

Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Economics
Masterscriptie Fiscale Economie

**Het Nederlandse transfer pricing-regime: ‘window-dressing’
of effectieve wetgeving?**

Student: El Hassan Allaoui
Studentnummer: 151503
Scriptiebegeleiders: mr. R.B.N. van Ovest
dr. D.A. Albregtse
Datum: juni 2014

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
ALB	Arm's Length Beginsel
APA	Advance Pricing Agreement
APBI	Aanspreekpunt Potentiële Buitenlandse Investeerders
art.	artikel
Art. 81 RO	Artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie
ATR	Advance Tax Ruling
AWR	Algemene Wet inzake Rijksbelastingen 1959
BV	besloten vennootschap
CGVP	Coördinatiegroep Verrekenprijzen
blz.	bladzijde(n)
BNB	Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak
CCA	Cost Contribution Agreement
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CUP	comparable uncontrolled price-methode
EC	Europese Commissie
Ecofin	Raad Economische en Financiële Zaken
EG-Arbitrageverdrag	Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting ingeval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG, 23 juli 1990)
EU	Europese Unie
EU JTPF	European Union Joint Transfer Pricing Forum
EU TPD	European Union Transfer Pricing Documentation
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IRC	Internal Revenue Code (Amerikaanse belastingwet)
IRS	Internal Revenue Service
jo.	juncto
m.nt.	met noot
MAP	Mutual Agreement Procedure
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
MNO('s)	multinationale onderneming(en)
MvT	Memorie van Toelichting
NOB	Nederlandse Orde van Belastingadviseurs
nr(s).	nummer(s)
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (in het Nederlands: OESO)
OEES	Organisatie voor Europese Economische Samenwerking
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (in het Engels: OECD)
OESO-Modelverdrag	OESO-Modelbelastingverdrag ter zake van Inkomen en Vermogen (2010)
OESO-richtlijnen	Richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten (1995-2010)
pag.	pagina
par.	Paragraaf
PATA	Pacific Association of Tax Administrators
Rb.	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging
Stb.	Staatsblad
STML	Special Taxation Measures Law (Japanse belastingwet)
TNMM	transactional net margin-methode
V-N	Vakstudienieuws
VN	Verenigde Naties
VS	Verenigde Staten van Amerika

VVM	volledige vrije mededinging
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet op de inkomstenbelasting 2001
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WIB	Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen

INHOUDSOPGAVE

Lijst van gebruikte afkortingen		I
Inleiding		1
Hoofdstuk 1.	Bedrijfseconomische beschouwing van verrekenprijzen	
1.1	Inleiding	5
1.2	Bedrijfseconomische aspecten van verrekenprijzen	6
1.3	Management-control aspecten van verrekenprijzen	11
1.4	Conclusie	13
Hoofdstuk 2.	OESO-achtergrond van transfer pricing	
2.1	Inleiding	15
2.2	De OESO	17
2.3	Artikel 9 OESO-Modelverdrag	19
2.3.1	Het arm's length beginsel (artikel 9, lid 1, OESO-Modelverdrag)	19
2.3.2	Gelieerdheidscriteria (artikel 9, lid 1, sub a en b, OESO-Modelverdrag)	24
2.3.3	De corresponderende correctie (artikel 9, lid 2, OESO-Modelverdrag)	25
2.3.4	Doel en strekking van het arm's length beginsel	26
2.4	De OESO-richtlijnen	27
2.4.1	De verhouding tussen het nationale recht en de OESO-richtlijnen	29
2.5	Vergelijkbaarheidsanalyse	31
2.5.1	Het negenstappen-proces	35
2.5.1.1	Vergelijkbare transacties tussen ongelieerde ondernemingen (stap 4 en 5)	36
2.5.1.2	Selectie van de meest geschikte verrekenprijsmethoden (stap 6)	36
2.5.1.3	Gebruik van een arm's length-range (stap 9)	38
2.6	Alternatieven voor het arm's length beginsel	39
2.6.1	Global Formulary Apportionment	39
2.6.2	Het Europees alternatief: Common Consolidated Corporate Tax Base	41
2.7	Conclusie	42
Hoofdstuk 3.	Het Nederlandse transfer pricing-regime	
3.1	Inleiding	44
3.2	Artikel 8b (leden 1 en 2) Wet VPB 1969 versus artikel 9 OESO-Modelverdrag	47
3.2.1	Gelieerdheidscriteria: vergelijking tussen Duitsland, België, Japan en de VS	48
3.3	Toepassing van het arm's length beginsel vóór codificatie in artikel 8b	51
3.4	Toepassing van het arm's length beginsel na codificatie in artikel 8b	56
3.5	Het Verrekenprijzbesluit 2013	62
3.5.1	Transfer pricing-aspecten van immateriële activa	64
3.5.2	Transfer pricing-aspecten van garantstellingen binnen concernverband	69
3.5.3	Transfer-pricingaspecten van interne groepsleningen	83
3.6	Conclusie	90
Hoofdstuk 4.	Documentatieplicht en bewijslast (artikel 8b, lid 3, Wet VPB 1969)	
4.1	Inleiding	96
4.2	Doel en strekking van artikel, lid 3, Wet VPB 1969	96
4.3	Artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969	98
4.4	Verrekenprijzen en bewijslastverdeling	102

4.5	Europese harmonisatie van transfer pricing-documentatie	104
4.5.1	EU Transfer Pricing Documentation	105
4.5.2	Masterfile	105
4.5.3	Landenspecifieke informatie	106
4.5.4.	Keuze tussen EU Transfer Pricing Documentation en artikel 8b-documentatie	107
4.6	Conclusie	118
Hoofdstuk 5.	Rechtszekerheid en het Nederlandse transfer pricing-regime	
5.1	Inleiding	111
5.2	De Nederlandse aanpak inzake Advance Pricing Agreements	112
5.3	De Nederlandse aanpak inzake onderlinge overlegprocedure	115
5.4	Het EG-Arbitrageverdrag	119
5.5	Conclusie	123
Hoofdstuk 6.	Samenvatting en conclusie	128
Bijlage I	Tekst art. 8b Wet VPB 1969	142
Bijlage II	Tekst art. 9 OESO-Modelverdrag	143
Geraadpleegde literatuur		144

Inleiding

Met ingang van 1 januari 2002 is art. 8b¹ van kracht geworden in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969). In lid 1 van het voornoemde artikel is het zogenoemde arm's length beginsel (hierna kortheidshalve: ALB), zoals dat in art. 9 van het OESO-Modelverdrag is opgenomen, gecodificeerd.

Het ALB stelt dat de prijs die dient te worden berekend bij de onderlinge overdracht van materiële en immateriële goederen en/of bij het verrichten van diensten en de voorwaarden waaronder deze transacties tot stand komen tussen lichamen die met elkaar gelieerd zijn, overeenkomstig dienen te zijn aan de prijs en de voorwaarden die onder vergelijkbare omstandigheden ook zouden gelden tussen onafhankelijke marktpartijen. Waarbij de onderlinge concerntransacties niet mogen worden beïnvloed door persoonlijke behoeften en/of vennootschappelijke betrekkingen.²

Aan het ALB als internationaal gehanteerde zakelijkheidsbeginsel is vanuit fiscaal perspectief door de OESO uitwerking gegeven, laatstelijk middels '*Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*'³ van 1995 (hierna: OESO-richtlijnen). Uitgangspunt van deze OESO-richtlijnen is de gelijke behandeling van multinationale en onafhankelijke ondernemingen en daarmee de voorkoming van concurrentievervalsing.

Om de Belastingdienst meer armslag te geven bij het beoordelen van verrekenprijzen heeft de Nederlandse wetgever naast de verankering van het ALB in het eerste lid van artikel 8b voorts besloten in het derde lid een wettelijke documentatieverplichting voor gehanteerde verrekenprijzen⁴ in te voeren. Deze is niet gestoeld op het OESO-Modelverdrag, maar is van Nederlandse inbreng.

De codificatie was zonder meer verrassend te noemen, omdat reeds in april 1998 de toenmalige staatssecretaris de Tweede Kamer nog uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat hij een expliciete opname van het ALB en de OESO-richtlijnen in onze (fiscale) wetgeving niet noodzakelijk achtte.⁵ Het standpunt was namelijk dat dit beginsel reeds deel uitmaakt van de Nederlandse fiscale rechtsorde via het ruime winstbegrip van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 en art. 3.25 Wet IB 2001 (voorheen art. 7 en art. 9 Wet IB 1964).

De vraag die zich hier opwerpt is, nu de Nederlandse fiscus ingeval van transfer pricing op basis van ons eigen totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 corrigerend kan optreden, waarom is de wetgever overgegaan tot opname van specifieke transfer pricing-wetgeving in de Wet VPB 1969? Uit het algemene gedeelte van de

¹ Wet van 14 december 2001, Stb. 2001/64. Voor de volledige tekst, zie Bijlage I.

² Zie bijv. par. 1.2 van de OESO-richtlijnen. De toevoeging dat concerntransacties niet beïnvloed dienen te worden door persoonlijke en/of vennootschappelijke betrekkingen is gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR) ten aanzien van het totaalwinstbegrip ex art. 3.8 Wet IB 2001. Beschouw bijvoorbeeld het 'renpaardenarrest' van de HR 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 2002/290 en het 'Zweedse grootmoederarrest', HR 31 mei 1978, nr. 19 230, BNB 1978/252.

³ De OESO-guidelines zijn op 27 juni 1995 vastgesteld door het Comité voor Fiscale Zaken van de OECD en zijn in juli 1995 opgenomen in een aanbeveling aan de lidstaten van de OECD. In het Comité voor Fiscale zaken zijn de fiscale autoriteiten van de lidstaten van de OECD vertegenwoordigd.

⁴ In deze scriptie worden (interne) verrekenprijzen; intercompany pricing, transfer price(s) en transferprijzen als synoniem door elkaar gebruikt.

⁵ Notitie '*Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen) recht*', kamerstukken II1997/98, V-N 1998/22.3.

memorie van toelichting en uit de eerste aankondiging van de codificatie door de toenmalige staatssecretaris Wouter Bos in zijn Brief van 20 november 2000⁶ viel af te leiden welke beweegredenen ten grondslag lagen aan een verankering van het ALB in de Wet VPB 1969. Daar wordt uiteengezet dat het ontbreken van een expliciete bepaling van de strekking van artikel 9 OESO-Modelverdrag, meer specifiek de daarin opgenomen ALB, op lange termijn de positie van Nederland als internationaal (verdrags-)partner zou schaden. De opmerking van de toenmalige staatssecretaris dient te worden gezien in het licht van de toen gevoerde internationale discussie in het kader van de EU en de OESO inzake schadelijke belastingconcurrentie. Vanuit Brussel werd namelijk druk uitgeoefend op en transparantie geëist van Nederland omtrent de gang van zaken rondom zijn begunstigende rulingbeleid.⁷ De kritiek van de OESO werd vervat in het rapport *'Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue'* van 9 april 1998. Daarin werd het Nederlandse rulingbeleid als niet transparant en strijdig met de internationale transfer pricing-beginselen aangeduid.⁸ Nederland heeft zich overigens deze kritiek aangetrokken en daaraan tegemoet gekomen door op 1 april 2001 de oude rulingpraktijk te vervangen door een nieuwe en OESO-conforme Advance Pricing Agreement (APA) en Advance Tax Ruling (ATR)-systeem.

Met de instelling van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen (CGVP)⁹ per 1 maart 1998, voorafgaande aan de invoering van specifieke transfer pricing-wetgeving in het Nederlandse fiscale recht, heeft men voorts in de uitvoerings sfeer op het gebied van verrekenprijzen eenheid van beleid willen waarborgen. Daarbij fungeert de CGVP onder andere als kenniscentrum binnen de Belastingdienst op het terrein van de verrekenprijzen.

Met het vastleggen van het ALB en de invoering van een wettelijke documentatieverplichting heeft de staatssecretaris voorts de positie van de Belastingdienst in verrekenprijzprocedures willen verbeteren. Zij werd door de rechter een aantal malen in het ongelijk gesteld, omdat zij niet in staat bleek te zijn voldoende aannemelijk te maken dat de door belastingplichtige gehanteerde verrekenprijzen niet 'at arm's length' (zakelijk) zouden zijn. De Nederlandse jurisprudentie op het gebied van interne verrekenprijzen - onderdeel uitmakend van de rechtspraak over het totaalwinstbegrip – schrijft namelijk voor dat een lichaam dat een voordeel laat toekomen aan een gelieerd lichaam zich bewust moet zijn van deze bevoordeling. In het reeds vervallen Besluit van 30 maart 2001¹⁰, waarin in feite het Nederlandse standpunt wordt verwoord inzake de interpretatie van de OESO-richtlijnen, heeft de toenmalige staatssecretaris aangegeven dat naar zijn oordeel aan het bewustheidsvereiste is voldaan ingeval de belastingplichtige een onjuiste verrekenprijs hanteert. De belastingplichtige wordt *geacht* zich bewust te zijn van de incorrecte verrekenprijs en dus van winstverschuiving. De bevoordelingsbedoeling wordt dus in sterke mate

⁶ Zie beleidsvoornemens inzake fiscale aspecten vestigingsplaats Nederland, Ministerie van Financiën, Persbericht nr. 00-248, 20 november 2000.

⁷ Zie het rapport van de werkgroep Primarolo van 23 november 1999 (V-N 2000/6.6, pag. 518-537.). In dit Primarolo-rapport werd het Nederlandse rulingbeleid aangemerkt als een regeling die leidt tot internationaal schadelijke (belasting)concurrentie.

⁸ Zie hoofdstuk 2, onderdeel III van het rapport *'Harmful Tax Competition, an Emerging Global Issue'*, pag. 25-37, <http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf>

⁹ Instelbesluit Coördinatiegroep Verrekenprijzen, 11 augustus 2004, nr. DGB 2004/1339M. Dit besluit vervangt het besluit van 30 maart 2001, nr. RTB 2001/1365M.

¹⁰ Besluit staatssecretaris van Financiën, 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M (BNB 2001/286). Dit Besluit was aangevuld en op sommige punten aangepast middels Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M (BNB 2004/407). Tijdens het schrijven van deze scriptie heeft de toenmalige Staatssecretaris van Financiën, Frans Weekers een nieuw Besluit gepubliceerd die de genoemde besluiten heeft vervangen. Het gaat om Besluit staatssecretaris van Financiën, 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M. In het vervolg van deze scriptie wordt dit Besluit korthedshalve als 'Verrekenprijzbesluit 2013' aangeduid.

geobjectiveerd. De Memorie van Toelichting (MvT) verklaart deze objectivering bij de toepassing van artikel 8b expliciet van toepassing. Dit lijkt dus niet in overeenstemming met het Nederlandse fiscale recht. Dat geeft immers de fiscus slechts beperkte ruimte zich te bemoeien met beslissingen van ondernemers. Deze mogen slechts marginaal worden getoetst.

Een ander aspect vormt het feit dat de OESO-richtlijnen, die een onderbouwing geven aan het ALB, op een aantal punten ruimte laten voor een eigen invulling en op een aantal punten onduidelijk en dus voor velerlei uitleg vatbaar zijn. In de MvT bij het wetsvoorstel is aangegeven dat bij de uitleg en interpretatie van artikel 8b het OESO-commentaar en de door de OESO gepubliceerde richtlijnen op dat artikel van toepassing zullen zijn. Echter, deze zijn niet omgezet in Nederlandse wetgeving in formele of materiële zin en hebben mijns inziens geen doorwerking in de Nederlandse rechtspraak. Ze zijn overigens wel opgenomen in beleidsregels voor de Belastingdienst, zoals blijkt uit het recent gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013. Hier is het wel vermeldenswaardig dat de Hoge Raad (HR) in zijn arresten van 28 juni 2002 (VN 2002/34.9), nrs. 36446 t/m 36450, in de zaak nr. 36446, BNB 2002/343 inhoudelijk is ingegaan op deze OESO-richtlijnen. De HR spreekt in zijn arrest in rechtsoverweging (r.o.) 3.2.2 (slechts) van een *'visie neergelegd in de OESO-rapporten'*. Belangrijk naar mijn oordeel is vervolgens de vraag of de HR bij de toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 deze richtlijnen al dan niet veel gezag zal toekennen.

Met de introductie van een wettelijke documentatieverplichting voor gehanteerde verrekenprijzen binnen gelieerde verhoudingen heeft de wetgever bovendien duidelijkheid willen creëren omtrent de voor belastingplichtigen geldende administratieve eisen. Ook is beoogd de bewijslast dienaangaande te verschuiven van de Belastingdienst naar de belastingplichtigen. Op deze bewijsrechtelijke voorschriften zal in hoofdstuk 4 nader worden ingegaan.

Met het lezen van deze inleiding krijgt men wellicht de indruk dat met de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 de problematiek rondom verrekenprijzen binnen gelieerde verhoudingen tot het verleden behoort. Het tegendeel is waar; bij het beoordelen van verrekenprijzen dient men in ogenschouw te nemen, zoals ook in de OESO-richtlijnen en in het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt gememoreerd, dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. Men zij er derhalve op bedacht dat vaak meerdere mogelijkheden zijn om de zakelijkheid van verrekenprijzen te toetsen. De staatssecretaris heeft echter met betrekking tot de codificatie van het ALB en het administratieve voorschrift, zoals in deze inleiding is opgesomd, bepaalde standpunten ingenomen omtrent de (voorgenomen) werking van art. 8b, die in deze scriptie nader zullen worden besproken. De vraag is, mede gelet op de door de HR gewezen jurisprudentie of de staatssecretaris niet al te hoopvolle verwachtingen heeft gekoesterd inzake de toepassing van art. 8b in transfer pricing-procedures.

Deze kritische kanttekening indachtig luidt de geformuleerde probleemstelling als volgt:

Wat is (zijn) de implicatie(s) van de codificatie van het ALB en de invoering van de documentatieplicht zoals neergelegd in art. 8b Wet VPB 1969?

In het verlengde van deze probleemstelling, zal in deze scriptie het aspect van (fiscale) rechts(on)zekerheid van belastingplichtigen in de beschouwing worden betrokken in relatie tot de 'open norm'- wetgeving in de zin van de bepaling van art. 8b Wet VPB 1969. Immers, het nadeel van het gebruik door de wetgever van open normen – voorschriften die door de wetgever niet concreet zijn ingevuld en waarvan de nadere invulling (in beginsel) wordt overgelaten aan de rechter – is het ontbreken van rechtszekerheid totdat de rechter daar een uitspraak over heeft gedaan. Dit kan geruime tijd duren, hetgeen belanghebbenden kan belemmeren in hun handelen.

Voorts zal worden gezien welke instrumenten in Nederland belastingplichtigen wordt aangereikt voor het (vooraf) verkrijgen van rechtszekerheid en zal in internationaal verband kort aandacht worden besteed aan de effectiviteit van de onderlingoverlegprocedure neergelegd in art. 25 OESO-Modelverdrag en de arbitrageprocedure neergelegd in het EG-Verdrag¹¹ ter oplossing van internationale dubbele belasting die ontstaat als gevolg van winstcorrecties tussen gelieerde ondernemingen op grond van het ALB door Nederland of één van de landen waarmee Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten (hierna: EG-Arbitrageverdrag).

¹¹ Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG, 23 juli 1990). Zie Nederlandse versie: Tractatenblad, jaargang 1990, nr. 173 en 1997, nr. 260. Pdf-bestand is te downloaden via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-1990-173.html>.

Hoofdstuk 1 Verrekenprijzen: een bedrijfseconomische beschouwing

1.1 Inleiding

Aan de problematiek rondom verrekenprijzen liggen niet alleen fiscale overwegingen ten grondslag. Deze motieven zijn aan de orde, indien niet-marktconforme verrekenprijzen worden aangewend om een zo laag mogelijke belastingdruk voor een multinationale onderneming (MNO) (veelal concerns) als geheel te realiseren door winsten te verschuiven naar laagbelastende landen of in nationale verhoudingen winsten over te hevelen naar een gelieerd lichaam met compensabele verliezen.

De vraag welke interne verrekenprijs dient te worden gehanteerd is vanuit bedrijfseconomisch oogpunt eveneens relevant. In de bedrijfseconomie is namelijk sinds lange tijd aandacht besteed aan de rol die interne verrekenprijzen kunnen vervullen bij het managen van ondernemingen. Zo kan het ALB worden beschouwd als een uitwerking van het (bedrijfs)economische principe van de efficiënte markt, waar vraag en aanbod bepalend zijn voor de prijsvorming. Met het oog hierop en gelet op het feit dat het belastingrecht zich bij de vraag wat 'juiste' verrekenprijzen zijn zich vooral wendt tot de (bedrijfs)economische wetenschap, is naar mijn oordeel een reden temeer om in deze scriptie deze invalshoek - zij het beknopt - te bespreken. Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst, dat het ALB, evenals het begrip goedkoopmansgebruik, een autonoom fiscaal begrip is dat zijn inhoud ontleent aan het doel en de strekking van de belastingwet. De bedrijfseconomie vormt weliswaar een hulpmiddel bij de afbakening van het begrip, maar het ALB zal toch steeds op zijn eigen, fiscaalrechtelijke inhoud moeten worden getoetst.

In par.1.2 zal kort worden beschreven welke pogingen in de (bedrijfs)economie zijn gedaan om tot optimale verrekenprijzen te komen en tot welke uitkomsten voor de praktijk dat heeft geleid. Daar zal voornamelijk worden gekeken naar de rol van verrekenprijzen in een gedecentraliseerde onderneming met een divisiestructuur.¹² Divisies zijn organisatorisch zelfstandige eenheden waaraan bevoegdheden zijn gedelegeerd, waarbij zij verantwoordelijkheid dragen voor de productie (c.q. de inkoop) en de verkoop van een product (c.q. dienst) of van een groep producten (c.q. diensten) en de divisieleiding verantwoordelijk is voor de winstmaximalisatie. Basisuitgangspunt is derhalve dat een grotere mate van zelfstandigheid en winstverantwoordelijkheid tot meer efficiënte allocatiebeslissingen en daarmee tot marktconforme gelieerde transacties leidt. Op deze wijze wordt naar mijn oordeel het ALB het beste benaderd. Dit beginsel gaat er immers vanuit dat een aanvaardbare transferprijs, een prijs is die ook tussen onafhankelijke (markt)partijen onder vergelijkbare omstandigheden tot stand zou kunnen komen. Ingeval een externe markt voor het product (of halffabricaat) en/of dienst ontbreekt, die als richtsnoer kan dienen voor de vaststelling van een interne verrekenprijs, zal zowel vanuit fiscaal als bedrijfseconomisch oogpunt een prijsstelling tot stand dienen te komen die recht doet aan de toegevoegde waarde die het bedrijfsonderdeel heeft

¹² Bedacht dient te worden dat hier niet van de veronderstelling wordt uitgegaan dat *enkel en alleen* binnen divisiestructuren aanvaardbare transferprijzen tot stand (kunnen) komen. Hoewel de mate van autonomie in een centraal bestuurd onderneming zeer beperkt is, valt niet uit te sluiten dat hier eveneens verrekenprijzen worden opgelegd of overeengekomen, die in de ogen van de fiscale autoriteiten aanvaardbaar (zakelijk) zijn, omdat deze aan het ALB voldoen.

geleverd aan het eindproduct (of dienst) en daarmee ook aan een redelijke verdeling van de (belastbare) winst per concernonderdeel. In par. 1.3 zal kort worden ingegaan op management-control aspecten van verrekenprijzen, voor zover deze uit fiscaal perspectief relevant zijn voor de vaststelling of toetsing van de gehanteerde verrekenprijzen. Tenslotte zal in par. 1.4 deze bedrijfseconomische beschouwing met een conclusie worden afgesloten.

1.2 Bedrijfseconomische aspecten van verrekenprijzen

Voorop dient te worden opgemerkt dat transfer pricing -afgezien van de fiscale dimensie- ook bedrijfseconomisch een buitengewoon ingewikkeld probleem is, dat zich in deze paragraaf niet leent voor een uitputtende behandeling. Het is juist vanwege die complexiteit dat interne verrekenprijzen van oudsher in de belangstelling hebben gestaan van bedrijfseconomen. Vanuit bedrijfseconomisch oogpunt valt een eenduidige interne verrekenprijs voor de levering van goederen en/of diensten aan de afzonderlijke divisies niet of nauwelijks te bepalen. Immers, de gehanteerde transferprijzen hebben verschillende met elkaar conflicterende ondernemingsdoelstellingen te dienen.

❖ De gehanteerde interne verrekenprijzen in een divisiestructuur dienen ertoe bij te dragen, dat de divisies op basis van hun gegenereerde winsten beslissingen nemen, die corresponderen met de doelstellingen van de groep als geheel (de zogenoemde *doelcongruentie*). De betrokken divisies kennen immers een tegengesteld belang; de leverende divisie zal namelijk een zo hoog mogelijke verrekenprijs willen berekenen; hoe hoger de prijsstelling; hoe hoger de gerealiseerde winst (*ceteris paribus*) en de afnemende divisie zal een zo laag mogelijke verrekenprijs wensen te betalen; hoe lager de prijsstelling; hoe hoger de gerealiseerde winst (*ceteris paribus*). Deze analyse is uiteraard alleen houdbaar, indien - om in fiscale termen te spreken - de gelieerde lichamen in voldoende mate autonomie genieten om hun eigen doelstellingen te verwezenlijken (*autonomie*).

❖ Wat voorts een rol speelt bij het autonomie-criterium is dat een divisie de vrijheid zal dienen te hebben om buiten de groep producten (c.q. diensten) te kopen die ook intern worden geproduceerd (c.q. geleverd). Het spreekt immers voor zich dat als een product of dienst binnen de groep duurder is dan bij de concurrent de betrokken divisie het product of dienst buiten de groep (voordelig) zal aanwenden. Dit verhoogt immers het winstpotentieel van de desbetreffende divisie. Maar voor de groep als geheel kan het juist nadelig zijn. Zo kunnen onderbezettingsverliezen bij de leverende divisie optreden die groter zijn dan de winststijging van de afnemende divisie. Voorts kan de topleiding van de groep besluiten, indien de divisies geen autonomie genieten om over de gemaakte winst te beslissen, om vanuit winstgevende divisies middelen over te hevelen naar divisies die met verlies opereren of die veel middelen nodig hebben om hun marktaandeel te vergroten of te behouden. Het behoeft geen betoog dat dit tot spanningen tussen divisies kan leiden.¹³

¹³ zie drs. K.L.M. Perik RC, "Interne verrekenprijzen leiden vaak tot ruzie. Transfer Pricing: bron van haat en nijd" in Financieel Management & Control. Zie, <http://www.managementsite.nl/399/financieel-management/interne-verrekenprijzen-leiden-vaak-tot-ruzie.html>

❖ Tenslotte spelen interne verrekenprijzen een belangrijke rol bij de evaluatie van de prestaties van de divisies (*prestatiemeting*). De keuze voor een specifieke transferprijs waartegen een interne transactie wordt aangegaan oefent immers invloed uit op de winsten van de betrokken divisies, enerzijds via de opbrengst van de leverende divisie en anderzijds via de kosten van de afnemende divisie. De winst van de divisie is een belangrijke indicator voor de economische en organisatorische besluitvorming bij de divisie. Sturing van bedrijfsprocessen en beoordeling van de prestaties van het divisie management op basis van de gegeneerde winst is dus slechts zinvol als er overeenstemming bestaat omtrent de aanvaardbaarheid van het gekozen transfer pricing-systeem.

De centrale vraag in de bedrijfseconomische theorie met betrekking tot de interne verrekenprijssystemen zoals hiervoor geschetst is dan ook of en hoe een verrekenprijssysteem valt te construeren dat geen afbreuk doet aan de genoemde criteria van autonomie, doelcongruentie en de organisatie in staat stelt de prestaties van de verschillende concernonderdelen te meten en te evalueren.

De Duitse bedrijfswetenschapper Eugen Schmalenbach¹⁴ heeft een belangrijke rol gespeeld bij de ontwikkeling van de bedrijfseconomische theorie ten aanzien van de rol die interne prijsvorming kan vervullen bij het managen van ondernemingen. In zijn analyse heeft hij zich primair gericht op de vraag welke prijsstelling meebrengt dat autonome divisies besluiten nemen die leiden tot optimale winst voor de onderneming als geheel. Naar zijn opvatting is een 'Lenkpreis'¹⁵, een interne prijsstelling die een optimale aanwending van de beschikbare productiemiddelen realiseert voor de totale groepsonderneming. Daarbij wordt van de vooronderstelling uitgegaan dat elk autonoom groepsonderdeel naar winstmaximalisatie streeft.

In situaties waarin de beschikbaarheid van productiemiddelen beperkt is (knelpuntssituatie) beveelt Schmalenbach de marginale opbrengsten per eenheid product aan als de geschikte interne verrekenprijs. In situaties zonder knelpunten is, naar zijn oordeel, een verrekenprijs die tot optimale allocatiebeslissingen leidt, een interne verrekenprijs die gelijk is aan de marginale kosten per eenheid product. Het dilemma waarop Schmalenbach stuitte is dat zijn 'Lenkpreis' weliswaar het belang van de totale onderneming optimaal dient, maar dat deze op het niveau van de verschillende autonome bedrijfsonderdelen die streven naar optimale allocatiebeslissingen, rekening houdend met concurrerende ondernemingen, niet leidt tot winstmaximalisatie. Aldus maakt hij onderscheid tussen de zogenaamde 'Innerbetriebliche Lenkpreise', die met het oog op de organisatorische besluitvorming worden aanbevolen, en 'Innerbetriebliche Verrechnungspreise', die met het oog op de winstbepaling worden aanbevolen. De keuze tussen beide vormt een dilemma, aldus Schmalenbach.

Op basis van de analyse van Schmalenbach kan een 'Lenkpreis' niet worden vastgesteld zonder inbreuk te maken op het zelfstandigheids criterium. Ingrepen vanuit centraal niveau in de besluitvorming bij de betrokken divisies is

¹⁴ Johann Wilhelm Eugen Schmalenbach (20/8/1873 tot 20/2/1955), Duitse hoogleraar bedrijfseconomie, oprichter van het *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung* en bekend door zijn theorie over de statische en dynamische balans.

¹⁵ In een publicatie na de Tweede Wereldoorlog spreekt ook van "Pretiale Betriebslenkung". Zie in dit kader bijv. E. Schmalenbach, *Pretiale Wirtschaftslenkung, Band II: Pretiale Lenkung des Betriebes*, Bremen 1948.

dan noodzakelijk. Met name bij aanwezigheid van knelpuntsituaties was in Schmalenbachs tijd bovendien geen methode voorhanden voor de vaststelling van een optimale verrekenprijs.

Met de ontwikkeling van de wiskundige programmeringsmethoden (lineaire programmering) vanaf het midden van de jaren vijftig van de vorige eeuw kon voor complexe situaties waarin meerdere knelpunten optreden, meer divisies aanwezig zijn en meer goederen worden voortgebracht een optimale productievolume worden berekend en de schaduwrijzen die bij deze methode voorkomen als verrekenrijzenbasis hanteren. Een schaduwrijz van een bepaald knelpuntsfactor stelt in dat geval voor de contributiemarge (omzet minus variabele kosten) *per eenheid knelpuntsfactor* en niet per eenheid product. Ook kan een schaduwrijz worden gedefinieerd als de gemiste contributiemarge indien één eenheid van de knelpuntsfactor in een andere richting wordt aangewend.¹⁶

In het algemeen kan worden gezegd, dat de transfer pricing-regel die de wiskundige analyse heeft opgeleverd inhoudt dat de interne verrekenrijz gesteld dient te worden op de marginale kosten (of variabele kosten) plus de opportunity cost (c.q. schaduwrijz) van het voortgebrachte (tussen)product (c.q. dienst). Ook bij de wiskundige analyse blijkt dat autonomieverlies bij de divisies onontkoombaar is.¹⁷ Toepassing van schaduwrijzen als verrekenrijzenbasis leidt er namelijk toe dat de contributiemarge toevloeit aan de goederen die met behulp van de knelpuntsfactoren worden geproduceerd. Producten waarvoor dat niet van toepassing is – de schaduwrijz van de daarvoor gebruikte productiefactoren bedraagt nihil- leveren geen contributiemarge op en zullen dus door de divisies niet worden geproduceerd. Immers, op de wiskundige programmering gebaseerde beschouwingen wordt als vanzelfsprekend aangenomen dat gestreefd wordt naar winstmaximalisatie. De centrale leiding zou in zulke gevallen de divisieleiding kunnen verplichten om ook goederen met een contributiemarge van nihil voort te brengen. De beslissing ten aanzien van de productieomvang kan door de divisie dan niet zelfstandig worden genomen en van autonomie en winstverantwoordelijkheid blijft dan weinig over.

De bedrijfseconomische theorie omtrent het vraagstuk van de interne prijsvorming kreeg vooral in de Amerikaanse literatuur vanaf het midden van de jaren vijftig hernieuwde belangstelling. Zo is met name door Hirshleifer¹⁸ en Gould¹⁹ Schmalenbachs-analyse bevestigd en verder uitgewerkt.

Hirshleifer beschouwt een situatie waarin twee autonome divisies optreden, waarvan de leverende divisie één product (of halffabricaat) voortbrengt en de afnemende divisie dit product (of halffabricaat) verder verwerkt en als eindproduct op de markt brengt. Daarbij wordt van de veronderstelling uitgegaan dat er geen technologische en vraagafhankelijkheid tussen de divisies bestaat. In de uiteenzettingen van Hirshleifer wordt onderscheid gemaakt tussen verschillende marktsituaties: geen markt voor het product (of halffabricaat), een externe markt met onvolledige concurrentie en een markt met volledige vrije mededinging (hierna: VVM). Bij de hiervoor onderscheiden situaties wordt dan nagegaan bij welke interne verrekenrijz de divisies tot dezelfde

¹⁶ Zie bijv. J. Bulte, J. Dijkzma en R. van der Wal, *Management accounting*, tweede druk, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1995, blz. 184.

¹⁷ Zie N. Dopuch and D.F. Drake, *Accounting Implications of a Mathematical Programming Approach to the Transfer Price Problem*, Journal of Accounting Research, Spring 1964, Volume 2, pag. 10-24.

¹⁸ J. Hirshleifer, *On the Economics of Transfer Pricing*, The Journal of Business, Juli 1956. J. Hirshleifer, *Economics of the divisionalized Firm*, The Journal of Business, april 1957.

¹⁹ R. Gould, *Internal Pricing in Firms When There Are Costs of Using an Outside Market*, The Journal of Business, januari 1964, pag. 61-67.

productievolume zouden zijn gekomen als de onderneming als één geheel deze beslissing had moeten nemen. In gevallen waar sprake is van een marktform van VVM, die vrij toegankelijk is voor de divisies wordt een marktconforme interne verrekenprijs gehanteerd. Deze marktprijsgeoriënteerde verrekenprijs kent echter ook zijn beperkingen. In sommige gevallen is een marktprijs niet beschikbaar door het ontbreken van een externe markt voor een specifiek product. Daar komt bij dat een marktform van VVM in de praktijk nauwelijks voorkomt. Overigens kan het intern geleverde product (c.q. halffabricaat) beter dan extern te betrekken producten (of halffabricaten) worden afgestemd op de behoeften van de afnemende onderneming; er ontstaat dan als het ware een uniek product waarvoor een andere prijs dan de geldende marktprijs gehanteerd zou kunnen worden.

Daar waar sprake is van onvolledige mededinging voor het goed (of halffabricaat) is de marktprijs ongeschikt als verrekenprijs voor interdivisionele leveringen. Deze werkt namelijk monopolistisch handelen van de leverende divisie in de hand.²⁰ Centrale bemoeienis en autonomieverlies zijn derhalve onvermijdelijk. Gould komt in zijn analyse tot dezelfde conclusie ingeval van onvolledige concurrentie in de markt tengevolge van bijvoorbeeld transport- en verkoopkosten waardoor verschillen optreden tussen inkoop- en verkoopprijs op die markt. In zijn analyse laat hij zien dat het noodzakelijk is dat leverings- of afnameverplichtingen dienen te worden opgelegd. Ingeval er geen markt bestaat voor het goed (of halffabricaat), gegeven de marginale opbrengstcurve van het eindproduct en de marginale kostencurve van de divisies, kan de transferprijs die leidt tot winstmaximalisatie bij de onderneming als geheel gesteld worden op de marginale kosten van de leverende divisie bij de optimale ondernemingsoutput, aldus Hirshleifer. Daarbij benadrukt hij dat het bij de vorengenoemde geformuleerde regel dient te gaan om marginale kosten *'bij de optimale ondernemingsoutput'*. Laat men deze toevoeging achterwege dan is het mogelijk dat één van de divisies in een markt zonder vrije mededinging door monopolistisch gedrag zijn eigen winst maximeert ten koste van de totale ondernemingswinst.²¹ Voor het bepalen van deze 'optimale ondernemingsoutput' is het bovendien zaak dat de betrokken divisies aan een centraal niveau (of één van de divisies die deze rol overneemt) volledige informatie verstrekken inzake het verloop van de marginale kosten en opbrengsten. Nadeel van deze procedure is dat het gevaar bestaat van opzettelijke misvorming van de informatie ten gunste van de eigen winstpositie van een divisie. Zonder nadere voorwaarden (beperking van de autonomie) is derhalve ook bij het Hirshleifer-model het probleem van suboptimalisatie aanwezig.

Aangezien de prijsstelling op basis van marginale kosten per eenheid product zowel bij Schmalenbach als Hirshleifer in praktisch opzicht weinig relevantie heeft gekend en theoretisch enkele tekortkomingen kent, heeft Enzer²² in zijn analyse betoogd interne verrekenprijzen te baseren op een arbitraire vorm van gemiddelde variabele kosten. Deze analyse gaat uit van de veronderstelde afwezigheid van vaste kosten, wat inhoudt dat alle kosten als variabel worden beschouwd. Deze analyse is uiteraard theoretisch alleen houdbaar in een lange termijnsituatie, waarin alle productiefactoren kunnen worden gevarieerd. Op korte termijn is de analyse van Enzer derhalve niet

²⁰ J. Hirshleifer, *On the Economics of Transfer Pricing*, The Journal of Business, Juli 1956, pag. 173.

²¹ J. Hirshleifer, *On the Economics of Transfer Pricing*, The Journal of Business, Juli 1956, pag. 175.

²² H. Enzer, *the static theory of transfer pricing*, Naval Research Logistics Quarterly, Volume 22, juni 1975, 375-389.

houdbaar. Enzer komt op basis van zijn analyse tot de slotsom dat niet van “ the” transfer price, maar van “ a” transfer price gesproken kan worden, welke gesteld kan worden op een arbitraire vorm van gemiddelde kosten. Aangezien de prijsstelling in deze analyse arbitrair is, ligt het ook voor de hand dat de prestatiemeting en beoordeling van de divisies en het divisie management eveneens arbitrair zijn.

In het verlengde van het Enzer-model is het zogenoemde samenwerkingsmodel van Onsi²³ te plaatsen. In deze analyse wordt niet van winstmaximalisatie op divisieniveau uitgegaan, maar de divisies stellen zich zodanig coöperatief op dat winstmaximalisatie voor de totale groep als geheel wordt gerealiseerd. De productieomvang waarbij dat wordt gerealiseerd wordt dus ook centraal vastgesteld. De verrekenprijs bij het model van Onsi kan niet eenduidig worden bepaald, maar ligt wel binnen een interval van uitkomsten. De werkelijk toepasbare verrekenprijs is dan een verrekenprijs die via onderhandeling tot stand komt nadat de optimale productieomvang is bepaald. Ook het Onsi-model kent als tekortkoming dat de betrokken divisies op basis van hun winstuitkomsten niet kunnen worden beoordeeld. Immers, het eigen winstpotentieel in deze analyse is in beginsel irrelevant, slechts de winstmaximalisatie van de totale groep is doorslaggevend. Prestatiemeting en beoordeling op divisieniveau is dan niet mogelijk. Ook bij deze analyse kan zich opzettelijke desinformatie voordoen om de eigen winst van de divisies te vergroten ten koste van de totale onderneming.

Er zijn ook auteurs²⁴ die interne verrekenprijzen stellen op een opslag op de integrale kostprijs dan wel op een opslag op de standaardkostprijs in die gevallen waarbij externe verrekenprijzen niet beschikbaar zijn dan wel niet als interne verrekenprijzen gehanteerd kunnen worden. Een interne verrekenprijs als opslag op de integrale kostprijs wordt vaak gehanteerd, enerzijds vanwege de duidelijkheid en inzichtelijkheid (iedereen weet op welke wijze de interne verrekenprijs wordt bepaald) en anderzijds vanwege de eenvoud. Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat als een interne verrekenprijs wordt bepaald als een opslag op de integrale kosten, gebaseerd op de werkelijke kosten, het gevaar bestaat dat de leverende divisie het niet zo nauw neemt met de efficiency. Immers, eventuele inefficiënties worden doorberekend aan de afnemende onderneming en de leverende onderneming wordt bovendien nog beloond voor eventuele inefficiënties door middel van een opslag. Het is om deze reden dat men betoogt interne verrekenprijzen te baseren op de integrale standaardkostprijs. Overigens heeft Bert Steens²⁵ in het kader van zijn dissertatie aan de Vrije Universiteit te Amsterdam empirisch onderzoek uitgevoerd ten aanzien van de bijdrage die transfer pricing systemen kunnen leveren aan economische waardecreatie binnen multinationals. Uit zijn onderzoek blijkt dat ingeval verrekenprijzen worden gebaseerd op integrale kostendoorbelasting de correlatie tussen neergaande productievolumes en hogere interne verrekenprijzen te worden afgezwakt door kostenreducerende maatregelen van de productiebedrijven. Dit kan worden verklaard doordat interne productiebedrijven waardevol willen blijven voor het concern en zich daarom niet uit de interne

²³ M. Onsi, *A transfer Pricing System based on Opportunity Cost*, The Accounting Review, juli 1970, 535-543.

²⁴ M.J. Gordon, *A method of pricing for a socialist economy*, The Accounting review, juli-augustus 1955, 65-74.

²⁵ H.B.(Bert) Steens; *Impacts of Transfer Pricing on Value Creation*, dissertatie 14 november 2008 aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Bert Steens (1964) is als partner werkzaam bij Ernst & Young Advisory en hoogleraar aan de VU Amsterdam.

Markt willen prijzen. Deze bevinding staat in schril contrast met de eerder aangehaalde kritiek in de standaardliteratuur op de integrale kosten als verrekenprijsbasis.

Andere empirische onderzoeken omtrent de praktische toepassing van verschillende verrekenprijsmethoden zijn betrekkelijk spaarzaam. Enkele onderzoeken zijn gedaan door Het National Industrial Conference Board (1967)²⁶, door Mautz (1968)²⁷ en door het British Institute of Management (1971)²⁸. Hun bevindingen kunnen, kort gezegd, als volgt worden samengevat:

- het gebruik van marginale kosten als verrekenprijsbasis of op de wiskundige programmeringsmethoden gebaseerde verrekenprijzen wordt vanuit praktisch oogpunt niet relevant geacht.
- De voorkeur voor marktconforme verrekenprijzen en het hanteren van kosten als verrekenprijsbasis was ongeveer gelijkelijk verdeeld.
- Ondernemingen bleken meerdere verrekenprijsmethoden naast elkaar te hanteren voor de vaststelling van interne verrekenprijzen.
- In een relatief groot aantal gevallen is gebleken dat verrekenprijzen tot stand komen op basis van onderhandeling. Bij Mautz 25% van het totale aantal genoemde verrekenprijsmethoden.
- Op de vraag welke kosten in aanmerking worden genomen bij de op kostencijfers gebaseerde verrekenprijzen, blijkt verschillend te worden beantwoord. In het onderzoek van het British Institute of Management wordt in 60% van het aantal gevallen standaardkosten gehanteerd. In 40% van het aantal gevallen werkelijke kosten. In 90% van het aantal gevallen maakten bepaalde 'overheadkosten' onderdeel uit van de kosten.

Uit deze onderzoeken kan in het algemeen worden afgeleid dat verrekenprijzen in de praktijk op verschillende wijzen worden vastgesteld en dat allesbehalve een duidelijke voorkeur voor een bepaalde verrekenprijsmethode naar voren komt.

1.3 Management-control aspecten van verrekenprijzen

Een ander aspect dat samenhangt met het delegeren van verantwoordelijkheden is de sturing, beheersing en de prestatiebeoordeling van het profitcenter-management. Sturing en prestatiebeoordeling van bijvoorbeeld winstcentra op basis van onjuiste informatie, c.q. onjuiste verrekenprijzen, is vanuit management accounting en control²⁹-oogpunt onwenselijk, omdat het de besluitvorming nadelig beïnvloedt. Het is derhalve zaak vanuit

²⁶ National Industrial Conference Board, *Interdivisional Transfer Pricing*, Studies in Business Policy, no. 122, New York 1967.

²⁷ R.K. Mautz, *Financial Reporting by Diversified Companies*, New York 1968.

²⁸ A. Rook, *Transfer Pricing. A measure of management performance in Multi-divisional companies*, Management Survey Report No. 8, British Institute of Management, London 1971. Verder verwijs ik naar F. Krens, *Interne Verrekenprijzen bij Gedivisionaliseerde Ondernemingen*, H.E. Stenfert Kroese B.V., 1975, blz. 8. Daarin worden de uitkomsten van de onderzoeken samengevat.

²⁹ Management accounting is een systeem dat gericht is op het verzamelen, analyseren en rapporteren van informatie (m.b.t. kosten en opbrengsten) die managers in staat stelt beslissingen te nemen en control-activiteiten uit te voeren (zie J. Bulte, J. Dijkma en R. van der Wal, *Management Accounting*, Wolters-Noordhoff, 1995, blz. 10).

bedrijfseconomisch en management-control oogpunt verrekenprijzen vast te stellen die recht doen aan de rollen en verantwoordelijkheden van de onderscheiden bedrijfsonderdelen. Een waardeketenanalyse is om die reden zeer waardevol. Het is niet de bedoeling hier uitvoerig in te gaan op alle management-control aspecten van verrekenprijzen. Slechts die aspecten die vanuit fiscaal oogpunt relevant zijn voor het vaststellen of toetsen van de gehanteerde verrekenprijzen zullen worden besproken.

Management control is één van de managementfuncties en is een dynamisch proces dat zich richt op de sturing en beheersing van bedrijfsprocessen teneinde de doelstellingen van de organisatie te realiseren. Vanuit management-control oogpunt kunnen in meer of mindere mate de navolgende viertal criteria een rol spelen bij het implementeren van een verrekenprijssysteem:

- *doelstellingen en strategie*

Volgens Eccles³⁰ is de strategie de belangrijkste bepalende factor van het verrekenprijssysteem. Strategie-aanpassingen kunnen dus gevolgen hebben voor het verrekenprijssysteem. Strategie wordt bepaald door interne factoren (bijv. bedrijfscultuur, historie, stijl van het topmanagement) en externe factoren. Porter³¹ onderscheidt als externe strategische factoren, concurrentie-intensiteit, macht van afnemers en toeleveranciers, dreiging van vervangende goederen en diensten en toegankelijkheid van nieuwe concurrenten tot de markt. De missie, kernwaarden en strategie liggen ten grondslag aan de waardecreatie van een bepaald concern.

- *Organisatie- en verantwoordelijkheidsstructuur*

Het verrekenprijssysteem wordt naast de strategie mede bepaald door de wijze waarop de organisatie- en verantwoordelijkheidsstructuur is vorm gegeven. Bij de inrichting van een verantwoordelijkheidsstructuur dienen niet alleen management control aspecten in ogenschouw te worden genomen, maar dient daarbij ook bij voorkeur de fiscale gevolgen in ogenschouw te worden genomen. Zo wordt voorkomen dat geschillen met de fiscus ontstaan die het risico op verrekenprijzen correcties en daarmee de kans op dubbele heffing vergroten.

- *Prestatiebeoordeling*

Zorgt het verrekenprijssysteem voor een winsttoerekening die in overeenstemming is met de toegevoegde waarde die de betrokken concernonderdelen leveren en kunnen op basis van de financiële gegevens de concernonderdelen worden beoordeeld? Hierbij is het van belang voor ogen te houden dat er een constante toets dient plaats te vinden of de voor management control –doeleinden vastgestelde verrekenprijsmethode en of de wijze waarop de betrokken concernonderdelen worden beloond in overeenstemming zijn met het ALB.

- *Inzichtelijkheid en onderhoudbaarheid*

Het is noodzakelijk dat het gekozen verrekenprijssysteem door iedereen te gebruiken is en dat het goed wordt gedocumenteerd. Deze informatievoorziening is niet alleen voor management accounting en control-doeleinden

³⁰ R.G. Eccles, *The Transfer Pricing Problem*, Lexington Books 1985.

³¹ M. Porter, *Competitive Advantage*, New York, The Free Press, 1985.

van belang, maar is ook, gelet op de documentatieplicht in de zin van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 richting de fiscus noodzakelijk.

Voor transfer pricing doeleinden is met name de analyse van belang waarbij inzicht wordt verkregen in de strategie, de missie, de kernactiviteiten, de kritische succesfactoren, de organisatie- en verantwoordelijkheidsstructuur en het performance management concept en dan met name de kritische prestatie-indicatoren die aan de verantwoordelijkheidscentra zijn gekoppeld.³²

Vanuit fiscaal perspectief is deze functionele analyse zeer relevant, omdat het inzicht verschaft in de uitgeoefende functies, de gedragen risico's (o.a. kredietrisico en marktrisico) en de gebruikte activa en verschaft een onderbouwing van de keuze voor een bepaalde verrekenprijsmethode. Een dergelijk inzicht is zowel voor de fiscale autoriteiten als de belastingplichtigen (en belastingadviseurs) van belang, omdat op basis daarvan wordt een oordeel gevormd ten aanzien van de verdeling van de belastbare winst over de diverse concernonderdelen. Immers, wanneer uit de functionele analyse blijkt dat sprake is van een beperkte functie waarbij de bijbehorende risico's zeer gering zijn kan daaruit in beginsel worden afgeleid dat de winstmarge en daardoor de prijsstelling daarmee in overeenstemming dienen te zijn. De informatie die op basis van de functionele analyse wordt verkregen is daarentegen minder van belang voor het toetsen van het arm's length-karakter (zakelijkheid) van een bepaalde verrekenprijs.

Naast de hierboven besproken (interne) management accounting en control-motieven, kunnen interne verrekenprijzen ook een rol spelen bij onder andere externe rapportage en bij ondernemingsfinanciering. Bij externe verslaggeving speelt bijvoorbeeld het aspect van betrouwbaarheid bij het weergeven van transacties en bedrijfsactiviteiten als kwalitatief kenmerk een belangrijke rol. Transacties en bedrijfsactiviteiten dienen dus getrouw te worden weergegeven.

1.4 Conclusie

Aan de hand van deze bedrijfseconomische analyse is gepoogd de bedrijfseconomische relevantie van interne verrekenprijzen te belichten. Aan de orde kwam de centrale vraag of binnen divisiestructuur (danwel een structuur met delegatie van winstverantwoordelijkheid) een intern verrekenprijssysteem valt te construeren dat aan de criteria van 'doelcongruentie', 'autonomie' en 'prestatiebeoordeling' voldoet. Daarbij is van de veronderstelling uitgegaan dat binnen divisiestructuur, vanwege de grotere mate van zelfstandigheid en winstverantwoordelijkheid, efficiënte allocatiebeslissingen en daarmee marktconforme interne verrekenprijzen tot stand kunnen komen. Daaraan kan de gevolgtrekking worden verbonden dat verrekenprijzen die daarbij worden vastgesteld per definitie als zakelijk zijn aan te merken, omdat deze voldoen aan het ALB. Gelet op de theorieën die in dit hoofdstuk kort zijn besproken valt de gestelde kernvraag vanuit een strikt bedrijfseconomische invalshoek niet eenduidig te beantwoorden. Wel blijkt

³² Zie ook R. Simons, *Levers of Control*, Harvard Business School Press 1995; R. Simons, *Performance Management and Control systems for implementing Strategy*, Prentice Hal 2000. Zie ook J. van der Meer-Kooistra, *De besturing van interne transacties (een verrijking van de theorie van Eccles)*, MAB juli/augustus 1994; blz. 402-414.

dat in meer of mindere mate vanuit de centrale leiding ingrepen noodzakelijk zijn om optimale allocatiebeslissingen voor de gehele groep te waarborgen. Inbreuk op het zelfstandigheids criterium is veelal onvermijdelijk en van winstverantwoordelijkheid en beoordeling van de betrokken divisies op basis van de gegenereerde winstcijfers is dan van weinig waarde.

De bedrijfseconomische theorie van de interne prijsvorming heeft voor situaties waarin geen knelpunten optreden laten zien dat als algemene regel kan worden gesteld, dat interne verrekenprijzen op basis van marginale kosten leiden tot optimale outputbeslissingen bij de divisies, voor zover vanuit de leverende divisie accurate informatie wordt verschaft omtrent de omvang van de eigen marginale kosten.

Dat alleen in het geval van VVM voor het (tussen)product, waarbij de divisies over de vrijheid van keuze beschikken intern of extern te kopen of te verkopen, de marktprijs als verrekenprijs voor interdivisionele transacties kan worden gehanteerd om tot optimale allocatiebeslissingen te komen.

Het Hirshleifer model heeft bovendien laten zien dat de stelregel "marginale kosten bij de optimale ondernemingsoutput" dient te worden aangevuld met afname- of leveringsverplichtingen om monopolistisch handelen van de divisies te voorkomen. Deze algemene regel bovendien niet houdbaar is daar waar sprake is van vraag- en/of kostenafhankelijkheid tussen de divisies.

Het algemene beeld is dat op basis van de spaarzame empirische onderzoeken die op het vlak van interne verrekenprijzen zijn uitgevoerd, vanuit bedrijfseconomisch perspectief, in de praktijk blijkt dat deze op zeer verschillende wijzen worden vastgesteld en dat geenszins een duidelijke voorkeur voor een bepaalde methode blijkt. Bedacht dient te worden dat de bedrijfseconomische theorieën die in dit hoofdstuk zijn besproken veelal berusten op aannamen en vooronderstellingen. Zo wordt het streven naar winstmaximalisatie als vanzelfsprekend beschouwd. Ook wordt van de veronderstelde overeenstemming tussen ondernemings- en divisiedoeleinden uitgegaan en wordt de vraag- en/of kostenafhankelijkheid tussen de divisies, vanwege de complexiteit, buiten beschouwing gelaten

Voorts is uiteengezet dat de gekozen verrekenprijsmethode invloed heeft op de organisatorische besluitvorming. Bij de inrichting van een management accounting en control-systeem dienen niet alleen bedrijfseconomische en organisatorische aspecten in ogenschouw te worden genomen, maar dient daarbij ook de fiscaliteit geïntegreerd te worden. Zo wordt voorkomen dat ongewenste geschillen met de fiscus ontstaan die het risico op een verrekenprijscorrectie en daarmee de kans op economische dubbele heffing vergroten.

Hoofdstuk 2 OESO-achtergrond van intercompany pricing

2.1 Inleiding

De aansluiting bij het ALB en de OESO-richtlijnen door de Nederlandse wetgever is, zoals reeds in de inleiding van deze scriptie is opgemerkt, ingegeven door de wens om nationale en internationale helderheid te scheppen omtrent de toepassing van het ALB in Nederland. In de Nota naar aanleiding van het verslag verwoordde de Staatsecretaris van Financiën zijn verwachtingen als volgt³³:

“Naast het scheppen van nationale duidelijkheid, schept de maatregel ook internationale helderheid. Dit is om een aantal redenen van belang. De internationale dimensie ten aanzien van de codificatie van het arm's-lengthbeginsel wordt gevormd door de achterdocht van andere landen die is gebleken in het kader van OESO- en EU-discussies over schadelijke belastingconcurrentie. Onderdeel van de kritiek was dat in Nederland niet conform het arm's-lengthbeginsel zou worden gehandeld. Verwacht wordt dat deze achterdocht door de combinatie van de codificatie, de beperkte documentatieverplichting en de recente invoering van een OESO-conforme APA/ATR-praktijk wordt weggenomen”.

De Nederlandse wetgever heeft bij de expliciete vastlegging van het ALB in de Nederlandse fiscale wetgeving uitdrukkelijk te kennen gegeven een OESO-conforme transfer pricing wet- en regelgeving te beogen. Hieraan is uitvoering gegeven door bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 een zo groot mogelijke (redactionele) gelijkheid te betrachten met art. 9 OESO-Modelverdrag (voor de volledige tekst, zie bijlage II). Het OESO-commentaar op dit artikel en de OESO-richtlijnen vormen een nadere uitwerking van het ALB als internationaal gehanteerde zakelijkheidstandaard voor de vaststelling van verrekenprijzen voor fiscale doeleinden. De wetgever heeft in die zin mede beoogd deze richtlijnen expliciet te laten doorwerken naar de Nederlandse fiscale rechtspraak. Hier zij opgemerkt dat de OESO-richtlijnen het OESO-commentaar op art. 9 OESO-Modelverdrag nagenoeg geheel hebben vervangen³⁴. Deze richtlijnen zijn nog volop in ontwikkeling en worden regelmatig uitgebreid en herzien, recentelijk in 2010.

Bij de theorievorming en de ontwikkeling van transfer pricing-voorschriften, met name vanuit fiscaal oogpunt, heeft de OESO een belangrijke bijdrage geleverd. Dit hoofdstuk zal, zij het slechts op hoofdlijnen, worden gewijd aan de OESO-achtergrond van transfer pricing. In par. 2.2 zal kort aandacht worden besteed aan het belang van de OESO als organisatie bij de ontwikkeling van transfer pricing-regels. In par. 2.3 en de daaropvolgende subparagrafen zullen art. 9 OESO-Modelverdrag, waarin het ALB is gedefinieerd, en doel en strekking van deze bepaling worden besproken.

In par. 2.4 zal worden ingegaan op de OESO-richtlijnen en de toepasbaarheid ervan in ons nationaal belastingrecht. Vervolgens zal in par. 2.5 de materiële uitwerking van het ALB in de OESO-richtlijnen aan bod komen. Daarin zal worden ingegaan op de in de OESO-richtlijnen opgenomen bepalingen op grond waarvan de vaststelling alsmede

³³ NV, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 33.

³⁴ Zie in dit verband K. Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Blz. 510-559, Kluwer Law International 1997 (derde druk). Hier wordt commentaar gegeven op art. 9 OESO-Modelverdrag.

de toetsing van het arm's length-karakter van interne verrekenprijzen worden beoordeeld. Daarbij zullen ook de Nederlandse standpunten, zoals neergelegd in het Verrekenprijsbesluit 2013, wanneer zij afwijken van de OESO-richtlijnen niet buiten vermelding worden gelaten. Hierbij is het geenszins de bedoeling alle in de OESO-richtlijnen opgenomen bepalingen te bespreken. De nadruk zal voornamelijk liggen op de vergelijkbaarheidsanalyse, die feitelijk de kern vormt voor iedere onderbouwing van de gehanteerde of te hanteren verrekenprijzen. Hoewel dit hoofdstuk expliciet een OESO-invalshoek tracht te bespreken, zal ter vergelijking en/of ter toelichting daar waar nodig naar Nederlandse belastingrechtspraak worden verwezen en zullen voor de leesbaarheid de in deze scriptie aangehaalde citaten en jurisprudentie gecursiveerd worden opgenomen.

Nadrukkelijk wordt hier gewezen op het feit dat de OESO, weliswaar qua internationale acceptatie en toepassing van de transfer pricing-richtlijnen de belangrijkste, niettemin niet de enige bron van verrekenprijsvorschriften is aan te merken. De Verenigde Staten van Amerika (VS) zijn eveneens vooraanstaande grondleggers en bron van uitgebreide transfer pricing-regelgeving (zie de Amerikaanse transfer pricing regulations van 1994, ook wel US Sec. 482 Regulations genoemd, waarvan de originele versie van 1928 dateert). Met name in de jaren tachtig van de vorige eeuw kwam in de VS de focus op (mis)transfer pricing te liggen. Het Amerikaanse Congres initieerde een wijdverbreid transfer pricing-onderzoek en gaf daarbij de Amerikaanse Internal Revenue Service (IRS), de Amerikaanse belastingadministratie, de opdracht te onderzoeken of de toen geldende wet- en regelgeving effectief was in de bestrijding van belastingontwijking c.q. belastingontduiking door de in de VS gevestigde multinationale ondernemingen (met name farmaceutische bedrijven). Zo was de vraag of deze ondernemingen bij de overdracht of licentiëring van immateriële activa conform het ALB handelden. Vanwege het ontbreken van onder andere een wettelijke documentatieverplichting konden deze multinationale ondernemingen het zich veroorloven om nagenoeg geen verrekenprijsdocumentatie te voeren ter onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijzen. Dit gaf de IRS geen (wettelijke) armslag om effectief te kunnen optreden tegen fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen concernverband. Dit leidde tot de invoering van extensieve documentatie-eisen en de wettelijke verankering van een zogenoemde 'commensurate with income-standard'. Dit beginsel schrijft, kort gezegd, voor dat zowel bij vervreemding als bij de terbeschikkingstelling van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen de overeengekomen vervreemdingsprijs respectievelijk de royaltyvergoeding evenredig dient te zijn aan de door de koper of licentienemer met het immateriële activum gerealiseerde winst.

