

# Winstallocatie vaste inrichtingen (1)

Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, NTFR 2011/410  
Art. 7, OESO-Modelverdrag

## 1. Inleiding

Op 15 januari 2011 is het Besluit winstallocatie vaste inrichtingen (hierna: 'het Besluit') uitgebracht. Aanleiding voor de publicatie van dit Besluit is het vierdelige OESO-rapport 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments' (hierna: 'het PE-Report') dat heeft geleid tot een aanpassing van het Commentaar bij art. 7 OESO-Modelverdrag (hierna: 'het OMV') in 2008<sup>1</sup> en de vaststelling van het nieuwe art. 7 OMV (inclusief bijbehorend OESO-commentaar; hierna ook: 'het Commentaar') in juli 2010.<sup>2</sup> Doel van het besluit is om zo veel mogelijk duidelijkheid te geven over de wijze waarop de Nederlandse belastingdienst tegen de winstallocatie van vaste inrichtingen aankijkt. In deze Beschouwing zullen wij de belangrijkste punten uit het Besluit nader bespreken. Wij volgen daarbij grotendeels de indeling van het Besluit.

Dit artikel is opgeknipt in twee delen, te weten het eerste deel dat met name ziet op de meer formeelrechtelijke aspecten rondom dit besluit. In het tweede deel dat in het volgende nummer van *NTFR-B* verschijnt wordt ingegaan op de meer materieelrechtelijke aspecten.

## 2. Status artikel 7 OMV (Oud en Nieuw) en OESO-commentaar

### 2.1. Art. 7 OMV

De belangrijkste afwijking tussen art. 7 (lid 2) OMV Oud en Nieuw is de erkenning van interne transacties ('dealings') tussen hoofdhuis en vaste inrichting (hierna ook: 'vi').<sup>3</sup> Indien bij vaste activa een overdracht kan worden geconstateerd, kan dit als verkoop, verhuur of cost-sharing wor-

den aangemerkt onder art. 7 OMV Nieuw, hetgeen voor immateriële vaste activa betekent dat anders dan onder art. 7 OMV Oud ook een at arm's length-royalty tussen hoofdhuis en vaste inrichting kan worden herkend. Hetzelfde geldt in beginsel voor interne leningen, tenminste indien een treasury-functie kan worden vastgesteld.<sup>4</sup>

Bij de interpretatie van verdragen is de tekst van een bepaling van primair belang.<sup>5</sup> Dat betekent dat wordt uitgegaan van de bewoordingen van het concrete verdragsartikel. Indien een belastingverdrag de tekst van art. 7 OMV Oud bevat, zijn de bewoordingen daarvan bepalend en dient het verschil met art. 7 OMV Nieuw gerespecteerd te worden. Dit uitgangspunt is ook door de Hoge Raad erkend in zijn arrest van 21 februari 2003, nr. 37.024, *NTFR* 2003/417, *BNB* 2003/178 waarin hij de meest recente en andersluidende versie van de tekst van art. 15, lid 2, onderdeel a, OESO-Modelverdrag (dat sinds de wijzigingen in 1992 als referentieperiode voor de berekening van de 183 dagen een 12-maandsperiode gebruikt die begint of eindigt in het belastingjaar) niet wenst toe te passen op het uit 1991 daterende belastingverdrag met Nigeria (dat in art. 15, lid 2, onderdeel a, als referentieperiode het belastingjaar hanteert<sup>6</sup>); conform de tekst van art. 15, lid 2, onderdeel a, van het verdrag met Nigeria werden de 183 dagen dan ook berekend over het belastingjaar (in casu het kalenderjaar). Hiermee geeft de Hoge Raad duidelijk aan dat latere wijzigingen in de tekst van een bepaling van het OMV niet doorwerken naar belastingverdragen die uitgaan van andere bewoordingen. Het Besluit erkent eveneens dat de wijzigingen in art. 7 OMV Nieuw (en het daarbij

1 Zie over de 2008-aanpassingen in het OESO-commentaar en het 2008 Rapport o.a. Pötgens, 'Toerekening van winst aan een vaste inrichting', *NTFR-B* 2008/52, p. 17 e.v., Hoogterp, 'Interestlasten vaste inrichtingen', *WFR* 2008/6782, p. 1085 e.v., en Bennett, 'The Attribution of Profits to Permanent Establishments: the 2008 Commentary on Art. 7 of the OECD Model Convention', *European Taxation* 2008, nr. 9, p. 467 e.v.

