

L.C. Janse  
J.T. van Egdom

# **Winstallocatie aan vaste inrichtingen**

*Eerste druk*

# INHOUDSOPGAVE

## **Lijst van gebruikte afkortingen / IX**

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleiding / 1**

### HOOFDSTUK 2

#### **Algemene beginselen / 5**

- 2.1 Een vaste inrichting / 5
  - 2.1.1 Inleiding / 5
  - 2.1.2 Artikel 5 / 6
  - 2.1.3 Tot slot / 9
- 2.2 Twee perspectieven / 10
  - 2.2.1 Beoordeling van de winst / 11
- 2.3 Methoden van voorkoming / 12
- 2.4 Verschillen in winstallocatie / 13
  - 2.4.1 Diverse verschillen / 13
- 2.5 De rol van de administratie van een vaste inrichting / 15

### HOOFDSTUK 3

#### **Winstallocatie in de modelverdragen / 17**

- 3.1 Een nieuwe benadering van de winstallocatie / 18
  - 3.1.1 Publicatie van het PE-rapport / 18
  - 3.1.2 De functionally separate entity approach en de AOA / 18
  - 3.1.3 De implementatie van de AOA in 2008: de wijziging van het commentaar / 19
  - 3.1.4 De implementatie van de AOA in 2010: het nieuwe artikel 7 / 21
  - 3.1.5 Toepassing van het nieuwe commentaar op eerder afgesloten verdragen / 22
  - 3.1.6 Commentaar van voor 2008 bij eerder afgesloten verdragen / 23
  - 3.1.7 Geen gevolgen voor de rest van het verdrag en bronbelasting / 25
- 3.2 Het verschil tussen het oude en nieuwe artikel 7 OESO-modelverdrag / 25
  - 3.2.1 Lid 1 (oud en nieuw) OESO-modelverdrag / 25
  - 3.2.2 Lid 2 (oud en nieuw) OESO-modelverdrag / 27
  - 3.2.3 Lid 3 (nieuw) OESO-modelverdrag / 28
  - 3.2.4 Lid 3 (oud) OESO-modelverdrag / 29
  - 3.2.5 Lid 4 (oud) OESO-modelverdrag / 30

|       |                                                                                     |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------|
| 3.2.6 | Lid 5 (oud) OESO-modelverdrag / 31                                                  |
| 3.2.7 | Lid 6 (oud) OESO-modelverdrag / 31                                                  |
| 3.2.8 | Lid 4 (nieuw) en lid 7 (oud) OESO-modelverdrag / 32                                 |
| 3.3   | Artikel 7 VN-Modelverdrag / 32                                                      |
| 3.3.1 | Inleiding / 32                                                                      |
| 3.3.2 | Artikel 7 lid 1 VN-modelverdrag / 33                                                |
| 3.3.3 | Artikel 7 lid 2 VN-modelverdrag / 34                                                |
| 3.3.4 | Artikel 7 lid 3 VN-modelverdrag / 35                                                |
| 3.3.5 | Artikel 7 lid 4-7 VN-modelverdrag / 36                                              |
| 3.4   | Samenvatting verschillen tussen de drie hoofdvarianten / 36                         |
| 3.5   | Een voorbeeld ter illustratie van de verschillen / 37                               |
| 3.5.1 | De feiten van de casus 'Snoepgoed' / 38                                             |
| 3.5.2 | De verschillen voor de winstallocatie bij de hantering van de diverse methoden / 40 |

## HOOFDSTUK 4

### **De AOA / 47**

|       |                                                                                   |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 4.1   | AOA algemeen / 47                                                                 |
| 4.1.1 | Inleiding / 47                                                                    |
| 4.1.2 | Het nieuwe artikel 7 OESO-modelverdrag / 48                                       |
| 4.1.3 | Verdeeldheid in de zoektocht naar een eenduidige winstallocatie / 48              |
| 4.1.4 | Keuze voor de functionally separate entity approach / 49                          |
| 4.2   | Stap 1 van de AOA: de functionele analyse / 50                                    |
| 4.2.1 | De significant people functions (SPF) en de allocatie van activa en risico's / 51 |
| 4.2.2 | De gevolgen van het lopen van risico's / 57                                       |
| 4.2.3 | Vermogensallocatie in stap 1 van de AOA / 57                                      |
| 4.2.4 | Onderkennen van dealings / 66                                                     |
| 4.2.5 | Samenvatting van stap 1 van de AOA / 67                                           |
| 4.3   | Stap 2 van de AOA: beprijzing van de dealings / 67                                |
| 4.3.1 | De vergelijkbaarheidsanalyse / 67                                                 |
| 4.3.2 | Voor of na het bestaan van de vaste inrichting / 69                               |
| 4.3.3 | Conclusies stap 2 / 70                                                            |
| 4.3.4 | Tot slot / 70                                                                     |
| 4.4   | Dependent Agent Permanent Establishment / 70                                      |
| 4.4.1 | Inleiding / 70                                                                    |
| 4.4.2 | Two taxpayer-approach / 71                                                        |
| 4.4.3 | De relatie met overige actiepunten uit het BEPS-project / 73                      |
| 4.4.4 | Additional guidance van de OESO (2018) / 75                                       |
| 4.4.5 | Volgorde toepassing van artikel 7 en 9 / 76                                       |
| 4.4.6 | Tot slot / 78                                                                     |
| 4.5   | De AOA en banken / 78                                                             |
| 4.5.1 | Inleiding / 78                                                                    |
| 4.5.2 | Functies bij banken / 79                                                          |
| 4.5.3 | KERT-functies / 79                                                                |
| 4.5.4 | De treasuryafdeling / 80                                                          |

