

# Toerekening van winst aan een vaste inrichting

OESO-Modelverdrag, 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments', 17 juli 2008  
 OESO-Modelverdrag, 'Discussion Draft on an new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention', 7 juli 2008  
 OESO-Modelverdrag, 'The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention', 18 juli 2008  
 Art. 7 OESO-Modelverdrag 2008, NTFR 2008/1468, NTFR 2008/1469

Het Committee on Fiscal Affairs van de OESO heeft recent een aantal initiatieven ontplooid met als doel meer consensus te bereiken tussen de lidstaten van de OESO over de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen. Daartoe heeft de OESO een Authorised OECD Approach geformuleerd waarbij zij naar analogie de OESO Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations uit 1995 wil volgen.

## 1. Inleiding

Art. 7, lid 1, eerste volzin, OESO-Modelverdrag bepaalt dat voordelen van een onderneming slechts belastbaar zijn in de staat van vestiging van de onderneming. Deze regel wordt opzijgezet indien de onderneming in de andere verdragsluitende staat over een vaste inrichting beschikt. In dat geval mag de staat waar de vaste inrichting is gelegen de voordelen van de onderneming belasten die aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend (art. 7, lid 2, tweede volzin, OESO-Modelverdrag). Art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag geeft aan hoe de winsten aan de vaste inrichting moeten worden toegerekend. Hierbij wordt de zogenaamde directe of ondernemingsplitsingsmethode als uitgangspunt genomen. Deze methode gaat uit van de fictie dat de vaste inrichting als zelfstandige onderneming, ook ten aanzien van het hoofdhuis, functioneert. De regel van de ondernemingsplitsing geldt zowel voor de staat van de vaste inrichting, als voor de vestigingsstaat van de onderneming. Toch is dit geen garantie dat geen dubbele belasting of dubbele

vrijstelling kan optreden, aangezien staten enerzijds van mening blijken te verschillen over de juiste interpretatie van art. 7 OESO-Modelverdrag en anderzijds een aanzienlijke variëteit bestaat in de wijze waarop staten vaste inrichtingen onder hun respectieve nationale wetgevingen behandelen en belasten.<sup>1</sup>

Uitgaande van de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting<sup>2</sup> wordt winst daaraan toegerekend door interne verrekenprijzen die gelden in het verkeer tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting vast te stellen met inachtneming van het 'at arm's length'-beginsel. Op de fictie van de zelfstandigheid van de vaste inrichting bestaat een aantal principiële uitzonderingen. Deze uitzonderingen hebben betrekking op vergoedingen wegens onderlinge dienstverlening, de interne renteverrekening en de interne royalty- en huurverrekening. Hoewel onafhankelijke ondernemingen elkaar hiervoor zakelijke vergoedingen in rekening brengen, is dat met betrekking tot de winstbepaling van de vaste inrichting niet toegestaan. De Hoge Raad heeft deze uitzonderingen bevestigd in zijn arresten van 7 mei 1997, BNB 1997/263 en 264 waardoor in het kader van de winstberekening van de vaste inrichting geen aftrek mogelijk is van fictieve door het hoofdhuis aan de vaste inrichting in rekening gebrachte kosten.<sup>3</sup> Interest is in hoofde van de vaste inrichting, bijvoorbeeld, wel aftrekbaar indien het hoofdhuis de aan de vaste inrichting ter beschikking gestelde gelden extern heeft ingeleend.<sup>4</sup> Deze

1 Vergelijk het rapport van de International Fiscal Association, 'The attribution of profits to permanent establishments', *Cahiers de droit fiscal international*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2006; OESO, 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments', 17 juli 2008, par. 2 en par. 4, alsmede par. 6 van het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.

2 Vergelijk ook art. 9, lid 3, BvdB 2001 dat overeenkomt met art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag. Zie ook M. Romyn, 'The attribution of profits to permanent establishments (Netherlands)', *Cahiers de droit fiscal international*, International Fiscal Association, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2006, p. 483.

3 Deze arresten zijn besproken door G.H. de Soeten, 'De zelfstandigheid

van de vaste inrichting is een fictie', *WFR* 1997/6257, p. 1170-1177 en H. Mooij, 'Zelfstandigheidsfictie, vermogensallocatie en interestvergoedingen', *Internationaal Belasting Bulletin* 1997, nr. 4, p. 15-20.

