

J.T. van Egdom

Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational

Zesde herziene druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2024

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

HOOFDSTUK 1

Inleiding en verantwoording / 1

HOOFDSTUK 2

Het arm's-lengthbeginsel / 5

- 2.1 Inleiding / 5
- 2.2 Het arm's-lengthbeginsel en de OESO-richtlijnen / 5
 - 2.2.1 Algemeen / 5
 - 2.2.2 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) / 7
 - 2.2.3 De toepassing van de OESO-richtlijnen / 7
 - 2.2.4 Het belang van de richtlijnen / 9
- 2.3 Het arm's-lengthbeginsel in de Nederlandse context / 10
 - 2.3.1 Redenen voor invoering van artikel 8b Wet VPB 1969 / 10
 - 2.3.2 Artikel 8b Wet VPB 1969 versus de bepaling in het OESO-modelverdrag / 12
 - 2.3.3 Het arm's-lengthbeginsel en de dubbele bewustheid / 13
 - 2.3.4 Het arm's-lengthbeginsel en het leerstuk van informeel kapitaal / 14
 - 2.3.5 De Wet tegengaan mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel / 17
 - 2.3.6 De wijze waarop de correctie vorm krijgt / 18
 - 2.3.7 Winstsfeer versus kapitaalsfeer / 20
 - 2.3.8 De verhouding tussen het nationale recht en de OESO-richtlijnen / 22
- 2.4 Het arm's-lengthbeginsel onder druk / 24
 - 2.4.1 Inleiding / 24
 - 2.4.2 Kritiek op het arm's-lengthbeginsel neemt toe / 25
 - 2.4.3 De 'UN Manual' / 28
 - 2.4.4 Formulary apportionment / 30
 - 2.4.5 Een Europees alternatief voor het arm's-lengthbeginsel / 32
 - 2.4.6 De ontwikkelingen als gevolg van de digitale economie / 34
 - 2.4.7 Bedrag A van het Pijler 1-project / 35

HOOFDSTUK 3

De materiële uitwerking van het arm's-lengthbeginsel / 39

- 3.1 Inleiding / 39
- 3.2 De 'separate entity approach' en de problematiek van de synergievoordelen / 39
- 3.3 Transacties die tussen derden niet voorkomen / 42
- 3.4 Analyse van de transacties / 43
 - 3.4.1 De contractuele voorwaarden / 43
 - 3.4.2 De functionele analyse / 44
 - 3.4.2.1 Functies / 44
 - 3.4.2.2 Risico's / 50
 - 3.4.2.3 Gebruikte activa / 60
 - 3.4.3 Kenmerken van goederen en diensten / 60
 - 3.4.4 Economische omstandigheden / 61
 - 3.4.5 Ondernemingsstrategieën / 62
- 3.5 Vergelijkbaarheidsanalyse / 63
- 3.6 Erkenning van de uitgevoerde transacties / 74
- 3.7 Gecombineerde en geaggregeerde transacties / 76
- 3.8 Verliezen / 77
- 3.9 Effect van overheidsbeleid / 78
 - 3.9.1 COVID-19 en transfer pricing / 80
- 3.10 Bewuste compensatie / 84
- 3.11 Het gebruik van douanewaarden / 85
- 3.12 Transfer pricing gaat uit van bedrijfseconomische gegevens / 86
- 3.13 Management-controlaspecten van transfer pricing / 87

HOOFDSTUK 4

Verrekenprijsmethoden / 89

- 4.1 Inleiding / 89
- 4.2 De comparable-uncontrolled-pricemethode (CUP) / 92
- 4.3 De resale-pricemethode / 94
- 4.4 De cost-plusmethode / 97
- 4.5 De transactionele winstmethoden / 102
- 4.6 De transactionele nettomargemethode (TNMM) / 102
- 4.7 De profit-splitmethode / 106
- 4.8 Bedrag B voor marketing- en verkoopactiviteiten / 110

HOOFDSTUK 5

Dienstverlening en aandeelhoudersactiviteiten / 115

- 5.1 Inleiding / 115
- 5.2 Aandeelhoudersactiviteiten / 116
 - 5.2.1 Het perspectief vanuit de OESO-richtlijnen / 116
 - 5.2.2 Het Nederlandse beleid met betrekking tot aandeelhoudersactiviteiten / 119

- 5.3 Concerndienst / 121
 - 5.3.1 Is een concerndienst verleend? / 121
 - 5.3.2 Duplicatie / 122
 - 5.3.3 Bijkomstige voordelen / 122
 - 5.3.4 Garantstellingen / 124
 - 5.3.5 Dienstverlening op afroep / 124
- 5.4 Hoe worden concerndiensten in rekening gebracht? / 125
 - 5.4.1 Directe methode / 125
 - 5.4.2 Indirecte methode / 126
- 5.5 Bepaling van de arm's-lengthvergoeding / 128
 - 5.5.1 Tweezijdige analyse / 128
 - 5.5.2 Verrekenprijsmethoden / 129
 - 5.5.3 Integrale kosten als arm's-lengthvergoeding / 129
- 5.6 Low value adding intra-group services / 131
- 5.7 Gemengde contracten / 132
- 5.8 Contractresearch / 133