Naast de OESO en de VS, spelen de Verenigde Naties (VN), met name in relatie tot ontwikkelingslanden, de laatste jaren een niet te onderschatten rol (zie ook art. 9 VN-Modelverdrag). De Europese Unie (EU) heeft zich op het vlak van verrekenprijzen ook laten gelden (zie onder meer de instelling van het EU Joint Transfer Pricing Forum (EU JTPF); het gemeenschappelijk EU forum verrekenprijzen; en het EG-Arbitrageverdrag). Hierover later meer.

De toepassing van het ALB als 'consensusbegrip' is niet gevrijwaard van kritiek. In de loop der tijd zijn ook alternatieven voor het ALB ontstaan, die ook in de praktijk worden toegepast. Par. 2.6 zal in die zin worden gewijd

aan de bespreking van mogelijke alternatieven voor het ALB. Tenslotte zal in par. 2.7 dit hoofdstuk met een conclusie worden afgesloten.

2.2 De OESO

In de inleiding bij de OESO-richtlijnen wordt verkondigd dat voor de belastingheffing van internationaal opererende entiteiten die met elkaar gelieerd zijn geldt dat de afzonderlijke nationale regels niet op zichzelf kunnen worden gezien, maar in een brede internationale samenhang dienen te worden behandeld. Internationale fiscale coördinatie en overleg is daarmee onontkoombaar, zeker in het licht van de economische globalisering en technologische vooruitgang, met name op het vlak van communicatie.

Vanuit dat oogpunt heeft het transfer pricing-vraagstuk, met name vanuit fiscaal perspectief, in OESO-verband altijd op de voorgrond van de belangstelling gestaan.

De OESO is een internationaal samenwerkingsverband, waarvan thans 34 staten lid zijn en zetelt in Parijs. Zij houdt zich bezig met de bespreking, de bestudering en de coördinatie van sociaal en economisch beleid. De organisatie begon op 16 april 1948 als de Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES) in het kader van de uitvoering van het Marshallplan, dat de Verenigde Staten na de Tweede Wereldoorlog hadden opgezet met als doel het bewerkstelligen van een vreedzaam en stabiel Europa. Later konden ook niet-Europese landen lid worden. Met de oprichting van de OESO, destijds bestaande uit twintig lidstaten³⁵, middels Verdrag van 14 december 1960 (OESO-Verdrag), werd de OEES hervormd naar de huidige OESO³⁶.

De organisatie heeft sedert haar oprichting het streven gehad bij te dragen aan de uitbreiding van de wereldhandel op een multilaterale, non-discriminatoire basis en de lidstaten (maar ook de niet-lidstaten) de hoogst duurzame economische groei te laten behalen (art. 2, onderdeel e, OESO-Verdrag). Dit heeft zij getracht te realiseren door het bereiken van internationale consensus ten aanzien van internationale fiscale principes, waarbij unilaterale oplossingen voor multilaterale problemen worden vermeden. In de OESO-richtlijnen³⁷ wordt betoogd dat de keuze door de OESO-lidstaten voor deze internationale fiscale principes een tweeledig doel dient. Enerzijds, wordt zo een juiste heffingsgrondslag in elke fiscale jurisdictie gegarandeerd en anderzijds wordt dubbele (of meervoudige) belastingheffing vermeden. Sommige auteurs³⁸ zijn van oordeel dat in de richtlijnen eveneens het voorkomen van belastingvermijding of belastingontwijking (*tax avoidance*) impliciet als een derde doelstelling is verwoord. Die opvatting wordt ook door mij gedeeld. Steun daarvoor vind ik in hetgeen is opgemerkt in par. 1.2, laatste volzin, van de OESO-richtlijnen. *“The consideration of transfer pricing should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes.”*

³⁵ Nederland was toen ook mede-oprichter. De volledige lijst met lidstaten is te vinden onder de link: http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36761800_1_1_1_1_1,00.html. De Europese Commissie neemt overigens ook deel aan het werk van de OESO, maar heeft geen stemrecht in de OESO-Raad (zie het Supplementary Protocol No. 1 bij het OESO-Verdrag).

³⁶ De volledige historie is te vinden op de website van de OESO: http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36761863_1_1_1_1_1,00.html

³⁷ OESO-richtlijnen, Inleiding, par. 1.8.

³⁸ Zie in dit verband R.P.F.M. Hafkenscheid en A.T.G.M. Hosman, *Transfer pricing in het Nederlands belastingrecht* (Fed Fiscale Brochures), blz. 74, 1998. (tweede druk). Hun kritiek spitst zich toe op het feit dat in de richtlijnen niet wordt aangegeven aan welke vereisten winstallocatie in concernverband moet voldoen om de jurisdicties hun juiste belastinggrondslag toe te delen. Ook missen zijn een uitgebreide motivering voor het hanteren van de zelfstandigheidsfictie.

Met andere woorden, de OESO doet aan de OESO-lidstaten de aanbeveling bij verrekenprijkswesties deze niet a priori te vereenzelvigen met 'tax fraud' [lees: belastingontduiking] of 'tax avoidance' [lees: belastingontwijking]. Echter, de OESO-richtlijnen onderkennen wel dat verrekenprijzen voor deze doeleinden kunnen worden gebruikt.

De door de OESO geformuleerde doelstellingen worden, gelet op de toegenomen integratie van nationale economieën, eerder bereikt door internationale coördinatie dan door heffingswedijver, aldus de OESO-richtlijnen. Internationale consensus wordt verkozen boven unilateraal optreden, omdat daarmee geschillen tussen de verschillende fiscale jurisdicties worden geminimaliseerd en grensoverschrijdende transacties van goederen en diensten en het kapitaalverkeer niet worden belemmerd (zie ook art. 2, onderdeel d, OESO-Verdrag). Daartoe heeft de OESO in 1963 haar eerste (concept-)Modelverdrag met bijbehorend commentaar gepubliceerd, dat de basis vormt voor het uitgebreide netwerk van bilaterale belastingverdragen tussen de OESO-lidstaten onderling en tussen de OESO-lidstaten en niet-lidstaten. Het OESO-Modelverdrag en het bijbehorend commentaar is reeds een aantal keren herzien³⁹ en is een groot succes gebleken, vanwege het grote aantal belastingverdragen dat daarop is gebaseerd of daarvan is afgeleid, zoals het VN-Modelverdrag. Hier dient wel de kanttekening te worden geplaatst, dat hoewel het OESO-Modelverdrag als basis kan worden gebruikt bij de verdragsonderhandelingen, de verdragsluitende partijen daar allerm minst aan gebonden zijn. Elk verdrag kan dus op een aantal onderdelen van het OESO-Modelverdrag afwijken. Bovendien kan de OESO, vanuit transfer pricing-oogpunt, haar lidstaten geen dwingendrechtelijke aanbevelingen doen inzake het wegnemen van economisch dubbele belastingheffing die het gevolg is van verrekenprijscorrecties. De OESO heeft zich daarbij rekenschap te geven van de fiscale soevereiniteit van de betrokken lidstaten. De OESO lijkt zich in dit verband een welhaast onmogelijke opgave te hebben gesteld. Enerzijds heeft zij het streven bij te dragen aan de uitbreiding van de wereldhandel en haar lidstaten de hoogst duurzame economische groei te laten behalen, waarbij het wegnemen van internationaal dubbele (of meervoudige) (non-)belastingheffing als belemmering voor grensoverschrijdend handel- en kapitaalverkeer een prioriteit vormt. Anderzijds dient zij het wettelijk recht dat ieder land heeft om belasting te heffen te waarborgen. Vandaar dat de OESO het sluiten van bilaterale (en/of multilaterale) belastingverdragen tussen haar lidstaten en een toenemend aantal niet-lidstaten bevordert. Ook wordt de aanvaarding van een gemeenschappelijke interpretatie van tussen de OESO-lidstaten en een toenemend aantal niet-lidstaten gesloten belastingverdragen gestimuleerd. Zo wordt het risico van onjuiste belastingheffing verminderd en worden er bevredigende mogelijkheden geschapen om problemen op te lossen die ontstaan door gelijktijdige toepassing van wetten en voorschriften van verschillende landen⁴⁰.

Op het internationale fiscale beleidsterrein van de OESO draagt het Comité voor Fiscale Zaken de verantwoordelijkheid. Dit Comité is een werkgroep die is samengesteld uit hoge ambtenaren van de belastingadministraties van de betrokken OESO-lidstaten. Het comité doet aanbevelingen⁴¹ aan de OESO-Raad (van ministers), het besluitvormende orgaan van de OESO, en beschikt daarbij over een aantal werkgroepen die

³⁹ Sinds 1963 zijn er wijzigingen doorgevoerd in 1977, 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 en 2010. Sinds 1992 komt het Modelverdrag en het bijbehorend commentaar in een losbladige editie uit dat nu vrijwel ieder twee of drie jaar wordt gewijzigd.

⁴⁰ OESO-richtlijnen, Inleiding, par. 1.15.

⁴¹ Art. 5 OESO-Verdrag spreekt van 'decisions' en 'recommendations', waarbij beslissingen bindend zijn en aanbevelingen aan de lidstaten dat niet zijn.

verantwoordelijk is voor verschillende beleidsterreinen. Zo is werkgroep nr. 6 (Working Party NO 6 on the Taxation of Multinational Enterprises)⁴² belast met het onderhoud, de verdere ontwikkeling van de OESO-richtlijnen en draagt verder zorg voor de implementatie van deze richtlijnen in samenwerking met de belastingdiensten van de betrokken OESO-lidstaten en het bedrijfsleven. Verder heeft deze werkgroep zich tot doel gesteld met niet-lidstaten in dialoog te treden en te assisteren bij de implementatie van de OESO-richtlijnen in hun nationale wet- en regelgeving.

2.3 Art. 9 OESO-Modelverdrag

2.3.1 Het ALB (art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag)

Het ALB is gedefinieerd in respectievelijk art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag, art. 9, lid 1, VN-Modelverdrag en in art. 9, lid 1, NSV en wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 1 van de OESO-richtlijnen. Het is een internationaal breedgedragen fiscaal zakelijkheidsprincipe voor de vaststelling van verrekenprijzen voor fiscale doeleinden, waarover de OESO-lidstaten en een groeiend aantal niet-lidstaten overeenstemming hebben bereikt. Dit beginsel wordt in art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag als volgt verwoord:

'waar tussen de beide ondernemingen in hun handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd, die afwijken van die welke zouden worden overeengekomen tussen onafhankelijke ondernemingen, mogen alle voordelen die één van de ondernemingen zonder deze voorwaarden zou hebben behaald, maar ten gevolge van die voorwaarden niet heeft behaald, worden begrepen in de voordelen van die onderneming en dienovereenkomstig worden belast'.

Uit de voornoemde definitie kunnen een viertal elementen worden afgeleid:

- i. Vergelijkbaarheid tussen gelieerde en ongelieerde voorwaarden leidt tot het vaststellen van winsten in een arm's length-situatie (van belang voor het bepalen van de omvang van een eventuele winstcorrectie);
- ii. De voorwaarden die zijn overeengekomen (of opgelegd) tussen gelieerde ondernemingen wijken af van de voorwaarden die tussen ongelieerde ondernemingen zijn overeengekomen;
- iii. De genoemde afwijking heeft haar weerslag op de gerealiseerde winst;
- iv. Op grond van een nationale bepaling wordt de winst in de belastingheffing betrokken (belastingverdragen creëren namelijk geen belastingplicht, maar wijzen de heffingsbevoegdheid aan de verdragsluitende partijen).

Het ALB zoals hiervoor gedefinieerd stamt uit de dertiger jaren⁴³ van de vorige eeuw. Het bepaalt dat de fiscale winstberekening van gelieerde ondernemingen ten aanzien van hun onderlinge transacties dient te geschieden op basis van prijzen en voorwaarden (verrekenprijzen) die onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn

⁴² Voor een uitgebreide toelichting m.b.t. het werk van de verschillende werkgroepen wordt verwezen naar de internetsite van de OESO: <http://webnet.oecd.org/OECDGROUPS/Bodies/ListByNameView.aspx?book=true>

⁴³ Het ALB werd voor het eerst gebruikt (in de context van toerekening van de winst aan de vaste inrichting) in een door het Comité van de Volkenbond in 1933 opgestelde ontwerp-multilateraal verdrag. Het comité werd na de WO I opgericht om het probleem van dubbele belasting te bestuderen.

overeengekomen door van elkaar onafhankelijke marktpartijen. Het ALB bevat dus het algemene uitgangspunt dat voor een juiste winstallocatie in internationaal concernverband 'at arm's length' (zakelijk) dient te worden gehandeld. De werking van de vrije markt geldt daarbij als referentiekader en wordt geacht zakelijk te functioneren. Als zodanig vormt de vergelijkbaarheidsanalyse het kernelement bij het vaststellen van het arm's length-karakter van een specifieke verrekenprijs.

Bij de toepassing van het ALB wordt voorts uitgegaan van de zogenoemde '*separate entity approach*'⁴⁴. Deze zelfstandigheidsfictie houdt in dat de individuele leden van een multinationale onderneming (MNO)-groep worden behandeld als onafhankelijk opererende eenheden en niet als onlosmakelijke onderdelen van één enkel concern. Hiermee wordt de aandacht gevestigd op de aard van de transacties tussen de afzonderlijke MNO-onderdelen, aldus de OESO-richtlijnen.

Het is juist vanwege de fictieve zelfstandigheid, die ten grondslag ligt aan het ALB, dat dit zakelijkheidsprincipe door sommigen als wezenlijk gebrekkig wordt beschouwd. Het houdt namelijk geen rekening met schaalvoordelen en synergie-effecten die voortvloeien uit de sterke verwevenheid van diverse activiteiten tussen gelieerde ondernemingen. Meer specifiek, het geeft geen antwoord op de vraag hoe de gerealiseerde synergiewinst bij het gezamenlijk optreden door groepsentiteiten dient te worden verdeeld over de afzonderlijke groepsonderdelen. Deze tekortkoming, die aan het ALB wordt toegedicht, wordt in de OESO-richtlijnen onderkend en zonder meer aanvaard vanwege het ontbreken van algemeen geaccepteerde objectieve criteria om de genoemde schaalvoordelen en synergie-effecten binnen concerns te alloceren⁴⁵. Het is inderdaad moeilijk zo niet onmogelijk zulke voordelen te kwantificeren en het ALB bevat daar ook geen normering voor. Ter vermijding van een eventuele verrekenprijsgeschil met de fiscale autoriteiten, ben ik niettemin van oordeel dat wanneer dergelijke voordelen tot uitdrukking komen bij één juridische entiteit hier rekening mee dient te worden gehouden. Ook wanneer een objectieve vergelijkingsmaatstaf van een open marktprijs ontbreekt of niet zonder meer kan worden toegepast. Zo kan worden gekozen voor toepassing van een (winst)verdelingsmethode, die redelijkerwijs recht doet aan de uitgeoefende functie(s), gelopen risico's en eventueel gebruikte activa door betrokken groepsonderdelen. Redelijkerwijs, omdat het in zulke gevallen in beginsel de subjectieve oordeelsvorming van belastingplichtige bepalend is en transfer pricing geen exacte wetenschap is, aldus de OESO-richtlijnen.

Ter illustratie de situatie waarbij op een bepaald niveau binnen de groep, bijvoorbeeld ter financiering van een overname in het buitenland, geld wordt geleend van de bank en vervolgens binnen de groep wordt doorgeleend. De bank verstrekt de lening en stelt de rente vast, rekening houdend met de kredietwaardigheid (het vermogen om aflossingstermijnen en rente ten aanzien van schulden te voldoen) van de groep als geheel. Zo kan de situatie zich voordoen dat een groepsmaatschappij met een slechtere kredietwaardigheid dan de groep profiteert van het feit dat op groepsniveau goedkoper kan worden geleend. Het synergievoordeel wordt hier zichtbaar als het verschil tussen de rente die met de bank is overeengekomen op groepsniveau en de rente die verschuldigd zou zijn, indien de groepsmaatschappij met een slechtere kredietwaardigheid afzonderlijk de externe financiering tegen ongunstige

⁴⁴ OESO-richtlijnen, par. 1.6.

⁴⁵ OESO-richtlijnen, par. 1.10.

voorwaarden zou hebben aangetrokken. Het ALB brengt in dit geval met zich mee dat de groepsmaatschappij die het geld doorleent binnen de groep gehouden is de slechtere kredietwaardigheid van de groepsmaatschappij aan wie de lening wordt verstrekt in ogenschouw te nemen en de rentevergoeding hierop af te stemmen. Overigens wordt hier hetgeen ten aanzien van zogenoemde doorstroomlichamen in de zin van de bepaling van art. 8c Wet VPB 1969 geldt gemakshalve weggedacht. Op grond van die wettelijke bepaling kunnen bepaalde lichamen die zich bezighouden met financierings- en licentieactiviteiten de buitenlandse bronheffingen op bepaalde interest- en royaltyontvangsten niet met de Nederlandse VPB verrekenen. Door het tussenvoegen van een in Nederland gevestigd lichaam werd bereikt dat er minder of geheel geen bronheffingen werden betaald ten aanzien van de ontvangen en betaalde interest- en royaltyvergoedingen. Nederland heft immers geen bronheffing op uitgaande rente- en royaltystromen en kent een uitgebreid verdragennetwerk waardoor de bronheffing op rente- en royaltyinkomsten wordt verminderd.

Omgekeerd geldt ook dat wanneer een groepsmaatschappij met een lager kredietrisico dan de groep als geheel tegen gunstiger voorwaarden externe financiering kan aantrekken dan op groepsniveau het geval zou zijn, zeker met het oog op de zakelijke belangen van haar onderneming, deze niet akkoord zou kunnen gaan met de voorwaarden die op groepsniveau met de bank zijn overeengekomen. De bank kan bijvoorbeeld op groepsniveau een hoger kredietbedrag verstrekken tegen een hoger rentetarief, maar een lager kredietbedrag tegen een lagere rentetarief, wanneer de groepsmaatschappij met een lager kredietrisico die financiering had aangetrokken. Worden de (lening)voorwaarden toch geaccepteerd vanwege het groepsbelang, dan is het niet onwaarschijnlijk dat de fiscale autoriteit van het land waar de groepsmaatschappij is gevestigd de rentelast weigert en dienovereenkomstig corrigeert op basis van het ALB.

Dat de verdeling van een specifiek synergievoordeel in de praktijk niet zo eenvoudig is als het vorenstaande voorbeeld schetst, bewijst het arrest van de HR van 23 april 2004⁴⁶. Het internationale concern waartoe een naar Nederlands recht opgerichte besloten vennootschap behoort nam eind 1992 het besluit in het vervolg haar inkoopactiviteiten te bundelen en gecentraliseerd te laten coördineren door de Belgische deelneming van de Nederlandse vennootschap. Het concern hield zich bezig met de productie van drankverpakkingen zoals frisdrankblikjes, glassluitingen en kunststofverpakkingen, blik en aluminium vormden daarbij de belangrijkste grondstoffen. Het Nederlandse lichaam nam als belanghebbende daar het standpunt in dat het totale voordeel dat voortvloeide uit de bundeling van de inkoopactiviteiten toegerekend diende te worden aan het Belgische inkoopkantoor. De Nederlandse fiscus nam het standpunt in dat alle winst, verminderd met een vergoeding van de kosten van het Belgische inkoopkantoor verhoogd met een winstopslag van 5% over die kosten, toekomt aan het Nederlandse verbonden lichaam. Vaststaat dat ondanks het beperkte risico dat door het inkoopkantoor werd gelopen en het geringe personeelsbestand, haar een voordeel werd gelaten dat de door haar gemaakte kosten vele malen overtrof. Deze overweging heeft, naar men mag aannemen, te maken met het toen gunstige Belgische winstbelastingregime voor de zogenoemde coördinatiecentra, dat overigens op 17 februari 2003 door de Europese Commissie als ongeoorloofde staatsteun werd bestempeld en ook door België in datzelfde jaar is afgeschaft. Volgens dat regime werd slechts een opslag op de kosten aan winstbelasting onderworpen. Naar het oordeel van

⁴⁶ HR 23 april 2004, nr. 39542, V-N 2004/27.17

Hof 's-Hertogenbosch vloeit de onzakelijkheid voort uit de bestaande aandeelhoudersrelatie tussen de vennootschappen. Het Hof concludeert voorts dat de dienstverlening van de Belgische deelneming ten behoeve van belanghebbende heeft plaatsgevonden onder condities die tussen van elkaar onafhankelijke partijen niet zouden zijn overeengekomen. Belanghebbende heeft, naar het oordeel van het Hof, niet aannemelijk kunnen maken dat de aan haar gelaten vergoeding niet hoger is dan bij niet-gelieerde inkoopbureaus en stelt daarmee de fiscus in het gelijk. De HR bevestigt impliciet de uitspraak van het Hof onder verwijzing naar art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Met verwijzing naar art. 81 Wet RO, laat mijns inziens de HR de overweging van het Hof ten aanzien van de bewijslastverdeling in stand. Die overweging is naar ik meen strijdig met de overweging die de HR in zijn arrest van 28 juni 2002 (BNB 2002/343) heeft geformuleerd. Daarin overwoog hij immers dat zelfs wanneer de inspecteur erin slaagt de onzakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijzen te bewijzen dat er niet toe dwingt belanghebbende te belasten met het bewijs dat niet zakelijk is gehandeld. Het Hof doet dat immers wel.

Het arrest van de HR van 23 april 2004, nr. 39542 laat zien dat zowel belanghebbende als de fiscus vanuit economisch perspectief (of zo men wil, vanuit het ALB) een onredelijke standpunt hebben ingenomen. De gerealiseerde synergiewinst, die voortvloeit uit de bundeling van de inkoopactiviteiten door het concern, wordt in strijd met het ALB zowel van de kant van de fiscus als belanghebbende volledig aan één van de verbonden lichamen toegerekend. In een vrije markttransactie, zou daar sprake van zijn, zou het voordeel van de lagere inkooprijzen immers op één of andere manier zijn verdeeld tussen de betrokken partijen op basis van de door hen uitgeoefende functies, gebruikte activa en eventueel gelopen risico's. Verder toont dit arrest aan dat wat redelijk is als winstopslag op de kosten, bij afwezigheid van een vergelijkbare derdenprijs, rechtersrecht is. Overigens vind ik het door de rechter aangelegde 'redelijkheidscriterium' begrijpelijk in het licht van het ontbreken van specifieke wetgeving ten aanzien van de berekening van de omvang van de verrekenprijscorrectie. Art. 8b bepaalt immers niet hoe de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. Bij de bespreking van het Nederlandse transfer pricing-regime in hoofdstuk 3, zal ik hier uitvoerig op ingaan.

Een ander praktisch probleem dat zich manifesteert bij het toepassen van het ALB, is dat zowel belastingplichtigen als belastingdiensten vaak problemen ondervinden bij het vergaren van de geschikte informatie die daarvoor benodigd is⁴⁷. Zo is het in de praktijk moeilijk zo niet onmogelijk om gegevens over prijzen gespecificeerd op transactieniveau te traceren, vanwege het feit dat in de regel deze informatie in het zakelijke verkeer vertrouwelijk en niet vrij beschikbaar is. In bepaalde gevallen kan het ALB resulteren in een administratieve last voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten die talrijke en uiteenlopende grensoverschrijdende transacties moeten beoordelen⁴⁸. De beschikbare informatie kan ook onvolledig en moeilijk interpreteerbaar zijn. In andere gevallen kan de relevante informatie simpelweg niet bestaan, omdat er niet altijd vergelijkbare transacties in vergelijkbare omstandigheden beschikbaar zijn. Zulks is het geval bij geïntegreerde fabricage van zeer gespecialiseerde producten, bij unieke immateriële activa en/of bij het leveren zeer gespecialiseerde diensten. Het ontbreken van

⁴⁷ OESO-richtlijnen, par. 1.13.

⁴⁸ OESO-richtlijnen, par. 1.12.

zulke unieke transacties in het vrije marktverkeer wil niet zeggen dat gelieerde partijen daarmee niet conform het ALB handelen.

Een ander belangwekkend aspect vormt het feit dat een substantieel deel (de Wereldbank spreekt van ongeveer 70%) van de wereldhandel plaatsvindt binnen MNO's. De OESO heeft het gebruik van transacties tussen gelieerde ondernemingen als vergelijkingsmateriaal systematisch verworpen. Dit komt er praktisch op neer dat zowel belastingdiensten als belastingplichtigen worden geconfronteerd met schaarse informatie bij het vaststellen en toetsen van het arm's length-karakter van verrekenprijzen. Bij de herziening van de OESO-richtlijnen in 2010 heeft de OESO dan ook afgezien van de bepaling die een dwingende rangorde voorschrijft bij de keuze tussen de verrekenprijsmethoden. De tot dan toe heersende opvatting dat de winstvergelijkingsmethoden ten opzichte van de traditionele transactiemethoden als *'last resort'*-methoden dienden te worden gehanteerd is losgelaten. De OESO-richtlijnen spreken thans van *'most appropriate method to the circumstances of the case'*. Met deze evolutie komt de OESO in de eerste plaats tegemoet aan de in de praktijk levende bezwaren bij toepassing van het ALB en anderzijds wordt uitgedragen dat de keuze voor een specifiek verrekenprijsmethode afhankelijk is van feiten en omstandigheden van het specifieke geval en in beginsel onderworpen is aan de persoonlijke oordeelsvorming van belastingplichtige. Hier dringt de analogie met de in de bedrijfseconomie ontwikkelde leerstuk van *'different costs for different purposes'* (J.M. Clark, 1923) sterk op. Welk kostenbegrip voor welke situatie relevant is, is ook bij deze bedrijfseconomische theorie afhankelijk van de specifieke concrete doelstelling waarvoor een kostencalculatie benodigd is (bijv. het bepalen van de verkoopprijs). Hiermee wordt niet bedoeld te zeggen dat transfer pricing, vanuit fiscaal oogpunt, een probleem is van kostenallocatie. Het ALB gaat immers om winstallocatie (kostencalculatie is daar een onderdeel van), dat wil zeggen allocatie van de gerealiseerde winst van de MNO over de diverse onderdelen. Met de vergelijking wil ik slechts aangeven dat er een tendens merkbaar is naar een meer (bedrijfs)economische invulling van het ALB. De verschuiving van externe oriëntatie (vergelijking met derdeprijzen), naar meer interne oriëntatie (de binnen de onderneming uitgeoefende functies en waardetoevoeging) is een uitvloeisel van aan het ALB toegeschreven tekortkomingen. Dit resulteert in meer nadruk op de functionele analyse als onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse dan de zoektocht naar 'comparables', vergelijkbare derdeprijzen (of marges).

De toepasbaarheid van het ALB wordt bovendien bemoeilijkt door het feit dat gelieerde ondernemingen transacties kunnen aangaan, die onafhankelijke ondernemingen niet zouden aangaan⁴⁹. Dergelijke transacties behoeven niet per definitie te zijn ingegeven door vennootschappelijke betrekkingen (de OESO-richtlijnen spreken over *'tax avoidance'*), maar kunnen voorkomen omdat de leden van een MNO-groep die zaken met elkaar doen, te maken krijgen met andere commerciële omstandigheden dan onafhankelijke ondernemingen. Zo kan een onafhankelijke onderneming niet bereid zijn een immaterieel actief te verkopen voor een vaste prijs, indien de toekomstige voordelen en risico's van het immateriële actief niet voldoende geschat kunnen worden en er andere mogelijkheden bestaan om het immateriële actief te exploiteren, aldus de OESO-richtlijnen. In concernverband komt de totale winst uiteraard niet in gevaar door dit soort transacties tussen de afzonderlijke leden van het concern.

⁴⁹ OESO-richtlijnen, par. 1.11.

Hoewel de OESO-lidstaten de voorgaande overwegingen erkennen en onderkennen dat het ALB in de praktijk niet altijd even eenduidig kan worden toegepast, blijven zij onverminderd bij hun standpunt dat het ALB de beoordeling van verrekenprijzen in gelieerde verhoudingen dient te beheersen⁵⁰. Naar hun oordeel heeft het ALB een betrouwbare theoretische basis, aangezien het de werking van de vrije markt het beste benadert ingeval van leveringen van goederen en diensten tussen gelieerde ondernemingen. Ook het ontbreken van een legitiem en realistisch alternatief voor het ALB, draagt er toe bij dat de OESO-lidstaten onverkort vasthouden aan dit internationaal gedeelde beginsel. Prijsgeven van dit zakelijkheidsprincipe zou een bedreiging vormen voor de internationale consensus omtrent dit begrip, waardoor het risico van economisch dubbele belastingheffing aanzienlijk toeneemt, aldus de OESO-richtlijnen⁵¹. Dit moge zo zijn, maar laat mijns inziens echter onverlet dat ondanks de huidige internationale acceptatie van het ALB het risico van economische dubbele belastingheffing navenant aanwezig is. Dit heeft naar ik meen te maken met de verschillende praktische invulling die de verschillende staten aan dat zakelijkheidsbeginsel trachten te geven. Het gebrek aan vergelijkingsmateriaal, verschillende vormen van documentatieverplichting en de verschillende toepassing van de OESO-richtlijnen door de OESO-lidstaten dragen ertoe in de praktijk bij.

2.3.2 Gelieerdheidscriteria (art. 9, lid 1, sub a en b, OESO-Modelverdrag)

Vooropgesteld dient te worden dat de reikwijdte van de bepaling van art. 9 OESO-Modelverdrag wordt begrensd door de in lid 1, onderdelen a en b van dat artikel geformuleerde 'gelieerdheidscriteria':

1. Indien

- a) een onderneming van een van de Staten onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van, aan het toezicht op dan wel in het kapitaal van een onderneming van de andere Staat, of*
- b) dezelfde personen onmiddellijk of middellijk deelnemen aan de leiding van, aan het toezicht op dan wel in het kapitaal van een onderneming van een van de Staten en een onderneming van de andere Staat, ...'.*

Met andere woorden, wordt in een specifiek geval geen gelieerdheid via leiding, toezicht of kapitaal (*management, control or capital*) vastgesteld, dan is de bepaling van art. 9 OESO-Modelverdrag verder niet van belang, c.q. is er geen noodzaak, althans vanuit fiscaal oogpunt, na te denken over de prijsstelling (c.q. wordt de belastingplichtige verder niet geconfronteerd met de administratieve verplichting van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969). Nu de ondernemingen kennelijk onafhankelijk van elkaar zijn, worden hun transacties geacht tegen zakelijke prijzen plaatsgevonden te hebben. Ook om een andere reden is het vaststellen van gelieerdheid belangwekkend. Zoals hiervoor is uiteengezet vereist het ALB namelijk dat een interne verrekenprijs wordt vergeleken met een prijs die ongelieerde derden in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden in rekening brengen. Dit betekent dat transacties tussen gelieerde ondernemingen, bij de vaststelling van een arm's length-prijs, niet als referentiemateriaal kunnen fungeren. Slechts transacties tussen ongelieerde ondernemingen worden daarbij in de beschouwing betrokken.

⁵⁰ OESO-richtlijnen, par. 1.14.

⁵¹ OESO-richtlijnen, par. 1.15.

Onderdeel a van het eerste artikellid regelt de zogenoemde verticale gelieerdheid. Deze bepaling betreft niet alleen de gangbare moeder-dochterverhoudingen, maar van gelieerdheid in die zin is ook sprake als meerdere lichamen zijn tussengeschakeld. Hoewel niet expliciet geformuleerd, is van gelieerde ondernemingen in de zin van art. 9 OESO-Modelverdrag eveneens sprake ingeval van een relatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting en tussen vaste inrichtingen onderling.⁵² Hier is het van belang op te merken dat noch de OESO-richtlijnen noch het OESO-commentaar op art. 9 OESO-Modelverdrag een nadere invulling van het begrip gelieerdheid bevatten. Vanwege de brede consensus omtrent het begrip gelieerdheid vonden de OESO-lidstaten het niet nodig het begrip nader in te vullen. Op grond van art. 3, tweede lid, OESO-Modelverdrag en het OESO-commentaar wordt voor de nadere invulling van het begrip gelieerdheid aangesloten bij het nationale recht van de verdragssluitende staten. Het ontbreken van een gemeenschappelijke interpretatie van het begrip gelieerdheid vergroot daarmee de kans op een geschil tussen belastingplichtigen en de Belastingdiensten en tussen de Belastingdiensten van de verdragssluitende staten onderling.

In onderdeel b van het eerste lid wordt verder de zogenoemde horizontale gelieerdheid geregeld. Een veel voorkomende relatie waar deze bepaling op toeziet is de verbondenheid van twee vennootschappen die eenzelfde aandeelhouder(s) hebben.

Bij de vormgeving van art. 8b Wet VPB 1969 heeft de Nederlandse wetgever voor wat betreft gelieerdheidscriteria aangesloten bij het begrip gelieerdheid in art. 9 OESO-Modelverdrag.⁵³ Daarbij is aangegeven dat voor het constateren van gelieerdheid van belang is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de gehanteerde verrekenprijzen. Gekozen is derhalve voor een open norm die van geval tot geval zal dienen te worden ingevuld om eventuele manipulaties met aandelenbezit te voorkomen en zodat de gelieerdheidscriteria zich in de praktijk verder kunnen ontwikkelen. Wel biedt het verrekenprijzbesluit de mogelijkheid bij onzekerheid ten aanzien van mogelijke gelieerdheid bij de Belastingdienst zekerheid vooraf te vragen.⁵⁴

2.3.3 De Corresponderende correctie (art. 9, lid 2, OESO-Modelverdrag)

Het tweede lid van art. 9 OESO-Modelverdrag bepaalt dat indien de ene staat op basis van het ALB een (opwaartse) winstcorrectie toepast, de andere verdragsstaat gehouden is een overeenkomstige (neerwaartse) winstcorrectie toe te passen (*'shall make an appropriate adjustment'*). 'shall make' duidt erop dat de bepaling dwingend van aard is. Echter, par. 6 van het OESO-commentaar op art. 9 bepaalt dat "*State B is therefore committed to make an adjustment of the profits of the affiliated company only if it considers that the adjustment made in State A is justified both in principle and as regards the amount*". De andere staat is derhalve niet zonder

⁵² Dr. A.C.G.A.C de Graaf, prof. Dr. P. Kavelaars, prof. Dr. A.J.A. Stevens, *internationaal belastingrecht*, fed fiscale studieresie, Deventer 2010, blz.174. Overigens merken dezelfde schrijvers op dat art.8b Wet Vpb 1969 strikt genomen niet ziet op relatie tussen hoofdhuis en vaste inrichting, omdat daar wordt gesproken van lichamen. Echter, die beperking is door de wetgever niet beoogd. Zij vinden het wenselijk dat de wetgever de bepaling op dit punt herziet zodat een en ander expliciet duidelijk is (blz. 181, zie voetnoot 112 aldaar).

⁵³ MvT Kamerstukken II 2001-2002, 28 034, nr. 3 blz. 20-21.

⁵⁴ NV, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 47, Besluit Staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ 2004/124M, V-N 2004/43.3.

meer gehouden de winstcorrectie (*primary adjustment*) die de eerste staat op basis van het ALB toepast te volgen. Zij behoudt zich het recht zowel de grondslag voor alsmede de omvang van de winstcorrectie ter discussie te stellen. Bij verschil van mening tussen de verdragsluitende staten ten aanzien van de vastgestelde arm's length-verrekenprijs, kunnen zij op basis van lid 2 van art. 9 met elkaar in overleg treden en indien soortgelijke bepaling niet in een eventueel bilateraal verdrag is opgenomen op basis van het onderling overlegartikel (art. 25 OESO-Modelverdrag). In bepaalde verdragen tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen (hierna kortheidshalve: Belastingverdrag) die Nederland heeft gesloten is eveneens een derde lid opgenomen dat bepaalt dat de verdragsluitende staten geen winstcorrectie op basis van het ALB mogen toepassen na het verstrijken van een bepaalde termijn, behoudens gevallen van fraude of moedwillig verzuim.⁵⁵

Het is ook mogelijk dat een winstcorrectie op basis van het ALB in het ene land (*primary adjustment*) en een eventuele overeenkomstige aanpassing van de winst in het andere land (*corresponding adjustment*) wordt gevolgd door een zogenoemde *secondary adjustment*. Er is alsdan, zoals dat in de Nederlandse rechtspraak heet, sprake van een vermimde winstuitdeling (naheffing van dividendbelasting) of van een informele kapitaalstorting (eventuele heffing van kapitaalsbelasting). In par. 9 van het OESO-commentaar bij art. 9 mogen secondary adjustments worden toegepast wanneer het nationale recht van de verdragsluitende staten dat toelaat. Deze secondary transactions kunnen ook tot dubbele belastingheffing leiden, indien in het andere land niet in een verrekening van bronheffing wordt voorzien.

2.3.4 Doel en strekking van het ALB

Het ALB richt zich, zoals hiervoor is uiteengezet, tegen onzakelijke winstverschuivingen (en kostenverschuivingen daaronder begrepen) binnen concernverband. Van dergelijke winstverschuivingen (c.q. kostenverschuivingen) is sprake indien een concern, gedreven door fiscale overwegingen, interne verrekenprijzen hanteert om een zo laag mogelijke belastingdruk voor het concern als geheel te realiseren door winsten te verschuiven naar laagbelastende buitenlandse jurisdicties of winsten te laten opkomen bij een van winstbelasting vrijgesteld lichaam. In nationale verhoudingen kunnen niet markconforme verrekenprijzen worden ingezet om winsten te verschuiven naar een gelieerd lichaam met compensabele verliezen. Zo worden de belastbare winsten van de betrokken concernonderdelen in de landen van vestiging anders verdeeld dan op basis van zakelijke verrekenprijzen het geval zou zijn. Dit zou een inbreuk betekenen op het wettelijk recht dat elk land doet gelden op belastingheffing over inkomsten waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat die binnen zijn territorium zijn ontstaan en zou daarmee tot onrechtvaardige uitkomsten (voor de nationale schatkisten) leiden. Daarom bepaalt het ALB dat indien gelieerde lichamen bij hun transacties voorwaarden overeenkomen die afwijken van die welke in het economisch verkeer tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen, wordt daarop met behulp van het ALB een

⁵⁵ Zie in dit verband bijv. het derde lid van art. 9 Belastingverdrag Nederland-Canada (1986) en eveneens lid 3 van art. 9 Belastingverdrag Nederland-Japan (2010). Bij het OESO-commentaar bij art. 9 OESO-Modelverdrag wordt aangegeven dat staten als Marokko, Tunesië en Ivoorkust (niet OESO-lidstaten) en Tsjechië en Hongarije (als OESO-lidstaten) zich het recht voorbehouden geen overeenkomstige winstcorrectie toe te passen bij malafide gevallen.

correctie aangebracht. Een winstcorrectie in de ene fiscale jurisdictie brengt met zich mee dat een overeenkomstige correctie (corresponding adjustment) in de andere jurisdictie benodigd is (zie lid 2 van art. 9 OESO-Modelverdrag). Stemt deze andere jurisdictie echter niet mee met een corresponding adjustment, dan wordt het concern voor dat deel van zijn winst (economisch) dubbel belast. Om het risico van deze economisch dubbele belasting te minimaliseren is er internationale overeenstemming over de wijze waarop voor fiscale doeleinden verrekenprijzen voor grensoverschrijdende transacties dienen te worden vastgesteld. Hier dient wel te worden opgemerkt dat daar waar internationale consensus bestaat omtrent de aanvaarding van het ALB als maatstaf voor de vaststelling van verrekenprijzen in gelieerde verhoudingen, kan dat beslist niet worden gezegd van de interpretatie en de nadere invulling die elk land pleegt te geven aan dit beginsel.

In paragrafen 1.8 en 1.9 van de OESO-richtlijnen wordt aangegeven welke redenen ten grondslag liggen aan de aanvaarding van het ALB door de OESO-lidstaten en andere landen. Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat het ALB zorgt voor een grote mate van gelijkheid in fiscale behandeling van MNO's en onafhankelijke ondernemingen. Omdat het ALB gelieerde en onafhankelijke ondernemingen in een voor de belastingdoeleinden, meer vergelijkbare positie plaatst, wordt vermeden dat er belastingvoordelen of –nadelen ontstaan die anders de relatieve concurrentiepositie van beide type eenheden zou verstoren. Door deze fiscale overwegingen los te koppelen van economische beslissingen bevordert het ALB de groei van de internationale handel en investeringen, is de opvatting in OESO-verband. Ook is vastgesteld dat het ALB in de overgrote meerderheid van de gevallen effectief werkt. In ieder geval in de gevallen waarbij commodities (bijv. componenten, grond- of hulpstoffen) worden gekocht en verkocht en ingeval van interne groepsfinanciering, kan gemakkelijk een arm's length-prijs gevonden worden in een vergelijkbare transactie tussen vergelijkbare onafhankelijke ondernemingen onder vergelijkbare omstandigheden⁵⁶.

2.4 De OESO-richtlijnen

De OESO-richtlijnen uit 1995, waarvan de hoofdstukken I tot en met III in juli 2010 gedeeltelijk zijn herzien⁵⁷ en waaraan hoofdstuk IX is toegevoegd inzake verrekenprijzaspecten van reorganisaties van MNO's, geven een onderbouwing van het in art. 9 OESO-Modelverdrag opgenomen ALB. In de richtlijnen worden de algemene uitgangspunten bij de vaststelling van verrekenprijzen binnen gelieerde verhoudingen uiteengezet.

De OESO-richtlijnen vormen in feite een herziening en samenvoeging van de rapporten uit 1979⁵⁸ en de drie deelrapporten uit 1984⁵⁹ van het OESO-Comité voor Fiscale Zaken⁶⁰.

⁵⁶ OESO-richtlijnen, par. 1.8.

⁵⁷ *The review of Comparability and of Profit Methods: Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines*, 22 juli 2010.

⁵⁸ *Transfer Pricing and Multinational Enterprises (het '1979-rapport')*. Dit rapport is geheel herzien en ook formeel ingetrokken zoals uit de aanbeveling van de OESO-Raad blijkt (zie appendix bij de OESO-richtlijnen)

⁵⁹ *Transfer Pricing and Multinational Enterprises-Three Taxation Issues (het '1984-rapport')*. Het '1984-rapport' bestaat uit drie deelrapporten, *Transfer Pricing, Corresponding Adjustments and the Mutual Agreement Procedure, The Allocation of Central Management and Service Costs en The Taxation of Multinational Banking Enterprises*. De eerste en tweede deelrapporten zijn beide herzien en opgenomen in hoofdstuk IV respectievelijk Hoofdstukken VII en VIII van de nieuwe OESO-richtlijnen. Het laatste genoemde deelrapport is nog niet herzien.

⁶⁰ OESO-richtlijnen, Inleiding, par. 13.

De in de OESO-richtlijnen besproken verrekenprijsproblemen gelden ook ten aanzien van transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting en tussen vaste inrichtingen onderling⁶¹. Relevant in dat verband is het OESO-rapport *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* (2008) (Kortheidshalve PE-Report), waarin wordt beschreven hoe winsten (c.q. verliezen) aan vaste inrichtingen dienen te worden toegerekend. Uitgangspunt daarbij is de zogenoemde Authorised OECD approach, die bij de winstbepaling van een vaste inrichting uitgaat van verregaande (fictieve) verzelfstandiging (de zogenoemde *functionally separate entity approach*, zie tweede lid van art. 7 OESO-Modelverdrag) van de vaste inrichting. Deze benadering komt er kort gezegd op neer dat activa en risico's worden gealloceerd aan de vaste inrichting op basis van de functionele analyse, waarna eerst het eigen vermogen en vervolgens vreemd vermogen aan bod komen. Dit rapport was aanleiding tot vaststelling van een nieuwe art. 7 OESO-Modelverdrag (inclusief commentaar) in juli 2010. Bij de winstbepaling van een vaste inrichting is het ALB zoals gedefinieerd in art. 9 OESO-Modelverdrag en nader uitgewerkt in de OESO-richtlijnen van overeenkomstige toepassing.⁶²

In zijn algemeenheid kan worden gezegd dat in de huidige OESO-richtlijnen aan de meeste onderwerpen meer aandacht is besteed dan in de oude rapporten. Geheel nieuw is bijvoorbeeld het gebruik van de zogenoemde arm's length-range (par. 3.55-3.66 van de OESO-richtlijnen,), waarmee in principe wordt aangegeven dat het vaststellen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is en dat in bepaalde gevallen een eenduidige waarde (bijv. prijs of marge) niet valt te berekenen en dat een interval van waarden even betrouwbaar kan zijn bij de vaststelling van een arm's length-prijs. Bij de gedeeltelijke herziening van deze richtlijnen in 2010 is met name aandacht gevestigd op het belang van en het geven van nadere richtlijnen voor de toepassing van de vergelijkbaarheidsanalyse (OESO-richtlijnen, par. 1.33-1.79 en par. 3.1- 3.83). Belangrijk is eveneens het loslaten van de rangorde bij de keuze tussen de verschillende verrekenprijsmethoden. Daar waar voor de herziening van 2010 werd uitgegaan van een zekere hiërarchie bij de keuze voor een bepaalde verrekenprijsmethode, waarbij de winstvergelijkingsmethoden de status werd toebedeeld van *'last resort methods'* en alleen werden toegelaten in bijzondere omstandigheden waar geen of onvoldoende vergelijkingsdata beschikbaar zijn voor het gebruik van de traditional transaction methoden, wordt thans uitgegaan van *'the most appropriate method to the circumstances of the case'*. Dit voortschrijdend inzicht bij de OESO-lidstaten is een uitvloeisel van het feit dat het uitvoeren van een vergelijkbaarheidsanalyse, in het bijzonder het hanteren van een derdentoets (third party comparables) als een objectieve maatstaf voor het vaststellen van het zakelijke karakter van een specifieke transactie, in de praktijk niet of nauwelijks mogelijk is vanwege het ontbreken van vergelijkingsdata in vergelijkbare omstandigheden. Dit wordt ook bevestigd door de OESO.

⁶¹ Zie bijv. het Belastingverdrag tussen Nederland en België (2001), Protocol I, par. 11, waar expliciet is aangegeven dat voor de toepassing van art. 9 van het Verdrag Nederland-België onder een onderneming mede wordt begrepen een vaste inrichting.

⁶² Zie paragraaf 2, leden 18 en 19, van het OESO-commentaar bij art. 7 OESO-Modelverdrag.

2.4.1 De verhouding tussen het nationale recht en de OESO-richtlijnen

De vraag werpt zich op of de OESO-richtlijnen, die in feite het modelcommentaar bij art. 9 OESO-Modelverdrag nagenoeg geheel hebben vervangen, eveneens deel uitmaken van het Nederlandse fiscale recht. Deze richtlijnen zijn niet via art. 8b Wet VPB 1969 in onze fiscale wetgeving opgenomen. Op grond van enkele door de HR gewezen arresten is gebleken dat onze hoogste rechtscollege veel gezag heeft toegekend aan het OESO-commentaar bij de interpretatie van op het model gebaseerde door Nederland gesloten verdragen, ook wanneer het een verdrag met een niet OESO-lidstaat betreft.⁶³ Nu de OESO-richtlijnen in feite deel uitmaken van de toelichting van het OESO-commentaar op art. 9, wordt hier de vraag opgeworpen of de doorwerking van de OESO-richtlijnen in ons fiscaal recht reeds voortvloeit uit de toepassing van het verdragsrecht en daarmee deze richtlijnen door de HR eveneens veel gezag zal toekennen.

Voor de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 achtte de wetgever specifieke wetgeving om de nieuwe OESO-richtlijnen te implementeren niet nodig⁶⁴. Desalniettemin heeft de wetgever ingaande 2002 het ALB toch gecodificeerd in art. 8b. In de MvT⁶⁵ bij art. 8b Wet VPB 1969 wordt betoogd dat met de codificatie van het ALB tevens is beoogd dat de invulling die in de OESO-richtlijnen wordt gegeven aan art. 9 van het OESO-Modelverdrag doorwerkt in de Nederlandse rechtspraktijk. Naar het oordeel van de toenmalige Staatssecretaris van Financiën zijn de OESO-richtlijnen daarmee in beginsel direct toepasbaar in Nederland op grond van het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001⁶⁶. Volgens de staatssecretaris zijn deze richtlijnen vergelijkbaar met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal (A-G) bij de HR. Zijn verwachting is dan ook dat voor de uitleg van het nieuwe art. 8b Wet VPB 1969 de rechter mede acht zal slaan op hetgeen in OESO-verband rond deze problematiek is overeengekomen⁶⁷. In het reeds bij de inleiding genoemde belangwekkende arrest van 28 juni 2002⁶⁸, weliswaar gewezen op basis van het totaalwinstbegrip ex art. 3.8 Wet IB 2001 (voorheen art. 7 Wet IB 1964), is de HR inhoudelijk ingegaan op de in de OESO-richtlijnen opgenomen bepalingen voor de vaststelling van een arm's length-prijs. In r.o. 3.2.2 merkt de HR het volgende op (cursivering door scriptant):

'Ook de OESO-rapporten 'Transfer pricing and multinationale enterprises' van 1979 en 1984, herzien en gecompileerd in de 'Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations' van 1995, houden niet in dat het at arm's length beginsel op een andere wijze moet worden toegepast. De OESO-rapporten bevelen enerzijds aan de vergelijkbare derdenprijs per individuele transactie waar mogelijk als uitgangspunt te nemen maar anderzijds wordt onderkend dat slechts zelden die prijs tot een juiste correctie leidt, dat met compenserende transacties rekening gehouden dient te worden en dat onder omstandigheden niet de beoordeling van de individuele verrekenprijzen maar van de winstgevendheid van de gelieerde onderneming in het bijzonder in relatie tot het vermogensbeslag en het door de onderneming gelopen bedrijfsrisico tot een aanvaardbaar resultaat

⁶³ Zie bijv. het arrest van de HR van 2 september 1992, BNB 1992/379.

⁶⁴ Notitie 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationale fiscaal (verdragen)recht'. Kamerstukken II 1997/98, 25 087, nr. 4, blz. 38, V-N 1998/22.3, blz. 1989.

⁶⁵ MvT, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 8.

⁶⁶ Zie het Verrekenprijbesluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/295M, V-N 2001/21.3.

⁶⁷ Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 47-48.

⁶⁸ HR 28 juni 2002, nr. 36 446, BNB 2002/343, V-N 2002/34.9 (concl. A-G Wattel, m.nt. Meussen).

leidt. Aldus zijn in de visie neergelegd in de OESO-rapporten alle methoden, variërend van laatstbedoelde 'functionele analyse' enerzijds tot het bepalen van de juiste prijs voor een enkele transactie anderzijds, in beginsel toegelaten, zij het met uitdrukkelijke uitzondering van de 'global formulary apportionment'-methode. Het zal van de omstandigheden afhangen welke methode in een concrete situatie tot de meest aanvaardbare correctie leidt.'

Afgezien van de constatering dat de HR in de hiervoor genoemde uiteenzetting de 'functionele analyse' ten onrechte, waarschijnlijk onbedoeld, bestempeld als een verrekenprijsmethode, ben ik geneigd aan te nemen dat de HR, gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar de OESO-richtlijnen, bij zijn rechtsoverweging in het voornoemde arrest, deze richtlijnen rechtskracht toekent. Echter, met de kwalificatie van deze richtlijnen als een 'visie neergelegd in de OESO-rapporten', laat de HR vervolgens onbesproken of aan deze 'visie' doorslaggevende betekenis toekomt bij de interpretatie van het ALB.

Menig auteur⁶⁹ heeft de stellige opvatting dat voor een rechtstreekse doorwerking van de OESO-richtlijnen in onze nationale wetgeving een wettelijke grondslag ontbreekt. Deze richtlijnen zijn immers niet opgenomen in een wettelijke bepaling of via een delegatiebepaling de status toebedeeld van Algemene Maatregel van Bestuur en vormen als zodanig geen onderdeel van de Nederlandse rechtspraak. Van Kalmthout meent voorts dat de OESO-richtlijnen niet eenzelfde interpretatieve functie kunnen vervullen als het commentaar op het OESO-Modelverdrag en wel om twee redenen. Ten eerste omdat de wetgever met de codificatie van het ALB geen wijziging beoogde aan te brengen in het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001. De OESO-richtlijnen hebben geen enkele kenbare rol gespeeld bij de ontwikkeling van dit winstbegrip. Ten tweede omdat de OESO-richtlijnen eerder uitwerking geven aan het ALB dan een toelichting daarop; zulke voorschriften zouden in uitsluitend Nederlandse verhoudingen in een uitvoeringsregelgeving worden opgenomen op grond van een delegatiebepaling.⁷⁰ Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijsbesluit, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de praktijk. Ik meen dan ook dat de wetgever, indien hij een OESO-conforme invulling wenst te geven aan het ALB, hij de OESO-richtlijnen wettelijk dient te verankeren door deze op te nemen in art. 8b Wet VPB 1969. Ook met toepassing van het totaalwinstbegrip ex art. 3.8 Wet IB 2001 kwam de HR in BNB 2002/343 in r.o. 3.2.2 tot het oordeel dat die bepaling geen voorschriften bevat voor de wijze waarop de omvang van een verrekenprijscorrectie dient te worden berekend (vetgedrukte tekst: scriptant):

"Het at arm's length beginsel, zoals dat onder meer is opgenomen in artikel 10, letter b van het Verdrag met Japan (Trb. 197067, gew. Trb. 199268) geeft Nederland de bevoegdheid voordelen die in het verkeer tussen onafhankelijke derden zouden zijn opgekomen maar op grond van gelieerdheid bij een bepaalde belastingplichtige niet zijn opgekomen, alsnog in aanmerking te nemen. Nederland maakt van deze bevoegdheid gebruik binnen het kader van art. 7 van de Wet IB 1964 (thans: art. 3.8 Wet IB 2001), dat in dit verband inhoudt dat mede tot de winst behoren alle voordelen die de belastingplichtige zich op grond van de relatie met haar aandeelhouder heeft laten

⁶⁹ Zie in dit verband bijv. Mr. E.A. Visser, *Verrekenprijzen; een drieluik*, Fiscale Monografieën, blz. 26, 2005 en L.F. van Kalmthout, *Verrekenprijzen in: Over de grenzen van de vennootschapsbelasting*, opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer, Kluwer 2002, blz. 99.

⁷⁰ L.F. van Kalmthout, 'Verrekenprijzen' in: *Over de grenzen van de vennootschapsbelasting*, opstellen aangeboden aan prof. Mr. D. Juch, Deventer, Kluwer 2002, blz. 99.

ontgaan. In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn geen voorschriften opgenomen terzake van de wijze waarop bedoelde voordelen moeten worden geconstateerd en berekend."

De gekoesterde verwachting dat de belastingrechter in verrekenprijskwesties mede acht zal slaan op hetgeen in OESO-verband is overeengekomen, is vanuit het oogpunt van effectieve en zorgvuldige wetgeving, opmerkelijk. Sterker nog, die opvatting, is naar mijn oordeel, strijdig met het (fiscale) legaliteitsbeginsel neergelegd in art. 104 van onze Grondwet: *"Belastingen worden geheven uit kracht van een wet. Andere heffingen van het Rijk worden bij de wet geregeld."* Wetgeving dient te worden onderworpen aan democratische controle en het kan en mag niet zo zijn dat van de rechter wordt verwacht dat deze als mede-wetgever optreedt. Toegegeven, de Nederlandse fiscale wetgeving bevat sinds lange tijd in de IB een open norm die naar ik meen uitstekend functioneert, te weten het goedkoopmansbegrip ex art. 3.25 Wet IB 2001. Of een stelsel voor de jaarwinstbepaling in overeenstemming is met het goedkoopmansbegrip wordt uiteindelijk door onze hoogste rechtscollege getoetst. Ik meen echter dat art. 8b Wet VPB 1969 qua rechtsontwikkeling niet met art. 3.25 Wet IB 2001 vereenzelvigd kan worden. In de eerste plaats ben ik van oordeel dat transfer pricing zich juist leent voor (voor)overleg tussen belastingplichtigen en fiscus. Het vooraf verkrijgen van zekerheid in de vorm van APA's ten aanzien van de concrete toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 in specifieke gevallen voorziet belastingplichtigen van de mogelijkheid verrekenprijskwesties in onderling overleg met de fiscus te beslechten. Zo worden verrekenprijsgeschillen beslecht voordat de rechter daar aan te pas komt. De spaarzame jurisprudentie op het gebied van verrekenprijzen sinds de invoering van art. 8b vormt daarvoor naar ik meen het bewijs. In internationaal verband fungeren de bilaterale APA's bovendien als een belangrijk instrument ter voorkoming van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen en ter voorkoming van dubbele belastingheffing. Hoewel ik het belang van het verkrijgen van zekerheid vooraf voor belastingplichtigen onderschijf, ben ik van mening dat de rechtsontwikkeling van art. 8b daar niet bij gebaat is. Ten tweede meen ik dat art. 8b Wet VPB 1969 meer het karakter heeft van een antimisbruikbepaling, te weten het tegengaan van onzakelijke winstverschuivingen in concernverband. Voor een afschrikwekkende werking en vanuit het oogpunt van effectieve wetgeving is het juist de taak en de bevoegdheid van de wetgever (en niet de HR) om de in art. 8b besloten liggende norm te concretiseren. De HR zal, bij gebrek aan wetgeving, ten aanzien van een specifiek geschil vaak volstaan met een soort van marginale toetsing en vaak in het voordeel van de belastingplichtige het geschil beslechten.

2.5 De vergelijkbaarheidsanalyse

Bij het vaststellen of toetsen van het arm's length-karakter van de gelieerde transacties staat het basisuitgangspunt van het ALB, namelijk de vergelijking met onafhankelijke marktpartijen, centraal. De herziening van de OESO-richtlijnen in 2010 heeft meer detaillering van de vergelijkbaarheidsanalyse opgeleverd. De vergelijkbaarheidsanalyse wordt in par. 3.4 van de OESO-richtlijnen gedefinieerd als een feitelijk en methodologisch (negenstappen-proces), dat gericht moet zijn op het identificeren van het 'meest betrouwbare' vergelijkingsmateriaal (comparables). Belastingplichtige wordt tegemoetgekomen door aan te geven dat een uitputtende zoektocht naar

alle mogelijke comparables niet noodzakelijk is (zie par. 3.2 OESO-richtlijnen). Tegelijkertijd wordt in diezelfde paragraaf aangegeven dat *“it is acknowledged that there are limitations in availability of information and that searches for comparables data can be burdensome”*. Voorts wordt in par. 3.32 van die richtlijnen opgemerkt dat commerciële databanken bij het zoeken naar *comparables* op een objectieve wijze dienen te worden gebruikt. Objectivering lijkt mij haast onmogelijk. De selectie van het ‘meest betrouwbare’ vergelijkingsmateriaal is naar ik meen een subjectieve aangelegenheid. Verder verwijst ik naar par. 1.13 van de OESO-richtlijnen, waarin ten aanzien van de beschikbaarheid van informatie het volgende wordt opgemerkt:

“The information that is accessible may be incomplete and difficult to interpret; other information, if exists, may be difficult to obtain for reasons of its geographical location or that of the parties from whom it may have to be acquired. In addition, it may not be possible to obtain information from independent enterprises because of confidentiality concerns. In other cases information about an independent enterprises which would be relevant may simply not exist, or there may be no comparable independent enterprises, e.g. if that industry has reached a high level of vertical integration.”

De conclusie die de OESO-richtlijnen in diezelfde paragraaf verbinden aan de genoemde beperkingen is het volgende (vetgedrukte tekst scriptant): *“It is important not to lose sight of the objective to find a **reasonable estimate** of an arm's length outcome based on **reliable information**.”* Het uitgangspunt is dus redelijkheid en betrouwbare informatie en niet *de meest* betrouwbare informatie.

De erkenning dat er beperkingen zijn ten aanzien van de beschikbaarheid van informatie en dat het vinden van vergelijkingsmateriaal erg lastig kan zijn, valt mijns inziens in ieder geval niet te rijmen met de stelling dat de vergelijkbaarheidsanalyse gericht is op het vinden van ‘*the most reliable comparables*’. De nieuwe richtlijnen benadrukken wel dat het zoeken naar vergelijkingsmateriaal niet gelijk staat aan het uitvoeren van de vergelijkbaarheidsanalyse, maar dat het daar een onderdeel van uitmaakt. In par. 1.33 van de OESO-richtlijnen wordt verder aangegeven dat vergelijkbaarheid inhoudt dat geen van de verschillen (indien deze bestaan) tussen de situaties die worden vergeleken materiële invloed heeft op de prijs (of winstmarge) of dat voldoende nauwkeurige aanpassingen kunnen worden aangebracht om de invloed van dergelijke verschillen te elimineren. In de OESO-richtlijnen wordt in par. 3.48 aangegeven dat het gaat om aanpassingen op het vlak van boekhoudkundige verschillen, verschillen in kapitaal, uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's, maar wordt niet toegelicht hoe eliminatie van verschillen dient te geschieden. Zo'n tijdrovende en kostbare (subjectieve) exercitie leidt, naar mijn oordeel, alleen maar tot het streven naar schijnexactheid en kan dan ook worden weggelaten. Bovendien zijn zulke aanpassingen, zeker wanneer de belangen groot zijn, voor betwisting vatbaar door de betrokken fiscale autoriteiten. Waar een vergelijkbare derdenprijs onder vergelijkbare omstandigheden niet kan worden gevonden wordt hier dan ook gepleit om te bepalen dat geen actie dient te worden ondernomen om aanpassingen aan te brengen.