4 HR 28 april 1954, BNB 1954/186.

zienswijze wordt ook gevolgd in het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.<sup>5</sup>

Voor banken bestaat overigens in dit verband een belangrijke uitzondering.<sup>6</sup> Gezien de aard van de onderneming is het bij de bepaling van de winst van een bankfiliaal toegestaan een 'at arm's length'-rentelast in aftrek te brengen.<sup>7</sup> In HR 25 november 2005, *NTR 2007/1719*, *BNB 2007/117* kwam een Nederlandse vaste inrichting van een Belgische bank overigens niet in aanmerking voor de volledige aftrek van interest die haar werd aangerekend door het Belgische hoofdhuis. Volgens de Hoge Raad kunnen alleen financieringsmiddelen die dienstbaar zijn aan de bedrijfsvoering van de vaste inrichting tot het vermogen van de vaste inrichting worden gerekend. De desbetreffende belastingplichtige diende zulks aannemelijk te maken. Aangezien de belastingplichtige daar niet in slaagde, kon slechts op indirecte wijze een verband worden gelegd tussen bepaalde activa en bepaalde passiva. Door aan te sluiten bij de zogenoemde BIS-ratio<sup>8</sup> was, aldus de Hoge Raad, op aanvaardbare wijze rekening gehouden met de zelfstandigheidsfictie.

In aanvulling op het vorenstaande kan nog worden opgemerkt dat het algemeen aanvaard is dat baten en lasten moeten worden toegerekend indien dezen worden veroorzaakt door de werkzaamheden verricht vanuit de vaste inrichting, dan wel indien baten en lasten voortvloeien uit vermogensbestanddelen van de vaste inrichting. Op het punt van de toerekening van vermogensbestanddelen en schulden van het hoofdhuis aan

de vaste inrichting bestaat relatief weinig jurisprudentie, waaruit bovendien geen consistente lijn valt te destilleren.<sup>9</sup>

## 2. OESO-Rapport

De huidige en toekomstige visie van het Fiscal Committee van de OESO wat de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen betreft is neergelegd in het rapport getiteld 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments' van 17 juli 2008 (hierna: 'het OESO-Rapport').<sup>10</sup> Het OESO-Rapport bestaat uit vier delen: Algemene Opmerkingen (I), Banken (II), Ondernemingen die handelen in financiële instrumenten (III) en verzekeringsmaatschappijen (IV). Zoals hierna wordt uiteengezet, kiest het OESO-Rapport gedeeltelijk voor een nieuwe benadering van winsttoerekening aan vaste inrichtingen, die resulteert in de aanpassing van art. 7 OESO-Modelverdrag en in het Commentaar daarop. Deze wijzigingen zijn neergelegd in de 'Discussion draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention' van 7 juli 2008. Er wordt naar gestreefd een en ander in 2010 in art. 7 OESO-Modelverdrag en het Commentaar daarop te verdisconteren. De aanbevelingen van het OESO-Rapport die niet conflicteren met het Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zijn inmiddels opgenomen in het OESO-Commentaar.<sup>11</sup> Zowel in het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag als in de toekomstige versie van het Commentaar zoals die naar verwachting in 2010 zal luiden, wordt regelmatig naar het OESO-Rapport verwezen.

5 Par. 41 en 42 van het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.

6 Zie over deze problematiek ook I.J.J. Burgers, 'Taxation and Supervision of Branches of International Banks. A Comparative Study', *IBFD*, Amsterdam, 1991.

7 Par. 42 van het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.

8 De verplichte hoeveelheid eigen vermogen van een bank wordt vastgesteld op basis van de zogenoemde 'Bank of International Settlements ("BIS")-ratio' die wordt berekend door het toetsingsvermogen te delen door de gewogen activa van de bank. Op grond van internationale afspraken zijn de centrale banken in 1988 in het Bazil Akkoord overeengekomen dat de BIS-ratio minimaal 8% dient

te bedragen; zie Basel Committee on Banking Supervision 'International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards', juli 1988.

9 Zie voor een overzicht N.H. de Vries en R.J. de Vries, *Cursus Belastingrecht (Vennootschapsbelasting)*, Kluwer, losbladig, 3.0.5.B.c en d en E.C.C.M. Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 1)', *WFR 2003/6557*, p. 1965-1974 en idem, '180Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)', *WFR 2003/6558*, p. 2005-2020.

