaamde 'day to day' activiteiten die bij de bedrijfsvoering een bepalende rol spelen. De plaats waar deze activiteiten worden verricht is bepalend voor de allocatie van het economisch eigendom van de activa en de door het lichaam gelopen risico's.

Tevens wordt in de eerste stap het eigen en daarna het vreemd vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting. Uitgangspunt is daarbij dat aan een vaste inrichting voldoende eigen vermogen dient te worden toegerekend in relatie tot de aan haar toegerekende activiteiten, activa en risico's. De

⁶ Deze aanpassingen hadden als voornaamste doel het in overeenstemming brengen van bepaalde begrippen uit het PE-Report met begrippen uit het nieuwe artikel 7 OESO-modelverdrag en de vernieuwde OESO-richtlijnen. Met deze aanpassingen zijn geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.

⁷ Na de publicatie van het PE-Report publiceerde de OESO in maart 2018 de *Additional Guidance on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment under BEPS Action 7*. Dit rapport wijkt niet af van de op het PE-Report gebaseerde Nederlandse visie.

⁸ Indien in dit besluit sprake is van het begrip winsten wordt hier tevens verstaan onder verstaan.



toerekening van het vermogen vindt daarom plaats na de allocatie van de activa en risico's op basis van een functionele analyse. Het uitgangspunt is daarbij dat de vaste inrichting een gelijke kredietwaardigheid heeft als het lichaam in zijn geheel.

Voor de toerekening van het eigen vermogen aan de vaste inrichting worden in het PE-Report verschillende methoden beschreven die tot verschillende uitkomsten kunnen leiden, namelijk:

1. Capital allocation approach, deze methode gaat uit van de actuele vermogensstructuur van het generale lichaam; en
2. Thin capitalisation approach, deze methode gaat uit van de vermogensstructuur van met de vaste inrichting vergelijkbare ongelieerde lichamen.

Het Nederlandse beleid is gericht op een winsttoerekening aan de vaste inrichting die zoveel mogelijk leidt tot de winst die een ongelieerd lichaam zou hebben behaald met vergelijkbare activiteiten onder vergelijkbare omstandigheden. Ik heb in dat kader een voorkeur voor de capital allocation approach, mede gelet op het uitgangspunt van het PE-Report dat de vaste inrichting in principe een gelijke kredietwaardigheid heeft als het lichaam in zijn geheel.

Om de gelijke kredietwaardigheid te bewerkstelligen zal er bij de toedeling van het vermogen naar zowel de waarde van de activa als de aan de activiteiten en activa verbonden risico's gekeken moeten worden.

Een voorbeeld van de toepassing van de capital allocation approach is uitgewerkt in een bijlage bij dit besluit.

Het PE-Report schetst bij de eerste stap van de AOA onder welke omstandigheden er dealings tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting aangenomen moeten worden. Deze dealings hebben invloed op de winstallocatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Op specifieke dealings met betrekking tot concerndiensten, immateriële vaste activa en financiering wordt in paragraaf 4 van dit besluit nader ingegaan.

Met betrekking tot de allocatie van eigen en vreemd vermogen geldt tevens het volgende:

- Voor de bepaling van de waarde van de activa bij de vaststelling van het relatieve belang van de actiefzijde van de vaste inrichting in relatie tot de balans van het lichaam als geheel zal in principe uitgegaan moeten worden van de waarde van de activa in het economisch verkeer.
- De bepaling van de relatieve waarde van de activa dient in beginsel jaarlijks te worden vastgesteld.
- Gelet op de complexiteit van de bepaling van de jaarlijkse relatieve waarde van de activa en het besef dat het bij de allocatie van eigen en vreemd vermogen niet om een exacte wetenschap gaat, zal de Belastingdienst bij de beoordeling ervan een zekere flexibiliteit in acht nemen.

2.2.2 Stap 2. Allocatie van kosten en opbrengsten op basis van het arm's-lengthbeginsel

In de tweede stap worden de kosten en opbrengsten at arm's length gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functies, de activa, de risico's, het vermogen en de dealings zoals die in de eerste stap zijn geanalyseerd. Voor de in de eerste stap geïdentificeerde dealings dient in de tweede stap een verrekenprijs te worden bepaald.

