

# ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Master scriptie Fiscale Economie

## Arm's length versus CCCTB the billion dollar fight

Een toetsing van het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn aan de overkoepelende beginselen van een goed belastingbeleid alsmede internationale inpasbaarheid

Naam student: J.H. Kervers

Studentnummer: 415775

Begeleider: L.C. van Hulten MSc

Tweede beoordelaar: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 23 april 2019

Het geschrevene in deze scriptie is de opvatting van de auteur en niet noodzakelijk die van Erasmus School of Economics of Erasmus Universiteit Rotterdam



“In fact, no legitimate or realistic alternative to the arm’s length principle has emerged.”

- OESO TP-richtlijnen, par. 1.15

# Inhoudsopgave

Afkortingen	6	
1	Inleiding	8
1.1	Introductie	8
1.2	Probleemstelling	10
1.3	Opbouw van de scriptie	13
1.4	Afbakening	13
2	Arm's length-beginsel	16
2.1	Introductie	16
2.2	Ontstaan arm's length-beginsel	16
2.3	Arm's length-beginsel	19
2.3.1	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling	19
2.3.2	Rechtsgrond van het arm's length-beginsel	19
2.3.3	De OESO TP-richtlijnen	20
2.3.4	Het arm's length-beginsel volgens de OESO TP-richtlijnen	21
2.3.5	Toepassing van het arm's length-beginsel	21
2.4	Transfer pricing documentatie	27
2.5	Problematiek rondom het arm's length-beginsel	28
2.5.1	Conceptuele problemen van het arm's length-beginsel	30
2.5.2	Praktische problemen van het arm's length-beginsel	33
2.6	Conclusie	35
3	Formulary apportionment methode	38
3.1	Introductie	38
3.2	CCCTB-richtlijn	38
3.2.1	Geschiedenis	38
3.2.2	Rechtsgrond	39
3.2.3	Hoofdpijnen CCCTB-richtlijn	40
3.3	Formulary apportionment binnen de CCCTB	41
3.3.1	De toewijzingsformule	41
3.3.2	Factor omzet	42
3.3.3	Factor arbeid	43
3.3.4	Factor activa	43
3.4	Kritiek op de formulary apportionment methode	44
3.4.1	Conceptuele problemen van formulary apportionment	45
3.4.2	Praktische problemen van formulary apportionment	47
3.5	Conclusie	51
4	Toetsing arm's length-beginsel en formulary apportionment methode	52
4.1	Inleiding	52
4.2	Opbouw toetsing	52
4.3	Toetsing arm's length-beginsel en formulary apportionment methode	53
4.3.1	Neutraliteit	53
4.3.2	Efficiëntie	55
4.3.3	Zekerheid en uitvoerbaarheid	57
4.3.4	Doeltreffendheid en eerlijkheid	59
4.3.5	Flexibiliteit	62
4.3.6	Gelijkheid tussen belastingplichtigen	63

4.3.7	Gelijkheid tussen belastingdiensten	65
4.3.8	Internationale inpasbaarheid	66
4.4	Conclusie	68
5	Hybride methode	72
5.1	Inleiding	72
5.2	Sterke punten	72
5.2.1	Sterke punten arm's length-beginsel	72
5.2.2	Sterke punten formulary apportionment methode	72
5.3	Hybride alternatief?	73
5.3.1	Arm's length-beginsel binnen de hybride methode	73
5.3.2	Formulary apportionment binnen de hybride methode	74
5.4	Toetsing hybride methode	74
5.5	Conclusie	78
6	Conclusie en aanbevelingen	82
6.1	Inleiding	82
6.2	Conclusie	82
6.3	Aanbevelingen	87
	Literatuurlijst	90
	Hoofdstuk 1	90
	Hoofdstuk 2	90
	Hoofdstuk 3	92
	Hoofdstuk 4	94
	Hoofdstuk 5	97

## Afkortingen

Afkorting	Betekenis
ATAD 1	Anti-Tax Avoidance Directive 1
BBP	Bruto Binnenlands Product
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BEPS Actieplan 1	Base Erosion and Profit Shifting - Addressing the tax challenges of the digital economy
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CCTB	Common Corporate Tax Base
Comité	Comité voor Fiscale Zaken
CUP	Comparable Uncontrolled Price
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO TP-richtlijnen	OESO Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
OESO-Modelverdrag	Modelverdrag voor Belastingen naar Inkomen en Vermogen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling 2017
RPM	Resale Price Methode
TNMM	Transactionele Netto Marge Methode
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie



# 1 Inleiding

## 1.1 Introductie

Een verrekenprijs is een prijs die wordt gehanteerd voor boekhouddoelinden en voor het waarderen van transacties tussen gelieerde ondernemingen die onder hetzelfde management zijn geïntegreerd.<sup>1</sup> Deze prijs kan zijn gekoppeld aan de levering van diensten of goederen, of aan de verkoop of het ter beschikking stellen van een immaterieel actief. De gelieerdheid van partijen kan de prijs en voorwaarden van de transactie beïnvloeden. De prijzen en voorwaarden die aan deze transacties gekoppeld zijn, zullen dus niet op basis van de vrije markt tot stand zijn gekomen. Uit het volgende voorbeeld blijkt welke complicaties hieruit kunnen voortkomen:<sup>2</sup>

Concern X heeft zijn hoofdkantoor in Nederland, en is werkzaam in twintig landen op vijf continenten. Vanuit het hoofdkantoor in Nederland geeft de raad van bestuur leiding aan het concern. Afdelingen op het hoofdkantoor ondersteunen de werkmaatschappijen met adviezen op het gebied van juridische zaken, fiscaliteit en human resources. Productontwikkeling vindt plaats in de Verenigde Staten en India. De producten worden zo dicht mogelijk bij de afzetmarkt geproduceerd, maar om toch schaalvoordelen te creëren zijn ze per continent geconcentreerd. Vanuit de fabrieken worden de producten aan lokale distributiecentra van het concern geleverd. Daarnaast beschikt concern X over callcenters in Polen, Mexico en India die klanten telefonisch assisteren.

Concern X wordt geconfronteerd met vragen van fiscale aard. Aan het eind van ieder jaar zal iedere entiteit binnen het concern een belastingaangifte moeten invullen in het land waar zij haar vestigingsplaats heeft, of in het land waar zij met behulp van een vaste inrichting activiteiten verricht. De winsten van de twintig entiteiten van concern X zullen worden beïnvloed door de hoogte van de te berekenen interne verrekenprijzen. Concern X dient bij het bepalen van de verrekenprijzen te voldoen aan de uitgangspunten van de twintig lokale belastingdiensten. Concern X zal niet voor elke belastingdienst een systeem voor het vaststellen van verrekenprijzen kunnen creëren dat aan de lokale wetgeving voldoet. Zij zal daarom proberen een systeem te creëren dat gebaseerd is op verschillende fundamenteën, zodat het risico op onenigheid met een belastingdienst geminimaliseerd wordt.<sup>3</sup>

Bij de bepaling van een verrekenprijs geldt in de meeste landen het arm's length-beginsel. Het arm's length-beginsel is in het modelverdrag voor Belastingen naar Inkomen en Vermogen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO en OESO-Modelverdrag) opgenomen. Het OESO-Modelverdrag speelt een cruciale rol bij het wegnemen van belasting gerelateerde belemmeringen voor grensoverschrijdende handel en investeringen. Het is de basis voor de onderhandeling over bilaterale belastingverdragen tussen landen. Het modelverdrag beoogt belastingontduiking en -ontwijking te voorkomen. Zo hanteren de landen die aangesloten zijn bij de OESO, in hun onderlinge verhoudingen doorgaans eenzelfde beginsel voor het bepalen van verrekenprijzen en de winstallocatie in internationaal concernverband. Het arm's length-beginsel is een waarderingsprincipe dat vaak wordt gebruikt voor commerciële en financiële transacties tussen gelieerde ondernemingen. De methode stelt dat transacties tussen gelieerde ondernemingen moeten worden gewaardeerd alsof ze zijn uitgevoerd tussen niet-verbonden partijen, elk handelend in haar eigen belang.<sup>4</sup> De toepassing van het arm's length-beginsel is uitgewerkt in de OESO Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (hierna: OESO TP-richtlijnen). Dit betekent niet dat geen onduidelijkheid tussen lidstaten kan bestaan over de uitleg van het arm's

---

<sup>1</sup> OECD, *Measuring the Non-Observed Economy: A Handbook*, Parijs: OECD Publications 2006, p. 228.

<sup>2</sup> J.T. Van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1.

<sup>3</sup> J.T. Van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1.

<sup>4</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. B.1.



length-beginsel. Bovendien kan de nationale wetgeving van lidstaten afwijken van het arm's length-beginsel.