HOOFDSTUK 6

Intangibles / 135

- 6.1 Inleiding / 135
- 6.2 Beschrijving diverse intangibles / 136
 - 6.2.1 Trade intangibles / 137
 - 6.2.2 Marketing-intangibles / 139
 - 6.2.3 Goodwill en 'ongoing concern value' / 140
 - 6.2.4 Overige intangibles / 140
 - 6.2.5 Raakvlakken met andere vakgebieden / 142
- 6.3 Eigendom van intangibles / 143
 - 6.3.1 Inleiding / 143
 - 6.3.2 De verdeling van de 'returns attributable to the intangible' / 144
 - 6.3.3 De lokale marketing-intangible / 146
- 6.4 Voorbeelden van transacties met intangibles / 149
 - 6.4.1 De transacties / 150
 - 6.4.2 De economische rationaliteit van transacties / 151
- 6.5 De vergelijkbaarheidsanalyse en intangibles / 154
 - 6.5.1 Inleiding / 154
 - 6.5.2 Tweezijdige analyse / 154
 - 6.5.3 Aandachtspunten bij de vergelijkbaarheidsanalyse / 156
- 6.6 Toepasbare verrekenprijsmethoden / 157
 - 6.6.1 Comparable-uncontrolled-pricemethode (CUP) / 158
 - 6.6.2 Profit-splitmethode / 159
 - 6.6.3 Transactional-net-marginmethode (TNMM) / 160
 - 6.6.4 Het gebruik van waarderingstechnieken / 161
- 6.7 Onzekerheden in de waardering ten tijde van de transactie / 163
 - 6.7.1 Inleiding / 163
 - 6.7.2 Het gebruik van 'hindsight' / 164

- 6.7.3 Waardering op basis van prognoses / 165
- 6.7.4 Prijsaanpassingsclausules / 166
- 6.7.5 Heronderhandelingsclausules / 166
- 6.7.6 Hard-to-value-intangibles (HTVI) / 167
- 6.8 Aankoop van aandelen gevolgd door een business restructuring / 169
- 6.9 De innovatiebox / 170

HOOFDSTUK 7

Cost contribution arrangements (CCA's) / 175

- 7.1 Inleiding / 175
- 7.2 Een apart hoofdstuk voor CCA's / 176
- 7.3 Afbakening van de CCA / 177
- 7.4 Toepassing van het arm's-lengthbeginsel / 179
 - 7.4.1 Kostprijs of marktwaarde / 179
 - 7.4.2 Vereffeningsbetalingen / 183
 - 7.4.3 Prognose van de te verwachten voordelen / 184
- 7.5 Toetreding tot, terugtreding uit of beëindiging van een CCA / 185
- 7.6 Het EU Joint Transfer Pricing Forum en CCA's / 186

HOOFDSTUK 8

Business restructurings / 189

- 8.1 Inleiding / 189
- 8.2 De arm's-lengthcompensatie voor de herstructurering / 190
 - 8.2.1 Immateriële vaste activa / 193
 - 8.2.2 Schadevergoeding / 194
 - 8.2.3 Twee casus / 196
- 8.3 De beloning van transacties na de herstructurering / 199
- 8.4 Location savings / 200
- 8.5 De implementatie van een centrale inkoopfunctie / 201
- 8.6 Erkenning van de transacties / 203
- 8.7 Business restructurings en vaste inrichtingen / 205

HOOFDSTUK 9

Toerekening van winst aan een vaste inrichting / 207

- 9.1 Inleiding / 207
- 9.2 De 'Authorised OECD Approach' / 208
- 9.3 Twee stappen / 209
 - 9.3.1 Stap 1 / 209
 - 9.3.2 Stap 2 / 212
- 9.4 Dependent agent PE / 217

HOOFDSTUK 10

Financiering / 221

- 10.1 Inleiding / 221
- 10.2 Lening of kapitaal / 223
- 10.3 De omvang van de rente / 231
- 10.4 Garantstellingen / 235
- 10.5 Captives / 241
- 10.6 Cashpooling / 246
- 10.7 Dienstverleningslichamen / 249

HOOFDSTUK 11

Formele aspecten / 255

- 11.1 Gelieerdheid / 255
 - 11.1.1 Inleiding / 255
 - 11.1.2 Gelieerdheid volgens artikel 9 OESO-modelverdrag / 255
 - 11.1.3 Gelieerdheid volgens artikel 8b Wet VPB 1969 / 256
- 11.2 De documentatieverplichting / 259
 - 11.2.1 Hoofdpijnen Nederlandse documentatieverplichting / 259
 - 11.2.2 Tijdstip waarop aan de documentatieverplichting dient te zijn voldaan / 262
 - 11.2.3 Zekerheid vooraf over de omvang van de documentatieverplichting / 263
 - 11.2.4 Ontwikkelingen in de EU en OESO op het gebied van documentatie / 264
- 11.3 De bewijslast, sancties en 'secondary adjustments' / 268
 - 11.3.1 De verdeling van de bewijslast / 268
 - 11.3.2 Jurisprudentie inzake bewijslastverdeling en verrekenprijzen / 269
 - 11.3.3 Secret comparables / 272
 - 11.3.4 Sancties bij correcties van verrekenprijzen / 274
 - 11.3.5 'Secondary adjustments' / 275
- 11.4 Zekerheid vooraf / 276
 - 11.4.1 Inleiding / 276
 - 11.4.2 Het Nederlandse beleid / 277
 - 11.4.3 De organisatie van de APA-praktijk / 278
 - 11.4.4 Kritiek op de APA-praktijk / 279
 - 11.4.5 De vernieuwing van het beleid in 2019 / 280
 - 11.4.6 Case Studies / 282
- 11.5 Overlegprocedures / 291
 - 11.5.1 Inleiding / 291
 - 11.5.2 Het OESO-modelverdrag en het Arbitrageverdrag / 291
 - 11.5.3 De inzet van de Nederlandse overheid / 292
 - 11.5.4 Start van een overlegprocedure / 293
 - 11.5.5 Arbitrage / 293
 - 11.5.6 Indiening van het verzoek / 294
 - 11.5.7 Gang van zaken / 295
 - 11.5.8 Triangular cases / 296

