

Internationaal Belastingrecht. Winstallocatie Vaste Inrichtingen.

Directoraat-Generaal voor Fiscale Zaken, Directie Internationale Fiscale Zaken

Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457 M, Staatscourant 27 januari 2011, nr. 1375

De staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten.

Dit besluit geeft nader inzicht in mijn standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen.

De publicatie van het OESO-rapport "Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments", de aanpassing van het commentaar bij artikel 7 van het OESO Modelverdrag in 2008 en de vaststelling van het nieuwe artikel 7 OESO Modelverdrag (inclusief commentaar) in juli 2010 zijn de aanleiding voor dit besluit. Doel van het besluit is om zoveel mogelijk duidelijkheid te geven over de wijze waarop de Nederlandse belastingdienst tegen de winstallocatie van vaste inrichtingen aankijkt.

1. Inleiding

1.1 Gebruikte afkortingen en termen

AOA	Authorised OECD Approach
Artikel 7 OMV nieuw	Het in juli 2010 vastgestelde artikel 7 OMV
Artikel 7 OMV oud	Het vóór juli 2010 geldende artikel 7 OMV
Bvdb	Besluit voorkoming dubbele belasting 2001
Guidelines	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
KERT-functies	Key Entrepreneurial Risk Taking functies
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OMV	OESO-modelverdrag
PE-Report	Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments

1.2 Aanleiding besluit

Ten aanzien van grensoverschrijdende transacties bestaat binnen de OESO-lidstaten overeenstemming over toepassing van het zogenoemde arm's-lengthbeginsel, zoals dat is opgenomen in artikel 7 en 9 van het OESO-modelverdrag (OMV) en zoals dat in art. 8b Wet VPB 1969 is gecodificeerd in Nederland. In het OESO-commentaar op artikel 9 OMV, de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (Guidelines) en Nederlandse

beleidsbesluiten¹ wordt het arm's-lengthbeginsel van een nadere invulling en toelichting voorzien.

In juli 2008 is het OESO-rapport "Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" (PE-Report) gepubliceerd, dat in 2010 is aangepast². In dit rapport wordt beschreven hoe winsten aan vaste inrichtingen toegerekend dienen te worden³. Dit rapport is geschreven met het doel om een grotere internationale consensus te bereiken met betrekking tot de toepassing van artikel 7 OMV. Hoewel in het in 2008 geldende artikel 7 OMV de verwijzing naar de "functionally separate entity approach" als zodanig in lid 2 is opgenomen, bleek vanuit ervaringen in de praktijk nadere uitleg noodzakelijk. Daarnaast zijn nieuwe inzichten inzake winstallocatie aan vaste inrichtingen in het rapport verwerkt.

Uitgangspunt bij de winstallocatie in het PE-Report is de Authorised OECD Approach (AOA). Deze komt er kort gezegd op neer dat activa en risico's worden gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functie-analyse. Daarna wordt eerst het eigen vermogen (free capital⁴) en vervolgens het vreemd vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting. Bij deze vermogensallocatie zijn in grote lijnen twee methoden te onderscheiden: de capital allocation approach en de thin capitalisation approach. Vervolgens wordt de arm's length winst van de vaste inrichting bepaald. Daarbij kan de rentelast ter zake van het gealloceerde vreemd vermogen worden bepaald aan de hand van ook weer twee methoden: de fungibility approach en de tracing approach.

In het kader van de implementatie van het PE-Report heeft de OESO een traject gevolgd dat uit verschillende 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 OMV 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 OMV inclusief een nieuw commentaar. Het nieuwe artikel 7 OMV met nieuw commentaar is in juli 2010 door de OESO vastgesteld.

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

Het Nederlandse beleid is er in het verleden al op gericht geweest het arm's-lengthbeginsel van toepassing te laten zijn bij de winstbepaling van vaste inrichtingen. Het land waar de vaste inrichting is gelegen mag de voordelen belasten voor zover deze aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend. De winst wordt toegerekend aan de vaste inrichting afhankelijk van de verrichte functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's. Daarbij dient te worden gehandeld alsof

¹ Beleidsbesluiten van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M en 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M.

² Deze aanpassingen hadden als voornaamste doel het in overeenstemming brengen van bepaalde begrippen uit het PE-Report met begrippen uit het nieuwe artikel 7 en de vernieuwde Guidelines. Met deze aanpassingen zijn geen inhoudelijke wijzigingen beoogd.