Het gaat bij vergelijkbaarheid verder om *werkelijk* tussen de onderdelen van een MNO verrichte transacties en niet die welke partijen hadden kunnen aangaan. Dit vloeit voort uit de bewoordingen van art. 9 OESO-Modelverdrag, dat immers bepaalt *‘When conditions are made (...) between (...) two enterprises in their commercial or financial relations (...)’*. Onduidelijk is dus in die zin hetgeen in par. 1.34 van de OESO-richtlijnen wordt betoogd:

“independent enterprises, when evaluating the terms of a potential transaction, will compare the transaction to the options realistically available to them, and they will only enter into the transaction if they see no alternative that is clearly more attractive”. Indien hiermee wordt bedoeld dat gelieerde ondernemingen bij het aangaan van interne transacties altijd de voor hen meest winstgevende optie dienen te kiezen is dit onwenselijk. Daarmee wordt immers getreden in het ondernemersbeleid. Bij vergelijkbaarheid gaat het er niet om of de meest voordelige of winstgevende optie is gekozen, maar of de gehanteerde voorwaarden in gelieerde verhoudingen de arm's length-toets (vergelijking met derden) kan doorstaan.

Om invulling te geven aan het aspect van vergelijkbaarheid zijn in de par. 1.39 t/m 1.63 van de OESO-richtlijnen een aantal criteria geformuleerd die als richtsnoer kunnen dienen. De relevantie van deze factoren wordt bepaald door de feiten en omstandigheden van het specifieke geval en worden hierna kort besproken.⁷¹

- **Kenmerken van (immateriële) goederen en diensten**

Verschillen in producteigenschappen komen doorgaans tot uitdrukking in verschillen in de prijs of de waarde van het goed of dienst. Deze verschillen zullen daarentegen veel minder tot uitdrukking komen in de winstmarge op het product. Bij een vergelijking tussen een concerctractie en vrije markttransactie dient men dit in ogenschouw te nemen.

- **De functionele analyse**

Uit de functionele analyse blijkt welke functie de onderneming inneemt en welke risico's zij draagt en dus in de hand heeft. De waardeketen wordt aan de hand van deze analyse gesplitst in afzonderlijke componenten. Als er sprake is van een beperkte functie waarbij de bijbehorende risico's (bijv. debiteurenrisico, kredietrisico en marktrisico) zeer gering zijn dan dient de winstmarge en daardoor de prijsstelling daarmee in overeenstemming te zijn. Met andere woorden, als er sprake is van aanzienlijke verschillen in de gedragen risico's waarvoor de benodigde correcties niet kunnen worden aangebracht, dan zal het onmogelijk zijn een vergelijking te maken tussen concerctransacties en vrije markttransacties en tussen gelieerde ondernemingen en niet gelieerde ondernemingen. In Nederland bediende de fiscus zich in de beginjaren na de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 ingaande 2002, naar aanleiding van boekenonderzoeken in het kader van verrekenprijzen, van functionele interviews met diverse functionarissen van de onderneming om de uitgeoefende functies van gelieerde ondernemingen te analyseren. Vollebregt⁷² uitte toen, mijns inziens terecht, de kritiek dat voor die interviews een wettelijke grondslag ontbrak en in die zin ongepast. Zeker wanneer belastingplichtigen reeds aan hun administratieve verplichtingen hebben voldaan. Hij geeft aan dat die werkwijze nu niet meer aan de orde is en

⁷¹ Voor een uitgebreide bespreking, verwijst ik naar hoofdstuk 1 van de OESO-richtlijnen.

⁷² Drs. H.A. Vollebregt, WFR 2004/1009, *Verrekenprijzen: fiscus en functionele analyse*. Overigens geeft Vollebregt in WFR 2008/436, *Transfer pricing ontwikkelingen sinds de codificatie van het arm's-lengthbeginsel per 2002* aan dat deze functionele interviews plaatsvonden in de beginjaren na de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 in 2002.

wijst erop dat die handelwijze te maken had met de leidende rol die de CGVP, het APA-team en het team Aanspreekpunt Potentiële Buitenlandse Investeerders (APBI-team) speelden in de meeste verrekenprijzdossiers in plaats van de inspecteur.

- **Contractuele voorwaarden**

De contractuele voorwaarden kunnen van land tot land sterk verschillen, hetgeen dan weer een mogelijk effect heeft op de prijsstelling. De voorwaarden van een transactie zullen veelal contractueel en dus schriftelijk zijn vastgelegd. In andere gevallen (denk hierbij aan transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting) zal men deze trachten af te leiden uit de feitelijke handelingen en de economische beginselen die in het algemeen de betrekkingen tussen onafhankelijke ondernemingen beheersen.

- **Economische omstandigheden**

Relevante economische omstandigheden, zoals de grootte van de markt, de geografische locatie, de mate van concurrentie, verschillen in koopkracht, overheidsregels en hoogte van de kosten van arbeid en/of kapitaal, hebben ook een invloed op het prijsniveau. Met andere woorden, om een hoge mate van vergelijkbaarheid te bereiken is vereist dat de markten waarop onafhankelijke ondernemingen en gelieerde ondernemingen opereren vergelijkbaar zijn, en dat (eventuele) verschillen geen materiële invloed hebben op de prijs.

- **Ondernemingsstrategieën**

De strategie van een onderneming is ook een mogelijke prijsbepalende factor. Een commerciële strategie als een marktpenetratiestrategie, lagere prijsstelling om potentiële concurrenten te ontmoedigen of de vergroting (of consolidatie) van een marktaandeel kan een rechtvaardigingsgrond zijn voor een tijdelijk lagere prijsstelling en derhalve een lager gerealiseerd winstniveau dan andere belastingplichtigen die op dezelfde markt opereren. Met andere woorden, winst die een MNO niet heeft behaald als gevolg van een door haar gevoerde strategie kan en behoort ook niet te worden gealloceerd. Onduidelijk hierbij is hetgeen in par.1.72 van de OESO-richtlijnen is opgemerkt inzake aanhoudende verliezen als gevolg van een gevoerde strategie. *“If the pricing strategy continues beyond a reasonable period, a transfer pricing adjustment may be appropriate, particularly where comparable data over several years show that the losses have been incurred for a period longer than the affecting comparable independent enterprises.”*

De OESO-richtlijnen onderkennen in diezelfde paragraaf dat aanhoudende verliezen als gevolg van de gevoerde strategie kunnen optreden en dat deze gerechtvaardigd zijn. Vervolgens geven ze aan dat die strategieverliezen onderhevig zijn aan een redelijke termijn. Wat de duur van zo'n redelijke termijn is wordt niet aangegeven. De OESO had zich hier terughoudend moeten opstellen door zich niet te bemoeien met het gevoerde beleid van de onderneming. Daarbij zou zij zich meer rekenschap dienen te geven van de rechtszekerheid van belastingplichtigen. Die roep tot terughoudendheid komt bij mij voort uit de vrees dat met name belastingdiensten die weinig ervaring hebben met verrekenprijzen het één en ander naar de letter gaan

interpreteren. Ik verwacht niet dat de Nederlandse fiscus het OESO-standpunt strikt gaat toepassen en dat standpunt is naar ik meen ook niet in lijn met onze rechtspraak. In dit verband verwijs ik naar het arrest van de HR van 28 juni 2002, nr. 36 446, BNB 2002/343, waarin belanghebbende (als inkoop- en distributiekantoor) op een specifiek product aanhoudende verliezen leed, desondanks vanwege het belang daarvan voor de winstgevendheid van het gehele productassortiment, dit product bleef betrekken van de Japanse moedermaatschappij. Op het gehele assortiment werden wel winsten gerealiseerd. De HR heeft bepaald dat daarmee niet reeds aanstonds kan worden gezegd dat het volgen daarvan 'welgedacht onmogelijk' kon plaatshebben met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming. De gevoerde strategie was dus zakelijk, zelfs wanneer deze, zoals in casu het geval was, door de moedermaatschappij was opgelegd.

2.5.1. Het negenstappen-proces

De nieuwe richtlijnen geven aan dat het negenstappen-proces als 'best practice' dient te worden beschouwd en legt geenszins de verplichting op dit proces te volgen. Het is geen lineair proces, wat inhoudt dat in het bijzonder stappen 5 t/m 7 dienen te worden herhaald totdat een bevredigend resultaat wordt bereikt, aldus par. 3.5 van de OESO-richtlijnen. In par. 3.4 van de OESO-richtlijnen wordt dit proces als volgt beschreven:

- Stap 1:** bepalen van de jaren die in de beschouwing worden betrokken;
- Stap 2:** een breedgedragen analyse van de economische omstandigheden, waarin de belastingplichtige zich bevindt. Hiertoe hoort een analyse van de industrie, economische, concurrentie en wetgevende factoren die belastingplichtige en zijn omgeving beïnvloeden. Deze stap kan wat mij betreft worden toegevoegd aan stap 3, omdat die analyse daar wordt uitgevoerd;
- Stap 3:** uitvoeren van de functionele analyse;
- Stap 4:** indien gelieerde ondernemingen vergelijkbare transacties met marktpartijen aangaan, eerst deze als vergelijkingsmateriaal in de analyse betrekken (de zogenoemde internal comparables);
- Stap 5:** nagaan of beschikbare en betrouwbare informatiebronnen aanwezig kunnen dienen als bron van comparables;
- Stap 6:** selectie van de meest geschikte verrekenprijsmethode;
- Stap 7:** identificeren van de potentiële comparables op basis van reeds genoemde vergelijkbaarheidsfactoren en op basis van de functionele analyse in stap 3;
- Stap 8:** vaststellen en indien nodig doorvoeren van aanpassingen die benodigd zijn om de vergelijkbaarheid te vergroten. Deze stap acht ik, zoals ik hiervoor heb uiteengezet, leiden tot schijnexactheid;
- Stap 9:** interpretatie en gebruik van de verzamelde data om de arm's length vergoeding te bepalen.

Hiernavolgend wil ik ingaan op een aantal hiervoor genoemde stappen. Mijn aandacht gaat met name uit naar het aspect van vergelijkbaarheid die de kern vormt van het ALB (stappen 4 en 5), de selectie van de te hanteren verrekenprijsmethode (stap 6) en de arm's length-range (stap 9) in gevallen waarbij geen eenduidige verrekenprijs kan worden vastgesteld.

2.5.1.1 Vergelijkbare transacties tussen niet gelieerde ondernemingen (stappen 4 en 5)

De herziende richtlijnen maken onderscheid tussen interne en externe comparables. Interne comparables zijn vergelijkbare transacties die gelieerde ondernemingen eveneens aangaan met derden. Externe comparables zijn met de gelieerde transactie vergelijkbare transacties tussen ongelieerde marktpartijen. De OESO-richtlijnen geven de voorkeur aan interne comparables, gelet op de mogelijk geringe kosten die samenhangen met informatievergaring en gelet op het gebruik van dezelfde boekhoudkundige grondslagen binnen de onderneming (zie par. 3.27 en 3.29 OESO-richtlijnen). Bij het vaststellen van external comparables zal gebruik van commerciële databanken en door sommige advieskantoren voor eigen gebruik ontwikkelde databanken benodigd zijn. Par. 3.31 noemt echter een aantal beperkingen van commerciële databanken:

- ze worden gebruikt om bedrijfsresultaten te vergelijken. Vergelijking op transactiebasis is niet voorhanden, omdat deze zelden beschikbaar is;
- ze zijn niet samengesteld voor verrekenprijsoeleinden;
- Door verschil in publicatievoorschriften, die afhankelijk kunnen zijn van de type rechtsvorm, is de beschikbare informatie niet voor alle bedrijven gelijk;
- de commerciële databanken zijn afhankelijk van publiekelijk beschikbare informatie en zijn dus niet in alle landen beschikbaar, omdat niet alle landen dezelfde hoeveelheid informatie ter beschikking hebben over hun bedrijven.

Belangrijk is verder de vermelding in par. 3.36 van de OESO-richtlijnen dat het gebruik van zogenoemde 'secret comparables' (bijv. informatie verkregen bij boekenonderzoeken bij andere belastingplichtigen) door belastingdiensten zonder deze ter beschikking te stellen aan belastingplichtigen in beginsel wordt verworpen. Belastingdiensten hebben daarbij wel het recht uit het oogpunt van geheimhoudingsplicht openbaarmaking van zulke gegevens te weigeren. De Nederlandse fiscus maakt voor de onderbouwing van verrekenprijscorrecties sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening van het fiscale procesrecht geen gebruik meer van 'secret comparables' om door haar voorgestelde correcties te onderbouwen. Tenzij er sprake is van omkering van de bewijslast.⁷³ In de procedure die heeft geleid tot het arrest van 28 juni 2002 (BNB 2002/343) heeft de inspecteur de informatie die hij had verkregen bij onderzoeken bij andere belastingplichtigen geanonimiseerd ter beschikking gesteld.

2.5.1.2 Selectie van de meest geschikte verrekenprijsmethode (stap 6)

Aangezien de verschillende verrekenprijsmethoden in dit hoofdstuk nog niet aan bod zijn gekomen en vanwege hun belang bij de vergelijkbaarheidsanalyse, zeker in het licht van het negenstappen-proces, wil deze kort behandelen. De keuze voor een specifieke verrekenprijsmethode wordt bepaald door de functionele analyse van stap 3. De verrekenprijsmethoden kunnen worden onderverdeeld in traditionele transactiemethoden (ook wel traditionele methoden genoemd) en de transactionele winstmethoden.

⁷³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 21 december 2001, nr. AFP2001/933, V-N 2002/2.19.

Onder de traditionele transactiemethoden zijn begrepen:

- de vergelijkbare derdenprijs, de zogenoemde *comparable uncontrolled price methode* (CUP);
- de *resale price methode* en
- de *cost plus methode*.

Bij de transactionele winstmethoden behoren:

- de *profit split methode* en
- de *transactional net margin methode* (TNMM).

a. De CUP-methode

De CUP-methode vormt de meest directe benadering om het arm's length-karakter van een interne verrekenprijs te toetsen. Bij een interne CUP wordt de prijsstelling voor leveringen van goederen en diensten in een concerntransactie vergeleken met een vergelijkbare transactie die ook met onafhankelijke marktpartijen wordt aangegaan. Bij de externe CUP daarentegen wordt de interne transactie vergeleken met een vergelijkbare vrije markttransactie in vergelijkbare omstandigheden. Als er een verschil is tussen deze twee prijzen dan dient, uitgaande van het arm's length-beginsel, de prijs van de concerntransactie te worden vervangen door de prijs van de vrije markttransactie. Echter, we hebben reeds kunnen vaststellen dat in de regel vrijwel geen informatie beschikbaar is om een externe CUP te kunnen toepassen. Weliswaar worden bepaalde transacties ook door ongelieerde derden verricht, maar de omstandigheden waaronder kunnen aanzienlijk verschillen. Zo merk ik op dat bijvoorbeeld een significant verschil in transactievolume een materieel effect heeft op de mate van vergelijkbaarheid.

b. De resale price-methode

De resale price-methode neemt als uitgangspunt de prijs waartegen de distributeur de goederen verkoopt aan de markt. Vervolgens dient daar een bedrag van afgetrokken te worden dat een redelijke verkoopmarge overlaat aan de distributeur, d.w.z. deze in staat stelt om de kosten te dekken en tevens een passende winst te behalen welke in lijn is met de uitgevoerde functies en gedragen risico's. Evenals bij het gebruik van de CUP-methode vormt de beschikbaarheid van informatie vaak een praktisch probleem of kunnen verschillen in brutomarges gelegen zijn in verschillen in ondernemingsstrategieën. Zo is het mogelijk dat kortingen bij de ene vergelijkbare onderneming afgeboekt zijn van de verkoopprijs terwijl een dergelijke mogelijke korting bij een andere vergelijkbare onderneming verwerkt is in de verkoopkosten, met andere woorden dus niet op brutomargeniveau. Deze elementen beperken vaak de mogelijkheid van een zuivere toepassing van de resale price-methode.

c. De cost plus-methode

Bij deze methode wordt op de gemaakte kosten een passende opslag toegepast, met inachtneming van de uitgeoefende functies, gebruikte activa en de gedragen risico's. De opslag dient gebaseerd te zijn op wat onafhankelijke partijen in vergelijkbare transacties elkaar in rekening brengen. Hierbij is het van belang dat men dezelfde kostenbasis hanteert. Deze methode wordt het meest geschikt geacht voor ondersteunende,

dienstverlenende en/of productieactiviteiten. De cost plus-methode is minder bruikbaar voor verkoopactiviteiten vanwege het feit dat bij verkoopactiviteiten de relatie met marktprijzen een grote rol speelt.

d. Profit-split methode

Deze methode neemt de totale winst behaald op een bepaalde transactie tussen gelieerde ondernemingen als uitgangspunt. Vervolgens dient deze winst dan toegerekend te worden aan de betrokken partijen op basis van de respectievelijke bijdragen aan de transactie op een manier die een arm's length-situatie zoveel mogelijk benadert. Deze methode wordt toegepast op beide bij de transactie betrokken ondernemingen, het is dus een tweezijdige methode. Er zijn verschillende varianten van de winstsplitsingsmethode. De totale winst op een behaalde transactie dient bij voorkeur verdeeld te worden met behulp van vergelijkbare winstsplitsingen tussen onafhankelijke partijen. Dergelijke vergelijkbare gegevens zijn in de praktijk echter vrijwel niet te vinden. In de afwezigheid van dergelijke gegevens is het wel mogelijk om op basis van uitgevoerde functies en gedragen risico's de winst te verdelen, zulks is bijvoorbeeld het geval bij de overdracht van immateriële activa binnen concernverband. De OESO noemt dit een contribution analysis (par. 2.119 van de OESO-richtlijnen). Een andere variant is de zogenoemde residual profit split. Deze methode beoogt eerst een arm's length-beloning toe te kennen aan de basisfuncties waarbij de overwinst (of restwinst) verdeeld zou dienen te worden met behulp van een relevante verdeelsleutel gebaseerd op relatieve bijdragen aan de winst.

e. De TNMM

De winstvergelijkingsmethode, oftewel de TNMM, (transaction net margin method), is een methode waarbij het bedrijfsresultaat op transactieniveau van vergelijkbare ondernemingen, welke vergelijkbare functies uitvoeren en vergelijkbare risico's dragen, wordt vergeleken met het resultaat behaald op de interne transacties. Aan de mate van vergelijkbaarheid zouden minder strenge eisen gesteld kunnen worden dan bij toepassing van de resale price-methode. De OESO stelt namelijk dat een vergelijking op het niveau van nettomarges een mindere mate van vergelijkbaarheid behoeft, omdat verschillen in functie- en risicoprofiel tot op zekere hoogte gecompenseerd worden op het niveau van de operationele kosten (par. 2.62 van de OESO-richtlijnen). Voor een dergelijke vergelijkbaarheidsanalyse kunnen bijvoorbeeld jaarrekeningen van Nederlandse ondernemingen worden opgevraagd.⁷⁴ In het algemeen zijn deze gegevens voldoende uitgebreid om te gebruiken voor een vergelijkbaarheidsonderzoek.

2.5.1.3 Het gebruik van een arm's length range (stap 9)

In gevallen waarbij een eenduidige verrekenprijs niet kan worden bepaald, maar deze zich wel tussen bepaalde marges bevindt, zal een verrekenprijs pas onzakelijk zijn (c.q. een correctie worden aangebracht) op grond van het

⁷⁴ Deze gegevens zijn te vinden bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Een rechtspersoon is in Nederland verplicht haar jaarrekening te deponeren bij het kantoor van het handelsregister in de plaats waar de rechtspersoon haar zetel heeft (zie o.a. 2:394 BW).

ALB indien hij zich buiten deze marges bevindt en de belastingplichtige de afwijking niet gemotiveerd kan verklaren (par. 3.60 OESO-richtlijnen). Deze zogenaamde range wordt bepaald door de grootste en kleinste waarde die is gevonden en dient, indien het vergelijkingsmateriaal niet nauwkeurig is, door middel van een statistische benadering te worden ontdaan van uitschieters zowel naar boven als naar beneden.

De vraag die zich vervolgens stelt, is tot welke waarde binnen dit interval een onzakelijke verrekenprijs dient te worden gecorrigeerd. De OESO-richtlijnen geven hier geen eenduidig antwoord op. Die schrijven namelijk voor dat in zo'n geval de correctie plaatsvindt tot het punt binnen de range dat zo goed mogelijk aansluit bij de feiten en omstandigheden van de betreffende concerntransactie. Het Verrekenprijsbesluit daarentegen gaat in beginsel ook van dit standpunt uit, maar stelt vervolgens dat als een dergelijk specifiek punt niet is aan te wijzen, wordt gecorrigeerd tot op de mediaan (middelste waarneming binnen de range). Vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid, kan ik het standpunt van de staatssecretaris wel begrijpen. Echter, naar mijn oordeel, is dit niet echt redelijk. Immers, er wordt verondersteld dat het gehele interval zakelijk is. Met andere woorden, de mediaan hoeft niet noodzakelijkerwijs de juiste basis te zijn voor een correctie. Naar mijn oordeel is een belastingplichtige in deze niet gebonden aan het Verrekenprijsbesluit. Bovendien gaat het Verrekenprijsbesluit wat dit betreft veel verder dan de OESO-richtlijnen. Als een belastingplichtige verrekenprijzen binnen de genoemde range verschuift zonder de gronden aannemelijk te maken op basis waarvan die aanpassing gerechtvaardigd zou zijn, dan wordt er verondersteld dat hieraan fiscale motieven ten grondslag liggen en zal de Belastingdienst de wijziging niet accepteren. De dubbele bewustheidsvereiste die de fiscus aannemelijk dient te maken bij het constateren van een vermomde winstuitdeling is daarbij kennelijk niet van belang. Hetgeen lijkt in te houden dat zelfs indien belastingplichtige in de veronderstelling verkeert (en mocht verkeren) dat deze de juiste (gewijzigde) transactievoorwaarden hanteert, een correctie kan worden toegepast. Het feit dat de betreffende transactie binnen de range valt (c.q. zakelijk is), is dan niet meer relevant. Daarnaast wordt de eis gesteld dat dergelijke verschuivingen binnen een range daadwerkelijk in rekening worden gebracht en dat dit contractueel is vastgelegd. Als dit niet het geval is, wordt een dergelijke verschuiving ook niet geaccepteerd (par. 2.3 Verrekenprijsbesluit 2013).

2.6 Alternatieven voor het ALB

In dit hoofdstuk is uiteengezet dat het ALB ondanks dat dit international breedgedragen wordt toch moeilijk uitvoerbaar is. In deze paragraaf wordt dan ook een tweetal alternatieven voor het ALB kort besproken. Het betreft de global formulary apportionment (GFA) en in Europees verband de Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB).

2.6.1 Global Formulary Apportionment-methode

Voorop dient te worden gesteld dat de OESO-lidstaten het theoretische alternatief voor het ALB, dat de GFA-methode biedt, uitdrukkelijk afwijzen.⁷⁵ Bij de GFA-methode wordt de wereldwijde geconsolideerde winst van een

⁷⁵ Par. 1.21 en 1.32 van de OESO-richtlijnen.

MNO verdeeld onder de verschillende gelieerde ondernemingen aan de hand van een vooraf vastgestelde formule. Daarvoor is een drietal essentiële elementen van belang, aldus het bepaalde in par. 1.17 van de OESO-richtlijnen:

- de bepaling van een wereldwijde te belasten groep, d.w.z. welke van de dochterondernemingen en vaste inrichtingen van een MNO-groep moeten de wereldwijde te belasten eenheid vormen;
- de nauwkeurige vaststelling van de wereldwijde winsten; en
- er dient overeenstemming te worden bereikt over de formule waarmee de wereldwijde winsten van de eenheid dienen te worden gealloceerd. Deze kan worden gebaseerd op een of andere combinatie van kosten, activa, loonsom en verkopen.

Par. 1.9 en par. 1.21-1.31 van de OESO-richtlijnen vermelden de mogelijke voordelen respectievelijk de nadelen die samenhangen met het gebruik van de GFA-methode. Ik zal hier volstaan met het noemen van enkele voor- en nadelen die in de OESO-richtlijnen worden opgesomd.⁷⁶

- de GFA-methode heft als voordeel dat slechts één jaarrekening en één winstaangifte behoeft te worden opgesteld en leidt daarmee tot administratieve lastenverlichting voor belastingplichtigen;
- leidt tot zekerheid voor belastingplichtigen;
- de methode is meer in overeenstemming met de economische werkelijkheid, omdat een MNO wereldwijd en geconsolideerd wordt gezien. Daarmee wordt rekening gehouden met de zakelijke werkelijkheid van de betrekkingen tussen groepsondernemingen;

Mogelijke nadelen van de GFA-benadering kunnen onder andere worden genoemd:

- het is onmogelijk om de GFA-methode in te voeren, omdat daarvoor verregaande internationale samenwerking en consensus benodigd is tussen alle landen ten aanzien van het vaststellen van de belastinggrondslag, het gebruik van de vooraf bepaalde formule en de samenstelling van de te belasten groep;
- De GFA is moeilijk uitvoerbaar gelet op onenigheid, die mogelijk tussen landen kan optreden als gevolg van incentives die ieder land heeft om de formule zodanig vast te stellen dat die leidt tot maximale belastingopbrengsten;
- kans op belastingvermijding is aanwezig indien onderdelen de vastgestelde formule kunnen worden gemanipuleerd;
- de overgang naar een GFA is vanuit politiek en administratief oogpunt enorm gecompliceerd;
- de GFA-benadering houdt geen rekening met belangrijke geografische verschillen, de efficiency van de afzonderlijke groepsonderdelen en andere voor een ondernemings specifieke factoren.

Overigens pleiten sommige auteurs⁷⁷ ervoor om het ALB in combinatie met formulary apportionment toe te passen ingeval van het ontbreken van derdegegevens, zoals ten aanzien van immateriële activa (merken, patenten,

⁷⁶ Voor een uitgebreide uiteenzetting, verwijs ik naar de genoemde paragrafen.

⁷⁷ V. Amerkhail, 'Arm's length or formulary apportionment? Sometimes the Best choice is Both', Tax Management Transfer Pricing Report (8) 1999,

knowhow) en zeer gespecialiseerde diensten. Visser constateert daarentegen dat de fiscale praktijk zich steeds meer bedient van TNMM voor de beloning van routinefuncties (zoals loonproductie, dienstverlening en logistieke functies) en wordt bij immateriële activa meer en meer gebruik gemaakt van residual profit split method, waarbij routinefuncties worden beloond op basis van de TNMM en restwinst op basis van een verdeelsleutel wordt verdeeld over de eigenaar en gebruiker.⁷⁸ Hij constateert dat een vergelijking met transacties tussen derden in de praktijk nauwelijks plaatsvindt. Niet verwonderlijk lijkt mij, aangezien het met name bij de overdracht of licentiëring van immateriële activa binnen concernverband moeilijk is om vergelijkbare transacties tussen of met ongelieerde derden te vinden.

Of een system van *formulary apportionment* in Europees verband, gelet op de gemeenschappelijke interne markt, eventueel haalbaar is, wordt hierna besproken.

2.6.2 Het Europese alternatief: de CCCTB

De Europese Commissie (hierna: EC) heeft reeds in 2001 onder meer transfer pricing als één van de obstakels voor grensoverschrijdende economische activiteiten aangeduid.⁷⁹ Om tot invoering van een CCCTB te komen heeft zij in 2004 besloten tot het oprichten van een CCCTB Working Group. Op 16 maart 2011 heeft deze werkgroep een conceptrichtlijn gepubliceerd voor een geharmoniseerde vennootschapsbelasting binnen de EU. Door de invoering van een geconsolideerde (geharmoniseerde) belastinggrondslag voor ondernemingen die grensoverschrijdend actief zijn vindt de belastingheffing voortaan plaats bij één heffingssubject (te vergelijken met onze fiscale eenheid). Uitgangspunt daarbij is dat het recht van de lidstaat waar de tophoudster gevestigd is bepalend zal zijn voor de te volgen rechtsgang. Invoering van CCCTB zal inhouden dat interne transacties niet langer tot de belastinggrondslag zullen behoren en bijgevolg ook geen verrekenprijsp probleem zal zijn. Verder worden belastingplichtigen niet langer geconfronteerd met verschillende administratieve voorschriften op het vlak van transfer pricing. Dit is gunstig, aangezien de administratieve lastendruk daarmee afneemt. Ter nuancering, dient wel te worden opgemerkt dat de lidstaten weliswaar verplicht zijn de richtlijn op te nemen in hun nationale wetgeving, indien deze wordt aangenomen door het Europees Parlement, maar het CCCTB-stelsel is optioneel voor de tot de groep behorende ondernemingen. Overigens kwalificeren alleen aandelenbelangen/stemrechten van tenminste 75% voor de groepsdefinitie. Het kan dus zo zijn, dat zelfs na invoering van een CCCTB-stelsel, het ALB dient te worden toegepast in geval van transacties tussen een gelieerd lichaam dat niet voldoet aan het groeps criterium en een groepsonderdeel dat wel valt onder de geharmoniseerde grondslag. Toepassing van het ALB zal ook aan de orde blijven in geval van transacties tussen een gelieerd lichaam dat wel voldoet aan de groepsdefinitie, maar niet binnen de EU is gevestigd en een groepsentiteit die wel onder het CCCTB-stelsel valt. Zo kan immers een CCCTB-groep worden gevormd tussen twee binnen de EU gevestigde zuster-vennootschappen van een buiten de EU gevestigde moeder, indien deze een belang heeft van tenminste 75% in beide vennootschappen. Evenzo is het mogelijk een

blz. 94-104.

⁷⁸ Mr. E.A. Visser, *Verrekenprijzen: een drieluik*, Kluwer, Deventer 2005, Blz. 31.

⁷⁹ Company taxation in the internal market, COM 2001 (582) final, European Communities 2002, onderdeel III, hoofdstuk 5.

CCCTB-groep te vormen tussen de in de EU gevestigde dochters van een buiten de EU gevestigde moeder, indien het (on)middellijke belang maar tenminste 75% bedraagt.

Voor de lidstaten waar zich dochtervennootschappen en vaste inrichtingen hebben gevestigd geldt uiteraard, zoals reeds bij de GFA-methode aan de orde is gekomen, dat er overeenstemming dient te worden bereikt over de verdeling van de opbrengst van de op grond van CCCTB geheven vennootschaps-belasting. Nederland heeft zich kritisch geuit over het feit dat immateriële activa en financiële activa niet worden meegenomen in de verdeelsleutel voor de geconsolideerde winst.⁸⁰ Lidstaten met een grote dienstensector en veel innovatieve bedrijven worden daarmee benadeeld. Voor Nederland geldt budgetneutraliteit als een belangrijk uitgangspunt.

2.7 Conclusie

De Nederlandse wetgever heeft bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 uitdrukkelijk te kennen gegeven een OESO-conforme transfer pricing wet- en regelgeving te beogen. Daaraan is uitvoering gegeven door een zo groot mogelijke aansluiting te zoeken bij art. 9 OESO-Modelverdrag. Onduidelijk blijft nog de vraag of de OESO-richtlijnen door ons hoogste rechtscollege rechtskracht zal worden toebedeeld. Deze richtlijnen zijn immers niet opgenomen in een wettelijke bepaling of via een delegatiebepaling bevorderd tot Algemene Maatregel van Bestuur en vormen, naar mijn oordeel, als zodanig geen onderdeel van de Nederlandse rechtspraak. Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijsbesluit, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de fiscale praktijk.

De keuze voor het ALB als consensusbegrip wordt, ondanks de daaraan toegeschreven tekortkomingen, door de betrokken OESO-lidstaten en een toenemend aantal niet lidstaten verdedigd door het tweeledig doel dat dit principe dient. Enerzijds, wordt een juiste heffingsgrondslag in elke fiscale jurisdictie gegarandeerd en anderzijds wordt dubbele (of meervoudige) belastingheffing voorkomen. Niettemin is geconstateerd dat de kans op dubbele belastingheffing aanwezig is doordat staten niet zonder meer gehouden zijn de winstcorrectie (*primary adjustment*) die de eerste staat op basis van het ALB toepast te volgen. Zij behouden zich het recht zowel de grondslag voor alsmede de omvang van de winstcorrectie ter discussie te stellen. Uit Statistieken⁸¹ blijkt inderdaad dat corresponding adjustments door verschillende belastingadministraties worden geweigerd op grond van bijvoorbeeld een gebrekkig bevonden derdenonderzoek (benchmark study), ontoereikende verrekenprijsdocumentatie of bij betwisting van de gehanteerde verrekenprijsmethodiek. Verder blijkt dat in de overgrote meerderheid van de gevallen, waarbij dubbele belastingheffing ten gevolge van verrekenprijscorrecties optrad, beroep werd gedaan op de onderlinge overlegprocedure van een toepasselijke Belastingverdrag.

⁸⁰ Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC)-fiche over het voorstel voor een richtlijn over een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB), Ministerie van Buitenlandse Zaken.- 32.728; 21.112, TK, nr.2.

⁸¹ Zie de door de Europese Commissie opgestelde *Summary Report Commission's Consultation on Double Taxation Conventions and the Internal Market: factual examples of double taxation cases*, 2011, blz. 23. Daar wordt aangegeven dat in de overgrote meerderheid van de gevallen waarbij dubbele belastingheffing aan de orde was beroep werd gedaan op een onderlinge overlegprocedure van een bilaterale Belastingverdrag. Pdf-bestand kan worden gedownload via: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/consultations/tax/summary_report_consultation_double_tax_conventions_en.pdf. Zie ook proefschrift van Nadia Djebali, *beslechting van transfer pricing geschillen*, Universiteit Leiden, blz. 640 t/m 648. Pdf-bestand te downloaden via: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/19057/appendices.pdf?sequence=9>.

Voorts zijn de verschillen tussen landen bij de toepassing van het ALB zonder meer zorgelijk te noemen, zeker in het licht van mogelijke dubbele belastingheffing en de administratieve lastendruk die daarvan het gevolg kan zijn.

Bij de herziening van de OESO-richtlijnen in 2010 heeft de OESO afgezien van de bepaling die een dwingende rangorde voorschrijft bij de keuze tussen de verrekenprijsmethoden. De tot dan toe heersende opvatting dat de winstvergelijkingsmethoden ten opzichte van de traditionele transactie-methoden als *'last resort'*-methoden dienden te worden gehanteerd is losgelaten. Thans wordt uitgegaan van *'the most appropriate method to the circumstances of the case'*. Dit voortschrijdend inzicht bij de OESO-lidstaten is een uitvloeisel van het feit dat het uitvoeren van een vergelijkbaarheidsanalyse, in het bijzonder het hanteren van een derdentoets (third party comparables) als een objectieve maatstaf voor het vaststellen van het zakelijke karakter van een specifieke transactie, in de praktijk niet of nauwelijks mogelijk is vanwege het ontbreken van vergelijkingsdata in vergelijkbare omstandigheden. Dit wordt ook bevestigd door de OESO. Met de gedetailleerdheid waarmee de vergelijkbaarheidsanalyse is vormgegeven heeft de OESO de belastingplichtigen daarin tegemoet willen komen en meer duidelijkheid en houvast te willen bieden. De vraag is alleen of de OESO daarmee niet te ver is doorgeschoten. Sommige onderdelen van de vergelijkbaarheids-analyse leveren immers nieuwe vragen op en zijn op onderdelen niet eenduidig.

Voorts is vastgesteld dat, zeker met de invoering van het nieuwe art. 7 OESO-Modelverdrag voor de winstbepaling van vaste inrichtingen en de *'functionally separate entity approach'* die daaraan ten grondslag ligt, een tendens merkbaar is naar een meer (bedrijfs)economische invulling van het ALB. De verschuiving van externe oriëntatie (vergelijking met derdeprijzen), naar meer interne oriëntatie (de binnen de onderneming uitgeoefende functies en waardetoevoeging) is een uitvloeisel van aan het ALB toegeschreven tekortkomingen. Dit heeft zijn weerslag op de toenemende nadruk op de functionele analyse als onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse dan de zoektocht naar 'comparables', vergelijkbare derdeprijzen (of marges). De waardeketenanalyse kan, naar ik meen, behulpzaam zijn bij het identificeren van het concernonderdeel dat waarde toevoegt. Daarmee wordt inzichtelijk of de beloning voor die waardecreatie, gelet op de gelopen risico's en vermogensbeslag, redelijk is.

Het transfer pricing-vraagstuk zal naar verwachting de komende jaren op toenemende aandacht en belangstelling mogen rekenen. Het aantal landen dat verrekenprijsregelgeving heeft ingevoerd neemt ook steeds toe. Internationale fiscale coördinatie en overleg is daarmee onontkoombaar, zeker in het licht van de economische globalisering en de voortschrijdende technologische vooruitgang, met name op het gebied van communicatie.

Hoofdstuk 3 Het Nederlandse transfer pricing-regime

3.1 Inleiding

Vooropgesteld dient te worden opgemerkt dat het huidige Nederlandse transfer pricing-beleid zich kenmerkt door een grote mate van gehechtheid aan de OESO-richtlijnen. Hetgeen in hoofdstuk 2 van deze scriptie reeds is besproken geldt derhalve mutatis mutandis voor het Nederlandse transfer pricing-beleid. De staatssecretaris merkt hierover in het recentelijk gepubliceerde Verrekenprijsbesluit⁸² het volgende op:

“Omdat de OESO-richtlijnen een internationaal geaccepteerde invulling geven aan het arm's-lengthbeginsel zie ik de OESO-richtlijnen als een passende uitleg en verduidelijking van het in artikel 8b Wet VPB 1969 omschreven beginsel.”

Aan de OESO-richtlijnen wordt door de staatssecretaris rechtskracht toegedicht, omdat deze zijns inziens geacht worden door te werken in de Nederlandse fiscale rechtsorde via het totaalwinstbegrip ex art. 3.8 Wet IB 2001. Naar zijn oordeel zijn de OESO-richtlijnen voorts vergelijkbaar met opvattingen van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de HR. Niettemin, meen ik uit de bewoordingen van de staatssecretaris in de inleiding van par. 2.1 van het Verrekenprijsbesluit 2013 gebrek aan stelligheid en onzekerheid te kunnen opmaken inzake de doorwerking van de OESO-richtlijnen in de Nederlandse fiscale rechtsorde (vetgedrukte tekst: scriptant):

*“Gelet op bovenstaande **ga ik ervan uit dat de OESO-richtlijnen in beginsel een directe werking hebben in de Nederlandse rechtspraktijk**”.*

Indien de staatssecretaris er volledig van overtuigd is dat de Nederlandse belastingplichtigen formeel gebonden zijn aan die richtlijnen, waarom dan de keuze voor de bewoordingen *“ga ik ervan uit”* en *“in beginsel”*.

In deze scriptie verdedig ik een andersluidende opvatting. Ik meen dat voor een rechtstreekse doorwerking van de OESO-richtlijnen in het Nederlandse fiscale recht een wettelijke grondslag ontbreekt. Deze richtlijnen zijn immers niet via art. 8b Wet VPB 1969 in onze fiscale wetgeving opgenomen. Met Van Kalmthout⁸³ deel ik voorts de opvatting dat de OESO-richtlijnen niet eenzelfde interpretatieve functie kunnen vervullen als het commentaar op het OESO-Modelverdrag en hebben in die zin naar ik meen geen doorwerking in het Nederlandse fiscale recht via het verdragsrecht. Enerzijds, omdat de wetgever met de codificatie van het ALB geen wijziging beoogde aan te brengen in het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001. De OESO-richtlijnen hebben geen rol gespeeld bij de ontwikkeling van dit winstbegrip. Anderzijds, omdat de OESO-richtlijnen eerder uitwerking geven aan het ALB dan een toelichting daarop. Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijsbesluit 2013, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de fiscale transfer pricing-praktijk.

⁸² Besluit staatssecretaris van Financiën, 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M. Staatscourant 2013 nr. 32854. Dit Besluit treedt op 27 nov. 2013 in werking en vervangt de eerder gepubliceerde besluiten van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M en van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M. Dit Besluit wordt in deze scriptie kortheidshalve als ‘Verrekenprijsbesluit 2013’ aangeduid.

⁸³ Zie noot 70.

Daar waar de OESO-richtlijnen ruimte laten aan de OESO-lidstaten voor een eigen invulling of waar sprake is van onduidelijkheid heeft Nederland deze ingevuld respectievelijk deze beoogt op te heffen door het publiceren van eigen beleid en standpunten. Deze zijn laatstelijk zoals hiervoor is opgemerkt onder meer vervat in het door de staatssecretaris gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013.

Gelet op de open norm van art. 8b Wet VPB 1969, is voor mij de zienswijze van onze hoogste rechtscollege bij de toepassing van het ALB dan ook doorslaggevend. Daarbij plaats ik wel de kanttekening dat in de afgelopen twaalf jaren nauwelijks jurisprudentie bestaat inzake verrekenprijskwesties. De sinds 2002 gewezen arresten betreffen de jaren vóór de codificatie van het ALB in art. 8b. Aan de ene kant meen ik dat daarbij de rechtsontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 niet gebaat is. Zo blijven veel standpunten die door de Nederlandse fiscus worden aangehangen onduidelijk, omdat deze niet aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen. Bovendien biedt de spaarzame jurisprudentie op het vlak van verrekenprijzen geen inzicht in de achterliggende opvattingen van de rechtspraak zelf. Dit maakt de bespreking van het Nederlandse transfer pricing-beleid erg lastig. Aan de andere kant is het wellicht prijzenswaardig dat zowel de Nederlandse fiscus als de belastingplichtigen kennelijk bereidwillig zijn compromissen te sluiten ingeval van verrekenprijsgeschillen. Deze worden daarmee lang voordat de rechter aan te pas komt in onderling overleg beslecht. Deze compromisvolle opstelling van de fiscus wordt in het Verrekenprijsbesluit 2013 onderstreept:

“Ook op het gebied van verrekenprijzen past een constructieve samenwerking tussen Belastingdienst en belastingplichtige en is het van belang dat beide partijen begrip hebben voor positie en belangen van de ander. Onduidelijkheden kunnen worden voorkomen door middel van het maken van afspraken vooraf.”⁸⁴

Hoe prijzenswaardig ook, de aan deze afspraken vooraf ten grondslag liggende vaststellingsovereenkomsten in de vorm van APA's worden overigens niet gepubliceerd, ook niet in geanonimiseerde vorm, ondanks de toezegging daartoe door de staatssecretaris in het APA-besluit⁸⁵. Ook dat vind ik een gemis, omdat daarmee de elementen die ten grondslag liggen aan het gevoerde beleid onbelicht blijven. In navolging van het voorstel van mr. T.W.M. Poolen en prof. S. van Weeghel, zou ik dan ook willen pleiten voor invoering van een door de belastinginspecteur afgegeven 'voor bezwaar/beroep vatbare ruling'.⁸⁶ Zo kunnen standpunten van de fiscus voordat een aanslag is opgelegd worden getoetst door de rechter of een daartoe opgerichte onafhankelijke commissie die bindende antwoorden kan geven op rechtsvragen of op vragen van feitelijke aard. De rechtsontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 en de rechtszekerheid van belastingplichtigen is naar ik meen daarmee gediend.

Zoals reeds in de inleiding van deze scriptie is gememoreerd werd het ALB in het Nederlandse belastingrecht tot

⁸⁴ Zie par. 1.3 van het Verrekenprijsbesluit 2013.

⁸⁵ Zie par. 12 van het APA-besluit 11 aug. 2004, nr. IFZ2004/124 M. Daar zegt de staatssecretaris toe het gevoerde beleid te zullen publiceren. *“De publicatie zal bestaan uit een samenvatting die alle elementen dient te bevatten die bepalend zijn voor het gevoerde beleid.”*

⁸⁶ Zie verslag van het symposium *“Belastingrechtspraak in de actualiteit”*, gehouden op donderdag 2 februari 2012 te Arnhem, L.J.A. Pieterse, WFR 2012/307, blz. 307-311. Drs. T.W.M. Poolen schetst de mogelijkheid van het door de belastinginspecteur kunnen afgeven van een 'voor beroep vatbare beschikking' voordat de aanslag is vastgesteld, zodat de belastingplichtige in staat wordt gesteld in een eerder stadium zijn fiscale positie te kennen. Prof. S. van Weeghel huldigt hetzelfde standpunt met betrekking tot de invoering van een soort 'voor bezwaar vatbare beschikking' en wijst op een bepaling die vergelijkbaar zou zijn met art. 33 AWR (proefprocedure).

1 januari 2002 steeds toegepast door de voor- en nadelen die worden genoten in de hoedanigheid van aandeelhouder uit de totaalwinst van een lichaam te elimineren. Voor de winstbepaling van lichamen werd namelijk gebruik gemaakt van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 (voorheen art. 7 Wet IB 1964). Art. 3.8 Wet IB 2001, dat ziet op het totaalwinstbegrip, omschrijft de winst als de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm ook, worden verkregen uit onderneming. Dit winstbegrip is algebraïsch gedefinieerd en omvat derhalve ook negatieve voordelen (verliezen). Het is een begrip dat zijn invulling heeft gekregen op grond van de ter zake gewezen omvangrijke jurisprudentie. Ik heb de vrijheid genomen in dit hoofdstuk een korte selectie van arresten te bespreken.

Uitgangspunt van dit hoofdstuk is te komen tot een antwoord op de vraag zoals geformuleerd in de probleemstelling, namelijk wat de implicatie(s) is (zijn) van de codificatie van het ALB. Meer specifiek, is de Nederlandse transfer pricing-wetgeving in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 effectief in het voorkomen van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen? De wetgever heeft immers een aantal gronden aangevoerd voor de codificatie van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969.⁸⁷ Deze vat ik hier als volgt samen:

- I. Het scheppen van (internationale) helderheid omtrent de toepasselijkheid van het ALB in de Nederlandse fiscale wetgeving. De codificatie van het ALB in art. 8b vormt daarvoor een uitdrukkelijke bevestiging;
- II. Het effectief kunnen voorkomen van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen. De invoering van de documentatieplicht is in dat verband een defensieve maatregel;
- III. Codificatie van de bestaande praktijk; en
- IV. Het scheppen van duidelijkheid ten aanzien van de toepassing van de OESO-richtlijnen.

In par. 3.2 zal slechts kort worden ingegaan op de bepalingen van het eerste en tweede lid van art. 8b Wet VPB 1969. Gelet op de zeer nauwe aansluiting bij art. 9 OESO-Modelverdrag wordt voor definitie en doel en strekking van het ALB dan ook verwezen naar hetgeen in par. 2.3 reeds is besproken. Speciale aandacht heeft de invulling van het begrip gelieerdheid zoals verschillende staten daaraan plegen te geven. Immers, voorwaarde voor onderworpenheid van belastingplichtigen aan art. 8b wordt gevormd door de daarin geformuleerde gelieerdheidscriteria. Ik heb gekozen voor Duitsland, België, Japan en de VS als de te vergelijken landen. Enerzijds, omdat deze landen belangrijke handelspartners zijn van Nederland. Anderzijds, omdat landen als de VS, Duitsland en Japan een lange historie (c.q. ervaring) hebben met transfer pricing-voorschriften en in die zin als voorlopers kunnen worden aangemerkt van de verschillende continenten op transfer pricing-gebied. België kent als buurland van Nederland daarentegen met ingang van 2004 specifieke transfer pricing-wetgeving.

Om het Nederlandse transfer pricing-regime te belichten is in par. 3.3 gekozen onderscheid te maken tussen prijs- en winstcorrecties bij onzakelijke transacties vóór codificatie van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969 en in par. 3.4

⁸⁷ MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 blz. 8, 19, 32 en 33. Zie ook Nota naar aanleiding van het Verslag, Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 33. In de inleiding van deze scriptie zijn de gronden voor de invoering van art. 8b opgesomd.

na de invoering van art. 8b. In par. 3.5 en de onderliggende subparagrafen zal ik stilstaan bij het recent gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013 en zal ik een aantal specifieke onderdelen van het Nederlandse transfer pricing-beleid zoals vervat in dat besluit bespreken. De focus zal liggen op de prijsbepaling van de overdracht (of licentiëring) van immateriële activa binnen concernverband. Immateriële activa spelen naar mijn oordeel een essentiële rol bij verrekenprijsdiscussies. Het is enerzijds, vanwege het unieke karakter, een lastige materie waarbij het voor zowel belastingdiensten als multinationale ondernemingen moeilijk is, zo niet onmogelijk, een onafhankelijke derde te vinden. Anderzijds vertegenwoordigen deze immateriële activa doorgaans grote financiële belangen. Waarbij ik voorts opmerk dat de Staatssecretaris van Financiën in par. 1.2 van het Verrekenprijsbesluit 2013 de immateriële activa aanmerkt als een onderdeel waarbij bestrijding van onzakelijke winstverschuiving in gelieerde verhoudingen passend is.

Een ander onderdeel dat in de OESO-richtlijnen niet of nauwelijks wordt belicht betreft de vraag hoe een marktconforme vergoeding voor financieringsactiviteiten binnen concernverband dient te worden bepaald. Ik zal dan ook op hoofdlijnen ingaan op de transfer pricing-aspecten van binnen de groep verstrekte leningen en garantstellingen.

Onderdeel van de Nederlandse transfer pricing-wetgeving vormt de documentatieverplichting in de zin van het derde lid van art. 8b. Dat onderdeel wordt hier niet besproken, daar dit uitvoerig aan bod zal komen in hoofdstuk 4. Verder zal het Nederlandse APA/ATR-beleid, de mutual agreement procedure (MAP) en het EG-Arbitrageverdrag bij de bespreking van rechtzekerheidsaspecten van de Nederlandse verrekenprijsvoorschriften aan de orde komen in hoofdstuk 5. Tot slot zal in par. 3.6 dit hoofdstuk met een conclusie worden afgesloten.

3.2 Art. 8b (leden 1 en 2) Wet VPB 1969 versus art. 9 OESO-Modelverdrag

Afgezien van het derde lid van art. 8b, dat ziet op de documentatieplicht, zijn er geen noemenswaardige verschillen tussen het Nederlandse arm's length-artikel op het gebied van verrekenprijzen en het reeds besproken art. 9 OESO-Modelverdrag. Slechts waar art. 8b Wet VPB 1969 van *'lichamen'* en *'onderlinge rechtsverhoudingen'* spreekt wordt in art. 9 OESO-Modelverdrag de term *'ondernemingen'* respectievelijk *'handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen'* gebezigd. Met betrekking tot het gebruik van de term lichamen, heeft de wetgever willen aansluiten bij de reeds in de Wet VPB 1969 gebruikte terminologie.⁸⁸ Voorts is daarmee tot uitdrukking gebracht dat de bepaling niet van toepassing is in de inkomstenbelasting sfeer. Met betrekking tot de term *'onderlinge rechtsverhoudingen'* in art. 8b en *'handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen'* in art. 9 OESO-Modelverdrag wordt aangenomen hetzelfde te zijn bedoeld.

Op grond van het tweede lid van art. 3 OESO-Modelverdrag en het OESO-commentaar dient de term *'ondernemingen'* in art. 9 OESO-Modelverdrag en de invulling van de gelieerdheids-criteria te worden uitgelegd

⁸⁸ Wijziging van belastingwetten c.a. (Belastingplan 2002-II – Economische infrastructuur), nota naar aanleiding van het verslag, kamerstukken, 28 034, nr. 5, pag. 36 en MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 blz. 19.

aan de hand van het nationale recht van de verdragsluitende staten. In Nederland is het begrip lichamen gedefinieerd in art. 2, lid 1, sub b, Algemene Wet inzake Rijksbelastingen 1959 (AWR) en omvat verenigingen en andere rechtspersonen, maat- en vennootschappen, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens. Hoewel dit niet expliciet uit de bepaling van art. 8b volgt, wordt deze geacht eveneens toe te zien op de verhouding tussen hoofdhuis en vaste inrichting en tussen vaste inrichtingen onderling. Sommige auteurs vinden het wenselijk de bepaling van art. 8b op dit punt te herzien zodat het één en ander expliciet duidelijk is.⁸⁹ Vanuit het oogpunt van een heldere wetgeving, deel ik die opvatting. Verder wijs ik in dat verband onder andere op het Belastingverdrag Nederland-België waar expliciet in paragraaf 11 van het protocol is vermeld dat voor de toepassing van art. 9 Belastingverdrag Nederland-België onder een 'onderneming' mede wordt verstaan een vaste inrichting. Kennelijk hebben beide verdragslanden het wenselijk geacht, wellicht vanwege de onduidelijkheid daaromtrent, het één en ander expliciet vast te leggen.

Met betrekking tot het constateren van gelieerdheid heeft de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk aangevoerd dat daarbij van belang is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de prijsstelling en/of de voorwaarden van de interne transactie.⁹⁰

Bij welke mate van gelieerdheid beslissende zeggenschap kan worden vastgesteld, is in art. 8b niet aangegeven. Naar het oordeel van de wetgever zou dat ertoe kunnen leiden dat verbondenheid eenvoudig stuurbaar en manipuleerbaar wordt.⁹¹ Gekozen is dus voor een open norm die afhankelijk van de feiten van een specifieke situatie zal dienen te worden ingevuld.

In Nederland kunnen belastingplichtigen bij de Belastingdienst zekerheid vooraf verkrijgen omtrent de vraag of twee of meer lichamen gelieerd zijn.⁹² Deze zekerheid is ook van belang voor de nog te bespreken documentatieplicht zoals neergelegd in het derde lid van art. 8b Wet VPB. 1969.

3.2.1 Gelieerdheidscriteria: vergelijking tussen Duitsland, België, Japan en de Verenigde Staten

Duitsland heeft, anders dan Nederland, gekozen de (middellijk of onmiddellijke) kapitaaldeelname van tenminste 25% in de nationale wetgeving op te nemen als richtsnoer voor het constateren van gelieerdheid voor verrekenprijdsdoeleinden.⁹³ Verder dient bij het ontbreken van gelieerdheid via aandeelhoudersrelaties, sprake te zijn van 'beherrschenden einfluß' (lees: overheersende invloed) op de prijsstelling of voorwaarden. Nadere definiëring van het begrip 'beherrschenden einfluß' ontbreekt in de Duitse wetgeving.

In tegenstelling tot Nederland beschikt Duitsland niet over een aparte specialistische transfer pricing-afdeling. De Nederlandse fiscus beschikt over een landelijke CGVP die eenheid van beleid op het vlak van verrekenprijzen

⁸⁹ Zie voetnoot 52.

⁹⁰ Nota naar aanleiding van het Verslag, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 47.

⁹¹ Advies Raad van State en Nader Rapport, kamerstukken II, 28 034, blz. 7.

⁹² Nota naar aanleiding van het Verslag, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 33-34.

⁹³ par. 1 van *Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz)*. Zie voor de tekst: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/astg/gesamt.pdf>

beoogt te bewerkstelligen. Het advies van deze groep is namelijk bindend voor de lokale inspecteur ingeval van verrekenprijskwesties. In Duitsland worden transfer pricing-kwesties overgelaten aan de lokale inspecteurs, waardoor versnippering van kennis en gebrek aan eenduidig beleid ontstaat. Mijns inziens zal dit ook zijn weerslag hebben op de invulling van het begrip gelieerdheid. Waar de ene inspecteur in een specifiek geval gelieerdheid aanwezig acht, zal de andere inspecteur wellicht tot een andersluidend oordeel komen. Dit heeft nadelige gevolgen voor de rechtsgelijkheid en de rechtszekerheid van belastingplichtigen.

België gaat eveneens uit van een open norm en spreekt (slechts) van ‘*vennootschappen die deel uitmaken van een multinationale groep van verbonden ondernemingen*’.⁹⁴ Voor de definitie van ‘*verbonden vennootschappen*’ wordt aangeknoopt bij het Belgische vennootschapsrecht.⁹⁵ Die bepaling bevat geen normering voor aandelenbezit, maar spreekt van vennootschappen waarover controlebevoegdheid wordt uitgeoefend danwel vennootschappen die onder een centrale leiding staan (de zogenoemde consortium). Hiertoe wordt ook gerekend de onderlinge handelsbetrekkingen of financiële betrekkingen tussen hoofdhuis en vaste inrichting en tussen vaste inrichtingen onderling. Overeenkomst met Nederland is dat België eveneens beschikt over een centraal orgaan, dat fungeert als kenniscentrum inzake verrekenprijzen en houdt zich bezig met eenheid van beleid op transfer pricing-gebied.

Japan hanteert een kwantitatieve en een open norm. Opvallend daarbij is de reikwijdte en de expliciete invulling van de verbondenheidscriteria voor verrekenprijsoeleinden. Waarbij aan de Japanse transfer pricing-wetgeving zijn onderworpen de ‘*juridical person*’ (rechtspersoon) die grensoverschrijdende transacties aangaat met de ‘*foreign juridical person*’ (naar buitenlands recht opgericht rechtspersoon wiens hoofdkantoor niet in Japan is gevestigd) en waarmee deze een ‘*special relationship*’ heeft.⁹⁶ Deze bijzondere band (verbondenheid) wordt geacht aanwezig te zijn bij een aandelenbelang van tenminste 50% of bij een belang van tenminste 50 % van het totaal geïnvesteerde kapitaal en ingeval van een ‘*other special relationship*’. Voor het vaststellen van het 50%-criterium worden overigens (aandelen)belangen die door echtgenoten (en eventueel door hun familieleden) worden gehouden meegetrokken.

Paragraaf 1 van art. 66-4 van de Japanse belastingwet (*Special Taxation Measures Law (STML)*) bevat een delegatiebepaling die aan de regering de bevoegdheid toekent de restcategorie waar ‘*other special relationship*’ op toeziet nader te definiëren.⁹⁷ Het betreft gevallen waarbij niet is voldaan aan het 50%-criterium. Daarvan is onder meer sprake wanneer 50% of meer van de bestuurders werkzaam zijn of waren geweest in de ene en de andere onderneming. Hoeveel jaar de Japanse fiscus terugkijkt is niet vermeld. Navorderingstermijn is in ieder geval gesteld op zes jaar gerekend vanaf de uiterste aangifte datum van een specifieke tijdvak. Verbonden is verder de ene onderneming waarvan de ‘*operational director*’ werkzaam is (of is geweest) als bestuurder of

⁹⁴ art. 185, paragraaf 2 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992.

⁹⁵ art. 11 van het Wetboek van Vennootschappen.

⁹⁶ paragraaf 1, art. 66-4 of Special Taxation Measures Law (STML) en paragraaf 1-4, art. 39-12 Cabinet Order on the STML. Informatie is ontleend aan: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transferpricingcountryprofiles.htm>, http://www.nta.go.jp/foreign_language/07.pdf en http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?id=41&vm=2&re=

⁹⁷ Order for Enforcement of the Act on Special Measures Concerning Taxation, Article 39-112

werknemer in de andere onderneming. Voorts is van gelieerdheid sprake indien een aanzienlijk deel van de uitstaande leningen die nodig zijn voor de operationele bedrijfsvoering van de Japanse onderneming (debiteur) zijn ontleend aan of gegarandeerd door de andere onderneming (buitenlandse kredietverstrekker). De omvang van de kredietverschaffing waarbij kennelijk verbondenheid optreedt is niet gekwantificeerd in de Japanse wet- en regelgeving. Ook is niet aangegeven of de kredietverschaffer, gelet op de omvang van zijn kredietverstrekking, feitelijk (mede) het ondernemingsbeleid dient te bepalen om verbonden te zijn.

Japan betreft onder het paraplu van de transfer pricing-wetgeving overigens ook de Japanse importeur (c.q. exporteur) van goederen via een zogenoemde '*trading company*' (handelsmaatschappij) van (c.q. aan) een buitenlandse gelieerde partij. Deze Japanse *trading companies* zijn ongelieerde partijen voor de Japanse importeur (c.q. exporteur) en fungeren in die zin slechts als intermediair tussen de koper en verkoper en doorgeefluik van de goederen in kwestie.

Interessant is naar ik meen de vraag wat deze uitgebreide reikwijdte van het Japanse geleerdheidsbegrip betekent voor de toepassing van art. 10 Belastingverdrag Nederland-Japan. Betekent dit dat Japan het heffingsrecht naar zich toe trekt ingeval van onzakelijke winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen? Mijns inziens kan dat niet zonder meer worden gezegd. Ik betwijfel overigens of buiten aandeelhoudersrelaties onzakelijke transacties vaker zullen voorkomen. In aandelenverhoudingen spreekt het immers voor zich dat de aandeelhouders van een bepaalde onderneming een winstgemis niet zullen accepteren wanneer dit op onzakelijke gronden aan een onderneming wordt gelaten waarvan zij geen aandeelhouders zijn. Feit is naar ik meen dat een ruimere invulling van het geleerdheidsbegrip inhoudt dat meer ondernemingen onderworpen zullen zijn aan de Japanse transfer pricing-wetgeving. Zij zullen derhalve geconfronteerd worden met transfer pricing-documentatie die Japan ook in zijn nationale wetgeving heeft verankerd. Dit betekent dus een verzwaring van de administratieve lasten.

In de Amerikaanse belastingwet (*Internal Revenue Code* (IRC)) wordt in par. 482 aangegeven wanneer ondernemingen voor verrekenprijdoeleinden als gelieerd zijn aan te merken:

*"In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, (...)"*⁹⁸.

De VS hanteren, evenals Nederland, een open norm. Gelieerd zijn partijen die onder '*common control*' (gemeenschappelijke controle) staan. Wanneer sprake is van zodanig '*control*' is niet gedefinieerd. De VS hebben, net als Nederland, gekozen voor een zeer materiële invulling van het geleerdheidsbegrip, maar wel met de uitdrukkelijke koppeling aan het deelnemen in het bestuur van, het toezicht op of het kapitaal in een ander lichaam. Dus van geval tot geval zal worden beoordeeld of sprake is van gelieerdheid voor transfer pricing-doeleinden.