11.5.9	De uitkomst van de procedure / 297
11.6	Safe harbours / 298
11.7	Relatie verrekenprijzen en omzetbelasting / 300

BIJLAGE

Diverse artikelen / 303

Literatuurregister / 305

Trefwoordenregister / 311

HOOFDSTUK 1

Inleiding en verantwoording

Een verrekenprijs is de prijs die door het ene onderdeel van een multinationalaal opererend concern in rekening wordt gebracht aan een ander onderdeel van hetzelfde concern voor de levering van een goed of een dienst, de verkoop of de beschikbaarstelling van een intangible of het uitlenen van een geldsom. De prijs en de voorwaarden van een dergelijke transactie worden niet bepaald door de vrije markt. De delen van het concern die met elkaar transacties aangaan, zijn door hun verbondenheid in staat de prijzen te beïnvloeden. De veelheid aan problemen die dat kan opleveren, komt naar voren in het volgende (fictieve) voorbeeld:

Concern X heeft zijn hoofdkantoor in Nederland. Concern X is werkzaam in vijftig landen op vijf continenten. Vanuit het hoofdkantoor geeft de raad van bestuur leiding aan het concern. Afdelingen op het hoofdkantoor ondersteunen de werkmaatschappijen met adviezen op het gebied van de informatietechnologie, juridische zaken, fiscaliteit en human resources. Productontwikkeling vindt plaats in Nederland, de Verenigde Staten en India. De producten van het concern worden zo dicht mogelijk bij de afzetmarkt geproduceerd. Om schaalvoordelen te bereiken is de productie per continent geconcentreerd. De producten worden geleverd aan lokale distributievennootschappen van het concern. Concern X beschikt over callcenters in Polen, Mexico en Maleisië, die klanten telefonisch informeren en ondersteunen. Alle genoemde activiteiten worden door verbonden lichamen uitgevoerd.

Concern X ziet zich geconfronteerd met vragen van *fiscale* aard. Aan het einde van ieder jaar zal iedere juridische entiteit een aangifte vennootschapsbelasting in moeten dienen in het land waarin zij haar woonplaats heeft of door middel van een vaste inrichting activiteiten verricht. De verrekenprijzen voor de intercompanytransacties dienen op zodanige wijze bepaald te worden dat de belastingdiensten van de vijftig landen waarin concern X opereert tevreden zijn met de winst die per juridische entiteit of vaste inrichting wordt aangegeven voor respectievelijk de productieactiviteiten, de distributieactiviteiten, de productontwikkeling, de ondersteuning door de callcenters en de dienstverlening door het hoofdkantoor. Concern X dient bij de bepaling van de verrekenprijzen te voldoen aan de uitgangspunten van die vijftig landen, waarbij ook de documentatie op orde dient te zijn. Concern X kan uiteraard onmogelijk evenveel verrekenprijssystemen ontwikkelen als er landen zijn en zal daarom een gebouw met diverse fundamenten trachten te ontwikkelen, waardoor het risico van een controverse met een lokale belastingdienst geminimaliseerd wordt. Controverses op het terrein van de verrekenprijzen betekenen immers dat concern X mogelijk met dubbele heffing wordt geconfronteerd, die slechts kan worden weggenomen door middel van een overleg- of een arbitrageprocedure.

Bij transfer pricing gaat het om een juiste verdeling van de winst van een multinational over de betrokken landen. Daarbij dient de winstverdeling zo veel mogelijk aan te sluiten bij de waardecreatie in het concern.

In cursussen die ik voor de Nederlandse Belastingdienst of als expert namens de OESO in het buitenland verzorg, tracht ik de problematiek van transfer pricing te illustreren door te starten met de vraag: 'Waarom ben ik bereid om veel meer euro's te betalen voor mijn iPhone van Apple, terwijl ik weet dat gelijksoortige telefoons van een ander merk veel goedkoper zijn?' Deze tot de verbeelding sprekende vraag roept altijd veel discussie op over het dilemma waar deze 'extra winst', die ontstaat door mijn bereidheid om de hoge prijs te betalen, moet worden toegerekend en belast. Is het de marketing of de vernieuwende technologie van het Apple-concern die verantwoordelijk is voor het succes? Of moeten alle vennootschappen van het Apple-concern van de hoge winst profiteren? Of gaat alles naar de raad van bestuur die de belangrijke ondernemingsbeslissingen heeft genomen?