³ Indien in dit besluit sprake is van het begrip winsten wordt door mij hier tevens verliezen onder verstaan.

⁴ In het Pe-Report is het eigen vermogen als "free capital" aangeduid ter onderscheiding van het vermogen waarvan de interestbetaling als aftrekbare last in het land van de vaste inrichting dient te worden aangemerkt.

de vaste inrichting een afzonderlijke ongelieerde onderneming is⁵. Dit wordt ook wel de "functionally separate entity approach" genoemd. Bij interne leveringen, dienstverlening en het beschikbaar stellen van activa (dealings⁶) dient derhalve een arm's-lengthprijs gehanteerd te worden tenzij het commentaar bij artikel 7 OMV, het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 en/of de Nederlandse jurisprudentie hier een beperking op aanbrengt.

Het Nederlandse beleid sluit aan bij de conclusies van het PE-Report. Ik onderschrijf de conclusies van het PE-Report en ik vind het een juiste invulling van de beginselen die ook aan het vóór juli 2010 geldende artikel 7 OMV ten grondslag hebben gelegen. Daar waar in het verleden verschillende interpretaties bestonden over de wijze waarop de winst aan een vaste inrichting gealloceerd diende te worden, wordt in het PE-Report gekozen voor de functionally separate entity approach en daarmee voor de toepassing van het arm's-lengthbeginsel zoals nader uitgewerkt in de Guidelines. Als gevolg daarvan is in het PE-Report onder andere verwoord dat het in rekening brengen van een fictieve (interne) royalty in specifieke omstandigheden gepast is en dat de allocatie van rentelasten aan de vaste inrichting op een arm's length wijze dient te geschieden, rekening houdend met de functies, de activa en de risico's van de vaste inrichting.

In Nederland wordt bij de uitleg van verdragen met een gewijzigd OESO commentaar de dynamische methode toegepast. Dit leidt ertoe dat wijzigingen die bedoeld zijn als verduidelijking ook van toepassing zijn op verdragen die zijn afgesloten vóór wijziging van het commentaar. De wijzigingen in het commentaar zoals vastgesteld in juli 2008 zijn dergelijke verduidelijkingen. Deze zijn dan ook van toepassing op bestaande verdragen. In gevallen waarbij door de wijziging van het commentaar in 2008 duidelijk is geworden dat een gehanteerde winstallocatie van een belastingplichtige niet als arm's length is aan te merken zal in redelijkheid beoordeeld moeten worden in hoeverre en vanaf welk moment aanpassing noodzakelijk is. Overleg met de Belastingdienst kan hier uitkomst bieden.

Het is echter niet zo dat de wijzigingen in artikel 7 OMV Nieuw en het daarbij horende commentaar, automatisch doorwerken naar de bestaande verdragen die met een ander artikel 7 tot stand zijn gekomen.

De vraag in hoeverre de wijzigingen in artikel 7 OMV Nieuw en het daarbij horende commentaar invloed hebben bij de toepassing van verdragen met de oude tekst is niet eenvoudig te beantwoorden. Voor de uitvoeringspraktijk is het echter ongewenst als hierover onduidelijkheid bestaat. Om deze onzekerheid te voorkomen ben ik bereid om de beginselen van het PE-Report, voor zover deze beginselen niet als een verduidelijking van artikel 7 OMV oud beschouwd kunnen worden, ook toe te passen bij verdragen waarin de tekst van artikel 7 OMV Oud is opgenomen. Daarom zal de Nederlandse belastingdienst een arm's length winsttoerekening aan een vaste inrichting die gebaseerd is op de uitgangspunten van het PE-Report en die als zodanig ook in het andere betrokken land door belastingplichtige consistent is toegepast niet corrigeren. Dit geldt ook bij de vrijstelling van buitenlandse winst onder het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (Bvdb) of bij de belastingheffing van

⁵ In het PE-Report wordt dit aangeduid als de "legally distinct and separate enterprise".

⁶ Omdat dergelijke transacties binnen een onderneming juridisch niet mogelijk zijn worden ze fictieve transacties of dealings genoemd.

buitenlands belastingplichtigen in verdragsloze situaties. Bij verdragsonderhandelingen zal artikel 7 OMV Nieuw inzet zijn bij de besprekingen.

