

G. Bagislayici LLM
Mr. M.C. de Graaf

Inleiding in transfer pricing

VOORWOORD

Transfer pricing (of: verrekenprijzen) ziet op de wijze waarop de prijsstelling bij transacties tussen gelieerde lichamen moet plaatsvinden voor de toepassing van de fiscale regels. Bij transacties tussen gelieerde lichamen kan immers sprake zijn van onzakelijke voorwaarden of een onzakelijke prijs. Daarmee ziet *transfer pricing* materieel op de verdeling van de wereldwijde winst van een multinationale onderneming over de landen waarin die groep actief is. Uitgangspunt in de huidige regels is daarbij telkens dat binnen een groep moet worden gehandeld op basis van voorwaarden zoals die ook in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Inmiddels is het vakgebied van de verrekenprijzen uitgegroeid tot een breed werkgebied voor veel fiscalisten. Uiteraard hangt dit samen met het feit dat alle internationale activiteiten de afgelopen decennia zijn toegenomen. Daarmee zijn steeds meer ondernemingen over de landsgrenzen heen gaan opereren. Dat maakt het des te belangrijker dat al die ondernemingen zich bewust zijn van welke transacties binnen de groep plaatsvinden en welke voorwaarden en prijs daaraan worden gekoppeld.

Ongetwijfeld heeft het onderwerp extra aandacht gekregen de afgelopen jaren door de veronderstelling dat opportunistisch gebruik van *transfer pricing* het voor sommige multinationale ondernemingen mogelijk maakt hun winst in zekere mate in laag belastende jurisdicties te laten vallen zonder dat daar ter plekke voldoende activiteit zou bestaan. Dat laatste staat in contrast met het fundamentele uitgangspunt binnen de huidige regels dat winst daar zou moeten vallen waar waarde wordt gecreëerd. De internationale discussie ontwikkelt zich mede daarom richting de vraag of het huidige systeem de winst wel passend over ontwikkelde en ontwikkelingslanden verdeelt. Deze actuele en doorlopende discussies krijgen in deze brochure zeker enige aandacht. De nadruk zal echter liggen op een introductie in de huidige theorie en de toepassing daarvan door multinationale ondernemingen en belastingdiensten.

Deze brochure geeft een beschrijving op hoofdlijnen van de basis van *transfer pricing* en een aantal daaraan gerelateerde onderwerpen. De hoop is dat deze brochure daarmee een goede basis kan zijn voor een eerste, stevige bestudering van het onderwerp. Zo kan het boek een nuttig instrument zijn voor studenten en voor in de praktijk werkzame fiscalisten, accountants et cetera om inzicht te krijgen, te behouden en te verdiepen in het onderwerp. Voor uitgebreidere bestudering kan in het bijzonder worden verwezen naar de OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Ook verdient Van Egdom, *Verrekenprijzen (FM nr. 115) 2020*, eveneens verschenen bij Wolters Kluwer, aanbeveling.

De opbouw van de brochure is als volgt:

Na dit voorwoord wordt de theorie vooral behandeld in hoofdstuk 1, 2 en 3. Eerst wordt daar aandacht gegeven aan de juridische teksten die als basis dienen. Vervolgens wordt het *arm's length*-beginsel behandeld. Daarna komen de gebruikelijke verrekenprijsmethoden aan de orde.

In de hoofdstukken 4 tot en met 6 komen een aantal specifieke deelonderwerpen langs waar ook in de OESO-richtlijnen in afzonderlijke hoofdstukken aandacht aan wordt besteed. Dan gaat het onder andere om immateriële activa, groepsdiensten en reorganisaties. In feite betreft het in deze hoofdstukken toepassing van de theorie uit de hoofdstukken 1 tot en met 3 op specifieke soorten transacties.

In de hoofdstukken 7 en 8 wordt aan enige meer formele aspecten aandacht gegeven. De voor de praktijk belangrijke documentatieverplichtingen worden behandeld. Ook wordt uiteengezet welke oplossingen er zijn als, ondanks de eerder behandelde regels, bij een multinationale onderneming toch dubbele belasting blijft bestaan. Ten slotte wordt in hoofdstuk 9 enige aandacht gegeven aan recente en (mogelijke) toekomstige ontwikkelingen.

Terzijde merken we op dat op het gebied van *transfer pricing* het gebruik van de Engelse taal zodanig gebruikelijk is dat ook in deze brochure (zelfs in de titel al) met regelmaat Engelse begrippen zullen worden gehanteerd. Die Engelse formuleringen worden schuin gedrukt.

De auteurs hebben deze brochure op persoonlijke titel geschreven en staan van harte open voor suggesties en opmerkingen.