Welke conclusie ook uit deze discussie getrokken wordt, feit is dat een groot deel van dergelijke concernwinsten vaak toegerekend kan worden aan immateriële vaste activa (intangibles) die ervoor zorgen dat een concern al dan niet winstgevender dan de concurrenten kan opereren. Deze analyse heeft grote gevolgen voor de transfer pricing omdat de extra winst (door de hogere prijs of het omvangrijke verkoopvolume) naar mijn mening uiteindelijk ook grotendeels terecht moet komen bij die concernonderdelen die verantwoordelijk zijn voor de hogere winst. Het verrekenprijssysteem moet hierop afgestemd worden.

Op de plekken waar de waarde wordt toegevoegd moet door een passend verrekenprijssysteem de (extra) winst toekomen en kunnen worden belast. Een economische functionele analyse die nagaat waar welke waarde toegevoegd wordt in de keten van een onderneming is mijns inziens de basis en het startpunt van elke verrekenprijsanalyse en neemt daarom in dit boek een belangrijke plaats in.

Voor de wijze waarop een verrekenprijs kan worden bepaald, is internationaal het zogenoemde arm's-lengthbeginsel van groot belang. Het arm's-lengthbeginsel is zowel in het OESO-modelverdrag als het VN-modelverdrag opgenomen en de basis van de Nederlandse wet- en regelgeving.¹

Daarmee hanteren de meeste landen in hun onderlinge verhoudingen eenzelfde beginsel voor de bepaling van de verrekenprijzen en de winstallocatie in internationaal concernverband. Het arm's-lengthbeginsel is uitgewerkt in de OESO-richtlijnen. Dat wil overigens niet zeggen dat alle landen het arm's-lengthbeginsel op dezelfde wijze uitleggen. Tevens laat het onverlet dat de nationale regelgeving van diverse landen kan afwijken van het beginsel.

Dit boek heeft als doel om het arm's-lengthbeginsel uit te leggen aan de hand van de OESO-richtlijnen en daarbij aandacht te schenken aan de specifieke Nederlandse context. Daarom zal er naast een uitleg van de richtlijnen aandacht zijn voor het Nederlandse beleid en de Nederlandse jurisprudentie. Het gaat daarbij om het beginsel als zodanig en de specifieke uitwerking bij thema's als concerndiensten, intangibles, vaste inrichting, 'business restructurings' en financiering. Ook is er een hoofdstuk gewijd aan de formele aspecten van transfer pricing, zoals de documentatieverplichting, de bewijslast, APA's en overlegprocedures.

Ook in deze versie van de fiscale monografie zal er veel aandacht zijn voor de recente internationale ontwikkelingen, waarbij er in toenemende mate kritische geluiden te horen zijn over transfer pricing en het arm's-lengthbeginsel als basis voor de fiscale winstverdeling. Steeds meer is het geluid te horen dat het arm's-lengthbeginsel onvoldoende in staat is

1 Zie artikel 9 OESO-modelverdrag en artikel 9 VN-modelverdrag.

om belastingontwijking te voorkomen zolang de winst gekoppeld wordt aan de plek waar de waarde gecreëerd wordt. Meer en meer komt het idee naar voren om de winst meer te alloceren in de landen waar de consumenten zijn gevestigd. Naast de bestrijding van belastingontwijking speelt hierbij ook de discussie over de verdeling van de heffingsrechten tussen landen waarbij ontwikkelende landen kansen zien om een groter deel van de winst te belasten. Maar ook de ontwikkelingen in de digitale economie spelen hierbij een belangrijke rol. In dit boek zal ik daarom ook aandacht geven aan de huidige internationale discussie over de mogelijke aanpassing van het internationale belastingstelsel en de verdeling van de heffingsrechten in de digitaliserende economie. De OESO was bij het schrijven van deze editie druk bezig met de uitdagingen die de nieuwe economie stelt aan het internationale belastingstelsel.

Ik realiseer me dat ik niet alle verrekenprijsonderwerpen in dit boek geraakt zal hebben. Het is een vakgebied dat volop in beweging is. Wel heb ik getracht een compact en hanteerbaar handboek te schrijven dat als basis gebruikt kan worden voor een eerste studie van de complexe problematiek.

Dit boek is een vernieuwde versie van de uitgave 2020 en besteedt aandacht aan recente ontwikkelingen, waaronder de discussie inzake 'base erosion and profit shifting' en de door veel landen gewenste verschuiving van belastingheffing over de winst naar de plekken waar de producten en diensten worden geconsumeerd. De eerdere versies waren, net als deze versie, een bewerking van het boek *Verrekenprijzen*; een drieluik van Edwin Visser, zoals dat in 2005 in de serie Fiscale monografieën is uitgegeven. Ik heb van hem de vrije hand gekregen om op basis van zijn tekst een actueel handboek over transfer pricing te schrijven. Ik ben hem dankbaar voor het gestelde vertrouwen en de nuttige tips die ik van hem mocht ontvangen. Dank ben ik ook verschuldigd aan collega-vakgenoten die op mijn verzoek kritisch een aantal hoofdstukken hebben meegelezen. In het bijzonder gaat hier mijn dank uit naar mijn collega Lara Janse, die bij de meest recente druk aandachtig heeft meegelezen bij de totstandkoming van nieuwe teksten.