2 Zie over het nieuwe art. 7 OMV en bijbehorend OESO-commentaar

o.a. Stevens, 'Herzien art. 7 OESO-Modelverdrag', *NTFR-B* 2010/35, p. 17 e.v., Bennett/Russo, 'Discussion Draft on a New Art. 7 of the OECD Model Convention', *ITP* maart/april 2009, p. 73 e.v., Malherbe/Daenen, 'Permanent Establishments Claim Their Share of Profits: Does the Taxman Agree?', *Bulletin* juli 2010, p. 359 e.v., De Haan/Lewis, 'Het gewijzigde art. 7 OECD-modelverdrag 2010', *WFR* 2010/6877, p. 1292 e.v., en Nouel, 'The New Article 7 of the OECD Model Tax Conven-

tion: The End of the Road?', *Bulletin* januari 2011, p. 5 e.v., Burgers, 'Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming', *MBB*, 2011, nr. 4, p. 153-159.

3 Stevens, a.w., onderdeel 3.3.

4 Vergelijk Besluit, onderdeel 1.2.

5 Dit volgt ook uit art. 31, lid 1, Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht van 23 mei 1969 dat voor Nederland in werking is getreden op 9 mei 1985.

6 Hof Den Haag was overigens tot een ander oordeel gekomen.

behorende Commentaar) niet automatisch doorwerken naar de bestaande verdragen die art. 7 OMV Oud bevatten. Desalniettemin, concludeert het Besluit dat de vraag in hoeverre art. 7 OMV Nieuw van invloed is op belastingverdragen met een tekst overeenkomstig art. 7 OMV Oud niet eenvoudig te beantwoorden is. Naar onze mening kan van een dergelijke doorwerking geen sprake zijn, tenzij daarin uitdrukkelijk voorzien is door een belastingverdrag wat, bijvoorbeeld, het geval is voor het belastingverdrag met Panama (zie evenwel ook hetgeen onder 3 hierna wordt opgemerkt).<sup>7</sup>

## 2.2. OESO-commentaar

Het Commentaar op het OMV is, aldus de Hoge Raad, van grote betekenis bij de uitleg van een belastingverdrag indien uitdrukkelijk blijkt dat Nederland en de andere verdragsluitende staat het Commentaar wensten te volgen bij de uitleg van een verdragsbepaling<sup>8</sup> en dat die bepaling in dezen gelijklopend is aan het vigerende artikel

uit het OMV.<sup>9</sup> Indien een verdrag een bepaling bevat conform art. 7 OMV Nieuw dan is het daarbij behorende Commentaar van belang voor de interpretatie van die bepaling en hetzelfde geldt indien een belastingverdrag een op art. 7 OMV Oud gebaseerd artikel omvat voor het daarmee corresponderende Commentaar (met inbegrip eventueel van verwijzingen naar het PE-Report).

De staatssecretaris is in het Besluit van mening (in navolging van par. 33 van de Inleiding van het Commentaar op het OMV) dat het Commentaar dynamisch dient te worden toegepast, dat wil zeggen bij de uitleg van een belastingverdrag dient te worden uitgegaan van de meest recente versie van het Commentaar op het OMV ook al was op het moment van onderhandeling, sluiting en ratificatie van dat verdrag een andersluidende versie van het OESO-commentaar van kracht.<sup>10</sup> Dit is een controversieel standpunt dat in de literatuur bekritiseerd is.<sup>11</sup> De Hoge Raad heeft zich tot op heden nog niet uitdrukkelijk en duidelijk uitgela-

7 Punt VII van het Protocol bij het belastingverdrag met Panama.

8 Dit kan, volgens de Hoge Raad in HR 2 september 1992, nr. 27.252, BNB 1992/379, ook blijken uit de eenzijdige nota van toelichting die kan worden opgesteld bij de goedkeuring van een belastingverdrag.