|        |                                                                                    |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 4.5.5  | Overige activa / 81                                                                |
| 4.5.6  | Specifieke risico's van banken / 81                                                |
| 4.5.7  | Free capital en toezicht op de bancaire sector / 82                                |
| 4.5.8  | Toerekening rentelast / 83                                                         |
| 4.5.9  | Het verschil tussen banken en overige ondernemingen bij toepassing van de AOA / 84 |
| 4.5.10 | Tot slot / 85                                                                      |
| 4.6    | AOA en global trading / 86                                                         |
| 4.6.1  | Inleiding / 86                                                                     |
| 4.6.2  | Global-tradingactiviteiten / 86                                                    |
| 4.6.3  | De businessmodellen / 87                                                           |
| 4.6.4  | De KERT-functies bij global trading / 87                                           |
| 4.6.5  | Allocatie van activa, passiva en risico's / 89                                     |
| 4.6.6  | Verrekenprijsmethode / 89                                                          |
| 4.6.7  | Tot slot / 90                                                                      |
| 4.7    | De AOA en verzekeringsmaatschappijen / 90                                          |
| 4.7.1  | Inleiding / 90                                                                     |
| 4.7.2  | Verzekeren / 91                                                                    |
| 4.7.3  | Functies, activa en passiva / 91                                                   |
| 4.7.4  | Allocatie van winsten / 94                                                         |
| 4.7.5  | Tot slot / 95                                                                      |
| 4.8    | De toekomst van de AOA / 95                                                        |
| 4.8.1  | Inleiding / 95                                                                     |
| 4.8.2  | Stand van zaken / 96                                                               |
| 4.8.3  | Oorzaken van de 'gebrekkige' implementatie / 98                                    |
| 4.8.4  | Pogingen vanuit de Europese Commissie / 101                                        |
| 4.8.5  | Tot slot / 102                                                                     |

## HOOFDSTUK 5

### **De Nederlandse wet- en regelgeving / 105**

|       |                                                              |
|-------|--------------------------------------------------------------|
| 5.1   | Inleiding / 105                                              |
| 5.2   | Wet op de vennootschapsbelasting 1969 / 106                  |
| 5.2.1 | Vaste inrichting in het buitenland / 106                     |
| 5.2.2 | Vaste inrichting in Nederland / 106                          |
| 5.3   | Besluit winstallocatie vaste inrichtingen 2022 / 107         |
| 5.3.1 | Keuzemogelijkheden bij vermogensallocatie / 107              |
| 5.3.2 | Risico van dubbele belasting en dubbele niet-belasting / 109 |
| 5.3.3 | Allocatie van (financiële) activa / 110                      |
| 5.3.4 | Risicoallocatie / 110                                        |
| 5.3.5 | Two taxpayers (DAE en DAPE) / 110                            |
| 5.3.6 | Interne dealings: diensten / 111                             |
| 5.3.7 | Interne dealings: royalty's / 111                            |
| 5.3.8 | Interne dealings: interest / 112                             |
| 5.4   | Nederlands beleid ten aanzien van belastingverdragen / 112   |
| 5.5   | Het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 / 113          |

## HOOFDSTUK 6

### **Jurisprudentie / 115**

- 6.1 Hopperzuiger-arrest en Bagger-arrest / 115
  - 6.1.1 Inleiding / 115
  - 6.1.2 Hopperzuiger-arrest / 115
  - 6.1.3 Bagger-arrest / 119
  - 6.1.4 Gevolgen uitspraken voor Nederlandse beleid / 119
- 6.2 Allocatie van leningen / 120
- 6.3 Emissiekosten / 123
- 6.4 Valutaresultaten / 125
- 6.5 Het interne leverancierskrediet / 128
- 6.6 De Apple-casus / 130
  - 6.6.1 Inleiding / 130
  - 6.6.2 Het standpunt van de Europese Commissie / 131
  - 6.6.3 De uitspraak van het Gerecht / 132
  - 6.6.4 De uitspraak van het Europese Hof / 133
- 6.7 Saracreek en de leer van het gedeelte / 134

## HOOFDSTUK 7

### **Overige onderwerpen / 139**

- 7.1 Een voorbeeld van een overdracht van een activum / 139
  - 7.1.1 Inleiding / 139
  - 7.1.2 Voorbeeld a: de transactie vindt plaats tussen twee juridische vennootschappen / 139
  - 7.1.3 Voorbeeld b: de transactie/dealing vindt plaats binnen een juridische vennootschap / 140
  - 7.1.4 Voorbeeld c: de transactie vindt plaats van de vaste inrichting naar het hoofdhuys / 142
- 7.2 Winstallocatie bij bouw- en constructiewerkzaamheden / 143

### **Literatuur / 147**

## HOOFDSTUK 1

# Inleiding

Als een onderneming activiteiten verricht in verschillende landen, komt de vraag aan de orde in welk land de winst van de onderneming belast kan worden. Het uitgangspunt is daarbij dat de winst toegerekend moet worden aan het land waar de activiteiten plaatsvinden en waar de waarde wordt gecreëerd.