Het arm's length-beginsel staat de laatste jaren dan ook onder druk.<sup>5</sup> Tijdens de economische recessie hebben veel landen moeten bezuinigen of hun belastingen moeten verhogen. Zodoende werd de maatschappelijke en politieke aandacht voor de daadwerkelijk door bedrijven betaalde belastingen groot. Maatschappelijk gezien ontstond twijfel of bedrijven, met name de grote multinationale ondernemingen, wel genoeg bijdroegen aan het inkomen van de overheid. De effectieve belastingdruk van deze bedrijven is vaak lager dan wat op het eerste gezicht te verwachten is op basis van de activiteiten die in verschillende landen worden uitgeoefend.<sup>6</sup>

Tevens is het de vraag of een transactie tussen twee gelieerde partijen vergelijkbaar is met een transactie tussen twee niet-gelieerde partijen. Bij het handelen tussen gelieerde partijen kunnen bijvoorbeeld synergie- en schaalvoordelen worden behaald die een individuele onderneming nimmer zal kunnen behalen.<sup>7</sup> Indien de transactie tussen die gelieerde partijen wordt gewaardeerd aan de hand van het arm's length-beginsel, dient gebruik te worden gemaakt van cijfers van een vergelijkbare transactie tussen niet-gelieerde ondernemingen. Bij de waardering zullen behaalde synergie- en schaalvoordelen worden genegeerd, met als mogelijk gevolg dat een aanzienlijke hoeveelheid transacties tussen gelieerde partijen niet vergelijkbaar is met transacties tussen ongelieerde partijen.

De kritiek op het arm's length-beginsel zet aan tot nadenken over een alternatief. In bepaalde delen van de Verenigde Staten wordt voor de verdeling van de winsten van een concern dat in verschillende Amerikaanse staten winsten of verliezen heeft geboekt, gebruik gemaakt van de 'formulary apportionment methode' (vertaling: verdeling aan de hand van formules). Deze methode zou, als hij wereldwijd werd toegepast, ervoor zorgen dat de wereldwijd geconsolideerde winst van een multinational aan haar gelieerde ondernemingen wordt gealloceerd aan de hand van een vooraf bepaalde en mechanistische formule.<sup>8</sup> In de Europese Unie wordt gekeken naar een vergelijkbare methode voor het bepalen van de winstverdeling, namelijk de Common Consolidated Corporate Tax Base (hierna: CCCTB).<sup>9</sup> Het doel van de CCCTB-richtlijn is de administratieve lasten van, en de nalevingskosten voor bedrijven te verminderen door middel van een geconsolideerde heffingsgrondslag, terwijl de rechtszekerheid voor bedrijven toeneemt. In de CCCTB-richtlijn zal de formulary apportionment methode worden geïncorporeerd. De geconsolideerde winst of verlies van een concern zal worden aangegeven bij één belastingdienst. De winst zal over de landen van het concern worden verdeeld aan de hand van een verdeelsleutel, die is gebaseerd op drie factoren: activa, arbeid en omzet.<sup>10</sup> Een mogelijk verlies wordt verrekend met het eerstvolgende jaar waarin winst wordt gedraaid.<sup>11</sup>

De CCCTB-richtlijn kent echter, net als het arm's length-beginsel, kritiekpunten. Toen op 16 maart 2011 een concept CCCTB-richtlijn werd gepubliceerd,<sup>12</sup> is deze door de Tweede Kamer slecht ontvangen.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld: J.T. Van Egdome, *Verrekenprijzen: de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, I. Benschalom, *Rethinking the Source of the Arm's-Length Transfer Pricing Problem*, *Virginia Tax Review* 2013, en W. Schön, *Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law*, Heidelberg: Springer 2013.

<sup>6</sup> J.T. Van Egdome, *Verrekenprijzen: de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 19.

<sup>7</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.10.

<sup>8</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.17.

<sup>9</sup> Richtlijn 2011/0058/EU, p. 13-17.

<sup>10</sup> Richtlijn 2016/0336/EU, p. 2.

<sup>11</sup> Zie artikel 7, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>12</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32728, 1, bijlage (richtlijnvoorstel betreffende een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB)).

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2010/11, 32728, 3, p. 3-4.

Zo zouden niet alleen het Bruto Binnenlands Product (hierna: BBP) en de belastinginkomsten van Nederland afnemen, maar zou de CCCTB-richtlijn ook het BBP op Europees niveau en de belastinginkomsten van andere lidstaten doen afnemen.

## 1.2 Probleemstelling

In deze scriptie zal een vergelijking tussen het arm's length-beginsel en het gebruik van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn worden gemaakt om de volgende probleemstelling te beantwoorden:

“Zou het arm's length-beginsel moeten worden vervangen door of gecombineerd worden met de formulary apportionment methode, in de vorm die wordt gebruikt binnen de huidige CCCTB-richtlijn, beoordeeld vanuit de overkoepelende beginselen van een goed belastingbeleid alsmede internationale inpasbaarheid?”

Het onderzoek zal het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn toetsen aan de overkoepelende beginselen van een goed belastingbeleid, zoals genoemd in het BEPS Actieplan 1 - 'Addressing the tax challenges of the digital economy' (hierna: BEPS Actieplan 1). Daarnaast worden het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn getoetst aan de internationale inpasbaarheid van beide methodes.

Voor fiscale systemen die afhankelijk zijn van de economische en fiscale wetgeving van een land, zijn breed geaccepteerde fiscale beleidscriteria ontwikkeld. Deze criteria vormen traditioneel de basis van een fiscaal systeem. Hieronder vallen neutraliteit, efficiëntie, zekerheid en uitvoerbaarheid, doeltreffendheid en eerlijkheid, flexibiliteit, gelijkheid tussen belastingplichtigen, en gelijkheid tussen belastingdiensten<sup>14</sup>.<sup>15</sup> Deze beginselen van een goed belastingbeleid zijn gebaseerd op de ministeriële conferentie van Ottawa in 1998, en worden sindsdien aangeduid als de Ottawa Taxation Framework Conditions. Zij zijn in 1998 geïntroduceerd om belastingproblemen gerelateerd aan de digitaliserende economie op te lossen. Zoals de OESO stelt, wordt de digitale economie steeds meer de economie zelf.<sup>16</sup> Zo zou het moeilijk, wellicht zelfs onmogelijk, zijn om de digitale economie fiscaal af te schermen van de rest van de economie. Dus ondanks dat het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn niet alleen betrekking hebben op de digitaliserende economie worden de beginselen toch gebruikt voor de toetsing.

Naast de hiervoor genoemde criteria zal ook nog worden getoetst op de internationale inpasbaarheid van de methodes. Dit criterium komt voort uit twee van de grootste obstakels van de CCCTB-richtlijn; de unanimiteitseis van de Europese Unie en de behandeling van niet lidstaten van de Europese Unie binnen de CCCTB-richtlijn. Voor alle fiscale wetgeving die door de Europese Unie ingevoerd wordt, is unanimiteit nodig van alle lidstaten.<sup>17</sup> De unanimiteitseis geldt ook voor latere wijzigingen die in de CCCTB-richtlijn gemaakt zouden moeten worden. De zorg bestaat dat als de CCCTB-richtlijn wordt ingevoerd de lidstaten van de Europese Unie het moeilijk eens zullen worden over aanpassingen op de richtlijn.

---

<sup>14</sup> Gelijkheid tussen belastingplichtigen en gelijkheid tussen belastingdiensten zijn volgens OESO Actieplan 1 geen onderdeel van de fiscale beleidscriteria voor een digitale economie, maar worden wel genoemd als een belangrijk overwegingen voor belastingwetgeving in het algemeen.

<sup>15</sup> OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 21-22.

<sup>16</sup> OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 142.

<sup>17</sup> Zie artikel, 113 VwEU.

De volgende toetsingscriteria worden behandeld:

– Neutraliteit

De heffing van belastingen moet neutraal en billijk zijn. Indien een belasting neutraal en billijk is, beïnvloedt de heffing van belasting de economische keuzes van de belastingplichtigen niet zodat een optimale allocatie van productiemiddelen kan worden bereikt. De onderliggende gedachte van het neutraliteitsprincipe is dat economische keuzes van belastingplichtigen niet worden gemaakt op grond van belastingwetgeving, maar op grond van zakelijke redenen.<sup>18</sup>

Bij het toetsen van dit criterium zal worden gekeken naar de effecten die beide methodes hebben op de economische keuzes van belastingplichtigen.

– Efficiëntie

De nalevingskosten van de belastingplichtigen en de administratiekosten van overheden gerelateerd aan een belasting moeten zoveel mogelijk worden geminimaliseerd.

Om dit te toetsen zal naar de uitwerking en de bijbehorende kosten van beide systemen worden gekeken.

– Zekerheid en uitvoerbaarheid

Belastingwetgeving moet duidelijk en eenvoudig te begrijpen zijn voor de belastingplichtigen. Belastingwetgeving zou deze kenmerken moeten hebben zodat de belastingplichtigen hun rechten en plichten begrijpen. Dit zou ertoe moeten leiden dat belastingplichtigen de wetgeving optimaal kunnen toepassen doordat zij voorafgaand aan hun keuze de fiscale gevolgen scherp hebben. Dit betekent bijvoorbeeld dat zij weten wanneer, waar en hoe zij belasting moeten afdragen.

Onderzocht zal worden of voor belastingplichtigen helder is waar hun documentatie aan moet voldoen, en of de belastingplichtigen in staat zijn de documentatievereisten na te leven.

– Doeltreffendheid en eerlijkheid

Belastingwetgeving dient ervoor te zorgen dat het juiste bedrag op het juiste moment wordt geheven terwijl dubbele belastingheffing en niet-belastingheffing worden voorkomen. Dit wordt bereikt door de mogelijkheden voor belastingontwijking te minimaliseren terwijl de antimisbruikbepalingen die dat faciliteren redelijk zijn.