10 Dit rapport is op 24 juni 2008 goedgekeurd door het Committee on Fiscal Affairs van de OESO en op 17 juli 2008 door de Council van de OESO. Zie voor een bespreking van het OESO-Rapport, P. Hoogterp,

'Interestlasten vaste inrichtingen', *WFR 2008/6782*, p. 1085-1095.

11 Zie par. 7 van het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag. Het herziene OESO-Commentaar 2008 is op 18 juli 2008 door de Raad van de OESO goedgekeurd ('The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention') en op 31 augustus 2008 is de definitieve versie van het OESO-Commentaar inclusief de wijzigingen die in 2008 zijn aangebracht, vrijgegeven voor publicatie. Zie voor een bespreking van de wijzigingen die in het Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zijn opgenomen, M. 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. 467-471.

### 3. Authorised OECD Approach

Om de nodige consensus te bereiken bij toerekening van winsten aan vaste inrichtingen op de voet van art. 7, lid 1, OESO-Modelverdrag formuleert het OESO-Rapport als Authorised OECD Approach (hierna: 'AOA') de 'functionally separate entity approach'. Op basis hiervan moet voor de toerekening van winsten aan een vaste inrichting worden uitgegaan van de hypothese dat de resultaten van het hoofdhuis aan de vaste inrichting zouden moeten worden toegerekend die de vaste inrichting 'at arm's length' behaald zou hebben indien zij een juridisch zelfstandige onderneming zou zijn die dezelfde activiteiten zou verrichten onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden.<sup>12</sup> Het belang van deze AOA is erin gelegen dat tot op heden wordt uitgegaan van een beperkte zelfstandigheidsfictie hetgeen onder meer wordt geïllustreerd doordat een aantal uitzonderingen op deze fictie is toegelaten (zie par. 1 hiervoor). Onder de AOA zijn deze uitzonderingen niet meer mogelijk zodat het erop lijkt dat de AOA tendert naar een onbeperkte zelfstandigheid.<sup>13</sup> Zo kan de vaste inrichting als Functionally Separate Enterprise ('FSE') in staat worden geacht de economische eigendom van activa te hebben onafhankelijk van het hoofdhuis. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat notionele huur-, royalty- en interest-vergoedingen moeten worden aangerekend in de relatie tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis wat een fundamentele wijziging behelst ten opzichte van de huidige gedachtegang (zie ook onderdeel 3.2). Er dient evenwel in ogenschouw te worden gehouden dat de AOA de zelfstandigheidsfictie niet zodanig oprekt dat er een volledige (fictieve) gelijkshakeling plaatsvindt tussen een vaste inrichting en een dochtervennootschap. Een dergelijke gelijkshakeling zou immers inhouden dat de vaste inrichting als FSE ook als persoon en inwoner zou moeten worden

beschouwd in de zin van een belastingverdrag en gerechtigd zou zijn een dergelijk verdrag onverkort in te roepen. Dit is evenwel niet het geval<sup>14</sup>, al kan een vaste inrichting op basis van de non-discriminatiebepaling van art. 24, lid 3, OESO-Modelverdrag<sup>15</sup> of op basis van art. 43 EG (vrijheid van vestiging)<sup>16</sup> wel bepaalde voordelen van een belastingverdrag claimen.

### 4. Eerste stap: functionele en feitelijke analyse

#### 4.1. Significant people functions

De interpretatie van art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag ingevolge de AOA vereist dat een tweetal stappen wordt gezet.<sup>17</sup> De eerste stap behelst een functionele en feitelijke analyse. Bij deze analyse wordt voortgeborduurd op de ervaringen die zijn opgedaan met de OESO Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations uit 1995 (hierna: de OESO Guidelines). In tegenstelling tot de situatie zoals die geldt bij gelieerde ondernemingen is er bij vaste inrichtingen slechts sprake van één onderneming waardoor er niet contractueel vastligt wie juridisch gezien welke activa bezit, wie welke risico's loopt, hoe groot de omvang van het eigen vermogen van de vaste inrichting moet zijn, enzovoort.<sup>18</sup> Om dit te kunnen ondervangen wordt de functionele en feitelijke analyse gebaseerd op de zogenoemde 'significant people functions'.<sup>19</sup> Zo wordt de economische eigendom van activa toegerekend van het hoofdhuis aan de vaste inrichting indien de werkzaamheden die zijn benodigd voor het beheer daarvan in en vanuit de vaste inrichting worden verricht<sup>20</sup>; voor immateriële activa bestaan de 'significant people functions' uit de actieve besluitvorming met betrekking tot het aanvaarden en het beheer van risico's die samenhangen met de ontwikkeling en koop van immateriële