De ingenomen standpunten in dit boek weerspiegelen mijn persoonlijke opvatting. De teksten kunnen niet worden uitgelegd als de mening van het Ministerie van Financiën of zijn bewindspersonen.

Het schrijven van dit boek is afgesloten op 29 februari 2024. Ontwikkelingen na deze datum zijn niet in de tekst meegenomen.

HOOFDSTUK 2

Het arm's-lengthbeginsel

2.1 Inleiding

Voor de bepaling van verrekenprijzen bij transacties tussen gelieerde partijen wordt internationaal door bedrijven en belastingdiensten doorgaans gebruikgemaakt van het arm's-lengthbeginsel om te komen tot een toerekening van winsten aan landen. Het arm's-lengthbeginsel is opgenomen in het OESO-modelverdrag en in het VN-modelverdrag en geldt al jaren als de standaard voor het bepalen van verrekenprijzen voor fiscale doeleinden. Met ingang van 1 januari 2002 is het arm's-lengthbeginsel in Nederland in artikel 8b Wet VPB 1969 gecodificeerd:¹

“Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderlinge rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen.”

2.2 Het arm's-lengthbeginsel en de OESO-richtlijnen

2.2.1 Algemeen

Multinationals verrichten activiteiten in verschillende landen met de bedoeling om hiermee winst te maken. De aandeelhouders van multinationals zijn daarbij geïnteresseerd in de totale, geconsolideerde, winst van het concern waarin zij hun aandelen houden. Waar deze winst precies haar oorsprong vindt, doet voor hen doorgaans niet ter zake. Voor de fiscale autoriteiten van de verschillende landen waarin multinationals hun activiteiten verrichten ligt dat anders. Zij willen belasting heffen over dat deel van de winst dat is toe te rekenen aan de activiteiten van de betreffende multinational in hun land. De vaststelling van de winst (of het verlies) per land zal in de praktijk niet altijd logisch uit de administratie van de multinational blijken. Met name als de financiële organisatie van het concern is ingericht op divisieniveau en de verschillende divisies over de landsgrenzen heen zijn georganiseerd, zal de vaststelling van de winst met betrekking tot het onderdeel van de divisie in een specifiek land complex kunnen zijn. De belastingdiensten zullen trachten aan te sluiten bij de winst van de juridische entiteiten die in hun landen zijn gevestigd, maar zullen daarbij ook nog eens aanlopen tegen grensoverschrijdende activiteiten van deze vennootschappen, waarbij in andere landen mogelijk een zogenoemde vaste inrichting kan

¹ Wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001, 641.

worden geconstateerd. Gegeven het feit dat de diverse belastingdiensten de neiging kunnen hebben zo'n groot mogelijk deel van de winst te belasten en dat dubbele belastingheffing uit economisch oogpunt ongewenst is, is een internationaal geaccepteerde methodiek voor de verdeling van de wereldwinst van groot belang. Daarnaast kan een eenduidige toepassing van het arm's-lengthbeginsel een rol spelen bij het streven om alle winst te belasten en te voorkomen dat er sprake is van het in het geheel niet belasten van een deel van de wereldwinst ('double non-taxation').

Bij de toepassing van het beginsel wordt een multinationale onderneming gesplitst in afzonderlijke entiteiten. In de OESO-richtlijnen wordt dit de 'separate entity approach' genoemd.² In het Nederlands kan dit vertaald worden door het begrip 'zelfstandigheidsfictie'. De individuele delen van de multinationale onderneming (de 'separate entities') worden geacht onderling zakelijk te handelen op basis van het arm's-lengthbeginsel als waren zij ongelieerde ondernemingen. Het idee hierbij is dat op basis van dit zakelijk handelen hun winst niet zou moeten verschillen van die van ondernemingen die op een ongelieerde wijze dezelfde activiteiten onder dezelfde omstandigheden verrichten.

Indien gelieerde lichamen op onzakelijke voorwaarden transacties met elkaar aangaan, kan dit ertoe leiden dat de voordelen die worden behaald met de transacties op een andere wijze tussen hen worden verdeeld dan in het geval dat er tussen de gelieerde lichamen wel zakelijk wordt gehandeld. Indien de gelieerde lichamen in verschillende landen zijn gevestigd en er dus sprake is van een grensoverschrijdende transactie, zal het niet of in beperkte mate hanteren van zakelijke voorwaarden leiden tot een andere verdeling van (belastbare) winsten dan het geval zou zijn geweest indien wel zakelijke voorwaarden zouden zijn gehanteerd.