Om de doeltreffendheid en de eerlijkheid van beide systemen te toetsen zullen de mogelijkheden tot belastingontwijking en de opgenomen antimisbruikbepalingen uiteen worden gezet.

– Flexibiliteit

Het belastingstelsel zal duurzaam genoeg moeten zijn om mee te kunnen groeien met mogelijke technologische en/of commerciële ontwikkelingen van de economie.

Gekeken zal worden of de methodes in staat zijn in te spelen op nieuwe ontwikkelingen en deze op te nemen in de belastingheffing. Het toetsen van dit criterium is gecompliceerd omdat toekomstige technologische en/of commerciële ontwikkelingen moeilijk te voorspellen zijn.

– Gelijkheid tussen belastingplichtigen

De gelijkheid tussen belastingplichtigen kan op twee manieren worden gezien, horizontaal en verticaal. Horizontale gelijkheid stelt dat belastingplichtigen in vergelijkbare omstandigheden een vergelijkbare belastingdruk moeten hebben. Verticale gelijkheid is een normatief concept dat op

---

<sup>18</sup> OECD, A borderless world: realizing the potential of electronic commerce, Parijs: OECD Publishing 1998, p. 4.

verschillende wijzen gedefinieerd kan worden.<sup>19</sup> In deze scriptie wordt het als volgt gedefinieerd: belastingbetalers in betere omstandigheden zouden een groter deel van de belastingdruk moeten dragen, door belasting te heffen over een groter deel van hun inkomen.

De behandeling van vergelijkbare belastingplichtigen zal in beide systemen worden onderzocht. Daarnaast zal ook worden gekeken naar de fiscale behandelingen van belastingplichtigen met verschillende niveaus winsten.

– Gelijkheid tussen belastingdiensten

Volgens de uitgangspunten uit Ottawa moeten niet alleen belastingplichtigen gelijk worden belast, ook moet worden zorg gedragen dat de verdeling van de belastinginkomsten over de betrokken landen eerlijk is. De winsten en verliezen moeten op zodanige wijze over de betrokken landen worden verdeeld, dat de door de landen toegevoegde waarde op gelijke wijze wordt gewaardeerd.

Getoetst zal worden of de toewijzing van de winsten overeenkomt met waar deze zijn gecreëerd.

– Internationale inpasbaarheid

De internationale inpasbaarheid ziet erop toe of een nieuw systeem binnen doel en strekking van de bestaande wetgeving past, en of het haalbaar is om het nieuwe systeem in te voeren.

Met betrekking tot het arm's length-beginsel zal worden gekeken in hoeverre het beginsel wereldwijd wordt gebruikt en in welke mate de nationale regelgeving kan worden aangepast aan de veranderende behoeften. Voor de formulary apportionment zal gekeken worden naar de kansen op invoering van de CCCTB-richtlijn en de mogelijkheden tot aanpassingen van de CCCTB-richtlijn na de invoering.

De werkgroep die de Ottawa Taxation Framework Conditions heeft ontwikkeld heeft gedurende dit proces constant gezocht naar een balans tussen alle factoren.<sup>20</sup> Binnen deze scriptie wordt vertrouwd op de vakkundigheid van de werkgroep. Daarom zullen de factoren voor dit onderzoek gelijk wegen. Hierbij dient te worden opgemerkt dat in sommige gevallen overheden en bedrijven van mening kunnen zijn dat een gelijke weging niet optimaal is.<sup>21</sup> Ook de factor internationale inpasbaarheid, die geen onderdeel vormt van de Ottawa Taxation Framework Conditions, wordt gelijk gewogen. Hiervoor is gekozen omdat het succes van beide methodes in een gelijke mate afhankelijk is van de internationale inpasbaarheid. Daarnaast zijn er geen indicaties dat een lichtere of zwaardere weging van het criterium gepast is.

De onderzoeksvraag zal worden beantwoord aan de hand van een viertal deelvragen:

1. Wat is het arm's length-beginsel, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van het arm's length-beginsel voor transfer pricing doeleinden?
2. Wat is de CCCTB-richtlijn, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn?
3. In hoeverre voldoen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode zoals opgenomen in de CCCTB-richtlijn aan de gestelde toetsingscriteria?
4. Is een middenweg tussen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode mogelijk?

---

<sup>19</sup> OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2014, p. 31.

<sup>20</sup> OECD, Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa taxation framework conditions, Parijs: OECD Publishing 2001, p. 18.

<sup>21</sup> OECD, Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa taxation framework conditions, Parijs: OECD Publishing 2001, p. 18.

### 1.3 Opbouw van de scriptie

In dit hoofdstuk is een introductie gegeven op het onderzoek van de scriptie. Zowel het arm's length-beginsel als de CCCTB-richtlijn zijn globaal besproken om een beeld te scheppen van de problematiek en om de relevantie van het onderzoek aan te tonen. Vervolgens zijn de probleemstelling en de deelvragen geïntroduceerd, de toetsingscriteria toegelicht en is de afbakening van het onderzoek aangegeven. Hierna zal de verdere opbouw van de scriptie worden besproken.

Hoofdstuk twee draait om het arm's length-beginsel en zal hier derhalve uitgebreid worden besproken. Zo zal in worden gegaan op het arm's length-beginsel binnen de OESO TP-richtlijnen, de materiële uitwerking van het arm's length-beginsel en de documentatieverplichtingen. Dit zal een goed beeld scheppen van het beginsel in zijn huidige vorm, waardoor hierna kan worden ingegaan op de verschillende vormen van kritiek die op het arm's length-beginsel worden geuit. Het tweede hoofdstuk zal antwoord geven op de eerste deelvraag.

In het derde hoofdstuk staat de formulary apportionment methode centraal. Het hoofdstuk begint met een korte introductie op de CCCTB-richtlijn. Vervolgens zal worden ingegaan op de formulary apportionment methode in het algemeen en de toepassing van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn. Gekeken zal worden naar de Europese invulling van de allocatieformule en naar hoe de Europese Commissie omgaat met wereldwijd opererende concerns. Ten slotte wordt de kritiek op de CCCTB-richtlijn behandeld. Het derde hoofdstuk zal antwoord geven op de tweede deelvraag.

In hoofdstuk vier zal het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode die gebruikt wordt binnen de CCCTB-richtlijn worden getoetst op de in hoofdstuk 1 behandelde criteria. Door het uiteenzetten van beide methodes in hoofdstuk twee en drie zal een duidelijk beeld ontstaan, alsmede inzicht in de voor- en nadelen. Aan de hand van de uiteenzettingen zal de toetsing plaatsvinden. Hieruit komt een antwoord voort op de derde deelvraag.

Hoofdstuk vijf kijkt naar een compromis tussen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode. Onderzocht zal worden of een hybride systeem gebaseerd op beide methodes werkbaar kan zijn. Dit zal de vierde deelvraag beantwoorden.

Hoofdstuk zes zal de scriptie afsluiten met een bondige samenvatting, de beantwoording van de onderzoeksvraag en een aanbeveling aan de Europese Commissie.

### 1.4 Afbakening

In deze scriptie zal de toetsing van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn centraal staan. Voor de toetsing van fiscaal beleid zijn concrete systemen nodig. Daarom zal het arm's length-beginsel zoals deze in de OESO TP-richtlijnen is uitgewerkt worden gebruikt voor de toetsing. Voor de toetsing van de CCCTB-richtlijn wordt gebruik gemaakt van het in oktober 2016 gelanceerde voorstel van de Europese Commissie. De focus van de toetsing ligt op de allocatie van de winsten van een multinationale onderneming en de zaken die daar direct aan verbonden zijn. Andere belangrijke aspecten van de CCCTB-richtlijn (i.e. consolidatie van de winsten en verliezen van een CCCTB-groep en een uniforme heffingsgrondslag) zullen in deze scriptie in beginsel niet worden behandeld of betwijfeld.

Ondanks dat de CCCTB-richtlijn ziet op de lidstaten van de Europese Unie zal de geografische reikwijdte van de toetsing niet worden beperkt. Beide methodes zien namelijk op wereldwijd opererende ondernemingen. Indien het onderzoek beperkt zou worden tot de lidstaten van de Europese Unie zou zo een verkeerd beeld van de situatie worden geschetst.

Daarnaast worden het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode slechts getoetst aan de acht hiervoor genoemde toetsingscriteria. De invulling van deze toetsingscriteria zijn hierboven gegeven. Mogelijke andere interpretaties van de genoemde criteria zullen achterwege worden gelaten.

Ten slotte zal de focus van het onderzoek liggen op bedrijven met een omzet rondom of boven de 750 miljoen euro. Ondanks dat bedrijven onder deze omzetgrens ook problemen kunnen ondervinden met de toepassing van het arm's length-beginsel worden deze niet onderzocht. De focus van dit onderzoek ligt namelijk op de vergelijking tussen het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn. Bedrijven met een lagere omzet zullen, zolang zij daarvoor niet opteren, niet in aanraking komen met de CCCTB-richtlijn.