De verdeling van de totale winst van een onderneming komt allereerst aan de orde als gelieerde lichamen met elkaar transacties aangaan. Op basis van het internationale belastingrecht wordt de totale winst van de verschillende lichamen doorgaans verdeeld op basis van het zogenoemde arm's-lengthbeginsel.<sup>1</sup> Op grond van het arm's-lengthbeginsel dienen gelieerde lichamen met elkaar te handelen onder dezelfde voorwaarden als waaronder ongelieerde lichamen onder vergelijkbare omstandigheden met elkaar zouden handelen. Dit beginsel is in Nederland gecodificeerd in artikel 8b Wet vennootschapsbelasting 1969 en nader uitgewerkt in het Verrekenprijsbesluit.<sup>2</sup> Het arm's-lengthbeginsel in relatie tot gelieerde lichamen is ook opgenomen in artikel 9 van zowel het OESO-modelverdrag als het VN-modelverdrag en nader uitgelegd in de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten (de OESO-richtlijnen).

Daarnaast komt de verdeling van de winst van een onderneming aan de orde als een vennootschap zijn activiteiten in twee of meerdere landen uitoefent. Deze buitenlandse activiteiten kunnen namelijk leiden tot de aanwezigheid van een vaste inrichting in een land. De winst van de onderneming moet dan verdeeld worden tussen de landen waar de vennootschap actief is, zijnde het land van het hoofdhuis en het land (of de landen) van de vaste inrichting(en). Deze verdeling is medebepalend voor de vraag hoeveel belasting de onderneming in de verschillende landen zal moeten betalen.

Voor transacties tussen gelieerde vennootschappen kan doorgaans de contractuele juridische overeenkomst tussen de rechtspersonen als startpunt van de verrekenprijsanalyse genomen worden. Vervolgens wordt naar het feitelijke gedrag gekeken. Als het gedrag afwijkt van hetgeen is opgenomen in het contract, zal het daadwerkelijke gedrag doorgaans bepalend zijn boven de juridische werkelijkheid.

Het startpunt van de analyse bij de winstverdeling binnen één rechtspersoon is altijd de vraag of er sprake is van een vaste inrichting. Alleen als er sprake is van een vaste inrichting kan een

---

<sup>1</sup> Aan dit beginsel is uitgebreid aandacht besteed in Van Egdom, *Verrekenprijzen (FM nr. 115)* 2024.

<sup>2</sup> Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000139020.

land potentieel belasting heffen over een deel van de winst van de onderneming. De definitie van een vaste inrichting is opgenomen in artikel 5 OESO-modelverdrag, geregeld in nationale wet- en regelgeving van landen en opgenomen in bilaterale belastingverdragen. In deze brochure zal slechts kort worden ingegaan op de vraag of en wanneer er sprake is van een vaste inrichting. Meer aandacht wordt er aan deze problematiek besteed in de FED-brochure *Vaste inrichting*.<sup>3</sup>

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van een vaste inrichting, komt de vraag naar voren hoeveel winst er aan die vaste inrichting kan worden toegerekend. Dit betreft de winstallocatie aan vaste inrichtingen. In het OESO-modelverdrag en in het VN-modelverdrag is de winstallocatie aan vaste inrichtingen geregeld in artikel 7. Deze toerekening komt niet tot stand door het in rekening brengen van verrekenprijzen zoals tussen gelieerde vennootschappen, omdat er in deze situatie slechts sprake is van één vennootschap. Het is juridisch niet mogelijk om aan 'jezelf' iets in rekening te brengen. Er is dus geen transactie tussen rechtspersonen en geen juridische overeenkomst. De analyse om te bepalen of en in hoeverre er winst van de vennootschap in beide landen moet of kan worden belast wijkt daardoor op een aantal onderdelen af van de verrekenprijsanalyse voor gelieerde vennootschappen. Wel is er internationaal veel steun voor het idee dat het voor de belastbare winst in een bepaald land eigenlijk niet zou mogen uitmaken of de activiteiten worden uitgeoefend in een juridische entiteit of door middel van een vaste inrichting. Daarom sluit de theorie rondom de winstallocatie aan vaste inrichtingen in beginsel aan bij het arm's-lengthbeginsel voor gelieerde vennootschappen zoals opgenomen in artikel 9 en uitgelegd in de OESO-richtlijnen.

In de praktijk blijkt dat er verschillen zitten in de manier waarop landen de winst aan een vaste inrichting alloceren. Als landen op een verschillende manier de winstallocatie regelen of toepassen, kan er dubbele belasting of dubbele niet-belasting ontstaan. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) heeft begin deze eeuw door een langlopend project geprobeerd uniformer beleid te ontwikkelen voor de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Het doel van dit project was om meer consensus over de winstallocatie te creëren tussen de landen. Dit project heeft geleid tot het 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments' (PE-rapport).<sup>4</sup> Het PE-rapport introduceert de 'Authorised OECD Approach' (AOA). De AOA heeft tot doel de winstallocatie aan een vaste inrichting zoveel mogelijk te laten aansluiten bij het arm's-lengthbeginsel zoals dat bij gelieerde juridische lichamen is voorgeschreven. De winstallocatie aan de vaste inrichting wordt meer op transactiebasis beoordeeld en er wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de OESO-richtlijnen. Ook worden gedetailleerde richtlijnen gegeven op welke wijze dit dan moet gebeuren, inclusief methoden om eigen en vreemd vermogen te alloceren.

In het OESO-modelverdrag en het daarbij behorende commentaar zijn de uitkomsten van het PE-rapport in twee stappen overgenomen:

- In 2008 is op basis van het PE-rapport het OESO-commentaar bij artikel 7 aangepast voor zover dat niet in strijd was met de bepalingen van artikel 7 en het commentaar dat toen van toepassing was; en
- In 2010 zijn op basis van het PE-rapport artikel 7 OESO-modelverdrag en het bijbehorende commentaar aangepast.