Deze eerste druk is bijgewerkt tot en met februari 2024.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1

Relevante regelgeving / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Nationale wet / 1
- 1.3 Belastingverdragen / 2
- 1.4 OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen en het Nederlandse verrekenprijsbesluit / 4
- 1.5 Hoofdhuis en vaste inrichting / 5
- 1.6 Innovatiebox / 6

HOOFDSTUK 2

Het arm's length-beginsel / 9

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 De vergelijkbaarheidsanalyse / 11
- 2.3 De ongelieerde transactie / 19
- 2.4 De arm's length range / 23
- 2.5 Timing aspecten / 24
- 2.6 Erkenning van de gelieerde transactie / 25

HOOFDSTUK 3

Verrekenprijsmethodes / 27

- 3.1 Inleiding / 27
- 3.2 CUP-methode / 29
- 3.3 Resale price methode / 31
- 3.4 Cost plus methode / 33
- 3.5 Transactional net margin methode / 35
- 3.6 Transactional profit split methode / 39

HOOFDSTUK 4

Intangibles / 41

- 4.1 Inleiding / 41
- 4.2 Soorten intangibles / 42
- 4.3 Eigendom van intangibles en opbrengstgerechtigden / 44
- 4.4 De vergelijkbaarheidsanalyse / 45
- 4.5 De beloning voor intangibles / 46
- 4.6 Intangibles waarvan de waarde hoogst onzeker is / 48
- 4.7 Development CCA / 49

HOOFDSTUK 5

Intra-groep diensten / 53

- 5.1 Inleiding / 53
- 5.2 Wanneer is er sprake van een concerndienst? / 54
- 5.3 De beloning voor concerndiensten / 56
- 5.4 Diensten met beperkte toegevoegde waarde / 59
- 5.5 Samenvattend stroomschema / 61

HOOFDSTUK 6

Business restructurings / 63

- 6.1 Inleiding / 63
- 6.2 Hoe te herkennen? / 64
- 6.3 De arm's length beloning voor de restructuring / 65
 - 6.3.1 Transfer of something of value / 66
 - 6.3.2 Beëindiging of een wezenlijke heronderhandeling van bestaande contracten / 69

HOOFDSTUK 7

Documentatieverplichtingen / 73

- 7.1 Inleiding / 73
- 7.2 Algemene documentatieverplichting (Art. 8b lid 3 Wet VPB 1969) / 74
- 7.3 Aanvullende documentatieverplichtingen (Master File, Local File en CbCR) / 77
 - 7.3.1 Master File en Local File / 77
 - 7.3.2 Country-by-country report / 82

HOOFDSTUK 8

Geschillenbeslechting / 85

- 8.1 Inleiding / 85
- 8.2 Dubbele belasting / 85
- 8.3 Instrumenten om aan dubbele belasting te ontkomen / 86
 - 8.3.1 Bezwaar en beroep (nationaal) / 86

	8.3.2	Corresponding adjustment (internationaal) / 87
	8.3.3	Introductie onderling overleg (internationaal) / 88
8.4		Onderlinge overlegprocedures in de praktijk / 89
	8.4.1	Art. 25 eerste, tweede en vierde lid OESO-modelverdrag: onderling overleg / 89
	8.4.2	Samenloop instrumenten / 90
	8.4.3	Art. 25 vijfde lid OESO-modelverdrag: arbitrage / 91
8.5		Rulings, advance pricing agreements / 92
	8.5.1	Werkwijze APA's / 92

HOOFDSTUK 9

Recente en toekomstige nationale, OESO- en Europese ontwikkelingen / 95

9.1	Inleiding / 95
9.2	Het arm's length-beginsel onder druk? / 95
9.3	De 'twee pijlers'-benadering (OESO) / 98
9.4	Verrekenprijs mismatches / 100
9.5	Staatssteun en verrekenprijsvraagstukken / 102
9.6	Business in Europe: Framework for Income Taxation en Transfer Pricing / 106
9.7	Financiële transacties / 109

HOOFDSTUK 1

Relevante regelgeving

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal bij de basis worden begonnen: welke regels en andere documentatie vormen de basis voor *transfer pricing*? Eerst worden de meer materiële bepalingen besproken. Aan formele aspecten, zoals documentatieverplichtingen en geschillenbeslechting, wordt in de hoofdstukken 7 en 8 aandacht besteed.

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de nationale wet, belastingverdragen en de in dit kader van groot belang verklaarde richtlijnen die de OESO heeft opgesteld en met regelmaat actualiseert. In aanvulling op het voorgaande zal aandacht worden gegeven aan de relatie met winstallocatie aan een hoofdhuis en een vaste inrichting. Ook zal worden stilgestaan bij de mate waarin voor toepassing van de innovatiebox rekening wordt gehouden met de uitgangspunten van *transfer pricing*.