12 Par. 10, Deel I, OESO-Rapport.

13 Vergelijk ook de opmerkingen van P. Baker en R.S. Collier, 'The attribution of profits to permanent establishments (General Report)', Cahiers de droit fiscal international, International Fiscal Association, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2006, p. 36 en 37.

14 Zie ook par. 68 van het 2008 Commentaar op art. 24 OESO-Modelverdrag waarin uitdrukkelijk wordt bevestigd dat een vaste inrichting verdragen niet kan invoeren omdat zij geen persoon is. Voor de achtergronden hiervan kan worden verwezen naar de Discussion

Draft van de OESO 'Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination)', 3 mei 2007, par. 58.

15 Art. 24(3) OESO-Modelverdrag brengt mee dat de vaste inrichting gerechtigd is tot de verrekening van, bijvoorbeeld, bronheffing op interesten die worden betaald op een vordering die toerekenbaar is aan het vermogen van de vaste inrichting (par. 68 van het 2008 Commentaar op art. 24 OESO-Modelverdrag).

16 HvJ EG 21 september 1999, zaak C-307/97, Saint Gobain.

17 Par. 13, Deel I, OESO-Rapport. De 'Discussion Draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention' stelt voor beide stappen in art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag op te nemen, alsmede in par. 18 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.

18 Par. 17, Deel I, OESO-Rapport.

19 Par. 18 en 19, Deel I, OESO-Rapport, alsmede par. 19 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

20 Par. 21, Deel I, OESO-Rapport.

activa<sup>21</sup> (voor materiële activa is de plaats waar zij worden gebruikt maatgevend voor de toerekening<sup>22</sup>). Een vergelijkbaar stramien wordt gevolgd voor de allocatie van risico's aan de vaste inrichting: indien personen die werkzaam zijn vanuit de vaste inrichting actief beslissingen nemen (dus de vrijheid om beslissingen te nemen is niet sterk beperkt door beleid of regels) met betrekking tot het aangaan of beheren van risico's dienen zij aan de vaste inrichting gealloceerd te worden.<sup>23</sup>

#### 4.2. Allocatie van 'free capital'

Daarenboven kan de functionele en feitelijke analyse meebrengen dat eigen vermogen moet worden toegerekend aan de vaste inrichting.<sup>24</sup> Deze toerekening vindt plaats aan de hand van de activiteiten die worden verricht, de risico's die worden gelopen en de activa die worden toegerekend.<sup>25</sup> Het OESO-Rapport formuleert daarvoor de volgende vier methoden:

Capital Allocation Approach (het eigen vermogen wordt toegerekend aan de vaste inrichting naar rato van de activa en risico's die aan de vaste inrichting moeten worden gealloceerd);<sup>26</sup>

Economic Allocation Approach (deze methode vindt haar oorsprong in de banksector waarbij niet zo zeer acht wordt geslagen op risico's waar toezichthouders normaliter op letten, maar op andere typen risico's die een grotere impact kunnen hebben op de winstgevendheid van een bank);<sup>27</sup>

Thin Capitalisation Approach (er wordt vereist dat de vaste inrichting hetzelfde eigen vermogen heeft als een vergelijkbare ongelieerde onderneming);<sup>28</sup>

Safe Harbour Approach (dit is een methode die wordt gehanteerd voor banken en waarbij het eigen vermogen dat toerekenbaar is aan de vaste inrichting wordt bepaald door de toezichthouder van de staat waar de vaste inrichting is gesitueerd).<sup>29</sup>

Zoals uit het overzicht van de verschillende methodes blijkt, zijn met name de Capital Allocation Approach en de Thin Capitalisation Approach AOA-conform. De andere methoden zijn meer specifiek op banken gericht. Welke methode moet worden gehanteerd, hangt af van de omstandigheden van een specifiek geval. Als ondergrens geldt echter dat het resultaat 'at arm's length' moet zijn. Aangezien diverse methoden zijn toegestaan, kan het voorkomen dat de staat van het hoofdhuis en de vaste inrichting divergerende methoden hanteren.<sup>30</sup> In dat geval dient de methode die wordt toegepast in de staat van de vaste inrichting te worden gevolgd.<sup>31</sup>