Na het toerekenen van het eigen en vreemd vermogen dient een arm's-lengthrentelast aan de vaste inrichting te worden toegerekend. In het PE-Report worden daartoe twee methoden beschreven:

1. De tracing approach, waarbij voor het bepalen van het rentepercentage zoveel mogelijk wordt aangesloten bij het rentepercentage van de externe lening die aangetrokken is om het specifieke actief te financieren; en
2. De fungibility approach, waarbij de totale rentelast van het lichaam in zijn geheel naar rato van het toegerekend vreemd vermogen wordt gealloceerd aan de vaste inrichting en het historisch verband met een lening niet van belang is.

2.2.3 Nederlandse voorkeursmethode voor allocatie van rentelasten

Uitgangspunt van de AOA is dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als het generale lichaam. Van een interne garantstelling kan geen sprake zijn en er bestaat een beperkte keuzevrijheid bij de allocatie van eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting.

Ik heb een voorkeur voor de fungibility approach. De tracing approach houdt immers minder rekening met de specifieke omstandigheden van de vaste inrichting en zal daardoor mogelijk niet tot de toerekening van een arm's-lengthrentelast aan de vaste inrichting leiden.⁹ Onder de fungibility approach kan hier wel rekening mee gehouden worden indien een, op de functionele analyse gebaseerd, pro rata deel van de rentelasten van het gehele lichaam aan de vaste inrichting wordt toegerekend. De omvang van de rentelast zal naar verwachting bij een dergelijke methode de rentelast

⁹ Met specifieke omstandigheden worden hier bedoeld de functies, activa en risico's van de vaste inrichting.



benaderen die een ongelieerde geldverstrekker in rekening zou brengen bij financiering van een soortgelijk ongelieerd lichaam. Uitgangspunt van de AOA is immers dat de aftrekbare rentelast van de vaste inrichting niet hoger zou mogen zijn dan een rentelast die arm's length is.

Omdat de capital allocation approach in combinatie met de fungibility approach het meest aansluit bij het uitgangspunt van de gelijke kredietwaardigheid, zal de Belastingdienst bij haar beoordeling in beginsel voor de toerekening van eigen vermogen aan de vaste inrichting de capital allocation approach en voor toerekening van rentelasten de fungibility approach hanteren.

Slechts wanneer het generale lichaam niet conform het arm's-lengthbeginsel is gefinancierd, met bijvoorbeeld als gevolg dat te weinig eigen vermogen en te hoge rentelasten aan de vaste inrichting zijn toegerekend, zal de Belastingdienst deze benadering loslaten. Dan zal mogelijk de op externe vergelijking gebaseerde thin capitalisation approach gehanteerd worden. In dat geval zullen, om toch een arm's-lengthwinst van de vaste inrichting te kunnen bepalen, de omvang van het eigen vermogen en de omvang van de rentelasten van de vaste inrichting worden vergeleken met ongelieerde lichamen die vergelijkbaar zijn met de vaste inrichting.

Een voorbeeld van de toepassing van de fungibility approach is uitgewerkt in een bijlage bij dit besluit.

2.3 Het gebruik van afwijkende methoden in het land van het hoofdhuus en de vaste inrichting

Omdat in het PE-Report niet gekozen wordt voor een specifieke methode is het risico aanwezig dat landen de allocatie van het eigen vermogen en de rentelasten verschillend benaderen waardoor geen of dubbele belastingheffing ontstaat.¹⁰ Indien vanwege de toepassing van een verschillende benadering met betrekking tot de allocatie van rentelasten door verschillende belastingdiensten, belastingplichtige wordt geconfronteerd met dubbele belastingheffing, ben ik bereid bij toepassing van een belastingverdrag in overleg te treden met de bevoegde autoriteit van het andere land en daarbij ernaar te streven om de ontstane dubbele belastingheffing te elimineren zoals omschreven is in het Besluit van 11 juni 2020, nr. 2020-0000101607, Staatscourant 2020, 32689.

Bij toepassing van verdragen waarin artikel 7 Oud van toepassing is zal, overeenkomstig het commentaar in paragraaf 48 bij dat artikel, bij het gebruik van een verschillende benadering met betrekking tot de vermogensallocatie in de betreffende landen de benadering van het land van de vaste inrichting worden gevolgd indien:

1. de verschillende benaderingen in de landen het gevolg is van keuzes die zijn verankerd in de wet- of regelgeving; en
2. de keuze in het land van de vaste inrichting een door de OESO geautoriseerde keuze is; en
3. in de betreffende specifieke casus deze benadering een resultaat tot gevolg heeft dat als arm's length beschouwd kan worden.