## 2 Arm's length-beginsel

### 2.1 Introductie

Het arm's length-beginsel wordt door ondernemingen en belastingdiensten gebruikt om een verrekenprijs met een eerlijke verdeling van de winsten over de relevante jurisdicties vast te kunnen stellen voor een transactie tussen gelieerde ondernemingen. De strekking van het arm's length-beginsel is dat gelieerde partijen met elkaar handelen als of zij derden van elkaar zijn, om zo tot marktconforme prijzen te komen. Het beginsel is uitgewerkt in de OESO TP-richtlijnen en geldt als standaard voor de OESO-lidstaten bij het bepalen van verrekenprijzen voor fiscale doeleinden.<sup>22</sup>

Multinationale ondernemingen verrichten, net als midden- en kleinbedrijven, activiteiten met als doel winst te behalen. Voor zowel de aandeelhouders van deze ondernemingen als voor de belastingdiensten van de betreffende landen is het van belang in welke landen de winst precies valt. Doordat een lokale belastingdienst er baat bij heeft een zo groot mogelijk deel van de groepswinst te belasten, en omdat dubbele belastingheffing uit economisch oogpunt ongewenst is, is internationale overeenstemming over een methodiek voor de verdeling van de concernwinst van groot belang.<sup>23</sup> Een correcte toepassing van het arm's length-beginsel kan van belang zijn om de gehele groepswinst te belasten. Zonder het arm's length-beginsel zal het onduidelijk zijn hoe de winst over de groep moet worden verdeeld. Dit zal ertoe kunnen leiden dat belastingdiensten over een te groot of te klein deel van de winstbelasting heffen. Het arm's length-beginsel helpt bij het voorkomen van dubbele (niet) belasting.<sup>24</sup>

In dit hoofdstuk komen eerst het ontstaan en de huidige toepassing van het arm's length-beginsel aan bod, vervolgens worden de probleempunten bekeken. Aan de hand van dit hoofdstuk zal de volgende deelvraag worden beantwoord: wat is het arm's length-beginsel, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van het arm's length-beginsel voor transfer pricing doeleinden?

### 2.2 Ontstaan arm's length-beginsel

In 1927 werd het eerste concept modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting en belastingontwijking van de League of Nations gepubliceerd; Report on Double Taxation and Tax Evasion,<sup>25</sup> en daarbij werd het begrip vaste inrichting geïntroduceerd.<sup>26</sup> Het begrip vaste inrichting zou helpen bij het toewijzen van het heffingsrecht over winsten of verliezen omdat een vaste inrichting ervoor zorgt als belastingplichtige in het land van vestiging kwalificeert. Naast het begrip vaste inrichting, werd ook het begrip gelieerde ondernemingen voor het eerst opgenomen. Eenmaal vastgesteld of winst in de bronstaat belast kon zijn (op basis van het al dan niet bestaan van een vaste inrichting), was het volgende vraagstuk welk deel van die winsten door de bronstaat mocht worden belast. De separate entity approach zou hier een antwoord op bieden doordat, aan de hand van deze aanpak niet naar de groep als geheel wordt gekeken, maar per gelieerde entiteit onderzocht wordt wat deze heeft bijgedragen aan de behaalde winsten van de groep. Het concept modelverdrag trachtte dit met behulp van de separate entity approach op te lossen door de boekhouding van de vaste inrichting te analyseren en/of door overleg tussen de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.1.

<sup>23</sup> J.T. van Egdorn, Verrekenprijzen: de verdeling van de winst van een multinational, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 6.

<sup>24</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.15.

<sup>25</sup> League of Nations, Report on Double Taxation and Tax Evasion, C.216.M.85, 12 april 1927.

<sup>26</sup> Zie artikel 5, Bilateral Convention for the Prevention of Double Taxation.

<sup>27</sup> Zie artikel 5, Bilateral Convention for the Prevention of Double Taxation.



Met de publicatie in 1928 van het nieuwe modelverdrag: Report on Double Taxation and Tax Evasion, werd de separate entity approach alweer losgelaten.<sup>28</sup> In dit vernieuwde verdrag was opgenomen dat de toewijzing van de winsten slechts mocht plaatsvinden aan de hand van overleg tussen de bevoegde autoriteiten van de verdragsluitende staten. De reden hiervoor was tijdgebrek bij de commissie om de separate entity approach nader uit te werken.<sup>29</sup> Desondanks kwam de commissie tot een unaniem besluit om een permanente fiscale werkgroep op te richten die zich, onder andere, bezig zou houden met het internationaal verdelen van het heffingsrecht over bedrijfsinkomsten.<sup>30</sup>

Hoe het heffingsrecht over bedrijfsinkomsten internationaal moest worden toegewezen werd voor het eerst geanalyseerd in een rapport van de Amerikaanse econoom Thomas Adams.<sup>31</sup> Adams stelde vast dat rond 1930 de meeste landen de separate entity approach gebruikten. Ontoereikende of misleidende boekhoudingen werden doorgaans gecorrigeerd aan de hand van een formulary apportionment methode. Bij deze methode wordt gekeken naar de inkomsten van vergelijkbare ondernemingen met soortgelijke activiteiten aan de hand van indicatoren als salarissen of huurlasten. Adams kwam in zijn rapport tot de conclusie dat het geanalyseerde probleem complexer was dan oorspronkelijk werd gedacht.<sup>32</sup> Mitchell Carroll zette dit onderzoek voort met de doelstelling een systeem op te zetten voor de toewijzing van het ondernemingsinkomen dat billijk, praktisch, logisch en geschikt voor alle soorten ondernemingen was, door rekening te houden met zowel de legitieme eisen van de belastingdiensten, en de behoeften van de industrieën en de internationale handel.<sup>33</sup> In Carrolls rapport<sup>34</sup> zijn transfer pricing aspecten geïdentificeerd die nog steeds actueel zijn. Zo wordt onder meer benadrukt dat elk bedrijf zich onderscheidt door unieke kenmerken, dat internationale bedrijfsstructuren steeds complexer worden, dat belastingdiensten te maken hebben met mogelijke belastingontwijking door het gebruik van incorrecte verrekenprijzen, en dat verschillen in de belastingwetgeving van diverse landen een bijkomende factor vormen die de complexiteit van het onderwerp van de grensoverschrijdende allocatie van bedrijfsinkomsten vergroot.<sup>35</sup>

In het rapport was bepaald dat de volgende methodes in de verschillende landen moesten worden geïmplementeerd om winsten toe te wijzen:

- de methode van afzonderlijke boekhouding - waarbij de basis van de beoordeling werd gevormd door de belastingaangiften en de boekhoudingen van de lokale filialen;<sup>36</sup>
- de empirische methode - waarbij de beoordeling werd gebaseerd op een vergelijking van de gelieerde onderneming met vergelijkbare ondernemingen, op grond van de omzet, activa en/of andere gemakkelijk te bepalen factoren;<sup>37</sup> en
- de methode van fractionele omslag - waarbij de inschatting werd gemaakt door het totale nettoresultaat te delen door bepaalde factoren, zoals activa, omzet, loonlijst of een vast percentage.<sup>38</sup>

---

<sup>28</sup> League of Nations, Report on Double Taxation and Tax Evasion, (C.562.M.85), Londen: League of Nations 1928 (In dit rapport is de term 'affiliated entities' verwijderd).

<sup>29</sup> League of Nations, Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee, (C.340.M.140), Genève: League of Nations 1930, p. 10.

<sup>30</sup> J. Wittendorff, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010, p. 88.

<sup>31</sup> League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Committee - First Session, (C.340.M.140), Genève: League of Nations 1930.

<sup>32</sup> League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Work of the Committee - First Session, (C.340.M.140), Genève: League of Nations 1930, p. 10.

<sup>33</sup> League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Fourth Session of the Committee, (C.399.M.204), Genève: League of Nations 1933, hoofdstuk 1.

<sup>34</sup> M.B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933.

<sup>35</sup> M.B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933, p. 11-14.

<sup>36</sup> M. B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933, p. 45.

<sup>37</sup> M. B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933, p. 45.

<sup>38</sup> M. B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933, p. 46.

Daarnaast zijn drie criteria ontwikkeld en opgenomen in nationale belastingssystemen ten einde het belastbare inkomen van een concern in een land opnieuw te kunnen beoordelen als gevolg van de relatie tussen buitenlandse ondernemingen en lokale dochterondernemingen:<sup>39</sup>

1. aanpassing op basis van onafhankelijke personen; dat wil zeggen dat de groep wordt gerespecteerd, maar dat de relatie tussen leden van de groep worden onderzocht om de gezamenlijke winst over hen te verdelen in de mate die elk zou hebben verdiend als de twee elkaar als onafhankelijke personen zouden hebben behandeld;
2. beoordeling van de moedermaatschappij als principaal van de dochteronderneming;
3. beoordeling op basis van economische eenheid; het samenvoegen van de dochteronderneming met de moedermaatschappij op basis van de theorie dat zij allebei een eigen economische eenheid vormen, of dat de dochteronderneming slechts een orgaan van de moedermaatschappij is.

Nadat was vastgesteld dat lokale belastingdiensten alleen de inkomsten van buitenlandse ondernemingen mochten belasten zolang die duidelijk aan haar jurisdictie waren toe te rekenen, werden de volgende beginselen vastgesteld door Carroll:

- Het fundamentele verschil tussen transacties van gelieerde bedrijven enerzijds, en transacties tussen een bedrijf en haar filiaal anderzijds, is dat de eerste soort transacties wordt gekarakteriseerd als rechtshandelingen.<sup>40</sup>
- Beide hiervoor genoemde gevallen moeten worden behandeld als transacties tussen niet-gelieerde ondernemingen.<sup>41</sup>

Het eindresultaat van het rapport van Carroll was het ontstaan van het fundamentele beginsel dat stelt dat vaste inrichtingen op dezelfde manier moeten worden behandeld als gelieerde ondernemingen.<sup>42</sup> Voor beide moesten de winsten worden bepaald aan de hand de separate entity approach. Dit met als logisch gevolg dat het belastbare inkomen van dergelijke vaste inrichtingen moet worden beoordeeld op basis van hun afzonderlijke boekhoudingen.