⁹⁸ Internal Revenue Code, Section 482. (Voor de volledige tekst zie <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/482>).

Deze landenvergelijking illustreert dat de gelieerdheidscriteria in de zin van art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag in verschillende landen verschillend worden geïnterpreteerd. Het moge duidelijk zijn dat wanneer belastingplichtigen in verschillende fiscale jurisdicties worden geconfronteerd met een andersluidende invulling van de gelieerdheidscriteria, zoals de vorenstaande landenvergelijking illustreert, hun rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het geding zijn. Verder kunnen zij geconfronteerd worden met extra administratieve lasten en eventueel met economische dubbele belastingheffing. Zeker wanneer de ene fiscale jurisdictie op grond van zijn nationale wetgeving gelieerdheid constateert en eventueel een (opwaartse) winstcorrectie op grond van het ALB toepast, terwijl de andere staat deze niet erkent en niet overgaat tot een overeenkomstige (neerwaartse) winstcorrectie. Om te beginnen zou mijns inziens dit kunnen worden ondervangen door bij het overeenkomen van belastingverdragen nadrukkelijk de gelieerdheidscriteria voor de toepassing van het bilaterale verdrag nader te definiëren. Verder is voor een gemeenschappelijke interpretatie in internationaal verband overeenstemming van belang met betrekking tot de invulling van de gelieerdheidscriteria van art. 9 OESO-Modelverdrag. Ik pleit er dan ook voor om de OESO-richtlijnen en het OESO-commentaar bij het eerste lid van art. 9 OESO-Modelverdrag op dit punt aan te vullen door een nadere definiëring van de gelieerdheidscriteria. Naar mijn oordeel prevaleert rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van belastingplichtigen boven de fiscale soevereiniteit van betrokken staten in dit geval.

3.3 Toepassing van het ALB vóór de codificatie in art. 8b

Aan het ALB is - zij het onder de Nederlandse benaming totaalwinstbegrip ex. art. 3.8 Wet IB 2001 (voorheen art. 7 Wet IB 1964)- in Nederland vóór de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 met name in de jurisprudentie invulling gegeven. De inspecteur kon (en kan) bij onzakelijk handelen de correctie van de fiscale winst toepassen door te bewijzen dat een bevoordeling of benadeling heeft plaatsgevonden op grond van dat totaalwinstartikel. Voor de winstbepaling van lichamen in de VPB-sfeer is dit totaalwinstbegrip van overeenkomstige toepassing via art. 8 Wet VPB 1969. De fiscus dient daarbij aannemelijk te maken dat er sprake is van een vermomde winstuitdeling (ook wel verkapt of vermomd dividend genoemd) danwel dat er sprake is van informele kapitaalstorting of dat er sprake is van een onzakelijke uitgave die niet ten laste van de winst kan worden gebracht.

Ten aanzien van de winstuitdelingen bepaalt art. 10, lid 1, sub a, Wet VPB 1969 dat bij het bepalen van de (totale) winst niet in aftrek komen de, niet onder art. 9 vallende, onmiddellijke of middellijke uitdelingen van winst, onder welke naam of in welke vorm ook gedaan. Het begrip winstuitdeling wordt hierbij materieel opgevat, waarbij eveneens verkapte of vermomde winstuitdelingen eronder worden begrepen. De omvang van de uitdeling wordt bepaald door uit te gaan van de waarde in het economische verkeer van hetgeen aan het lichaam wordt onttrokken. Tegenover deze winstuitdelingen staan de ondernemingskosten die met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming worden verricht en als zodanig wel ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht.

In de jurisprudentie is ten aanzien van de verkapte winstuitdelingen het dubbele bewustheidsvereiste (ook wel bevoordelingsbedoeling genoemd) ontwikkeld. Daar werd de eis gesteld dat zowel de belastingplichtige als zijn

aandeelhouder als zodanig zich bewust moesten zijn van de bevoordeling. In *HR 8 maart 1987, nr. 23 711, BNB 1987/245* oordeelde de HR in r.o. 3 ten aanzien van deze bevoordelingsbedoeling als volgt:

“indien een vennootschap met een in aandelen verdeeld kapitaal met haar aandeelhouders overeenkomsten aangaat, waarbij zij voor de prestaties waartoe zij zich verbindt, een vergoeding bedingt welke lager is dan zij van een niet-aandeelhouder die overigens in dezelfde positie verkeert, zou hebben bedongen, zulks met de bedoeling de aandeelhouders te bevoordelen, dient het voordeel dat zij aldus aan de aandeelhouders doet toekomen, ingevolge artikel 8, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, in samenhang met artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964, tot de winst van de vennootschap te worden gerekend.”

Uit de jurisprudentie kan ook een tendens worden afgeleid van objectivering van het bewustheidsvereiste. De rechter legt dan de maatstaf aan van redelijkerwijs bewust zijn of behoren te zijn van de bevoordelingsbedoeling bij de aandeelhouder. Dit blijkt mogelijk te zijn naarmate de gehanteerde verrekenprijzen meer afwijken van hetgeen in ongelieerde verhoudingen gebruikelijk is. Zo kan uit een casus die leidde tot *HR 4 september 1996, BNB 1997/42* de volgende overweging van de HR worden afgeleid:

“In een zodanig geval zal de inspecteur, indien hij aannemelijk kan maken dat de werkelijke waarde van het overgedragene aanzienlijk lager is dan de overeengekomen waarde, daarmee tevens, behoudens tegenbewijs, voldoende aannemelijk hebben gemaakt dat sprake is geweest van uitdeling, dat wil zeggen dat een bevoordeling aanwezig was.”

In een andere procedure die leidde tot *HR 15 mei 1985, BNB 1985/271* overwoog de HR in r.o. 4.3 van dit arrest als volgt (vetgedrukte tekst: scriptant):

*“De toezegging van een pensioen door een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid aan een directeur-aandeelhouder dient te worden aangemerkt als een uitdeling (...) indien en voorzover aannemelijk is dat de vennootschap door die toezegging de betrokkene als aandeelhouder heeft willen bevoordelen en tevens deze zich daarvan **bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had moeten zijn**. Indien en voor zover evenwel zulks niet aannemelijk is, moet worden aangenomen dat de toezegging is gedaan aan de betrokkene als directeur ter zake van zijn arbeid als zodanig, hetgeen met zich brengt dat de uit de toezegging voortvloeiende lasten bij de bepaling van de winst in aftrek dienen te worden gebracht.”*

In zijn arrest van 20 oktober 1971 besliste de HR⁹⁹ in een casus waarbij het bestaan van een gemeenschappelijke aandeelhouder door de inspecteur niet aannemelijk kon worden gemaakt dat de enkele omstandigheid dat een belastingplichtige een winstpotentie onbenut heeft gelaten om een derde te bevoordelen onvoldoende is om dit winstgemis in de VPB te betrekken.

De HR heeft voorts een heldere en met het ALB overeenstemmende regel neergelegd, die inhoudt dat wanneer niet-gelieerde derden bereid zouden zijn de transactie onder dezelfde voorwaarden aan te gaan, geen sprake kan zijn van

⁹⁹ HR 20 oktober 1971, nr. 16 580, BNB 1971/233.

een transactie die zich in de aandeelhouderssfeer afspeelt. Zo wijs ik in dit verband op *HR 28 juni 2002, nr. 36 446, BNB 2002/243*, waarbij de HR in r.o. 3.2.2 deze regel als volgt heeft verwoord:

“Het recht evenmin wordt geschonden indien voor beantwoording van de vraag of een belastingplichtige zich op grond van de aandeelhoudersrelatie voordelen heeft laten ontgaan, beslissende betekenis gehecht wordt aan het antwoord op de vraag of een niet-gelieerde derde zich in het geheel van rechten en verplichtingen, dat geldt voor die belastingplichtige, zou hebben begeven dan wel zich daaraan niet zou hebben onttrokken.”

In een tweetal arresten van de HR van *21 september 1994, nr. 29.199, BNB 1995/15* en *nr. 29.356, BNB 1995/16* kwam de HR niet toe aan de vraag of de aandeelhouders als zodanig bewust werden beoordeeld en zich daar ook van bewust waren. De HR oordeelde dat wanneer het zakelijke karakter van uitgaven niet kan worden vastgesteld, deze niet ten laste van de wist kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen.

In *BNB 1995/15* was de casus als volgt:

Belanghebbende, X BV, een touroperator en organisator van vlieguren, verstreekte aan één van haar twee aandeelhouders, B, een vergoeding ter zake van verblijf- en reiskosten. Door de inspecteur werd de aftrek van deze vergoeding van de fiscale winst van belanghebbende niet geaccepteerd wegens onzakelijkheid van de post. Hof Amsterdam oordeelde dat de gemaakte kosten het zakelijke karakter ontberen, maar dat de inspecteur niet aannemelijk heeft kunnen maken dat belanghebbende bedoeld heeft B te bevoordelen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van belanghebbende. Het Hof concludeert dat de gemaakte kosten in aftrek kunnen komen. In cassatie oordeelde de HR in r.o. 3.3: *“’s Hof’s oordeel dat de onderhavige uitgaven niet een zakelijk karakter dragen, dwingt immers tot de slotsom dat zij niet ten laste van de winst kunnen worden gebracht, ook al is niet vastgesteld dat die uitgaven aan een aandeelhouder ten goede zijn gekomen.”*

In *HR 21 september 1994, nr. 29356, BNB 1995/16* ging het om een soortgelijke uitspraak gedaan door de HR. In deze procedure was de aftrekbaarheid van een substantiële betaling wegens technische bijstand en marketingdiensten aan een Antilliaanse vennootschap (B BV) aan de orde. Voor het Hof Amsterdam kwam feitelijk vast te staan dat B BV geen werkzaamheden ten behoeve van belanghebbende had verricht. De HR oordeelde in r.o. 3: *“indien vaststaat dat belastingplichtig lichaam een betaling heeft gedaan zonder dat blijkt van enige tegenprestatie kan deze uitgave, slechts dan tot de kosten van de door de belastingplichtige gedreven onderneming worden gerekend, indien deze aannemelijk maakt dat de uitgave ten behoeve van die onderneming is gedaan.”*

In een procedure die leidde tot *HR 14 juni 2002, nr. 36.453, BNB 2002/290*, beter bekend als het ‘renpaardenarrest’, bevestigde de HR dat door een vennootschap gedane uitgaven slechts dan het zakelijk karakter ontberen indien en voorzover zij zijn gedaan ter bevrediging van de persoonlijke behoeften van de aandeelhouder(s). Als zodanig kunnen zij derhalve niet ten laste van de fiscale winst worden gebracht. In het

renpaardenarrest ging het om kosten die een uitzendbureau (een BV) in de metaalbranche maakte voor het houden en aan drafwedstrijden laten deelnemen van twee renpaarden.

Naast de genoemde (vermomde) winstuitdelingen is in de jurisprudentie eveneens aan de orde gekomen wanneer gehanteerde verrekenprijzen tot een informele kapitaalstorting van de moedermaatschappij/aandeelhouder in haar dochtermaatschappij kunnen leiden. Waar een winstuitdeling leidt tot een hogere winst van de Nederlandse dochtermaatschappij leidt een informele kapitaalstorting daarentegen tot een lagere winst van de Nederlandse dochtermaatschappij. Uit de vermogensvergelijking volgt immers: (totale) winst = eindvermogen – beginvermogen + onttrekkingen – stortingen.

Een procedure die leidde tot het welbekende 'Zweedse grootmoederarrest', *HR 31 mei 1978, nr 19 230, BNB 1978/252*, betrof een belanghebbende, een naar Nederlands recht opgerichte BV, die samen met haar dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormde. De buitenlandse moedermaatschappij van belanghebbende verstrekte aan haar kleindochter een renteloze lening. De HR overwoog:

“dat het Hof aan het door hem vastgestelde feit dat A om redenen van concernbelang geen rente heeft bedongen de betekenis heeft toegekend, dat A in haar kwaliteit van grootmoedermaatschappij de dochtermaatschappij van belanghebbende- waarmee belanghebbende blijktens 's Hofs uitspraak een fiscale eenheid vormde- met de rente, die zij had kunnen bedingen en buiten die kwaliteit ook zou hebben bedongen, bewust heeft willen bevoordelen; dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan belanghebbendes dochter opgekomen voordeel, bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van belanghebbendes dochter doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen.”

De HR concludeert vervolgens dat *“het Hof terecht dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend, aangezien ingevolge artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming.”*

De casus die leidde tot *HR 28 februari 2001, nr. 35 653, BNB 2001/199* betrof een belanghebbende die deel uitmaakt van een internationaal concern aan wie een leverancierskrediet is verstrekt door een in Hong Kong gevestigd vennootschap, die eveneens deel uitmaakt van het concern. Overeengekomen is dat deze schuld in guldens zal worden gefactureerd, maar in dollars mag worden afgelost. Voorts is aan belanghebbende de keuze gelaten de schuld wegens leveranties tegen de koers op factuurdatum danwel de betalingsdatum af te lossen. Belanghebbende heeft daardoor bij aflossingen een valutavoordeel behaald. De HR oordeelde dat de facturering in guldens op zichzelf niet onzakelijk is, ook als dat niet normaal, of niet gebruikelijk zou zijn. Deze handelwijze kan immers zowel een voordeel als een nadeel opleveren. De HR betoogt verder dat belanghebbende niettemin op onzakelijke gronden is bevoordeeld, doordat zij de koers ten tijde van de facturering danwel ten tijde van de betaling mocht kiezen. Naar het oordeel van de HR vindt het voordeel dat tengevolge van deze handelwijze is

behaald zijn oorsprong in een bewuste bevoordeling door de aandeelhouder als zodanig en kan, als informele kapitaalstorting, niet in de fiscale winst van belanghebbende worden begrepen.

In het arrest van de *HR 28 juni 2002, nr. 36446, BNB 2002/343 (V-N 2002/34.9)* was in geschil of op de door een Nederlandse auto-importeur (X BV) gehanteerde verrekenprijzen van zijn Japanse moedermaatschappij/zustermaatschappij betrokken producten terecht door de inspecteur een correctie is aangebracht. Het geschil wordt door de A-G P.J. Wattel nog preciezer geformuleerd: *'in geschil is of het hof op goede gronden en voldoende gemotiveerd heeft geoordeeld dat de gehanteerde verrekenprijzen voldoende de prijzen benaderen die tussen onafhankelijke partijen ("at arm's-length") zijn overeengekomen.'*

De casus betrof een belanghebbende, die sinds haar oprichting in 1985 deel uitmaakt van het X-concern. Haar aandelen worden sinds haar oprichting gehouden door de Japanse moedermaatschappij (AX Ltd.). Belanghebbende houdt zich bezig met de import en verkoop aan de tussenhandel van de binnen het X-concern geproduceerde producten. De verrekenprijzen die door de concernmaatschappijen worden doorberekend aan belanghebbende worden door de moedermaatschappij eenzijdig vastgesteld en aan belanghebbende opgelegd. Scherpe onderhandelingen daarover passen niet in de cultuur van het X-concern en men streefde veeleer naar consensus. Dit betekende dat de verrekenprijzen niet waren onderworpen aan een arm's length-toets. In 1988 start de Nederlandse fiscus een onderzoek waarbij de gehanteerde verrekenprijzen van gelieerde importeurs van product A werden vergeleken met prijzen die aan ongelieerde importeurs door fabrikanten in rekening werden gebracht. Op producten A werden structurele verliezen geleden, maar het hele assortiment van afgenomen producten was winstgevend. Hof 's-Hertogenbosch had op grond van vastgestelde feiten geoordeeld dat van de binnen het concern gekozen gedragslijn van de aanvang af niet slechts nadelen groter dan voordelen konden worden verwacht. Hieruit vloeide volgens het Hof dat van deze gedragslijn niet gezegd kan worden dat het volgen daarvan welgedacht onmogelijk kon plaatsvinden met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming van belanghebbende. Volgens het Hof brengt de bewijslastverdeling mee dat op de inspecteur de bewijslast rust dat zijn correctie van de verrekenprijzen terecht is aangebracht. De HR laat het oordeel van het Hof in stand en gaat zelfs verder door te oordelen dat zelfs wanneer feitelijk vast zou staan dat de door belanghebbende gehanteerde verrekenprijzen niet op een at arm's length-wijze tot stand zijn gekomen, behoudt de inspecteur de bewijslast van de correctie. Een andersluidende opvatting vindt geen steun in de wet, aldus de HR. De omstandigheid dat het door belanghebbende behaalde resultaat afwijkt van hetgeen gebruikelijk is, leidt eveneens niet tot een andere bewijslastverdeling.

De HR komt tot het oordeel dat voor de toepassing van art. 10 Belastingverdrag Nederland-Japan geen rechtsregel bestaat die dwingt elke individuele transactie dan wel elke groep van transacties te toetsen aan het ALB:

"In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn geen voorschriften opgenomen terzake van de wijze waarop bedoelde voordelen moeten worden geconstateerd en berekend. Toetsing aan voormeld beginsel van het geheel van voorwaarden betrekking hebbend op het totale assortiment zoals dat geldt tussen een belastingplichtige en haar aandeelhouder(s) kan zonder schending van enig rechtsregel plaatsvinden.", aldus de HR.

De HR is voorts van oordeel dat:

“Ook de OESO-rapporten ‘Transfer pricing and multinationale enterprises’ van 1979 en 1984, herzien en gecompileerd in de ‘Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations van 1995 houden niet in dat het arm’s length beginsel op een andere wijze moet worden toegepast.”

De fiscus wordt op grond van vorenstaande overwegingen van de HR in het ongelijk gesteld. De HR handhaaft daarmee de door de auto-importeur gehanteerde verrekenprijzen. Vermeldenswaardig bij dit arrest vind ik de overweging van de A-G Wattel, die tot een andersluidend oordeel komt dan dat van de HR:

“Het komt mij voor dat uit het bovenstaande volgt dat het Hof met zijn in 4.1 weergegeven beoordelingscriterium niet de juiste maatstaf heeft aangelegd. De vraag of door het volgen van een bepaalde gedragslijn voordeel of nadeel wordt behaald is niet relevant. Relevant is slechts of door het volgen van die gedragslijn de winst(allocatie) wordt beïnvloed op een wijze die zich tussen onafhankelijke partijen niet of anders zou voordoen. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, dient de winst(allocatie) gecorrigeerd te worden naar die welke tussen onafhankelijke partijen zou zijn voorgevallen.”

Naast de omvangrijke rechtspraak op het vlak van het ruime totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001, wijs ik verder op het bestaan van een bloeiende rullingpraktijk in Nederland. Belastingplichtigen konden met de Nederlandse fiscus vooraf afspraken maken over de te belasten winst en daaromtrent rulings afsluiten. Zo kon de belastingplichtige onder meer een houdsterruling, een financieringsruling, een royalty ruling, een cost-plus ruling, een informeel kapitaalruling en een resale-minus ruling sluiten.¹⁰⁰ Het Nederlandse rullingbeleid kreeg vanuit de OESO en EU kritiek te verduren. Het rullingbeleid zou niet transparant zijn en leiden tot internationaal schadelijke belastingconcurrentie. Bovendien zou het strijdig zijn met het ALB als internationaal gedeelde transfer pricing-beginsel. Om aan deze kritiek tegemoet te komen is het ALB ingaande 2002 in art. 8b verankerd en is de oude rullingbeleid per 1 april 2001 vervangen door een OESO-conforme APA/ATR-praktijk. Voor de vóór voornoemde datum afgegeven rulings was overigens een overgangsregeling van kracht tot en met uiterlijk 31 december 2005.

3.4 Toepassing van het ALB na de codificatie in art. 8b

Op basis van art. 8b is het thans ook mogelijk een winstcorrectie toe te passen, indien lichamen op grond van een bestuurs- of toezichtrelatie gelieerd zijn- en niet reeds via aandeelhoudersverhoudingen- bij hun onderlinge transacties niet conform het ALB handelen. Dit betekent dus een verandering ten opzichte van de tot 1 januari 2002 geldende situatie, waarbij voor een verrekenprijscorrectie een aandeelhoudersrelatie vereist was.

Een nieuw element ten opzichte van de situatie vóór de codificatie van het ALB in art. 8b ingaande 2002 vormt de documentatieplicht van het derde lid van art. 8b. Belastingplichtigen dienen de gehanteerde verrekenprijzen met documentatie te kunnen onderbouwen. Dit betekent dat in de casus die leidde tot BNB 2002/343 (‘auto-

¹⁰⁰Zie voor een beschrijving van de diverse rulings I.J.J. Burgers en C. Romano, ‘Advance Tax Rulings’, O&F, 2003, nr. 55, pag. 26-27.

importeursarrest') belanghebbende onder art. 8b geconfronteerd zou (kunnen) worden met een verschuiving van de bewijslast van de fiscus naar de belastingplichtige. Hij heeft, zoals in casu het geval was, de gerealiseerde marge op product A niet met documentatie kunnen onderbouwen. Die was immers door de moedermaatschappij min of meer opgelegd.

In de wetsgeschiedenis van art. 8b Wet VPB 1969 wordt voorts bevestigd dat ten aanzien van verrekenprijs-correcties de bevoordelingsbedoeling wordt geobjectiveerd, omdat het ALB een objectieve maatstaf bevat voor het vaststellen van een zakelijke verrekenprijs. Bij toepassing van art. 8b wordt er vanuit gegaan dat een onjuiste verrekenprijs bewustheid impliceert. Het bewustheidsvereiste wordt dus (in sterkere mate) geobjectiveerd.

*“Een afwijking van deze objectieve maatstaf betekent tevens dat het vermoeden ontstaat- en daarmee het begin van bewijs is geleverd- dat het voor- of nadeel dat hierdoor is ontstaan, zijn oorzaak vindt in de gelieerdheid tussen de betrokken lichamen. Dit wordt bedoeld met de in de memorie van toelichting genoemde objectivering van de bewustheid.”*¹⁰¹

In de MvT wordt aangegeven dat de vergelijking met onafhankelijke derden slechts in zeer incidentele gevallen een specifieke prijs oplevert, maar dat deze zich bevindt tussen bepaalde marges. Bij de toepassing van het ALB volgt dat iedere verrekenprijs die zich tussen deze marges bevindt als een acceptabele verrekenprijs wordt aangemerkt. De MvT¹⁰² vermeldt dat (vetgedrukte tekst: scriptant):

*“Het arm's-lengthbeginsel houdt in dat de voorwaarden zoals die gelden voor transacties tussen gelieerde partijen worden vergeleken met de voorwaarden die in soortgelijke situaties worden overeengekomen tussen onafhankelijke derden. **In zeer incidentele gevallen zal in soortgelijke situaties tussen onafhankelijke partijen een specifieke prijs resulteren.** In de meeste gevallen zal het echter zo zijn dat in soortgelijke gevallen tussen onafhankelijke derden een prijs kan resulteren die zich bevindt tussen bepaalde marges. (...) uit de toepassing van het arm's-lengthbeginsel volgt dat iedere prijs die zich tussen deze marges bevindt als een acceptabele verrekenprijs wordt aangemerkt. **Slechts indien de prijs zich buiten deze marges beweegt, wordt niet meer gesproken van een arm's-lengthprijs daar een zakelijk handelende derde nooit een prijs zou zijn overeengekomen die buiten deze marges valt.** Indien in gelieerde verhoudingen toch een prijs wordt overeengekomen die buiten deze marges valt, dan hadden de betrokken gelieerde partijen zich ervan bewust moeten zijn dat de prijsstelling niet als zakelijk is aan te merken.”*

Het vorenstaande brengt mij derhalve tot de conclusie dat de wetgever bij de toepassing van art. 8b niet zozeer heeft beoogd de gelieerde onderneming in *dezelfde* positie te plaatsen ten opzichte van de ongelieerde, zakelijk handelende derde. Hij heeft wel een bandbreedte op het oog waarbinnen de tussen gelieerde ondernemingen gehanteerde verrekenprijzen kunnen variëren. Anders begrijp ik niet de opvatting *“In zeer incidentele gevallen zal*

¹⁰¹ Advies Raad van State en Nader Rapport, kamerstukken II 2001/02, 28 034, A, blz. 7-9. Naar aanleiding van dit advies is de MvT op dat punt uitgebreid. Zie ook, MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 21.

¹⁰² MvT, kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz. 21.

in soortgelijke situaties tussen onafhankelijke partijen een specifieke prijs resulteren. Dit betekent, naar mijn oordeel, dat bij een vergelijking van gelieerde en ongelieerde transacties ook slechts in zeer incidentele gevallen een eenduidige verrekenprijs kan worden bepaald. Wellicht ten overvloede, wijs ik verder op het feit dat in de herziene versie van de OESO-richtlijnen (2010) niet langer wordt gesproken van 'similar circumstances'¹⁰³, in plaats daarvan wordt 'comparable circumstances' gebezigd bij de vergelijking met ongelieerde derden. Naar mijn oordeel vormt dit ook een element dat erop wijst dat ook de OESO-richtlijnen, de arm's length-range indachtig (par. 3.55-3.59 van de OESO-richtlijnen), de gelieerde en ongelieerde ondernemingen niet in volstrekt dezelfde positie hebben willen plaatsen. Van Herksen¹⁰⁴ is daar niet zo stellig over en uit de kritiek dat uit het eerste lid van art. 8b Wet VPB 1969 niet valt te destilleren of een zakelijk handelende derde in dezelfde positie als belastingplichtige dient te verkeren. Thomas¹⁰⁵ is daarentegen van oordeel dat de wetgever wel een bandbreedte heeft willen creëren en de gelieerde en ongelieerde lichamen niet in dezelfde positie heeft willen plaatsen.

Zoals gezegd is de jurisprudentie op basis van art. 8b betrekkelijk schaars, waardoor veel elementen van het Nederlandse transfer pricing-regime nog niet aan rechterlijke toetsing zijn onderworpen. Lagere rechtspraak geeft wel richting aan de wijze waarop tegen art. 8b Wet VPB 1969 wordt aangekeken.

Rechtbank Arnhem¹⁰⁶ deed op 7 maart 2007 uitspraak inzake een verrekenprijsgechil tussen een Nederlandse groepsmaatschappij en de Nederlandse fiscus. Naar aanleiding van een door de inspecteur ingestelde boekenonderzoek naar onder meer de aanvaardbaarheid van de aangiften VPB 1999 tot en met 2002, zijn navorderingsaanslagen VPB over de jaren 2001 en 2002 opgelegd. Het geschil over het jaar 2002 werd met toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 beslecht.

De casus was als volgt: een Nederlandse groepsmaatschappij houdt zich bezig met een groothandel in tuingerelateerde (cadeau)artikelen, die zij betreft via een gelieerde Chinese Limited. Deze Limited betreft de goederen op haar beurt van andere Chinese leveranciers. Belanghebbende heeft in de aangifte VPB over het jaar 2001 de vraag of transacties met verbonden lichamen hebben plaatsgevonden ontkennend beantwoord. Dit levert volgens de Rechtbank een nieuw feit op dat de navordering rechtvaardigt.

In geschil is vervolgens het antwoord op de vraag of belanghebbende at arm's length heeft gehandeld door de aan haar gelieerde Chinese Limited een marge te vergoeden van 10% (\$ 154.832 in 2001) en 14,2% (\$ 477.538 in 2002) over de inkoopwaarde van de uit China verworven producten. De totale door de Limited gedragen kosten voor haar aanwezigheid en werkzaamheden in China bedragen voor 2001 en 2002 slechts \$ 116.454 respectievelijk \$ 173.388. Dit hield in dat de Chinese Limited 132 % (2001) en 275% (2002) van haar kosten vergoed kreeg. De inspecteur stelt dat de inkoopwaarde van de goederen geen goede grondslag is voor de winstopslag en stelt dat de opslag op de lokale kosten van de Limited dient te worden vastgesteld. Om die reden acht hij een vergoeding van

¹⁰³ Zie in dit verband bijv. par. 1.3, laatste volzin, OESO-richtlijnen. Daar waar de OESO-richtlijnen (verzie 2008) spraken over "(...) between independent enterprises in comparable transactions under similar circumstances" wordt in de OESO-richtlijnen 2010 van het woord 'comparable' uitgegaan.

¹⁰⁴ M. van Herksen, Tax Management Transfer Pricing Report, The Dutch Supreme Court's Transfer Pricing Decision, Applying Group Dynamics in Defining the Arm's Length Principle, vol. 11, nr. 8, 7 augustus 2002, Blz. 3-27.

¹⁰⁵ Mr. E. Thomas, Wanneer kan de fiscus binnen gelieerde verhoudingen verrekenprijzen corrigeren?, WFR 2002/1627.

¹⁰⁶ Rechtbank Arnhem, nr. AWB 06/00288, V-N 2007/35.6.

10% van de kosten voor de uitgevoerde functies en marktomstandigheden van de Limited redelijk, dus voor het jaar 2002 een maximale vergoeding van \$ 190.727. Volgens de inspecteur is er geen (interne) CUP voorhanden, omdat de Chinese Limited ten aanzien van ongelieerde derden zowel een in- als verkoopfunctie vervult. Ten opzichte van de Nederlandse vennootschap verricht zij slechts een inkoopfunctie. De Rechtbank volgt het oordeel van de inspecteur en overweegt dat de Cost-plusmethode met een opslag van 10% in deze casus de juiste verrekenprijsmethode is en concludeert tot onzakelijkheid van de door belanghebbende gehanteerde verrekenprijzen:

“Gelet op de omstandigheid dat de door eiseres gehanteerde kostenopslag aanzienlijk hoger is dan een als zakelijk te gelden verrekenprijs heeft verweerder hiermee eveneens aannemelijk gemaakt dat sprake is van een bevoordelingsbedoeling en bewustheid hiervan bij beide partijen. Het door eiseres daartegen aangevoerde is van onvoldoende gewicht om anderszins te concluderen.

Zoals de meeste uitspraken over verrekenprijzen, is ook bovenstaande uitspraak sterk feitelijk. Terecht vind ik in de onderhavige casus de verwerping van de CUP-methode. 94% van de transacties van de Chinese Limited heeft betrekking op de inkoopfunctie voor de Nederlandse vennootschap. Zij fungeert dus ten opzichte van belanghebbende slechts als een inkoopkantoor. 6% van de transacties die zij voorts aangaat betreft de verkoop van goederen aan ongelieerde derden. Indien de Limited eveneens als inkoopkantoor voor derden had gefungeerd dan waren de feiten en omstandigheden vergelijkbaar. Echter, onterecht, of beter gezegd onvoldoende gemotiveerd, vind ik het gemak zowel bij de inspecteur als bij de Rechtbank van het aanvaarden van de redelijkheid van 10% als kostenopslag. De inspecteur heeft niet aannemelijk gemaakt dat ongelieerde derden, gestaafd met een dertoets, in vergelijkbare omstandigheden tot een kostenopslag van 10% zouden zijn gekomen. Gesteld dat op basis van die dertoets een bandbreedte van 10% (minimale waarde van de waarneming) tot en met 14% (maximale waarneming) als zakelijk aan te merken kostenopslagen valt op te maken. De inspecteur zou in dat geval tot op het middelste punt van het interval (namelijk 12% kostenopslag) corrigeren. Immers, in par. 2.3 van het Verrekenprijbesluit 2013, merkt de staatssecretaris hierover op:

“Als een dergelijk specifiek punt niet is aan te wijzen, neemt Nederland het standpunt in dat wordt gecorrigeerd tot op de mediaan (middelste waarneming binnen de range)”. In het geschetste voorbeeld zou de Nederlandse belastingplichtige zijn benadeeld, zijn vergoeding wordt immers op basis van redelijkheid gesteld op 10% kostenopslag in plaats van 12% in het geschetste voorbeeld.

Een ander element waar rekening mee dient te worden gehouden is dat de Chinese Limited met economisch dubbele belastingheffing wordt geconfronteerd als de Chinese belastingautoriteit de door Nederland toegepaste winstcorrectie niet accepteert en dienovereenkomstig geen corresponding adjustment toepast. Weliswaar zijn zij op grond van het tweede lid van art. 9 Belastingverdrag Nederland-China gehouden de verrekenprijzen overeenkomstig de door Nederland aangebrachte winstcorrectie bij de Chinese Limited te herzien, maar dwingend is die bepaling niet. Op verzoek van de Nederlandse vennootschap zal in dat geval de bevoegde autoriteit van Nederland (de directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën) in overleg treden met de

Chinese autoriteiten om overeenstemming te bereiken over een punt binnen de range dat voor beide Staten acceptabel is. De OESO-richtlijnen bevelen overigens niet een correctie tot op de mediaan aan te brengen. Zij schrijven voor dat in zo'n geval de correctie plaatsvindt tot het punt binnen de range dat zo goed mogelijk aansluit bij de feiten en omstandigheden van de betreffende concerntransactie.

Ik ben van oordeel dat art. 8b Wet VPB 1969 een dubbele bewijslast voor de inspecteur (en zo ook voor de belastingplichtige) met zich meebrengt. Hij dient niet alleen te bewijzen dat de gehanteerde verrekenprijzen onzakelijk zijn, wanneer deze buiten de arm's length-range vallen, maar dient ook de omvang van de verrekenprijscorrectie aannemelijk te maken. De vraag die zich vervolgens opwerpt is hoe de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. De HR kwam in BNB 2002/343 in r.o. 3.2.2, overigens onder toepassing van het totaalwinstbegrip, tot het oordeel dat (vetgedrukte tekst: scriptant):

*“Het volgende dient te worden vooropgesteld. Het at arm's length beginsel, zoals dat onder meer is opgenomen in artikel 10, letter b van het Verdrag met Japan (Trb. 197067, gew. Trb. 199268) geeft Nederland de bevoegdheid voordelen die in het verkeer tussen onafhankelijke derden zouden zijn opgekomen maar op grond van gelieerdheid bij een bepaalde belastingplichtige niet zijn opgekomen, alsnog in aanmerking te nemen. Nederland maakt van deze bevoegdheid gebruik binnen het kader van art. 7 van de Wet IB 1964 (thans: art. 3.8 Wet IB 2001), dat in dit verband inhoudt dat mede tot de winst behoren alle voordelen die de belastingplichtige zich op grond van de relatie met haar aandeelhouder heeft laten ontgaan. **In de Nederlandse wet- en regelgeving zijn geen voorschriften opgenomen terzake van de wijze waarop bedoelde voordelen moeten worden geconstateerd en berekend.**”*

De vraag is, levert art. 8b Wet VPB 1969 wel een maatstaf waarmee, in de bewoordingen van de HR, bedoelde voordelen “moeten worden geconstateerd en berekend”. Ten aanzien van het constateren van die voordelen bevat het eerste lid van art. 8b mijns inziens weldegelijk een maatstaf om correcties aan te brengen. Indien voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van die welke in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen. Vervolgens komt de vraag op hoe de omvang van die correctie dan dient te worden berekend. De wetgever verwijst hiervoor naar de OESO-richtlijnen, die terecht door de HR in het auto-importeursarrest als niet eenduidig worden bestempeld. Rechtbank Arnhem (nr. AWB 06/00288), komt zelfs onder verwijzing naar diezelfde richtlijnen, voor het bepalen van de omvang van de correctie (slechts) tot het aanleggen van een, wat ik noem, (subjectieve) ‘redelijkheidsmaatstaf’ (10% kostenopslag wordt zonder nadere motivering als redelijk aangemerkt). Overigens vind ik het door de rechter aangelegde ‘redelijkheids criterium’ begrijpelijk in het licht van het ontbreken van specifieke wetgeving ten aanzien van de berekening van de omvang van de correctie.

Dat onze hoogste rechtscollage met de omvang van de verrekenprijscorrectie worstelt blijkt naar ik meen temeer uit het recent gewezen arrest van de *HR van 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37*. Terzake van het maximaal in aanmerking te nemen rentevergoeding ten aanzien van een 'onzakelijke lening'¹⁰⁷ komt de HR in het onderhavige arrest de wetgever tegemoet door zelf een vuistregel te formuleren. In r.o. 3.3.4 komt de HR tot het volgende oordeel (vetgedrukte tekst: scriptant):

“Gelet op het hiervoor overwogene en mede om redenen van eenvoud kan als vuistregel worden gehanteerd dat de rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de gelieerde vennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden van een derde zou lenen. Aldus wordt tevens voorkomen dat er met betrekking tot de rentelast verschil ontstaat in het resultaat van de gelieerde vennootschap al naar gelang onder de borgstelling van een derde wordt geleend, of rechtstreeks van de concernvennootschap.”

De vraag werpt zich op wat de wettelijke basis is voor de hiervoor genoemde overweging van de HR. Die ontbreekt naar ik meen. Dat is mijn inziens ook de kritiek die op art. 8b kan worden geleverd. Het daarin gecodificeerde ALB wordt gepropageerd als het theoretisch juiste, dynamische en objectieve fiscale zakelijkheidsbeginsel, maar bij toepassing ervan is een door de rechter aangelegde redelijkheidmaatstaf of vuistregel nodig om de omvang van de voordelen te kunnen vaststellen en dienovereenkomstig een winstcorrectie te kunnen toepassen.

Het ALB zoals gecodificeerd in art. 8b is naar mijn bescheiden oordeel geen dynamisch, maar veeleer een star begrip. Zo kan het naar ik meen, wat betreft de rechtsontwikkeling, niet worden vergeleken met het Nederlandse goedkoopmansbegrip ex. art. 3.25 Wet IB 2001, dat eveneens zijn invulling middels jurisprudentie heeft gekregen. Ik meen dat nadere wetgeving gewenst is die precies aangeeft hoe en tot welke omvang onzakelijke winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen gecorrigeerd kunnen worden. Zelfs al zou de wetgever bedoeld hebben dat tot de omvang van de informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling dient te worden gecorrigeerd geeft dit nog steeds geen aanwijzing hoe de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. De opvatting dat tot op de mediaan van de arm's length-range dient te worden gecorrigeerd, zoals de staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit 2013 verdedigt, heeft mijns inziens geen wettelijke grondslag. Belastingplichtigen kunnen vertrouwen ontlenen aan de in het Verrekenprijsbesluit 2013 opgenomen standpunten, maar zijn daar naar mijn oordeel formeel niet aan gebonden.

Welbeschouwd kom ik tot de conclusie dat er niet echt een wezenlijk verschil bestaat tussen het huidige art. 8b Wet VPB 1969 en de situatie vóór 1 januari 2002. Het eerste lid van art. 8b is slechts een codificatie van het ALB van art. 9 OESO-Modelverdrag, zoals het daarvoor ook al op grond van het verdragsrecht in Nederland doorwerkte en op basis van onze eigen totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 werd toegepast. Een nieuw element ten opzichte van de situatie vóór de codificatie van het ALB in art. 8b ingaande 2002 vormt uiteraard de

¹⁰⁷ Een lening die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is aangegaan dat daarmee de schuldeiser een debiteurenrisico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met hem gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder te dienen. Deze 'onzakelijke leningen' zal ik in par. 3.5.3 nader bespreken.

documentatieplicht van het derde lid van art. 8b.¹⁰⁸ Belastingplichtigen dienen de gehanteerde verrekenprijzen met documentatie te kunnen onderbouwen. Zodat ik hier het antwoord op de vraag, zoals geformuleerd in de probleemstelling, wat de implicatie(s) van de codificatie van het ALB is (zijn), als volgt kan formuleren:

- I. Met de codificatie van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969 is er (internationale) helderheid geschapen omtrent de toepasselijkheid van dat zakelijkheidsbeginsel in Nederland;
- II. Met betrekking tot de stelling dat op grond van art. 8b Wet VPB 1969 fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen effectiever kunnen worden voorkomen kan, gelet op de spaarzame rechtspraak, geen eenduidig antwoord worden gegeven. Wel is geconstateerd dat de rechter een redelijkheidsmaatstaf aanlegt bij het vaststellen van de omvang van de winstcorrectie ingeval van onzakelijke verrekenprijzen;
- III. De bevoordelingsbedoeling en de eis van dubbele bewustheid, die in zekere zin is geobjectiveerd in de vóór de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 gewezen jurisprudentie, is onder art. 8b Wet VPB 1969 eveneens van toepassing;
- IV. Er is, naar ik meen, beslist geen duidelijkheid geschapen omtrent de toepasselijkheid van de OESO-richtlijnen in onze fiscale rechtsorde. Zoals ik in deze scriptie verdedig hebben deze richtlijnen geen doorwerking in onze nationale fiscale recht. Indien de wetgever een op de OESO-richtlijnen gebaseerde bedrijfseconomische invulling van het ALB wenst dan is nadere wetgeving vereist, waarin expliciet wordt aangegeven op welke wijze de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. Dat kan de wetgever doen door een vierde lid aan art. 8b Wet VPB 1969 toe te voegen.

3.5 Het Verrekenprijsbesluit 2013

Met het recentelijk gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013 schetst de staatssecretaris in par. 1.3 de contouren van het huidige Nederlandse transfer pricing-beleid. Het besluit richt zich met name op aspecten waar de OESO-richtlijnen ruimte laten voor een eigen invulling of waar sprake is van onduidelijkheid. Het besluit kon mijns inziens niet uitblijven gelet op de herziene versie van de OESO richtlijnen per juli 2010. De in het besluit vervatte kernelementen kan ik als volgt samenvatten:

- De onderkenning van een flexibele aanpak bij de beoordeling van verrekenprijzen door de Nederlandse fiscus:

“Bij het beoordelen van verrekenprijzen dient in ogenschouw te worden genomen, zoals ook in de OESO-richtlijnen wordt vermeld, dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. Op grond daarvan wordt voorts aangegeven dat belastingdiensten worden aangespoord bij hun aanpak flexibel te zijn en niet te eisen dat de belastingplichtige zijn verrekenprijzen vaststelt met een nauwkeurigheid die, gezien alle feiten en omstandigheden, onrealistisch is. Ook de Nederlandse Belastingdienst zal deze uitgangspunten in acht nemen.”¹⁰⁹;

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk 4 van de scriptie voor een uitgebreide uiteenzetting ten aanzien van de documentatieverplichting van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969.

¹⁰⁹ Par. 1.3, Verrekenprijsbesluit 2013.

- Meer nadruk op coöperatie tussen belastingplichtige en Belastingdienst en erkenning van wederzijdse belangen:
*“ook op het gebied van verrekenprijzen past een constructieve samenwerking tussen Belastingdienst en belastingplichtige en is het van belang dat beide partijen begrip hebben voor positie en belangen van de ander. Onduidelijkheden kunnen worden voorkomen door middel van het maken van afspraken vooraf.”*¹¹⁰;
- Onduidelijkheden ten aanzien van de toepassing van het ALB ondervangen door de mogelijkheid van het aanvragen van APA's;
- In lijn met de herziene versie van de OESO-richtlijnen wordt in het Verrekenprijsbesluit 2013 mijns inziens terecht de functionele analyse als onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse als een belangrijke uitgangspunt bestempeld voor de beoordeling van het arm's length-karakter van gehanteerde interne verrekenprijzen:
*“Het startpunt van de arm's lengthtoets wordt gevormd door de vergelijkbaarheidsanalyse, de zoektocht naar vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden. De functionele analyse van de bij de transactie betrokken partijen vormt de kern van deze vergelijkbaarheidsanalyse. De uitgeoefende functies, de daarmee gepaard gaande risico's en de gebruikte activa bepalen immers de beloning voor de betrokken partijen.”*¹¹¹
- Bestrijding van mogelijk optredende onzakelijke winstverschuivingen ingeval van:
 - i. overdracht van immateriële activa (par. 8, Verrekenprijsbesluit 2013)
 - ii. inkopen in concernverband (par. 9, Verrekenprijsbesluit 2013)
 - iii. interne herverzekeringsactiviteiten (par. 11, Verrekenprijsbesluit 2013)

De staatssecretaris voert overigens geen reden aan waarom naar zijn oordeel bestrijding van onzakelijke winstverschuivingen ten aanzien van de hiervoor genoemde onderdelen wenselijk is.

In het Verrekenprijsbesluit 2013 zijn overigens ten opzichte van de vervallen besluiten van 30 maart 2001 (nr. IFZ 2001/295M) en van 21 augustus 2004 (nr. IFZ 2004/680M) nieuwe thema's opgenomen, zoals de relatie met het EU JTPF, garantstellingen binnen gelieerde verhoudingen bij het aangaan van leningovereenkomsten, aandacht voor de documentatieverplichting en de implementatie van het EU Transfer Pricing Documentation (EU TPD) en vroegtijdig onderling overleg bij verrekenprijsgeschillen.

Opvallend vind ik overigens de geringe aandacht voor de verschillende verrekenprijsmethoden in het Verrekenprijsbesluit 2013. Daar waar in het vervallen Verrekenprijsbesluit 2001 nog uitvoerig de verschillende verrekenprijsmethoden werden beschreven, wordt in het Verrekenprijsbesluit 2013 slechts gewezen op een aandachtspunt bij de toepassing van de Cost-plusmethode. Namelijk dat wanneer de interne prijsstelling plaatsvindt op basis van gebudgetteerde kosten, bij afwijking van de werkelijk gemaakte kosten, de meerkosten als gevolg van

¹¹⁰ Par. 1.3, Verrekenprijsbesluit 2013.

¹¹¹ Par. 2.1, Verrekenprijsbesluit 2013.

inefficiënties voor rekening van de contractpartij komen die de kosten kan beïnvloeden. Een onafhankelijke afnemer zou in een dergelijke situatie een prijsaanpassing niet accepteren.

Positief vind ik overigens dat in lijn met de herziene OESO-richtlijnen de zekere hiërarchie bij de toepassing van de verschillende verrekenprijsmethoden ook in het Verrekenprijbsluit 2013 is komen te vervallen.

In de navolgende paragrafen zal ik een aantal onderdelen van het Verrekenprijbsluit 2013 trachten te belichten.

3.5.1 Transfer pricing-aspecten van immateriële activa

In par. 5 en 8 van het Verrekenprijbsluit 2013 wordt aandacht besteed aan de waardering van immateriële activa ingeval van overdracht binnen gelieerde verhoudingen. In zulke situaties wordt onderkend dat het moeilijk kan zijn tot een waardebeoordeling op het moment van de transactie te komen, omdat onvoldoende inzicht bestaat in de toekomstige voordelen en de te lopen risico's. Voor ondernemingen kan het in die zin juist aantrekkelijk zijn binnen concern ontwikkelde immateriële activa in een vroeg stadium over te dragen aan een gelieerde onderneming die gevestigd is in een land met een aantrekkelijk(er) belastingregime. Voor fiscale jurisdicties bestaat alsdan het risico dat achteraf gezien van een lagere waarde is uitgegaan, waardoor de winsten die behaald worden met de exploitatie van het immateriële activum tegen een laag tarief of in het geheel niet worden belast. Hiermee lopen staten een aanzienlijke kans op uitholling van hun belastinggrondslag.

Voor de waardering van immateriële activa ingeval van verkoop of licentiëring binnen gelieerde verhoudingen verwijst het Verrekenprijbsluit 2013 naar de OESO-richtlijnen. In die richtlijnen wordt een drietal mogelijkheden beschreven om toch tot een adequate waardebeoordeling ingeval van overdracht van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen:

- i. Waardebeoordeling op basis van prognoses¹¹² van de verwachte voordelen (met inachtneming van alle relevante economische factoren), indien latere ontwikkelingen voldoende te voorzien en te voorspellen zijn op het moment van het aangaan van de transactie zonder toekomstige prijsaanpassingen;
- ii. Het opnemen van prijsaanpassingsclausules¹¹³ in de voorwaarden van de transactieovereenkomst ingeval van verkoop of in licentie geven van een immaterieel activum of aangaan van korte termijnovereenkomsten;
- iii. Het gebruik van een heronderhandelingsclausule¹¹⁴ bij het vaststellen van de voorwaarden van de transactie wanneer onvoorziene ontwikkelingen zich voordoen die tot een wijziging van de prijs dwingen.

In het Verrekenprijbsluit 2013 wordt aangegeven dat wanneer onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule of heronderhandelingsclausule zouden hebben geëist de Nederlandse

¹¹² Par. 6.29 van de OESO-richtlijnen.

¹¹³ Par. 6.30 en 6.34 van de OESO-richtlijnen.

¹¹⁴ Par. 6.31 en par. 9.88 van de OESO-richtlijnen.

fiscus het standpunt zal innemen de prijsstelling op basis van een dergelijke prijsaanpassingsclausule of heronderhandelingsclausule te bepalen. Dit betekent dat de Belastingdienst onder omstandigheden het standpunt zal innemen (en uiteraard aannemelijk dienen te maken) dat het niet at arm's length is een vaste prijs overeen te komen wanneer de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is, daar onafhankelijke derden in een vergelijkbare situatie geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen. In dergelijke gevallen dient derhalve, naar het oordeel van de staatssecretaris, van een voordeelfafhankelijke vergoeding te worden uitgegaan die het immateriële activum zou kunnen genereren. Bedacht dient te worden dat een prijsaanpassingsclausule of heronderhandelingsclausule ook kan inhouden dat de overeengekomen verkoopprijs of royaltyvergoeding ingeval van verkoop respectievelijk licentiëring van het immateriële activum achteraf bezien niet te laag, maar juist te hoog blijken te zijn vastgesteld. Een prijsaanpassingsclausule of heronderhandelingsclausule is in dergelijke gevallen nadelig voor de fiscus, daar de belastingplichtige met dit verlies in latere jaren rekening zal houden. In de OESO-richtlijnen wordt het voorbeeld gegeven van een royaltyvergoeding voor het in concernverband ter beschikking stellen van een gepatenteerd geneesmiddel die veel te hoog blijkt te zijn vanwege de onvoorziene ontwikkeling van een alternatieve goedkopere behandeling. Geconfronteerd met het vooruitzicht van tegenvallende inkomsten zou dit bij de licentiehouder de prikkel kunnen wegnemen het geneesmiddel nog te produceren. In de OESO-richtlijnen wordt onderkend dat ongelieerde ondernemingen in zo'n specifieke geval tot heronderhandeling van de licentieovereenkomst kunnen besluiten.

De OESO-richtlijnen formuleren wel een tweetal belangrijke uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt is dat rekening dient te worden gehouden met de realistische opties die beschikbaar zijn voor *alle* partijen (zowel de verkrijger als de overdrager) die onderdeel uitmaken van de transacties, ook wel de tweezijdige analyse genoemd. Een eenzijdige analyse (beschouwd enkel vanuit de positie van de overdrager van het immateriële activum) is niet afdoende bij het vaststellen van het arm's length-karakter van de prijsstelling ingeval van overdracht van immateriële activa binnen concernverband, aldus de OESO-richtlijnen. Zo zal derhalve moeten worden onderzocht, beschouwd vanuit het perspectief van de gelieerde verkrijger, of een onafhankelijke derde al dan niet bereid zou zijn tot het aanvaarden van dezelfde prijsstelling, rekening houdend met het nut en de waarde van het immateriële activum voor de verkrijger binnen zijn onderneming.

Een tweede uitgangspunt die de OESO-richtlijnen formuleren, is dat de fiscus zich niet op kennis van feiten en omstandigheden dient te baseren die op het moment van de transactie nog niet bekend was en waarmee een ongelieerde onderneming ook geen rekening kon houden, maar die wel op het moment van controle bekend is (de zogenoemde '*hindsight*'). Hiermee beoogt de OESO te bereiken dat de OESO-lidstaten niet met terugwerkende kracht een verrekenprijscorrectie aanbrengen op basis van nieuwe informatie. Met andere woorden, de OESO-richtlijnen staan het gebruik van *hindsight* bij het aanbrengen van een verrekenprijscorrectie in beginsel niet toe, maar doen aan de belastingdiensten de aanbeveling het toepassen van een prijsaanpassings- of heronderhandelings-

clausule te baseren op daadwerkelijke vergelijking met transacties tussen onafhankelijke derden. Dus wanneer in vergelijkbare transacties tussen ongelieerde derden geen hindsight wordt gebruikt, mag de fiscus zich dienovereenkomstig bij het aanbrengen van een correctie niet op hindsight baseren. Dit komt mijns inziens er de facto op neer dat de OESO-richtlijnen het gebruik van hindsight door fiscale autoriteiten nagenoeg onmogelijk maken door strikt te verwijzen naar onafhankelijke derden. Zeker wanneer men bedenkt dat de richtlijnen¹¹⁵ zelf onderkennen dat het ALB moeilijk toepasbaar is ingeval van overdracht van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen vanwege het ontreken van comparables, vind ik het strikt vasthouden aan de vergelijkbaarheid met ongelieerde derden nogal omslachtig. Landen lopen hiermee de kans op uitholling van hun belastinggrondslag.

De VS hebben, in tegenstelling tot de OESO, het uitgangspunt van hindsight uitdrukkelijk in hun nationale wetgeving¹¹⁶ verankerd, ondanks dat dit hen op hevige kritiek van met name hun verdragspartners kwam te staan. De Amerikaanse wetgeving zou niet in lijn zijn met het ALB, omdat de zogenoemde '*commensurate with income - standard*' niet uitgaat van vergelijkbaarheid met ongelieerde derden. De '*commensurate with income - standard*' schrijft namelijk voor dat zowel bij verkoop als bij het ter beschikking stellen van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen de overeengekomen verkoopprijs respectievelijk de royaltyvergoeding evenredig dient te zijn aan de winst die door de overnemer of licentienemer met het immateriële activum wordt behaald. Op grond van dit beginsel kan de Amerikaanse fiscus op elk tijdstip na de totstandkoming van de overdracht van het immateriële activum de oorspronkelijk overeengekomen prijsstelling eenzijdig aanpassen, indien blijkt dat op dat moment sprake is van een hogere winstgevendheid dan bij de totstandkoming van de overeenkomst was voorzien.

Een vergelijkbaar standpunt huldigt mijns inziens ook de staatssecretaris door in het Verrekenprijsbesluit 2013 te stellen dat een prijsaanpassingsclausule verenigbaar is met het Nederlandse belastingrecht onder verwijzing naar het arrest van de HR van 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385. In welke arrest de HR een uitzondering formuleert op de hoofdregel dat de fiscale winst op een transactie tot uitdrukking dient te komen in het jaar van overdracht.

Het arrest betrof de overdracht van, in de bewoordingen van de HR, "*(...) slechts de gegevens betreffende de ligging van mogelijk te ontwikkelen bouwlocaties in een zeer vroeg stadium van projectontwikkeling aan de afzonderlijke C.B.V.'s.*". Het gaat in wezen om het inbrengen van kennis door de moedermaatschappij in de betreffende BV's.

De casus betrof een concern dat zich bezighield met projectontwikkeling. Om zich tegen mogelijk optredende risico's te dekken die samenhangen met projectontwikkeling richtte de moedermaatschappij voor elk bouwproject een afzonderlijke BV op. De BV's hadden geen personeel in dienst en beschikten uitsluitend over het vereiste

¹¹⁵ Par. 1.9 en par. 6.13 van de OESO-richtlijnen.

¹¹⁶ Internal Revenue Code, Title 26, Section 482. Daarin wordt bepaald dat "*In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936 (h)(3) (b), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible*". Voor de volledige tekst zie <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/482>). Dit wordt de '*commensurate with income - standard*' genoemd.

wettelijke minimumkapitaal. Voor het onderzoek naar de praktische uitvoerbaarheid van een potentieel bouwproject werd tussen moedermaatschappij en de afzonderlijke BV's een modelovereenkomst gesloten waarbij een vergoeding van f 25.000 door de afzonderlijke BV's aan de moedermaatschappij was verschuldigd. Indien op enig tijdstip tijdens zo'n haalbaarheidsonderzoek bleek dat verder onderzoek geen zin had omdat het bouwproject niet gerealiseerd kon worden, waren de BV's slechts een vergoeding van de daadwerkelijk door de moedermaatschappij gemaakte kosten, vermeerderd met een kostenopslag van 10% verschuldigd. Indien daarentegen een bouwproject realiseerbaar bleek te zijn en wanneer tot uitvoering van het project werd overgegaan werd tussen moedermaatschappij en een betreffende BV een projectontwikkelingsovereenkomst gesloten. Daarbij werd aan de moedermaatschappij de opdracht en (onherroepelijke) volmacht verleend om tot volledige realisatie van het bouwproject te komen tegen een vergoeding die ligt tussen 4% en 6% van de aanneemsom voor gemaakte kosten, winst en risico. Wanneer het project tot ontwikkeling was gekomen, verkocht de moedermaatschappij de aandelen in de BV aan een belegger. De winst op het project werd aldus gepresenteerd als een onbelaste deelnemingswinst, waarop de deelnemingsvrijstelling (ex art. 13 Wet VPB 1969) van toepassing was. Het Gerechtshof Amsterdam legde de transacties tussen de moedermaatschappij en haar dochteronderneming tijdens de ontwikkelingsfase onder de loep en corrigeerde vervolgens de normaal belastbare winstopslag, die de moedermaatschappij aan de BV in rekening zou hebben gebracht als die laatste niet een gelieerde vennootschap was geweest.

Het Hof kwam tot het oordeel dat de moedermaatschappij bij de bedongen tegenprestatie voor de overdracht van een bouwproject aan de afzonderlijke BV's rekening had dienen te houden met de later tot realisatie gekomen winstpotentie. Aangezien de betreffende BV's geen verdere eigen bijdrage aan de totstandkoming van een bouwproject hebben geleverd had de moedermaatschappij zich, indien zij zakelijk had gehandeld, het leeuwendeel van de winstpotentie van een bouwproject moeten voorbehouden en aan de betreffende BV's slechts een bescheiden aandeel laten. Het Hof heeft deze winstpotentie in goede justitie bepaald op gemiddeld f 1.000.000.

De HR merkt het oordeel van het Hof aan als niet strijdig met enige rechtsopvatting en ook niet onbegrijpelijk en oordeelt in r.o. 3.3.6. als volgt: *“Voor de winsttoerekening aan belanghebbende heeft als uitgangspunt te gelden dat voor de overdracht van projecten aan C.B.V.'s als een zakelijke prijsstelling kan worden beschouwd de prijsstelling waarbij belanghebbende zich de resultaten van een in C.B.V. ontwikkeld en gerealiseerd project voorbehoudt behoudens 2% van de bouwsom, grondkosten en bijkomende kosten van het project (hierna: de tweeprocentformule), welke tweeprocentformule de maximale opbrengst voor een C.B.V. onder de hiérvóór in 3.1. weergegeven omstandigheden en voorwaarden behelst.”*

Vervolgens beantwoordt de HR de vraag ten aanzien van het moment van winstneming als volgt:

“Als jaar van winstneming voor belanghebbende kan in beginsel slechts gelden het jaar waarin de overeenkomst tot overdracht van een project aan de C.B.V.'s wordt aangegaan. De onzekerheid over de uiteindelijke omvang van de in rekening te brengen prijs dwingt evenwel ertoe aanvankelijk te volstaan met een zo reëel mogelijke

schattingen omtrent de financiële afloop van een project. Vervolgens zal een correctie ter zake van de onzekere prijscomponenten moeten volgen, welke correctie kan plaatsvinden uiterlijk in het jaar waarin de eerdere schattingen tot zekerheid zijn geworden, in het algemeen het jaar van oplevering van de onroerende zaak. Voorzover een project bij of kort na oplevering van de onroerende zaak niet is of wordt verkocht aan een belegger, zal definitief met de waardeschatting bij oplevering van het gereedgekomen project moeten worden volstaan.”

Mijns inziens levert het vorenstaande arrest gelet op het specifieke karakter van het feitencomplex niet een stevige bodem om hierop een contractuele prijsaanpassingsclausule af te dwingen. In deze casus gaat het immers om een moedermaatschappij die na overdracht van het immateriële activum, te weten de kennis inzake bouwlocaties, voor de verdere uitwerking van het bouwproject steeds in een contractuele relatie stond met de betreffende BV's. Dit heeft de HR tot het oordeel gebracht dat *“deze omstandigheden laten toe dat het Hof, zoals het gedaan heeft, als verondersteld zakelijk aanneemt dat tussen belanghebbende en een C B.V. zou worden bedongen dat de tegenprestatie voor de overdracht mede zou bestaan uit winstverrekening over de komende jaren. Dit oordeel geeft derhalve niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk.”*

De fiscus dient naar ik meen, indien hij het standpunt inneemt dat ongelieerde zakelijk handelende derden onder vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassings- of heronderhandelingsclausule zouden zijn overeengekomen, dit aannemelijk te maken. Mijns inziens dient dat te gebeuren onder verwijzing naar werkelijk tot stand gekomen vergelijkbare transacties en niet onder verwijzing naar een redelijk denkend ondernemer of (fictief) geconstrueerde onafhankelijke derde. Ik meen dat de Belastingdienst, gelet op het ontbreken van vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden vanwege het unieke karakter van immateriële activa, niet aan zijn bewijslast zal kunnen voldoen. Wellicht is het opnemen van een wettelijke bepaling in de geest van de Amerikaanse commensurate with income-beginsel om onzakelijke winstverschuivingen ingeval van overdracht binnen concern van immateriële activa tegen te gaan in deze een overweging waard.