Zoals ook in paragraaf 1.3 van dit besluit opgemerkt kan de Belastingdienst afwijken van het beleid in dit besluit om te komen tot een uitkomst die arm's-length is en die niet leidt tot dubbele niet-belasting.

3. Risicoallocatie, significant people functions versus control

Het is van belang dat de uitgangspunten die worden gehanteerd bij de risicoallocatie als onderdeel van de winstbepaling van een vaste inrichting zo veel mogelijk overeenkomen met de uitgangspunten voor de risicoallocatie bij transacties tussen gelieerde lichamen. In dat kader zijn de begrippen significant people functions en control van belang.

In het PE-Report is in het kader van de analoge toepassing van het arm's-lengthbeginsel voor de winstallocatie aan vaste inrichtingen het begrip significant people functions geïntroduceerd. Significant people functions zijn de functies die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen met betrekking tot het eigendom van activa en het aangaan en beheren van risico's. Volgens het PE-Report gaat het hier met name om de day to day-activiteiten die bij de bedrijfsvoering van een lichaam een bepalende rol spelen.

In het deel van het PE-Report dat handelt over de financiële instellingen wordt hiervoor de term 'key entrepreneurial risk taking' functies (KERT-functies) gebruikt. De reden voor het gebruik van deze afwijkende terminologie is gelegen in het feit dat er bij financiële instellingen meer dan bij andere lichamen een overlap zal bestaan tussen de significant people functions die bepalend zijn voor de

¹⁰ Zie art. 12aa lid 1 sub g Wet Vpb 1969 waarbij een mogelijke mismatch kan ontstaan met betrekking tot de renteallocatie door een verschillende benadering van belastingautoriteiten ten aanzien van de allocatiewijze van eigen en vreemd vermogen en van rentelasten, waardoor sprake kan zijn van een dubbele aftrek.



toerekening van het economisch eigendom van activa en de significant people functions bij het aangaan en beheren van risico's. Dit vindt zijn oorzaak in de nauwe relatie bij financiële instellingen tussen activa en risico's. Een KERT-functie bij een financiële instelling ziet doorgaans op een activiteit (significant people function) die zowel van belang is voor de toerekening van een activum, als voor de toerekening van een risico (bijvoorbeeld het verstrekken van een lening door een bank).¹¹

In de OESO-richtlijnen, waarin nadere uitwerking wordt gegeven aan het arm's-lengthbeginsel met betrekking tot transacties tussen gelieerde lichamen, wordt eveneens aandacht besteed aan risicoallocatie. Hoewel in de OESO-richtlijnen de contractuele werkelijkheid het startpunt is van de functionele analyse, wordt ook aandacht besteed aan de wijze waarop risico's tussen partijen gealloceerd worden. In de OESO-richtlijnen speelt het begrip control een belangrijke rol bij de risicoallocatie. Dit wordt als volgt gedefinieerd: *'Control over risk involves (...) (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function.'*¹²

Paragraaf 1.65 van de OESO-richtlijnen stelt daarbij aan het eind dat voor de allocatie van risico's het volgende van belang is: *'a party requires both capability and functional performance as described above in order to exercise control over a risk'*.

Het is de vraag wat nu precies de verhouding is tussen de significant people functions en de functies van mensen die control uitoefenen met betrekking tot bepaalde risico's. De activiteiten van de partijen die control uitoefenen zouden een iets ander karakter kunnen hebben dan de activiteiten van de partijen die de significant people functions uitoefenen, doordat ze functioneel mogelijk iets verder afstaan van de day to day-activiteiten.

Omdat het uitgangspunt van het PE-Report is om de AOA met betrekking tot vaste inrichtingen zoveel als mogelijk aan te laten sluiten bij het arm's-lengthbeginsel, ga ik ervan uit dat, hoewel deze begrippen in de uitwerking mogelijk verschillend geïnterpreteerd zouden kunnen worden, er een grote overlap valt te onderkennen in de activiteiten van partijen die control hebben over de risico's (in de context van artikel 9 OESO-modelverdrag) en de day to day-activiteiten van de significant people functions (in de context van artikel 7 OESO-modelverdrag). Zie ook de voorbeelden in het Verrekenprijbesluit¹³ met betrekking tot de rol van de principaal in relatie tot de uitvoering van research-activiteiten.