In 1933 heeft de League of Nations het arm's length-beginsel gekozen als de meest geschikte methode om bedrijfsinkomsten aan verschillende landen toe te wijzen en dit beginsel te integreren in artikel 3, (de toerekening van de winst aan een vaste inrichting) en artikel 5, (de toewijzing van winsten tussen verbonden ondernemingen) van de overeenkomst Allocation of Business Income between States for the Purpose of Taxation.

Dit was de basis voor het uiteindelijk opnemen van het arm's length-beginsel in artikel 9, OESO-Modelverdrag. Sindsdien is het arm's length-beginsel de voorkeursmethode geweest van de OESO, en is het in het OESO-Modelverdrag voor het toewijzen van bedrijfsinkomsten tussen hoofdkantoren en vaste inrichtingen, en voor het toewijzen van bedrijfsinkomsten tussen verbonden ondernemingen opgenomen. Daarnaast is het beginsel ook opgenomen in de meeste lokale transfer pricing wetgevingen. Volgens de OESO is het arm's length-beginsel voor het verdelen van belastbare winsten aan ondernemingen van een concern en aan vaste inrichtingen nog steeds de internationale standaard.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> M. B. Carroll, *Methods of Allocating Taxable Income*, Genève: League of Nations 1933, p. 110.

<sup>40</sup> M. B. Carroll, *Methods of Allocating Taxable Income*, Genève: League of Nations 1933, p. 176.

<sup>41</sup> M. B. Carroll, *Methods of Allocating Taxable Income*, Genève: League of Nations 1933, p. 177.

<sup>42</sup> League of Nations, *Fiscal Committee: Report to the Council on the Fourth Session of the Committee*, (C.399.M.204), Genève: League of Nations 1933.

<sup>43</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.1.

## 2.3 Arm's length-beginsel

### 2.3.1 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

De OESO speelt een belangrijke rol bij de uitwerking van het arm's length-beginsel. Het is een internationale organisatie, gevestigd in Parijs waarvan momenteel 36 landen<sup>44</sup> lid zijn.<sup>45</sup> Het doel van de OESO is om beleid te bevorderen dat het economische en sociale welzijn van mensen over de hele wereld zal verbeteren.<sup>46</sup> Dit wil zij onder andere bereiken door op fiscaal vlak met overheden mee te denken. Hiervoor is het Comité voor Fiscale Zaken (hierna: Comité) opgericht en verantwoordelijk gemaakt voor het internationale fiscale beleid dat de OESO wil promoten. Het Comité beschikt over een aantal werkgroepen die verantwoordelijk zijn voor de verschillende fiscale beleidsterreinen. In het Comité, en in de werkgroepen, zijn alle lidstaten vertegenwoordigd.<sup>47</sup> De werkgroepen hebben elk een eigen beleidsterrein toegewezen gekregen. Zo is werkgroep 1 verantwoordelijk voor het onderhouden en ontwikkelen van het OESO-Modelverdrag, en is werkgroep 6 verantwoordelijk voor het onderhouden en ontwikkelen van de OESO TP-richtlijnen. De verantwoordelijkheden van werkgroep 6 worden soms weer doorgeschoven naar subgroepen. Deze subgroepen rapporteren uiteindelijk aan de gehele werkgroep 6.

De OESO kan besluiten nemen die bindend zijn voor alle lidstaten, aanbevelingen doen aan alle lidstaten en overeenkomsten sluiten met lidstaten, niet-lidstaten en internationale organisaties.<sup>48</sup> Beslissingen vereisen consensus, wat betekent dat door wordt gediscussieerd totdat geen van de betrokkenen partijen bezwaar heeft op het voorstel.<sup>49</sup>

### 2.3.2 Rechtsgrond van het arm's length-beginsel

Enkel stellen dat het arm's length-beginsel de internationale standaard is voor het toewijzen van winsten van multinationale ondernemingen is ontoereikend, het behoeft een juridisch kader. De nationale belastingwetten van de meeste landen bevatten een bepaling die de lokale belastingdiensten in staat stelt het belastbaar inkomen van gelieerde ondernemingen opnieuw te beoordelen wanneer wordt aangetoond dat de verrekenprijzen van de transacties tussen gelieerde ondernemingen niet voldoen aan het arm's length-beginsel.<sup>50</sup> Het arm's length-beginsel is daarnaast ook opgenomen in de meeste belastingverdragen, zodat het mogelijk is om correcties op belastbare inkomens van de multinationale ondernemingen te maken. De belastingverdragen zijn, nog meer dan de nationale wetgeving, gebaseerd op artikel 9, eerste lid, OESO-Modelverdrag. Daarnaast bevatten de meesten belastingverdragen ook nog een bepaling gebaseerd op artikel 9, tweede lid, OESO-Modelverdrag dat stelt dat bij een inkomensaanpassing die in lijn is met het arm's length-beginsel, de vestigingsstaat van de tegen hangende partij van de transactie een overeenkomstige aanpassing moet toestaan om dubbele belastingheffing te voorkomen.

Het arm's length-beginsel wordt nu in veel maar niet in alle landen geaccepteerd hoewel praktische toepassing en interpretatie van land tot land verschillen. Naast de bepalingen in het nationale recht en de belastingverdragen wordt het arm's length-beginsel toegepast in bepaalde internationale

---

<sup>44</sup> Australië, België, Canada, Chili, Denemarken, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, IJsland, Israël, Italië, Japan, Zuid-Korea, Letland, Litouwen, Luxemburg, Mexico, Nederland, Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slovenië, Slowakije, Spanje, Tsjechische Republiek, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland.

<sup>45</sup> OECD, Members and partners, <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>.

<sup>46</sup> OECD, What we do and how, <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>.

<sup>47</sup> OECD, Who does what, <http://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>.

<sup>48</sup> Zie artikel 5, OESO-Modelverdrag.

<sup>49</sup> OECD, Who does what, <http://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>.

<sup>50</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 8b, Wet op de vennootschapsbelasting 1969, artikel 57, Impôt sur les Sociétés, artikel 18, Impuesto sobre Sociedades.

juridische instrumenten zoals het Europees Arbitrageverdrag<sup>51</sup> en de Europese Interest en Royalty richtlijn.<sup>52</sup> Derhalve is artikel 9, OESO-Modelverdrag van cruciaal belang voor verrekenprijzen in het algemeen.

### 2.3.3 De OESO TP-richtlijnen

Het commentaar op artikel 9, OESO-Modelverdrag is beknopt en sinds 1963 nauwelijks aangepast. Gezien de omvang van de onduidelijkheden rondom het artikel heeft de OESO ervoor gekozen om het commentaar op artikel 9, OESO-Modelverdrag in een afzonderlijk rapport te schrijven, de zogeheten OESO TP-richtlijnen. De rechtsgrond van de OESO TP-richtlijnen wordt beschreven in het commentaar.<sup>53</sup> Hierin wordt gesteld dat het Comité uitgebreid onderzoek heeft gedaan naar de voorwaarden die verbonden zijn aan de toepassing van artikel 9, OESO-Modelverdrag. De conclusies van het onderzoek zijn uiteengezet in de OESO TP-richtlijnen.

Hieruit blijkt dat de OESO TP-richtlijnen onderdeel uitmaken van het commentaar op artikel 9, OESO-Modelverdrag. De Raad heeft tevens een onafhankelijke aanbeveling aan de lidstaten gedaan over de toepassing van de OESO TP-richtlijnen gezien het feit dat niet uitsluitend vragen over de interpretatie van artikel 9 OESO-Modelverdrag worden behandeld. In principe verschilt de aanbeveling niet van de aanbeveling betreffende het commentaar. Aan de OESO TP-richtlijnen moet logischerwijs dezelfde waarde worden toegekend als aan het commentaar voor de toepassing en interpretatie van de belastingverdragen. Dit betekent dat de OESO TP-richtlijnen door de lidstaten van de OESO moeten worden gevolgd voor de uitleg van de uitleg van verdragen. Voor niet lidstaten ligt het anders.