Daarnaast is relevant dat het PE-Report, 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 bedoeling. 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 uiteen lopen van de invulling van deze bepalingen zou mogelijk leiden tot dubbele belasting of tot dubbele vrijstelling wat in strijd is met het doel van deze regelingen. Daarom zijn het PE-Report en het commentaar bij artikel 7 OMV van groot belang bij de uitleg van de nationale belastingwetten en het Bvdb.

1.3 Doel besluit

Het doel van dit besluit is om nader inzicht te geven in mijn standpunten met betrekking tot de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Deze standpunten zien overigens 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 op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 ten aanzien van de toerekening van aandelen aan een in Nederland gevestigde vaste inrichting.

1.4 Toelichting paragrafen

In paragraaf 2 gaat dit besluit in op de AOA met betrekking tot de wijze waarop winst aan vaste inrichtingen dient te worden toegerekend. Daarbij wordt onder andere stilgestaan bij de vermogensallocatiemethoden en wordt een voorkeur uitgesproken voor de capital allocation approach. In paragraaf 3 gaat dit besluit in op vragen met betrekking tot risicoallocatie waarbij de verhouding tussen de begrippen control en significant people functions nader wordt uitgewerkt. Ik ga ervan uit dat de risicoallocatie aan vaste inrichtingen in hoge mate vergelijkbaar is met de risicoallocatie zoals die in soortgelijke omstandigheden bij een met de vaste inrichting vergelijkbare ongelieerde onderneming zou hebben plaatsgevonden. In paragraaf 4 gaat dit besluit in op dealings binnen de generale onderneming. Daarbij wordt onder andere ingegaan op verschillen van interpretatie in het verleden waarbij het PE-Report een keuze heeft gemaakt. Deze keuzes sluiten aan bij het reeds bestaande Nederlandse beleid. Van belang is daarbij dat met betrekking tot financiële transacties een situatie waarbij de vaste inrichting meer vreemd vermogen krijgt toebedeeld dan daadwerkelijk door de generale onderneming van externe partijen (gelieerd of ongelieerd) is geleend niet past in de door mij voorgestane benadering. In paragraaf 5 gaat het besluit in op een aantal specifieke onderwerpen waaronder de mogelijkheid van zekerheid vooraf.

Dit besluit betreft niet de toepassing van de artikelen 5 en 9 OMV die een rol spelen bij de vraag of er sprake is van een vaste inrichting (artikel 5) en bij de vraag of er arm's length gehandeld is door gelieerde partijen (artikel 9).

2. Winstallocatie vaste inrichtingen

2.1 Algemeen

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 ongelieerde onderneming zou zijn geweest met dezelfde of soortgelijke functies, handelend onder dezelfde of overeenkomstige omstandigheden. In het PE-Report wordt hiermee de "functionally separate entity approach" bevestigd. 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 ondernemingen op basis van artikel 9 OMV en nader is uitgewerkt in de Guidelines. Een belangrijk verschil in de toepassing van het arm's-lengthbeginsel op basis van artikel 7 OMV in vergelijking met de toepassing op basis van artikel 9 OMV is dat binnen een onderneming wettelijk bindende contracten ontbreken.

De AOA kent twee stappen. In de eerste stap worden de activa en risico's alsmede het vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functie-analyse. 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.

In de eerste stap dient voor de allocatie van activa en risico's in zijn algemeenheid aangesloten te worden bij de plaats waar de zogenaamde "significant people functions" worden uitgeoefend. Deze "significant people functions" zijn gerelateerd aan de mensen die de activiteiten verrichten met betrekking tot 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 de onderneming gelopen risico's.

Tevens wordt in de eerste stap eerst 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 ter ondersteuning van de aan haar toegerekende activiteiten, activa en risico's. De toerekening van het vermogen vindt daarom plaats na de allocatie van de activa en risico's op basis van een functie-analyse. In zijn algemeenheid is daarbij het uitgangspunt dat een vaste inrichting een gelijke kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming.

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. Deze methoden onderscheiden zich in hoofdlijnen in methoden die in hun benadering uitgaan van de actuele vermogensstructuur van de generale onderneming ("capital allocation approach") of van de vermogensstructuur van met de vaste inrichting vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen ("thin capitalisation approach").

Gelet op het feit dat in de praktijk vaak door ondernemingen slechts externe leningen gealloceerd werden aan de vaste inrichting indien er een causaal verband was met de aan de vaste inrichting gealloceerde activa, zal de toepassing van deze methoden mogelijk tot een andere allocatie van eigen en vreemd vermogen leiden.