1.2 Nationale wet

Winstbepaling van een ondernemer begint bij de ‘totaalwinst’-bepaling van art. 3.8 Wet IB 2001. Daarin is vermeld dat winst uit een onderneming het bedrag van de gezamenlijke voordelen is die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit een onderneming. Als uitgangspunt geldt dat alleen voordelen voortvloeiend uit de ondernemingsactiviteit en lasten die door de ondernemingsactiviteit zijn opgeroepen onderdeel uitmaken van het fiscale resultaat. Zo blijven kapitaalstortingen en onttrekkingen buiten de fiscale winst. Voor- en nadelen die door niet-zakelijke motieven zijn ontstaan hebben geen invloed op de winst. Niet-zakelijke aspecten kunnen ook een bewust verkeerde prijsstelling van *intercompany* transacties betreffen.

De winst van lichamen wordt echter niet belast met inkomstenbelasting. Daarop is de vennootschapsbelasting van toepassing. Art. 8 eerste lid Wet VPB 1969 benoemt dat de winst voor de toepassing van de vennootschapsbelasting wordt opgevat op de voet van onder andere art. 3.8 Wet IB 2001. Daarmee is de bevestiging gegeven dat ook de fiscale winst van lichamen geschoond moet worden van niet-zakelijke invloeden.

In de Wet VPB 1969 is het voorgaande verder geconcretiseerd. Art. 8b Wet VPB 1969 benadrukt dat bij gelieerde lichamen de fiscale winst altijd moet worden bepaald alsof zij bij het vaststellen van hun onderlinge verrekenprijzen voorwaarden hebben gehanteerd zoals die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Dit uitgangspunt staat bekend als het *arm's length*-beginsel. Deze bepaling vormt

een wettelijk instrument voor een inspecteur om bij een veronderstelde te lage winst van een Nederlandse vennootschap binnen een multinationale onderneming, de hoogte van die winst ter discussie te stellen.

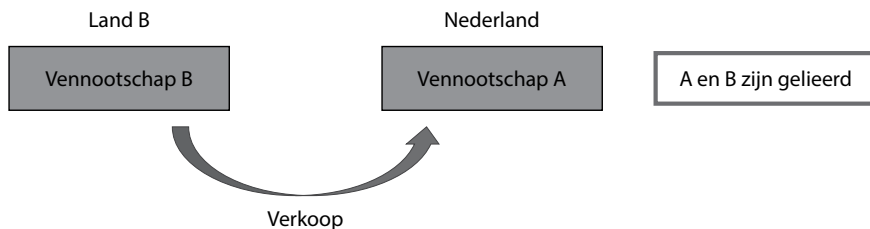
Overigens is opvallend dat gelieerdheid in art. 8b eerste en tweede lid Wet VPB 1969 op een eigen wijze is geformuleerd. Zo wordt bijvoorbeeld niet aangesloten bij de cijfermatig duidelijk vastgestelde grenzen van art. 10a vierde lid Wet VPB 1969. Daar is een belang van ten minste een derde voldoende voor verbondenheid. Er wordt in art. 8b Wet VPB 1969 gesproken over situaties waarbij lichamen, onmiddellijk of middellijk deelnemen aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. De gedachte is dat situaties moeten worden benoemd waarbij de intern gehanteerde prijzen door de multinationale onderneming kunnen worden beïnvloed als gevolg van deze machts- of bezitsverhoudingen. De omschrijving in art. 8b Wet VPB 1969 is ook algemener dan art. 29b eerste lid onderdeel a Wet VPB 1969. Daarin is het begrip 'groep' voor toepassing van de aanvullende documentatieverplichtingen over verrekenprijzen gedefinieerd. Bij art. 8b Wet VPB 1969 is echter beoogd dicht bij internationaal herkenbare uitgangspunten uit art. 9 van het OESO-modelverdrag te blijven. Dat modelverdrag komt direct hierna aan de orde.

1.3 Belastingverdragen

In de vorige paragraaf is geconstateerd dat Nederlands fiscaal recht beoogt slechts op grond van zakelijke uitgangspunten gerealiseerde (Nederlandse) winst van binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige entiteiten te belasten met vennootschapsbelasting. Om tot een internationaal consistent systeem te komen is van belang dat andere landen een dergelijke logica ook hanteren. Dat hoeft niet vanzelfsprekend te zijn. Andere fiscale autoriteiten zouden belastbare winsten voor hun belastingplichtigen die onderdeel uitmaken van een internationale groep bijvoorbeeld kunnen baseren op de commercieel gepresenteerde lokale winst. Ze zouden ook een forfaitair systeem kunnen hanteren, gerelateerd aan aantal personeelsleden, bedrijfsoppervlak, hoeveelheid productie of welke maatstaf dan ook.

In internationaal verband echter is een gegeven dat nagenoeg alle landen bereid zijn het *arm's length*-beginsel als uitgangspunt voor winstbepaling en als de oplossing van discussies daaromtrent te hanteren.