Het Weens Verdragenverdrag is gesloten om het internationale volkenrecht met betrekking tot verdragen te codificeren. Er wordt onder ander ingegaan op hoe verdragen moeten worden uitgelegd.<sup>54</sup> Aangezien belastingverdragen verdragen zijn tussen staten vallen deze onder de toepassing van het Weens Verdragenverdrag.<sup>55</sup> Het is echter niet volledig duidelijk of de OESO TP-richtlijnen binnen de toepassing van het Weens Verdragenverdrag vallen. Artikelen 31 tot en met 33, Weens Verdragenverdrag bieden verschillende mogelijkheden tot de toepassing van de OESO TP-richtlijnen.<sup>56</sup> Zo stelt artikel 31, eerste lid, dat een verdrag moet worden uitgelegd overeenkomstig met de gewone betekenis van de termen in hun context en in het licht van het verdrag. Aangezien de meeste belastingverdragen gebaseerd zijn op het OESO-Modelverdrag zullen de gewone betekenis van de termen te vinden zijn in het commentaar van het OESO-Modelverdrag. Artikel 31, vierde lid, voegt daaraantoe dat een term een bijzondere betekenis krijgt als het de bedoeling is van beide partijen om die term een bijzondere betekenis te geven. Hier geldt ook weer dat, aangezien de meeste verdragen op het OESO-Modelverdrag zijn gebaseerd, de term ingevuld zal worden naar de betekenis gegeven in het commentaar op het OESO-Modelverdrag. In het geval dat landen duidelijkheid willen over het feit of de OESO TP-richtlijnen van toepassing zijn op hun belastingverdragen kunnen zij dit opnemen in hun verdragen. Zo heeft Nederland ervoor gekozen in hun nieuwe verdragen expliciet op te nemen dat het commentaar op het OESO-Modelverdrag, en dus ook de OESO TP-richtlijnen, onder artikelen 31, tot en met 33, Weens Verdragenverdrag vallen.<sup>57</sup> Dit betekent dat de OESO TP-richtlijnen niet bindend zijn volgens het internationale recht, maar dat zij wel een belangrijk interpretatiemiddel kunnen zijn.

---

<sup>51</sup> Zie artikel 4, Richtlijn 1990/436/EEG.

<sup>52</sup> Zie par. 5, 2003/49/EC.

<sup>53</sup> Zie par. 1 van het Commentaar op artikel 9, OESO-Modelverdrag.

<sup>54</sup> Zie deel III, afdeling 3 Weens verdragenverdrag.

<sup>55</sup> Zie artikelen 1, en 2, Weens Verdragenverdrag.

<sup>56</sup> P. Baker, *Double Taxation Conventions*, Londen: Sweet & Maxwell 2003, B.01-B.05.

<sup>57</sup> Zie par. 14, Onderlinge overeenkomst tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot regeling van de wijze van toepassing van de arbitrageprocedure voorzien in artikel 25, vijfde lid, van het verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van het ontgaan van belastingen naar het inkomen, ondertekend te Berlijn op 12 april 2012.

Het doel van de OESO TP-richtlijnen is om internationale consensus te bereiken over de interpretatie van het arm's length-beginsel volgens artikel 9, eerste lid, OESO-Modelverdrag.<sup>58</sup> De OESO TP-richtlijnen zijn bedoeld om zowel belastingdiensten, als multinationale ondernemingen te helpen door aan te geven hoe zij tot wederzijds tevredenstellende oplossingen voor transfer pricing problemen kunnen komen.<sup>59</sup>

### 2.3.4 Het arm's length-beginsel volgens de OESO TP-richtlijnen

Het arm's length-beginsel is de standaard waarop de OESO TP-richtlijnen zijn gebaseerd. De essentie van het arm's length-beginsel wordt door de OESO TP-richtlijnen als volgt beschreven:<sup>60</sup>

"where "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"."

Met andere woorden, het arm's length-beginsel vereist dat het bedrag dat door een gelieerde partij aan een andere gelieerde partij in rekening wordt gebracht voor een bepaald goed of dienst, hetzelfde moet zijn als wanneer twee niet-gelieerde partijen dezelfde transactie zouden aangaan. Een arm's length prijs voor een transactie is dan ook dezelfde als deze zou zijn op de open markt. Het arm's length-beginsel volgt de separate entity approach door ondernemingen van een groep als afzonderlijke entiteiten te behandelen in plaats van als onafscheidelijke delen van één bedrijf.<sup>61</sup>

In de OESO TP-richtlijnen wordt een aantal van de tekortkomingen van het arm's length-beginsel genoemd, zoals het feit dat het beginsel niet altijd de schaalvoordelen en onderlinge relaties van diverse activiteiten van geïntegreerde bedrijven weergeeft.<sup>62</sup> Toch wordt het arm's length-beginsel geacht theoretisch in orde te zijn, omdat het wordt beschouwd als de beste basis om de werking van de open markt voor overgedragen goederen en diensten tussen verbonden partijen te harmoniseren. Het wordt ook geacht een gelijke fiscale behandeling van gelieerde en niet-gelieerde ondernemingen te bieden. Zo wordt vermeden dat het beginsel voor- of nadelen creëert die tot verstoringen van het relatieve concurrentievermogen zouden kunnen leiden.<sup>63</sup> Het standpunt van de OESO is daarom dat het arm's length-beginsel de verrekenprijzen tussen gelieerde ondernemingen zal blijven bepalen.<sup>64</sup>

### 2.3.5 Toepassing van het arm's length-beginsel

Toepassing van het arm's length-beginsel is nodig om te voorkomen dat tussen gelieerde ondernemingen geen voorwaarden ontstaan die afwijken van wat tussen derden zou ontstaan. Daarom zal eerst worden gekeken naar wanneer er sprake is van gelieerdheid. Als er sprake is van gelieerde ondernemingen worden de arm's length-verrekenprijzen bepaald aan de hand van een verrekenprijsanalyse. In deze analyse wordt de prijs die zou worden gerekend tussen niet-gelieerde bedrijven die in vergelijkbare omstandigheden verkeren bepaald. Het arm's length-beginsel is gebaseerd op een vergelijking van transacties tussen niet-gelieerde en gelieerde partijen die in

---

<sup>58</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 16.

<sup>59</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 18.

<sup>60</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 23.

<sup>61</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.6.

<sup>62</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.7.

<sup>63</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.8.

<sup>64</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.32.

vergelijkbare omstandigheden verkeren.<sup>65</sup> De kern van de vergelijking is het uitvoeren van een functionele analyse (functional analysis) voor de transactie tussen de gelieerde partijen. Op basis van de uitkomst van de functionele analyse, wordt een vergelijkbaarheidsanalyse (comparability analysis) gedaan waar uit de verrekenprijzen tot stand komen.

#### 2.3.5.1 Gelieerdheid

Voor de definitie van gelieerdheid verwijzen de OESO TP-richtlijnen naar artikel 9, OESO-Modelverdrag. Er zijn twee soorten gelieerdheid; verticaal en horizontaal. Er is sprake van verticale gelieerdheid als een onderneming, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een andere onderneming.<sup>66</sup> Omdat een middellijke deelname in het kapitaal ook tot gelieerdheid kan leiden gaat het niet alleen om moeder-dochterverhoudingen. Er kan ook sprake zijn van verticale gelieerdheid indien een vennootschap indirect wordt gehouden. Er is sprake van horizontale gelieerdheid indien eenzelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van de ene en de andere onderneming.<sup>67</sup> Omdat het begrip 'persoon' op zowel lichamen als op natuurlijke personen ziet, doet het er niet toe in welke juridische vorm de onderneming wordt gedreven.<sup>68</sup>

Zowel in artikel 9, als in het commentaar op artikel 9, OESO-Modelverdrag wordt gelieerdheid niet gekwantificeerd. Er wordt niet gezegd hoeveel procent van het aandelenkapitaal in bezit moet zijn, of in hoeverre iemand beslissingsbevoegdheid moet hebben. Dit betekent dat het aan de landen zelf wordt overgelaten om te bepalen wanneer er sprake is van gelieerdheid. Om te bepalen of er sprake is van gelieerdheid moet dus worden gekeken naar de wetgeving en belastingverdragen van de landen waar de entiteiten zijn gevestigd.

Ondanks dat vaste inrichtingen niet worden genoemd in artikel 9, OESO-Modelverdrag kent het arm's length-beginsel toch toepassingen op transacties tussen een vaste inrichting en andere onderdelen van de entiteit.<sup>69</sup>

#### 2.3.5.2 De functionele analyse

Voordat de verrekenprijzen voor gecontroleerde transacties, dit zijn transacties tussen twee gelieerde partijen,<sup>70</sup> kunnen worden vastgesteld moeten eerst de rollen van de betrokken partijen duidelijk in beeld zijn gebracht. Over het algemeen geldt dat hoe belangrijker een partij in een bepaalde transactie is, hoe meer deze partij blootgesteld moet zijn aan de winst of de verliezen die ontstaan uit deze transactie.<sup>71</sup> Omgekeerd moet een partij die een minder belangrijke rol heeft in dezelfde transactie, minder blootgesteld zijn aan de winst of de verliezen die ontstaan uit dezelfde transactie. Deze aanname van het arm's length-beginsel komt in het algemeen overeen met wat gebeurt tussen niet-gelieerde ondernemingen die transacties aan gaan.

De OESO TP-richtlijnen benadrukken drie elementen die moeten worden onderzocht om de rol van een gelieerde onderneming in een gecontroleerde transactie te identificeren: de uitgevoerde functies,<sup>72</sup> de veronderstelde risico's,<sup>73</sup> en de gebruikte activa<sup>74</sup> door een bedrijf ten behoeve van een gecontroleerde

---

<sup>65</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.33.

<sup>66</sup> Zie artikel 9, eerste lid, onderdeel a, OESO-Modelverdrag.

<sup>67</sup> Zie artikel 9, eerste lid, onderdeel b, OESO-Modelverdrag.

<sup>68</sup> Zie artikel 3, eerste lid, onderdeel a, OESO-Modelverdrag.

<sup>69</sup> Zie artikel 7, Iis 2, OESO-Modelverdrag.

<sup>70</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 25.

<sup>71</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.45.

<sup>72</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.43.

<sup>73</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.46.