---

<sup>3</sup> Albert, *Vaste inrichting (FFB)* 1994.

<sup>4</sup> OECD Ctr. for Tax Policy and Admin, 2008 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (OECD 2008).

De AOA komt in deze brochure uitgebreid aan de orde. Daarbij krijgt ook de problematiek van de winsttoerekening in de bancaire sector extra aandacht, omdat in het PE-rapport hier een apart deel aan gewijd is en vaste inrichtingen in deze sector veel voorkomen. Hetzelfde geldt voor de winsttoerekening bij global trading en verzekeringen.

Sinds de introductie van de AOA in het PE-rapport en de aanpassing van het OESO-modelverdrag is het nieuwe artikel 7 (en dus de AOA) in meerdere belastingverdragen opgenomen en wordt de AOA in de praktijk veel toegepast. Tegelijkertijd is duidelijk dat een groot aantal landen niet de intentie lijkt te hebben de AOA (volledig) te implementeren, waaronder een aantal OESO-landen. Sommige landen vinden de AOA simpelweg te complex of hebben andere bezwaren waarom ze de AOA niet toepassen. Hierdoor is, zo'n achttien jaar na het verschijnen van het PE-rapport, de gewenste uniformiteit in de winstallocatie aan vaste inrichtingen helaas nog niet bereikt. Dit gebrek aan consensus is zorgwekkend. Toch is de AOA onzes inziens wel degelijk een belangrijke en terechte doorbraak in de internationale opvattingen over de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Ook is duidelijk dat een (beter) alternatief dat tot meer consensus zal leiden op korte termijn helaas niet voorhanden is. We zullen in deze brochure uitgebreid ingaan op mogelijke redenen voor de onvolledige implementatie en de bezwaren die landen kunnen hebben bij de AOA.

Naast de AOA zijn er andere manieren waarop de winst aan een vaste inrichting wordt gallocceerd. Deze brochure heeft niet de pretentie om een volledig overzicht te geven van alle theorie en jurisprudentie die er is over de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Wel zullen we op hoofdlijnen aandacht besteden aan de verschillende benaderingswijzen die naast de AOA worden toegepast. Daarbij maken we onderscheid tussen theorieën die meer of minder het arm's-lengthbeginsel en de zelfstandigheidsfictie omarmen. Een groot deel van deze brochure is dan ook gewijd aan een nadere uitleg van de verschillende manieren van winstallocatie die er in de wereld worden toegepast. We zullen in detail ingaan op de verschillen tussen het nieuwe artikel 7 OESO-modelverdrag, het oude artikel 7 OESO-modelverdrag en het artikel 7 VN-modelverdrag.

Het gevolg van toepassing van verschillende methoden is dat bij gelijke feiten en omstandigheden de winsttoerekening in de verschillende landen er nog totaal anders uit kan zien met als mogelijk gevolg rechtsonzekerheid, dubbele belasting of dubbele niet-belasting. De winstallocatie aan vaste inrichtingen kan hierdoor leiden tot disputen tussen belastingdiensten en belastingplichtigen en tussen belastingdiensten onderling. Sinds het Base Erosion and Profit Shifting- (BEPS)project<sup>5</sup> zijn de geschillen omtrent vaste inrichtingen zelfs toegenomen, omdat als onderdeel van het BEPS-project in bepaalde situaties eerder dan voorheen aan een vaste inrichting wordt toegekomen.

In deze brochure gaan we niet uitgebreid in op de winsttoerekening van allerlei soorten vaste inrichtingen die er te onderkennen zijn (zoals een 'diensten-vaste-inrichting' of een 'offshore-vaste-inrichting'). Dat is ook niet nodig omdat de basis, ongeacht de aard en vorm van de vaste inrichting, altijd zou moeten zijn dat de te alloceren winst te koppelen moet zijn aan de

---

5 In het BEPS-project zijn door het Inclusive Framework (IF) van de OESO door een grote groep landen afspraken gemaakt over maatregelen die grondslaguitholling en winstverschuiving tegengaan.

functies, activa en risico's in relatie tot de uitgeoefende activiteiten. Wel gaan we uitgebreid in op de winsttoerekening aan de 'dependent agent permanent establishment' (DAPE), omdat zich daar dilemma's voordoen over de verhouding tot het arm's-lengthbeginsel van artikel 7 en artikel 9 die zeer de moeite waard zijn om te bespreken.

Ook de Nederlandse jurisprudentie over winstallocatie aan vaste inrichtingen krijgt aandacht. Mogelijk is een deel daarvan inmiddels achterhaald door meer moderne inzichten over de wijze waarop de winst op een arm's-lengthwijze aan een vaste inrichting dient te worden gealloceerd. We zullen in deze brochure vooral de beschrijving van jurisprudentie plaatsen in het licht van de overeenkomst of tegenstrijdigheid met die AOA. We pretenderen daarbij niet een volledig overzicht van de jurisprudentie te geven, maar gebruiken de jurisprudentie als illustratie van de verschillende inzichten inzake de problematiek van winsttoerekening. In het hoofdstuk over de jurisprudentie zullen we ook ingaan op de *Apple*-zaak, vanwege de opvallende uitkomst van deze zaak.