Als voorbeeld kan worden gedacht aan een vennootschap B in land B die goederen produceert voor de gelieerde vennootschap A in Nederland. De geproduceerde goederen worden door de vennootschap in land B aan de Nederlandse vennootschap verkocht. Dat beide landen bereid zijn het *arm's length*-beginsel te hanteren leidt ertoe dat beide landen voor het vaststellen van de verkoopprijs voor fiscale doeleinden dezelfde regel hanteren.



Tussen landen worden dergelijke afspraken vastgelegd in een bilateraal belastingverdrag. Er is een modelverdrag dat van sterke invloed is op de teksten die veel landen in hun bilaterale verdragen overeenkomen. Dat is het OESO-modelverdrag. Art. 9 van dit modelverdrag ziet op *transfer pricing*. Geconstateerd kan worden dat art. 8b Wet VPB 1969, zoals hiervoor behandeld, nadrukkelijk op art. 9 OESO-modelverdrag is gebaseerd. De formuleringen omtrent gelieerdheid (*associated enterprises*) in de Engelstalige versie van de OESO en in de Nederlandse wet beogen op elkaar aan te sluiten. De Nederlandse regelgever benadrukt voortdurend dat Nederland de bilaterale verdragen en de interpretatie daarvan zoveel mogelijk op dit OESO-modelverdrag wil baseren. Gewezen kan worden op de opvolgende Notities Fiscaal Verdragsbeleid, zoals die door de regering aan het parlement zijn gezonden.¹

Het OESO-modelverdrag is overigens slechts in twee talen officieel beschikbaar: het Engels (als toonaangevende wereldtaal) en het Frans (vanwege de vestiging van het hoofdkantoor van de OESO in Parijs). Het voorgaande verklaart mede dat rondom *transfer pricing* het Engels in sterke mate de voertaal is.

Naast het OESO-modelverdrag bestaat ook een qua doelstelling vergelijkbaar verdrag van de Verenigde Naties. Deze *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* kent een vergelijkbaar art. 9. Daarmee is gewaarborgd dat in vergaande mate wereldwijd het *arm's length*-beginsel wordt gehanteerd, ook buiten de kring van OESO-landen. Dat de interpretatie en daarmee uitvoering daarvan desalniettemin veel discussie op kan roepen, is een gegeven.

De vormgeving van art. 9 uit het OESO-modelverdrag is iets anders dan art. 8b Wet VPB 1969 in de nationale wet. Art. 9 eerste lid OESO-modelverdrag geeft het land dat stelt te weinig belastbare winst te zien in de aangifte van een vennootschap, de gelegenheid om bij te heffen tot het juiste niveau. In bovengenoemd voorbeeld zou de inspecteur in land B kunnen vinden dat de prijs waarvoor de goederen worden verkocht aan de gelieerde vennootschap in Nederland te laag is. Dan kan de inspecteur in land B de winst aldaar verhogen tot het niveau dat past bij de situatie waarin de gelieerde ondernemingen met elkaar hadden gehandeld zoals *independent enterprises* dat zouden hebben gedaan. Zowel de contractuele vastlegging als de prijsstelling kunnen in dit kader ter discussie worden gesteld. Art. 9 tweede lid OESO-modelverdrag legt vervolgens aan de inspecteur van Nederland de verplichting op om, conform de aanpassing in land B, de fiscale winst in Nederland

¹ De meest recente Notitie Fiscaal Verdragsbeleid is door de Staatssecretaris van Financiën op 29 mei 2020, nr. 2020-0000091889 aan de Tweede Kamer gezonden en onder andere opgenomen en becommentarieerd in V-N 2020/30.

te verlagen. Gesproken wordt over een *appropriate adjustment*. Het behoeft geen betoog dat de inspecteur in Nederland vaak niet direct overtuigd zal zijn van de juistheid van de aanpassing in land B. We komen hierop terug in hoofdstuk 8 over geschillenbeslechting.

Ten slotte: in het vervolg van deze brochure zal voortdurend naar het OESO-modelverdrag worden verwezen. Theoretisch blijft echter van belang dat als bijvoorbeeld in de relatie tussen een Duitse of Chinese groepsentiteit en een Nederlandse groepsentiteit discussie ontstaat, altijd wordt gekeken naar het van toepassing zijnde verdrag tussen die landen. De tekst in respectievelijk het verdrag tussen Nederland en Duitsland uit 2012 en het verdrag tussen Nederland en China uit 2013 is in dergelijke situaties doorslaggevend. Illustratief is wel dat ook in deze beide verdragen, zoals in bijna alle verdragen, het *arm's length*-beginsel is opgenomen.