Het arrest van de *HR van 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385*, welke mijns inziens een vertolking is van het Amerikaanse commensurate with income-beginsel, levert gelet op het specifieke karakter van het feitencomplex geen algemene regel waarop het uitgangspunt kan worden gebaseerd dat bij verkoop of het ter beschikking stellen van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen de overeengekomen overdrachtprijs respectievelijk de royaltyvergoeding evenredig dient te zijn aan de winst die door de overnemer of licentienemer met het immateriële activum wordt gerealiseerd. Bij winstneming heeft nog steeds als algemeen te gelden het jaar waarin de overeenkomst tot overdracht van een immateriële activum wordt aangeaan. De vraag blijft uiteraard, wat te doen met het onzekere element van de prijsstelling? De HR geeft in zijn overwegingen bij BNB 1998/385 zelf het antwoord:

“De onzekerheid over de uiteindelijke omvang van de in rekening te brengen prijs dwingt evenwel ertoe aanvankelijk te volstaan met een zo reëel mogelijke schattingen omtrent de financiële afloop van een project.”

In het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt, zoals dat overigens ook in het verrekenprijsbesluit van 2004 (nr. IFZ 2004/680M) was geregeld, uitgegaan van een bewijsvermoeden. Dit bepaalt dat wanneer een immaterieel activum wordt overgedragen aan een buitenlandse concernvennootschap en deze vervolgens voor meer dan 50% in licentie wordt gegeven aan het overdragende lichaam en/of met haar verbonden in Nederlandse gevestigde lichamen, een prijsaanpassingsclausule geacht te zijn overeengekomen. Dit bewijsvermoeden geldt niet indien aannemelijk gemaakt kan worden dat er zakelijke motieven voor de transactie zijn (bijv. geen sprake van een tax haven) en de waardering op het moment van de transactie zodanig bepaalbaar is dat onafhankelijke partijen geen prijsaanpassingsclausule zouden zijn overeengekomen. Met deze bepaling beoogt de staatssecretaris kennelijk te voorkomen dat er heen en weer wordt geschoven met immateriële activa om te profiteren van laagbelastende of niet belastende buitenlandse fiscale jurisdicties.

Ik vind het terecht dat de fiscus alertheid aan de dag legt en onzakelijke winstverschuivingen tracht te bestrijden ingeval van overdracht van immateriële activa aan een gelieerde partij die gevestigd is in een tax haven. Echter, het neerleggen van een bewijsvermoeden in een besluit is mijns inziens niet de wijze waarop zulks kan worden voorkomen, maar vereist specifieke wetgeving. De rechter kan zulke bewijsvermoedens immers negeren bij de verdeling van de bewijslast en de bewijslast leggen daar waar deze in zulke gevallen mijn inziens hoort, namelijk bij de fiscus. Indien deze stelt dat zakelijk handelende onafhankelijke derden in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden zijn overeengekomen, dan dient hij deze stelling ook aannemelijk te maken. Ook hier wordt de fiscus met een lastige bewijspositie geconfronteerd gelet op het doorgaans ontbreken van vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden.

3.5.2 Transfer pricing-aspecten van garantstellingen binnen concernverband

In par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt aandacht gevestigd op het verstrekken van garanties binnen gelieerde verhoudingen in het kader van geldverstrekkingen. Ook deze garantiestelling, oftewel aansprakelijkstelling, inclusief de al dan niet bedongen garantievergoeding worden onderworpen aan een arm's length-toets.

Voordat ik toekom aan de bespreking van dit in het Verrekenprijsbesluit 2013 opgenomen onderdeel, wil ik in deze paragraaf eerst stilstaan bij het recent gewezen arrest van de *HR van 1 maart 2013, nr. 11/01985, BNB 2013/109* (NTFR 2013/586). De staatssecretaris verwijst ter verdediging van zijn standpunten in par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013 naar de casus van het voornoemde arrest. Voor mij is interessant de vraag welke maatstaf de HR aanlegt bij de beantwoording van de vraag of een garantstelling binnen concernverband als zakelijk is aan te merken.

De casus die leidde tot BNB 2013/109 kan als volgt worden geschetst:

Belanghebbende, een naar Nederlands recht opgerichte X BV, houdt zich bezig met het produceren van landbouwmachines. Tot medio 2003 behoort X BV tot een wereldwijd concern dat zowel in Nederland als in het buitenland actief is in het ontwikkelen, fabriceren en verkopen van landbouwmachines en landbouwproducten, zoals kunstmest. Tot 1 januari 2003 maakte X BV samen met de moedermaatschappij, A Holding BV, deel uit van een fiscale eenheid. Als gevolg van tegenvallende financiële resultaten werden in het jaar 2000 door de Nederlandse fiscale eenheid aanzienlijke verliezen geleden. Om de groeistrategie van het concern te verwezenlijken wordt door een bankenconsortium onder leiding van de Rabobank eind 2000 een kredietfaciliteit van € 110 miljoen aan A Holding BV verleend. Aan deze financiering had de bank de voorwaarde gesteld dat alle concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk stelden voor deze zogenoemde 'paraplukredietfaciliteit'. Waarbij voorts was bedongen dat een eventuele regresvordering die zou kunnen voortvloeien uit het inroepen van de garantstelling achtergesteld was bij de vorderingen die het bankenconsortium op het concern heeft. Van de algehele kredietfaciliteit komt slechts € 1.125.000 (ongeveer 1 %) toe aan X BV. Ongeveer € 30,6 miljoen wordt toegeschreven aan de in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk gevestigde groepsondernemingen. Het merendeel van de lening, € 75,4 miljoen, komt toe aan A Holding BV. X BV heeft zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het volledige bedrag van de concernverplichting in het kader van de kredietfaciliteit. Voorts heeft zij een pandrecht gevestigd op haar activa ten behoeve van de banken om zo terugbetaling van het krediet zeker te stellen. Uit de feiten volgt verder dat X BV geen garantievergoeding ontvangt (en ook niet betaalt) voor de hoofdelijke aansprakelijkheid die voortvloeit uit de paraplukredietfaciliteit. Uit het feitencomplex blijkt voorts dat X BV geacht wordt, gelet op haar vermogenspositie in 2000 tot en met 2003 van respectievelijk circa € 6,5 miljoen, € 8,3 miljoen, € 10,3 miljoen en € 9,4 miljoen (na verwerking van het verlies die voortvloeit uit de kredietfaciliteit) en haar liquiditeitspositie, in staat te zijn zelfstandig de voor haar bestemde krediet aan te trekken. Begin 2003 heeft het bankenconsortium besloten, als gevolg van de verslechterde liquiditeitspositie van het concern, de kredietfaciliteit te beëindigen en zijn vordering op te eisen. Als gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid van X BV voor de kredietfaciliteit wordt X BV door de Rabobank op grond van haar pandrecht (slechts) aangesproken voor € 5.191.883, welke overeen kwam met de saldi van de vier bankrekeningen van X BV bij het bankenconsortium. Saillant detail is dat de Rabobank na uitoefening van haar pandrecht vervolgens een lening heeft verstrekt van € 1,2 miljoen aan X BV ter financiering van haar werkkapitaal. Ook dit vormt het bewijs dat X BV kredietwaardig wordt geacht door de Rabobank. Omdat de moedermaatschappij samen met andere concernvennootschappen failliet waren verklaard, was de regresvordering van X BV op de overige groepsondernemingen ultimo 2003 feitelijk waardeloos. Als gevolg hiervan heeft X BV deze vordering afgewaardeerd tot nihil en een verlies ten laste van het fiscale resultaat gebracht.

Bij het beoordelen van de aangifte VPB 2003 van X BV weigerde de Nederlandse fiscus de aftrek van € 5,2 miljoen van de fiscale winst met het argument dat het motief voor het aangaan van de kredietfaciliteit gelegen was in de aandeelhouderssfeer en vloeide derhalve niet voort uit de ondernemingsuitoefening. X BV stelde zich primair op het standpunt dat het afwaarderingsverlies aftrekbaar is van de fiscale winst, omdat haar garantstelling geen

debiteurenrisico meebracht die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Als subsidiaire stelling was X BV voorts van mening dat zij geen debiteurenrisico heeft aanvaard met het oogmerk haar aandeelhouder als zodanig te bevoordelen.

Rechtbank Arnhem volgt de inspecteur in zijn stelling en overweegt, onder verwijzing naar het arrest van de HR van 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191, dat gewezen is terzake van de zogenoemde 'onzakelijke lening', dat het verlies dat voortvloeit uit de garantstelling niet aftrekbaar is. Naar het oordeel van de Rechtbank heeft belanghebbende met de aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid een (debiteuren)risico gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. De Rechtbank gaat er derhalve vanuit dat belanghebbende dat risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouders als zodanig te dienen.

Hof Arnhem¹¹⁷ bevestigt de uitspraak van de Rechtbank en verwijst, in lijn met het oordeel van de Rechtbank, naar de uitspraak van de HR van 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/181. In r.o. 4.1 komt het Hof, zoals de HR in BNB 2008/181 ten aanzien van een 'onzakelijke lening' heeft bepaald, tot de overweging dat:

“vooropgesteld moet worden dat als een vennootschap zich garant stelt voor een lening die door haar moederverenootschap bij een bank is aangegaan, en daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, behoudens bijzondere omstandigheden ervan moet worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies ter zake van de garantstelling in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap kan worden gebracht (vgl. HR 9 mei 2008, nr. 43.849, LJV BD1108, BNB 2008/191).”

Verder somt het Hof een aantal gronden op, die de hiervoor genoemde uitspraak bekrachtigen. Ik vat deze, in de bewoordingen van het Hof, als volgt samen:

- In zijn r.o. 4.3 komt het Hof tot het oordeel dat *“Bezien vanuit het perspectief van belanghebbende zou een onafhankelijke derde zich immers niet onder dezelfde omstandigheden garant willen stellen voor de onderhavige kredietfaciliteit.”*;
- *“bovendien strekt de kredietfaciliteit vrijwel volledig tot voorziening in een financieringsbehoefte van Y [de moedermaatschappij, scriptant] en andere concernmaatschappijen.”*. Dit rechtvaardigt, naar het oordeel van het Hof, de conclusie dat aandeelhoudersmotieven ten grondslag liggen aan het aanvaarden van het debiteurenrisico door belanghebbende (zie r.o. 4.5);
- Het Hof heeft voorts overwogen (zie r.o. 4.3) dat belanghebbende geen garantievergoeding heeft ontvangen voor het gelopen risico;
- *“belanghebbende heeft een kans op een financieel nadeel op zich genomen- te weten een debiteurenrisico dat voortvloeit uit de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het volledige bedrag van de*

¹¹⁷ Hof Arnhem 15 maart 2011, nr. 10/00431, LJV: BP9846, NTFR 2011/850.

kredietfaciliteit van € 110 miljoen- zonder dat daar een ongeveer gelijke kans op voordeel of adequate tegenprestatie tegenover staat.” (zie r.o. 4.3);

- In r.o. 4.4 betoogt het Hof dat het (met terugwerkende kracht) in aanmerking nemen van een garantievergoeding de onzakelijkheid van de paraplu-kredietfaciliteit niet wegneemt:
“Het Hof acht het risico in dit geval dermate onzakelijk dat dit niet kan worden weggenomen door (alsnog) een vergoeding voor de garantstelling in aanmerking te nemen.”;
- Tot slot acht het Hof aannemelijk dat belanghebbende in haar eigen financieringsbehoefte had kunnen voorzien:
“In de bij belanghebbende bestaande financieringsbehoefte - kennelijk groot € 1.125.000 (zie 2.5) – had belanghebbende gelet op haar vermogenspositie (zie 2.7) zelf kunnen voorzien, zonder het debiteurenrisico te lopen dat voortvloeit uit de garantstelling.”.

Bij de voornoemde overwegingen heeft het Hof, mijns inziens onterecht, niet in beschouwing betrokken het feit dat belanghebbende door het bankenconsortium slechts voor € 5,2 miljoen van de kredietfaciliteit is aangesproken en niet voor € 110 miljoen. Gelet op diens vermogenspositie van circa € 6,5 miljoen ultimo 2000 en goede winstpotentie, meen ik dat het aansprakelijkheidsrisico bij het aangaan van de garantstelling (november 2000) niet *‘dermate onzakelijk’* is, zoals het Hof heeft betoogd. Steun daarvoor vind ik in de constatering van zowel de Rechtbank als het Hof dat tussen partijen niet in geschil is dat bij het aangaan van de garantstelling in het jaar 2000 de kans dat belanghebbende zou worden aangesproken gering is. Overigens vind ik het in wezen onmogelijk dat belanghebbende, gelet op zijn vermogenspositie ultimo 2000, bij het aangaan van de garantstelling zou kunnen worden aangesproken voor het gehele bedrag van de kredietfaciliteit ad € 110 miljoen.

Hoewel ik onderken dat in beginsel hetgeen contractpartijen juridisch hebben vormgegeven dient te worden gerespecteerd, meen ik dat de economische realiteit, het wezen, van dit specifieke geval voorgaat. Belanghebbende werd immers uit hoofde van de garantstelling feitelijk slechts aangesproken voor ongeveer 5% (en niet voor 100%) van de paraplu-kredietfaciliteit.

Ik meen voorts dat het Hof in het onderhavige geschil het ALB verkeerd heeft toegepast. De opvatting dat een onafhankelijke derde zich niet onder *dezelfde* omstandigheden garant zou willen stellen voor de kredietfaciliteit doet geen recht aan het ALB. Immers, het Nederlandse transfer pricing-beleid (in lijn met de OESO-richtlijnen) is gestoeld op het uitgangspunt dat de toepassing van het ALB geen exacte wetenschap is. Bij vergelijkbaarheid gaat het naar ik meen niet om strikt dezelfde omstandigheden, maar om vergelijkbare omstandigheden, waarin de belastingplichtige ten opzichte van de onafhankelijke, zakelijk handelende derde wordt geplaatst. Met andere woorden, er is ruimte voor het toepassen van redelijkheid bij het in aanmerking nemen van een arm's length-vergoeding en zo ook bij verrekenprijscorrecties. Ik meen dat de wetgever bij de toepassing van art. 8b Wet VPB 1969 ook zulks heeft beoogd. Namelijk, het creëren van een zakelijke bandbreedte die gestoeld is op een

vergelijkbaarheidsanalyse. Ik constateer dat het Hof aan de ene kant verwijst naar een 'onafhankelijke derde', die kennelijk niet bereid zou zijn het aansprakelijkheidsrisico te lopen, maar aan de andere kant is voor die stelling geen bewijs geleverd in de vorm van een vergelijkbaarheidsanalyse. Die analyse en in het bijzonder de daaraan ten grondslag liggende functionele analyse vormt naar ik meen de kern van het ALB.

Ik kan overigens het Hof volgen in zijn overweging dat een dergelijke paraplucredietfaciliteit met onderlinge garanties en achtergestelde regresvordering zich de facto slechts in gelieerde verhoudingen voordoet, waardoor een vergelijkbaarheidsanalyse moeilijk, zo niet onmogelijk, is. In dergelijke gevallen werkt naar ik meen de aan het ALB ten grondslag liggende derdentoets gewoonweg niet. Die mening is ook de staatssecretaris toegedaan. In par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013 refererend aan de paraplucredietfaciliteit van BNB 2013/109 concludeert hij dat *“een vergelijkbare hoofdelijke aansprakelijkheid zal niet snel tussen ongelieerde partijen worden aangetroffen en het zal daarnaast niet goed mogelijk zijn een arm's length vergoeding voor de onderlinge garantstelling van de verschillende gelieerde partijen vast te stellen.”*

Echter, daaraan zou mijns inziens niet de conclusie moeten worden verbonden dat een dergelijke concerntransactie *per definitie* onzakelijk is, c.q. ingegeven is door aandeelhoudersmotieven. Temeer daar het Hof in r.o. 4.5 zelf tot het oordeel komt *“dat de kredietfaciliteit op zichzelf ondernemingsdoeleinden diende, (...)”*. Indien de paraplucredietfaciliteit (als zodanig) met het oog op de zakelijke belangen van belanghebbendes onderneming is aangegaan, waarom wordt het aansprakelijkheidsrisico in de kapitaalsfeer geplaatst? In casu kan mijns inziens geen objectivering van het motief voor de groeps Garantie worden vastgesteld door het hanteren van een derdentoets, maar dat maakt mijns inziens de concerntransactie niet onzakelijk. Het zou naar ik meen de staatssecretaris hebben gesierd als hij goedkeurend beleid had uitgevaardigd ten aanzien van dergelijke paraplucredietfaciliteiten. Zeker gelet op de moeilijkheden die ondernemers heden ten dage ondervinden bij het aantrekken van kredieten, is de uitkomst van dit arrest in die zin mijns inziens onwenselijk.

Nu zakelijkheidsmotieven ten grondslag liggen aan een dergelijke concerntransactie en bij de constatering dat onafhankelijke derden een dergelijke paraplucredietfaciliteit niet plegen aan te gaan, meen ik dat op grond van een functionele analyse alsnog een (redelijke) garantievergoeding in aanmerking had dienen te worden genomen, die redelijkerwijs recht doet aan het gelopen risico. Waarbij ik voorts opmerk dat niet een aansprakelijkheidsrisico van € 110 miljoen in ogenschouw dient te worden genomen, maar slechts ten aanzien van het bedrag aan eigen vermogen ultimo 2000 wat in wezen maximaal verhaalbaar was op belanghebbende door het bankenconsortium op het moment van garanderen.

Onbegrijpelijk vind ik voorts dat het Hof aan de ene kant onderkent dat de kredietfaciliteit een ondernemingsdoel dient, maar desalniettemin benadrukt dat belanghebbende een kans op een financieel nadeel op zich heeft genomen zonder dat daar een gelijke kans op voordeel of adequate tegenprestatie tegenover staat. Uit het feitencomplex maak ik op dat belanghebbende winstgevend was ten tijde van het aangaan van de kredietfaciliteit en nadien ook winstgevend bleef. Sterker nog, zelfs nadat belanghebbende was aangesproken door de banken stond zijn

kredietwaardigheid niet ter discussie. Immers, uit de feiten bleek dat de Rabobank na uitoefening van haar pandrecht een lening verstrekke aan belanghebbende van € 1,2 miljoen.

Het Hof heeft, nu het de garantstelling voor € 110 miljoen geïsoleerd heeft beschouwd, niet onderzocht of belanghebbendes commerciële positie is verbeterd ten gevolge van het implementeren van de groeistrategie bij de andere concernonderdelen. In het reeds besproken auto-importeursarrest (BNB 2002/343) bleek immers dat de HR voor de beantwoording van de vraag of een binnen concern gevolgde gedragslijn met het oog op de zakelijke belangen van belanghebbendes onderneming werd gevolgd het gehele assortiment van afgenomen producten in de beschouwing betrok en niet enkel de transactie waarop structurele verliezen werden geleden. Met andere woorden, de HR hield rekening met compenserende transacties binnen concernverband. Het Hof volgt niet die route en volstaat met de overweging, zonder nadere motivering, dat het gelopen risico dermate onzakelijk is dat dit niet kan worden weggenomen door alsnog een garantievergoeding in aanmerking te nemen. Aan dat oordeel doet volgens het Hof niet af dat de kredietfaciliteit op zichzelf ondernemingsdoeleinden diende.

De HR bevestigt de uitspraak van het Hof en overweegt dat ingeval van een 'paraplukredietfaciliteit' een eventueel verlies uit hoofde van een garantstelling niet in aftrek kan worden gebracht. In de bewoordingen van de HR zijn de volgende criteria kenmerkend voor de 'paraplukredietfaciliteit':

- Een kredietarrangement waaraan alle of een aantal vennootschappen binnen het concern deelnemen;
- Een hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle bij het kredietarrangement betrokken vennootschappen; en
- Een niet opeisbare regresvordering die uit de hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaat, zolang de uit de kredietfaciliteit voortvloeiende schuld aan de bank niet volledig is voldaan. Met andere woorden, de regresvorderingen zijn achtergesteld bij de bankvordering.

Op grond van vorenstaande (cumulatieve) criteria heeft de HR vervolgens overwogen (zie r.o. 3.4) dat (vetgedrukte tekst: scriptant):

*"In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in **de vennootschappelijke betrekkingen** tussen die vennootschappen en die andere vennootschappen. **Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats** en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen."*

Uit de vorenstaande overweging maak ik op dat de HR van oordeel is dat niet aandeelhoudersmotieven ten grondslag liggen aan het aangaan van de garantieovereenkomst, zoals de feitenrechtters wel hebben betoogd, maar

'vennootschappelijke betrekkingen', c.q. concernbelangen, als doorslaggevend motief wordt aangeduid voor een dergelijke groepsgarantie.

Ik stel vast dat de HR, in tegenstelling tot de Rechtbank en Het Hof, bij zijn overweging niet een (expliciete) derdentoets heeft aangelegd. De HR komt tot het oordeel dat concernbelangen ten grondslag liggen aan het aangaan van de garantstelling voor de paraplu kredietfaciliteit. Ter motivering somt de HR een aantal gronden op, die ik hier als volgt samenvat:

- Er is in casu ten behoeve van de kredietverlening feitelijk sprake van consolidatie zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen; en
- De financiering en de daarbij over en weer gelopen risico's wordt in functie van het groepsbelang gesteld; en
- De betreffende concernmaatschappijen aanvaarden daarmee een aansprakelijkheid die groter is dan wanneer zij zelfstandig vreemd vermogen zouden hebben aangetrokken.

De HR heeft met de voornoemde overwegingen naar ik meen kennelijk (impliciet) bedoeld te zeggen dat ongelieerde, zakelijk handelende derden niet plegen te consolideren (over en weer aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden)¹¹⁸. Nu is vast komen te staan dat binnen gelieerde verhoudingen feitelijk sprake is van een dergelijke consolidatie, heeft dat de HR tot de conclusie gebracht dat vennootschappelijke betrekkingen ten grondslag liggen aan de garantstelling uit hoofde van de paraplu kredietfaciliteit. Althans, zo vat ik de overwegingen van de HR op. Naar mijn bescheiden oordeel gaat die stelling niet altijd op. Dat ongelieerde derden niet plegen te consolideren (wat evident is, omdat het op grond van het ondernemingsrecht niet kan), wil niet zeggen dat dit per definitie niet- arm's length is wanneer zulks binnen gelieerde verhoudingen plaatsvindt. Dit heeft de A-G P.J. Wattel, naar ik meen terecht, tot de volgende conclusie bewogen¹¹⁹:

“Daarmee komt het paard wel enigszins achter de wagen terecht: indien de 403-verklaring [hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 2:403 Burgerlijk Wetboek (BW), scriptant] een dergelijk fiscaal onaantrekkelijk resultaat heeft, bevordert dat niet de animo te consolideren, waardoor interessanten zich moeten behelpen met wellicht vele separate jaarrekeningen en jaarrekeningetjes.”

Een tweede kanttekening die ik bij de beslissing plaats, is nu de HR voor wat betreft de consolidatie kennelijk de feiten laat prevaleren boven hetgeen contractpartijen juridisch zijn overeengekomen, waarom doet hij dat niet ten aanzien van het feitelijk gelopen risico ten tijde van het aangaan van de garantstelling? Ik wijs erop, wellicht ten overvloede, dat zowel de Rechtbank als het Hof bevestigden dat niet in geschil is dat het aansprakelijkheidsrisico uit hoofde van de paraplu kredietfaciliteit bij het aangaan van de garantstelling gering is. In wezen was het ook onmogelijk, hoewel contractueel overeengekomen, dat belanghebbende, gelet op zijn vermogenspositie ultimo

¹¹⁸ De HR doelt hiermee op de bepaling van art. 2:403 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Daar wordt bepaald dat een tot een groep behorend rechtspersoon zijn jaarcijfers niet hoeft te publiceren als een moedermaatschappij schriftelijk heeft verklaard zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de rechtspersoon voortvloeiende schulden (zie art. 2:403, lid 1, sub f, BW).

¹¹⁹ Conclusie A-G Wattel, 27 april 2012, nr. 11/01985, LJN: BW6520, NTFR 2012/1743.

2000, bij het aangaan van de garantstelling zou kunnen worden aangesproken voor het gehele bedrag van de kredietfaciliteit ad € 110 miljoen. Indien de HR zijn beslissing op basis van deze feiten zou hebben gebaseerd, zou hij tot het oordeel zijn gekomen dat de garantstelling zakelijk was.

Nu de HR de garantstelling volledig in de kapitaalsfeer plaatst, kan de afwaardering van de regresvordering wanneer de garantie door de bank wordt ingeroepen, niet als verlies ten laste van de fiscale winst van de schuldeiser worden gebracht. De HR komt, naar ik meen ten onrechte, niet toe aan de beantwoording van de vraag of het (alsnog) in aanmerking nemen van een arm's length-garantievergoeding de onzakelijkheid van de garantiestelling zou kunnen wegnemen.

De HR onderkent overigens in r.o. 3.5 dat de afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschappen daaraan voordeel ontlenuen en dat het voordeel opkomt in de ondernemingsuitoefening en dientengevolge bij de bepaling van de fiscale winst in aanmerking moet worden genomen. Niettemin komt hij tot het volgende oordeel (vetgedrukte tekst: scriptant):

*“De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, direct- door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken- of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening - , **welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af.** Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.”*

Met de vorenstaande overweging volgt de HR het Hof, naar ik meen, niet in zijn oordeel dat belanghebbende met het aangaan van de garantieovereenkomst slechts een kans op een financieel nadeel op zich heeft genomen zonder dat daar een gelijke kans op voordeel of adequate tegenprestatie tegenover staat. De HR onderkent dat aan het kredietarrangement directe en indirecte voordelen kunnen worden toegeschreven, die opkomen binnen het kader van de ondernemingsuitoefening. Echter, dat doet niets af aan de onzakelijkheid van de hoofdelijke aansprakelijkstelling door belanghebbende voor de kredietfaciliteit, aldus de HR. Dit oordeel van onze hoogste rechtscollege is mijns inziens niet in lijn met de OESO-richtlijnen. In par. 7.6 van die richtlijnen wordt immers ten aanzien van de vraag of er (al dan niet) sprake is van een concerndienst waarvoor (al dan niet) een vergoeding in aanmerking dient te worden genomen, het volgende opgemerkt:

“Under the arm's length principle, the question whether an intragroup service has been rendered when an activity is performed for one or more group members by another group member should depend on whether the activity provides a respective group member with economic or commercial value to enhance its commercial position. This can be determined by considering whether an independent enterprise in comparable circumstances would have been willing to pay for the activity if performed for it by an independent enterprise or would have performed the

activity inhouse for itself. If the activity is not one for which the independent enterprise would have been willing to pay or perform for itself, the activity ordinarily should not be considered as an intra-group service under the arm's length principle.

Dus voor de vraag of een concerndienst is verleend hangt volgens de OESO-richtlijnen af van de vraag of de activiteit economische of commerciële waarde toevoegt aan het desbetreffende concernonderdeel met het oog op de verbetering van diens commerciële positie. Dit kan worden bepaald door na te gaan of een onafhankelijke onderneming in vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn geweest te betalen voor die activiteit, indien deze voor haar was verricht door een onafhankelijke onderneming. Indien de onafhankelijke derde niet bereid zou zijn te betalen voor de geleverde dienst, dient de activiteit volgens het ALB niet als een concerndienst te worden beschouwd, aldus de OESO-richtlijnen.

De HR onderkent zoals gezegd in het onderhavige arrest dat sprake is, in de bewoordingen van de OESO-richtlijnen, van een activiteit die economische of commerciële waarde toevoegt aan het betreffende concernonderdeel, maar laat de vergelijking met een onafhankelijke derde achterwege. Dit verschil in toepassing van het ALB terzake van garantstellingen binnen gelieerde verhoudingen, kan naar ik meen in internationaal verband leiden tot (economische) dubbele belastingheffing. Zo kan Nederland zich baseren op het standpunt dat geen concerndienst is geleverd aan een in het buitenland gevestigd gelieerd lichaam, terwijl de andere staat zich juist op het standpunt stelt dat een arm's length-vergoeding voor de geleverde concerndienst in aanmerking dient te worden genomen. De andere staat zal de winst van het gelieerde lichaam (opwaarts) corrigeren. Nederland zal daarentegen een corresponding adjustment weigeren, daar zij de correctie door de andere staat niet erkent. Met als gevolg, het optreden van dubbele belastingheffing.

Ik constateer bovendien dat de HR niet de lijn heeft gevolgd van de A-G Wattel, de Rechtbank en het Hof om garantiestellingen hetzelfde te behandelen als onzakelijke leningen, naar analogie van het arrest van de HR van 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191 en HR 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 (NTFR 2011/2722). In BNB 2012/37, waarmee het Hof overigens geen rekening heeft kunnen houden (omdat het gewezen was nadat Hofuitspraak gecasseerd was), overwoog de HR terzake van de 'onzakelijke lening' in r.o. 3.3.4 als volgt:

“Het debiteurenrisico dat een vennootschap bij het verstrekken van een onzakelijke lening aanvaardt, is te vergelijken met het risico dat wordt gelopen door een vennootschap die zich borg stelt voor een lening die onder vergelijkbare voorwaarden rechtstreeks bij een derde is opgenomen door een met haar gelieerde vennootschap. Gelet hierop zal in geval van een onzakelijke lening de fiscale winst van de vennootschap zoveel mogelijk op dezelfde wijze moeten worden vastgesteld als wanneer zij borg zou hebben gestaan voor een door een met haar gelieerde vennootschap rechtstreeks bij een derde opgenomen lening onder vergelijkbare voorwaarden.”

De lijn die de HR in BNB 2012/37 heeft ingezet ten aanzien van het gelijkschakelen van onzakelijke leningen en garantstellingen trekt de HR, zonder nadere motivering overigens, niet door naar zijn arrest van BNB 2013/109. De A-G Wattel doet dat overigens wel en komt tot de conclusie dat het cassatieberoep van belanghebbende gegrond dient te worden verklaard en verwezen dient te worden naar een ander Hof voor feitelijk onderzoek.

In een casus die leidde tot het arrest van de *HR van 12 december 2003, BNB 2004/265*¹²⁰, kwam Hof Amsterdam wel toe aan het aanleggen van een redelijkheidsmaatstaf, waarbij de door belanghebbende niet bedongen vergoeding voor het prijsgeven van de garanties in goede justitie op 20% van de hoofdsom van de gegarandeerde leningen werd gesteld en alsnog in aanmerking genomen. De HR volgt het Hof in diens overwegingen en concludeert dat die niet blijkt geven van een onjuiste rechtsopvatting.

De casus betrof een Nederlandse bank, X NV, die samen met haar Duitse dochtervennootschap, B, aan een Duitse supermarkketen, C AG-concern, tweetal leningen heeft verstrekt. B stelt zich deels garant voor deze kredietverstrekking. Hiervoor ontvangt zij van belanghebbende een garantievergoeding. Naar aanleiding van negatieve perspubliciteit werd besloten alle bij het C AG-concern aanwezige kredietrisico's bij X NV te concentreren. Hierdoor kwamen de door B verstrekte garanties voor de verstrekte leningen te vervallen. Belanghebbende heeft hiervoor een vergoeding bedongen noch ontvangen. Nadat een externe accountantsonderzoek aan het licht bracht dat C AG moedwillig haar balans te gunstig had voorgesteld, trok belanghebbende haar handen af van het concern. Belanghebbende brengt het volledige bedrag van de aan C AG verstrekte leningen alsmede een aan C AG verleende bedrag aan liquiditeitssteun ten laste van haar fiscale winst. De inspecteur was van mening dat een gedeelte van de verliezen, vanwege de garantstelling, voor rekening van B diende te komen. De inspecteur was van oordeel dat belanghebbende op niet-zakelijke gronden afstand had gedaan van haar rechten uit de garanties. Ook weigert de inspecteur de aftrek van het bedrag aan liquiditeitssteun.

In r.o. 3.2 concludeert de HR terzake van de afwaarderingsverliezen als volgt:

“Indien een moedermaatschappij het recht haar dochtermaatschappij in vrijwaring te roepen ter zake van een aan een derde verstrekte lening prijsgeeft, en het prijsgeven niet slechts kan worden aangemerkt als een handelen van een aandeelhouder als zodanig, dient het eventueel uit het vervallen van de mogelijkheid tot regres voortvloeiende verlies in fiscale zin te worden bepaald op het bedrag waarop de rechten uit hoofde van de garantstelling door de dochtermaatschappij ten tijde van het prijsgeven daarvan moet worden gewaardeerd. Als ter zake van het prijsgeven geen of een te lage prestatie is bedongen van de dochtermaatschappij, en zulks berust op onzakelijke overwegingen, moet de winst van de moedermaatschappij dienovereenkomstig worden gecorrigeerd. Indien echter het prijsgeven zelf van dat recht slechts kan worden aangemerkt als een handelen van de aandeelhouder als zodanig, is er sprake van een handelen in de kapitaalsfeer, hetgeen meebrengt dat het prijsgeven en de gevolgen daarvan geen invloed hebben op de fiscale winst.”

¹²⁰ HR 12 december 2003, nr. 38 124, BNB 2004/265 (conclusie A-G Van Kalmthout; m.nt. J.A.G. van der Geld, V-N 2004/2.21.

Nu de HR in zijn r.o. 3.3 het oordeel van Hof Amsterdam volgt dat belanghebbende ten aanzien van het prijsgeven van de garantstelling onzakelijk heeft gehandeld, maar niet in de hoedanigheid van aandeelhouder als zodanig, c.q. in het kader van beider ondernemingsuitoefening plaatsvond, staat hij de aftrek van het verlies toe. De winst van belanghebbende werd wel gecorrigeerd met een arm's length-vergoeding die ongelieerde derden voor het vervallen van de garanties zouden zijn overeengekomen.

Uit de hiervoor besproken arresten van de HR (BNB 2013/109 en BNB 2004/265), maak ik op dat de HR voordat hij toekomt aan de beantwoording van de vraag of een al dan niet in aanmerking genomen garantiEVERGOEDING de toets der zakelijkheid kan doorstaan, eerst tracht vast te stellen of de binnen gelieerde verhoudingen overeengekomen garantiESTELLING als zodanig als zakelijk is aan te merken. Met andere woorden, het motief voor het aangaan van de transactie wordt onder de loep genomen. Liggen aandeelhoudersmotieven danwel vennootschappelijke betrekkingen ten grondslag aan de garantstelling, dan wordt deze volledig in de kapitaalsfeer geplaatst. De HR komt dan niet toe aan de beoordeling van de (al dan niet) in aanmerking genomen garantiEVERGOEDING. De afwaardering van een eventuele regresvordering uit hoofde van de garantstelling vindt eveneens in de kapitaalsfeer plaats. Het afwaarderingsverlies komt dan niet ten laste van de fiscale winst op grond van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 of op grond van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969. Indien zakelijkheidsmotieven voor de garantstelling kunnen worden onderkend, c.q. de garantstelling vindt in het kader van de ondernemingsuitoefening plaats, wordt een eventueel niet bedongen garantiEVERGOEDING op basis van redelijkheid alsnog in aanmerking genomen.

In het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt, in lijn met par. 7.5 van de OESO-richtlijnen, een tweetal uitgangspunten geformuleerd dat van belang is bij het beoordelen van het arm's length-karakter van garantiESTELLINGEN binnen gelieerde verhoudingen:

- I. Er zal allereerst op basis van feiten en omstandigheden van het specifieke geval dienen te worden vastgesteld of daadwerkelijk een concerndienst is verleend.
- II. Indien sprake is van een concerndienst, zal vervolgens een arm's length-vergoeding voor dergelijke garantiESTELLINGEN dienen te worden bepaald.

In par. 6.1 van het Verrekenprijsbesluit wordt voor de definitie van een concerndienst wederom verwezen naar de OESO-richtlijnen. Volgens par. 7.6 van die richtlijnen is van een concerndienst sprake wanneer ten behoeve van een concernonderdeel daadwerkelijk een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat concernonderdeel bereid zou zijn te betalen. Dit laat de staatssecretaris van mening doen zijn dat *“indien er in het kader van de garantstelling sprake is van een dienst, de daarvoor in rekening te brengen vergoeding (de garantiEFEE) voor fiscale doeleinden in principe niet hoger kan zijn dan het verschil tussen het rentepercentage dat aansluit bij de afgeleide rating en het rentepercentage dat aansluit bij de concernrating. Dat is het maximale voordeel dat de concernvennootschap weet te behalen door het bestaan van de expliciete*

garantie.”¹²¹

Een ‘afgeleide rating’ wordt door de staatssecretaris gedefinieerd als het verschil tussen de zogenoemde ‘stand-alone rating’ en de ‘concernrating’. Deze afgeleide rating, ook wel ‘implicit parent guarantee’ (impliciete garantie) genoemd, is gestoeld op de veronderstelling dat een concernonderdeel gunstiger leningvoorwaarden (inclusief de rente) kan bedingen, omdat een bancaire instelling rekening zal houden met het feit dat de onderneming deel uitmaakt van een groter geheel. Het concern wordt geacht de gelieerde onderneming in staat te stellen aan haar verplichtingen te voldoen, c.q. zal de gelieerde onderneming niet failliet laten gaan.

Een stand-alone rating is gebaseerd op de kredietwaardigheid van een concernonderdeel, wanneer dit onderdeel van een bancaire instelling als zelfstandige onderneming (zonder concerngarantie) krediet zou aantrekken.

Een concernrating daarentegen is gebaseerd op de kredietwaardigheid van alle concernonderdelen tezamen.

In par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt door de staatssecretaris een drietal situaties onderscheiden die van belang zijn voor de bepaling van de (maximaal) in aanmerking te nemen garantievergoeding ingeval van garantiestellingen binnen concernverband. Deze vat ik als volgt samen:

- i. De gelieerde onderneming is niet in staat zelfstandig, dat wil zeggen zonder de formele garantie van gelieerde ondernemingen (de zogenoemde expliciete garantie), krediet op de financiële markt aan te trekken;
- ii. De gelieerde onderneming wordt in staat geacht zonder formele garantstelling (gelet op zijn gunstige kredietwaardigheid) zelfstandig krediet op de financiële markt aan te trekken;
- iii. De overige gevallen, waarbij gunstiger leningvoorwaarden kunnen worden bedongen op grond van een formele garantstelling door een gelieerde vennootschap, waarvoor een ongelieerde derde bereid zou zijn een garantievergoeding te betalen.

Ad i. Wanneer een gelieerde onderneming niet in staat is op grond van zijn eigen kredietwaardigheid zelfstandig, zonder de garantie van andere gelieerde onderneming(en), een lening op de financiële markt aan te trekken, vindt de garantstelling in beginsel in de kapitaalsfeer plaats, aldus de staatssecretaris. De mogelijke afwaardering van de regresvordering, indien de garantie wordt ingeroepen, vindt eveneens in de kapitaalsfeer plaats. De afwaardering zal derhalve niet ten laste van de fiscale winst van de schuldeiser kunnen worden gebracht. Dit oordeel van de staatssecretaris kan ik volgen, omdat dit naar ik meen in lijn is met de hiervoor besproken jurisprudentie.

Onafhankelijke derden, zoals kredietverzekeraars, staan ook garant voor kredietverstrekking, maar naar mijn mening slechts in situaties waarin de schuldenaar zelfstandig krediet kan aantrekken. Met de garantstelling kan de debiteur gunstigere leningvoorwaarden toebedeeld krijgen, dan wanneer geen sprake

¹²¹ Par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013.

zou zijn van een garantstelling. Kan een gelieerde onderneming slechts onder de garantstelling van een concernmaatschappij lenen, is naar ik meen sprake van een voordeel uit hoofde van, in de bewoordingen van de HR, vennootschappelijke betrekkingen. Dit leidt ertoe dat dit voordeel zowel bij de garantiegever als bij degene die de garantie aanwendt om gunstiger leningvoorwaarden te bedingen uit de fiscale winst dient te worden geëlimineerd. Indien de schuldeiser zijn vordering opeist bij de garantiegever, is een afwaarderingsverlies van een regresvordering eveneens niet aftrekbaar van de fiscale winst.

De staatssecretaris gaat echter verder door te stellen dat in zo'n geval de derdelening (de van de bank betrokken lening) in een lening van de garantiegever verandert. Met andere woorden, ook de rentelast zou in zo'n geval niet aftrekbaar zijn. Dit is naar ik meen juist niet in lijn met de hiervoor besproken jurisprudentie. De HR laat in BNB 2013/109 en BNB 2004/265 immers de lening en de daarmee gemoeide rentelast ongemoeid.

Ad ii. In het geval de gelieerde onderneming in staat wordt geacht zelfstandig krediet op de financiële markt aan te trekken, meen ik uit de bewoordingen van de staatssecretaris te kunnen afleiden dat een dubbele toets dient te worden toegepast. Indien in zo'n geval binnen gelieerde verhoudingen een formele garantiestelling (de expliciete garantie) is overeengekomen, zal dienen te worden nagegaan in hoeverre de gelieerde onderneming zonder deze expliciete garantiestelling zelfstandig gunstiger leningvoorwaarden zou kunnen bedingen op de kapitaalmarkt. Vervolgens zal dienen te worden beoordeeld in hoeverre de gelieerde onderneming louter op de grond dat zij deel uitmaakt van een concern (de zogenoemde impliciete garantie) gunstiger leningvoorwaarden bij een bancaire instelling zou hebben kunnen bedingen dan een vergelijkbare ongelieerde onderneming. *Indien en voorzover* daar sprake van is, is er geen sprake van een concerndienst in de zin van par. 7.13 van de OESO-richtlijnen, waarvoor een garantievergoeding verschuldigd is, aldus de staatssecretaris.

Het is in de eerste plaats, naar ik meen, juist te veronderstellen dat onafhankelijke derden bij het vaststellen van de kredietvoorwaarden rekening houden met het feit dat de schuldenaar deel uitmaakt van een concern met een betere kredietwaardigheid dan die van de debiteur, zonder dat sprake is van een expliciete garantie. Echter, de staatssecretaris is nu van mening dat zelfs bij aanwezigheid van een expliciete garantiestelling en bij de veronderstelling dat een gelieerde onderneming in staat wordt geacht zelfstandig krediet op de financiële markt aan te trekken voor de bepaling van de maximale garantievergoeding alsnog rekening zal dienen te worden gehouden met de impliciete garantie. Ik meen dat zo'n exercitie overbodig is. Immers, er is reeds sprake van een expliciete garantiestelling. Bovendien levert de impliciete garantie naar ik meen ook het praktische bezwaar op dat de garantiegever rekening zal dienen te houden met het feit dat hij zelf mede als zekerheid dient voor de verstrekte lening.

Bij de bepaling van de omvang van de garantievergoeding binnen gelieerde verhoudingen, ben ik daarom van mening dat in eerste instantie zal dienen te worden aangeknoopt bij hetgeen ongelieerde derden onder overigens vergelijkbare omstandigheden en voorwaarden daadwerkelijk bereid zou zijn te betalen voor de geldende garantieovereenkomst. Indien een dergelijke binnen gelieerde verhoudingen overeengekomen garantiestelling niet door derden pleegt te worden aangegaan, ben ik van mening dat daarmee niet gezegd kan worden dat de transactie per definitie onzakelijk is. Ik meen dat in dat soort gevallen, voor de beantwoording van de vraag of een concernttransactie arm's length is, de aan het ALB ten grondslag liggende functionele analyse doorslaggevend zou moeten zijn. Indien de gelieerde onderneming op basis van uitgeoefende functies en aanwezige vermogen het risico niet kan dragen, zal de garantiestelling volledig in de kapitaalsfeer dienen te worden geplaatst. Indien daarentegen de gelieerde onderneming het risico kan dragen dan zal naar ik meen op grond van redelijkheid de omvang van de garantievergoeding dienen te worden vastgesteld die recht doet aan het gelopen risico. Dit is ook in lijn met de OESO-richtlijnen.

In par. 7.13 van de OESO-richtlijnen wordt opgemerkt dat geen sprake kan zijn van een conerndienst wanneer een gelieerde onderneming louter op grond van haar gelieerdheid een hogere kredietwaardigheid bezit dan ze zou bezitten indien ze niet gelieerd was. Met andere woorden, bij een impliciete garantie kan geen sprake zijn van een conerndienst, waarvoor een vergoeding in aanmerking dient te worden genomen. Echter, in de desbetreffende paragraaf wordt wel onderkend dat wanneer een gelieerde onderneming profiteert van een groepsreputatie die voortvloeit uit een wereldwijde actieve marketing en 'public relations'- campagne wel sprake zal zijn van een conerndienst.

"For example, no service would be received where an associated enterprise by reason of its affiliation alone has a credit –rating higher than it would if it were unaffiliated, but an intra-group service would usually exist where the higher credit rating were due to a guarantee by another group member, or where the enterprise benefitted from the group's reputation deriving from global marketing and public relations campaigns."

Ad ii. Indien een expliciete garantiestelling is overeengekomen (en de gelieerde onderneming is in staat om zelfstandig krediet aan te trekken) zal dienen te worden beoordeeld of een ongelieerde derde bereid zou zijn onder dezelfde voorwaarden de garantieovereenkomst aan te gaan, waarvoor hij bereid zou zijn te betalen. Indien zulks het geval is, is de garantiestelling een conerndienst waarvoor een garantievergoeding in rekening dient te worden gebracht.

*"In de overige gevallen, waarbij gunstiger leningsvoorwaarden worden verkregen door een expliciete garantie van een gelieerde vennootschap, waarvoor een onafhankelijke derde bereid zou zijn te betalen, is er sprake van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden (de garantiefee)."*¹²²

¹²² Par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013.

3.5.3 Transfer pricing-aspecten van interne groepsleningen

In deze paragraaf wil ik aandacht besteden aan hetgeen in par. 12 van het Verrekenprijbesluit 2013 wordt besproken, namelijk de problematiek van het vaststellen van een arm's length-vergoeding voor financieringstransacties binnen gelieerde verhoudingen in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. Het is een lastige materie die zich in deze paragraaf niet leent voor een uitputtende behandeling.

In hoofdstuk 7 van de OESO-richtlijnen wordt slechts in algemene zin aandacht besteed aan het verlenen van diensten binnen concernverband. De richtlijnen behandelen niet specifiek de problematiek van het bepalen van een arm's length-vergoeding voor interne groepsleningen. Het is om die reden dat ik mij in deze paragraaf hoofdzakelijk zal beperken tot de (recent gewezen) Nederlandse jurisprudentie inzake de 'onzakelijke leningen'. Deze rechtspraak rondom interne groepsleningen spitst zich toe op de vraag op welke wijze de onzakelijkheid (c.q. de niet met het ALB overeenstemmende voorwaarden) bij leningverstrekkingen dient (dienen) te worden geëlimineerd (c.q. aangepast) zodat de totaalwinst zuiver kan worden vastgesteld.

In de Nederlandse jurisprudentie¹²³ vormt voor de bepaling of een rentevergoeding op een geldlening fiscaal aftrekbaar is in beginsel de civielrechtelijke kwalificatie van een geldlening het uitgangspunt. Dit houdt in dat wanneer civielrechtelijk sprake is van een lening de daarmee samenhangende rentelast in beginsel aftrekbaar is van de fiscale winst. Op dit uitgangspunt heeft de HR in BNB 1988/217 drie uitzonderingen geformuleerd. In onderstaande gevallen vormt de geldverstrekking fiscaalrechtelijk derhalve eigen vermogen en een eventuele afwaardering van een dergelijke lening is in beginsel niet aftrekbaar van de fiscale winst:

- I. Ingeval van een schijnlening. Van een schijnlening is sprake wanneer partijen naar de uiterlijke schijn een lening zijn aangegaan, terwijl in werkelijkheid contractpartijen in wezen een verstrekking van kapitaal hebben beoogd.
- II. Ingeval van een bodemlozeputlening. Van een dergelijke lening is sprake wanneer *reeds aanstonds* (bij het aangaan van de lening) vaststaat dat het uitgeleende geld niet of niet geheel zal worden terugbetaald.
- III. En wanneer sprake is van een deelnemerschapslening (zie art. 10, lid 1, sub d, Wet VPB 1969). Dit is een civielrechtelijk kwalificerende lening, die onder zodanige voorwaarden is aangegaan dat daarmee de schuldeiser in zekere mate deelneemt in de schuldenaar. Van een deelnemerschapslening is volgens de HR sprake wanneer cumulatief aan de volgende voorwaarden is voldaan:
 - De schuldeiser is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers;
 - Er is geen vaste looptijd afgesproken of een looptijd langer dan 50 jaar; en
 - Er is sprake van een winstafhankelijke vergoeding.

Met het arrest van de *HR van 9 mei 2008, nr. 43.849, BNB 2008/191* (ook wel 'certificaathouders uitkooparrest' genoemd), deed het fenomeen van de 'onzakelijke lening' zijn intrede in het Nederlandse fiscale recht.

¹²³ Zie bijv. HR 27 januari 1988, 23 919, BNB 1988/217. Beter bekend als het 'Unilever-arrest'.

De casus die ten grondslag lag aan BNB 2008/191 betrof een belanghebbende, X BV, die sinds haar oprichting in 1992 aan het hoofd staat van de A-groep. De aandelen van belanghebbende zijn gecertificeerd en ondergebracht bij een stichting administratiekantoor. De certificaathouders van belanghebbende waren eveneens houder van de certificaten van aandelen van F BV, voorheen de holding van de A-groep. Tengevolge van een reorganisatie in 1995 besloot een aantal certificaathouders hun belangen in F BV en belanghebbende af te stoten. De resterende groep certificaathouders beschikte niet over de financiële middelen om die certificaathouders uit te kopen. Besloten werd derhalve tot oprichting van een overnameholding, G Holding BV, die met een door belanghebbende verstrekte lening gefaseerd certificaten zou opkopen. De lening werd door belanghebbende aanmerkt als een rekening-courant, waarop de verschuldigde rente jaarlijks werd bijgeboekt. Een schriftelijke leningovereenkomst is daarbij niet opgemaakt. Een aflossingsschema voor de lening is eveneens niet vastgesteld en zekerheden voor leningen zijn gevraagd noch verstrekt. De bedoeling was dat G Holding BV de lening zou aflossen uit een te genereren dividendstroom uit belanghebbende en F BV. Wegens aanhoudende verliezen en het negatieve eigen vermogen van belanghebbende werd nooit dividend uitgekeerd vanuit de A-groep aan G Holding BV. In februari 2001 besloot belanghebbende haar vordering op G Holding BV (nominaal f 13.198.000) aan F BV tegen de waarde in het economische verkeer (ad f 6.205.000) over te dragen. In de aangifte VPB van het jaar 2000 werd door belanghebbende een afwaarderingsverlies van f 2.000.000 geclaimd (in het jaar 1999 was reeds een bedrag van f 5.000.000 ten laste van het resultaat gebracht), die door de inspecteur werd geweigerd.

Hof Arnhem volgt het standpunt van de inspecteur en oordeelt in r.o. 4.4 dat de vormgeving van de geldverstrekking iedere zakelijkheid ontbeert. Het Hof komt tot de slotsom dat belanghebbende onder zodanige voorwaarden en omstandigheden geld heeft geleend aan haar dochtervennootschap dat zij daarmee een debiteurenrisico op zich heeft genomen dat een onafhankelijke derde niet als zodanig zou hebben aanvaard. Van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel nopen, is geen sprake, aldus het Hof. Het afwaarderingsverlies op de vordering kan niet ten laste van belanghebbendes resultaat worden gebracht.

De HR achtte het voornoemde oordeel van het Hof van feitelijke aard en dus niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd (zie r.o. 3.2). De HR oordeelde in r.o. 3.4 dat ten aanzien van de onzakelijke lening het volgende heeft te gelden:

“Indien en voorzover een geldverstrekking door een vennootschap aan een aandeelhouder plaatsvindt onder zodanige voorwaarden en omstandigheden dat daarbij door die vennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen, moet- behoudens bijzondere omstandigheden- ervan worden uitgegaan dat die vennootschap dat debiteurenrisico in zoverre heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen. Een eventueel verlies op de geldlening kan in zoverre niet in mindering op de winst van die vennootschap worden gebracht”.

Naar het oordeel van de HR is een ‘onzakelijke lening’ een in civiel- en fiscaalrechtelijke zin kwalificerende geldverstrekking, die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is overeengekomen dat daarbij door de

schuldeiser een debiteurenrisico wordt gelopen dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen. Met andere woorden, de HR laat de lening als zodanig in stand, vormt dus geen (verkapte) kapitaalverstrekking conform de situaties zoals genoemd in BNB 1988/217. De HR heeft dus niet beoogd een vierde uitzondering te creëren naast de schijnlening, bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. In de bewoordingen van de HR van 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 *“past het niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van de bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt”*.

Met de *‘indien en voorzover’*-regel suggereert de HR dat de gelieerde lening een zakelijk en een onzakelijk debiteurenrisico heeft en dat een afwaarderingsverlies in die zin slechts in aftrek kan komen voorzover dat ziet op het zakelijke deel van de lening. In het arrest van de HR van 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 geeft de HR aan dat zulks niet is beoogd. Het debiteurenrisico bevindt zich geheel in de winstsfeer of geheel in de kapitaalsfeer. In r.o. 3.3.5. gaf de HR de volgende toelichting op BNB 2008/191 (vetgedrukte tekst: scriptant): *“Of sprake is van een onzakelijke lening dient te worden beoordeeld naar het moment van het aangaan van de lening met dien verstande dat een zakelijke lening gedurende haar looptijd ten gevolge van onzakelijk handelen van de crediteur vervolgens alsnog een onzakelijke lening kan worden. Anders dan in de literatuur die naar aanleiding van het hiervoor vermelde arrest van de Hoge Raad met nummer 43849 is verschenen wel is aangenomen, moet voor de lening als geheel worden beoordeeld of er sprake is van een onzakelijke lening. Uitgangspunt voor de fiscale winstberekening vormt hetgeen partijen zijn overeengekomen en bij één overeenkomst is sprake van één debiteurenrisico. Zoals een borgstelling voor een lening die door een derde aan een gelieerde vennootschap is verstrekt in zijn geheel al dan niet in de kapitaalsfeer ligt, heeft hetzelfde te gelden voor het debiteurenrisico van een onzakelijke lening.”*

De *‘zodanige voorwaarden en omstandigheden’* die blijkens het oordeel van de HR tot het onzakelijke debiteurenrisico hebben geleid betreffen het niet door belanghebbende vaststellen van een aflossingsschema en het feit dat er nimmer enigerlei vorm van zekerheid is gevraagd noch verstrekt (zie r.o. 3.2). De HR voegde hieraan toe het feit dat belanghebbende niet over andere activa of financiering beschikte en zou moeten aflossen uit een te genereren dividendstroom van onder meer belanghebbende blijkt geven van een door belanghebbende op onzakelijke gronden aanvaarde debiteurenrisico. Zodoende wordt de leningverstrekker geacht het debiteurenrisico te hebben aanvaard met de bedoeling het belang van zijn aandeelhouder in die hoedanigheid te dienen, aldus de HR. Dit geldt, naar het oordeel van de HR (BNB 2012/37, r.o. 3.3.6) eveneens ten aanzien van het debiteurenrisico ten aanzien van de schuldig gebleven rente op een onzakelijke lening. Wanneer het debiteurenrisico zich realiseert, c.q. de debiteur kan niet aan zijn (terug)betalingsverplichting voldoen en de lening wordt afgewaardeerd, is het afwaarderingsverlies derhalve fiscaal niet aftrekbaar. Dit verlies verhoogt het opgeofferde bedrag van een door een moedermaatschappij gehouden deelneming. Dit verlies zal op grond van art. 13d Wet VPB 1969 alsnog ten laste van de fiscale winst kunnen worden gebracht wanneer de deelneming wordt geliquideerd, indien aan de daar geldende voorwaarden wordt voldaan.

De casus van BNB 2012/37, waarin de HR nadere toelichting verschafte ten aanzien van BNB 2008/191, betrof overigens een belanghebbende, moedermaatschappij, die op 30 december 1999 A BV heeft opgericht en sedertdien binnen de fiscale eenheid voor de VPB met haar als moedermaatschappij heeft gevoegd. Vervolgens heeft belanghebbende haar effectenportefeuille op 30 december 1999 aan haar dochtermaatschappij, A BV, verkocht en geleverd. Ten aanzien van deze overdracht heeft een boeking in rekening-courantverhouding tussen A BV en belanghebbende plaatsgevonden. De dochtermaatschappij beschikte slechts over een eigen vermogen ad € 18.151. Op een zeker moment werd de rekening-courantschuld omgezet in een lening (omlaag) met een rentepercentage van 5% en een looptijd van 10 jaar. Belanghebbende heeft vervolgens een pandrecht gevestigd op de effecten van A BV. Ten gevolge van de rentebijbeschrijving had A BV een negatief eigen vermogen van € 1,2 miljoen. Belanghebbende besloot in het jaar 2001 haar vordering op de dochtermaatschappij af te waarden ten laste haar fiscale winst. De inspecteur weigerde deze aftrek. Het Hof heeft hem in het gelijk gesteld.

In de voornoemde casus oordeelde de HR in r.o. 3.3.2 dat de rentevergoeding op een binnen gelieerde verhoudingen verstrekte geldlening in beginsel bepaald dient te worden op basis van het ALB. Met andere woorden, er zal dienen te worden uitgegaan van een vaste rente die een onafhankelijke derde in rekening zou brengen, indien de lening onder dezelfde voorwaarden (zoals met betrekking tot zekerheden en de looptijd van de lening) zou zijn verstrekt. Daarbij geldt als randvoorwaarde dat de rentevergoeding niet zo hoog mag worden dat dit tot een in wezen winstdelende lening leidt, aldus de HR. Dan zou het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen worden aangetast. Indien een onafhankelijke derde de lening onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden niet zou hebben verstrekt, ook niet als een hogere niet winstdelende rentevergoeding zou zijn overeengekomen, is sprake van een onzakelijke lening.

In een casus die leidde tot het recente arrest van de *HR van 15 maart 2013, nr. 11/02248, BNB 2013/149* (V-N 2013/14.13) nuanceerde de HR zijn oordeel in BNB 2012/37 met betrekking tot de bij de fiscale winstberekening in aanmerking te nemen rentebate/rentelast bij de crediteur respectievelijk de debiteur terzake van onzakelijke leningen. Bovendien oordeelde de HR in het onderhavige arrest dat een afwaarderingsverlies op een lening verstrekt door de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij bij de schuldeiser/aandeelhouder niet aftrekbaar is op grond van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969 (BNB 2013/149, r.o. 3.3.5, slot).

Menig auteur is van oordeel dat ten aanzien van een door een aandeelhouder aan zijn dochtermaatschappij verstrekte 'onzakelijke lening' het door de aandeelhouder/schuldeiser aanvaarde debiteurenrisico zich niet in de kapitaalsfeer kan afspelen. In art. 2, lid 5, Wet VPB 1969 wordt immers bepaald dat de in art. 2, lid 1, sub a t/m d, Wet VPB 1969 bedoelde lichamen geacht worden hun onderneming te drijven met behulp van hun gehele vermogen. Met andere, woorden de relatie van een aandeelhouder met zijn dochtermaatschappij wordt volledig beheerst door de winstsfeer. Een eventueel (negatief) voordeel uit hoofde van de deelneming is dan slechts vrijgesteld door toepassing van de deelnemingsvrijstelling.

Nieuweboer¹²⁴ is van oordeel dat een onzakelijke lening omlaag zich niet in de kapitaalsfeer kan afspelen. Dit heeft naar zijn oordeel als noodzakelijk gevolg dat resultaten die worden behaald met door de schuldeiser/aandeelhouder aanvaarde debiteurenrisico (afwaarderingsverlies) zich in de winstsfeer afspelen. Dit is slechts vrijgesteld, onder toepassing van de deelnemingsvrijstelling, indien dit als (negatieve) voordeel uit deelneming kan worden aangemerkt. Daarvoor is vereist dat de belastingplichtige een deelneming heeft in de debiteur.

Arts¹²⁵ is van oordeel dat de HR met de onzakelijke lening 'omlaag'¹²⁶ een hybride rechtsfiguur heeft gecreëerd, die zowel kenmerken van eigen vermogen als van vreemd vermogen heeft. Ik deel zijn opvatting dat de HR bij de onzakelijke lening omlaag een eigen systeem heeft gecreëerd zonder dat daar een wettelijke grondslag voor bestaat. Hij concludeert dat de HR zijn jurisprudentie ten aanzien van de onzakelijke lening omlaag dient te herroepen.

De casus van BNB 2013/149 betrof een belanghebbende die ultimo 1998 van haar moedermaatschappij onder meer een vordering op D S.A., een Franse 99% dochter van belanghebbende, en een vordering op J S.A., een 100% Franse kleindochter van belanghebbende, heeft overgenomen tegen uitreiking van aandelen. Ten aanzien van deze vorderingen waren geen zekerheden verstrekt, was geen aflossingsschema of einddatum overeengekomen, was geen rente verschuldigd en waren de leningen op verzoek van de crediteur onmiddellijk opeisbaar. Wegens verslechterde financiële situatie bij J S.A. heeft belanghebbende haar vordering op D S.A. aan het einde van boekjaar 1999/2000 met € 10.708.000 afgewaardeerd en haar vordering op J S.A. met (afgerond) € 1.376.000 afgewaardeerd tot nihil.