4. Dealings

Dealings worden in het PE-report omschreven als transacties tussen de vaste inrichting en andere onderdelen van het lichaam waartoe de vaste inrichting behoort, als equivalent van transacties tussen ongelieerde lichamen.

4.1 Concerndiensten

Op basis van het arm's-lengthbeginsel dienen concerndiensten te worden beloond zoals dat onder vergelijkbare omstandigheden tussen ongelieerde lichamen zou zijn geschied. Het PE-Report sluit geheel aan bij deze benadering.

Het derde lid van artikel 7 Oud geeft regels voor bij de vaste inrichting in aftrek toegestane kosten. Volgens dit artikel behoren kosten van leiding en algemene beheerskosten tot de in aftrek toegelaten kosten, ongeacht waar deze uitgaven gedaan zijn. Dit moet in dit verband niet worden gelezen als een beperking van het tweede lid van artikel 7 Oud, maar als een verduidelijking die de toepassing van het arm's-lengthbeginsel niet in de weg staat.

Hoewel het derde lid van artikel 7 Oud een benadering op basis van het arm's-lengthbeginsel niet in de weg staat is in het commentaar van artikel 7 Oud (paragrafen 37 en 38) te lezen dat voor de daar genoemde diensten (inclusief strategisch management) de kosten toegerekend worden *zonder* een winstopslag in aanmerking te nemen.¹⁴ Dit is slechts anders indien de betreffende diensten ook meer dan incidenteel aan niet-gelieerde partijen worden verleend of indien de betreffende diensten de belangrijkste activiteit van het lichaam vormen (paragrafen 35 en 36). Het is mijn visie dat in geval van interne dienstverlening, evenals bij toepassing van artikel 9 OESO-modelverdrag, in beginsel een winstopslag in aanmerking dient te worden genomen om tot een arm's length uitkomst te komen. Ik zal mij bij de toepassing van verdragen die niet zijn gebaseerd op artikel 7 Nieuw soepel opstellen bij de interpretatie van artikel 7 Oud. Dit betekent concreet dat met betrekking tot de in het commentaar genoemde diensten, de toerekening van kosten aan een vaste inrichting zowel op basis van alle

¹¹ Met betrekking tot specifieke overwegingen voor de winstallocatie aan een vaste inrichting in het geval van financiële instellingen en financieringstransacties, verwijs ik naar het tweede deel (*Part II. Banks*) van het PE-Report uit 2010.

¹² OESO (2022). *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, par. 1.65.

¹³ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën, nr. 2022-0000139020.

¹⁴ Met het commentaar van artikel 7 Oud wordt hier bedoeld het commentaar op het OESO-modelverdrag dat in 2008 is herzien.



relevante werkelijke kosten zonder winstopslag als tegen een prijs gebaseerd op het arm's-lengthbeginsel in principe als passend zal worden aangemerkt.

Met de introductie van artikel 7 Nieuw kan er geen twijfel meer bestaan over de toepassing van het arm's-lengthbeginsel bij fictieve conerndiensten.

Voor het bepalen van de verrekenprijs voor een conerndienst, zie paragraaf 6 van het Verrekenprijsbesluit.¹⁵

4.2 Immateriële vaste activa

Paragraaf 34 van het commentaar van artikel 7 Oud is in het verleden vaak ten onrechte uitgelegd als een verbod op het berekenen van interne fictieve royaltyfees tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. In de paragraaf wordt de complexiteit geschetst van het toerekenen van immateriële vaste activa aan een deel van een lichaam. Op basis van deze constatering wordt daarom in het commentaar de suggestie gedaan om de kosten (zonder winstopslag) tussen hoofdhuis en vaste inrichting te verdelen. Indien aannemelijk gemaakt wordt dat de kosten van de ontwikkeling van de immateriële vaste activa aan slechts één deel van het lichaam toe te rekenen zijn, is er mijns inziens ruimte voor het in rekening brengen van een royalty.

Het is mijn uitgangspunt om zoveel mogelijk een systematiek te hanteren die leidt tot een uitkomst die gelijk is aan de uitkomst in vergelijkbare situaties bij ongelieerde lichamen. Voor zowel de allocatie van zelfontwikkelde als aangekochte immateriële vaste activa is doorslaggevend welk deel van het lichaam op basis van de significant people functions de actieve beslissingen neemt ten aanzien van het aangaan en het beheren van de risico's met betrekking tot de immateriële vaste activa.