1.4 OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen en het Nederlandse verrekenprijsbesluit

Bespreking van de regelgeving en gerelateerde documenten die in de praktijk van belang zijn voor *transfer pricing* is niet compleet zonder vermelding van de OESO-richtlijnen (de *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*) en het Nederlandse verrekenprijsbesluit (Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000139020, *Stcrt.* 2022, 16685).

De OESO-richtlijnen vormen achtergrond bij art. 9 OESO-modelverdrag en bij het commentaar bij dat artikel. De OESO-richtlijnen worden regelmatig geactualiseerd en aangevuld. De laatste gepubliceerde geconsolideerde versie – in boekvorm – dateert van januari 2022. Daarin zijn in het bijzonder aanpassingen verwerkt over de *profit split* methode, *hard to value intangibles* en *financial transactions*.

De OESO-richtlijnen hebben overigens geen wettelijke status. Bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 heeft de wetgever gezegd dat de status van de OESO-richtlijnen vergelijkbaar is met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de Hoge Raad.² De interpretatie van het *arm's length*-beginsel in Nederland wordt mede gevormd door de parlementaire geschiedenis bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969, jurisprudentie en het verrekenprijsbesluit.³

Het voorwoord van de OESO-richtlijnen legt eerst de nadruk op de *separate entity approach*. Die benadering houdt in dat de OESO-lidstaten als uitgangspunt kiezen dat iedere entiteit binnen een multinationale groep afzonderlijk in de belastingheffing wordt betrokken. Pas daarna volgt het *arm's length*-beginsel van art. 9 OESO-modelverdrag. Op basis van dat artikel worden die afzonderlijke entiteiten geacht op zakelijke voorwaarden, alsof het van elkaar onafhankelijke ondernemingen zijn, met elkaar te handelen.

² Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47-48.

³ Zie paragraaf 9.6 van deze brochure over de recente ontwikkelingen op dit gebied binnen de Europese Unie.

In het verrekenprijsbesluit bevestigt de Nederlandse staatssecretaris van Financiën dat binnen de OESO-lidstaten overeenstemming bestaat omtrent het *arm's length*-beginsel zoals dat is opgenomen in art. 9 OESO-modelverdrag. In dat verrekenprijsbesluit wordt vervolgens door de staatssecretaris nadere invulling gegeven aan het *arm's length*-beginsel.

1.5 Hoofdhuis en vaste inrichting

Bij een Nederlandse vennootschap met ondernemingsactiviteiten in Nederland en in het buitenland doet zich vergelijkbare problematiek voor. Welk deel van de (fiscale) winst hoort bij het hoofdhuis en welk deel bij de vaste inrichting? Ook hier past redeneren vanuit de nationale regels als startpunt om pas daarna te vervolgen met internationaal belastingrecht. We beperken ons hier tot de vennootschapsbelasting.

Een binnenlands belastingplichtige vennootschap komt onder voorwaarden in aanmerking voor vrijstelling van winst die toerekenbaar is aan een buitenlandse onderneming die wordt gedreven met behulp van een vaste inrichting. Dat staat in de objectvrijstelling van art. 15e Wet VPB 1969. Op grond van het zesde lid van dat artikel geldt dat aan de buitenlandse onderneming de voordelen worden toegerekend die deze geacht zou worden te behalen indien zij een zelfstandige en onafhankelijke onderneming zou zijn. Aandacht gaat daarbij uit naar de uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's per deel van de onderneming. Dit uitgangspunt heet de zelfstandigheidsfictie. Strikt genomen geldt het zesde lid slechts voor vaste inrichtingen in landen waarmee Nederland geen belastingverdrag heeft. Bij verdragslanden is op basis van voornoemd art. 15e Wet VPB 1969 en art. 7 van een belastingverdrag echter het eindresultaat sterk vergelijkbaar. Indien, andersom, een buitenlands belastingplichtig lichaam een vaste inrichting in Nederland heeft worden in Nederland slechts de gezamenlijke voordelen belast die worden verkregen met behulp van die vaste inrichting. Dat is vastgelegd in art. 17 derde lid onderdeel a Wet VPB 1969. Ook daar wordt de zelfstandigheidsfictie toegepast.

Ook hier is de pendant van de nationale bepalingen te vinden in het OESO-modelverdrag en in de bilaterale belastingverdragen zoals die daadwerkelijk tussen landen, inclusief Nederland, tot stand zijn gebracht. Art. 7 tweede lid van het OESO-modelverdrag spreekt in dit verband over winstvaststelling van de vaste inrichting alsof sprake is van een *separate and independent enterprise*. Dat gaat daar ook gepaard met de in de Nederlandse regels overgenomen verwijzing naar *functions performed, assets used and risks assumed*.