De Inspecteur weigerde de afwaarderingen in aftrek toe te laten en heeft ten aanzien van alle in geschil zijnde boekjaren de onzakelijke leningen. Het Hof komt tot het oordeel dat de door belanghebbende verstrekte leningen dermate onzakelijk zijn, dat die niet kunnen worden verzakelijkt door het in aanmerking nemen van een niet winstdelende hoge rente. Het Hof verwerpt overigens het standpunt van de inspecteur dat sprake is van zogenoemde bodemlozeputleningen in de zin van het arrest van de HR van 27 januari 1988, nr. 23919, BNB 1988/217. Onder verwijzing naar de overwegingen van de HR in BNB 2012/37 oordeelde het Hof dat de vorderingen van belanghebbende niet ten laste van de fiscale winst kunnen worden afgewaardeerd

Met betrekking tot de op basis van de borgstellingsfictie in aanmerking te nemen rentebate/rentelast bij een rentedragende onzakelijke lening oordeelde de HR in BNB 2013/149 dat pas sprake is van een rentevordering bij de crediteur op het moment dat de rente verschuldigd is. De rentevordering bij de crediteur dient op dat moment voorts naar de waarde in het economische verkeer te worden gewaardeerd. Dit bedrag kan derhalve lager zijn dan de nominale waarde van de rentevordering. Dit betekent naar ik meen dat niet te allen tijde een zakelijke rente volledig bij de winstbepaling in aanmerking dient te worden genomen. De financiële situatie bij de debiteur dient

¹²⁴ Drs. M. Nieuweboer, *Onzakelijke leningen omlaag en totaalwinst: verzoening gewenst!*, NTFR2012/292.

¹²⁵ Dr. J.H.M. Arts, *Onzakelijke leningen*, Fed Fiscale Brochure 2013, onderdeel 2.4.

¹²⁶ Prof. dr. Mr. E.J.W. Heithuis, *Is het verlies op een onzakelijke lening 'omlaag' in de tbs-sfeer, respectievelijk 'opzij' aftrekbaar?*, WFR 2013/998, blz. 998-1004.

bij het in aanmerking nemen van een rentevergoeding op een rentedragende onzakelijke lening bij de crediteur eveneens in de beschouwing te worden genomen.

Bij een onzakelijke renteloze lening geldt dat voor het (alsnog) in aanmerking nemen van een fictieve zakelijke rentebate (de zogenoemde geïmputeerde rente) bij de crediteur eveneens de waarde in het economische verkeer van de rentevordering bepalend is, aldus de HR (BNB 2013/149, r.o. 3.5.2).

De vraag die zich opwerpt is op welke wijze een marktconforme rente op een interne groepslening dient te worden bepaald. Anders gesteld, hoe plegen onafhankelijke derden in ongelieerde transacties een rentevergoeding voor kredietverstrekking te berekenen. Ik stelde eerder vast, onder verwijzing naar BNB 2002/343, dat in de Nederlandse wetgeving geen voorschriften zijn opgenomen op grond waarvan dergelijke voordelen kunnen worden berekend. De in deze paragraaf besproken jurisprudentie geeft daar ook geen antwoord op. Vandaar dat ik pleit tot invoering van wetgeving die uitdrukkelijk aangeeft op welke wijze de in aanmerking te nemen marktconforme rentevergoeding dient te worden bepaald.

Ik stel verder vast dat de HR bij de 'onzakelijke leningen' het ALB een belangrijke rol toekent. Echter, ter invulling van het ALB wordt naar ik meen de aan dat beginsel ten grondslag liggende vergelijkbaarheidsanalyse niet eenzelfde belangrijke rol toegedicht. De verwijzing naar een (fictief geconstrueerde) ongelieerde derde die schijnbaar het debiteurenrisico niet zou hebben aanvaard, vind ik onvoldoende om tot onzakelijkheid te concluderen. Voor een gedegen vergelijkbaarheidsanalyse dienen daadwerkelijk door ongelieerde derden overeengekomen transacties in de beschouwing te worden betrokken. Indien dergelijke transacties tussen ongelieerde derden niet voorkomen, zal op grond van een functionele analyse een redelijke vergoeding in aanmerking dienen te worden genomen.

In het reeds vervallen Verrekenprijsbesluit 2001¹²⁷ en Verrekenprijsbesluit 2013 gaat de staatssecretaris wel nader in op het bepalen van een zakelijke vergoeding voor financieringsactiviteiten binnen de groep. In het Verrekenprijsbesluit 2001 nam de staatssecretaris het standpunt in dat ingeval van financiële dienstverlening binnen de groep een zakelijke rentevergoeding op basis van uitgeoefende functies, gelopen risico's en gebruikte activa dient te worden vastgesteld. Dit houdt in dat wanneer de uitgeoefende functies van een concernmaatschappij met name bestaan uit het verstrekken van leningen, de door deze maatschappij uitgeoefende functies in beginsel vergelijkbaar zijn met de functies van onafhankelijke, onder toezicht van een centrale bank staande, financiële instellingen, aldus het besluit.

Volgens het Verrekenprijsbesluit 2001 hanteren financiële instellingen die leningen verstrekken vier elementen bij de besluitvorming of, onder welke voorwaarden en tegen welke vergoeding een lening zal worden verstrekt:

- *Financieel risico*: dit financiële risico dat de kredietverstrekker wordt beoordeeld aan de hand van de balans en de verlies- en winstrekening.

¹²⁷ Besluit staatssecretaris van Financiën, 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M (BNB 2001/286). Dit Besluit was aangevuld en op sommige punten aangepast middels Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M (BNB 2004/407).

- *Debiteurenrisico*: bij de bepaling van het debiteurenrisico wordt een drietal elementen in de beschouwing betrokken, namelijk de aanwezigheid van zekerheden, het doel van de lening en de looptijd van de lening.
- *Ondernemingsrisico*: het ondernemingsrisico weerspiegelt het risico dat de schuldeiser toeschrijft aan de sector waarin de schuldenaar zijn bedrijfsactiviteiten uitoefent. De bepaling van dit risico is naar ik meen onderworpen aan de subjectieve oordeelsvorming van belastingplichtige en is lastig te kwantificeren.
- *Structureel risico*: bij het bepalen van het structurele risico spelen credit rating bureaus, externe bedrijven die zich bezig houden met het vaststellen van de kredietwaardigheid, zoals Moody's, Standard & Poor's en Fitch.

In het Verrekenprijbesluit 2001 wordt voorts toegevoegd dat de rentevergoeding voor het verstrekken van leningen door onafhankelijke financiële instellingen wordt bepaald door de opslag voor het kredietrisico te verhogen met opslagen voor het solvabiliteitsbeslag (kapitaalbuffer die banken ten opzichte van uitstaande leningen dienen aan te houden), de 'handlingkosten' (kosten voor afsluiten en afwickelen van het krediet) en een eventueel valutarisico. De staatssecretaris heeft overigens niet aangegeven hoe een dergelijke opslag voor het solvabiliteitsbeslag dient te worden berekend. In het Verrekenprijbesluit 2001 werd slechts gesproken van een redelijke vergoeding voor het eigen vermogen dat de schuldeiser dient aan te houden ten aanzien van de overeengekomen transactie.

Volgens het Verrekenprijbesluit 2001 dienen de genoemde zaken in de beschouwing te worden betrokken bij de bepaling van een arm's length-vergoeding voor het verstrekken van interne groepsleningen.

In het par. 12 van het Verrekenprijbesluit 2013 constateer ik dat de staatssecretaris zijn standpunt ten aanzien van de vaststelling van een arm's length-vergoeding voor kredietverstrekking binnen concernverband heeft herzien. Naar zijn oordeel speelt thans voor de bepaling van een arm's length rentebate/rentelast het perspectief van ieder van de betrokken partijen een belangrijke rol. Op basis van dit aan de OESO-richtlijnen ontleende '*tweezijdig perspectief*' wordt verondersteld dat een ongelieerde uitlener geacht wordt een lening te verstrekken aan een ongelieerde partij waarvan de kredietwaardigheid, na het aangaan van de kredietverstrekking, niet onder een bepaald niveau zakt. Vanuit het perspectief van de inlener huldigt de staatssecretaris het volgende standpunt: *"Een ongelieerde inlener zal in het algemeen geen leningstransactie aangaan waardoor zijn kredietwaardigheid onder het niveau van investment grade/BBB- zal dalen. Een dergelijke kredietwaardigheid betekent dat niet, of slechts tegen zeer hoge kosten vreemd vermogen kan worden aangetrokken. Daarnaast kunnen calamiteiten niet worden opgevangen en wordt het faillissementsrisico te hoog"*¹²⁶.

Ik stel vast dat dit 'tweezijdige perspectief' dat de staatssecretaris in lijn met de OESO-richtlijnen voorstaat niet wordt gedragen door de jurisprudentie van de HR. Deze heeft in BNB 2012/37 (r.o. 3.3.4) met betrekking tot de op de onzakelijke lening in aanmerking te nemen rentevergoeding overwogen dat deze om redenen van eenvoud dient

¹²⁶ Par. 12, onderdeel b, Verrekenprijbesluit 2013.

te worden gesteld op de rente die een onafhankelijke derde onder overigens dezelfde voorwaarden zou bedingen indien de lening door die derde zou zijn verstrekt met een borgstelling van de uitlenende concernvennootschap (de zogenoemde borgstellingsfictie). Met andere woorden, de HR is van oordeel dat voor de bepaling van de hoogte van de rentevergoeding op een 'onzakelijke lening' de kredietwaardigheid van de crediteur (en dus niet van de debiteur) bepalend is. Ik meen overigens dat deze door de HR geformuleerde vuistregel onwerkbaar is bij de veronderstelling dat de uitlenende concernvennootschap niet kredietwaardig is. Immers, een onafhankelijke derde zou onder die omstandigheid de lening niet willen verstrekken en is een rentevergoeding onbepaalbaar. Mijns inziens is voor de bepaling van een arm's length-rentevergoeding voor de interne groepslening niet de kredietwaardigheid van de uitlenende concernvennootschap relevant, maar juist die van de debiteur. Bij het vaststellen van een markconforme rentebate/rentelast zal naar ik meen op grond van het ALB rekening dienen te worden gehouden met de uitgeoefende functies, de te lopen risico's en het aangehouden eigen vermogen. Dat de berekening hiervan in de praktijk verre van eenvoudig is, onderken ik. Vandaar dat ik meen dat de wetgever aan zet is om aan te geven onder welke zakelijke condities zulke voordelen dienen te worden berekend. Indien de wetgever van oordeel is dat daarvoor aansluiting dient te worden gezocht bij onafhankelijke bancaire instellingen die onder toezicht staan van de Nederlandse Bank, zal hij richtlijnen moeten geven die belastingplichtigen daarvoor minimaal in acht dienen te nemen.

3.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is gepoogd het Nederlandse transfer pricing-regime nader te belichten en antwoord te geven op de vraag zoals geformuleerd bij de probleemstelling, namelijk wat de implicatie(s) is (zijn) van de codificatie van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969. Meer specifiek, de vraag of de Nederlandse transfer pricing-wetgeving in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 effectief is in het voorkomen van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen.

Met het recentelijk gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013 schetst de staatssecretaris in par. 1.3 de contouren van het huidige Nederlandse transfer pricing-beleid. Illustratief voor dat beleid is mijns inziens de prijzenswaardige compromisvolle houding van de fiscus ten opzichte van de belastingplichtige ingeval van verrekenprijskwesties en de erkenning van wederzijdse belangen.

Verder stel ik vast dat het Nederlandse transfer pricing-beleid zich kenmerkt door een grote mate van gehechtheid aan de OESO-richtlijnen. Deze richtlijnen zijn echter niet gecodificeerd in art. 8b. De staatssecretaris huldigt het standpunt dat deze richtlijnen doorwerken in onze fiscale rechtsorde. Niettemin kiest hij in de inleiding van par. 2.1 van het Verrekenprijsbesluit 2013 voor bewoordingen, die naar ik meen duiden op gebrek aan stelligheid en onzekerheid terzake van de formele gebondenheid van belastingplichtigen aan de OESO-richtlijnen. Deze kunnen naar ik meen niet eenzelfde interpretatieve functie kunnen vervullen als het commentaar op het OESO-

Modelverdrag en hebben in die zin mijns inziens geen doorwerking in het Nederlandse fiscale recht via het verdragsrecht. Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijbesluit 2013, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de fiscale transfer pricing-praktijk.

De wetgever heeft aangegeven dat de vergelijking met onafhankelijke derden slechts in zeer incidentele gevallen een specifieke prijs oplevert, maar dat deze zich bevindt tussen bepaalde marges. Bij de toepassing van het ALB volgt dat iedere verrekenprijs die zich tussen deze marges bevindt als een acceptabele verrekenprijs wordt aangemerkt. Slechts indien de prijs zich buiten deze marges beweegt, wordt niet meer gesproken van een arm's-lengthprijs daar een zakelijk handelende derde nooit een prijs zou zijn overeengekomen die buiten deze marges valt. Indien in gelieerde verhoudingen toch een prijs wordt overeengekomen die buiten deze marges valt, dan hadden de betrokken gelieerde partijen zich ervan bewust moeten zijn dat de prijsstelling niet als zakelijk is aan te merken. Het bewustheidsvereiste wordt dus (in sterkere mate) geobjectiveerd.

Op grond van de voornoemde overwegingen trek ik de conclusie dat de wetgever bij de toepassing van art. 8b niet zozeer heeft beoogd de gelieerde onderneming in *dezelfde* positie te plaatsen ten opzichte van de ongelieerde, zakelijk handelende derde. Hij heeft wel een bandbreedte op het oog waarbinnen de tussen gelieerde ondernemingen gehanteerde verrekenprijzen kunnen variëren.

Ik stel vast dat in de herziende versie van de OESO-richtlijnen (2010) niet langer wordt gesproken van '*similar circumstances*'. In plaats daarvan wordt '*comparable circumstances*' gebezigd bij de vergelijking met ongelieerde derden. Naar mijn oordeel vormt dit ook een element dat erop wijst dat ook de OESO-richtlijnen, de arm's length-range indachtig (par. 3.55-3.59 van de OESO-richtlijnen), de gelieerde en ongelieerde ondernemingen niet in volstrekt dezelfde positie hebben willen plaatsen.

Gelet op de spaarzame jurisprudentie op het vlak van verrekenprijzen, concludeer ik dat het ALB, zoals gecodificeerd in art. 8b, naar mijn bescheiden oordeel geen dynamisch, maar veeleer een star begrip is. Zo kan het naar ik meen, wat betreft de rechtsontwikkeling, niet worden vergeleken met het Nederlandse goedkoopmansbegrip ex. art. 3.25 Wet IB 2001, dat eveneens zijn invulling middels jurisprudentie heeft gekregen. In navolging van het voorstel van mr. T.W.M. Poolen en prof. S. van Weeghel, pleit ik dan ook voor invoering van een door de belastinginspecteur afgegeven '*voor bezwaar/beroep vatbare ruling*'. Zo kunnen standpunten van de fiscus wanneer deze door de belastingplichtige worden betwist, voordat een aanslag is opgelegd, aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen of een daartoe opgerichte onafhankelijke commissie die bindende antwoorden kan geven op rechtsvragen of op vragen van feitelijke aard. Een andere optie is het in de AWR opnemen van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan onze hoogste rechtscollege. Randvoorwaarde hiervoor is dat de HR de zaak snel ter hand zou moeten nemen. De rechtsontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 en de rechtszekerheid van belastingplichtigen zijn naar ik meen daarmee gediend.

Voorts is naar mijn bescheiden oordeel nadere wetgeving gewenst, waarbij nadrukkelijk wordt aangegeven hoe en tot welke omvang onzakelijke winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen gecorrigeerd kunnen worden. Zelfs al zou de wetgever bedoeld hebben dat tot de omvang van de informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling dient te worden gecorrigeerd geeft dit nog steeds geen aanwijzing hoe de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. De opvatting dat tot op de mediaan van de arm's length-range dient te worden gecorrigeerd, zoals de staatssecretaris in het Verrekenprijbesluit 2013 verdedigt, heeft mijns inziens geen wettelijke grondslag. Belastingplichtigen kunnen vertrouwen ontleen aan de in het Verrekenprijbesluit 2013 opgenomen standpunten, maar zijn daar naar ik meen niet formeel aan gebonden.

Met betrekking tot het constateren van gelieerdheid in de zin van het eerste en tweede lid van art. 8b Wet VPB 1969 heeft de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk aangevoerd dat daarbij van belang is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de prijsstelling en/of de voorwaarden van de interne transactie. Bij welke mate van gelieerdheid beslissende zeggenschap kan worden vastgesteld, is in art. 8b niet aangegeven.

De door mij uitgevoerde landenvergelijking illustreert dat de gelieerdheidscriteria in de zin van art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag in verschillende landen verschillend worden geïnterpreteerd. Belastingplichtigen worden hiermee in verschillende fiscale jurisdicties geconfronteerd met een andersluidende invulling van de gelieerdheidscriteria, waardoor hun rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het geding zijn. Verder kunnen zij geconfronteerd worden met extra administratieve lasten en eventueel met economische dubbele belastingheffing. Ik pleit er dan ook voor bij het overeenkomen (of de heronderhandeling) van belastingverdragen nadrukkelijk de gelieerdheidscriteria voor de toepassing van het bilaterale verdrag nader te definiëren. Verder is voor een gemeenschappelijke interpretatie in internationaal verband overeenstemming van belang met betrekking tot de invulling van de gelieerdheidscriteria van art. 9 OESO-Modelverdrag. Zo kunnen de OESO-richtlijnen en het OESO-commentaar bij het eerste lid van art. 9 OESO-Modelverdrag op dit punt worden aangevuld door een nadere definiëring van de gelieerdheidscriteria. Naar mijn oordeel prevaleert rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van belastingplichtigen boven de fiscale soevereiniteit van betrokken staten in dit geval.

In par. 5 en 8 van het Verrekenprijbesluit 2013 wordt aandacht besteed aan de waardering van immateriële activa ingeval van overdracht binnen gelieerde verhoudingen. De staatssecretaris geeft in het besluit in dat kader aan dat bestrijding van onzakelijke winstverschuivingen gewenst is. In die zin vind ik het terecht en begrijpelijk dat de fiscus alertheid aan de dag legt en onzakelijke winstverschuivingen tracht te bestrijden ingeval van overdracht van immateriële activa aan een gelieerde partij die gevestigd is in een tax haven. Echter, het neerleggen van een bewijsvermoeden in een besluit is mijns inziens niet de wijze waarop zulks kan worden voorkomen, maar vereist specifieke wetgeving. Wellicht is het opnemen van een wettelijke bepaling in de geest van het Amerikaanse commensurate with income-beginsel om onzakelijke winstverschuivingen tegen te gaan in deze een overweging waard.

Het arrest van de *HR van 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385*, welke mijns inziens een vertolking is van het Amerikaanse commensurate with income-beginsel, levert gelet op het specifieke karakter van het feitencomplex geen algemene regel waarop het uitgangspunt kan worden gebaseerd dat bij verkoop of het ter beschikking stellen van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen de overeengekomen overdrachtprijs respectievelijk de royaltyvergoeding evenredig dient te zijn aan de winst die door de overnemer of licentienemer met het immateriële activum wordt gerealiseerd. Naar ik meen kan een contractuele prijsaanpassingsclausule niet op basis van het voornoemde arrest worden afgedwongen.

In par. 10 van het Verrekenprijbesluit 2013 wordt aandacht gevestigd op het verstrekken van garanties binnen gelieerde verhoudingen in het kader van geldverstrekkingen. Ook deze garantiestelling, inclusief de al dan niet bedongen garantievergoeding, worden onderworpen aan een arm's length-toets.

Op basis van een tweetal door de HR gewezen arresten (BNB 2013/109 en BNB 2004/265), maak ik op dat de HR voordat hij toekomt aan de beantwoording van de vraag of een al dan niet in aanmerking genomen garantievergoeding de toets der zakelijkheid kan doorstaan, eerst tracht vast te stellen of de binnen gelieerde verhoudingen overeengekomen garantiestelling als zodanig als zakelijk is aan te merken. Met andere woorden, het motief voor het aangaan van de transactie wordt onder de loep genomen. Liggen aandeelhoudersmotieven danwel vennootschappelijke betrekkingen ten grondslag aan de garantstelling, dan wordt deze volledig in de kapitaalsfeer geplaatst. De HR komt dan niet toe aan de beoordeling van de (al dan niet) in aanmerking genomen garantievergoeding. De afwaardering van een eventuele regresvordering uit hoofde van de garantstelling vindt eveneens in de kapitaalsfeer plaats. Het afwaarderingsverlies komt dan niet ten laste van de fiscale winst op grond

van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 of op grond van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969. Indien zakelijkheidsmotieven voor de garantstelling kunnen worden onderkend, c.q. de garantstelling vindt in het kader van de ondernemingsuitoefening plaats, wordt een eventueel niet bedongen garantievergoeding op basis van redelijkheid alsnog in aanmerking genomen.

In par. 12 van het Verrekenprijbesluit 2013 wordt aandacht geschonken aan de problematiek van het vaststellen van een arm's length-vergoeding voor financieringstransacties binnen gelieerde verhoudingen in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. De vraag die zich opwerpt is op welke wijze een marktconforme rente op een interne groepslening dient te worden bepaald. Anders gesteld, hoe plegen onafhankelijke derden in ongelieerde transacties een rentevergoeding voor kredietverstrekking te berekenen. Ik stelde vast, onder verwijzing naar BNB 2002/343, dat in de Nederlandse wetgeving geen voorschriften zijn opgenomen op grond waarvan dergelijke voordelen kunnen worden berekend. Ook de in dat kader aangehaalde jurisprudentie geeft daar geen antwoord op. Vandaar dat ik pleit tot invoering van wetgeving die uitdrukkelijk aangeeft op welke wijze de in aanmerking te nemen marktconforme rentevergoeding dient te worden bepaald.

Het 'tweezijdige perspectief' dat door de staatssecretaris in lijn met de OESO-richtlijnen wordt voorgestaan voor de bepaling van een arm's length-rentevergoeding voor de interne groepslening wordt mijns inziens niet gedragen door de jurisprudentie van de HR. Deze heeft in BNB 2012/37 (r.o. 3.3.4) met betrekking tot de op de onzakelijke lening in aanmerking te nemen rentevergoeding overwogen dat deze om redenen van eenvoud dient te worden gesteld op de rente die een onafhankelijke derde onder overigens dezelfde voorwaarden zou bedingen indien de lening door die derde zou zijn verstrekt met een borgstelling van de uitlenende concernvennootschap (de zogenoemde borgstellingsfictie). Met andere woorden, de HR is van oordeel dat voor de bepaling van de hoogte van de rentevergoeding op een 'onzakelijke lening' de kredietwaardigheid van de crediteur (en dus niet van de debiteur) bepalend is. Ik meen dat deze door de HR geformuleerde vuistregel onwerkbaar is bij de veronderstelling dat de uitlenende concernvennootschap niet kredietwaardig is. Immers, een onafhankelijke derde zou onder die omstandigheid de lening niet willen verstrekken en is een rentevergoeding onbepaalbaar.

Mijns inziens is voor de bepaling van een arm's length-rentevergoeding voor de interne groepslening niet de kredietwaardigheid van de uitlenende concernvennootschap relevant, maar juist die van de debiteur. Bij het vaststellen van een markconforme rentebate/rentelast zal naar ik meen op grond van het ALB rekening dienen te worden gehouden met de uitgeoefende functies, de te lopen risico's en het aangehouden eigen vermogen. Dat de berekening hiervan in de praktijk verre van eenvoudig is, onderken ik. Vandaar dat ik meen dat de wetgever aan zet is om aan te geven onder welke zakelijke condities zulke voordelen dienen te worden berekend. Indien de wetgever van oordeel is dat daarvoor aansluiting dient te worden gezocht bij onafhankelijke bancaire instellingen die onder toezicht staan van de Nederlandse Bank, zal hij richtlijnen moeten geven die belastingplichtigen daarvoor minimaal in acht dienen te nemen.

Ik stel voorts vast dat de HR bij de 'onzakelijke leningen' het ALB een belangrijke rol toekent. Echter, ter invulling van het ALB wordt naar ik meen de aan dat beginsel ten grondslag liggende vergelijkbaarheidsanalyse niet eenzelfde belangrijke rol toegedicht. De verwijzing naar een (fictief geconstrueerde) ongelieerde derde die schijnbaar het debiteurenrisico niet zou hebben aanvaard, vind ik onvoldoende om tot onzakelijkheid te concluderen. Voor een gedegen vergelijkbaarheidsanalyse dienen onder meer daadwerkelijk door ongelieerde derden overeengekomen transacties in de beschouwing te worden betrokken. Indien dergelijke transacties tussen ongelieerde derden niet voorkomen, zal op grond van een functionele analyse een redelijke vergoeding in aanmerking dienen te worden genomen.

Welbeschouwd kom ik tot de conclusie dat er niet echt een wezenlijk verschil bestaat tussen het huidige art. 8b Wet VPB 1969 en de situatie vóór 1 januari 2002. Het eerste lid van art. 8b is (slechts) een codificatie van het ALB van art. 9 OESO-Modelverdrag, zoals het daarvoor ook al op grond van het verdragsrecht in Nederland doorwerkte en op basis van het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 werd toegepast. Een nieuw element ten opzichte van de situatie vóór de codificatie van het ALB in art. 8b ingaande 2002 is dat thans een winstcorrectie op basis van dat artikel eveneens toepasbaar is, indien lichamen op grond van een bestuurs- of toezichtrelatie gelieerd zijn en bij hun

onderlinge transacties niet conform het ALB handelen. Daarnaast bevat het derde lid van art. 8b. een documentatieplicht op grond waarvan belastingplichtigen de gehanteerde verrekenprijzen met documentatie dienen te onderbouwen.

De implicatie(s) van de codificatie van het ALB, zoals geformuleerd in de probleemstelling, kan als volgt worden beantwoord:

- I. Met de verankering van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969 is er (internationale) helderheid geschapen omtrent de toepasbaarheid van dat zakelijkheidsbeginsel in Nederland. Voorts is met de invoering van een OESO-conforme APA/ATR-praktijk per 1 april 2001 tegemoet gekomen aan de internationale kritiek dat het ALB binnen de Nederlandse rulingpraktijk niet werd toegepast;
- II. Met betrekking tot de stelling dat op grond van art. 8b Wet VPB 1969 fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen effectiever kunnen worden voorkomen kan, gelet op de spaarzame rechtspraak, geen eenduidig antwoord worden gegeven. Wel is geconstateerd dat de rechter een redelijkheidsmaatstaf aanlegt bij het vaststellen van de omvang van de winstcorrectie ingeval van onzakelijke verrekenprijzen;
- III. De bevoordelingsbedoeling en de eis van dubbele bewustheid, die in zekere zin is geobjectiveerd in de vóór de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 gewezen jurisprudentie, is onder art. 8b Wet VPB 1969 eveneens van toepassing;
- IV. Er is, naar ik meen, beslist geen duidelijkheid geschapen omtrent de toepasselijkheid van de OESO-richtlijnen in onze fiscale rechtsorde. Zoals ik in deze scriptie verdedig hebben deze richtlijnen geen doorwerking in onze nationale fiscale recht. Indien de wetgever een op de OESO-richtlijnen gebaseerde bedrijfseconomische invulling van het ALB wenst dan is nadere wetgeving vereist, waarin expliciet wordt aangegeven op welke wijze de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. Dat kan de wetgever doen door een vierde lid aan art. 8b Wet VPB 1969 toe te voegen.

Hoofdstuk 4 Documentatieplicht en bewijslast (art. 8b, derde lid, Wet VPB 1969)

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal getracht worden antwoord te geven op de vraag welke documentatie een belastingplichtige beschikbaar dient te hebben om te kunnen voldoen aan de documentatieverplichting die voortvloeit uit de bepaling van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969. Voor het antwoord op deze vraag zal worden gekeken naar de toelichting van de wetgever, het uitvoeringsbeleid zoals neergelegd in het Verrekenprijbesluit 2013 omtrent de invulling van de documentatieverplichting en zal de relevante jurisprudentie worden aangehaald. Voorts zijn ten aanzien van de Nederlandse documentatieverplichting ook de OESO-richtlijnen relevant. Op basis van de relevante passages uit de parlementaire geschiedenis zal allereerst worden opgemaakt welke beweegredenen ten grondslag lagen aan de bepaling van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969. In par. 4.2 zullen dan ook doel en strekking van de documentatieverplichting worden besproken. In par. 4.3 zal een uiteenzetting worden gegeven van de Nederlandse documentatieverplichting zoals die is neergelegd in het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969. Documentatieplicht en bewijslast worden vaak onterecht aan elkaar gekoppeld. De verdeling van de bewijslast staat los van de documentatieverplichting en is veelal afzonderlijk geregeld in de wet of wordt, zoals in Nederland, aan de belastingrechter overgelaten. In par. 4.4 zal op basis van relevante jurisprudentie de verdeling van de bewijslast in verrekenprijprocedures worden besproken en zal worden gezien wanneer de belastingrechter omkering van de bewijslast aan de orde acht. Vervolgens zal in par. 4.5 een vergelijking plaatsvinden met de in het EU JTPF ontwikkelde ideeën en standaarden op het terrein van de transfer pricing-documentatieverplichting. Tot slot zal in par. 4.6 dit hoofdstuk met een conclusie worden afgesloten.

4.2 Doel en strekking van artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969

Om te kunnen beoordelen of de door de belastingplichtige gehanteerde prijzen en voorwaarden in gelieerde verhoudingen markconform zijn, is in het derde lid van art. 8b bepaald dat de bedoelde lichamen in hun administratie gegevens dienen op te nemen waaruit blijkt op welke wijze de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen. Om doel en strekking van deze administratieplicht te bepalen, zijn hierna de volgende passages aan de parlementaire geschiedenis ontleend.

“In het verlengde van de codificatie van het arm's lengthbeginsel is in het derde lid van artikel 8b een maatregel van administratieve aard opgenomen. Deze maatregel heeft - kort gezegd – betrekking op de beschikbaarheid van informatie die benodigd is om te kunnen beoordelen of de door de belastingplichtige gehanteerde prijzen en

voorwaarden (verrekenprijzen) in gelieerde verhoudingen als zakelijk zijn aan te merken. Met het administratieve voorschrift wordt beoogd de duidelijkheid hieromtrent te vergroten."¹²⁷

"Het voorstel ten aanzien van de administratieve maatregel heeft tot doel een situatie te creëren waarin de Belastingdienst de benodigde middelen heeft om vast te stellen of de door de belastingplichtige gehanteerde verrekenprijzen als arm's lengthverrekenprijzen kunnen worden aangemerkt. Teneinde deze situatie te bewerkstelligen, is feitelijke informatie benodigd over de gelieerde transacties en de verhoudingen tussen de betrokken partijen. Deze informatie kan, zonder medewerken van de belastingplichtige, niet door de Belastingdienst worden verkregen."¹²⁸

"Tot slot beoogt de documentatieverplichting te voorkomen dat de fiscus in die gevallen dat belastingplichtigen geen enkele onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijzen kunnen of willen geven, op de stoel van de ondernemer moet gaan zitten en een arm's-lengthprijs moet gaan vaststellen zonder dat hij over de voor die vaststelling relevante informatie beschikt."¹²⁹

Op grond van het voorgaande kan derhalve worden geconcludeerd dat de Nederlandse documentatieverplichting de daadwerkelijke beschikbaarheid van voldoende informatie beoogt zeker te stellen, die benodigd is om te kunnen beoordelen of gelieerde lichamen prijzen en voorwaarden hebben gehanteerd die als marktconform zijn aan te merken. Hiermee wordt beoogd de onevenwichtige informatiepositie van de fiscus ten opzichte van belastingplichtigen, die vóór de invoering van het derde lid van art. 8b bestond, bij de beoordeling van het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen enigszins recht te trekken. De staatssecretaris heeft echter afgezien van een uitputtende omschrijving van de documentatieplicht, omdat dit, naar zijn oordeel, tot gevolg zou kunnen hebben dat de belastingplichtige documentatie zou moeten verzamelen die in een specifieke situatie niet relevant is. Een niet vastomlijnd documentatieplicht brengt volgens de staatssecretaris tevens met zich mee dat ingeval in het ander land waar een gelieerd lichaam is gevestigd ook een documentatieplicht bestaat, aangesloten kan worden bij die voorschriften. Niettemin ben ik van oordeel, zeker vanuit het oogpunt van met name risicomijdende ondernemingen, dat een niet vastomlijnde documentatieplicht zal leiden tot situaties waarin zij de gehanteerde verrekenprijzen uitgebreider zullen documenteren dan strikt noodzakelijk is. Dit zal een aanzienlijk beslag op de tijd van het management leggen en zal in de praktijk veelal betekenen dat externe adviseurs ingehuurd dienen te worden om de benodigde documentatie samen te stellen. Met als gevolg onnodige administratieve lasten voor het bedrijfsleven. Wanneer deze extra administratieve lasten een uitvloeisel zijn van een onduidelijke wettelijke verplichting, zijn deze mijns inziens ongewenst.

De Boer en Weistra betogen dat de wetgever een kans om aard en omvang van de documentatieplicht in de zin van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 concreet in te vullen onbenut heeft gelaten.¹³⁰ Zij menen dat daarin een

¹²⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3, blz 21 en 22.

¹²⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, blz. 35

¹²⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28 034, A, blz. 12.

¹³⁰ D. de Boer en W.G. Weistra, 'Nieuwe verrekenprijswetgeving: halffabricaat of eindproduct', WFR 2001/6459.

opsomming van de minimale omvang van de informatie gewenst is. Uit het oogpunt van rechtszekerheid en beperking van de administratieve lasten voor belastingplichtigen kan ik me vinden in hun standpunt. Ik deel hun standpunt echter niet daar waar zij pleiten voor aansluiting bij de documentatievoorschriften zoals verwoord in hoofdstuk 5 van de OESO-richtlijnen. Enerzijds, omdat in par. 5.1 t/m 5.29 van de OESO-richtlijnen slechts de algemene kaders van de verrekenprijsadministratie worden geschetst. Een generieke en precieze omschrijving van de relevante informatie kan volgens die richtlijnen niet worden gegeven. De inhoud en omvang van de relevante documentatie hangt namelijk af van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Anderzijds wordt in de richtlijnen opgemerkt dat zij slechts een beschrijving van mogelijk nuttige informatie beogen te geven en dienen zeker niet te worden opgevat als minimum voor de omvang van de te produceren documentatie.

4.3 Artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969

Het derde lid van art. 8b bepaalt dat gelieerde lichamen in hun administratie gegevens dienen op te nemen waaruit blijkt:

- *op welke wijze* de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen; en
- waaruit *kan worden opgemaakt* of de gehanteerde verrekenprijzen ook tussen onafhankelijke derden tot stand zouden zijn gekomen.

Aan de eerste toets (*op welke wijze*) lijkt in de praktijk eenvoudig te kunnen worden voldaan, omdat het immers gaat om informatie die eveneens benodigd is voor sturing en beheersing van interne bedrijfsprocessen. Moeilijker is het om vast te stellen of door belastingplichtigen aan de zakelijkheidstoets (vergelijking met derden) is voldaan. Omdat het immers denkbaar is dat gelieerde lichamen niet exact op de hoogte zijn van de marktprijzen voor bepaalde transacties, danwel dat dezelfde transacties zich tussen onafhankelijke partijen onder overigens vergelijkbare marktomstandigheden niet voordoen. Bovendien is in het derde lid van art. 8b niet aangegeven op welke wijze invulling dient te worden gegeven aan deze documentatieplicht. Om te achterhalen welke informatie de wetgever hier op het oog heeft, haal ik hetgeen in de memorie van toelichting hieromtrent is verwoord aan.¹³¹ *“In het derde lid wordt aangegeven dat de administratie van belastingplichtigen bepaalde gegevens dient te bevatten. Dit betreft informatie over de wijze waarop de gehanteerde verrekenprijzen tot stand zijn gekomen. In hoofdstuk 1 van de OESO-richtlijnen worden richtlijnen gegeven voor het toepassen van het arm's-lengthbeginsel (paragraaf 1.15 tot en met 1.70). In paragraaf 1.15 wordt aangegeven dat toepassen van het arm's-lengthbeginsel over het algemeen gebaseerd is op een vergelijking van de voorwaarden van een concerntransactie met de voorwaarden van een transactie tussen onafhankelijke ondernemingen. De factoren die bepalend kunnen zijn voor de vergelijkbaarheid worden genoemd in de paragrafen 1.19 tot en met 1.41. Het betreft de kenmerken van goederen en diensten, de functieanalyse, de contractuele voorwaarden, de economische omstandigheden en de ondernemingsstrategieën. Zoals uit de OESO-richtlijnen blijkt, wordt de relevantie van de factoren bepaald door*

¹³¹ Memorie van Toelichting, kamerstukken II, 28 034, nr. 3, Blz. 22. Men zij erop bedacht dat de in de Memorie van Toelichting opgenomen verwijzingen naar betreffende paragrafen in de OESO-richtlijnen met de herziening van de OESO-richtlijnen in juli 2010 niet meer actueel zijn. Voor de leesbaarheid wordt dan ook verwezen naar de toen geldende versie van de OESO-richtlijnen van het jaar 2000.

de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Belastingplichtige dient op basis van de invulling van de relevante factoren zijn keuze van de gehanteerde verrekenprijsmethode te kunnen onderbouwen. Het is echter uitdrukkelijk niet de bedoeling dat de belastingplichtige alle methoden beoordeelt en vervolgens onderbouwt waarom de door hem gekozen methode onder de gegeven omstandigheden tot de beste uitkomst leidt (best method rule).

Op grond van het vorenstaande kan worden afgeleid dat strikt genomen de documentatieverplichting van het derde lid van art. 8b uit de volgende onderdelen dient te bestaan:

- I. De beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen. Het gaat derhalve om de kenmerken van (immateriële) goederen en diensten, de functionele analyse, beschrijving van de economische omstandigheden en een beschrijving van de ondernemingsstrategieën.
- II. Onderbouwing van de keuze voor de gehanteerde verrekenprijsmethode. Slechts de keuze voor één methode behoeft te worden onderbouwd.
- III. Een onderbouwing van de verrekenprijs, waarbij *kan worden opgemaakt* of met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen (derde lid, slot, art. 8b).

Indien een vergelijking zoals bedoeld in het vorengenoemde derde onderdeel ontbreekt in de administratie kan de Belastingdienst de verrekenprijzen toetsen door zelf een oordeel te vormen over het handelen van ongelieerde partijen in vergelijkbare omstandigheden. De wetgever merkt hierover het volgende op¹³²:

“Van belastingplichtige wordt verwacht de gevraagde informatie geordend vast te leggen en op verzoek ter beschikking te stellen van de Belastingdienst. Uitgaande van deze informatie, dient de belastingplichtige bovendien inzicht te geven in de wijze waarop hij zijn verrekenprijzen heeft vastgesteld. Indien door de belastingplichtige geen expliciete vergelijking is uitgevoerd met vergelijkbare transacties tussen ongelieerde partijen, kan de Belastingdienst uitgaande van de hiervoor genoemde informatie die is beschreven in hoofdstuk 1 van de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen toetsen aan het arm's-lengthbeginsel door zelf een oordeel te vormen over het handelen van ongelieerde partijen in vergelijkbare situaties. Daarom verplicht de voorgestelde administratieve maatregel belastingplichtige niet een onderzoek of studie uit te voeren naar de prijzen die in vergelijkbare situaties tussen ongelieerde partijen tot stand zijn gekomen. Het ontbreken van een dergelijke studie leidt derhalve niet tot omkering van de bewijslast.”

Dit houdt in dat de wetgever met de formulering ‘*en waaruit kan worden opgemaakt (...)*’ in het slot van het derde lid van art. 8b niet beoogd heeft een derdenonderzoek (c.q. vergelijkbaarheidsanalyse) onderdeel te laten uitmaken van de administratieplicht. Dit standpunt wordt naar mijn oordeel versterkt door de recent gepubliceerde Verrekenprijbsbesluit 2013¹³³. De staatssecretaris van Financiën geeft daar mijns inziens een duidelijke afbakening

¹³² Nota naar aanleiding van het Verslag, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 34-36.

¹³³ Besluit staatssecretaris van Financiën, 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M. Dit Besluit is op 26 november 2013 in de Staatscourant (nr. 32854) gepubliceerd.

van de documentatieverplichting weer. In par. 14 van het Verrekenprijsbesluit 2013, waar het onderdeel documentatieverplichting aan de orde komt, wordt het volgende opgemerkt:

“In artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969 is de documentatieverplichting met betrekking tot verrekenprijzen opgenomen. Deze documentatie bestaat uit een beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van de gelieerde transactie zoals in hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen omschreven, een onderbouwing van de keuze van de gehanteerde verrekenprijsmethode en een onderbouwing van de voorwaarden, waaronder de prijs, die bij de transacties tot stand zijn gekomen.”

De staatssecretaris rept hier met geen woord over een derdenvergelijking ter onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijzen en voorwaarden. Zeker met het oog op het vertrouwen dat belastingplichtigen daaraan kunnen ontleen is dat mijns inziens een belangrijke constatering. Volgens de staatssecretaris kunnen belastingplichtigen eveneens aan hun documentatieverplichting voldoen door aan te sluiten bij de EU Transfer Pricing Documentation (EU TPD)¹³⁴, die door de Raad van de Europese Unie op 27 juni 2006 werd aanvaard. Naar mijn oordeel is het onduidelijk of de staatssecretaris hiermee bedoelt dat de EU TPD-concept de Nederlandse documentatiewetgeving vervangt of dat belastingplichtigen voor de invulling van hun administratieplicht in de zin van het derde lid van art. 8b kunnen aanknopen bij de EU TPD. Ik meen dat het laatste het geval is, aangezien geen wijziging in de wetgeving is beoogd. De *‘Code of Conduct’* (Gedragscode) zal overigens aan de orde komen bij de bespreking van de harmonisatie van de Europese transfer pricing-documentatie in par. 4.5.

De onderkenning door de staatssecretaris van de onzekerheid voor belastingplichtigen die gepaard gaat met de open formulering van de documentatieverplichting is mijns inziens een welkome erkenning:

“Gelet op de gehanteerde open norm realiseer ik me dat er bij belastingplichtigen onzekerheid kan ontstaan over de vraag of de aanwezige documentatie door de Belastingdienst als voldoende zal worden beoordeeld.”¹³⁵

Welbeschouwd kan worden gesteld dat het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 belastingplichtigen verplicht een onderbouwing te geven van de gehanteerde verrekenprijzen en voorwaarden, maar verlangt niet dat een dertentoets wordt uitgevoerd. Het ontbreken van een dergelijk onderzoek leidt derhalve niet tot de constatering dat de belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft op het punt van het administratieve voorschrift en dus niet tot omkering van de bewijslast. Dit brengt mij tot de conclusie dat het bepaalde in het slot van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 (*‘en waaruit kan worden opgemaakt (...)’*) zijn belang heeft verloren en uit het oogpunt van duidelijke wetgeving dient te worden geschrapt. Desalniettemin ben ik van oordeel dat een dertentoets onontkoombaar is, ondanks het feit dat in de wetsgeschiedenis en in het Verrekenprijsbesluit 2013 in niet mis te verstane woorden is opgemerkt dat een *‘comparable search’* (databankonderzoek naar derdenprijzen) niet is vereist. In de eerste plaats, omdat een dergelijk onderzoek van belang is voor het onderbouwen van het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen in de zin van het eerste lid van art. 8b Wet VPB 1969. Hiermee wordt mijns inziens de bewijsrechtelijke positie van belastingplichtigen verstrekt in verrekenprijsprocedures. In de tweede

¹³⁴ Code of Conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the European Union (EU TPD), (2006/C 176/01).

¹³⁵ Zie par. 14 van het nieuwe Verrekenprijsbesluit 2013.

plaats dienen belastingplichtigen zich rekenschap te geven van het feit dat verrekenprijzen per definitie worden vastgesteld door minimaal twee verschillende partijen in minimaal twee verschillende staten. Daar waar Nederland een derdenonderzoek niet verlangt, kan het andere land een dergelijke onderzoek eisen als onderdeel van de documentatieverplichting. Zo verlangen onder meer de VS en Duitsland namelijk wel een dergelijk onderzoek. De belastingplichtige kan overigens vooraf zekerheid verkrijgen van de Belastingdienst over de vraag of de te vervaardigen documentatie voldoet aan de wettelijke vereisten. Mij zijn geen zaken bekend waarbij een dergelijke beschikking is afgegeven. De zekerheid omtrent de invulling van de documentatieplicht geeft overigens geen zekerheid over het arm's length-karakter van de te hanteren verrekenprijzen. Zekerheid daarover kan worden verkregen door het aanvragen van een APA, waarbij de Belastingdienst wel een vergelijkbaarheidsanalyse verplicht stelt.

Een andere vraag die rijst is op welk tijdstip belastingplichtigen de documentatie waar het derde lid van art. 8b op toeziet beschikbaar moeten hebben en desgevraagd ter beschikking dienen te stellen aan de Belastingdienst. Is dat bijvoorbeeld op het moment van aangaan van de transactie, het indienen van de aangifte VPB of bij een boekenonderzoek. Art. 8b, derde lid, geeft niet aan op welk moment de documentatie beschikbaar moet zijn. De documentatieplicht van art. 8b, derde lid, Wet VPB 1969 is een specificatie van de algemene administratieplicht in de zin van art. 52 AWR. Dit artikel bepaalt dat de daar vermelde bescheiden op zodanige wijze worden bewaard dat daaruit *te allen tijde* de rechten en verplichtingen van de belastingplichtige alsmede de voor de heffing van belasting overigens van belang zijnde gegevens duidelijk blijken. Dit betekent dat de belastingplichtige de documentatie waaruit blijkt hoe de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen dient te overleggen op het moment dat de transactie binnen concernverband heeft plaatsgevonden.¹³⁶ Dat is naar mijn oordeel ook het moment dat, gelet op de feiten en omstandigheden van het geval, uitgangspunt vormt voor de beoordeling van het arm's length-karakter van de voorwaarden en/of de prijsstelling. Niettemin heeft de wetgever aangegeven dat bij het ontbreken van de documentatie op het moment van de transactie dit niet per definitie betekent dat de transactie onzakelijk is. De belastingplichtige wordt namelijk in overleg met de inspecteur uitstel gegund van minimaal vier weken om de documentatie alsnog ter beschikking te stellen aan de Belastingdienst. Bij complexere transacties kan deze termijn tot maximaal drie maanden worden verlengd.¹³⁷ Vanuit praktisch oogpunt blijft de vraag hoe een belastingplichtige met terugwerkende kracht voor facturen, contracten en andere stukken kan zorgen wanneer deze niet ten tijde van de transactie zijn opgemaakt en getekend. Beschikt zij niet over deze informatie, maar is deze bijvoorbeeld in het bezit van de buitenlandse gelieerde onderneming, dan strekt de inlichtingenplicht op grond van art. 47 en 47a AWR zich ook uit tot informatie van in het buitenland gevestigde dochtermaatschappijen van de Nederlandse moedermaatschappij danwel de buitenlandse moedermaatschappij van in Nederland gevestigde dochtermaatschappijen. Ook hier dient het proportionaliteitsbeginsel, welke in het Verrekenprijzbesluit 2013 wordt onderschreven, in acht te worden genomen. De Belastingdienst dient er derhalve zorg voor te dragen dat de noodzaak tot het verkrijgen van die informatie opweegt tegen de kosten en de administratieve last die op de

¹³⁶ Nota naar aanleiding van het Verslag, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 36-37.

¹³⁷ Nota naar aanleiding van het Verslag, kamerstukken II, 28 034, nr. 5, blz. 36-37.

belastingplichtige drukt om deze documenten op te stellen of te verkrijgen. Zonodig kan op grond van het onderlinge inlichtingenartikel (art. 26 OESO-Modelverdrag) van een van toepassing zijnde bilateraal belastingverdrag deze informatie via de verdragspartner worden verkregen. Binnen de EU kan een beroep worden gedaan op de Richtlijn wederzijdse bijstand¹³⁸ om informatie in een andere lidstaat op te vragen.

4.4 Verrekenprijzen en bewijslastverdeling

Naast de reeds besproken vergelijkbaarheidsanalyse, vormt de bewijslastpositie van belastingplichtigen een belangrijk aspect bij verrekenprijskwesties. Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat het derde lid van art. 8b niet zozeer tot doel heeft een wijziging in de bewijslastverdeling te bewerkstelligen, doch eerder de beschikbaarheid van voldoende informatie beoogt te verzekeren. Hiermee kunnen de tot stand gekomen verrekenprijzen op hun zakelijkheid worden beoordeeld. De wetgever heeft bij de totstandkoming van art. 8b uitdrukkelijk te kennen gegeven dat omkering van de bewijslast, volgens de systematiek van de AWR, pas aan de orde zal zijn indien belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft.¹³⁹

De documentatieplicht zoals verwoord in het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 is namelijk een specificatie van de algemene administratieplicht die voortvloeit uit art. 52 AWR. Een belastingplichtige die niet aan zijn verplichtingen voldoet ingevolge dat artikel zal op grond van art. 25, derde lid, en art. 27e AWR geconfronteerd worden met omkering en verzwaring van de bewijslast. De rechtspraak over de omkering van de bewijslast in het Nederlandse belastingrecht is echter feitelijk. Ten aanzien van de bewijslastverdeling heeft de HR een proportionaliteitstoets ontwikkeld. Volgens deze maatstaf dient te worden nagegaan of de relevantie van de schending van de informatieplicht over het geschil zodanig groot is, dat deze de sanctie van de verplichte (omgekeerde bewijslast) en verzwaarde bewijslast rechtvaardigt. De staatssecretaris onderschrijft dit uitgangspunt in par. 14 van het nieuwe Verrekenprijzbesluit 2013 en geeft kennelijk aan de Belastingdienst de opdracht mee: *“Bij de beoordeling van de toereikendheid van de documentatie dient het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol te spelen. Het uitgangspunt is dat de extra administratieve lasten als gevolg van artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969 zoveel mogelijk beperkt dienen te worden.*

De vraag komt op wanneer een belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft. De wetgever verschaft hierover geen helderheid. Het lijkt mij ook lastig om aan te geven wanneer een belastingplichtige in gebreke is gebleven bij het hanteren van een open norm. Ik sluit mij in die zin dan ook bij het standpunt van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB). De orde is mijn inziens terecht van oordeel dat de vraag wanneer een belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft pas kan worden beoordeeld op het moment dat het voor een ieder helder is wat de documentatieverplichting precies inhoudt. In de wetsgeschiedenis wordt wel opgemerkt dat omkering van de bewijslast zich in de praktijk in het bijzonder zal voordoen indien *in het geheel* geen gegevens over gehanteerde

¹³⁸ Richtlijn wederzijdse bijstand, 77/799/EEC.

¹³⁹ Memorie van Toelichting, kamerstukken II, 28 034, blz. 22.

verrekenprijzen in de administratie zijn opgenomen. Met andere woorden, wanneer uit de administratie blijkt hoe de verrekenprijs tot stand is gekomen dan is omkering van de bewijslast niet aan de orde, ook niet als daaruit blijkt dat belastingplichtige niet zakelijk heeft gehandeld. Of voldaan is aan de administratieplicht van het derde lid van art. 8b staat naar mijn mening immers los van de vraag of de gehanteerde verrekenprijzen de derdentoets van het eerste lid van art. 8b kunnen doorstaan (c.q. at arm's length zijn).¹⁴⁰

Ingeval de belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft, zal zij het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijs aannemelijk dienen te maken. De belastingplichtige wordt derhalve bij toepassing van het derde lid van art. 8b geconfronteerd met een lichtere vorm van bewijslevering, namelijk *aannemelijk maken*, in plaats van *aantonen* wat een zwaardere vorm van bewijslevering behelst. Daarbij is belastingplichtige vrij in de wijze waarop zij de zakelijkheid aannemelijk maakt.

In het reeds besproken arrest van de HR van 28 juni 2002 (BNB 2002/343) is de verdeling van de bewijslast uitdrukkelijk aan de orde geweest. De HR overwoog dat:

“Het Hof heeft geoordeeld dat van de gedragslijn welke binnen het concern waarvan belanghebbende deel uitmaakt, inhoudende dat de moedermaatschappij autonoom besluiten kon nemen ter vaststelling van verrekenprijzen en tevens dat de moedermaatschappij autonoom het besluit kon nemen welke producten de distributeurs moesten afnemen, werd gevolgd, naar gesteld noch gebleken is, vanaf de aanvang slechts nadelen groter dan de voordelen konden worden verwacht, en dat derhalve ook niet reeds aanstonds kan worden gezegd dat het volgen daarvan welgedacht onmogelijk kon plaats hebben met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming. Daaruit volgt naar 's Hofs oordeel dat op de inspecteur de bewijslast rust dat zijn correctie van de verrekenprijzen terecht is aangebracht. Het eerste middel, dat zich tegen deze oordelen verzet in hoofdzaak op de grond dat indien de inspecteur aannemelijk maakt dat door belanghebbende gehanteerde verrekenprijzen niet op een at arm's length wijze tot stand zijn gekomen, belanghebbende dient te bewijzen dat toch zakelijk is gehandeld, faalt. Die opvatting vindt geen steun in de wet. (...) Voorzover in het middel wordt betoogd dat het Hof tot een andere verdeling van de bewijslast had moeten komen indien juist zou zijn de stelling van de inspecteur dat belanghebbende ten aanzien van het behaalde resultaat afwijkt van hetgeen gebruikelijk is, faalt evenzeer, aangezien die omstandigheid, indien bewezen, niet ertoe dwingt belanghebbende te belasten met het bewijs dat niet zakelijk is gehandeld.”

Uit de door mij vetgedrukte tekst kan worden opgemaakt hoe de HR aankeek tegen de bewijslastverdeling in de betreffende verrekenprijsprocedure. De HR bevestigt het uitgangspunt dat op de inspecteur de bewijslast rust te bewijzen dat zijn correctie van de verrekenprijzen terecht is aangebracht. Ook wanneer ogenschijnlijk, zoals in casu het geval was, de gedragslijn die werd gevolgd niet een derdentoets zou doorstaan. De belanghebbende had immers geen onderhandelingspositie (paste kennelijk niet in de (Japanse) cultuur van de onderneming) en de moedermaatschappij bepaalde autonoom de verrekenprijzen en stelde vast welke producten dienden te worden

¹⁴⁰ Advies Raad van State en Nader Rapport, kamerstukken II, 28 034, A, blz. 9-10.

afgenomen. In het verkeer tussen derden is dit ongebruikelijk. Niettemin overwoog de HR dat een ogenschijnlijk ongebruikelijke gedragslijn niet per definitie hoeft te leiden tot een onzakelijke uitkomst. Althans zo lees ik de redenering van de HR. In die overweging van de HR kan ik me vinden, immers doel en strekking van art. 8b Wet VPB 1969 is het tegengaan van onzakelijke winstverschuivingen in concernverband. Verrassend vind ik wel de volgende redenering van de HR. Zelfs wanneer de inspecteur het onzakelijk karakter van de verrekenprijzen aannemelijk maakt dwingt dat er niet toe belanghebbende te belasten met het bewijs dat niet zakelijk is gehandeld.

Dit betekent dat de HR bij de vaststelling van verrekenprijzen een zware bewijslast legt bij de inspecteur.

In een ander arrest¹⁴¹ bekrachtigde de HR onder verwijzing naar art. 81 RO een andersluidende overweging van het Hof Arnhem met betrekking tot de bewijslastverdeling:

*“5.15. Het vorenstaande rechtvaardigt het vermoeden dat de dienstverlening van (A-2 NV) ten behoeve van belanghebbende plaatsvond onder condities die tussen van elkaar onafhankelijke partijen in het economische verkeer niet zouden zijn overeengekomen en dat de omstandigheid dat (A-2 NV) in staat werd gesteld een in verhouding tot haar kosten zo hoge winst te behalen voortkomt uit de tussen de betrokken vennootschappen bestaande (middellijke) aandeelhoudersrelaties. **In redelijkheid rust op belanghebbende de last dit vermoeden te ontzenuwen.**”*

De bovenstaande overweging van het Hof en de bekrachtiging daarvan door de HR onder verwijzing naar art. 81 RO lijkt dus strijdig met de overweging van de HR in BNB 2002/343. Die overwoog immers dat zelfs wanneer de inspecteur erin slaagt de onzakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijzen te bewijzen dat er niet toe dwingt belanghebbende te belasten met het bewijs dat niet zakelijk is gehandeld. Nieuwe jurisprudentie op dit vlak zal moeten worden afgewacht om te bezien of dit inderdaad op opvatting van de HR is en waar het omslagpunt ligt in de bewijslastverdeling.

4.5 Europese harmonisatie van transfer pricing-documentatie

De Europese Commissie heeft reeds in 2001 het voornemen uitgesproken een reductie te bewerkstelligen van compliance-kosten als gevolg van de verschillende vormen van documentatieverplichtingen in de verschillende EU-lidstaten op verrekenprijsgebied.¹⁴² Een uniforme benadering op het terrein van de documentatieverplichting wordt daartoe door de Europese Commissie wenselijk geacht. Uitvloeisel van dit voornemen is de oprichting in 2002 van het EU Joint Transfer Pricing Forum (EU JTPF). Deze werkgroep is samengesteld uit vertegenwoordigers van de belastingadministraties van de 28 lidstaten van de EU, van kandidaat-lidstaten en van het bedrijfsleven inclusief de advieskantoren. Binnen het raamwerk van de OESO-richtlijnen tracht het EU JTPF (niet-wetgevende)

¹⁴¹ HR 23 april 2004, nr. 39 542, V-N 2004/27.17.

¹⁴² Rapport van de Europese Commissie “Towards an Internal Market without tax obstacles – A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities”. Zie voor het volledige rapport; http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0582en01.pdf

oplossingen aan te dragen voor de verschillen in transfer pricing-regels binnen de EU. Als mogelijke oplossing stelt de werkgroep de EU Transfer Pricing Documentation-concept (EU TPD) voor, dat door de Raad van de Europese Unie op 27 juni 2006 werd aanvaard. Zoals eerder in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen (zie par. 4.2) biedt de staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit 2013 belastingplichtigen de mogelijkheid hun documentatie op te stellen op basis van het EU TPD-concept. Daarmee lijkt de EU TPD in Nederland te zijn geïmplementeerd.

“Mede gelet op het feit dat dit past binnen de Nederlandse uitgangspunten inzake de documentatieverplichting hebben belastingplichtigen de mogelijkheid om door toepassing van de ‘EU Transfer Pricing Documentation’ aan hun documentatieverplichting te voldoen.”¹⁴³

Interessant is voor mij in deze paragraaf de vraag of een belastingplichtige, die geconfronteerd wordt met de Nederlandse documentatieplicht het beste kan aansluiten bij het EU TPD-concept of bij het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969.

4.5.1 EU Transfer Pricing Documentation

Het EU TPD-concept bestaat uit de volgende onderdelen:

- Een ‘Masterfile’, bestaande uit een documentatieset met generieke en gestandaardiseerde informatie die relevant is voor alle betrokken EU-groepsondernemingen, inclusief de vaste inrichtingen.
- Landenspecifieke documentatie, bestaande uit documentatiesets met landenspecifieke informatie.

De toepassing van de EU TPD-regels is optioneel.¹⁴⁴ Kiest een concern voor betreffende regels dan gelden deze in beginsel voor alle tot het concern behorende ondernemingen inclusief de vaste inrichtingen, die binnen de EU zijn gevestigd. Voor de toepassing van het EU TPD behoeven dus geen transacties te worden gedocumenteerd die tussen gelieerde ondernemingen zijn aangegaan en die beide buiten de EU zijn gevestigd. De regels zijn wel van toepassing op transacties tussen een in de EU gevestigde onderneming en een buiten de EU gevestigde gelieerde onderneming(en). De lokale belastingautoriteiten in alle kwalificerende lidstaten dienen bij een keuze voor de EU TPD-regels door een concern hiervan op de hoogte te worden gesteld. Hierna wordt ingegaan op de informatie die benodigd is in het kader van dat EU TPD-concept.

4.5.2 Masterfile

Zoals hiervoor is aangegeven bevat de Masterfile generieke en gestandaardiseerde informatie die relevant is voor alle betrokken EU-groepsondernemingen. Deze dient de volgende informatie te bevatten:¹⁴⁵

- I. Een algemene beschrijving van de onderneming en de ondernemingsstrategie. Ook wanneer sprake is van strategieverandering ten opzichte van het voorgaande jaar.

¹⁴³ Par. 14, Verrekenprijsbesluit 2013.

¹⁴⁴ Zie 10509/1/06 REV 1, sub 2, Council of the European Union, 20 juni 2006.

¹⁴⁵ Zie voor volledige tekst: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:176:0001:0007:EN:PDF>

- II. Een algemene beschrijving van de organisatiestructuur, toegelicht door een organogram, beschrijving van de (aandelen)belangen van de moedermaatschappij in de dochterondernemingen. Beschrijving van de wettelijke en operationele structuren van de onderneming.
- III. Een algemene identificatie van bij de gelieerde transactie betrokken ondernemingen binnen de EU.
- IV. Een algemene beschrijving van de gelieerde transacties die plaatsvinden tussen gelieerde ondernemingen binnen de EU, te denken valt aan:
 - i. transactiestromen (materiële en immateriële activa, verrichten van diensten, leveringen van goederen en financiële middelen);
 - ii. factuurstromen; en
 - iii. omvang van de transactiestromen.
- V. Een algemene beschrijving van de uitgeoefende functies en de daarbij gelopen risico's, inclusief de veranderingen in die betreffende functies en risico's ten opzichte van het voorgaande jaar (bijvoorbeeld verandering van een distributeur in een commissionair);
- VI. Een beschrijving van de eigendom van immateriële activa (zoals patenten, merkrechten, merknamen, knowhow etc.) en de royalty's die daarvoor zijn ontvangen of betaald;
- VII. Het transfer pricing-beleid van de MNO-groep of een beschrijving van het gehanteerde verrekenprijssysteem, die ter onderbouwing kan dienen van de zakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijzen;
- VIII. Een lijst van de Cost Contribution Agreements (CCA's), APA's en rulings voor zover deze betrekking hebben op de binnen de EU gevestigde groepsentiteiten;
- IX. Iedere binnenlandse belastingplichtige dient op zich de taak te nemen en desgevraagd zorg te dragen voor de verstrekking van additionele informatie aan de betrokken belastingautoriteiten rekeninghoudend met een redelijke termijn en in overeenstemming met hun nationale wetgeving.