9 Hierbij zou nog een onderscheid kunnen worden gemaakt al naar gelang de andere verdragsluitende staat een lidstaat van de OESO is; zie nader Engelen, 'Fiscaal verdragsbeleid en het OESO-modelverdrag', *WFR* 2011/6903, p. 550 en 551.

10 De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087 nr. 7 (bijlage), p. 24 nuanceert dit standpunt overigens: zie nader Engelen, a.w., p. 551 en 552.

11 Zie voor kritiek op dit standpunt Ward et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, IFA/Canadian Branch and IBFD Publications BV, Ontario/Amsterdam 2005, p. 78-111, Wattel en Marres, 'The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretations of Tax Treaties', *European Taxation*, 2003, nr. 7/8, p. 224. Ward, *Is there an obligation in international law of OECD Member countries to follow the Commentaries on the Model, in the Legal Status of the OECD Commentaries*, IBFD, Amsterdam 2008, p. 86 en 87, Lang, 'Fictitious Income' and tax treaties', in: *Liber Amicorum Maarten J. Ellis*, IBFD Publications BV, Amsterdam 2005, p. 39 en 40.

Dit standpunt wordt onderschreven door Engelen, a.w., p. 551.

ten over de vraag of dit standpunt inderdaad kan worden gevolgd bij de interpretatie van belastingverdragen.<sup>12</sup>

Indien een wijziging van het Commentaar het directe gevolg is van een wijziging van het OMV, zoals het geval is bij art. 7 OMV Nieuw, dan is het Comité voor Fiscale Zaken van de OESO van mening dat het bij de nieuwe bepaling behorende Commentaar niet kan worden gebruikt voor belastingverdragen die een andersluidende bepaling van art. 7 hanteren (in casu art. 7 OMV Oud).<sup>13</sup> Zodoende dient, althans in de visie van het Comité voor Fiscale Zaken van de OESO, de versie van het OESO-Commentaar zoals die luidde in 2008 te worden gevolgd voor belastingverdragen die een bepaling hebben opgenomen in hun respectieve belastingverdragen die uitgaat van art. 7 OMV Oud. In het 2008-OESO-commentaar wordt tevens verwezen naar het PE-Report.<sup>14</sup> Tussen het 2008-commentaar en het PE-Report bestaat een aantal verschillen, onder meer wat interne interest betreft<sup>15</sup> (het 2008-commentaar acht buiten de bancaire sfeer het in aanmerking nemen van interne interest niet toegelaten<sup>16</sup> terwijl het 2008-PE-Report zulks onder bepaalde omstandigheden ook buiten banken aanvaardt<sup>17</sup>). Er is echter bepaald dat het PE-Report alleen van belang is

voor de interpretatie van belastingverdragen die een bepaling conform art. 7 OMV Oud bevatten indien en voor zover het niet conflicteert met het 2008-commentaar op art. 7 OMV.<sup>18</sup> Overigens laat het 2008-commentaar na aan te geven welke onderdelen uit het PE-Report wel en welke niet in strijd zijn met het desbetreffende Commentaar. Dit lijkt mede te zijn ingegeven door de constatering van het PE-Report dat er grote verschillen bestaan in de nationale wetgevingen van de lidstaten van de OESO met betrekking tot belastingheffing van vi's en overeenstemming tussen de OESO-lidstaten ontbreekt over de uitleg van art. 7 OMV. Zodoende kan wat in het PE-Report wel en niet in overeenstemming is met het 2008-commentaar per staat verschillen. Het is verder opvallend dat juist met betrekking tot het punt waar wel expliciet wordt aangegeven dat hier – ook onder de bestaande verdragen – de nieuw ontwikkelde OESO-benadering onverkort moet worden gevolgd, dat wil zeggen de toerekening van eigen en vreemd vermogen aan de vi, het nog maar de vraag is of dit in overeenstemming is met de bestaande praktijk in sommige OESO-lidstaten, waaronder Nederland (zie ook onder 4.2 hierna).