<sup>74</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.44.

transactie. Volgens de OESO TP-richtlijnen moet een onderneming dan ook wanneer deze deel is van een gecontroleerde transacties blootgesteld worden aan de economische uitkomst van de transactie met inachtneming van de door hem verrichte functies, genomen risico's en gebruikte activa. Simpel gezegd, hoe belangrijker de verrichte functies, hoe groter de genomen risico's en/of hoe waardevoller de gebruikte activa, hoe meer de onderneming wordt blootgesteld aan de economische uitkomst van de gecontroleerde transactie. Er bestaat dus een positief verband tussen de functies, risico's en activa en de blootstelling aan de winsten of verliezen die ontstaan door de gecontroleerde transactie.

Functies, risico's en activa zijn nauw met elkaar verbonden. Bepaalde risico's kunnen bijvoorbeeld voortvloeien uit de uitvoering van bepaalde functies, en het eigendom van activa kan zowel voortvloeien uit het uitvoeren van functies als uit het aannemen van risico's.<sup>75</sup> Om een duidelijk beeld te krijgen van de waarde toevoegingen van elke partij in een gecontroleerde transactie, is het noodzakelijk om een functionele analyse uit te voeren die rekening houdt met alle partijen die bij een dergelijke transactie betrokken zijn. Zo dienen de consequenties van het materialiseren van risico's niet te worden onderschat, omdat bepaalde risico's die op het eerste gezicht door een specifieke onderneming worden gedragen, ook van invloed kunnen zijn op andere ondernemingen. Daarom moet in de functionele analyse worden benadrukt dat de laatstgenoemde ondernemingen risico lopen, ook als het in mindere mate is dan de eerstgenoemde onderneming.<sup>76</sup> Door dit te doen is het mogelijk om de bijdrage van elke partij aan de toegevoegde waarde te begrijpen in verhouding tot de bijdragen die door andere partijen zijn geleverd.

De uitkomst van de functionele analyse; de characterisation, zal het functionele profiel van elk bedrijf en de verwachtingen over hun blootstelling aan het economische resultaat van een gecontroleerde transactie geven. De functionele analyse alleen is echter niet voldoende om de daadwerkelijke verrekenprijzen te bepalen. De uitkomst van de functionele analyse biedt de basis voor de vergelijkbaarheidsanalyse.

#### 2.3.5.3 Verrekenprijsmethoden

Het kiezen van een verrekenprijsmethode is een belangrijk onderdeel van de verrekenprijsanalyse en wordt gebaseerd op de functionele analyse. De OESO TP-richtlijnen maken onderscheid tussen de traditionele transactiemethoden en de transactionele winstmethoden.<sup>77</sup>

De traditionele transactiemethoden bestaan uit:

##### Comparable uncontrolled price methode (hierna: CUP)

De CUP-methode vergelijkt de prijs van een gelieerde transactie met de prijs van een vergelijkbare, onafhankelijke transactie.<sup>78</sup> Er kan gebruik worden gemaakt van een interne en externe CUP.<sup>79</sup> Wanneer een onderneming een goed levert aan een gelieerde onderneming en aan een derde, kan de prijs die de onderneming rekent aan de derde, fungeren als interne CUP. Er is sprake van een externe CUP, wanneer twee niet-gelieerde partijen een transactie aangaan die model kan staan voor een gelieerde transactie.

---

<sup>75</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.47.

<sup>76</sup> OECD, BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures), Parijs: OECD Publishing 2014, par. 49.

<sup>77</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.1.

<sup>78</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.14.

<sup>79</sup> R. van den Dool, e.a., Compendium Venootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2018, par. 14.6.2.

### Resale price methode (hierna: RPM)

De RPM neemt de verkoopprijs van een gelieerde partij aan een derde partij als uitgangspunt, deze prijs wordt vervolgens met een brutomarge verhoogd.<sup>80</sup> Bijvoorbeeld, een verkoopkantoor koopt goederen van een gelieerde fabriek om vervolgens de goederen aan derden te verkopen. De verrekenprijs die moet worden gehanteerd voor de transactie tussen de fabriek en het verkoopkantoor kan worden bepaald door van de verkoopprijs aan de derde partij, een brutomarge af te trekken. Indien de derde partij 75 betaalt voor het goed en aan het verkoopkantoor een brutomarge van 25 wordt toegerekend, is de verrekenprijs 50. Het verkoopkantoor dient uit de ontvangen brutomarge haar eigen kosten te betalen.

### Cost plus methode

Bij de cost plus methode staan de gemaakte kosten door de gelieerde partij die een dienst of goed levert centraal.<sup>81</sup> Als een onderneming een goed levert aan een gelieerde onderneming, dan zal deze hierbij kosten maken. De verrekenprijs bestaat dan uit de kostprijs plus een brutomarge.

De transactionele winstmethoden zijn:

### Transactionele nettomarge methode (hierna: TNMM)

De TNMM werkt op een vergelijkbare manier als de RPM en de cost plus methode, maar kijkt in plaats van de brutomarge naar de nettowinst per jaar.<sup>82</sup> Bij toepassing van de TNMM wordt de door de belastingplichtige behaalde operationele winst in relatie tot een bepaalde basis (kosten, omzet of gebruikte activa) vergeleken met de operationele winst die door onafhankelijke derden onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn gerealiseerd.<sup>83</sup>

### Profit split methode

De profit split methode is, zoals de naam al doet vermoeden, ook een winstmethode. De profit split methode kan op veel manieren worden toegepast. In zijn algemeenheid kan men zeggen dat bij deze methode de winst van het concern door middel van gespecialiseerde verdeelsleutels wordt toegerekend aan de groepsmaatschappijen.<sup>84</sup>

#### 2.3.5.4 De vergelijkbaarheidsanalyse

De uitkomst van de functionele analyse geeft de rol die elke partij bij een transactie speelt weer. Zodra duidelijk is hoe de rollen zijn verdeeld, bestaat de volgende stap van de transfer pricing analyse uit het zoeken naar informatie die helpt om de prijs van een gecontroleerde transactie te bepalen. Dit wordt de vergelijkbaarheidsanalyse genoemd. De prijzen betaald aan (en door) de gelieerde onderneming zullen worden getoetst aan een dataset met prijzen betaald aan (en door) niet-gelieerde bedrijven in ongecontroleerde, vergelijkbare transacties. Een alternatief is om de door de gelieerde onderneming gemaakte winsten te toetsen aan de gemaakte winsten van de dataset van ongecontroleerde, vergelijkbare transacties. Wanneer de betaalde prijzen, of de gemaakte winstmarges van een gelieerde onderneming worden getoetst aan die van niet-gelieerde vergelijkbare bedrijven, wordt de gelieerde onderneming omschreven als de geteste partij.

De onderliggende gedachte van het arm's length-beginsel is dat wordt vertrouwd op de prijs of de winstmarge die zou worden toegepast tussen niet-gelieerde bedrijven in een vergelijkbare situatie. Hierbij kan gebruik worden gemaakt van twee soorten ongecontroleerde transacties om de verrekenprijs van een gecontroleerde transactie te bepalen: transacties tussen een gelieerde

---

<sup>80</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.27.

<sup>81</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.45.

<sup>82</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.64.

<sup>83</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.64.

<sup>84</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.114.



onderneming en een niet-gelieerde onderneming (internal comparables),<sup>85</sup> of transacties tussen twee niet-gelieerde ondernemingen (external comparables).<sup>86</sup> De twee soorten comparabels moeten aan dezelfde vergelijkbaarheidseisen voldoen en kunnen even betrouwbaar zijn, aangezien beide transacties onderhevig zijn aan marktkrachten.

Informatie over vergelijkbare, onafhankelijke transacties mag op verschillende manieren worden verzameld waarbij het van belang is om onafhankelijke transacties te vinden die voldoende vergelijkbaar zijn met de gecontroleerde transactie.<sup>87</sup> Het proces van zoeken naar vergelijkbare onafhankelijke transacties wordt een benchmarkingstudie genoemd. Een benchmarkingstudie is gebaseerd op een bepaalde zoekstrategie, dit is een strategie voor het zoeken naar informatie over vergelijkbare, onafhankelijke transacties. De zoekstrategie is gebaseerd op de kenmerken van de gelieerde onderneming en de gecontroleerde transactie. Als er slechts één onafhankelijke transactie is die vergelijkbaar is met de gecontroleerde transactie die wordt beoordeeld, past men de prijs/winstmarge van deze transactie rechtstreeks toe op de gecontroleerde transactie, of als deze transactie niet een-op-een vergelijkbaar is wordt de transactie gecorrigeerd aan de hand van vergelijkbaarheidsaanpassingen (comparability adjustments).<sup>88</sup>

Als er meerdere ongecontroleerde transacties zijn die vergelijkbaar zijn met de gecontroleerde transactie, wordt de data van al deze transacties gebruikt om tot een arm's length-bereik (arm's length range) te komen.<sup>89</sup> Een arm's length-bereik bestaat uit een verzameling van vergelijkbare, onafhankelijke prijzen/winstmarges die voortkomen uit de vergelijkbaarheidsanalyse. De resultaten van de benchmarkingstudie worden in drie kwartielen verdeeld.<sup>90</sup> Deze kwartielen zijn:

- Het eerste kwartiel, dit vertegenwoordigt de 25% laagste waarden die zijn waargenomen in de dataset van comparables.
- Het tweede kwartiel (mediaan), dit scheidt de hogere helft van de resultaten van de lagere helft.
- Het derde kwartiel, dit vertegenwoordigt de 25% hoogste waarden waargenomen in de dataset van comparables.