Bij de allocatie van eigen en vreemd vermogen is het Nederlandse beleid erop gericht om de methode te kiezen die ertoe leidt dat de

winsttoerekening en daarmee ook de allocatie van rente aan de vaste inrichting zoveel als mogelijk leidt tot de winst die een afzonderlijke ongelieerde onderneming zou hebben behaald met vergelijkbare activiteiten onder vergelijkbare omstandigheden. Mede gelet op het uitgangspunt van het PE-Report dat de vaste inrichting in principe een gelijke kredietwaardigheid heeft als de onderneming in zijn geheel heb ik een voorkeur voor de capital allocation approach.

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 method" is uitgewerkt in een bijlage bij dit besluit.

Tenslotte schetst het PE-Report bij de eerste stap onder welke omstandigheden er dealings tussen hoofdhuis en 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 het vervolg van dit besluit nader ingegaan (zie paragraaf 4).

De allocatie van baten en lasten dient te geschieden op basis van het arm's-lengthbeginsel. Daarom worden in de tweede stap de kosten en opbrengsten gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functies, de activa, de risico's, het vermogen en de dealings zoals die in stap 1 zijn geanalyseerd. Voor de in stap 1 geïdentificeerde "dealings" dient in stap 2 een verrekenprijs te worden bepaald.

Behalve het toerekenen van het eigen en vreemd vermogen dient er ook een arm's length rentelast aan de vaste inrichting te worden toegerekend. In het PE-Report worden daartoe verschillende methoden beschreven. Daarbij gaat het met name om 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 de "fungibility approach" waarbij de totale rentelast van de generale onderneming naar rato wordt toegerekend aan de vaste inrichting en het historisch verband met een lening niet van belang is.

Hoewel in het PE-Report de verschillende methoden onder de AOA worden toegelaten heb ik een voorkeur voor de "fungibility approach", waarbij evenals bij de allocatie van het vermogen op basis van de "capital allocation approach" ook een risicogewogen aandeel in de totale rentelasten van de onderneming wordt gealloceerd aan de vaste inrichting. 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 length rentelast aan de vaste inrichting leiden⁷. Onder de "fungibility approach" kan hier wel rekening mee gehouden worden indien een, op de functie-analyse gebaseerd, pro rata deel van de rentelasten van de gehele onderneming aan de vaste inrichting wordt toegerekend. De omvang van de rentelast zal naar verwachting bij een dergelijke methode de rentelast benaderen die een ongelieerde geldverstrekker in rekening zou brengen bij financiering van een soortgelijke ongelieerde onderneming. Uitgangspunt van de AOA is immers dat de aftrekbare rentelast van de vaste inrichting niet hoger zou mogen zijn dan een arm's length rentelast.

2.2 Toelichting Nederlandse voorkeursmethode

⁷ Met specifieke omstandigheden wordt hier bedoeld de functies, activa en risico's van de vaste inrichting.

De allocatie van eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting verdient een nadere toelichting. Uitgangspunt van de AOA is dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming. Gevolg daarvan is dat van een interne garantstelling geen sprake kan zijn en dat er een beperkte keuzevrijheid bestaat bij de allocatie van eigen en vreemd vermogen aan de vaste inrichting. Immers aan de vaste inrichting dient zoveel eigen en vreemd vermogen te worden toegerekend dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming.

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. Beide, op interne vergelijking gebaseerde, methoden rekenen immers op risicogewogen wijze vermogen respectievelijk rentelasten toe aan de vaste inrichting en sluiten derhalve logisch op elkaar aan.

Slechts wanneer de generale onderneming niet conform het arm's-lengthbeginsel is gefinancierd, met als gevolg daarvan te weinig eigen vermogen en te hoge rentelasten, zal de belastingdienst de interne vergelijking moeten loslaten. Dan zal de op externe vergelijking gebaseerde "thin capitalisation approach" gehanteerd worden. In dat geval zullen, om toch een arm's length winst 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 ondernemingen, die vergelijkbaar zijn met de vaste inrichting.

2.3 Dubbele belastingheffing als gevolg van het gebruik van een verschillende methode

Omdat in het PE-Report niet gekozen wordt voor de ene of de andere methode is het risico aanwezig dat indien verschillende landen de allocatie van eigen vermogen en de rentelasten verschillend benaderen er geen of dubbele belastingheffing ontstaat. Indien vanwege de toepassing van een verschillende benadering met betrekking tot de allocatie van rentelasten door de verschillende belastingautoriteiten, belastingplichtige wordt geconfronteerd met dubbele belastingheffing, ben ik in dergelijke situaties 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 29 september 2008, nr. IFZ2008/248M.