Sommige relevante thema's inzake winstallocatie komen terug in de verschillende hoofdstukken, bijvoorbeeld in het hoofdstuk over de modelverdragen, de AOA, het Nederlandse beleid of de jurisprudentie. Bepaalde dilemma's binnen die thema's zullen daardoor mogelijk meermaals de revue passeren. Soms kan dit door de lezer als een herhaling ervaren worden, maar andere keren zal het mogelijk het inzicht rondom deze vraagstukken verder verdiepen.

Om de 'onderneming' die belastingplichtig is te beschrijven worden in de literatuur en de praktijk verschillende begrippen gebruikt, zoals 'lichaam', 'vennootschap', 'entiteit' of 'multinational'. In deze brochure gebruiken wij zoveel mogelijk de term 'vennootschap' of 'onderneming'. Soms spreken we over de onderneming als geheel om onderscheid te maken met de activiteiten die alleen in de vaste inrichting worden uitgeoefend. Waar in deze brochure wordt gesproken over dealings vanuit het hoofdhuis naar de vaste inrichting, kan ervan uitgegaan worden dat dit ook van toepassing is voor dealings vanuit de vaste inrichting naar het hoofdhuis en voor dealings tussen vaste inrichtingen onderling.

Wij hebben niet de pretentie gehad om via een wetenschappelijke analyse een volledig overzicht te geven van alle invalshoeken en dilemma's rondom het onderwerp van deze fiscale brochure. We hebben getracht om de verschillende visies inzake de theorie van winstallocatie in kaart te brengen en de lezer daar in hoofdlijnen kennis mee te laten maken. We realiseren ons dat er nadere studie nodig is voor een verdere verdieping op sommige thema's waarbij het arm's-lengthbeginsel van artikel 7 vanwege het verschil in wezen afwijkt van artikel 9.

Ten slotte willen we opmerken dat we deze brochure op persoonlijke titel hebben geschreven. Hoewel wij als medewerkers van het Ministerie van Financiën nauw betrokken zijn geweest bij de beeldvorming van de OESO en het Nederlandse beleid op het terrein van verrekenprijzen en winstallocatie aan vaste inrichtingen, weerspiegelen onze standpunten mogelijk niet altijd de visie van de OESO en het Nederlandse kabinet. Belastingplichtigen kunnen dan ook op geen enkele wijze rechten ontleen aan de door ons ingenomen standpunten of onze interpretaties.

Deze druk is bijgewerkt tot en met juni 2026.

# Algemene beginselen

In deze brochure over winstallocatie aan vaste inrichtingen is het goed om stil te staan bij termen die gebruikt worden bij de winstallocatie aan vaste inrichtingen. Daarvoor is allereerst de definitie van een vaste inrichting van belang, dus hier zullen we in paragraaf 2.1 op ingaan. Daarnaast is het van belang om in beeld te brengen vanuit welk perspectief we de winst benaderen. Dat kan vanuit het perspectief van de buitenlandse belastingplichtige of de binnenlandse belastingplichtige ofwel vanuit het perspectief van het bronland of van het woonland. We beschrijven dit in paragraaf 2.2. Daarna beschrijven we in paragraaf 2.3 de methoden die gebruikt kunnen worden ter voorkoming van dubbele belasting. Ondanks dat deze vaak geen directe relatie hebben met de winsttoerekening, is het bespreken ervan wel nodig om goed te begrijpen in welke context de winstallocatie aan vaste inrichtingen plaatsvindt. In paragraaf 2.4 zullen we kort de achtergrond schetsen waar verschillen in de winstallocatie vandaan komen. Tot slot staan we in paragraaf 2.5 stil bij de bijzondere rol van de administratie van de vaste inrichting.

## **2.1 Een vaste inrichting**

### **2.1.1 Inleiding**

Deze brochure gaat niet over de vraag wanneer er sprake is van een vaste inrichting. Voor een goed begrip van de problematiek van de allocatie van winsten aan een vaste inrichting is het echter wel nodig om hier kort op hoofdlijnen bij stil te staan. Voor een meer uitgebreide verhandeling over het begrip 'vaste inrichting' verwijzen we naar de Fiscale Brochure van P.G.H. Albert.

In zijn algemeenheid geldt in het internationale belastingrecht dat activiteiten in het buitenland een bepaalde drempel te boven moeten gaan voordat er sprake is van een vaste inrichting. Pas daarna kan eventueel tot belastingheffing worden overgegaan. Door het hanteren van zo'n drempel wordt voorkomen dat al bij zeer beperkte activiteiten tot belastingheffing wordt overgegaan waardoor voor een beperkt fiscaal belang veel administratieve lasten (zoals het berekenen van de winst en het doen van aangifte) het gevolg zijn.

Waar de drempel voor de aanwezigheid van een vaste inrichting ligt, wordt allereerst bepaald in de nationale wet- en regelgeving en vervolgens in bilaterale belastingverdragen. Zowel nationaal als in de verschillende verdragen die er zijn tussen landen wordt de reikwijdte van het begrip 'vaste inrichting' op een verschillende manier vormgegeven. In de teksten van de

verdragen vallen ook compromissen te herkennen die terug te leiden zijn tot de kenmerken van de verdragsluitende landen. Er is echter internationaal wel een bepaalde consensus te constateren over de vraag wanneer er sprake is van een vaste inrichting.