Het louter verdelen van de kosten is niet passend, indien op basis van de feiten en omstandigheden een systematiek die gebaseerd is op het arm's-lengthbeginsel tot de mogelijkheden behoort en tot een andere uitkomst leidt.

4.3 Financiële transacties

Volgens het commentaar bij artikel 7 Oud (paragraaf 41 en 42) is er in zijn algemeenheid (met uitzondering van financiële instellingen zoals banken) sprake van een verbod op interne fictieve rente. De toerekening van het eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting is gebaseerd op de wens om een vermogensstructuur te realiseren die zoveel mogelijk is gebaseerd op het arm's-lengthbeginsel. De toerekening van het vermogen (eigen en vreemd) vindt plaats na de allocatie van de activa en risico's op basis van de functionele analyse. Het daaruit voortvloeiende toerekenbare vreemd vermogen en de daarbij behorende rentelast voor de vaste inrichting is mede bepalend voor de winstallocatie.¹⁶

Hoewel er gelet op de wijze van de toerekening van eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting zoals omschreven in het PE-Report weinig ruimte lijkt te zijn voor het in aanmerking nemen van interne rente, is het expliciete verbod op interne rente niet meer beschreven en speelt het in het commentaar bij artikel 7 Nieuw geen rol meer.

De interne interestdealings kunnen volgens het PE-Report slechts voorkomen indien en voor zover er sprake is van treasury-activiteiten die als significant people functions kunnen worden aangemerkt en die op basis van de functionele analyse een arm's-lengthbeloning rechtvaardigen die gerelateerd is aan de betreffende geldstromen en risico's. Volgens het PE-Report hebben deze interestdealings slechts consequenties voor het belonen van de treasury-functie en niet voor de toerekening van de hoeveelheid eigen en vreemd vermogen gelet op het feit dat deze allocatie plaatsvindt op basis van één van de in het PE-Report beschreven methoden.

Een situatie waarbij de vaste inrichting meer vreemd vermogen krijgt toebedeeld dan daadwerkelijk door het lichaam van externe partijen (gelieerd of ongelieerd) is geleend past niet in de door mij voorgestane benadering. Daarin dient immers in beginsel enerzijds op basis van de capital allocation approach een aandeel in eerst het eigen en vervolgens het vreemd vermogen van het lichaam gealloceerd te worden aan de vaste inrichting en anderzijds dient de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid te hebben als het generale lichaam. Het bestaan van een treasury-functie kan niet leiden tot het alloceren van een rentelast met betrekking tot een lening die niet van externe partijen

¹⁵ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën nr. 2022-0000139020.

¹⁶ Het is bekend dat banken in de praktijk vaak een eigen intern funds transfer pricing systeem hebben. Dat veel banken een dergelijk systeem gebruiken wordt ook in het PE-Report onderkend. Het rapport benadrukt dat het van belang is dat een dergelijk systeem leidt tot een allocatie van rentelasten die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel. In par. 169 van deel 2 van het PE-Report staat dat in het geval dat funds transfer pricing systemen uitgaan van financiering met 100% vreemd vermogen een aanpassing zal moeten worden gemaakt om tegemoet te komen aan het uitgangspunt dat aan een vaste inrichting voldoende eigen vermogen dient te worden toegerekend ter ondersteuning van de aan haar toegerekende activiteiten, activa en risico's. In dezelfde paragraaf wordt daarnaast onderkend dat het ook nodig kan zijn om een aanpassing te maken voor duurdere vormen van vreemd vermogen van de bank als deze niet afdoende worden vertaald in het funds transfer pricing systeem.



(gelieerd of ongelieerd) afkomstig is.¹⁷ Deze uitgangspunten gelden voor zowel financiële als niet financiële instellingen.

Het bestaan van een treasury-functie leidt niet automatisch tot interestdealings. Afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden zoals geconstateerd bij de functionele analyse kan de beloning voor de treasury-afdeling namelijk ook vormgegeven worden door middel van een fictieve doorbelasting van kosten met een daarbij passende winstopslag.