4.5.3 Landenspecifieke informatie

Naast de hiervoor besproken Masterfile dient per land een documentatieset te worden opgesteld en bijgehouden met daarin additionele informatie over het betreffende vestigingsland en de interne transactie. Deze landenspecifieke informatie dient het volgende te bevatten:

- I. Een gedetailleerde beschrijving van de onderneming en de ondernemingsstrategie, inclusief strategieverandering ten opzichte van het voorgaande jaar;
- II. Opnemen van informatie, zoals beschrijving en toelichting, ten aanzien van landspecifieke interne transacties met inbegrip van :
 - i. transactiestromen (materiële en immateriële activa, diensten, goederen en financiële middelen);
 - ii. factuurstromen; en
 - iii. omvang van de transactiestromen.
- III. Vergelijkbaarheidsanalyse, inhoudende:

- i. kenmerken van goederen en diensten;
 - ii. een functionele analyse (uitgeoefende functies en gelopen risico's);
 - iii. contractuele voorwaarden;
 - iv. economische omstandigheden; en
 - v. specifieke ondernemingsstrategieën.
- IV. Een verklaring voor de keuze en de toepassing van een specifieke verrekenprijsmethode.
- V. Relevante informatie over de eventueel aanwezige vergelijkbare interne en externe vergelijkingsmateriaal.
- VI. Een beschrijving van de geïmplementeerde en toegepaste transfer pricing-beleid binnen de groep.

4.5.4 Keuze tussen EU TPD en art. 8b-documentatie

Hier zal ik een antwoord trachten te geven op de in par. 4.4 gestelde vraag; of een belastingplichtige bij de invulling van haar documentatieplicht beter kan aansluiten bij de EU TPD of bij die van het derde lid van art. 8b. Voor de beantwoording van die vraag, zal ik de meest in het oog springende verschillen tussen de twee benaderingen benoemen en aangeven welke voordelen samenhangen met het gebruik van de EU TPD. Het opvallende verschil tussen de twee benaderingen wordt uiteraard gevormd door de redelijke mate van gedetailleerdheid waaraan de opgestelde documentatie dient te voldoen op grond van het EU TPD. Het derde lid van art. 8b is zoals besproken open geformuleerd. Daarnaast valt op dat de Masterfile een overzicht dient te bevatten van alle gesloten CCA's, APA's en rulings op verrekenprijs-gebied voor zover deze betrekking hebben op de binnen de EU gevestigde groepsentiteiten. Met andere woorden, een groepsentiteit die in Nederland is gevestigd zou op grond van de EU TPD meer documentatie beschikbaar moeten stellen dan op basis van de nationale wetgeving benodigd is. Sterker nog, zij dient (vertrouwelijke) informatie te verstrekken aan de Nederlandse fiscus ten aanzien van APA's en rulings die gelieerde ondernemingen met hun lokale belastingautoriteiten hebben afgesloten. Dit gaat mijns inziens te ver en levert extra administratieve lasten op ten opzichte van de bestaande wetgeving.

Een ander cruciaal verschil is dat in de landenspecifieke informatie van de EU TPD een vergelijkbaarheidsanalyse dient te worden opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft in niet mis te verstane woorden aangegeven dat een derdenonderzoek niet vereist is om te voldoen aan de Nederlandse documentatieplicht en het ontbreken daarvan leidt niet tot omkering van de bewijslast. Slechts de beschrijving van de vijf vergelijkbaarheids-factoren van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen vormen onderdeel van documentatieplicht. Dit zou dan betekenen dat een in Nederland gevestigd hoofdkantoor van een MNO-groep slechts door het opstellen van een Masterfile al aan haar Nederlandse documentatieverplichting kan voldoen. Een landenspecifieke informatie is dan niet van belang. De vergelijkbaarheidsanalyse is daarentegen wel vereist indien belastingplichtige zekerheid vooraf wil verkrijgen van de Belastingdienst ten aanzien van het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen bij de aanvraag van een APA, maar dat terzijde.

Er worden een aantal voordelen genoemd die samenhangen met gebruik van het EU TPD-concept.¹⁴⁶ Ik zal hier een paar noemen. Doordat de documentatie inclusief de vergelijkbaarheidsanalyse opgesteld en uitgevoerd kan worden op pan-Europees niveau, levert dit mogelijk minder administratieve lasten voor belastingplichtigen. Zij hoeven dan niet een nieuwe vergelijkbaarheidsstudie uit te (laten) voeren, indien zij in meerdere Europese landen actief zijn. Beperking van de administratieve lasten kan ook worden bewerkstelligd doordat het niet altijd nodig is om documentatie te laten vertalen in de lokale taal. Veder is het in beginsel lidstaten verboden documentatiegerelateerde boetes op te leggen wanneer een MNO de documentatie in goed vertrouwen en op consistente wijze heeft vastgesteld. EU TPD biedt verder bescherming in landen waar geen documentatieplicht geldt. Hiermee kan omkering van bewijslast worden voorkomen. Bovendien wordt de toegang tot het EG-Arbitrageverdrag vergemakkelijkt bij aanwezigheid van een EU TPD. Er hoeft dan niet nieuwe documentatie te worden opgesteld en kan derhalve worden aangeknoopt bij de al aanwezige EU TPD. Tot slot stelt de Gedragscode een MNO die via divisiestructuur is georganiseerd in staat een Masterfile op te stellen per divisie.

Naar mijn oordeel levert de minder stringente en open geformuleerde Nederlandse documentatieverplichting voor belastingplichtigen niet een prikkel om te opteren voor de EU TPD. Ik ben wel van oordeel, zeker vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, dat de Masterfile uit het EU TPD-concept als leidraad kan worden gehanteerd om in voldoende mate tot invulling te komen van de Nederlandse documentatieverplichting. Of dit ook wat de staatssecretaris heeft beoogd in het Verrekenprijsbesluit 2013 blijft mijns inziens nog de vraag.

Vermeldenswaardig vind ik tot slot dat niet alleen in Europees verband pogingen worden ondernomen om te komen tot uniforme verrekenprijsdocumentatie. De Pacific Association of Tax Administrators (PATA) als samenwerkingsverband, waarin landen als de VS, Australië, Canada en Japan zijn vertegenwoordigd, doet ook pogingen tot harmonisatie van verrekenprijsdocumentatie. Hoewel het PATA-pakket vrijwillig is kunnen belastingplichtigen met één documentatieset aan hun documentatieverplichtingen voldoen in de vier landen. Daarmee worden de eventuele boeten op verrekenprijscorrecties voorkomen en kunnen de administratieve lasten worden verminderd. Dit zijn ontwikkelingen die vanuit transfer pricing documentatie-oogpunt zeker toe te juichen zijn.

4.6 Conclusie

De invoering van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 lijkt mij zeer verdedigbaar. Tot aan de invoering van art. 8b heeft een groot aantal in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen zich kunnen veroorloven de gehanteerde verrekenprijzen slechts summier of in het geheel niet te onderbouwen. Deze onevenwichtige informatiepositie van de fiscus ten opzichte van belastingplichtigen is met de invoering van de

¹⁴⁶ Mr. C.J.E.A. Sporken en drs. E.C.P Gommers, , *Wat zijn de gevolgen van de Europese Gedragscode inzake transfer pricing vanuit Nederlands perspectief?*, WFR 2006/1189.

administratieplicht van het derde lid van art. 8b enigszins opgeheven. De Nederlandse documentatieverplichting in de zin van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 beoogt de beschikbaarheid van voldoende informatie zeker te stellen, die benodigd is om de gehanteerde verrekenprijzen en voorwaarden op hun zakelijkheid te kunnen beoordelen. De administratieplicht is echter net als de reeds besproken gelieerdheidscriteria open geformuleerd, waarbij ruimte bestaat tot invulling op basis van feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Een dergelijke benadering heeft als voordeel dat de administratieplicht op een pragmatische en flexibele wijze kan worden toegepast. Mijns inziens valt dit voordeel ten deel aan de wetgever en niet aan de belastingplichtige. Een open benadering schept onduidelijkheid en onzekerheid ten aanzien van de omvang en de aard van de documentatieverplichting in een specifiek geval. Naar mijn oordeel zouden meer expliciete documentatievoorschriften een aantal voordelen met zich brengen:

- de administratieve lasten die de wettelijke documentatieverplichting met zich brengt zouden kunnen worden beperkt;
- duidelijkheid over de vereiste documentatie zou kunnen bijdragen aan minder aanvullende vragen door de Nederlandse fiscus in de uitvoeringssfeer;
- een vastomlijnde documentatieverplichting verschaft de belastingplichtigen zekerheid omtrent de voor hen geldende documentatie-eisen;
- een concreet ingevulde documentatieverplichting zou helderheid kunnen verschaffen ten aanzien van de verschuiving van de bewijslast van de belastingplichtige naar de Belastingdienst in verrekenprijsprocedures.

Op grond van de wetsgeschiedenis, het Verrekenprijsbesluit 2013 en de jurisprudentie in samenhang met elkaar is, ondanks de open norm, toch gepoogd antwoord te geven op de vraag welke informatie belastingplichtigen beschikbaar dienen te hebben om te voldoen aan de administratieplicht van het derde lid van art. 8b. Daaruit kan worden afgeleid dat strikt genomen de documentatieverplichting uit de volgende onderdelen dient te bestaan:

- De beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen. Het gaat derhalve om de kenmerken van (immateriële) goederen en diensten, de functionele analyse, beschrijving van de economische omstandigheden en een beschrijving van de ondernemingsstrategieën.
- Onderbouwing van de keuze voor de gehanteerde verrekenprijsmethode. Slechts de keuze voor één methode behoeft te worden onderbouwd.

Art. 8b Wet VPB 1969 verplicht belastingplichtigen derhalve niet tot het uitvoeren van een dertoets. Het ontbreken van een dergelijke onderzoek leidt niet tot de constatering dat de belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft op het punt van het administratieve voorschrift en dus niet tot omkering van de bewijslast. Dit brengt mij tot de conclusie dat het bepaalde in het slot van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 (*'en waaruit kan worden opgemaakt (...)'*) zijn belang heeft verloren en uit het oogpunt van duidelijke wetgeving dient te worden geschrapt. Niettemin ben ik van oordeel dat een vergelijkbaarheidsanalyse onontkoombaar is, ondanks het feit dat in de

wetsgeschiedenis is opgemerkt dat een 'comparable search' niet is vereist. Enerzijds doordat die analyse van belang is voor de onderbouwing van het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen in de zin van het eerste lid van art. 8b Wet VPB 1969. Hiermee wordt mijns inziens de bewijsrechtelijke positie van belastingplichtigen verstrekt in verrekenprijsprocedures. Anderzijds dienen belastingplichtigen zich rekenschap te geven van het feit dat daar waar Nederland een derdenonderzoek niet verlangt andere landen een dergelijke onderzoek eisen als onderdeel van de documentatieverplichting. Volgens de staatssecretaris kunnen belastingplichtigen eveneens aan hun documentatieverplichting voldoen door aan te sluiten bij de EU TPD, die door de Raad van de Europese Unie is aanvaard.

Naar mijn oordeel levert het bestaan van een minder stringente en open geformuleerde Nederlandse documentatiewetgeving naast de EU TPD arbitrage op. Voor belastingplichtigen levert dit geen prikkel om te opteren voor de EU TPD, zij worden daarmee immers geconfronteerd met extra administratieve lasten. Ik ben wel van oordeel, zeker gelet op de open norm van art.8b, derde lid, dat de Masterfile uit het EU TPD-concept als richtsnoer kan worden gehanteerd om in voldoende mate tot invulling te komen van de Nederlandse documentatieverplichting. Daarbij dient de Nederlandse fiscus bij zijn flexibele benadering ten aanzien van verrekenprijsdocumentatie het proportionaliteitsbeginsel, zoals door de staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt onderkend, niet uit het oog te verliezen. De Belastingdienst dient derhalve voor zorg te dragen dat de noodzaak tot het verkrijgen van die informatie opweegt tegen de kosten en de administratieve last die op de belastingplichtige drukt om deze documenten op te stellen of te verkrijgen.

Hoofdstuk 5 Rechtszekerheid en het Nederlandse transfer pricing-regime

5.1 Inleiding

De open en vage norm waarin art. 8b Wet VPB 1969 door de wetgever welbewust is geconstrueerd, de spaarzame jurisprudentie sinds de codificatie van het ALB en de onduidelijkheid met betrekking tot de doorwerking van de OESO-richtlijnen in onze nationale fiscale rechtsorde bieden belastingplichtigen weinig houvast ten aanzien van hun fiscale rechtszekerheid. Daaraan wordt enigszins tegemoet gekomen door het publiceren van besluiten, waarin wordt getracht, mijns inziens niet afdoende, de open formulering van art. 8b Wet VPB 1969 te concretiseren.

In voorgaande hoofdstukken kwam aan de orde dat belastingplichtigen ten aanzien de vraag of één of meerdere lichamen met elkaar gelieerd zijn in de zin van het eerste en tweede lid van art. 8b Wet VPB 1969 zekerheid vooraf kunnen vragen bij de competente inspecteur. In alle gevallen legt de inspecteur het verzoek voor aan het APA/ATR-team van de Belastingdienst Rijnmond voor een bindend advies. Dit geldt eveneens voor belastingplichtigen die zekerheid vooraf wensen te hebben terzake van de vraag of voldaan is aan de documentatieverplichting in de zin van het derde lid van art. 8b. Voorts wordt in par. 6.2 van het Verrekenprijsbesluit 2013 belastingplichtigen desgewenst de mogelijkheid geboden zekerheid vooraf te verkrijgen van de inspecteur ter zake van de vraag of sprake is van een concerndienst ten behoeve van een gelieerde onderneming danwel van een activiteit die als aandeelhouder wordt verricht.

Zekerheid vooraf inzake het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen danwel de gehanteerde verrekenprijsmethode kunnen belastingplichtigen verkrijgen door middel van het aanvragen van een APA. De Nederlandse aanpak met betrekking tot APA's en het daaraan ten grondslag liggende Besluit van 11 augustus 2004 (hierna: APA-Besluit)¹⁴⁷, bespreek ik in par. 5.2. Dit besluit geeft de vormgeving aan de nieuwe APA-praktijk in Nederland ter vervanging van de oude rulingpraktijk. Ik zal me beperken tot de bespreking van de unilaterale APA, aangezien deze in Nederland het meest wordt aangevraagd. Verder zal ik niet ingaan op de ATR-procedure, aangezien deze slechts zijdelings te maken heeft met verrekenprijskwesties. Volgens het ATR-besluit¹⁴⁸ kan immers in de navolgende drie gevallen om zekerheid vooraf worden verzocht:

- a. Zekerheid vooraf terzake van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor tussenhoudsters in internationale verhoudingen en voor tophoudsters voorzover hun dochtermaatschappij geen ondernemingsactiviteiten in Nederland uitoefent;
- b. Zekerheid vooraf ten aanzien van de vraag of sprake is van een vaste inrichting in Nederland van een in het buitenland gevestigde vennootschap;

¹⁴⁷ Het APA-Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/124M, V-N 2004/43.3, blz. 4-11. Dit Besluit vervangt overigens het APA-besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/292M, V-N 2001/21.7, blz. 2498-2504.

¹⁴⁸ Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/293M, NTFR 2001/551. Dit Besluit is vervangen door het besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M, NTFR 2004/1243.

- c. Zekerheid vooraf ten aanzien van internationale structuren waarbij hybride financieringsvormen en/of hybride rechtsvormen betrokken zijn.

Daar waar dubbele belastingheffing zich voordoet, kan door middel van een onderlinge overlegprocedure of arbitrageprocedure op basis van een toepasselijke Belastingverdragen of op grond van het EG-Arbitrageverdrag naar een oplossing worden gezocht. In het door het Ministerie van Financiën gepubliceerde Besluit van 29 september 2008, nr. IFZ2008/248M, Stcrt. nr. 188 (hierna kortheidshalve: Onderling Overlegbesluit 2008) wordt duidelijkheid verschaft ten aanzien van de onderlinge overlegprocedures. Par. 5.3 zal ik in die zin wijden aan de bespreking van de effectiviteit van het onderlinge overleg met het oog op het voorkomen van mogelijk optredende economische dubbele belastingheffing op grond van een met het tweede lid van art. 9 OESO-Modelverdrag danwel op grond van een met art. 25 OESO-Modelverdrag overeenstemmende bepaling uit het bilaterale Belastingverdrag. In par. 5.4 zal de werking en de effectiviteit van het EG-Arbitrageverdrag in het kader van beslechting van transfer pricing-geschillen in Europees verband worden besproken. Ik zal tot slot in par. 5.5 dit hoofdstuk met een conclusie afsluiten.

5.2 De Nederlandse aanpak inzake Advance Pricing Agreements

Een APA wordt in het APA-Besluit gedefinieerd als een vaststellingsovereenkomst waarbij goedkeuring vooraf wordt gegeven over de hoogte van een arm's length-beloning of een verrekenprijsmethode voor de vaststelling van een dergelijke beloning voor grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde ondernemingen voor een vaste tijdsperiode. Het APA-besluit spreekt van een geldigheidsduur van in beginsel vier tot vijf jaren, tenzij de belastingplichtige een andersluidende redelijke termijn kan onderbouwen.

Het APA-Besluit is gebaseerd op de door de OESO in 1999 gepubliceerde procedurele richtlijnen voor het vooraf verkrijgen van zekerheid voor verrekenprijsdoeleinden (hierna: APA-richtlijnen). De APA-richtlijnen vormen een uitwerking van de paragrafen 4.123 tot en met 4.125 van de OESO-richtlijnen en zijn opgenomen als bijlage bij hoofdstuk IV van deze richtlijnen. In par. 9 tot en met 12 van deze APA-richtlijnen wordt een tweetal doelstellingen van de APA geformuleerd. In de eerste plaats wordt met een APA beoogd het voorkomen van interstatelijke verrekenprijsgeschillen en in de tweede plaats het voorkomen van internationale dubbele belastingheffing. Voorts meen ik dat de Nederlandse regeling met betrekking tot APA's, gelet op de open norm-verrekenprijswetgeving¹⁴⁹, een zekere mate van rechtszekerheid aan belastingplichtigen tracht te bieden. Strikt genomen wordt met een APA een bepaalde mate van rechtszekerheid geboden ten aanzien van de wijze waarop art. 8b Wet VPB 1969 zal worden toegepast in een specifieke (grensoverschrijdende) situatie en gedurende een van tevoren vastgestelde periode. In de OESO-richtlijnen¹⁵⁰, zo ook in het APA-Besluit, wordt onderscheid gemaakt

¹⁴⁹ De bepaling van art. 8b Wet VPB 1969 is open geformuleerd. De wetgever heeft er bewust voor gekozen het ALB niet te concretiseren. Invulling van het ALB heeft de wetgever overgelaten aan de rechter. De gelieerdheidscriteria van het eerste en tweede lid van art. 8b en de documentatieverplichting van het derde lid van hetzelfde artikel zijn open geformuleerd.

¹⁵⁰ Par. 4.130, OESO-richtlijnen.

tussen unilaterale, bilaterale en multilaterale APA's. Een unilaterale APA betreft een op nationaal niveau overeengekomen verrekenprijsafspraken tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst, waarbij derhalve geen andere belanghebbende staten betrokken zijn. Een bilaterale APA behelst een verrekenprijsafpraak tussen twee staten en bij een multilaterale APA zijn meerdere staten betrokken. Een APA onderscheidt zich in die zin van het geven van goedkeuring vooraf in nationaal verband ten aanzien van een specifiek onderwerp, omdat door middel van een APA goedkeuring wordt gegeven terzake van de vaststelling van verrekenprijzen in internationaal verband. Met andere woorden, de gevolgen van deze goedkeuring beperken zich niet alleen tot de Nederlandse belastinggrondslag, maar beïnvloeden ook het buitenlandse belastbare bedrag. Het is om die reden dat een unilaterale APA in sommige landen op grond van hun nationale voorschriften niet is toegestaan.¹⁵¹ Waarbij ik hier opmerk dat bij een unilaterale APA het risico van economisch dubbele belastingheffing niet geheel afgedekt is, gelet op de mogelijkheid dat de fiscale autoriteit van het bij de transactie betrokken buitenlandse gelieerde lichaam de in de APA overeengekomen verrekenprijzen ter discussie kan stellen en mogelijkwijs aanpassen.¹⁵²

Dit risico wordt uiteraard hoger naarmate de op grond van de unilaterale APA vastgestelde transactiewinst lager uitvalt voor de bij de transactie betrokken gelieerde lichaam van de andere belanghebbende staat. Vandaar dat de OESO-richtlijnen en de EU, bij monde van het EU JTPF, een voorkeur uitspreken voor het overeenkomen van een bilaterale of multilaterale APA. Dit uitgangspunt wordt ook door de Nederlandse fiscus gedragen. Daarbij tekent de staatssecretaris in het APA-Besluit aan dat voor een dergelijke APA-verzoek vereist is dat het EG-Arbitrageverdrag van toepassing is of een Belastingverdrag is overeengekomen waarin een met art. 25 OESO-Modelverdrag vergelijkbare bepaling is opgenomen. Voorts is het van belang dat de andere staat bereid is tot het voeren van een dergelijke overleg vooraf. Dit kunnen mogelijke beletsels zijn tot geven van zekerheid vooraf in bilaterale of multilaterale verhoudingen.

Verder wijs ik op het besluit¹⁵³ van de staatssecretaris van 11 augustus 2004, waarin hij de in acht te nemen algemene kaders bij het verstrekken van zekerheid vooraf schetst. Daarin wordt onder meer aangegeven dat een APA niet kan worden verleend indien de goede trouw die jegens verdragspartners en/of in internationaal verband verschuldigd is zou worden geschaad. Zo verleent Nederland onder andere geen zekerheid vooraf indien sprake is van een vermoeden van betrokkenheid bij witwaspraktijken, steekpenningen, ernstige vermogensdelicten en/of terrorismefinanciering. Verder dienen belastingplichtigen erop bedacht te zijn dat, hoewel een multilaterale APA potentiële voordelen biedt op het vlak van rechtszekerheid, aan dit type APA evenwel nadelige kanten zitten. De OESO wijst mijns inziens terecht op een aantal elementen die belastingplichtigen in beschouwing dienen te betrekken bij het aanvragen van een multilaterale APA.¹⁵⁴

¹⁵¹ Zo geven Denemarken, Ierland, Zweden en Duitsland (onder strikte voorwaarden) geen unilaterale APA's af. Zie in dit verband: EU JTPF, *2011 Statistics on the availability and number of APA in the EU*, DOC: JTPF/014/2012/EN. Een Pdf-bestand is te downloaden via : http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2012/apa_statistic_2011.pdf. Een tekortkoming vind ik dat veel landen, zo ook Nederland, niet administreren om welk type APA het gaat. Dit geeft geen inzicht in welk soort APA het meest wordt aangevraagd.

¹⁵² Par. 4.147 tot en met 4.149, OESO-richtlijnen.

¹⁵³ Besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1337M. Dit besluit vervangt het besluit van 30 maart 2001, nr. BOB2001/698M.

¹⁵⁴ Zie par. 22 t/m 25 van de APA-richtlijnen. Te vinden in C. van Raad, *Teksten Internationaal belastingrecht, 2012-2013, 25e editie, blz. 2179-2180*.

- Gelet op de verschillende bevoegde autoriteiten die betrokken zijn bij een multilaterale APA is deze procedure moeilijk uitvoerbaar en kostbaar;
- Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, één verrekenprijsmethode toe te passen op een breed scala aan feiten en omstandigheden, transacties en landen die vallen onder een multilaterale APA;
- Uitwisseling van (vertrouwelijke) informatie kan worden verhinderd op grond van een bepaling van een bilateraal verdrag of als gevolg van de nationale wetgeving van één van de betrokken bevoegde autoriteiten.

Het initiatief tot het starten van een APA-procedure ligt bij de belastingplichtige. Zij kan alvorens een unilaterale APA-voorstel in te dienen in vooroverleg treden met fiscus, de zogenoemde 'pre filing-meeting'. Dit vooroverleg is facultatief en kan zelfs op anonieme basis plaatsvinden en biedt de belastingplichtige (c.q. haar adviseur) inzicht in de benodigde informatie en vergelijkbaarheidsanalyse die voor het APA-verzoek wordt verlangd. Positief vind ik de goedkeuring van de staatssecretaris, daar waar extern vergelijkingsmateriaal niet voorhanden is, de binnen het concern aanwezige vergelijkingsmateriaal, dat wil zeggen gelijksoortige transacties van het concern met derden, te gebruiken bij het APA-verzoek. Zo worden de kosten die samenhangen met een APA-aanvraag beperkt. In de praktijk blijkt echter dat veel informatie aan de Nederlandse fiscus dient te worden verstrekt.¹⁵⁵

Op de belastingplichtige rust derhalve een grote administratieve last. Vollebregt¹⁵⁶ constateert dat die belastingplichtige voorafgaande aan het indienen van een APA-verzoek zich in de praktijk geconfronteerd ziet met de vraag wat de fiscus met de reeds verstreken boekjaren zal doen. Vooral wanneer de relevante feiten en omstandigheden in de reeds verstreken boekjaren vergelijkbaar zijn met de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan het APA-verzoek. De belastingplichtige wil niet dat de fiscus op grond van de aangereikte informatie de oudere boekjaren gaat corrigeren, maar wil wel overleg over de toekomst. Vollebregt constateert dat dit een beletsel vormt voor het tot volle bloei komen van de APA-praktijk. Ik meen echter dat oudere nog niet onherroepelijk geworden boekjaren wel in de beschouwing kunnen worden betrokken, zeker wanneer de feiten en omstandigheden in de reeds verstreken boekjaren gelijkkluidend zijn aan de feiten en omstandigheden waarop het APA-verzoek betrekking heeft.

Lovend is Vollebregt over de kundigheid en de snelheid waarmee de APA-verzoeken door het APA-team worden afgehandeld. Ik constateer dat de doorlooptijd voor de afhandeling van (unilaterale) APA-verzoeken zeer kort is (41 dagen¹⁵⁷ in 2011). Het aanvragen van een APA in Nederland is gratis, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Duitsland en Hongarije. Wel maak ik de kanttekening dat sommige belastingplichtigen desondanks met extra

¹⁵⁵ Zie het APA-besluit, par. 6, a t/m h. Zie ook de notulen van de bespreking tussen de NOB en het Ministerie van Financiën van 24 september 2001 met als onderwerp: *de vergelijkbaarheidsanalyse in het kader van het Verrekenprijsbesluit*. In Hoofdstuk 2 wordt een lijst aan informatie opgesomd waaraan de vergelijkbaarheidsanalyse volgens de Belastingdienst dient te bevatten. Dit document is downloaden via: http://www.nob.net/nob_leden/Wetscommentaren%3Fpage%3D10/Aandachtspunten_bij_de_uitvoering_van_APA_en_ATR_praktijk/Notulen_MvF_en_NOB

¹⁵⁶ Drs. H.A. Vollebregt, *Transfer pricing ontwikkelingen sinds de codificatie van het arm's-lengthbeginsel per 2002*, WFR 2008/436.

¹⁵⁷ Zie tabel 19 van het Beheerverslag Belastingdienst 2011, blz. 22. Pdf-bestand te raadplegen via link: http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/beheerverslag_2011_bjv0021z11fd.pdf.

kosten geconfronteerd zullen worden, aangezien zij niet over de vereiste (fiscale) kennis beschikken om vergelijkbaarheidsanalyses uit te voeren, die vereist zijn voor een APA-verzoek en zodoende externe (fiscale) adviseurs moeten inschakelen. Teneinde deze kosten enigszins te verminderen, kunnen kleine ondernemingen door de Nederlandse fiscus worden ondersteund bij het aanleveren van vergelijkbare cijfers van onafhankelijke marktpartijen (voorzover voorhanden) bij het uitvoeren van de vergelijkbaarheidsanalyse. De ondernemingen die voor deze ondersteuning in aanmerking zouden kunnen komen zijn die waarvan de waarde van de activa op basis van de fiscale balans niet meer bedraagt dan € 5 mln. en het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar minder dan vijftig bedraagt. Vollebregt voert bovendien aan dat de documentatie in meerdere talen kan worden ingeleverd en de gesprekken kunnen ook in het Engels worden gevoerd. De besprekingen vinden plaats in een aangename sfeer, waarbij respect voor elkaars belangen boven standpunten worden gesteld. Het APA-team toont tevens de bereidheid mee te denken met de belastingplichtige over het ontwikkelen van een verrekenprijssysteem, wat niet in alle landen gebruikelijk is.

Na het indienen van het APA-voorstel wordt, op basis van het bepaalde in par. 7 en 8 van het APA-Besluit, de door de belastingplichtige in het verzoek gepresenteerde feiten en omstandigheden door de fiscus getoetst. Waar nodig zal om extra toelichting en informatie worden gevraagd, waarbij de belastingplichtige zich niet kan beroepen op één van de uitzonderingsclausules van het derde lid van art. 13 Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (WIB)¹⁵⁸. Op grond van die bepaling hoeft geen inlichtingen te worden verstrekt indien daarmee een commercieel, een industrieel of een beroepsgeheim zou worden onthuld. De volgende fase in het APA-proces betreft het sluiten van een vaststellingsovereenkomst tussen belastingplichtige en de Nederlandse fiscus en de implementatie daarvan van de zijde van de belastingplichtige door het indienen van de aangifte VPB. In par. 12 van het APA-Besluit wordt door de staatssecretaris de toezegging gedaan het beleid dat ten grondslag ligt aan de afgesloten danwel, onder omstandigheden, geweigerde APA's met inachtneming van het Besluit algemeen, rechtsvragen en fiscaal uitvoeringsbeleid van 25 februari 2004, nr. DGB2003/6662M, te publiceren. De publicatie zou bestaan, zo zegde de staatssecretaris toe, uit de APA in geanonimiseerde vorm of in een samenvatting die alle elementen bevat die bepalend zijn voor het gevoerde beleid. Ondanks de honderden afgegeven en afgekeurde APA's, is geen enkele APA, ook niet in geanonimiseerde vorm, gepubliceerd. Hiermee blijven de elementen die ten grondslag liggen aan het gevoerde beleid ongewis en worden zij, bij gebrek aan verrekenprijspcedures, ook niet aan een rechterlijke toetsing onderworpen.

5.3 De Nederlandse aanpak inzake onderlinge overlegprocedure

Een belastingplichtige die wordt geconfronteerd met een verrekenprijscorrectie door de Nederlandse fiscus kan, indien zij de aanpassing betwist, beroep doen op de nationale rechtsmiddelen van bezwaar, beroep, hoger beroep en eventueel beroep in cassatie. Indien deze zijn uitgeput, waardoor de aanslag onherroepelijk is komen vast te staan, en de andere staat de door Nederland aangebrachte verrekenprijscorrectie niet (of niet volledig) aanvaardt dan

¹⁵⁸ Wet van 24 april 1986, Stb. 249, gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, Stb. 108.

ontstaat dubbele belastingheffing. Art. 9, lid 2 van het OESO-Modelverdrag legt immers de betrokken staten niet de verplichting op tot het treffen van een corresponderende correctie. Eerder in deze scriptie is aangevoerd dat het onverplichte karakter van de bepaling van het tweede lid van art. 9 OESO-Modelverdrag waarborg biedt voor de fiscale soevereiniteit van de OESO-lidstaten. Hiermee wordt voorkomen dat de andere staat wordt gedwongen de consequenties te aanvaarden van een ongemotiveerde of arbitraire primaire correctie die door de eerste fiscale jurisdictie wordt toegepast. Voor het wegnemen van de dubbele heffing is de belastingplichtige dan aangewezen op een onderlinge overlegprocedure (*mutual agreement procedure*) of arbitrageprocedure van een toepasselijke bilaterale Belastingverdrag of een correctie op grond van het EG-Arbitrageverdrag. Waarbij ik overigens opmerk dat slechts een beperkt aantal Nederlandse belastingverdragen voorziet in de mogelijkheid van arbitrage. Het treffen van een arbitrageregeling op basis van de meeste door Nederland gesloten bilaterale Belastingverdragen geschiedt voorts op basis van vrijwilligheid van de bevoegde autoriteiten. Positief vind ik dat de nieuwe door Nederland gesloten/heronderhandelde verdragen, zoals die met Japan en Duitsland (die mogelijk per 1 januari 2015 in werking zal treden), wel een verplichtende arbitragebepaling bevatten.

In Nederland dient een verzoek door de belastingplichtige tot onderling overleg te worden ingediend bij de directie Internationale Fiscale Zaken (directie IFZ). Een dergelijke verzoek dient op grond van het eerste lid, laatste volzin van art. 25 OESO-Modelverdrag te zijn ingediend binnen drie jaar na de eerste kennisgeving waaruit blijkt dat sprake is van belastingheffing die niet in overeenstemming is met het verdrag. Ten aanzien van deze 'eerste kennisgeving' wordt in de (toelichting op) de verdragen geen duidelijkheid gegeven. Nederland neemt het standpunt in dat het verzoek van belastingplichtige is ontvangen binnen drie jaar na de datum van dagtekening van de aanslag waarin de verrekenprijscorrectie is verwerkt danwel het moment dat de correctie wordt gemotiveerd, indien dat later is.¹⁵⁹

Nadeel van het ontbreken van een gemeenschappelijke interpretatie van het begrip 'eerste kennisgeving' is dat een belastingplichtige in de andere betrokken verdragstaat met een afwijkend standpunt geconfronteerd kan worden ten aanzien van het aanvangstijdstip van de driejaarstermijn dat ligt voor het tijdstip dat uit de Nederlandse standpuntbepaling volgt. Overschrijding van de termijnen zou immers als uiterste consequentie kunnen hebben dat het verzoek tot onderling overleg ongegrond wordt verklaard. Ik meen dat in het belang van de (verdragsrechtelijke) zekerheid van belastingplichtigen de invulling van de term 'eerste kennisgeving' voor alle verdragssluitende staten gelijk is. Zo kan naar ik meen aangeknoopt worden bij de dagtekening van de aanslag, waarin de verrekenprijscorrectie is verwerkt.

Wanneer het verzoek tot onderling overleg door de directie IFZ wordt ontvangen, stuurt zij dit op haar beurt door aan de CGVP¹⁶⁰ voor advies. Tussen de CGVP en de directie IFZ vindt in alle gevallen afstemming plaats over de

¹⁵⁹ Zie par. 2.2 van het Onderling Overlegbesluit 2008.

¹⁶⁰ Zie noot 9.

definitieve standpuntbepaling. Zodra de directie IFZ het besluit heeft genomen tot aanvang van de onderlinge overlegprocedure breekt de startfase van het overleg aan. De Directie IFZ benadert vervolgens de bevoegde autoriteiten van de andere betrokken staat. Uitgangspunt van het Nederlandse transfer pricing-beleid is daarbij het zo snel en efficiënt mogelijk wegnemen van de dubbele belastingheffing. In dat kader streeft Nederland naar het vroegtijdig opstarten van onderlinge overlegprocedures met verdragspartners.¹⁶¹ Dit is nader uitgewerkt in het Onderling Overlegbesluit van 2008 en wederom bevestigd in het recent gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013.

Dit 'vroegtijdig overleg' biedt in principe de mogelijkheid de onderlinge overlegprocedure met verdragspartners te starten reeds voordat een aanslag is opgelegd of zelfs voordat nationale gerechtelijke procedures zijn doorlopen. Zo kan dubbele belastingheffing mogelijk in een eerder stadium worden opgelost, aldus de staatssecretaris. Met het bilaterale vroegtijdig overleg zal echter pas worden aangevangen vanaf het moment dat de definitieve aanslag is opgelegd en bij een reguliere onderlinge overleg wanneer de aanslag onherroepelijk is komen vast te staan. Voor de vervroegde onderlinge overlegprocedure geldt dat deze tijdig is ingediend indien de belastingplichtige het verzoek uiterlijk voordat de inspecteur uitspraak heeft gedaan op het bezwaarschrift heeft ingediend, aldus de staatssecretaris.¹⁶²

Er wordt in het Onderling Overlegbesluit van 2008 ook belastingplichtigen de mogelijkheid geboden de inspecteur middels een ondertekende brief te verzoeken om het doen van uitspraak op het bezwaarschrift uit te stellen voor de duur van de onderlinge overlegprocedure en een eventuele daarop volgende arbitrageprocedure. Leidt het vroegtijdig onderlinge overleg tot een voor de belastingplichtige onbevredigende uitkomst dan kan zij deze afwijzen en voorts kiezen haar nationale rechtsmiddelen in te zetten. Bij een arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag heeft de belastingplichtige overigens deze keuze niet. Zij dient afstand te doen van de (nog openstaande) nationale rechtsmiddelen alvorens een arbitrageprocedure te starten.

Bij het 'vroegtijdig overleg' wordt de tussenliggende tijd (bijv. van boekenonderzoek tot opleggen definitieve aanslag) benut om de in par. 4.2 van het Onderling Overlegbesluit van 2008 genoemde stappen te doorlopen. Namelijk, beoordelen of het verzoek gegrond kan worden verklaard, nagaan of belastingplichtige alle informatie heeft verstrekt en zorgdragen voor een eerste kennisgeving aan de andere bevoegde autoriteit en aan de bevoegde inspecteur (eenheid) van belastingplichtige. Concreet geschiedt de eerste kennisgeving door de directie IFZ aan de andere bevoegde autoriteit door het doorsturen van een afschrift van het onderling overleg-verzoek van belastingplichtige en een bevestiging dat het verzoek binnen de gestelde termijn is ingediend. De bevoegde inspecteur wordt door de directie IFZ in kennis gesteld door het opsturen van een afschrift van het verzoek.

¹⁶¹ Zie par. 15 van het Verrekenprijsbesluit 2013. Voorwaarde geldt wel de aanwezigheid van de kans dat de activiteiten van de buitenlandse fiscale autoriteiten tot een verrekenprijscorrectie zullen leiden en door de belastingplichtige in het schriftelijke verzoek aan de Nederlandse inspecteur aannemelijk worden gemaakt, aldus de staatssecretaris.

¹⁶² Zie par. 2.2 van het Onderling Overlegbesluit 2008.

De onderlinge overlegprocedure is mijns inziens efficiënt noch effectief in het beslechten van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen vanwege het onverplichte en tijdrovende karakter van de procedure. Van de betrokken bevoegde autoriteiten wordt een inspanningsverplichting gevraagd (*'the competent authorities shall endeavour'*), maar geen resultaatsverplichting opgelegd. Het overleg is dus vrijblijvend en de bevoegde autoriteiten zijn niet verplicht om het onderling overleg met een overeenkomst af te sluiten. De procedure kan ook jaren voortsliepen.

Voorts kan worden gewezen op de gemarginaliseerde rol die de belastingplichtige als direct belanghebbende wordt toebedeeld bij de onderlinge overlegprocedure. Zijn rol is het geven van (nadere) informatie en is formeel niet betrokken bij het overleg, ook niet als toehoorder. Hij heeft geen inzage in de zogenoemde *'position papers'*, standpuntnota's van de betrokken bevoegde autoriteiten, en kan in die zin ook geen toelichting op geven of op onjuistheden verifiëren. De *'position paper'* bevat een inhoudelijke beoordeling door de betrokken bevoegde autoriteit ten aanzien van de vraag in hoeverre sprake is van niet met het verdrag overeenstemmende heffing, de voorgestelde oplossing van het geschil en de overige van belang zijnde onderliggende stukken.¹⁶³ Ik meen dat voor een effectieve (voorkoming van dubbele heffing) en efficiënte (tijdsbesparing) beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen het belang van participatie van de belastingplichtige aan het onderlinge overleg gewenst is.

Zo kunnen eventuele misverstanden ten aanzien van aangeleverde informatie, bewijsstukken en inlichtingen door de belastingplichtige gelijk worden opgehelderd. Uit het oogpunt van transparantie van de onderlinge overlegprocedure, vind ik in die zin bemoedigend de toezegging van de staatssecretaris in par. 5.8 van het Onderling Overlegbesluit 2008 dat, hoewel de onderlinge overlegprocedure een aangelegenheid is van overheid tot overheid, de belastingplichtige gedurende de hele procedure zo goed mogelijk en zo volledig mogelijk zal worden geïnformeerd. Voorts is aangegeven dat de directie IFZ zich zal inspannen om de belastingplichtige zo snel mogelijk te informeren over de onverwachte wijzigingen in het verloop van procedure.

Ook ten aanzien van het vroegtijdige onderlinge overleg dat Nederland voorstaat, hoe bemoedigend ook vanwege het tijdsbesparende element, geldt dat de andere bevoegde autoriteit daar welwillend tegenover moet staan. Werkt de andere betrokken bevoegde autoriteit niet mee aan een dergelijke vroegtijdig overleg, bijvoorbeeld omdat zij zich op het standpunt stelt dat het bestaan van internationale dubbele belastingheffing (nog) niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld, zal het niet mogelijk zijn vervroegd een onderlinge overlegprocedure op te starten.

Nederland is derhalve afhankelijk van de welwillendheid van haar verdragspartners. Vandaar dat Nederland naast het *'vroegtijdig overleg'* een andere naar mijn oordeel belangrijke uitgangspunt van haar internationale verdragsbeleid heeft geformuleerd, namelijk het streven een verplichte arbitragebepaling in alle nieuwe en gesloten Belastingverdragen op te nemen. Een belastingplichtige kan, indien een toepasselijke Belastingverdrag een met het vijfde lid van art. 25 OESO-Modelverdrag overeenstemmende bepaling heeft, om een arbitrageprocedure

¹⁶³ Par. 5.4 van het Onderling Overlegbesluit 2008.

verzoeken wanneer het onderlinge overleg niet binnen twee jaar na aanvang van de procedure tot een uitkomst heeft geleid. De uitkomst van een dergelijke arbitrageregeling is bindend voor de betrokken bevoegde autoriteiten.

Een dergelijke dwingende arbitrageregeling geeft mijns inziens enerzijds de belastingplichtigen de zekerheid dat het verrekenprijsgeschil al dan niet met arbitrage wordt opgelost en fungeert anderzijds als drukmiddel op de betrokken bevoegde autoriteiten binnen redelijke termijn (in ieder geval binnen maximaal twee jaren) tot een minnelijke schikking te komen. Het overdragen van het verrekenprijsgeschil aan een arbitragecommissie betekent immers verlies van de fiscale soevereiniteit en mogelijk ook verlies van belastinginkomsten voor de schatkest.

In lijn met haar internationale verdragsbeleid ten aanzien van het onderlinge overleg, heeft Nederland ook actief bijgedragen aan het ontwikkelen van een arbitrageregeling voor het OESO-Modelverdrag. De in 2008 ingevoerde bepaling van het vijfde lid van art. 25 OESO-Modelverdrag ziet op een dergelijke dwingende arbitrageregeling. Par. 63 van het OESO-commentaar bij het vijfde lid van art. 25 OESO-Modelverdrag spreekt immers van '*This process is not dependent on a prior authorization by the competent authorities: once the requisite procedural requirements have been met, the unresolved issues that prevent the conclusion of a mutual agreement must be [vetgedrukte tekst: scriptant] submitted to arbitration*'.

Wanneer de onderlinge overlegprocedure heeft geleid tot overeenstemming tussen de directie IFZ en de andere betrokken bevoegde autoriteit, dan heeft de belastingplichtige in beginsel de mogelijkheid de uitkomst geheel te accepteren of geheel af te wijzen. Dit laat hij de bevoegde autoriteit bij wie hij het verzoek tot de onderlinge overlegprocedure heeft gedaan schriftelijk weten. Indien daarentegen een arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag tot een arbitrageovereenkomst heeft geleid, is de belastingplichtige en de betrokken bevoegde autoriteit daaraan gebonden. Hierover in de volgende paragraaf meer.

5.4 Het EG-Arbitrageverdrag

De doelstelling van het op 1 januari 1995 in werking getreden EG-Arbitrageverdrag¹⁶⁴ wordt gedefinieerd in art. 1 jo. art 4 van het EG-Arbitrageverdrag. Daarin wordt bepaald dat het Europese Arbitrageverdrag beoogt dubbele belastingheffing weg te nemen die ontstaat wanneer de fiscale autoriteiten de fiscale winst (c.q. verlies) van gelieerde ondernemingen corrigeren die gevestigd zijn binnen de EU, omdat de verrekenprijzen niet conform het ALB zijn vastgesteld. Voorts beoogt het verdrag dubbele belastingheffing te voorkomen ingeval de fiscus de winst (c.q. verlies) corrigeert wegens het niet conform de zelfstandigheidsfictie toerekenen van winsten aan een vaste inrichting. Dergelijke correcties kunnen leiden tot dubbele belastingheffing indien de ene fiscale jurisdictie de fiscale winst van een gelieerde onderneming opwaarts bijstelt, terwijl de andere betrokken staat niet bereid is een corresponderende neerwaartse winstcorrectie toe te staan. Bedacht dient te worden dat het EG-Arbitrageverdrag niet ziet op de dubbele belastingheffing die voortvloeit uit interpretatieverschillen tussen de betrokken staten van

¹⁶⁴ Tractatenblad, jaargang 1990, nr. 173 en 1997, nr. 260. Pdf-bestand is te downloaden via: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-1990-173.html>. Zie ook C. van Raad, Teksten Europees belastingrecht, vijftiendste druk, 2012-2013, Kluwer-Deventer, blz. 222-229.

bepaalde (transfer pricing-)begrippen. In die zin is het EG-Arbitrageverdrag qua reikwijdte beperkter dan het hiervoor besproken mutual agreement procedure op grond van art. 25 OESO-Modelverdrag.

Indien ingeval van interpretatieverschillen het verrekenprijsgeschil middels onderling overleg of arbitrageregeling op grond van een eventueel van toepassing zijnde bilateraal Belastingverdrag niet wordt beslecht, zal de belastingplichtige met economische dubbele belastingheffing worden geconfronteerd.

Op grond van art.2, lid 1, EG-Arbitrageverdrag is het verdrag slechts van toepassing op belastingen naar het inkomen. Voor Nederland betekent dit de IB en VPB, aldus art. 2, lid 2, sub j, EG-Arbitrageverdrag. Uitgangspunt van dit verdrag is een onderling overlegprocedure tussen de betrokken lidstaten. Hoewel de meeste grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen binnen de reikwijdte vallen van de in par. 5.2 besproken onderling overlegprocedure op grond van een van toepassing zijnde bilateraal Belastingverdrag, biedt het EG-Arbitrageverdrag naar ik meen voordelen. Het legt namelijk de betrokken staten niet alleen een inspanningsverplichting, maar ook een resultaatverplichting op. De betrokken staten zijn namelijk niet alleen gehouden met elkaar in overleg te treden, maar dienen voorts binnen ten hoogste drie jaar na aanvang van de procedure het probleem van dubbele belastingheffing op te lossen en het advies van de raadgevende commissie is daarbij bindend.

Art. 5 van het EG-Arbitrageverdrag bepaalt dat wanneer een Verdragsluitende Staat het voornemen heeft de fiscale winst van een gelieerde onderneming te corrigeren, dient hij deze gelieerde onderneming tijdig in kennis te stellen van dit voornemen en geeft hij deze onderneming de gelegenheid de andere gelieerde onderneming op de hoogte te brengen zodat deze op haar beurt de andere Verdragsluitende Staat kan inlichten. In de slotzin van art. 5 EG-Arbitrageverdrag wordt vervolgens bepaald dat *“Indien beide ondernemingen en de andere Verdragsluitende Staat na die kennisgeving de correctie aanvaarden, zijn de artikelen 6 en 7 niet van toepassing.”* Nu de beide gelieerde ondernemingen en de andere lidstaat akkoord gaan met de primaire correctie, is een overleg- en eventuele arbitrageprocedure dan niet van belang. Wordt de primaire correctie door de andere staat bestreden dan kan de belastingplichtige de zaak voorleggen aan de bevoegde autoriteit van de verdragsluitende staat waarvan zij inwoner is of waarin de vaste inrichting is gelegen.

Dit kan zij doen onverminderd de in de wetgeving van de betrokken verdragsluitende staten geldende rechtsmiddelen (in Nederland: bezwaar, beroep, hoger beroep en eventueel beroep in cassatie), aldus art. 6 EG-Arbitrageverdrag. In de slotzin van dit artikel wordt bepaald dat de zaak dient te worden voorgelegd binnen drie jaar na de eerste kennisgeving van de maatregel waarvan de dubbele belastingheffing tot gevolg is of kan zijn. Deze *‘eerste kennisgeving’* wordt in het EG-Arbitrageverdrag niet nader gedefinieerd. Het feit dat bepaalde begrippen en de aanvang van bepaalde termijnen in het EG-Arbitrageverdrag niet nader zijn gedefinieerd heeft ertoe geleid dat ten aanzien daarvan verschillende interpretaties in de diverse EU-lidstaten zijn ontstaan. Uit het

oogpunt van uniformiteit ten aanzien van de toepassing van bepaalde onderdelen van het EG-Arbitrageverdrag was dit voor het EU JTPF aanleiding in 2004 een *Code of Conduct* (Gedragscode) voor de toepassing van het EG-Arbitrageverdrag op te stellen. Deze gedragscode is op 7 december 2004 door de Raad Economische en Financiële Zaken (Ecofin) van de EU aanvaard en op 30 december 2009 herzien¹⁶⁵.

In de herziene Gedragscode staat aangegeven dat 'binnen drie jaar na de eerste kennisgeving' dient te worden uitgelegd als: "the date of the first tax assessment notice or equivalent which results or is likely to result in double taxation within the meaning of Article 1, e.g. due to a transfer pricing adjustment is considered as the starting point for three-year period".

Naar het oordeel van de staatssecretaris vangt deze eerste kennisgeving en de tweejaarstermijn van de overlegprocedure aan op de laatste van de navolgende twee tijdstippen:

1. Het tijdstip waarop de bevoegde autoriteit van de andere bij het verrekenprijsgeschil betrokken staat te kennen heeft gegeven dat zij de in Nederland gemaakte primaire correctie niet aanvaardt;
2. Het tijdstip waarop de aanslag VPB waarin de primaire correctie is verwerkt onherroepelijk vaststaat.

Ik wijs verder op het ontbreken van een gemeenschappelijke standpunt van de betrokken EU-lidstaten ten aanzien van het begrip "ernstig strafbaar" van art. 8, lid 1 van het EG-Arbitrageverdrag. Op grond van die bepaling kan de belastingplichtige de toegang tot het EG-Arbitrageverdrag worden ontzegd. Daar waar zulks het geval is, zullen belastingplichtigen geconfronteerd worden met dubbele belastingheffing. Hoewel ik meen dat een belastingplichtige niet dubbel mag worden bestraft, immers een belastingplichtige die een ernstig strafbaar feit pleegt zal op grond van het nationale recht worden vervolgd en mag vervolgens niet de toegang tot het arbitrageverdrag worden ontzegd, meen ik dat een zekere nuance op zijn plaats is.

Uit de statistieken¹⁶⁶ die het EU JTPF ter beschikking stelt leid ik af dat het aantal gevallen waarbij de toegang tot het EG-Arbitrageverdrag op grond van 'serious penalty' is afgewezen in 2012 nihil is. Dit hangt naar ik vermoed samen met de aanbeveling die het EU JTPF aan de lidstaten heeft gedaan slechts in gevallen waarbij fraude aan de orde is het beroep van belastingplichtigen op het EG-Arbitrageverdrag te weigeren. Ik stel wel vast dat in die statistieken melding wordt gemaakt van één geval, waarbij sprake is van 'serious penalty', die door de ene bevoegde autoriteit de toegang tot het onderlinge overleg op grond van het EG-Arbitrageverdrag is verleend, maar door de andere bevoegde autoriteit (Ierland) is geweigerd.¹⁶⁷ Ondanks het feit dat het slechts om één zaak gaat,

¹⁶⁵ Revised Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (2009/C 322/01). Pdf-bestand te downloaden via:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:322:0001:0010:EN:PDF>.

¹⁶⁶ Zie bijv. EU JTPF, *Statistics on Pending Mutual Agreement Procedure (MAPs) under the Arbitration Convention at the end of 2012*, Doc: JTPF/012/REV1/2013/EN. Pdf-bestand is te downloaden via:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2013/jtpf_012_2013_en.pdf. In 2012 was geen enkele zaak op grond van ernstig strafbare feiten de toegang tot het EG-Arbitrageverdrag ontzegd (zie Table 3: REQUESTS REJECTED IN 2012).

¹⁶⁷ Zie EU JTPF, *Statistics on Pending Mutual Agreement Procedure (MAPs) under the Arbitration Convention at the end of 2012*, Doc: JTPF/012/REV1/2013/EN. In tabel 3 onder "Cases accepted by the reporting CA which were rejected by the other CAs" wordt één zaak gemeld.

onderstreept dit mijns inziens wel de noodzaak een uniforme interpretatie van het begrip 'ernstig strafbaar' in EU-verband overeen te komen.

Op basis van art. 7, lid 1 EG-Arbitrageverdrag dient de overlegprocedure tussen de bevoegde autoriteiten binnen twee jaar nadat de zaak is voorgelegd tot een minnelijke schikking te komen die leidt tot het opheffen van dubbele belastingheffing.

Indien zij daartoe niet in staat zijn, stellen zij een raadgevende commissie in die een bindend advies dient uit te brengen over de wijze waarop de dubbele belastingheffing in kwestie dient te worden weggenomen, aldus de bepaling van het eerste lid van art. 7 EG-Arbitrageverdrag. Daarbij is niet aangegeven wat de uiterste termijn is voor de oprichting van zo'n arbitragecommissie. Het ontbreken van zo'n termijn leidt ertoe dat het te vaak langer dan drie jaar duurt voordat een verrekenprijsgeschil wordt beslecht. Om deze hindernis voor de arbitrageprocedure weg te nemen heeft het EU JTPF de lidstaten de aanbeveling gedaan een raadgevende commissie uiterlijk zes maanden na afloop van de overlegprocedure van het EG-Arbitrageverdrag in te stellen.

Art. 9 van het EG-Arbitrageverdrag regelt de vormgeving van deze commissie. Deze bestaat uit een voorzitter (hoogste rechter of kundig rechtsgeleerde) en twee door de betrokken bevoegde autoriteiten benoemde vertegenwoordigers en uit een gelijk aantal onafhankelijke vertegenwoordigers¹⁶⁸ (en een gelijk aantal plaatsvervangers indien zij verhinderd zijn in hun functie).

Opvallend daarbij vind ik de afwezigheid van de belastingplichtige. Diens rol bestaat (slechts) uit het al dan niet op verzoek verstrekken van inlichtingen, bewijsstukken en/of stukken aan de commissie. Weliswaar kan de belastingplichtige al dan niet op verzoek worden gehoord door de raadgevende commissie, maar heeft daarin formeel geen zitting (art. 10, lid 1 en 2, EG-Arbitrageverdrag). De directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën treedt voorts als vertegenwoordiger op van de belastingplichtige. Het ministerie dient in de procedure ten opzichte van de belastingplichtige mijns inziens een tegenstrijdig belang. Zij is immers gebaat bij een minimale aanpassing van de door de Nederlandse fiscus aangebrachte winstcorrectie. Zulks leidt immers tot hogere belastinginkomsten van Nederland. Vandaar dat ik het toebedelen van een zekere inspraak aan de belastingplichtige zowel tijdens de overlegprocedure alsmede tijdens de arbitrageprocedure bepleit.

De raadgevende commissie dient binnen zes maanden advies uit te brengen, aldus art. 11, lid 1 EG-Arbitrageverdrag. Dit advies is bindend, tenzij de betrokken lidstaten er bij onderling akkoord van afwijken en dit akkoord leidt tot opheffing van de dubbele belastingheffing, aldus de bepaling van het eerste lid van art. 12 EG-Arbitrageverdrag. In dit artikel wordt vervolgens bepaald dat de betrokken bevoegde autoriteiten op hun beurt binnen zes maanden vanaf de datum van het advies van de raadgevende commissie een besluit dienen te

¹⁶⁸ Nederland heeft per 1 april 2007 de volgende namen op de lijst van onafhankelijke personen opgenomen: de heer mr. J.A.C.A. Overgaauw, de heer prof. mr. H.M.A.L. Hamaekers, mevrouw mr. C. Silberstein, mevrouw drs. F.C. Giskes en mevrouw prof. Dr. I.J.J. Burgers. (zie <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2009/12/09/nieuwe-nederlandse-voordracht-voor-raadgevende-commissie-eu-arbitrage-verdrag.html>).

nemen tot afschaffing van dubbele belastingheffing. Ik meen aan de ene kant dat het bindende karakter van het advies van een eventueel op te richten arbitragecommissie de betrokken lidstaten ertoe beweegt (wellicht ook dwingt) tijdens de voorafgaande overlegprocedure tot een minnelijke schikking te komen. Zij zijn er immers niet bij gebaat de zaak uit handen te geven (en daarmee hun invloed) aan een raadgevende commissie.

Dat dit drukmiddel functioneert, leid ik af uit het geringe aantal verrekenprijsgeschillen dat uiteindelijk middels arbitrage is beslecht.¹⁶⁹ Aan de andere kant meen ik dat het scheppen van een mogelijkheid voor de betrokken lidstaten af te wijken van het advies van de arbitragecommissie afbreuk doet aan het bindende karakter van dat advies. Het zonder meer bindend verklaren van het advies van de raadgevende commissie kan mijns inziens leiden tot verkorting van de tijdsduur van het arbitrageproces en legt bij de betrokken partijen nog sterker de resultaatverplichting op tijdens de overlegprocedure.

De betrokken lidstaten hebben immers de tweejaarstermijn van het aan het arbitrageproces voorafgaande overleg zonder resultaat ten volle benut en hoeven naar ik meen niet weer in onderling overleg te treden voor een (eventueel) vervangend besluit naar aanleiding van het advies van de arbitragecommissie. Ik begrijp dat het EG-Arbitrageverdrag zo is vormgegeven dat de fiscale soevereiniteit van de EU-lidstaten wordt gewaarborgd. In dat licht acht ik het haast onmogelijk, niettemin verstandig na te gaan, met het oog op effectieve en efficiënte beslechting van verrekenprijsgeschillen, of de overlegprocedure los kan worden gekoppeld van de arbitrageprocedure in het EG-Arbitrageverdrag. Zo kunnen belastingplichtigen direct toegang hebben tot het arbitrageproces zonder voorafgaande overleg of instemming van de bij het verrekenprijsgeschil betrokken lidstaten.

Art 14 van het EG-Arbitrageverdrag bepaalt tot slot hoe de dubbele belastingheffing dient te worden weggenomen. Deze dubbele heffing wordt voor de toepassing van het EG-Arbitrageverdrag geacht te zijn afgeschaft indien:

- De winst is opgenomen in slechts één staat; of
- De belastingheffing op de winst in één staat wordt verminderd met een bedrag dat gelijk is aan de op deze winst in de andere staat geheven belasting.

In Nederland vindt de implementatie van het advies van de raadgevende commissie door op grond van art. 65, lid 1, AWR toepassen van een ambtshalve vermindering van de door belastinginspecteur opgelegde aanslag.

5.5 Conclusie

De open en vage norm waarin art. 8b Wet VPB 1969 door de wetgever welbewust is geconstrueerd, de spaarzame jurisprudentie sinds de codificatie van het ALB en de onduidelijkheid met betrekking tot de doorwerking van de OESO-richtlijnen in onze nationale fiscale rechtsorde bieden de belastingplichtigen weinig houvast ten aanzien van hun fiscale rechtszekerheid. In die zin kan worden gezegd dat een belangrijke onderdeel van het Nederlandse transfer pricing-beleid erop gericht is het onzekerheidselement dat samenhangt met de open formulering van art. 8b

¹⁶⁹ In 2012 was sprake van slechts 2 van de 328 hangende zaken die tot arbitrage hebben geleid (zie tabel 2):
http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/jtpf/2013/jtpf_012_2013_en.pdf.

weg te nemen door die wettelijke bepaling op onderdelen te concretiseren en belastingplichtigen desgewenst zekerheid vooraf te verlenen. Uitvloeisel van dit beleid is het aan belastingplichtigen bieden van de mogelijkheid tot het aanvragen van unilaterale, bilaterale en multilaterale APA's. Met deze APA's wordt beoogd het beslechten van interstatelijke verrekenprijsgeschillen en het voorkomen van internationale dubbele belastingheffing. Met de kanttekening dat bij een unilaterale APA het risico van economisch dubbele belastingheffing niet geheel weggenomen is. Vandaar dat de OESO-richtlijnen en de EU, bij monde van het EU JTPF, een voorkeur uitspreken voor het overeenkomen van een bilaterale of multilaterale APA. Ik constateer dat dit uitgangspunt ook door de Nederlandse fiscus wordt aangehangen. Hoewel een multilaterale APA potentiële voordelen biedt op het vlak van rechtszekerheid, is deze procedureel moeilijk uitvoerbaar, tijdrovend en kostbaar. Daarnaast is het van belang dat de andere staat bereid is tot het voeren van een dergelijke overleg vooraf. Niettemin ben ik van oordeel dat een bilaterale APA het aangewezen instrument is voor de voorkoming c.q. beslechting van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. De bilaterale APA biedt immers in tegenstelling tot de unilaterale APA rechtszekerheid aan weerszijden van de grens.