De kern van het arm's-lengthbeginsel is dat de voorwaarden van de transacties vergeleken moeten worden met de voorwaarden van vergelijkbare transacties tussen ongelieerde partijen teneinde te kunnen beoordelen of er sprake is van zakelijk handelen. Indien bepaalde voor- of nadelen door het hanteren van onzakelijke voorwaarden niet bij een partij zijn terechtgekomen, is er aanleiding voor een belastingdienst om een correctie aan te brengen. De omvang van deze correctie wordt geobjectiveerd vastgesteld door toepassing van het arm's-lengthbeginsel. Het arm's-lengthbeginsel is uitgewerkt in de OESO-richtlijnen. Deze richtlijnen geven aan op welke wijze het beginsel moet worden uitgelegd en toegepast. Zij bieden een internationale standaard die ertoe moet leiden dat dubbele belastingheffing of het ontbreken van belastingheffing over een deel van de wereldwinst wordt voorkomen. Gelieerde partijen dienen bij de belastingheffing zo veel mogelijk gelijk te worden belast als ongelieerde partijen in een vergelijkbare situatie. Op deze wijze tracht de OESO de wereldeconomie te stimuleren door belemmeringen in het handelsverkeer tegen te gaan.³ Omdat de OESO een zeer belangrijke rol speelt bij de uitleg van het arm's-lengthbeginsel zal ik in de volgende paragraaf wat uitgebreider ingaan op deze internationale organisatie.

² Par. 1.6 OESO-richtlijnen.

³ Par. 1.8 OESO-richtlijnen.

2.2.2 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO)

De OESO is een internationale organisatie die zetelt in Parijs. Het werk van de OESO beslaat veel terreinen, waarvan de fiscaliteit er één is. Voor het werk van de OESO op het internationale fiscale beleidsterrein is het Comité voor Fiscale Zaken verantwoordelijk. Het comité wordt daarbij ondersteund door een ambtelijke staf. Het comité doet aanbevelingen aan de Raad van Ministers van de OESO die functioneert als het besluitvormende orgaan. Het comité beschikt over een aantal werkgroepen die verantwoordelijk zijn voor verschillende fiscale beleidsterreinen. In de werkgroepen zijn, evenals in het comité, alle lidstaten vertegenwoordigd. De werkgroepen komen een aantal keer per jaar bijeen in Parijs. Zo is werkgroep 1 ('WP1') verantwoordelijk voor het onderhoud en de ontwikkeling van het OESO-modelverdrag en werkgroep 6 ('WP6') voor het onderhoud en de ontwikkeling van de OESO-richtlijnen inzake verrekenprijzen. Via WP6 speelt de OESO een belangrijke richtinggevende rol bij de ontwikkeling en uitleg van het arm's-lengthbeginsel. Zo zijn er in het eerste decennium van deze eeuw projecten geweest met betrekking tot 'business restructurings', 'comparability' en 'profit methods'. Dit werk heeft geleid tot een grondige aanpassing van de richtlijnen in juli 2010. In 2010 is een nieuw project opgestart met betrekking tot immateriële vaste activa ('intangibles') om te beoordelen in hoeverre andere richtlijnen nodig zijn voor deze specifieke verrekenprijzproblematiek. Dit project is later deel gaan uitmaken van het meer omvattende 'BEPS-project', waarbij ook veel aandacht is gegeven aan financiële transacties. In diverse hoofdstukken van dit boek zal worden ingegaan op deze discussies en de wijzigingen van de richtlijnen die daar het gevolg van zijn geweest.

In het BEPS-project, dat gericht was op het tegengaan van 'base erosion' en 'profit shifting', zijn er veel meer landen rechtstreeks betrokken geraakt bij het werk van de OESO. Mede gelet op het feit dat het project is geïnitieerd vanuit de G20 en de belangen voor ontwikkelende landen groot zijn, zijn er ongeveer 130 landen betrokken geraakt in het project onder de noemer 'Inclusive Framework' en het aantal groeit nog steeds. Door deze betrokkenheid is het commitment voor de voorstellen die uit het 'BEPS-project' gekomen zijn veel groter dan bij het reguliere werk van de OESO tot dan gebruikelijk was. Het is de vraag hoe de betrokkenheid van deze landen zal zijn bij het werk van de OESO in relatie tot de OESO-richtlijnen in de toekomst. Dat is nog niet geheel duidelijk. Hoe meer landen het werk van de OESO onderschrijven, hoe groter de status van de richtlijnen zal zijn. Maar er is ook een wens om het werk van de OESO voor een groot deel bij de Verenigde Naties onder te brengen, omdat veel landen denken dat de belangen van landen die geen lid zijn van de OESO daar beter behartigd zullen worden.

2.2.3 De toepassing van de OESO-richtlijnen

De OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen zijn in de huidige vorm ontstaan in 1995. De OESO-richtlijnen uit 1995, die in latere jaren nog zijn aangevuld en aangepast, kennen voorgangers in de vorm van rapporten uit de jaren 1979 en 1984. Dat het denken na 1995 niet heeft stilgestaan, blijkt onder andere uit de grondige revisie in 2010 van de richtlijnen. Met name de aanpassing van de eerste drie hoofdstukken inzake een nieuwe en andere benadering van de 'profit methods' ('TNMM' en 'profit split'), het geven van meer

richtlijnen met betrekking tot de vergelijkbaarheidsanalyse en het nieuwe hoofdstuk 9 inzake 'business restructurings' vallen hierbij op. Zij zullen in dit boek uitgebreid aan de orde komen. Het 'BEPS-project', dat als doel had het tegengaan van 'base erosion en profit shifting', heeft in het jaar 2016 tot een grondige wijziging van de richtlijnen geleid, met name op het gebied van risicoallocatie, intangibles, services en CCA's. Ook de meer recente wijzigingen met betrekking tot de profit-splitmethode en financiële transacties zijn hier het vermelden waard.