Nu in het PE-Report het belang van de zelfstandigheidfictie wordt benadrukt, kan er discussie ontstaan over de vraag of er, afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden, een rentelast of rentebate op een interne schuld of vordering als gevolg van goederenleveranties en/of diensten in aanmerking genomen kan worden. Gelet op de in het PE-Report gekozen benadering om het eigen en vreemd vermogen te alloceren op basis van één van de beschreven methoden, ligt het niet voor de hand om naast de berekening van de rentelast op basis van één van deze methoden een rentelast of rentebate met betrekking tot schuldig gebleven bedragen als gevolg van interne leveringen of diensten in aanmerking te nemen. De rentelasten of rentebaten die in ongelieerde verhoudingen het gevolg zijn van dergelijke transacties maken bij de winstallocatie van een vaste inrichting impliciet deel uit van de rentelasten of rentebaten die zijn berekend op basis van de gehanteerde methode voor vermogensallocatie.

5. Specifieke onderwerpen

5.1 Materiële vaste activa

Het is niet mogelijk om activa toe te rekenen aan de vaste inrichting op grond van de juridisch eigendom. Daarom zoekt het PE-Report in paragraaf 72 t/m 74, Part I (versie 2010) de analogie met het begrip economisch eigendom. Doorslaggevend hierbij zijn wederom de significant people functions zoals die blijken uit de functionele analyse. In de praktijk ontstond bij de toerekening van materiële vaste activa soms discussie over de vraag of de significant people functions dan wel de 'place of use' doorslaggevend moest zijn voor het economische eigendom. Met ingang van 2008 wordt in het OESO-commentaar (door de verwijzing naar de secties D-2 en D-3 van Part I van het PE-Report) gekozen voor de toerekening van de materiële vaste activa aan de vaste inrichting indien deze daar worden gebruikt (place of use), tenzij bijzondere omstandigheden een andere benadering rechtvaardigen.

In Nederland maakt de Hoge Raad sinds jaar en dag onderscheid tussen duurzame en tijdelijke terbeschikkingstelling aan de vaste inrichting. Bij duurzame terbeschikkingstelling aan de vaste inrichting wordt de vaste inrichting als economisch eigenaar van de materiële vaste activa beschouwd. Is er slechts sprake van een tijdelijke terbeschikkingstelling, dan dient de vaste inrichting als huurder van het activum beschouwd te worden en het hoofdhuis als verhuurder (zie BNB 1986/100). De tijdelijke terbeschikkingstelling merk ik aan als een bijzondere omstandigheid die een andere benadering rechtvaardigt dan de place of use-benadering zoals die in het OESO-commentaar is omschreven.

5.2 Financiële activa

Ook voor financiële activa (zoals liquide middelen en vorderingen) geldt dat het economische eigendom aan de vaste inrichting wordt gealloceerd indien de significant people functions met betrekking tot het aangaan en beheren van de risico's ten aanzien van deze activa door de vaste inrichting worden uitgeoefend.

Een uitzondering op deze allocatieregel kan gelden voor financiële activa die worden aangehouden met een specifieke bestemming, zoals een geplande overname of een geplande dividenduitkering. In dat geval dienen deze activa niet te worden toegerekend aan de vaste inrichting als daar de beslissing niet is genomen om deze middelen hiervoor aan te wenden.

5.3 De agent als vaste vertegenwoordiger

Het PE-Report (zie D5 van Part I) beschrijft op welke wijze winst dient te worden toegerekend aan een specifieke vaste inrichting, zijnde de vaste inrichting van de buitenlandse opdrachtgever die het gevolg is van het aanmerken van een afhankelijke, al dan niet gelieerde, agent als vaste vertegenwoordiger. Feitelijk ontstaan er in die situatie twee belastingplichtigen: de onderneming van de afhankelijke agent (de 'dependent agent') en de vaste inrichting van de buitenlandse opdrachtgever (de 'dependent agent PE'). Met nadruk geldt de beschreven methodiek niet om te bepalen of er sprake is van een vaste vertegenwoordiger. Voor wat betreft de allocatie van winst gelden volgens het PE-Report bij de

¹⁷ Zie hiervoor tevens paragraaf 157 en 158, Part I van het PE Report (versie 2010).



dependent agent PE dezelfde regels als bij een gewone vaste inrichting.¹⁸

Ik ben van mening dat, gelet op het uitgangspunt dat de agent in de uitoefening van zijn eigen onderneming arm's length beloond dient te worden, er normaliter geen aanleiding is om daarnaast winst toe te rekenen aan een eventueel te constateren vaste inrichting van de buitenlandse opdrachtgever.