De formuleringen suggereren reeds dat de winsttoerekening aan een vaste inrichting in vergaande mate logica volgt die vergelijkbaar is met de winstvaststelling – en prijzen van transacties – tussen afzonderlijke maar gelieerde lichamen in een internationale groep. Toch kan de toepassing nooit identiek zijn. Een hoofdhuis kan bijvoorbeeld geen contracten sluiten met de vaste inrichting die immers niet meer is dan een onderdeel van dezelfde belastingplichtige. Het OESO-commentaar spreekt in dit verband over (gefingeerde) *dealings* tussen hoofdhuis en vaste inrichting.

Het spanningsveld tussen een zoveel mogelijk vergelijkbare redenering willen hanteren maar formeel toch een noodzakelijkerwijs andere aanpak moeten gebruiken, keert in de

andere relevante regelgeving en toelichting daarop terug. Dat geldt zowel internationaal als nationaal. De winstallocatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting volgt niet uit de OESO-richtlijnen gerelateerd aan art. 9, maar uit het commentaar bij art. 7 van het OESO-modelverdrag. In dat kader zijn aanvullende rapporten gepubliceerd, getiteld *The attribution of profits to permanent establishments*, uit 2010. In het commentaar bij art. 7 komt de voorkeur tot analoog aan de OESO-verrekenprijsrichtlijnen redeneren met regelmaat langs.

De vastlegging van regels over vaste inrichtingen in OESO-verband heeft voor Nederland bevestiging gekregen in een besluit van de Staatssecretaris van Financiën. Het betreft het Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000143421, *Stcrt.* 2022, 16683. Daarin wordt toelichting gegeven op de winsttoerekening aan vaste inrichtingen. Ook in dit besluit wordt de sterk vergelijkbare benadering met art. 9 OESO-modelverdrag benadrukt.

Verder wordt de winstallocatie conform de zogenoemde geautoriseerde OESO-benadering (AOA: *Authorised OECD Approach*) in twee stappen opgebouwd. In de eerste stap worden de activa en risico's alsmede het vermogen gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van een 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-length*-beginsel.

Zonder uitvoerig op de uitwerking in te gaan is vermeldenswaardig dat in de eerste stap voor de allocatie van activa en risico's aangesloten dient te worden bij de plaats waar de zogenaamde *significant people functions* worden uitgeoefend. Dat begrip keert regelmatig terug. Deze *significant people functions* zijn, aldus laatstgenoemd besluit, gerelateerd aan de mensen die de activiteiten verrichten met betrekking tot het aangaan en beheren van risico's. Het gaat hier om de zogenoemde *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. Aandacht gaat in het besluit ook uit naar de wijze waarop eerst het eigen en daarna het vreemd vermogen wordt gealloceerd aan hoofdhuis en vaste inrichting.

In het vervolg van deze brochure wordt niet of nauwelijks verder ingegaan op winstallocatie binnen een belastingplichtig lichaam aan een vaste inrichting. Volstaan wordt met de conclusie dat formeel andere regels – dat wil zeggen niet art. 8b Wet VPB 1969, art. 9 OESO-modelverdrag en de OESO-verrekenprijsrichtlijnen – gelden. Desalniettemin is een vergaand vergelijkbare benadering beoogd.

1.6 Innovatiebox

De Wet VPB 1969 biedt de mogelijkheid dat voordelen uit immateriële activa onder voorwaarden materieel lager worden belast. Momenteel is het tarief voor dergelijke voordelen gesteld op 9%. Deze faciliteit staat bekend als de innovatiebox.

Toepassing van de innovatiebox vergt een verdeling van de winst in twee stukken: de regulier belaste voordelen aan de ene kant en de boxvoordelen waarop het lagere tarief van toepassing is aan de andere kant. De voordelen uit hoofde van door de belastingplichtige zelf voorgebrachte immateriële activa worden derhalve gesepareerd uit de overige winst.

Een besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 13 december 2021, *Stcrt.* 2021, 48152, geeft meer inzicht in de wijze waarop dit kan worden toegepast. Ook daar kan *transfer*

pricing een rol spelen. Dat geldt met name indien de direct relevante inkomsten niet per immaterieel activum kunnen worden onderscheiden, zodat een alternatieve methode voor de voordeelbepaling moet worden gehanteerd. Het besluit meldt dat frequent methoden worden gebruikt die ontleend zijn aan de theorie van het *arm's length*-beginsel, maar die zijn toegesneden op het bepalen van de voordelen die voor toepassing van de innovatiebox in aanmerking komen. Daarbij kan dan onder andere worden gedacht aan de afpelmethode en de kostengerelateerde methode. In aansluiting daarop geldt, aldus de staatssecretaris, dat bij de keuze voor een methode een functionele analyse en andere beschikbare documentatie op grond van de in de Wet VPB 1969 opgenomen documentatieverplichtingen omtrent verrekenprijzen behulpzaam zijn. De hierin beschreven relevante functies, risico's en gebruikte activa van de onderneming vormen dan het startpunt voor het bepalen van de aan de immateriële activa toerekenbare voordelen.