In zijn algemeenheid kan ervan uitgegaan worden dat de richtlijnen kunnen worden gebruikt bij de interpretatie en toepassing van het arm's-lengthbeginsel zoals dat in artikel 9 OESO-modelverdrag wordt beschreven. De OESO-richtlijnen bestaan naast het modelcommentaar bij artikel 9, dat veel beperkter is. De vraag komt op in hoeverre de recentere wijzigingen van de richtlijnen gevolgen hebben voor de uitleg van artikelen in belastingverdragen tot stand gekomen vóór het tijdstip van de wijzigingen. In zijn algemeenheid ben ik van mening dat de huidige richtlijnen ook van belang zijn voor deze verdragen. Zolang er geen sprake is van een wezenlijke wijziging met betrekking tot de definiëring van het arm's-lengthbeginsel als zodanig, zou het ook vreemd zijn om de nieuwere richtlijnen niet te betrekken bij de uitleg van een artikel in een eerder overeengekomen verdrag. De nieuwe teksten van de richtlijnen staan mijns inziens ook niet haaks op de teksten van vóór het BEPS-project en geven doorgaans een beschrijving van de reeds gegroeide praktijk. Deze nieuwe teksten zijn in zijn algemeenheid dan ook bruikbaar voor de interpretatie van alle verdragen met een artikel waarin het arm's-lengthbeginsel is opgenomen. Daarbij speelt een rol dat het beginsel als zodanig een economisch begrip is dat in de loop van de tijd sowieso aan evolutie onderhevig is door veranderende economische omstandigheden en nieuwe inzichten. Het zou vreemd zijn als deze ontwikkelingen geen gevolgen zouden hebben voor de verdeling van de wereldwinst van een multinational, in het geval dat bepaalde transacties plaatsvinden tussen landen met een relatief oud verdrag.

In het verrekenprijsbesluit van 2022 stelt de staatssecretaris dat verduidelijkingen van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel ook van toepassing zijn op jaren waarin de richtlijnen nog niet waren gepubliceerd. Hij geeft echter niet duidelijk aan of er naar aanleiding van het BEPS-project ook wijzigingen zijn opgenomen die niet als een verduidelijking kunnen worden opgemerkt en daarom alleen op de jaren na de publicatie van toepassing zijn.⁴ Het blijft daarom bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de wijzigingen met betrekking tot de allocatie van risico's door hem als wijzigingen of verduidelijkingen kunnen worden gezien. In de brief van de staatssecretaris van 5 oktober 2015 lijkt het erop dat de staatssecretaris van mening is dat de belangrijkste wijzigingen op het gebied van verrekenprijzen naar aanleiding van het BEPS-project al overeenkomen met het door Nederland voorgestane beleid. Hij stelt daarin namelijk dat deze aanpassingen volledig in lijn zijn met het Nederlandse beleid dat is neergelegd in het meest recente verrekenprijsbesluit.⁵ Ik concludeer dat de staatssecretaris de nieuwe richtlijnen van de OESO ziet

⁴ Besluit van 14 juni 2022 nr. 2022-0000139020.

⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 5 oktober 2015 aan de Tweede Kamer inzake 'Appreciatie uitkomst BEPS-project en vooruitblik Nederlands fiscaal vestigingsklimaat'.

als een bevestiging van het Nederlandse beleid, gelet op het feit dat Nederland al eerder een meer economische benadering van verrekenprijzen voorstond.

Interessant is de betekenis die Hafkensheid geeft aan de richtlijnen. Naar zijn mening geven de richtlijnen een interpretatie van het arm's-lengthbeginsel.⁶ Niet meer, maar ook niet minder. Hij is dan ook van mening dat nieuwe richtlijnen het arm's-lengthbeginsel op zich ook niet wijzigen, maar de interpretatie aanpassen op basis van de dynamiek van de markt. Dat is volgens hem dan ook geen probleem, zolang we maar beseffen dat de richtlijnen geen kracht van wet hebben. Dat betekent in die visie dan ook dat wijzigingen in een latere versie van de richtlijnen in principe ook kunnen worden toegepast op transacties die voor de publicatie van die wijzigingen plaatsvonden. Ik denk dat het daarbij van belang is te beseffen dat de interpretatie van een principe dan ook iets anders is dan het toepassen van een regel.

2.2.4 Het belang van de richtlijnen

In de loop van de tijd zijn de richtlijnen uitgegroeid tot een zeer gezaghebbend document inzake de wijze waarop verrekenprijzen dienen te worden vastgesteld. Ze zijn daarom zeer belangrijk voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten.

Aan de lidstaten zijn door de Raad van Ministers als besluitvormend orgaan van de OESO de volgende aanbevelingen gedaan:

- Belastingdiensten wordt aanbevolen de richtlijnen in acht te nemen bij de beoordeling van verrekenprijzen tussen gelieerde ondernemingen ter bepaling van het belastbare inkomen.
- Belastingdiensten wordt aanbevolen belastingplichtigen aan te sporen de richtlijnen te volgen.
- Belastingdiensten wordt aanbevolen de richtlijnen in hun land bekendheid te geven en zo nodig te vertalen in de landstaal.
- Belastingdiensten wordt aanbevolen de onderlinge samenwerking aangaande verrekenprijzen verder te ontwikkelen.