Indien de buitenlandse opdrachtgever met haar eigen personeel significant people functions uitoefent door middel van een vaste inrichting dient daar winst aan toegerekend te worden.

5.4 Zekerheid vooraf

Voor het verkrijgen van zekerheid vooraf over de winstallocatie aan een vaste inrichting, zie het Besluit van 9 augustus 2021, nr. 2021/16465, Staatscourant 2021, 38442.

6. Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

7. Ingetrokken regeling

Het volgende besluit is ingetrokken met ingang van de inwerkingtreding van dit besluit:

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, Staatscourant 2011, 1375.

8. Citeertitel

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit winstallocatie vaste inrichtingen 2022.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 14 juni 2022

*De Staatssecretaris van Financiën,
M.L.A. van Rij*

¹⁸ De definitie van de dependent agent PE is aangepast in het in 2018 gepubliceerde OESO-Rapport 'Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, BEPS Action 7.'



BIJLAGE BIJ HET BESLUIT WINSTALLOCATIE VASTE INRICHTINGEN

Voorbeeld met betrekking tot de uitwerking van de capital allocation approach en fungibility approach

Dit voorbeeld is opgenomen ter illustratie van de capital allocation approach en fungibility approach. Het doel van de gehanteerde methode is de allocatie van eigen en vervolgens vreemd vermogen aan de vaste inrichting.

Het generale lichaam kent de volgende balans:

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

Er dienen in het kader van de eerste stap van de AOA activa aan de vaste inrichting te worden toegerekend. Stel dat op basis van de analyse van de significant people functions de toewijzing van de activa aan de vaste inrichting resulteert in activa voor een bedrag van 200. In dat geval dient daarna financiering ter grootte van 200 te worden gealloceerd aan de vaste inrichting. Het is de vraag welk deel daarvan uit eigen vermogen en welk deel uit vreemd vermogen dient te bestaan ter bepaling van de arm's-lengthrentelast van de vaste inrichting.

Bij de uitwerking van dit voorbeeld wordt onderscheid gemaakt tussen twee situaties. In beide situaties mag worden aangenomen dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als het generale lichaam.

Situatie 1:

In dit voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de verrichte activiteiten, gebruikte activa en gelopen risico's van de vaste inrichting volledig vergelijkbaar zijn met die van het generale lichaam. Toepassing van de capital allocation approach zou er dan toe kunnen leiden dat er naar rato van de waarde van de activa eigen vermogen toegerekend moet worden aan de vaste inrichting (in dit geval $200/400 * 150 = 75$). Het toe te rekenen vreemd vermogen bedraagt in dat geval 125 ($200 - 75$).

De balans van de vaste inrichting ziet er dan als volgt uit.

Debet		Credit	
Activa	200	EV	75
		VV	125
	<hr/>		<hr/>
	200		200

De rentelast zal berekend worden naar rato van het toegerekende vreemd vermogen van 125. Aangezien de verrichte activiteiten en gebruikte activa van de vaste inrichting hetzelfde risicoprofiel hebben als die van het generale lichaam, ligt het voor de hand dat bij toepassing van de fungibility approach ook circa 50% van de rentelasten van het lichaam dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting.

Situatie 2:

In dit voorbeeld wordt ervan uitgegaan dat de verrichte activiteiten en gebruikte activa van de vaste inrichting een lager risicoprofiel hebben dan die van het generale lichaam. Stel dat toepassing van de capital allocation approach tot de conclusie leidt dat 1/3 deel van het eigen vermogen van het lichaam



aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend, dan dient aan de vaste inrichting een eigen vermogen te worden toegerekend van 50 ($1/3 * 150$). Het toe te rekenen deel van het vreemd vermogen wordt hierdoor 150 ($200 - 50$).

De balans van de vaste inrichting ziet er dan als volgt uit.

Debet		Credit	
Activa	200	EV	50
		VV	150
	<hr/>		<hr/>
	200		200

De rentelast zal berekend worden naar rato van het toegerekende vreemd vermogen van 150. Omdat de vaste inrichting een lager risicoprofiel heeft dan het generale lichaam, dient relatief minder eigen vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting in situatie 2 en daarmee ook minder dan in situatie 1. De keerzijde daarvan is dat er relatief veel vreemd vermogen aan de vaste inrichting dient te worden toegerekend, waardoor in principe aan de vaste inrichting relatief meer rente wordt gealloceerd.