Het Besluit<sup>19</sup> is daarenboven van mening dat het 2008-commentaar ook moet worden toegepast op

12 In HR 9 december 1998, nr. 32.709, BNB 1999/267 nam de Hoge Raad het rapport van de OEEES uit 1958 in aanmerking om het uit 1959 daterende verdrag tussen Nederland en Duitsland te interpreteren (het ging in dezen om de toelichting bij de vaste inrichting-bepaling). Het gaat evenwel te ver hieruit af te leiden dat de Hoge Raad een voorstander is van een onverkorte dynamische toepassing van het Commentaar op het OMV. In BNB 1999/267 verwijst de Hoge Raad, in navolging van HR 24 maart 1976, nr. 17.812, BNB 1976/121, naar het OEEES-rapport uit 1958 en naar de tekst van het Commentaar op art. 5 van het OMV uit 1963 (waarin het OEEES-rapport uit 1958 uiteindelijk was neergelegd en waarop art. 2 van het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland uit 1959 was gebaseerd). In aanvulling hierop kan nog worden opgemerkt dat het Commentaar uit 1963 niet verschilde van de latere versies van het Commentaar op het OMV. Hieruit volgt dan ook dat de visie, zoals opgenomen in de inleiding van het Commentaar op het OMV (par. 33), niet uit BNB 1999/267 kan worden afgeleid, te meer daar dit geen geschilpunt

was in de onderliggende procedure. Dit lijkt ook in overeenstemming te zijn met HR 21 februari 2001, nr. 35.557, NTFR 2001/372, BNB 2001/295 en HR 12 december 2003, nr. 38.461, NTFR 2003/2126, BNB 2004/123 waarin de Hoge Raad naar het OESO-commentaar uit 1963 verwees voor de interpretatie van het voormalige belastingverdrag met België uit 1970. Echter, in HR 5 september 2003, nr. 37.651, NTFR 2003/1511, BNB 2003/379 en HR 5 september 2003, nr. 37.670, NTFR 2003/1512, BNB 2003/381 werd voor de interpretatie van het voormalige belastingverdrag met België uit 1970 verwezen naar par. 12 en 13 van het Commentaar op art. 3 OMV die daarin vanaf 1995 zijn opgenomen. Terughoudendheid is evenwel geboden NTFR 2003/1511 (BNB 2003/379) en NTFR 2003/1512 (BNB 2003/381) als een bevestiging te zien van een dynamische toepassing van het OESO-commentaar. Vanaf 1995 is in art. 3, lid 2, OMV uitdrukkelijk de dynamische interpretatiemethode vervat; voor niet in een belastingverdrag gedefinieerde begrippen dient dan te worden aangesloten bij het nationale recht zoals dat luidt op het moment van toepas-

sing van dat verdrag en niet op het tijdstip van sluiting van het verdrag (de statische interpretatiemethode). Toch is de Hoge Raad blijkbaar van mening dat de dynamische interpretatiemethode ook dient te worden gevolgd indien een verdragsbepaling nog is gemodelleerd naar het OMV voor de wijzigingen in 1995 en waarin een expliciete referentie aan de dynamische interpretatiemethode ontbreekt.

13 Zie par. 33-36 van de Inleiding van het Commentaar op het OMV.

14 Dit rapport is overigens nader geüpdatet in een rapport van 22 juli 2010.

15 Zie ook Pijl, 'De financiering van de vaste inrichting: interpretatie- en dynamiekproblemen', WFR 2011/201, onderdeel 2.3.

16 Zie par. 42 van het 2008-commentaar op art. 7 OMV.

17 Par. 185 van het PE-Report.

18 Recommendation of the Council on the Attribution of Profits, C(2008)106 zoals gewijzigd op 16 juli 2009 (C(2009)88) en 22 juli 2010 (C(210)105), zie ook par. 7 van het 2008-commentaar op art. 7 OMV.