In situaties waarin artikel 7 OMV 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:

- a. de verschillende benadering in de landen het gevolg is van keuzen die zijn verankerd in de wet- of regelgeving;
- b. de keuze in het land van de vaste inrichting een door de OESO geautoriseerde keuze is;
- c. in de betreffende specifieke casus deze benadering een resultaat tot gevolg heeft dat als arm's length beschouwd kan

worden.

Indien vanwege de toepassing van een verschillende benadering met betrekking tot de vermogensallocatie door de verschillende belastingautoriteiten er over een deel van de winst geen belasting wordt geheven ben ik van mening dat deze onevenwichtigheid zoveel mogelijk dient te worden voorkomen of opgeheven.

3. Het begrip "significant people functions" versus "control"

Het is van belang dat de uitgangspunten die worden gehanteerd bij de risicoallocatie bij transacties tussen gelieerde vennootschappen zo veel mogelijk overeenkomen met de risicoallocatie zoals die bij de winstbepaling van een vaste inrichting wordt gehanteerd. 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. In het deel van het PE-Report dat handelt over de financiële instellingen wordt hiervoor de term "key entrepreneurial risk-taking" functies (KERT-functie) gebruikt.

De reden voor het gebruik van deze afwijkende terminologie is gelegen in het feit dat bij financiële instellingen er meer dan bij andere ondernemingen een overlap zal bestaan tussen de "significant people functions" die bepalend zijn voor de 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).

Mede gelet op het ontbreken van juridische contracten tussen hoofdhuis en vaste inrichting zijn bij de allocatie van activa en risico's aan de vaste inrichting de "significant people functions" bepalend. De "significant people functions" kunnen worden aangemerkt als die functies die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen over het aangaan en beheren van de risico's van de activiteiten binnen de onderneming. Volgens het PE-Report gaat het hier met name om de zogenaamde "day to day" activiteiten die bij de bedrijfsvoering van een onderneming een bepalende rol spelen.

In de Guidelines, waarin nadere uitwerking wordt gegeven aan het arm's-lengthbeginsel met betrekking tot transacties tussen gelieerde vennootschappen, wordt eveneens aandacht besteed aan risicoallocatie. Hoewel in de Guidelines de contractuele werkelijkheid het startpunt is van de functie-analyse, wordt ook aandacht besteed aan de wijze waarop risico's tussen partijen in zijn algemeenheid gealloceerd worden. In paragraaf 1.49 van de Guidelines (versie 2010) is te lezen: "In arm's length transactions it generally makes sense for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control." Hieruit valt af te leiden dat het begrip "control" een zeer belangrijke rol speelt bij de risicoallocatie zoals die doorgaans tussen ongelieerde partijen wordt vormgegeven.

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 activiteiten. De activiteiten van de partijen die "control" uitoefenen zouden mogelijk 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 was om de AOA met betrekking tot vaste inrichtingen zoveel als mogelijk te laten aansluiten 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 OMV) en de "day to day" activiteiten van de "significant people functions" (in de context van artikel 7 OMV). Daarom dient ervan uit gegaan te worden dat de risicoallocatie aan de vaste inrichting in hoge mate vergelijkbaar is met de risicoallocatie zoals die bij een met de vaste inrichting vergelijkbare ongelieerde onderneming in soortgelijke omstandigheden zou hebben plaatsgevonden.

Ter illustratie van het voorafgaande kan het volgende worden opgemerkt. In het besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M is in paragraaf 3 een analyse gegeven van de rol van de principaal met betrekking tot de uitvoering van researchactiviteiten waarbij ter verduidelijking een aantal voorbeelden zijn gegeven. Ik ben van mening dat de conclusies niet principieel anders kunnen zijn in de situatie dat de betreffende activiteiten van de onderneming uit de aangehaalde voorbeelden door middel van een vaste inrichting worden uitgevoerd.

4. Dealings

In deze paragraaf wordt mijn standpunt ten aanzien van een aantal specifieke dealings nader toegelicht.

Het betreft fictieve transacties met betrekking tot conerndiensten, het beschikbaar stellen van immateriële vaste activa en het aangaan van financiële transacties.