Ook heb ik kunnen vaststellen dat het APA-verzoek gepaard gaat met veel informatie die aan de Nederlandse fiscus dient te worden verstrekt. Op de belastingplichtige rust derhalve een grote administratieve last. Drempel voor het indienen van een APA-verzoek vormt voorts de onzekerheid bij belastingplichtigen ten aanzien van de vraag of de fiscus op grond van de aangereikte informatie de reeds verstreken boekjaren zal onderwerpen aan een correctie.

Het Nederlandse APA-team kenmerkt zich door een grote mate van professionaliteit, deskundigheid en vlotte voortgang met betrekking tot de afhandeling van de APA-verzoeken. Tekortkoming vind ik dat, ondanks de toezegging daartoe door de staatssecretaris, het beleid dat ten grondslag ligt aan de afgesloten danwel, onder omstandigheden, geweigerde APA's niet wordt gepubliceerd en ook niet onderworpen is aan enige controle of rechterlijke toetsing. De (rechts)ontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 is daar niet bij gebaat.

Eenmaal geconfronteerd met mogelijke economische dubbele belastingheffing rijst bij de belastingplichtigen de vraag (of beter gezegd, de onzekerheid) of het verdragsrechtelijke instrumentarium ter beslechting van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen effectief zal zijn in het oplossen van het geschil. Meer specifiek, zal leiden tot het voorkomen van die dubbele heffing.

Vanwege het onverplichte en tijdrovende karakter van de onderlinge overlegprocedure, is verdragsrechtelijke instrument naar ik meen effectief noch efficiënt in het beslechten van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. Van de betrokken bevoegde autoriteiten wordt immers slechts een inspanningsverplichting gevraagd (*'the competent authorities shall endeavour'*), maar geen resultaatverplichting opgelegd. Het overleg is dus vrijblijvend en de bevoegde autoriteiten zijn niet verplicht om het onderlinge overleg met een overeenkomst af te sluiten. De procedure kan ook jaren voortslepen. Verder wijs ik op de gemarginaliseerde rol die de belastingplichtige als direct belanghebbende wordt toebedeeld bij de onderlinge overlegprocedure. Zijn rol is het geven van (nadere) informatie

en is formeel niet betrokken bij het overleg, ook niet als toehoorder. Hij heeft geen inzage in de zogenoemde 'position papers' en kan die derhalve niet van een nadere motivering voorzien of op onvolkomenheden verifiëren.

Ik meen dat voor een effectieve (voorkoming van dubbele heffing) en efficiënte (tijdsbesparing) beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen het belang van de participatie van de belastingplichtige aan het onderlinge overleg gewenst is. Uit het oogpunt van transparantie, vind ik in die zin bemoedigend de toezegging van de staatssecretaris de belastingplichtige gedurende de hele procedure zo goed mogelijk en zo volledig mogelijk te informeren. Voorts is aangegeven dat de directie IFZ zich zal inspannen om de belastingplichtige zo snel mogelijk te informeren over de onverwachte wijzigingen in het verloop van procedure.

Uitgangspunt van het Nederlandse internationale verdragsbeleid is het zo snel en efficiënt mogelijk wegnemen van de dubbele belastingheffing. In dat kader streeft Nederland naar het vroegtijdig opstarten van onderlinge overlegprocedures met verdragspartners. Zo kan dubbele belastingheffing in een eerder stadium worden opgelost. Dit is nader uitgewerkt in het Onderling Overlegbesluit van 2008 en nogmaals bevestigd in het recent gepubliceerde Verrekenprijbsluit 2013. Hoe bemoedigend ook, vanwege het tijdsbesparende element, Nederland is daarbij afhankelijk van de welwillendheid van haar verdragspartners tot het voeren van een dergelijke vroegtijdige overleg. Art. 9, lid 2 van het OESO-Modelverdrag legt immers de betrokken staten niet de verplichting op tot het treffen van een corresponderende correctie. De onverplichte karakter van de bepaling van het tweede lid van art. 9 OESO-Modelverdrag biedt waarborg voor de fiscale soevereiniteit van de OESO-lidstaten. Indien een toepasselijke Belastingverdrag niet voorziet in een met art. 9, lid 2, OESO-Modelverdrag overeenstemmende bepaling, is de belastingplichtige voor het wegnemen van de dubbele heffing aangewezen op een onderlinge overlegprocedure (mutual agreement procedure) of eventuele arbitrageprocedure van dat specifieke verdrag of op grond van het EG-Arbitrageverdrag.

Ik merk op dat slechts een beperkt aantal Nederlandse belastingverdragen in een arbitrageregeling voorziet. Het treffen van een dergelijke arbitrageregeling geschiedt voorts op basis van vrijwilligheid van de bevoegde autoriteiten. Positief vind ik dat Nederland naast het 'vroegtijdig overleg' een andere naar mijn oordeel belangrijke uitgangspunt van haar internationale verdragsbeleid heeft geformuleerd, namelijk het streven om een verplichte en voor belanghebbende partijen bindende arbitragebepaling in alle nieuwe en gesloten Belastingverdragen op te nemen. Nederland heeft in die zin actief bijgedragen aan het ontwikkelen van een arbitrageregeling voor het OESO-Modelverdrag. De in 2008 ingevoerde bepaling van het vijfde lid van art. 25 OESO-Modelverdrag ziet op een dergelijke dwingende arbitrageregeling.

De arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag lijkt op het eerste oog door het verplichtende karakter een effectief instrument te zijn ter voorkoming van dubbele belastingheffing ten gevolge van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. Bij nadere beschouwing constateer ik enige nadelen en heb ik dan ook een aantal verbeteringen aangedragen. Het EG-Arbitrageverdrag ziet niet op de dubbele belastingheffing die

voortvloeit uit interpretatieverschillen tussen de betrokken staten van bepaalde (transfer pricing-)begrippen. In die zin is het EG-Arbitrageverdrag qua reikwijdte beperkter dan de mutual agreement procedure op grond van art. 25 OESO-Modelverdrag. Uit het oogpunt van voorkoming van dubbele belastingheffing lijkt mij in die zin een uitbreiding gewenst. Verder heb ik vastgesteld dat een gemeenschappelijke interpretatie van bepaalde termijnen en begrippen in het EG-Arbitrageverdrag ontbreekt. Een uniforme definitie van bepaalde begrippen en termijnen komt de effectiviteit van het EG-Arbitrageverdrag ten goede en biedt rechtszekerheid aan belastingplichtigen.

Opvallend daarbij vind ik de afwezigheid van de belastingplichtige tijdens de overlegprocedure en de (eventuele) arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag. Haar rol bestaat (slechts) uit het al dan niet op verzoek verstrekken van inlichtingen, bewijsstukken en/of stukken aan de bevoegde autoriteiten en aan de raadgevende commissie. Weliswaar kan de belastingplichtige al dan niet op verzoek worden gehoord door die commissie, maar heeft daarin formeel geen zitting (art. 10, lid 1 en 2, EG-Arbitrageverdrag). De directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën treedt voorts als vertegenwoordiger op van de belastingplichtige. Het ministerie dient in de procedure ten opzichte van de belastingplichtige mijns inziens een tegenstrijdig belang. Zij is gebaat bij een minimale aanpassing van de door de Nederlandse fiscus aangebrachte winstcorrectie. Zulks leidt immers tot hogere belastinginkomsten van Nederland. Vandaar dat ik het toebedelen van een zekere inspraak aan de belastingplichtige zowel tijdens de overlegprocedure alsmede tijdens de arbitrageprocedure bepleit.

Het EG-Arbitrageverdrag heeft als voordeel dat het de betrokken staten niet alleen een inspanningsverplichting, maar ook een resultaatverplichting oplegt. De betrokken staten zijn namelijk niet alleen gehouden met elkaar in overleg te treden, maar dienen voorts binnen ten hoogste drie jaar na aanvang van de procedure het probleem van dubbele belastingheffing op te lossen en het advies van de raadgevende commissie is daarbij bindend. Ik meen aan de ene kant dat het bindende karakter van het advies van een eventueel op te richten arbitragecommissie de betrokken lidstaten ertoe beweegt (wellicht ook dwingt) tijdens de voorafgaande overlegprocedure tot een minnelijke schikking te komen.

Dat dit drukmiddel functioneert, leid ik af uit het geringe aantal verrekenprijsgeschillen dat uiteindelijk middels arbitrage is beslecht. Aan de andere kant meen ik dat het scheppen van een mogelijkheid voor de betrokken lidstaten af te wijken van het advies van de arbitragecommissie afbreuk doet aan het bindende karakter van dat advies. Het zonder meer bindend verklaren van het advies van de raadgevende commissie kan mijns inziens leiden tot verkorting van de tijdsduur van het arbitrageproces en legt bij de betrokken partijen nog sterker de resultaatverplichting op tijdens de overlegprocedure. Met het oog op effectieve en efficiënte beslechting van verrekenprijsgeschillen is het naar ik meen verstandig na te gaan of de overlegprocedure los kan worden gekoppeld van de arbitrageprocedure in het EG-Arbitrageverdrag. Zo kunnen belastingplichtigen direct toegang hebben tot het arbitrageproces zonder voorafgaande overleg of instemming van de bij het verrekenprijsgeschil betrokken lidstaten.

In het verlengde van mijn probleemstelling heb ik de vraag opgeworpen of de onderlingoverlegprocedure neergelegd in art. 25 OESO-Modelverdrag en de arbitrageprocedure neergelegd in het EG-Arbitrageverdrag effectieve instrumenten zijn ter oplossing van internationale dubbele belasting die ontstaat als gevolg van winstcorrecties tussen gelieerde ondernemingen op grond van het ALB. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet is dit verdragsrechtelijke instrumentarium effectief (voorkomen van dubbele belastingheffing) noch efficiënt (kosten- en tijdsbesparende element) in het beslechten van interstatelijke verrekenprijsgeschillen.

Hoofdstuk 6 Samenvatting en conclusie

In deze scriptie is het aspect van interne verrekenprijzen beschouwd vanuit een bedrijfseconomische, een OESO en een fiscale invalshoek. Daarbij is in hoofdstuk 1 gepoogd de bedrijfseconomische relevantie van interne verrekenprijzen te belichten. Aan de orde kwam de centrale vraag of binnen divisiestructuur (danwel een structuur met delegatie van winstverantwoordelijkheid) een intern verrekenprijsstelsel valt te construeren dat aan de criteria van 'doelcongruentie', 'autonomie' en 'prestatiebeoordeling' voldoet. Daarbij is van de veronderstelling uitgegaan dat binnen divisiestructuur, vanwege de grotere mate van zelfstandigheid en winstverantwoordelijkheid, efficiënte allocatiebeslissingen en daarmee marktconforme interne verrekenprijzen tot stand kunnen komen. Daaraan kan de gevolgtrekking worden verbonden dat verrekenprijzen die daarbij worden vastgesteld per definitie als zakelijk zijn aan te merken, omdat deze voldoen aan het ALB.

Gelet op de theorieën die in het desbetreffende hoofdstuk kort zijn besproken valt de gestelde kernvraag vanuit een strikt bedrijfseconomische invalshoek niet eenduidig te beantwoorden. Wel blijkt dat in meer of mindere mate vanuit de centrale leiding ingrepen noodzakelijk zijn om optimale allocatiebeslissingen voor de gehele groep te waarborgen. Inbreuk op het zelfstandigheids criterium is veelal onvermijdelijk en van winstverantwoordelijkheid en beoordeling van de betrokken divisies op basis van de gegenereerde winstcijfers is dan van weinig waarde.

Het algemene beeld is dat op basis van de spaarzame empirische onderzoeken die op het vlak van interne verrekenprijzen zijn uitgevoerd, vanuit bedrijfseconomisch perspectief, in de praktijk blijkt dat deze op zeer verschillende wijzen worden vastgesteld en dat geenszins een duidelijke voorkeur voor een bepaalde verrekenprijsmethode blijkt. Voorts is uiteengezet dat de keuze voor een bepaalde verrekenprijsstelsel invloed heeft op de organisatorische besluitvorming. Bij de inrichting van een management accounting en control-systeem dienen niet alleen bedrijfseconomische en organisatorische aspecten in ogenschouw te worden genomen, maar dient daarbij ook bij voorkeur de fiscale discipline geïntegreerd te worden. Zo wordt voorkomen dat ongewilde en ongewenste geschillen met de fiscus ontstaan die het risico op een verrekenprijscorrectie en daarmee de kans op economische dubbele heffing vergroten.

In hoofdstuk 2 kwam de OESO-invalshoek aan de orde. De Nederlandse wetgever heeft immers bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 uitdrukkelijk te kennen gegeven een OESO-conforme transfer pricing wet- en regelgeving te beogen. Daaraan is uitvoering gegeven door een zo groot mogelijke aansluiting te zoeken bij art. 9 OESO-Modelverdrag. Onduidelijk blijft nog de vraag of de OESO-richtlijnen door ons hoogste rechtscollege rechtskracht zal worden toebedeeld. Deze richtlijnen zijn niet opgenomen in een wettelijke bepaling of via een delegatiebepaling bevorderd tot Algemene Maatregel van Bestuur en vormen, naar mijn oordeel, als zodanig geen onderdeel van de Nederlandse rechtspraktijk. Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijbesluit, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de fiscale praktijk. Ik pleit er dan ook voor deze richtlijnen (of onderdelen daarvan) expliciet op te

nemen in onze fiscale wetgeving. Dit kan de wetgever doen door een vierde artikellid aan de bepaling van art. 8b Wet VPB 1969 toe te voegen.

De keuze voor het ALB als consensusbegrip wordt, ondanks de daaraan toegeschreven tekortkomingen, door de betrokken OESO-lidstaten en een toenemend aantal niet lidstaten verdedigd door het tweeledig doel dat dit principe dient. Enerzijds, wordt een juiste heffingsgrondslag in elke fiscale jurisdictie gegarandeerd en anderzijds wordt dubbele (of meervoudige) belastingheffing voorkomen. Niettemin is geconstateerd dat de kans op dubbele belastingheffing aanwezig is doordat staten niet zonder meer gehouden zijn de winstcorrectie (*primary adjustment*) die de eerste staat op basis van het ALB toepast te volgen. Zij behouden zich het recht zowel de grondslag voor alsmede de omvang van de winstcorrectie ter discussie te stellen.

Gebleden is dat corresponding adjustments door verschillende belastingadministraties worden geweigerd op grond van bijvoorbeeld een gebrekkig bevonden derdenonderzoek (benchmark study), ontoereikende verrekenprijsdocumentatie of bij betwisting van de gehanteerde verrekenprijsmethodiek. Verder blijkt dat in de overgrote meerderheid van de gevallen waarbij dubbele belastingheffing ten gevolge van verrekenprijscorrecties optrad, beroep werd gedaan op de onderlinge overlegprocedure van een toepasselijke Belastingverdrag. Voorts zijn de verschillen tussen landen bij de toepassing van het ALB zonder meer zorgelijk te noemen, zeker in het licht van mogelijke dubbele belastingheffing en de administratieve lastendruk die daarvan het gevolg kan zijn.

Bij de herziening van de OESO-richtlijnen in 2010 heeft de OESO afgezien van de bepaling die een dwingende rangorde voorschrijft bij de keuze tussen de verrekenprijsmethoden. De tot dan toe heersende opvatting dat de winstvergelijkingsmethoden ten opzichte van de traditionele transactie-methoden als *'last resort'*-methoden dienden te worden gehanteerd is losgelaten. Thans wordt uitgegaan van *'the most appropriate method to the circumstances of the case'*. Dit voortschrijdend inzicht bij de OESO-lidstaten is een uitvloeisel van het feit dat het uitvoeren van een vergelijkbaarheidsanalyse, in het bijzonder het hanteren van een derdentoets (third party comparables) als een objectieve maatstaf voor het vaststellen van het zakelijke karakter van een specifieke transactie, in de praktijk niet of nauwelijks mogelijk is vanwege het ontbreken van vergelijkingsdata in vergelijkbare omstandigheden. Dit wordt ook bevestigd door de OESO. Met de gedetailleerdheid waarmee de vergelijkbaarheidsanalyse is vormgegeven heeft de OESO de belastingplichtigen daarin tegemoet willen komen en meer duidelijkheid en houvast te willen bieden. De vraag is alleen of de OESO daarmee niet te ver is doorgeschoten. Sommige onderdelen van de vergelijkbaarheidsanalyse leveren immers nieuwe vragen op en zijn op onderdelen niet eenduidig.

Voorts is vastgesteld dat, zeker met de invoering van het nieuwe art. 7 OESO-Modelverdrag voor de winstbepaling van vaste inrichtingen en de *'functionally separate entity approach'* die daaraan ten grondslag ligt, een tendens merkbaar is naar een meer (bedrijfs)economische invulling van het ALB. De verschuiving van externe oriëntatie (vergelijking met derdenprijzen), naar meer interne oriëntatie (de binnen de onderneming uitgeoefende functies en

waardetoevoeging) is een uitvloeisel van aan het ALB toegeschreven tekortkomingen. Dit heeft naar ik meen zijn weerslag op de toenemende nadruk op de functionele analyse als onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse dan de zoektocht naar 'comparables', vergelijkbare derdeprijzen (of marges). De waardeketenanalyse kan, naar ik meen, behulpzaam zijn bij het identificeren van het concernonderdeel dat waarde toevoegt. Daarmee wordt inzichtelijk of de beloning voor die waardecreatie, gelet op de gelopen risico's en vermogensbeslag, redelijk is.

In hoofdstuk 3 is gepoogd het Nederlandse transfer pricing-regime nader te belichten en antwoord te geven op de vraag zoals geformuleerd bij de probleemstelling, namelijk wat de implicatie(s) is (zijn) van de codificatie van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969. Voor de beantwoording van deze vraag, heb ik de door de wetgever aangedragen gronden voor deze codificatie als leidraad genomen:

- I. Het scheppen van (internationale) helderheid omtrent de toepasselijkheid van het ALB in de Nederlandse fiscale wetgeving. De codificatie van het ALB in art. 8b vormt daarvoor een uitdrukkelijke bevestiging;
- II. Het effectief kunnen voorkomen van fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen. De invoering van de documentatieplicht is in dat verband een defensieve maatregel;
- III. Codificatie van de bestaande praktijk; en
- IV. Het scheppen van duidelijkheid ten aanzien van de toepassing van de OESO-richtlijnen.

Met het recentelijk gepubliceerde Verrekenprijsbesluit 2013 schetst de staatssecretaris in par. 1.3 de contouren van het huidige Nederlandse transfer pricing-beleid. Illustratief voor dat beleid is mijns inziens de prijzenswaardige compromisvolle houding van de fiscus ten opzichte van de belastingplichtige ingeval van verrekenprijskwesties en de erkenning van wederzijdse belangen.

Verder stel ik vast dat het Nederlandse transfer pricing-beleid zich kenmerkt door een grote mate van gehechtheid aan de OESO-richtlijnen. Deze richtlijnen zijn echter niet gecodificeerd in art. 8b. De staatssecretaris huldigt het standpunt dat deze richtlijnen doorwerken in onze fiscale rechtsorde. Niettemin kiest hij in de inleiding van par. 2.1 van het Verrekenprijsbesluit 2013 voor bewoordingen, die naar ik meen duiden op gebrek aan stelligheid en onzekerheid terzake van de formele gebondenheid van belastingplichtigen aan de OESO-richtlijnen. Deze kunnen naar ik meen niet eenzelfde interpretatieve functie kunnen vervullen als het commentaar op het OESO-Modelverdrag en hebben in die zin mijns inziens geen doorwerking in het Nederlandse fiscale recht via het verdragsrecht. Bij de toepassing van het ALB vormen zij, naast het Verrekenprijsbesluit 2013, dat in feite de Nederlandse interpretatie geeft van de OESO-richtlijnen, slechts een hulpmiddel voor de fiscale transfer pricing-praktijk.

De wetgever heeft aangegeven dat de vergelijking met onafhankelijke derden slechts in zeer incidentele gevallen een specifieke prijs oplevert, maar dat deze zich bevindt tussen bepaalde marges. Bij de toepassing van het ALB volgt dat iedere verrekenprijs die zich tussen deze marges bevindt als een acceptabele verrekenprijs wordt aangemerkt. Slechts indien de prijs zich buiten deze marges beweegt, wordt niet meer gesproken van een arm's-

lengthprijs daar een zakelijk handelende derde nooit een prijs zou zijn overeengekomen die buiten deze marges valt. Indien in gelieerde verhoudingen toch een prijs wordt overeengekomen die buiten deze marges valt, dan hadden de betrokken gelieerde partijen zich ervan bewust moeten zijn dat de prijsstelling niet als zakelijk is aan te merken. Het bewustheidsvereiste wordt dus (in sterkere mate) geobjectiveerd.

op grond van de voornoemde overwegingen trek ik de conclusie dat de wetgever bij de toepassing van art. 8b niet zozeer heeft beoogd de gelieerde onderneming in *dezelfde* positie te plaatsen ten opzichte van de ongelieerde, zakelijk handelende derde. Hij heeft wel een bandbreedte op het oog waarbinnen de tussen gelieerde ondernemingen gehanteerde verrekenprijzen kunnen variëren. Ik meen dat ook de OESO ook zulks op het oog heeft. In de herziende versie van de OESO-richtlijnen (2010) wordt niet langer wordt gesproken van '*similar circumstances*'. In plaats daarvan wordt '*comparable circumstances*' gebezigd bij de vergelijking met ongelieerde derden. Naar mijn oordeel vormt dit ook een element dat erop wijst dat ook de OESO-richtlijnen, de arm's length-range indachtig (par. 3.55-3.59 van de OESO-richtlijnen), de gelieerde en ongelieerde ondernemingen niet in volstrekt dezelfde positie hebben willen plaatsen.

Voorts is naar mijn oordeel nadere wetgeving gewenst, waarbij nadrukkelijk wordt aangegeven hoe en tot welke omvang onzakelijke winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen gecorrigeerd kunnen worden. Zelfs al zou de wetgever bedoeld hebben dat tot de omvang van de informele kapitaalstorting of verkapte winstuitdeling dient te worden gecorrigeerd geeft dit nog steeds geen aanwijzing hoe de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. De opvatting dat tot op de mediaan van de arm's length-range dient te worden gecorrigeerd, zoals de staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit 2013 verdedigt, heeft mijns inziens geen wettelijke grondslag. Belastingplichtigen kunnen vertrouwen ontlenen aan de in het Verrekenprijsbesluit 2013 opgenomen standpunten, maar zijn daar niet formeel aan gebonden.

Met betrekking tot het constateren van gelieerdheid in de zin van het eerste en tweede lid van art. 8b Wet VPB 1969 heeft de Nederlandse wetgever uitdrukkelijk aangevoerd dat daarbij van belang is dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te kunnen oefenen op de prijsstelling en/of de voorwaarden van de interne transactie. Bij welke mate van gelieerdheid beslissende zeggenschap kan worden vastgesteld, is in art. 8b niet aangegeven. Ook de gelieerdheidscriteria zijn in die zin open geformuleerd.

De door mij uitgevoerde landenvergelijking illustreert dat de gelieerdheidscriteria in de zin van art. 9, lid 1, OESO-Modelverdrag in verschillende landen verschillend worden geïnterpreteerd. Belastingplichtigen worden hiermee in verschillende fiscale jurisdicties geconfronteerd met een andersluidende invulling van de gelieerdheidscriteria, waardoor hun rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het geding zijn. Verder kunnen zij geconfronteerd worden met extra administratieve lasten en eventueel met economische dubbele belastingheffing. Ik pleit er dan ook voor bij het overeenkomen (of de heronderhandeling) van belastingverdragen nadrukkelijk de gelieerdheidscriteria voor de toepassing van het bilaterale verdrag nader te definiëren. Verder is voor een gemeenschappelijke interpretatie in

internationaal verband overeenstemming van belang met betrekking tot de invulling van de gelieerdheidscriteria van art. 9 OESO-Modelverdrag. Zo kunnen de OESO-richtlijnen en het OESO-commentaar bij het eerste lid van art. 9 OESO-Modelverdrag op dit punt worden aangevuld door een nadere definiëring van de gelieerdheidscriteria. Naar mijn oordeel prevaleert rechtszekerheid en rechtsgelijkheid van belastingplichtigen boven de fiscale soevereiniteit van betrokken staten in dit geval.

In par. 5 en 8 van het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt aandacht besteed aan de waardering van immateriële activa ingeval van overdracht binnen gelieerde verhoudingen. De staatssecretaris geeft in het besluit in dat kader aan dat bestrijding van onzakelijke winstverschuivingen gewenst is. In die zin vind ik het terecht en begrijpelijk dat de fiscus alertheid aan de dag legt en onzakelijke winstverschuivingen tracht te bestrijden ingeval van overdracht van immateriële activa aan een gelieerde partij die gevestigd is in een tax haven. Echter, het neerleggen van een bewijsvermoeden in een besluit is mijns inziens niet de wijze waarop zulks kan worden voorkomen, maar vereist specifieke wetgeving. Wellicht is het opnemen van een wettelijke bepaling in de geest van de Amerikaanse commensurate with income-beginsel om onzakelijke winstverschuivingen tegen te gaan in deze een overweging waard.

Het arrest van de *HR van 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385*, welke mijns inziens een vertolking is van het Amerikaanse commensurate with income-beginsel, levert gelet op het specifieke karakter van het feitencomplex geen algemene regel waarop het uitgangspunt kan worden gebaseerd dat bij verkoop of het ter beschikking stellen van immateriële activa binnen gelieerde verhoudingen de overeengekomen overdrachtprijs respectievelijk de royaltyvergoeding evenredig dient te zijn aan de winst die door de overnemer of licentienemer met het immateriële activum wordt gerealiseerd. Naar mijn oordeel kan een contractuele prijsaanpassingsclausule niet op basis van het voornoemde arrest worden afgedwongen.

In par. 10 van het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt aandacht gevestigd op het verstrekken van garanties binnen gelieerde verhoudingen in het kader van geldverstrekkingen. Ook deze garantiestelling, inclusief de al dan niet bedongen garantievergoeding, worden onderworpen aan een arm's length-toets.

Op basis van een tweetal door de HR gewezen arresten (BNB 2013/109 en BNB 2004/265), maak ik op dat de HR voordat hij toekomt aan de beantwoording van de vraag of een al dan niet in aanmerking genomen garantievergoeding de toets der zakelijkheid kan doorstaan, eerst tracht vast te stellen of de binnen gelieerde verhoudingen overeengekomen garantiestelling als zodanig als zakelijk is aan te merken. Met andere woorden, het motief voor het aangaan van de transactie wordt onder de loep genomen. Liggen aandeelhoudersmotieven danwel vennootschappelijke betrekkingen ten grondslag aan de garantstelling, dan wordt deze volledig in de kapitaalsfeer geplaatst. De HR komt dan niet toe aan de beoordeling van de (al dan niet) in aanmerking genomen garantievergoeding. De afwaardering van een eventuele regresvordering uit hoofde van de garantstelling vindt eveneens in de kapitaalsfeer plaats. Het afwaarderingsverlies komt dan niet ten laste van de fiscale winst op grond

van art. 8 Wet VPB 1969 jo. art. 3.8 Wet IB 2001 of op grond van de deelnemingsvrijstelling ex art. 13 Wet VPB 1969. Indien zakelijkheidsmotieven voor de garantstelling kunnen worden onderkend, c.q. de garantstelling vindt in het kader van de ondernemingsuitoefening plaats, wordt een eventueel niet bedongen garantievergoeding op basis van redelijkheid alsnog in aanmerking genomen.

In par. 12 van het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt aandacht geschonken aan de problematiek van het vaststellen van een arm's length-vergoeding voor financieringstransacties binnen gelieerde verhoudingen in de zin van art. 8b Wet VPB 1969. De vraag die zich opwerpt is op welke wijze een marktconforme rente op een interne groepslening dient te worden bepaald. Anders gesteld, hoe plegen onafhankelijke derden in ongelieerde transacties een rentevergoeding voor kredietverstrekking te berekenen. Ik stelde vast, onder verwijzing naar BNB 2002/343, dat in

de Nederlandse wetgeving geen voorschriften zijn opgenomen op grond waarvan dergelijke voordelen kunnen worden berekend. Ook de in dat kader aangehaalde jurisprudentie geeft daar geen antwoord op. Vandaar dat ik pleit tot invoering van wetgeving die uitdrukkelijk aangeeft op welke wijze de in aanmerking te nemen marktconforme rentevergoeding dient te worden bepaald.

Het 'tweezijdige perspectief' dat door de staatssecretaris in lijn met de OESO-richtlijnen wordt voorgestaan voor de bepaling van een arm's length-rentevergoeding voor de interne groepslening wordt mijns inziens niet gedragen door de jurisprudentie van de HR. Deze heeft in BNB 2012/37 (r.o. 3.3.4) met betrekking tot de op de onzakelijke lening in aanmerking te nemen rentevergoeding overwogen dat deze om redenen van eenvoud dient te worden gesteld op de rente die een onafhankelijke derde onder overigens dezelfde voorwaarden zou bedingen indien de lening door die derde zou zijn verstrekt met een borgstelling van de uitlenende concernvennootschap (de zogenoemde borgstellingsfictie). Met andere woorden, de HR is van oordeel dat voor de bepaling van de hoogte van de rentevergoeding op een 'onzakelijke lening' de kredietwaardigheid van de crediteur (en dus niet van de debiteur) bepalend is. Ik meen dat deze door de HR geformuleerde vuistregel onwerkbaar is bij de veronderstelling dat de uitlenende concernvennootschap niet kredietwaardig is. Een onafhankelijke derde zou onder die omstandigheid de lening niet willen verstrekken en is een rentevergoeding onbepaalbaar. Gesteld dat een onafhankelijke derde, een bancaire instelling, het (krediet)risico aanvaardbaar zou kunnen vinden ondanks de slechte kredietwaardigheid van de garantsteller, is een arm's length-rentevergoeding uiteraard wel bepaalbaar.

Mijns inziens is voor de bepaling van een arm's length-rentevergoeding voor de interne groepslening niet de kredietwaardigheid van de uitlenende concernvennootschap relevant, maar juist die van de debiteur. Bij het vaststellen van een marktconforme rentebate/rentelast zal naar ik meen op grond van het ALB rekening dienen te worden gehouden met de uitgeoefende functies, de te lopen risico's en het aangehouden eigen vermogen. Dat de berekening hiervan in de praktijk verre van eenvoudig is, onderken ik. Vandaar dat ik meen dat de wetgever aan zet is om aan te geven onder welke zakelijke condities zulke voordelen dienen te worden berekend. Indien de wetgever van oordeel is dat daarvoor aansluiting dient te worden gezocht bij onafhankelijke bancaire instellingen die onder

toezicht staan van de Nederlandse Bank, zal hij richtlijnen moeten geven die belastingplichtigen daarvoor minimaal in acht dienen te nemen.

Ik stel enerzijds vast dat de HR bij de 'onzakelijke leningen' het ALB een belangrijke rol toekent. Echter, ter invulling van het ALB wordt naar ik meen de aan dat beginsel ten grondslag liggende vergelijkbaarheidsanalyse niet eenzelfde belangrijke rol toegedicht. De verwijzing naar een (fictief geconstrueerde) ongelieerde derde die schijnbaar het debiteurenrisico niet zou hebben aanvaard, vind ik onvoldoende om tot onzakelijkheid te concluderen. Voor een gedegen vergelijkbaarheidsanalyse dienen onder meer daadwerkelijk door ongelieerde derden overeengekomen transacties in de beschouwing te worden betrokken. Gelet op het schaarse vergelijkingsmateriaal, waarbij transacties tussen ongelieerde derden onder vergelijkbare omstandigheden meestal niet voorhanden zijn, zal op grond van een functionele analyse een redelijke vergoeding in aanmerking dienen te worden genomen.

Anderzijds ben ik van oordeel dat het in art. 8b Wet VPB 1969 gecodificeerde ALB niet een grondslag kan vormen voor de fiscale (her)kwalificatie van geldverstrekkings in eigen vermogen. In de eerste plaats heeft de wetgever bij de verankering van dat zakelijkheidsbeginsel in art. 8b Wet VPB 1969 uitdrukkelijk te kennen gegeven (slechts) een wettelijke bevestiging te beogen van de tot 2002 geldende rechtspraak. De HR heeft in BNB 2013/37 bevestigd dat hij een gesloten systeem op het oog heeft. De HR heeft dus niet beoogd een vierde uitzondering te creëren naast de schijnlening, bodemlozeputlening en de deelnemerschapslening. In de bewoordingen van de HR van 25 november 2011, nr. 08/05323, BNB 2012/37 *"past het niet in het wettelijk systeem in een geval waarin naar de vorm sprake is van een geldlening en zich niet één van de bovenvermelde uitzonderingen voordoet, voor de fiscale winstberekening niettemin ervan uit te gaan dat eigen vermogen is verstrekt"*.

In de tweede plaats heeft de wetgever bij de invoering van art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, Wet VPB 1969 in 2007 voorts aangegeven te willen aansluiten bij de jurisprudentie van de HR voor de fiscale herkwalificatie vreemd vermogen in eigen vermogen. Art. 8b Wet Vpb 1969 is daarbij niet relevant.

In hoofdstuk 4 is de in het derde lid van art. 8b Wet VPB opgenomen documentatieverplichting besproken. Die bepaling beoogt de beschikbaarheid van voldoende informatie zeker te stellen, die benodigd is om de gehanteerde verrekenprijzen en voorwaarden op hun zakelijkheid te kunnen beoordelen. De administratieplicht is echter net als de reeds besproken gelieerdheidscriteria open geformuleerd, waarbij ruimte bestaat tot invulling op basis van feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Een dergelijke benadering heeft als voordeel dat de administratieplicht op een pragmatische en flexibele wijze kan worden toegepast. Mijns inziens valt dit voordeel ten deel aan de wetgever en niet aan de belastingplichtige. Een open benadering schept onduidelijkheid en onzekerheid ten aanzien van de omvang en de aard van de documentatie-verplichting in een specifiek geval. Naar mijn oordeel zouden meer expliciete documentatievoorschriften een aantal voordelen met zich brengen:

- de administratieve lasten die de wettelijke documentatieverplichting met zich brengt zouden kunnen worden beperkt;
- duidelijkheid over de vereiste documentatie zou kunnen bijdragen aan minder aanvullende vragen door de Nederlandse fiscus in de uitvoerings sfeer;
- een vastomlijnde documentatieverplichting verschaft de belastingplichtigen zekerheid omtrent de voor hen geldende documentatie-eisen;
- een concreet ingevulde documentatieverplichting zou helderheid kunnen verschaffen ten aanzien van de verschuiving van de bewijslast van de belastingplichtige naar de Belastingdienst in verrekenprijsprocedures.

Op grond van de wetsgeschiedenis, het Verrekenprijsbesluit 2013 en de jurisprudentie in samenhang bezien is, ondanks de open norm, toch gepoogd antwoord te geven op de vraag welke informatie belastingplichtigen beschikbaar dienen te hebben om te voldoen aan de administratieplicht van het derde lid van art. 8b. Daaruit kan worden afgeleid dat strikt genomen de documentatieverplichting uit de volgende onderdelen dient te bestaan:

- De beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen. Het gaat derhalve om de kenmerken van (immateriële) goederen en diensten, de functionele analyse, beschrijving van de economische omstandigheden en een beschrijving van de ondernemingsstrategieën.
- Onderbouwing van de keuze voor de gehanteerde verrekenprijsmethode. Slechts de keuze voor één methode behoeft te worden onderbouwd.

Art. 8b Wet VPB 1969 verplicht belastingplichtigen derhalve niet tot het uitvoeren van een dergentoeft. Het ontbreken van een dergelijke onderzoek leidt niet tot de constatering dat de belastingplichtige duidelijk in gebreke blijft op het punt van het administratieve voorschrift en dus niet tot omkering van de bewijslast. Dit brengt mij tot de conclusie dat het bepaalde in het slot van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 (*'en waaruit kan worden opgemaakt (...)'*) zijn belang heeft verloren en uit het oogpunt van duidelijke wetgeving dient te worden geschrapt. Niettemin ben ik van oordeel dat een vergelijkbaarheidsanalyse onontkoombaar is, ondanks het feit dat in de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat een 'comparable search' niet is vereist. Enerzijds doordat die analyse van belang is voor de onderbouwing van het arm's length-karakter van de gehanteerde verrekenprijzen in de zin van het eerste lid van art. 8b Wet VPB 1969. Hiermee wordt mijns inziens de bewijsrechtelijke positie van belastingplichtigen verstrekt in verrekenprijsprocedures. Anderzijds dienen belastingplichtigen zich rekenschap te geven van het feit dat daar waar Nederland een derdenonderzoek niet verlangt andere landen een dergelijke onderzoek eisen als onderdeel van de documentatieverplichting.

Volgens de staatssecretaris kunnen belastingplichtigen eveneens aan hun documentatieverplichting voldoen door aan te sluiten bij de EU TPD¹⁷⁰, die door de Raad van de Europese Unie is aanvaard. Naar mijn oordeel levert het bestaan van een minder stringente en open geformuleerde Nederlandse documentatiewetgeving naast de EU TPD arbitrage op. Voor belastingplichtigen levert dit geen prikkel om te opteren voor de EU TPD, zij worden daarmee immers geconfronteerd met extra administratieve lasten. Ik ben wel van oordeel, zeker gelet op de open norm van art.8b, derde lid, dat de Masterfile uit het EU TPD-concept als richtsnoer kan worden gehanteerd om in voldoende mate tot invulling te komen van de Nederlandse documentatieverplichting. Daarbij dient de Nederlandse fiscus bij zijn flexibele benadering ten aanzien van verrekenprijsdocumentatie het proportionaliteitsbeginsel, zoals door de staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit 2013 wordt onderkend, niet uit het oog te verliezen. De Belastingdienst dient derhalve voor zorg te dragen dat de noodzaak tot het verkrijgen van die informatie opweegt tegen de kosten en de administratieve last die op de belastingplichtige drukt om deze documenten op te stellen of te verkrijgen.

De invoering van het derde lid van art. 8b Wet VPB 1969 lijkt mij zeer verdedigbaar. Tot aan de invoering van art. 8b heeft een groot aantal in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen zich kunnen veroorloven om nagenoeg geen onderbouwing beschikbaar te hebben van de gehanteerde verrekenprijzen. Deze onevenwichtige informatiepositie van de fiscus ten opzichte van belastingplichtigen is met de invoering van de administratieplicht van het derde lid van art. 8b enigszins opgeheven.

In hoofdstuk 5 heb ik het aspect van de rechts(on)zekerheid dat samenhangt met de open geformuleerde Nederlandse transfer pricing-wetgeving besproken. De open en vage norm waarin art. 8b Wet VPB 1969 door de wetgever welbewust is geconstrueerd, de spaarzame jurisprudentie sinds de codificatie van het ALB en de onduidelijkheid met betrekking tot de doorwerking van de OESO-richtlijnen in onze nationale fiscale rechtsorde bieden de belastingplichtigen weinig houvast ten aanzien van hun fiscale rechtszekerheid. In die zin kan worden gezegd dat een belangrijke onderdeel van het Nederlandse transfer pricing-beleid erop gericht is het onzekerheidselement dat samenhangt met de open formulering van art. 8b weg te nemen door die wettelijke bepaling op onderdelen te concretiseren en belastingplichtigen desgewenst zekerheid vooraf te verlenen. Uitvloeisel van dit beleid is het aan belastingplichtigen bieden van de mogelijkheid tot het aanvragen van unilaterale, bilaterale en multilaterale APA's.

Met deze APA's wordt beoogd het beslechten van interstatelijke verrekenprijsgeschillen en het voorkomen van internationale dubbele belastingheffing. Met de kanttekening dat bij een unilaterale APA het risico van economisch dubbele belastingheffing niet geheel weggenomen is. Vandaar dat de OESO-richtlijnen en de EU, bij monde van het EU JTPF¹⁷¹, een voorkeur uitspreken voor het overeenkomen van een bilaterale of multilaterale APA. Ik

¹⁷⁰ De EU Transfer Pricing Documentation bestaat uit een Masterfile, welke een documentatieset bevat met generieke en gestandaardiseerde informatie die relevant is voor alle betrokken EU-groepsondernemingen, inclusief de vaste inrichtingen en Landenspecifieke documentatie, bestaande uit documentatiesets met landenspecifieke informatie. Het gebruik van het EU TPD-concept is optioneel.

¹⁷¹ Het EU Joint Transfer Pricing Forum is een in 2002 opgerichte Europese werkgroep, die samengesteld is uit vertegenwoordigers van de belastingadministraties van de 28 EU-lidstaten, van kandidaat-lidstaten en van het bedrijfsleven, inclusief de advieskantoren. Het EU JTPF tracht (niet –

constateer dat dit uitgangspunt ook door de Nederlandse fiscus wordt aangehangen. Hoewel een multilaterale APA potentiële voordelen biedt op het vlak van rechtszekerheid, is deze procedureel moeilijk uitvoerbaar, tijdrovend en kostbaar. Daarnaast is het van belang dat de andere staat bereid is tot het voeren van een dergelijke overleg vooraf. Niettemin ben ik van oordeel dat een bilaterale APA het aangewezen instrument is voor de voorkoming c.q. beslechting van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. De bilaterale APA biedt immers in tegenstelling tot de unilaterale APA rechtszekerheid aan weerszijden van de grens.

Ik heb kunnen vaststellen dat het APA-verzoek gepaard gaat met veel informatie die aan de Nederlandse fiscus dient te worden verstrekt. Op de belastingplichtige rust derhalve een grote administratieve last. Drempel voor het indienen van een APA-verzoek vormt voorts de onzekerheid bij belastingplichtigen ten aanzien van de vraag of de fiscus op grond van de aangereikte informatie de reeds verstreken boekjaren zal onderwerpen aan een correctie.

Het Nederlandse APA-team kenmerkt zich door een grote mate van professionaliteit, deskundigheid en vlotte voortgang met betrekking tot de afhandeling van de APA-verzoeken. Tekortkoming vind ik dat, ondanks de toezegging daartoe door de staatssecretaris, het beleid dat ten grondslag ligt aan de afgesloten danwel, onder omstandigheden, geweigerde APA's niet wordt gepubliceerd en ook niet onderworpen is aan enige controle of rechterlijke toetsing. De (rechts)ontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 is daar niet bij gebaat.

Eenmaal geconfronteerd met mogelijke economische dubbele belastingheffing rijst bij de belastingplichtigen de vraag (of beter gezegd, de onzekerheid) of het verdragsrechtelijke instrumentarium ter beslechting van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen effectief zal zijn in het oplossen van het geschil. Meer specifiek, zal leiden tot het voorkomen van die dubbele heffing.

Vanwege het onverplichte, kostbare en tijdrovende karakter van de onderlinge overlegprocedure, is dit verdragsrechtelijke instrument naar ik meen effectief noch efficiënt in het beslechten van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. Van de betrokken bevoegde autoriteiten wordt immers slechts een inspanningsverplichting gevraagd (*'the competent authorities shall endeavour'*), maar geen resultaatverplichting opgelegd. Het overleg is dus vrijblijvend en de bevoegde autoriteiten zijn niet verplicht om het onderlinge overleg met een overeenkomst af te sluiten. De procedure kan ook jaren voortslepen. Verder wijs ik op de gemarginaliseerde rol die de belastingplichtige als direct belanghebbende wordt toebedeeld bij de onderlinge overlegprocedure. Zijn rol is het geven van (nadere) informatie en is formeel niet betrokken bij het overleg, ook niet als toehoorder. Hij heeft geen inzage in de zogenoemde 'position papers' en kan daar geen toelichting op geven of op onjuistheden verifiëren. Ik meen dat voor een effectieve (voorkoming van dubbele heffing) en efficiënte (tijdsbesparing) beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen het belang van de participatie van de belastingplichtige aan het onderlinge overleg gewenst is. Uit het oogpunt van transparantie, vind ik in die zin bemoedigend de toezegging van de

staatssecretaris de belastingplichtige gedurende de hele procedure zo goed mogelijk en zo volledig mogelijk te informeren. Voorts is aangegeven dat de directie IFZ zich zal inspannen om de belastingplichtige zo snel mogelijk te informeren over de onverwachte wijzigingen in het verloop van procedure.

Uitgangspunt van het Nederlandse internationale verdragsbeleid is het zo snel en efficiënt mogelijk wegnemen van de dubbele belastingheffing. In dat kader streeft Nederland naar het vroegtijdig opstarten van onderlinge overlegprocedures met verdragspartners. Hoe bemoedigend ook, vanwege het tijdsbesparende element, Nederland is daarbij afhankelijk van de welwillendheid van haar verdragspartners tot het voeren van een dergelijke vroegtijdige overleg. Art. 9, lid 2 van het OESO-Modelverdrag legt immers de betrokken staten niet de verplichting op tot het treffen van een corresponderende correctie. Het onverplichte karakter van de bepaling van het tweede lid van art. 9 OESO-Modelverdrag biedt waarborg voor de fiscale soevereiniteit van de OESO-lidstaten.

Indien een toepasselijke Belastingverdrag niet voorziet in een met art. 9, lid 2, OESO-Modelverdrag overeenstemmende bepaling, is de belastingplichtige voor het wegnemen van de dubbele heffing aangewezen op een onderlinge overlegprocedure (mutual agreement procedure) of eventuele arbitrageprocedure van dat specifieke verdrag of op grond van het EG-Arbitrageverdrag.

Ik merk op dat slechts een beperkt aantal Nederlandse belastingverdragen in een arbitrageregeling voorziet. Het treffen van een dergelijke arbitrageregeling geschiedt voorts op basis van vrijwilligheid van de bevoegde autoriteiten. Positief vind ik dat Nederland naast het 'vroegtijdig overleg' een andere naar mijn oordeel belangrijke uitgangspunt van haar internationale verdragsbeleid heeft geformuleerd, namelijk het streven om een verplichte en voor belanghebbende partijen bindende arbitragebepaling in alle nieuwe en gesloten Belastingverdragen op te nemen. Nederland heeft in die zin actief bijgedragen aan het ontwikkelen van een arbitrageregeling voor het OESO-Modelverdrag. De in 2008 ingevoerde bepaling van het vijfde lid van art. 25 OESO-Modelverdrag ziet op een dergelijke dwingende arbitrageregeling.

De arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag lijkt op het eerste oog door het verplichtende karakter een effectief instrument te zijn ter voorkoming van dubbele belastingheffing ten gevolge van grensoverschrijdende verrekenprijsgeschillen. Bij nadere beschouwing constateer ik enige nadelen en heb ik dan ook een aantal verbeterpunten aangedragen. Het EG-Arbitrageverdrag ziet niet op de dubbele belastingheffing die voortvloeit uit interpretatieverschillen tussen de betrokken staten van bepaalde (transfer pricing-)begrippen. In die zin is het EG-Arbitrageverdrag qua reikwijdte beperkter dan de mutual agreement procedure op grond van art. 25 OESO-Modelverdrag. Uit het oogpunt van voorkoming van dubbele belastingheffing lijkt mij in die zin een uitbreiding gewenst. Verder heb ik vastgesteld dat een gemeenschappelijke interpretatie van bepaalde termijnen en begrippen in het EG-Arbitrageverdrag ontbreekt. Een uniforme definitie van bepaalde begrippen en termijnen komt de effectiviteit van het EG-Arbitrageverdrag ten goede en biedt rechtszekerheid aan belastingplichtigen.

Opvallend daarbij vind ik de afwezigheid van de belastingplichtige tijdens de overlegprocedure en de (eventuele) arbitrageprocedure op grond van het EG-Arbitrageverdrag. Haar rol bestaat (slechts) uit het al dan niet op verzoek verstrekken van inlichtingen, bewijsstukken en/of stukken aan de bevoegde autoriteiten en aan de raadgevende commissie. Weliswaar kan de belastingplichtige al dan niet op verzoek worden gehoord door die commissie, maar heeft daarin formeel geen zitting (art. 10, lid 1 en 2, EG-Arbitrageverdrag). De directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën treedt voorts als vertegenwoordiger op van de belastingplichtige. Het ministerie dient in de procedure ten opzichte van de belastingplichtige mijns inziens een tegenstrijdig belang. Zij is gebaat bij een minimale aanpassing van de door de Nederlandse fiscus aangebrachte winstcorrectie. Zulks leidt immers tot hogere belastinginkomsten van Nederland. Vandaar dat ik het toebedelen van een zekere inspraak aan de belastingplichtige zowel tijdens de overlegprocedure alsmede tijdens de arbitrageprocedure bepleit.

Het EG-Arbitrageverdrag heeft als voordeel dat het de betrokken staten niet alleen een inspanningsverplichting, maar ook een resultaatverplichting oplegt. De betrokken staten zijn namelijk niet alleen gehouden met elkaar in overleg te treden, maar dienen voorts binnen ten hoogste drie jaar na aanvang van de procedure het probleem van dubbele belastingheffing op te lossen en het advies van de raadgevende commissie is daarbij bindend. Ik meen aan de ene kant dat het bindende karakter van het advies van een eventueel op te richten arbitragecommissie de betrokken lidstaten ertoe beweegt (wellicht ook dwingt) tijdens de voorafgaande overlegprocedure tot een minnelijke schikking te komen.

Dat dit drukmiddel functioneert, leid ik af uit het geringe aantal verrekenprijsgeschillen dat uiteindelijk middels arbitrage is beslecht. Aan de andere kant meen ik dat het scheppen van een mogelijkheid voor de betrokken lidstaten af te wijken van het advies van de arbitragecommissie afbreuk doet aan het bindende karakter van dat advies. Het zonder meer bindend verklaren van het advies van de raadgevende commissie kan mijns inziens leiden tot verkorting van de tijdsduur van het arbitrageproces en legt bij de betrokken partijen nog sterker de resultaatverplichting op tijdens de overlegprocedure. Met het oog op effectieve en efficiënte beslechting van verrekenprijsgeschillen is het naar ik meen verstandig na te gaan of de overlegprocedure los kan worden gekoppeld van de arbitrageprocedure in het EG-Arbitrageverdrag. Zo kunnen belastingplichtigen direct toegang hebben tot het arbitrageproces zonder voorafgaande overleg of instemming van de bij het verrekenprijsgeschil betrokken lidstaten.

In het verlengde van mijn probleemstelling heb ik de vraag opgeworpen of de onderlingoverlegprocedure neergelegd in art. 25 OESO-Modelverdrag en de arbitrageprocedure neergelegd in het EG-Arbitrageverdrag effectieve instrumenten zijn ter oplossing van internationale dubbele belasting die ontstaat als gevolg van winstcorrecties tussen gelieerde ondernemingen op grond van het ALB. Ik concludeer dat dit verdragsrechtelijke instrumentarium effectief (voorkomen van dubbele belastingheffing) noch efficiënt (kosten- en tijdsbesparende element) is in het beslechten van interstatelijke verrekenprijsgeschillen.

Welbeschouwd kom ik tot de conclusie dat er niet echt een wezenlijk verschil bestaat tussen het huidige art. 8b Wet VPB 1969 en de situatie vóór 1 januari 2002. Het eerste lid van art. 8b is (slechts) een codificatie van het ALB van art. 9 OESO-Modelverdrag, zoals het daarvoor ook al op grond van het verdragsrecht in Nederland doorwerkte en op basis van het totaalwinstbegrip van art. 3.8 Wet IB 2001 werd toegepast. Een nieuw element ten opzichte van de situatie vóór de codificatie van het ALB in art. 8b ingaande 2002 is dat thans een winstcorrectie op basis van dat artikel eveneens toepasbaar is, indien lichamen op grond van een bestuurs- of toezichtrelatie gelieerd zijn en bij hun onderlinge transacties niet conform het ALB handelen. Daarnaast bevat het derde lid van art. 8b. een documentatieplicht op grond waarvan belastingplichtigen de gehanteerde verrekenprijzen met documentatie dienen te onderbouwen.

De implicatie(s) van de codificatie van het ALB, zoals geformuleerd in de probleemstelling, kan als volgt worden beantwoord:

- I. Met de verankering van het ALB in art. 8b Wet VPB 1969 is er (internationale) helderheid geschapen omtrent de toepasbaarheid van dat zakelijkheidsbeginsel in Nederland. Voorts is met de invoering van een OESO-conforme APA/ATR-praktijk per 1 april 2001 tegemoet gekomen aan de internationale kritiek dat het ALB binnen de Nederlandse rullingpraktijk niet werd toegepast;
- II. Met betrekking tot de stelling dat op grond van art. 8b Wet VPB 1969 fiscaal geïndiceerde winstverschuivingen binnen gelieerde verhoudingen effectiever kunnen worden voorkomen kan, gelet op de spaarzame rechtspraak, geen eenduidig antwoord worden gegeven. Wel is geconstateerd dat de rechter een redelijkheidsmaatstaf aanlegt bij het vaststellen van de omvang van de winstcorrectie ingeval van onzakelijke verrekenprijzen;
- III. De bevoordelingsbedoeling en de eis van dubbele bewustheid, die in zekere zin is geobjectiveerd in de vóór de invoering van art. 8b Wet VPB 1969 gewezen jurisprudentie, is onder art. 8b Wet VPB 1969 eveneens van toepassing;
- IV. Er is, naar ik meen, beslist geen duidelijkheid geschapen omtrent de toepasselijkheid van de OESO-richtlijnen in onze fiscale rechtsorde. Zoals ik in deze scriptie verdedig hebben deze richtlijnen geen doorwerking in ons nationale fiscale recht. Indien de wetgever een op de OESO-richtlijnen gebaseerde bedrijfseconomische invulling van het ALB wenst dan is nadere wetgeving vereist, waarin expliciet wordt aangegeven op welke wijze de omvang van de verrekenprijscorrectie dient te worden berekend. Dat kan de wetgever doen door een vierde lid aan art. 8b Wet VPB 1969 toe te voegen.

Gelet op de spaarzame jurisprudentie op het vlak van verrekenprijzen, concludeer ik dat het ALB, zoals gecodificeerd in art. 8b, naar mijn oordeel geen dynamisch, maar veeleer een star begrip is. Zo kan het, wat betreft de rechtsontwikkeling, niet worden vergeleken met het Nederlandse goedkoopmansbegrip ex. art. 3.25 Wet IB 2001, dat eveneens zijn invulling middels jurisprudentie heeft gekregen. In navolging van het voorstel van mr. T.W.M. Poolen en prof. S. van Weeghel, pleit ik dan ook voor invoering van een door de

belastinginspecteur afgegeven '*voor bezwaar/beroep vatbare ruling*'. Zo kunnen standpunten van de fiscus wanneer deze door de belastingplichtige worden betwist, voordat een aanslag is opgelegd, aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen of een daartoe opgerichte onafhankelijke commissie die bindende antwoorden kan geven op rechtsvragen of op vragen van feitelijke aard. Een andere optie is het in de AWR opnemen van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan onze hoogste rechtscollege. Randvoorwaarde hiervoor is dat de HR de zaak snel ter hand zou moeten nemen. De rechtsontwikkeling van art. 8b Wet VPB 1969 en de rechtszekerheid van belastingplichtigen zijn daar, naar mijn oordeel, mee gediend.

BIJLAGE I

Tekst art. 8b Wet VPB 1969

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. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een zelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam.
3. De in het eerste en tweede lid bedoelde lichamen nemen in hun administratie gegevens op waaruit blijkt op welke wijze de in dat lid bedoelde verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt of er met betrekking tot de totstandgekomen verrekenprijzen sprake is van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen.

Bron: <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wet%20op%20de%20vennootschapsbelasting%201969.html>

BIJLAGE II

Tekst art. 9 OESO-Modelverdrag (Engelstalig)

1. Where

a. an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b. the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two 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.

2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State —and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.

Bron: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>

Geraadpleegde literatuur

- Prof. mr. C. van Raad, *Teksten Internationaal Belastingrecht*, 2012-2013, 25^e druk, Kluwer, Deventer.
- Mr. A. J. Bakker, Transfer pricing, *Fiscale winstallocatie bij transacties tussen verbonden vennootschappen in nationaal en internationaal verband*, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, Amersfoort, 2005.
- Mr. E.A. Visser, *Verrekenprijzen; een drieluik*, Fiscale Monografieën 115, Kluwer, Deventer, 2005.
- Dr. A.C.G.C. de Graaf, prof. dr. P. Kavelaars, prof. dr. A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, fed fiscale studieserie nr. 39, Deventer, 2010.
- R.P.F.M. Hafkenscheid en A.T.G.M. Hosman, *Transfer pricing in het Nederlands belastingrecht*, Fed Fiscale Brochures, 1998.
- J. Bulte, J. Dijkma en R. van der Wal, *Management accounting*, tweede druk, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1995.
- N. Dopuch and D.F. Drake, *Accounting Implications of a Mathematical Programming Approach to the Transfer Price Problem*, Journal of Accounting Research. Spring 1964, pag. 10-24.
- E. Schmalenbach, *Pretiale Wirtschaftslenkung, Band II: Pretiale Lenkung des Betriebes*, Bremen 1948.
- F. Krens, *Interne Verrekenprijzen Bij Gedivisionaliseerde Ondernemingen*, H.E. Stenfert Kroese B.V., Leiden 1975.
- R. Gould, *Internal Pricing in Firms When There Are Costs of Using an Outside Market*, The Journal of Business, januari 1964, pag. 61-67.
- A. Rook, *Transfer Pricing. A measure of management performance in Multi-divisional companies*, Management Survey Report, No. 8, British Institute of Management, London 1971.
- M. Onsi, *A transfer Pricing System based on Opportunity Cost*, The Accounting Review, juli 1970, 535-543.
- J. Hirshleifer, *On the Economics of Transfer Pricing*, The Journal of Business, Juli 1956, pag. 172-184.
- Drs. W. Bruins Slot, *De dubbele zakelijkheidstoets bij transacties tussen gelieerde partijen*. WFR 2001/6449.
- A.W.G. Lamers, *Een analyse van de fiscale behandeling van hoofdkantoorkosten*, WFR 2006/399.
- Mr. E. Thomas, *Wanneer kan de fiscus binnen gelieerde verhoudingen verrekenprijzen corrigeren?*, WFR 2002/1627.

- Drs. D. De Boer en drs. W.G. Weistra, *'Nieuwe verrekenprijswetgeving: halffabricaat of eindproduct?'*, WFR 2001/1725.
- C. van Raad, *Studenteneditie Cursus Belastingrecht*, onderdeel international belastingrecht, editie 2013.
- L. Verdoner, *'Winstgeoriënteerde methoden versus transactiegeoriënteerde methoden'*, MBB 1999/32.
- J.K.H. van Dam en R.A.M. Sinx, *'Verrekenprijzen: het arm's length beginsel gecodificeerd in de Nederlandse wetgeving : staatssecretaris komt in belangrijke mate terug op aangekondigde koers'*, MBB 2001/339.
- D.J.P.M. Rutges, C.J.E.A. Sporken en J.E. Bouman, *Verheldering gewenst van arm's-lengthverplichting bij verrekenprijzen*, WFR 2005/1708.
- H.A. Vollebregt, *Aanbevelingen ter beperking van de administratieve lasten voor de verrekenprijz-administratie van art. 8b Wet VPB 1969*, WFR 2005/16.
- H.A. Vollebregt, *Verrekenprijzen: fiscus en functionele analyse*, WFR 2004/1009.
- R. Simons, *Performance Management and Control systems for implementing Strategy*, Prentice Hal, 2000.
- Mr. L. J. A. Pieterse, *Belastingrechtspraak in de actualiteit*, WFR 2012/307.
- E.J.W. Heithuis, *Het Arbitrageverdrag: een vreemde eend in de Europees Fiscaalrechtelijke bijt!?*, WFR 1994/632, pag. 1863-1868.
- M. van Herksen, *Tax Management Transfer Pricing Report, The Dutch Supreme Court's Transfer Pricing Decision, Applying Group Dynamics in Defining the Arm's -Length Principle*, vol. 11, nr. 8, 7 augustus 2002, blz. 3-27.
- N. Djebali, *Interstatelijke transfer-pricinggeschillen: Advanced Pricing Agreements*, FED 2007/19.
- Mr. C.J.E.A. Sporken en drs. E.C.P Gommers, *Wat zijn de gevolgen van de Europese Gedragscode inzake transfer pricing vanuit Nederlands perspectief?*, WFR 2006/1189.

Geraadpleegde websites:

- <http://www.oecd.org>
- <http://www.tpanalytics.com/country/japan/>
- <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/astg/gesamt.pdf>
- <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/germany.pdf>
- <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/japan.pdf>

- <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/us.pdf>
- http://www.nta.go.jp/foreign_language/07.pdf
- <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/39424142.pdf>
- <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transferpricingcountryprofiles.htm>
- <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/482>
- <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6038C>
- <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1886&vm=04&re=01>
- <http://www.ndfr.nl>
- http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm
- <http://www.belastingdienst.nl>
- <http://www.nob.net>
- <http://www.rechtspraak.nl>
- <http://www.managementsite.nl/399/financieel-management/interne-verrekenprijzen-leiden-vaak-tot-ruzie.html>
- http://www.eur.nl/ub/nederlands/zoeken/online_bronnen/e_journals/
- <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/19057/appendices.pdf?sequence=9>