19 Onderdeel 1.2.

eerder gesloten belastingverdragen aangezien het enkel verduidelijkingen zou behelzen en geen materiële wijzigingen in vergelijking met eerdere versies van het Commentaar op art. 7 OMV Oud. Bij deze vaststelling kunnen overigens de nodige vraagtekens worden gezet, bijvoorbeeld wat de kapitaaltoerekening betreft (zie ook hierna). Bovendien heeft, zoals wij hiervoor hebben aangegeven, de Hoge Raad zich niet uitdrukkelijk uitgelaten over de dynamische toepassing van het Commentaar en evenmin over het onderscheid tussen verduidelijkingen en materiële wijzigingen wat overigens allerlei afbakeningsvragen tussen beide categorieën oproept.<sup>20</sup> Pijl merkt dan ook terecht op dat het onduidelijk is of de rechter de/alle 2008-wijzigingen verduidelijkingen zal vinden.<sup>21</sup>

In het verlengde van de vorige alinea merkt het Besluit op dat gevallen waarbij door de wijzigingen van het Commentaar in 2008 duidelijk is geworden dat een gehanteerde winstallocatie van een belastingplichtige niet als at arm's length was te zien, zou in redelijkheid, eventueel in overleg met de belastingdienst een oplossing moeten worden gevonden. Dit is naar onze mening een opvallende vaststelling. Immers, indien het 2008-commentaar op art. 7 OMV alleen als een verduidelijking zou moeten worden gezien, hetgeen het Besluit betoogt, waarbij van het 2008-PE-Report alleen die elementen doorwerken naar het 2008-commentaar die daarmee niet in strijd zijn, valt evenwel niet direct in te zien hoe een handelswijze van een belastingplichtige die niet in overeenstemming is met het 2008-Commentaar wel acceptabel zou zijn onder de pre-2008-versies van het Commentaar. Een zodanige handelswijze zou dan ook onder de pre-2008-versie van het Commentaar daarmee niet in overeenstemming moeten zijn, tenzij, en dat lijkt toch wel aannemelijk, in het 2008-commentaar wel materiële wijzigingen zijn doorgevoerd wat, bijvoorbeeld, het geval lijkt met betrekking tot de kapitaaltoerekening.

Overigens kunnen belastingplichtigen zich door middel van het vertrouwensbeginsel beroepen op de in het Besluit en de in het OESO-commentaar voorgestane dynamische toepassing van het Commentaar mocht dat voor hen voordelig zijn.<sup>22</sup>

### 3. Reikwijdte van het Besluit

Het doel van het Besluit is duidelijkheid te verschaffen (waarmee derhalve de rechtszekerheid gediend zou moeten zijn) omtrent de visie van de staatssecretaris aangaande de winstallocatie aan vaste inrichtingen. In dat kader doet het Besluit dan ook een aantal toezeggingen. Zo zal de Nederlandse belastingdienst een at arm's length-winsttoerekening gebaseerd op de uitgangspunten van het PE-Report accepteren voor alle verdragen – ook als ze art. 7 OMV Oud bevatten – mits deze ook in de andere verdragsluitende staat door de desbetreffende belastingplichtige consistent wordt toegepast.<sup>23</sup> Deze goedkeuring geldt, aldus het Besluit, ook voor de vrijstelling van buitenlandse winst onder het BVDB 2001 of bij de belastingheffing van buitenlandse belastingplichtigen. Het Besluit geeft niet aan waarom het een van de OESO afwijkende benadering volgt hetgeen te meer klemt indien in ogenschouw wordt genomen dat binnen de OESO uitdrukkelijk is afgesproken dat voor belastingverdragen die art. 7 OMV Oud bevatten het 2008-OESO-commentaar leidend is. Immers, volgens het Comité voor Fiscale Zaken van de OESO hebben de uitgangspunten van het PE-Report pas hun volledige effect indien een belastingverdrag een bepaling conform art. 7 OMV Nieuw bevat. Verder nemen wij aan dat het een belastingplichtige vrij staat met betrekking tot een bepaling overeenkomstig art. 7 OMV Oud om het 2008-OESO-commentaar toe te passen (inclusief de daarin vervatte beperkingen van de zelfstandigheidsfictie) indien hem dat in relatie tot de andere verdragsluitende staat beter uitkomt (mits dit consistent in beide staten geschiedt).