4.1 Concerndiensten

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

Artikel 7 OMV Oud, derde lid 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. Het derde lid van artikel 7 OMV Oud moet in dit verband niet worden gelezen als een beperking van artikel 7 OMV Oud, tweede lid, maar als een verduidelijking die de toepassing van het arm's-lengthbeginsel niet in de weg staat.

Hoewel het derde lid van artikel 7 OMV Oud de arm's length benadering niet in de weg staat is in het commentaar van artikel 7 OMV 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 nemen⁸. 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 de onderneming vormen (paragrafen 35 en 36). Het is mijn visie dat in geval van interne dienstverlening, evenals bij toepassing van artikel 9 OMV, in

⁸ Met het commentaar van artikel 7 OMV Oud wordt hier bedoeld het commentaar dat in 2008 is herzien.

beginsel een winstopslag in aanmerking dient te worden genomen.

Ik zal mij bij de toepassing van verdragen die niet zijn gebaseerd op artikel 7 OMV Nieuw soepel opstellen bij de interpretatie van artikel 7 OMV Oud. Dit betekent concreet dat met betrekking tot in het commentaar genoemde diensten toerekening van kosten aan een vaste inrichting zowel op basis van alle 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 OMV Nieuw kan er geen twijfel meer bestaan over de toepassing van het arm's-lengthbeginsel bij fictieve conerndiensten.

Overigens is het beleid, zoals geformuleerd in het besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, dat toestaat om zonder winstopslag alle relevante werkelijke kosten met betrekking tot bepaalde ondersteunende diensten in rekening te brengen, vanzelfsprekend ook op deze fictieve transacties van toepassing. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt voor situaties waarbij artikel 7 OMV Oud of artikel 7 OMV Nieuw van toepassing is.

4.2 Immateriële vaste activa

Paragraaf 34 van het commentaar van artikel 7 OMV Oud is in het verleden vaak 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 onderneming. 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 de onderneming toe te rekenen zijn is er mijns inziens ruimte voor het in rekening brengen van een royalty. Er is bij artikel 7 OMV Oud geen sprake van een absoluut intern royalty-verbod.

Het is mijn uitgangspunt om zoveel mogelijk een systematiek te hanteren die leidt tot een uitkomst die gelijk is aan de uitkomst in gelijksoortige situaties bij ongelieerde ondernemingen. Voor zowel de allocatie van zelfontwikkelde als aangekochte immateriële vaste activa is doorslaggevend welk deel van de onderneming 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 daarom 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 OMV 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 een functie-analyse. Het daaruit voortvloeiende toerekenbare vreemd vermogen en de daarbij behorende rentelast voor de vaste inrichting

is mede bepalend voor de winstallocatie.

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 OMV Nieuw geen rol meer.

De interne interest dealings 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 functie-analyse een arm's-lengthbeloning rechtvaardigen die gerelateerd is aan de betreffende geldstromen en risico's.

Volgens het PE-Report hebben deze interest dealings 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 de onderneming 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 de onderneming gealloceerd te worden aan de vaste inrichting en anderzijds de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid te hebben als de generale onderneming. 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 (gelieerd of ongelieerd) afkomstig is⁹. 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 functie-analyse kan de beloning voor de treasury-afdeling namelijk ook vormgegeven worden door middel van een fictieve doorbelasting van kosten met een daarbij passende winststopslag.

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 mogelijk 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

⁹ Zie hiervoor tevens paragraaf 157 en 158, Part I van het PE Report (versie 2010).

Het is niet mogelijk om activa toe te rekenen aan de vaste inrichting op grond van het 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 de "significant people functions" zoals die blijken uit de functie-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 economisch 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, 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). Deze zienswijze is bevestigd in de toelichting bij artikel 9 van het Bvdb. De tijdelijke terbeschikkingstelling merk ik aan als een bijzondere omstandigheid die een andere benadering rechtvaardigt dan de benadering ("place of use") zoals die in het OESO-commentaar is omschreven.

5.2 Financiële activa

Voor financiële activa (zoals liquide middelen en vorderingen) geldt dat de 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: 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 "dependent agent PE" dezelfde regels als bij een gewone vaste inrichting.

Ik ben van mening dat gelet op het uitgangspunt dat de agent in de uitoefening van zijn eigen onderneming at 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

In de eerste stap van de AOA worden op basis van de functie-analyse de activa en de risico's gealloceerd. In de tweede stap worden de kosten en opbrengsten 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.