Nadat de omvang van het eigen vermogen is vastgesteld dat aan de vaste inrichting moet worden toegerekend, bestaat het restant van de financiering van de vaste inrichting uit toegerekend vreemd vermogen. Hiertoe worden en kunnen verschillende methoden gehanteerd worden die als AOA kunnen worden aangemerkt, zoals directe toerekening van leningen aan activa, indirecte toerekening en allerlei tussenvormen, mits de toerekening van de interestlasten 'at arm's length' is.<sup>32</sup>

#### 4.3. Dealings

Het laatste onderdeel van de eerste stap betreft het vaststellen van dealings tussen de vaste inrich-

21 Par. 116 (met betrekking tot zelf ontwikkelde immateriële activa), par. 125 (aangaande verworven immateriële activa) en par. 128 (desbetreffende marketing intangibles), Deel 1 OESO-Rapport.

22 Par. 104, Deel I, OESO-Rapport.

23 Par. 24 en 25 Deel I OESO-Rapport.

24 Par. 31, Deel I, OESO-Rapport. Het toekomstige art. 7, lid 3, OESO-Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft, zal hieraan uitdrukkelijk refereren.

25 Zie ook par. 45 van het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag.

26 Par. 155-161, Deel I, OESO-Rapport.

27 Par. 162, Deel I, OESO-Rapport.

28 Par. 163-168, Deel I, OESO-Rapport.

29 Par. 169-172, Deel I, OESO-Rapport.

30 Par. 47 van het 2008 Commentaar op art. 7, OESO-Modelverdrag.

31 Par. 48 van het 2008 Commentaar op art. 7, OESO-Modelverdrag. Daartoe is wel vereist dat aan de navolgende twee voorwaarden wordt voldaan: (i) het verschil in toerekening van het eigen vermogen tussen de staat van het hoofdhuis en de staat waar de vaste inrichting is gelegen, is het gevolg van uiteenlopende keuzes die de respectievelijke staten onder hun nationale wetgevingen hebben gemaakt; (ii) er bestaat overeenstemming dat de staat waar de vaste inrichting is gelegen een toegestane methode heeft gebezigd voor de toerekening van eigen ver-

mogen waarvan het resultaat eveneens conform het 'at arm's length'-beginsel is. Dit wordt eveneens neergelegd in het door de desbetreffende Discussion Draft voorgestelde art. 7, lid 3, OESO-Modelverdrag.

32 Par. 191, Deel I, OESO-Rapport.

33 Par. 36 en 47, Deel I, OESO-Rapport, alsmede het nieuwe art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag en par. 20, 22 en 23 van het toekomstige Commentaar op art. 7, OESO-Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

ting en het hoofdhuis.<sup>33</sup> Een dealing kan worden beschouwd als een niet-juridische overeenkomst tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting.<sup>34</sup> Het ontbreken van onderliggende juridische overeenkomsten brengt mee dat een groter gewicht wordt toegekend aan de overige documentatie en boekhouding die voorhanden is en waaruit het bestaan van een dealing kan worden afgeleid.<sup>35</sup> Indien de documentatie en boekhouding het voorhanden zijn van een dealing in voldoende mate ondersteunt, moet een dealing worden erkend en meegewogen in de toerekening van winsten aan een vaste inrichting ingevolge art. 7, lid 2, OESO-Modelverdrag. Alsdan moet met behulp van de functionele en feitelijke analyse worden bepaald of de dealing betrekking heeft op een reële en identificeerbare gebeurtenis en in aanmerking moet worden genomen als een dealing die afdoende economische relevantie heeft in de relaties tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting.<sup>36</sup> Het is derhalve van belang dat uit de documentatie en de boekhouding blijkt dat, bijvoorbeeld, bij de overdracht van een risico van het hoofdhuis aan de vaste inrichting (het risico werd aangegaan door het hoofdhuis en het beheer van het risico vindt plaats door de vaste inrichting) het beheer van het risico kan worden aangemerkt als een dealing. Indien de beheeractiviteiten daarenboven als 'significant people functions' kunnen worden beschouwd, kan het risico tegen de waarde in het economische verkeer worden overgedragen aan de vaste inrichting.<sup>37</sup>