Hiervoor werd reeds gerefereerd aan de interactie tussen de nationale wetgeving en het PE-Report,

20 Ellis, 'The Influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation', *Bulletin*, 2000, nr. 12, p. 518 en Lang, 'Das OECD-Musterabkommen-2001 und darüber hinaus: Welche Bedeutung haben die nach Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommens erfolgten Änderungen des OECD-Kommentars?' *Internationales Steuerrecht*, 2001, no. 17, p. 536 en 537 willen een dergelijke

onderscheid dan ook niet maken en zijn van mening dat elke wijziging materieel is.

21 Pijl, 'Het besluit winsttoerekening 2011: kritiek', *NtFR* 2011/1440, onderdeel 2.3.

22 Pijl, *WFR*, a.w., onderdeel 3.

23 De Notitie Fiscaal Verdragsbeleid 2011, Kamerstukken II, 2010-2011, 25 087 nr. 7 (bijlage), p. 42 en 43 lijkt te impliceren dat een voor-

waarde voor toepassing van deze nieuwe benadering is dat ook de andere verdragsluitende staat haar toepast en niet enkel de belastingplichtige; vergelijk Burgers, a.w., p. 157.

het OMV en het Commentaar daarop. Daarenboven tekent het Besluit aan dat het PE-Report, het OESO-modelverdrag en het Commentaar daarop geen directe betekenis hebben voor toepassing van de nationale belastingwetten en het BVDB<sup>24</sup>, maar slechts van belang zijn voor de uitleg van de door Nederland gesloten belastingverdragen. Het is overigens nog maar de vraag of en in hoeverre het OMV, het OESO-commentaar en het PE-Report effect hebben op dergelijke nationaalrechtelijke regelingen<sup>25</sup> met uiteraard als risico dat het uiteenlopen van de winsttoerekeningsregels onder de belastingverdragen en de nationale wetgeving tot dubbele vrijstelling of dubbele belastingheffing aanleiding kan geven.<sup>26</sup> Het Besluit wijst ook op dit gevolg en op de, naar zijn mening, sterke overeenkomsten tussen de definities van een vaste inrichting en de methodes van winsttoerekening aan de vaste inrichting. Het acht het PE-Report, art. 7 OMV en het Commentaar daarop derhalve van groot belang bij de uitleg van de nationale belastingwetten en het BVDB. Of dit door de Hoge Raad zal worden gevolgd, dient echter te worden afgewacht.

Pötgens<sup>27</sup>, Stevens<sup>28</sup>

24 In dezelfde zin, Van Raad, *Studenteneditie 2009-2010, Cursus Belastingrecht (Internationaal Belastingrecht)*, Kluwer, Deventer 2009, p. 375.

25 Vergelijk tevens Sahin en le Blanc, 'The Dutch Approach to the Attribution of Profits to Permanent Establishments', *European Taxation*, 2011, nr. 6 (digitaal gepubliceerd op 6 mei 2011), onderdeel 3.

26 Pijl, 'Netherlands: Allocation of Assets to a Permanent Establishment and the OECD Discussion Drafts', *Bulletin*, 2006, nr. 8/9, p. 351-357 concludeert dat de uitleg van het nationale recht niet aan de hand van het OESO-commentaar kan plaatsvinden.

27 Prof. mr. F.P.G. Pötgens is hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije

Universiteit Amsterdam en belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. te Amsterdam.

28 Prof. mr. A.J.A. Stevens is hoogleraar Internationaal Belastingrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en belastingadviseur bij Loyens & Loeff N.V. te Rotterdam.