Alvorens dieper op de definitie van een vaste inrichting in te gaan, is het van belang om op te merken dat de bepaling van de reikwijdte van de vaste inrichting ook een fiscaal politieke keuze is. De economische belangen van landen kunnen daarbij een rol spelen. Landen die veel kapitaal importeren hebben belang bij een lage drempel voor een vaste inrichting, zodat ze eerder belasting kunnen heffen over de in hun land uitgeoefende activiteiten door buitenlandse vennootschappen. Deze landen zullen daarom in hun wet- en regelgeving en bij verdragsonderhandelingen doorgaans een ruime definitie van het begrip 'vaste inrichting' nastreven. Landen die vooral kapitaal exporteren en waarvan de in hun land gevestigde belastingplichtigen in andere landen economische activiteiten verrichten, zullen doorgaans het tegenovergestelde nastreven, zodat ze zo min mogelijk vrijstelling hoeven te geven voor in het buitenland behaalde winsten.

Ten slotte is van belang om op te merken dat de definitie van de vaste inrichting geen statisch begrip is, maar continu aan verandering onderhevig is. Dat is ook terug te zien in de discussies rondom de opkomst van de digitale economie. Hierdoor is het voor bedrijven steeds minder nodig om in een land waar de producten en diensten worden afgenomen fysiek aanwezig te zijn. Zonder fysieke aanwezigheid kan er op basis van de huidige regels geen of nauwelijks winst worden belast in het marktland. Het feit dat een fysieke aanwezigheid bepalend was voor de vaststelling van een vaste inrichting kwam al in het BEPS-project onder druk te staan. Het VN-modelverdrag bevat een mogelijkheid voor aanwezigheid van een vaste inrichting zonder fysieke aanwezigheid (zie hierna 'diensten-vaste-inrichting'). Desondanks zijn pogingen in de OESO om winst aan landen te alloceren zonder fysieke aanwezigheid tot nu toe niet succesvol gebleken.

### 2.1.2 Artikel 5

Artikel 5 lid 1 OESO-modelverdrag geeft als definitie van een vaste inrichting ('permanent establishment'): *'a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on'*.

In zijn algemeenheid is de gedachte dat er voor het vaststellen van een vaste inrichting in een land sprake moet zijn van economische activiteiten met een minimale fysieke aanwezigheid en een bepaalde duurzaamheid. Artikel 5 OESO-modelverdrag en het daarbij horende commentaar trachten richting te geven aan de verdere invulling daarvan.

Een belangrijk criterium van een vaste inrichting is dat er een fysieke constructie in het andere land aanwezig is die voor de ondernemingsactiviteiten van het bedrijf is ingericht. Denk hierbij onder andere aan een fabriek of een kantoor waaruit de ondernemingsactiviteiten plaatsvinden. Deze moet duurzaam ter beschikking staan van de onderneming, en de activiteiten in de bronstaat moeten in het verlengde liggen van de activiteiten in het land van de vennootschap. In artikel 5 lid 2 OESO-modelverdrag is een lijst met voorbeelden van een vaste inrichting opgenomen.

Bij de toerekening van winst zullen we nog nader ingaan op de vraag waar de bepaling van de winst van afhankelijk is. Daarvoor is vaak de aanwezigheid van zogenaamde 'significant people functions' nodig. Het is, gelet op bovenstaande, een interessant vraagstuk welke winst er is toe te rekenen aan een vaste inrichting die op basis van artikel 5 OESO-modelverdrag wordt erkend, maar waar geen significant people functions aanwezig zijn. We komen daar later op terug.

#### *Bouw- en constructiewerkzaamheden*

Artikel 5 lid 3 OESO-modelverdrag gaat over een bijzondere vorm van een vaste inrichting, namelijk bouw- en constructiewerkzaamheden die meer dan twaalf maanden duren. Deze vorm van een vaste inrichting ziet naast bouwwerken ook op de aanleg van wegen, bruggen, kanalen, het leggen van pijpleidingen en baggerwerkzaamheden. Hierdoor ontstaat er in bronlanden bij grote infrastructurele projecten een belastbare aanwezigheid die mogelijk leidt tot belastingheffing.

#### *Het magazijn als vaste inrichting*

Er is in de BEPS-discussie gesproken over de zogenoemde 'warehouse PE'. Activiteiten in een magazijn werden tot dan toe nooit als vaste inrichting aangemerkt, omdat er verondersteld werd dat ze van hulp- en ondersteunende aard waren. Sinds het BEPS-project kunnen activiteiten in een magazijn ook als een vaste inrichting worden aangemerkt op voorwaarde dat ze als kernactiviteiten van de onderneming kunnen worden aangemerkt. Vennootschappen die vooral online goederen aanbieden en via magazijnen in het marktland leveren aan de finale consument kunnen zo onder bepaalde omstandigheden belast worden in het land waar de consumenten de producten afnemen.

Deze wijziging in de definiëring van een vaste inrichting heeft ook geleid tot aanvullende richtlijnen van de OESO over de wijze van winstallocatie in dergelijke bijzondere gevallen.<sup>1</sup> De activiteiten van het aanwezige personeel in het land van de vaste inrichting zullen, net als bij andere vaste inrichtingen, nog steeds de basis zijn voor de beoordeling of er activa, risico's en winsten aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend. Als die activiteiten relatief beperkt zijn in de waardeketen, zal de winst die aan het magazijn is toe te rekenen ook (nog steeds) beperkt zijn. Het is dan ook zeer de vraag in hoeverre de wijzigingen van artikel 5 in relatie tot magazijnen van dergelijke concerns het ongenoegen over de beperkte mogelijkheden van winstallocatie in de digitale economie hebben verminderd.