Een verzoek ter verkrijging van zekerheid vooraf met betrekking tot de winstallocatie aan een vaste inrichting dient te worden gericht aan de competente inspecteur. In de gevallen waar het betreft de keuzes die worden gemaakt in de tweede stap legt de inspecteur het verzoek voor aan het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond voor een bindend advies. Het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/ Rijnmond stemt de mogelijke beleidsmatige aspecten die samenhangen met het verzoek en die nog niet eerder als beleid zijn gepubliceerd af met de Coördinatiegroep Verrekenprijzen teneinde de eenheid van beleid en uitvoering te waarborgen. Daarbij is het besluit van 11 augustus 2004 nr. IFZ 2004/124 M onverkort van toepassing.

In de gevallen waar het slechts een verzoek tot goedkeuring betreft van de keuzen die worden gemaakt in stap 1 stemt de competente inspecteur het verzoek af met de Coördinatiegroep Verrekenprijzen teneinde de eenheid van beleid en uitvoering te waarborgen. Mocht belastingplichtige zekerheid willen hebben ten aanzien van zowel de allocatie van activa en de risico's als een arm's length toerekening van kosten en opbrengsten aan de vaste inrichting, dan kan hij verzoeken om een Advance Pricing Agreement. Indien het gaat om het verkrijgen van zekerheid vooraf over de toerekening van aandelen aan een vaste inrichting in Nederland behandelt de Belastingdienst deze op basis van het besluit van 11 augustus 2004, IFZ2004/125M. Dit betekent onder andere dat de competente inspecteur deze verzoeken om zekerheid vooraf voor een bindend advies voorlegt aan het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond. De beoordeling van dergelijke verzoeken vindt plaats aan de hand van het gelijktijdig uitgebrachte besluit van 15 januari 2011, DGB2010/8223M

6. Inwerkingtreding

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

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 15 januari 2011.

De staatssecretaris van Financiën.

mr. drs. F.H.H. Weekers

Bijlage bij het besluit "Winstallocatie vaste inrichtingen" IFZ 2010 457 M, Staatscourant 27 januari 2011, nr. 1375

Voorbeeld met betrekking tot de uitwerking van de capital allocation methode.

Dit voorbeeld is opgenomen ter illustratie van de capital allocation methode. Het doel van de gehanteerde methode is de allocatie van eigen en in het verlengde daarvan ook vreemd vermogen aan de vaste inrichting.

De generale onderneming kent de volgende balans:

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

Er dienen in het kader van stap 1 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 er daarna financiering ter grootte van 200 te worden gealloceerd aan de vaste inrichting, en is het de vraag welk deel daarvan uit eigen vermogen en welk deel uit vreemd vermogen dient te bestaan ter bepaling van de arm's length rentelast van de vaste inrichting.

Bij de uitwerking van dit voorbeeld wordt onderscheid gemaakt tussen twee situaties.

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 de generale onderneming. Toepassing van de capital allocation methode 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 de generale onderneming, ligt het voor de hand dat bij

toepassing van de fungibility methode dan ook circa 50% van de rentelasten van de onderneming dient te worden toegerekend aan de vaste inrichting. In dat geval mag worden aangenomen dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming.

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 de generale onderneming. Stel dat toepassing van de capital allocation methode tot de conclusie leidt dat 1/3 deel van het eigen vermogen van de onderneming 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
	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 de generale onderneming dient er relatief weinig eigen vermogen te worden toegerekend aan de vaste inrichting in situatie 2 en daarmee ook minder dan in situatie 1. 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 veel rente wordt gealloceerd. Het uitgangspunt in aanmerking nemende dat de vaste inrichting dezelfde kredietwaardigheid heeft als de generale onderneming lijkt dit een logische uitkomst omdat verwacht mag worden dat de aan de vaste inrichting toe te rekenen operationele winst, als gevolg van het lage risicoprofiel, een relatief stabiel verloop zal kennen en daarmee een relatief zekere dekking zal bieden voor de rentelasten.

Een aantal opmerkingen kan hierbij gemaakt worden:

- 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 de generale onderneming 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 toegepast.
- Gelet op de complexiteit van de bepaling van de jaarlijkse relatieve waarde van de activa en het besef dat het hier niet om een exacte wetenschap gaat zal de Belastingdienst bij de beoordeling een zekere flexibiliteit in acht nemen.