Juist bij de vaak gehanteerde afpelmethode om de voor het boxtarief kwalificerende voordelen te bepalen speelt aansluiting bij *transfer pricing*-methodiek een rol. Zo stelt het voornoemde innovatieboxbesluit:

“Als de R&D-functie binnen een onderneming een kernfunctie – één van de meest belangrijke functies voor wat betreft de waarde creatie – is en het aandeel van de kwalificerende immateriële activa in de totale opbrengsten relatief groot is, wordt het voordeel uit hoofde van deze kwalificerende immateriële activa veelal bepaald door de zogenoemde afpelmethode. Hierbij worden de verschillende functies binnen een onderneming onderscheiden in enerzijds ondersteunende en meer routinematige functies, en anderzijds in kernfuncties. Uitgaande van de operationele winst van de onderneming wordt eerst een deel van deze winst aan de ondersteunende en meer routinematige functies gealloceerd. Dit gebeurt veelal op basis van een kostengerelateerde methode (...). De restwinst wordt vervolgens verdeeld over de resterende kernfuncties naar rato van het relatieve belang van deze functies voor de waarde creatie bij de desbetreffende onderneming. (...) Het voordeel dat voor de toepassing van de innovatiebox in aanmerking komt, bedraagt maximaal het deel van de restwinst dat aan de kernfunctie R&D kan worden toegerekend. (...)”.

Net zoals dat gold voor winstallocatie aan vaste inrichtingen geldt dat op de innovatiebox in het vervolg van deze brochure niet of nauwelijks wordt teruggekomen. De bovenstaande toelichting dient vooral ter illustratie van het feit dat *transfer pricing* ook in innovatiebox-verband van invloed is op de toepassing van nationale wettelijke regels.

HOOFDSTUK 2

Het arm's length-beginsel

2.1 Inleiding

In hoofdstuk 1 kwam reeds aan de orde dat het uitgangspunt voor fiscale winstvaststelling in gerelateerde situaties bestaat uit het *arm's length*-beginsel. Tussen de lichamen van een multinationale groep moeten ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden gehanteerd conform de voorwaarden die onafhankelijke partijen in het economisch verkeer zouden zijn overeengekomen. Dat beginsel wordt in dit hoofdstuk nader uitgewerkt.

Wanneer ongelieerde ondernemingen met elkaar handelen gebeurt dit normaliter in de vrije markt. De commerciële en financiële relaties (bijvoorbeeld de prijs voor overgedragen goederen of verleende diensten en de gehanteerde voorwaarden) worden dan bepaald op basis van marktfactoren. We spreken over vraag en aanbod. Transacties die in de vrije markt tussen ongelieerde ondernemingen tot stand zijn gekomen worden ongelieerde transacties genoemd.¹

Ondernemingen die tot een multinationale groep behoren kunnen betrokken zijn bij transacties met ondernemingen die niet tot de groep behoren (ongelieerde ondernemingen) en ondernemingen die behoren tot de groep (gelieerde ondernemingen).

Wanneer een onderneming die onderdeel is van een multinationale groep een transactie sluit met een ongelieerde onderneming zullen de commerciële en financiële relaties worden bepaald door marktfactoren. Wanneer gelieerde ondernemingen onderling een transactie sluiten hoeven de commerciële en financiële relaties niet noodzakelijkerwijs op dezelfde wijze te worden bepaald aan de hand van marktfactoren. Omdat gelieerde ondernemingen tot dezelfde groep behoren kunnen andere factoren invloed hebben op de onderlinge handelsbetrekkingen. Transacties tussen gelieerde ondernemingen worden gelieerde transacties genoemd.²

De OESO-richtlijnen hanteren als uitgangspunt dat niet automatisch verondersteld dient te worden dat de voorwaarden van transacties tussen gelieerde ondernemingen afwijken van die van transacties tussen ongelieerde ondernemingen. De OESO-richtlijnen onderkennen dat gelieerde ondernemingen bij het sluiten van transacties doorgaans de dynamiek van de marktfactoren trachten na te bootsen. Er wordt ook erkend dat het moeilijk kan zijn om marktprijzen te bepalen bij afwezigheid van marktfactoren.³

1 Het Engelstalige begrip is *uncontrolled transactions*.

2 Het Engelstalige begrip is *controlled transactions*.

3 Paragraaf 1.2 en 1.5 OESO-richtlijnen.

Wanneer transacties tussen gelieerde ondernemingen niet gestoeld zijn op marktfactoren en het *arm's length*-beginsel, kunnen de belastingverplichtingen van gelieerde ondernemingen en daarmee de belastinginkomsten van landen van vestiging verstoord raken. Om dit te voorkomen hebben de OESO-lidstaten besloten dat voor fiscale doeleinden de winsten van gelieerde ondernemingen mogen worden aangepast teneinde dergelijke verstoringen op te heffen en ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan het *arm's length*-beginsel.⁴

Dit kan worden geïllustreerd op basis van het onderstaande cijfermatige voorbeeld dat een situatie 1 en een situatie 2 omvat.