#### *Opknippen van activiteiten*

Naar aanleiding van het BEPS-project is door de OESO ook een bepaling opgenomen om het kunstmatig ontwijken van een vaste inrichting door het opknippen van activiteiten tegen te gaan (artikel 5 lid 4). Op basis van deze bepaling worden activiteiten die nauw met elkaar zijn verbonden in gezamenlijkheid meegenomen bij de beoordeling of sprake is van een vaste inrichting. Deze bepaling beoogt misbruik tegen te gaan doordat nu in situaties waarbij activiteiten zijn 'opgeknipt' alsnog een vaste inrichting kan worden vastgesteld.

<sup>1</sup> OECD, 'Additional guidance on the attribution of profits to permanent establishments', BEPS action 7, 2018.

*Dependent agent permanent establishment*

Het begrip 'vaste inrichting' is verder uitgebreid voor situaties waarin een vennootschap door middel van een zogenoemde afhankelijke vaste vertegenwoordiger contracten met derden afsluit of veel essentiële voorbereidingswerkzaamheden voor het sluiten van contracten verricht. Deze persoon vertegenwoordigt de buitenlandse vennootschap op regelmatige wijze. Dit wordt ook wel een 'dependent agent permanent establishment' (DAPE) genoemd. Sinds 2017 is het naar aanleiding van het OESO-BEPS-project niet meer strikt noodzakelijk dat de vertegenwoordiger de contracten afsluit op zijn eigen naam, maar is het voldoende dat deze persoon een essentiële rol speelt bij het voorbereiden van de contracten. Een agent die onafhankelijk van de opdrachtgever opereert, kan niet als vaste vertegenwoordiger worden aangemerkt. Er moet namelijk wel sprake zijn van een zekere mate van afhankelijkheid.

*Offshore vaste inrichting*

Sommige verdragen wijzen onder bepaalde omstandigheden ook economische activiteiten op het Continentaal Plat aan als een vaste inrichting. Dit wordt ook wel een 'offshore PE' genoemd.

*Diensten-vaste-inrichting*

Veel ontwikkelingslanden willen ook dat het uitvoeren van diensten in hun land kwalificeert als een vaste inrichting. Het VN-modelverdrag bevat hiervoor een bepaling. Ook hier is doorgaans een minimale termijn aan gekoppeld, bijvoorbeeld 183 dagen binnen een periode van twaalf maanden.

*Significant Economic Presence Permanent Establishment*

Zoals gezegd is er voor de vaststelling van een vaste inrichting in de meeste gevallen een fysieke aanwezigheid vereist. Er is internationaal echter blijvend discussie over de vraag of de zogenoemde 'digitale aanwezigheid' van een onderneming in een ander land ook kan leiden tot een vaste inrichting. Het heeft onder andere geleid tot het concept van 'Significant Economic Presence' (SEP). De veronderstelling hierbij is dat de vennootschap aanwezig is in het bronland door gebruik te maken van digitale technologieën die het niet meer noodzakelijk maken om fysiek aanwezig te zijn. Voorstanders van dit concept vinden dat een dergelijke sterke economische relatie van de onderneming met het bronland aanleiding zou moeten zijn om belasting te heffen op basis van de toerekening van een deel van de aan de activiteiten toe te rekenen winst, bijvoorbeeld door middel van een allocatiesleutel. Bij die sleutel kan ook het aantal gebruikers van de (digitale) dienst in het bronland worden betrokken, omdat de gebruikers van belang zijn in relatie tot de geconstateerde economische aanwezigheid in het betreffende land.

Tot nu toe heeft dit overigens niet geleid tot wijziging van de definitie van een vaste inrichting in het OESO- of VN-modelverdrag.<sup>2</sup> Dat neemt niet weg dat er voortdurend discussie blijft bestaan over hoe deze digitale aanwezigheid in een land belast kan worden. Te denken valt hier aan de discussie over de 'Digitale Service Tax' (DST) en de discussie over de verschuiving van heffingsrechten op basis van het project Pijler I (Bedrag A) van het Inclusief Framework/OESO die in het begin van de jaren twintig intensief is gevoerd. Deze thema's vallen buiten de

2 Er zijn wel landen die hun nationale wetgeving hebben aangepast om ook dergelijke digitale activiteiten te kunnen belasten.

reikwijdte van deze brochure omdat ze niet een nauwe relatie hebben met de winstallocatie aan vaste inrichtingen.

#### *Geen vaste inrichting*

Er zijn ook activiteiten waarvan specifiek benoemd is dat ze *niet* tot een vaste inrichting leiden. Daarvan wordt expliciet gezegd dat het geen vaste inrichtingen zijn, ook als ze daar kenmerken van hebben (artikel 5 lid 4 OESO-modelverdrag). Indien de werkzaamheden in een land louter van hulp- en voorbereidende aard zijn, is er doorgaans geen sprake van een vaste inrichting. Je kunt hier denken aan een situatie dat er alleen goederen in een bepaald gebouw liggen opgeslagen terwijl er niet of nauwelijks activiteiten in relatie tot die goederen in het land van de mogelijke vaste inrichting plaatsvinden. Dit zijn activiteiten die samenhangen met het houden van voorraden, verlenen van hulp of andere ondersteunende werkzaamheden.

Overigens is hierbij de veronderstelling aanwezig dat aan dergelijke activiteiten ook niet veel winst zou zijn toe te rekenen op basis van het arm's-lengthbeginsel, omdat dergelijke activiteiten doorgaans niet veel waarde toevoegen. Met deze uitsluiting is dan waarschijnlijk ook beoogd de administratieve lasten van bedrijven en belastingdiensten te beperken, gelet op het geringe fiscale belang.