De richtlijnen worden gebruikt door landen die lid zijn van de OESO. Inmiddels hebben de richtlijnen ook betekenis voor landen die geen lid zijn van de OESO, omdat ze als gezaghebbende leidraad worden gezien in de internationale fiscale praktijk. Vaak zijn ze ook belangrijk, indien er tussen de landen verdragen zijn afgesloten met artikelen die direct verwijzen naar het arm's-lengthbeginsel zoals dat in de richtlijnen nader wordt uitgelegd. Bij verdragen die zijn vastgesteld op basis van het OESO-modelverdrag zijn de richtlijnen vanzelfsprekend leidraad bij de interpretatie van het betreffende artikel. Maar ook in het modelverdrag van de Verenigde Naties vinden we hetzelfde arm's-lengthbeginsel terug, en de OESO-richtlijnen zullen bij de interpretatie een belangrijke bron zijn. In het BEPS-project werd geparticipeerd door meer landen dan alleen de lidstaten. De uitkomsten van dit project worden door deze landen onderschreven. Het rapport *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10, 2015 final reports* heeft dus verdergaande betekenis dan de richtlijnen. Overigens zijn deze uitkomsten in 2016 in de richtlijnen opgenomen.

6 Hafkensheid, 'Enige opmerkingen bij het verrekenprijsbesluit 2022', *WFR* 2022/205.

Het internationale bedrijfsleven heeft, gelet op het risico van dubbele belastingheffing, een groot belang bij de internationale erkenning van de richtlijnen die daarbij door zo veel mogelijk landen zo eenduidig mogelijk worden geïnterpreteerd.⁷ Indien zij hun verrekenprijzen op basis van het arm's-lengthbeginsel vormgeven, lopen zij minder risico met verrekenprijscorrecties en dubbele belastingheffing te worden geconfronteerd.

Het belang van de richtlijnen neemt toe als ze ook op de een of andere manier zijn geïmplementeerd in de nationale wet- en regelgeving van een land. Bij deze implementatie dient de nationale wetgeving op het gebied van verrekenprijzen daarom bij voorkeur een codificatie te zijn van de in internationaal verband overeengekomen standaarden. Dat is in Nederland in 2002 gebeurd.

2.3 Het arm's-lengthbeginsel in de Nederlandse context

2.3.1 Redenen voor invoering van artikel 8b Wet VPB 1969

Nederland kende tot 1 januari 2002 geen specifieke wettelijke bepalingen op het gebied van verrekenprijzen. Het arm's-lengthbeginsel werd in het Nederlandse belastingrecht tot 1 januari 2002 toegepast door de voor- en nadelen die hun oorsprong uitsluitend in de aandeelhoudersrelatie vonden, uit de totaalwinst van een lichaam te elimineren. Artikel 8 Wet VPB 1969 verwijst voor de wijze waarop de winst moet worden bepaald naar artikel 3.8 Wet IB 2001 (voor 2001: artikel 7 Wet IB 1964). Artikel 3.8 Wet IB 2001 omschrijft de winst als de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit onderneming. Indien prijzen niet-zakelijk zijn bepaald, wordt het verschil tussen de onzakelijke prijs en de werkelijk gehanteerde prijs in beginsel niet tot de winst van de onderneming gerekend. In de praktijk werd de zakelijke prijs doorgaans wel bepaald aan de hand van het arm's-lengthbeginsel.

In de notitie internationaal verdragenbeleid 1997/1998 nam de Staatssecretaris van Financiën nog het volgende standpunt in:⁸

"De 'arm's length' benadering is onderdeel van het Nederlandse belastingrecht. Specifieke wetgeving om de nieuwe richtlijnen te implementeren is niet nodig. Na het uitkomen van de herziene OESO-richtlijnen op dit gebied heb ik de nodige stappen ondernomen om de Belastingdienst op de hoogte te brengen van de laatste ontwikkelingen. Zo zijn de richtlijnen vertaald in het Nederlands en zijn voor de Belastingdienst bijscholingscursussen georganiseerd die naast het geven van een praktische beschrijving van de richtlijnen er met name op gericht zijn geweest aspecten zoals het uitvoeren van een functionele analyse en een vergelijkingsonderzoek nader toe te lichten."

Maar langzaamaan werd om diverse redenen duidelijk dat codificatie in Nederland toch niet uit kon blijven. Een belangrijke reden daarvoor was de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 20 juni 2000.⁹ Deze uitspraak werd op 28 juni 2002 bevestigd door de Hoge

7 Het bedrijfsleven en de fiscale advieswereld hebben geen beslissende stem in de OESO-besluitvorming, maar worden wel geraadpleegd via zogenoemde 'public consultations'. In deze consultations wordt ook geparticipeerd door de wetenschappelijke wereld en ngo's.

8 Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen-) recht', *Kamerstukken II* 1997/98, 25 087, nr. 4, p. 38, V-N 1998/22.3, p. 1989.

9 Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2000, nr. 96/3012, V-N 2000/41.1.6.