Stel Partij A verkoopt goederen aan Partij B. Partij A en Partij B zijn gevestigd in staten met een winstbelastingtarief van respectievelijk 10% en 20%. De omzet van Partij A is de inkoopprijs voor Partij B (verrekenprijs).

Bij een verrekenprijs voor de verkooptransactie tussen Partij A en Partij B van 100 is de belastingschuld van de groep in de twee betrokken landen samen 35, indien de overige cijfers uit het voorbeeld worden verondersteld. Een verrekenprijs van 200 daarentegen resulteert in een totale belastingschuld van 25. Daarmee hoeft de multinationale onderneming dus per saldo minder belasting te betalen.

Het verschil is het gevolg van een verschuiving van winst van Partij B naar Partij A door middel van de verhoging van de verrekenprijs. Om de juiste belastingschuld te kunnen vaststellen (en daarmee de juiste belastinginkomsten voor de twee betrokken landen) dient een zakelijke verrekenprijs te worden gevonden.

Situatie 1: Verrekenprijs van 100			
	<i>Partij A</i>	<i>Partij B</i>	<i>Groep</i>
Omzet	100	250	
Inkoopprijs	50	100	
Bedrijfsresultaat	50	150	200
Belastingen	5	30	
Netto resultaat	45	120	165

Situatie 2: Verrekenprijs van 200			
	<i>Partij A</i>	<i>Partij B</i>	
Omzet	200	250	
Inkoopprijs	50	200	
Bedrijfsresultaat	150	50	200
Belastingen	15	10	
Netto resultaat	135	40	175

⁴ Paragraaf 1.3 OESO-richtlijnen.

Het *arm's length*-beginsel is opgenomen in art. 9 eerste lid OESO-modelverdrag en luidt als volgt:

"[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."

Het *arm's length*-beginsel beschouwt de leden van een multinationale groep als onafhankelijke ondernemingen in plaats van onlosmakelijke onderdelen van één concern. Dit wordt de zelfstandigheidsfictie genoemd (*separate entity approach*). De zelfstandigheidsfictie heeft als gevolg dat wordt gefocust op transacties tussen gelieerde ondernemingen. Daarbij dient te worden getest of de voorwaarden van deze transacties verschillen van voorwaarden van vergelijkbare ongelieerde transacties. Dit wordt de vergelijkbaarheidsanalyse genoemd.⁵ De vergelijkbaarheidsanalyse vormt het hart van de toepassing van het *arm's length*-beginsel.⁶

In dit hoofdstuk wordt de theorie verder uitgewerkt ten aanzien van de manier waarop passende verrekenprijzen kunnen worden bepaald voor transacties binnen een groep. Een exact juist en voor geen enkele discussie vatbare prijs vaststellen is nagenoeg onmogelijk. Dat besef leeft bij al degenen die in de praktijk *transfer pricing* begeleiden. Vaak wordt deze constatering bevestigd met de gevleugelde woorden dat *transfer pricing* geen exacte wetenschap is.⁷ Mede daarom geldt dat soms in de praktijk (te) snel naar een bepaalde methode om een prijs vast te stellen wordt toe geredeneerd. Gedacht kan worden aan *cost plus*, *return on sales* etc. Die praktische insteek is soms begrijpelijk, maar dat neemt niet weg dat conclusies wel moeten worden gebaseerd op zuivere theorie. Die komt in het vervolg van dit hoofdstuk aan de orde.

2.2 De vergelijkbaarheidsanalyse

De vergelijkbaarheidsanalyse is het startpunt voor de toepassing van het *arm's length*-beginsel. Dit volgt uit de volgende zinsnede van art. 9 eerste lid OESO-modelverdrag:

"[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises."

De vergelijkbaarheidsanalyse bestaat uit twee stappen. De eerste stap is om de commerciële en financiële relaties tussen gelieerde ondernemingen alsmede de relevante economische omstandigheden te identificeren om de gelieerde transactie te kunnen karakteriseren.⁸ De tweede stap is om de voorwaarden en economische omstandigheden van de gelieerde transactie te vergelijken met de voorwaarden en relevante economische omstandigheden van vergelijkbare transacties tussen ongelieerde ondernemingen.⁹

5 Het Engelstalige begrip is *comparability analysis*.

6 Paragraaf 1.6 OESO-richtlijnen.

7 Paragraaf 1.13 OESO-richtlijnen en 1.3 Verrekenprijsbesluit.

8 De Engelstalige omschrijving is *accurate delineation of the actual transaction*.

9 Paragraaf 1.33 OESO-richtlijnen.