Indien de activiteiten met betrekking tot opslag en uitlevering van goederen juist de kern van de onderneming zijn, kan er in bepaalde gevallen wel sprake zijn van een vaste inrichting (zie hiervoor: 'Het magazijn als vaste inrichting').

#### *Nationaal*

In de Nederlandse wetgeving is het begrip 'vaste inrichting' gedefinieerd in de Wet vennootschapsbelasting 1969 en in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001. De Nederlandse jurisprudentie kadert de definitie verder in. Op grond van artikel 3 lid 4 Wet vennootschapsbelasting 1969 sluit de definitie van het begrip 'vaste inrichting' aan bij de definitie die is opgenomen in het belastingverdrag met het andere land. Indien er geen verdrag is met het andere land, is de vaste inrichting als volgt gedefinieerd:

'een vaste bedrijfsinrichting met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend, met dien verstande dat de plaats van uitvoering van een bouwwerk of van constructie- of installatiewerkzaamheden slechts dan een vaste inrichting is indien de duur ervan twaalf maanden overschrijdt'.

### **2.1.3 Tot slot**

Regels voor de toerekening van winsten vinden hun oorsprong in een tijd dat de economie er nog heel anders uitzag dan tegenwoordig. Door de globalisering en de digitalisering van de samenleving is het niet meer nodig dat personeelsleden van vennootschappen altijd hun werkzaamheden verrichten op de plek waar de vennootschap gevestigd is en een fysieke ruimte tot zijn beschikking heeft. Veel mensen werken tegenwoordig bijvoorbeeld vanuit hun huis of reizen juist de hele wereld rond. Voor de toerekening van winsten aan landen is dit een belangrijke ontwikkeling, want het roept de vraag op of de activiteiten van deze medewerkers op andere locaties kunnen leiden tot een vaste inrichting. Zoals uit dit hoofdstuk al blijkt, is

de reikwijdte van het begrip 'vaste inrichting' niet statisch. Het is de verwachting dat deze problematiek in de komende jaren meer aandacht zal krijgen in het internationale belastingrecht, waardoor ook de vraag over de winstallocatie daaropvolgend aandacht zal moeten krijgen.

Deze brochure zal vooral aandacht besteden aan de vraag hoeveel winst er is toe te rekenen aan een vaste inrichting nadat aan de criteria voor het vaststellen van het bestaan van een vaste inrichting is voldaan. In een aantal gevallen kan je tot de conclusie komen dat, ook als er een vaste inrichting aanwezig is, daar maar beperkte winst aan toegerekend kan worden, gelet op de aard en de omvang van de functies, activa en risico's. Formeel staat echter de bepaling of er sprake is van een vaste inrichting los van de vraag of en hoeveel winst er toegerekend kan worden. De omvang van de mogelijk toe te rekenen winst is namelijk geen criterium voor de vraag of er sprake is van een vaste inrichting.

## 2.2 Twee perspectieven

De winstallocatie aan vaste inrichtingen kan je vanuit twee perspectieven benaderen.

Ten eerste is er het perspectief van het land waar de vennootschap is gevestigd. We noemen dit land *het woonland*. In beginsel zal de vennootschap over zijn gehele winst in het woonland worden belast. We noemen dit *de winst van de onderneming als geheel*. Voor zover er winst is toe te rekenen aan een vaste inrichting in een ander land, zal het woonland voorkoming geven zodat dat deel van de winst van de onderneming als geheel niet dubbel wordt belast. Deze winst noemen we de *voorkomingswinst*. Die voorkoming is in veel gevallen geregeld in een verdrag met het andere land (het bronland). Het verdrag regelt zowel de bepaling van de omvang van de voorkomingswinst als de wijze waarop de voorkoming wordt vormgegeven. Als er geen verdrag is kan voorkoming geregeld worden in een unilaterale regeling. In Nederland is dat geregeld in het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (Bvdb 2001). Het deel van de vennootschap in het woonland wordt ook wel aangeduid als *hoofdkantoor*. Dat kan een wat ongemakkelijke benaming zijn, omdat het suggereert dat hier ook het hoofdkantoor zou zijn gevestigd, terwijl dat zeker niet het geval hoeft te zijn. Een hoofdkantoor kan namelijk ook elders gevestigd zijn, ook in het bronland.

Ten tweede is er het perspectief van de *buitenlandse belastingplichtige*. Dat is de vaste inrichting van een buitenlandse vennootschap die in een bepaald land als belastingplichtige zal worden aangemerkt. We noemen dit land *het bronland*. De woonplaats van de vennootschap is in een ander land (*het woonland*). Het land waar de vaste inrichting zijn activiteiten verricht, zal belasting willen heffen over de activiteiten van de vaste inrichting. Dat zal doorgaans geschieden op basis van de regels van winstvaststelling zoals die in dat (bron)land gelden en (indien van toepassing) het bilaterale belastingverdrag. De door dit land te belasten winst noemen we de *vaste-inrichtingswinst*. Dat zal doorgaans alleen de winst zijn die is toe te rekenen aan de activiteiten van de vaste inrichting. Bij de bepaling van de vaste-inrichtingswinst gaat het alleen om de feiten en omstandigheden die de vaste inrichting aangaan. Een herinvesteringsreserve van de vennootschap die niet is ontstaan als gevolg van een verkoop van een bedrijfsmiddel in het land van de vaste inrichting, mag daarom niet in mindering worden gebracht op de aanschafprijs van een vervangend bedrijfsmiddel dat als actief van de vaste inrichting kan worden