### 5. Tweede stap: de vergelijkingsanalyse

Onder stap 2 moeten de dealings die zijn vastgesteld en erkend in de relatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting een 'at arm's length' prijs hebben.<sup>38</sup> Deze 'at arm's length'-prijs dient te worden vastgesteld met behulp van de OESO Guidelines die analoog moeten worden toegepast.<sup>39</sup> De kern van de tweede stap is dat de dealings tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting moeten worden

vergeleken met transacties die geschieden tussen onafhankelijke ondernemingen.<sup>40</sup> Deze vergelijking kan eventueel leiden tot correcties in de dealings. De 'at arm's length'-vergoeding van de dealings wordt vastgesteld aan de hand van de transferpricingmethoden: de traditional transaction methods (comparable uncontrolled price, resale price, cost plus) en indien zij geen betrouwbaar resultaat opleveren de transactional profit methods (profit split en transactional net margin).<sup>41</sup>

### 6. Conclusie

De OESO neemt een rigoureuze stap ten aanzien van de toerekening van winsten aan vaste inrichtingen. De nieuwe benadering van de OESO betekent onder andere dat de huidige beperkte zelfstandigheidsfictie, zoals die ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt aanvaard, wordt verlaten. Er wordt getendeerd naar een onbeperkte zelfstandigheidsfictie wat, onder andere, gevolgen heeft voor interne rente-, huur- en royaltyvergoedingen (BNB 1997/263 en 1997/264) en voor de toe trekking van eigen en vreemd vermogen aan een vaste inrichting (BNB 2007/117). Helaas geeft de OESO niet duidelijk aan op welke theoretische uitgangspunten deze hernieuwde benadering is gebaseerd en gaat hij voorbij aan de kritiek die is geleverd op, bij voorbeeld, de significant people functions (deze zouden ertoe kunnen leiden dat activa gesplitst moeten worden toegerekend aan vaste inrichting en hoofdhuis).<sup>42</sup>

De OESO lijkt wel te erkennen dat de benadering alleen kan worden toegepast indien het nieuwe art. 7 OESO-Modelverdrag zoals dat is voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft en dat naar verwachting in 2010 operatief zal worden in een concreet belastingverdrag is opgenomen. De OESO heeft tevens een nieuw Commentaar op deze bepaling voorgesteld door middel van de Discussion Draft. In de 2008 versie van het Commen-

34 Zie par. 37, Deel I, OESO-Rapport en par. 23 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

35 Zie par. 38 en 39, Deel I, OESO-Rapport en par. 23 van het toekomstige Commentaar op art. 7, OESO-Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

36 Par. 22 en 23 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-

Modelverdrag zoals voorgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

37 Zie par. 187, Deel I, OESO-Rapport.

38 Par. 42, Deel I, OESO-Rapport en par. 20 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals is vastgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

39 Par. 43, Deel I, OESO-Rapport en par. 20 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals is vastgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

40 Par. 47, Deel I, OESO-Rapport en par. 20 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals is vastgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

41 Par. 44, Deel I, OESO-Rapport en par. 20 van het toekomstige Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag zoals is vastgesteld door de desbetreffende Discussion Draft.

42 Vergelijk ook Baker and Collier, t.a.p., p. 54 en 55.

taar op art. 7 OESO-Modelverdrag wordt de beperkte zelfstandigheidsfictie nog steeds toegepast. De nieuwe benadering van de OESO is dus met name van belang voor toekomstige belastingverdragen waarin het door de Discussion Draft voorgestelde art. 7 OESO-Modelverdrag wordt opgenomen. Aangenomen kan worden dat voor verdragen waarin de huidige versie van art. 7 OESO-Modelverdrag is opgenomen hooguit het 2008 Commentaar op art. 7 OESO-Modelverdrag moet worden toegepast, zodat een collisie tussen de jurisprudentie van de Hoge Raad en de nieuwe benadering van de OESO zich normaliter niet kan voordoen.

*Pötgens*<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Prof.mr. F.P.G. Pötgens is werkzaam als hoogleraar Internationaal en Europees Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek NV te Amsterdam.