Naast de kwartielen kan het interessant zijn om ook de laagste waarneming, de hoogste waarneming, en het gemiddelde van de resultaten, waargenomen in de dataset van comparables, te bekijken. De waarnemingen die zich uitstrekken tussen het onderste kwartiel en het bovenste kwartiel worden meestal beschreven als het interkwartielbereik. In de OESO TP-richtlijnen wordt ervan uitgegaan dat een overdrachtprijs of een winstmarge die binnen het arm's length-bereik ligt, in overeenstemming is met het arm's length-beginsel.<sup>91</sup> Het arm's length-bereik wordt bepaald aan de hand van het interkwartielbereik.<sup>92</sup> Het onderstaande voorbeeld (Tabel 2-1) laat zien hoe een arm's length-bereik wordt toegepast om de verrekenprijs van goederen vast te stellen voor een distributiebedrijf.

---

<sup>85</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. A.4.2.

<sup>86</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. A.4.3.

<sup>87</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.30-3.39.

<sup>88</sup> Een voorbeeld waar een vergelijkbaarheidsaanpassing nodig is, is als bij een gecontroleerde transactie meer goederen worden gekocht dan bij een vergelijkbare, onafhankelijke transactie. Er van uitgaande dat als er grotere hoeveelheden goederen worden gekocht de onderhandelingspositie van de koper beter wordt, moet de prijs van de vergelijkbare transactie naar beneden worden bijgesteld voordat die kan worden toegepast op de gecontroleerde transactie.

<sup>89</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.55-3.66.

<sup>90</sup> Dit is een statistische methode. Voor een definitie zie Van Dale (onlineversie): "een kwantiel waarbij de verzameling in vier delen wordt verdeeld; bv. in de statistiek de waarden die de helften, door de mediaan gevormd, middendoor delen".

<sup>91</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.60.

<sup>92</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.58.

In dit voorbeeld richt een groep bedrijven een dochteronderneming op in land A. Het doel van de dochteronderneming is om goederen te distribueren die zijn vervaardigd door gelieerde ondernemingen die in andere landen zijn gevestigd. Aangezien de goederen door de dochteronderneming van gelieerde ondernemingen worden gekocht, moeten verrekenprijzen voor de goederen worden bepaald, zodat in dit geval de fabrikanten en de distribuerende dochteronderneming een arm's length inkomen verdienen. Na het uitvoeren van een benchmarkingstudie waarbij onafhankelijke distributeurs die met de dochteronderneming/geteste partij vergelijkbare functies uitvoeren, worden gezocht, zijn de volgende de operationele marges gevonden:

Tabel 2-1 - Interkwartielbereik benchmarkingstudie

Kwartiel	Operationele marge
Eerste kwartiel	2%
Tweede kwartiel/mediaan	4%
Derde kwartiel	5%

Deze cijfers zijn gebaseerd op een benchmarkingstudie die de operationele marges verzamelt van vergelijkbare, niet-gelieerde ondernemingen die distributieactiviteiten uitvoeren. In paragraaf 3.60 van de OESO TP-richtlijnen wordt aanbevolen een marge te kiezen die binnen het arm's length-bereik ligt. In dit voorbeeld moeten de verrekenprijzen derhalve zo worden vastgesteld dat de dochteronderneming een operationele marge geniet die tussen de 2% (eerste kwartiel) en de 5% (derde kwartiel) ligt. In bepaalde situaties kan het echter gerechtvaardigd zijn dat de bedrijfsmarge buiten het arm's length-bereik valt.<sup>93</sup> Dit gebeurt doorgaans als sommige vergelijkingsfactoren niet voldoende vergelijkbaar zijn tussen de geteste partij en de niet-gelieerde ondernemingen die via het benchmarkingonderzoek zijn gevonden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als land A specifieke marktomstandigheden kent die rechtvaardigen dat meer of minder winst wordt behaald dan vergelijkbare niet-gelieerde bedrijven. Bijgevolg, terwijl bedrijf A normaliter een operationele marge zou moeten behalen tussen 2% en 5%, kunnen redenen bestaan die rechtvaardigen dat zij een operationele marge moeten behalen die lager is dan 2%, of meer dan 5%. In elk geval moeten afwijkingen van het arm's length-bereik worden gemotiveerd door objectieve argumenten, ongeacht het feit of claims om van het arm's length-bereik af te wijken zijn gemaakt door belastingdiensten of ondernemingen.

Voor het bereiken van een hoge mate van vergelijkbaarheid tussen gecontroleerde en ongecontroleerde transacties en het uiteindelijk vaststellen van verrekenprijzen tussen verbonden ondernemingen, adviseren de OESO TP-richtlijnen dat naast de functionele analyse, vier vergelijkingsfactoren moeten worden gehanteerd.<sup>94</sup> Bij het uitvoeren van een benchmarkingstudie, moeten niet alleen de gecontroleerde en ongecontroleerde transacties vergelijkbaar zijn volgens de functionele analyse, maar de transacties moeten ook vergelijkbaar zijn op basis van deze vier vergelijkingsfactoren, te weten: de contractuele voorwaarden van de transactie, de eigenschappen van de zaken of de diensten, de economische omstandigheden van de ondernemingen en van de markt waarin zij handelen, en de bedrijfsstrategieën van de ondernemingen.<sup>95</sup> Het is van belang met al deze vergelijkingsfactoren rekening te houden, aangezien deze van invloed kunnen zijn op de verrekenprijzen of de winstmarges die worden toegepast tussen de gelieerde ondernemingen:

- De contractuele voorwaarden van de transactie kunnen van invloed zijn op de prijzen die door de partijen worden toegepast. De contractuele voorwaarden laten de verdeling van

<sup>93</sup> OESO, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.61.

<sup>94</sup> OESO, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.42-1.50 en 1.107-1.118.

<sup>95</sup> OESO, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.36.

bijvoorbeeld de functies tussen de gelieerde ondernemingen zien. De verrichte functies moeten worden weerspiegeld in de beloning van beide partijen.<sup>96</sup>

- De eigenschappen van de zaken of de diensten kunnen van invloed zijn op de verrekenprijzen of de winstmarges die worden toegepast tussen gelieerde ondernemingen, aangezien de prijs van goederen of diensten vaak afhankelijk is van de specifieke kenmerken van de goederen of diensten. Een product van hoge kwaliteit kan bijvoorbeeld voor een hogere prijs worden verkocht dan een product met hetzelfde gebruik maar met een lagere kwaliteit.<sup>97</sup>
- De economische omstandigheden van de ondernemingen en van de markt waarin zij handelen zijn van belang. Een laagconjunctuur kan bijvoorbeeld resulteren in lagere winstmarges binnen een bepaalde bedrijfstak, als gevolg van de lagere vraag van consumenten.<sup>98</sup>
- De bedrijfsstrategieën van de ondernemingen kunnen de overdrachtprijzen beïnvloeden, bijvoorbeeld wanneer de prijzen laag worden gehouden tijdens de startfase van een nieuw geïntroduceerd product.<sup>99</sup>

Door rekening te houden met de hiervoor genoemde vergelijkingsfactoren, is het mogelijk om te beoordelen of de gevonden ongecontroleerde transacties daadwerkelijk vergelijkbaar zijn met de gecontroleerde transactie. Als uit de vergelijkbaarheidsanalyse bepaalde verschillen naar voren komen tussen de gecontroleerde en de ongecontroleerde transacties is de algemene aanbeveling van de OESO TP-richtlijnen dat de ongecontroleerde transacties alleen geldig zijn als er redelijk nauwkeurige aanpassingen gemaakt kunnen worden zodat het effect van die verschillen wordt geëlimineerd.<sup>100</sup> Indien het niet mogelijk is om deze redelijk nauwkeurige aanpassingen te maken, kunnen de ongecontroleerde transacties niet worden gebruikt om de verrekenprijs van de gecontroleerde transactie vast te stellen. Vergelijkbaarheidsaanpassingen bestaan uit het aanpassen van de gegevens die zien op de gecontroleerde en/of ongecontroleerde transacties, zodat de transacties beter vergelijkbaar worden.<sup>101</sup> In de praktijk kan de manier waarop vergelijkbaarheidsaanpassingen worden uitgevoerd, afhankelijk zijn van de verrekenprijsmethode die wordt toegepast om de verrekenprijzen tussen gelieerde ondernemingen te berekenen.

## 2.4 Transfer pricing documentatie

De meeste landen verplichten multinationale ondernemingen om transfer pricing documentatie op te stellen. Het op laten stellen van transfer pricing documentatie door belastingplichtigen heeft drie doelen:<sup>102</sup>

1. belastingplichtigen aandacht laten besteden aan de nodige vereisten bij het vaststellen van verrekenprijzen en andere voorwaarden voor transacties tussen gelieerde ondernemingen;
2. informatie die nodig is voor het uitvoeren van een risicoanalyse verstrekken aan de belastingdiensten; en
3. belastingdiensten de nodige informatie verstrekken zodat zij een grondige controle van de gebruikte verrekenprijsmethoden kunnen uitvoeren.

Het opstellen van transfer pricing documentatie is vooral van belang voor transacties die een aanzienlijk effect kunnen hebben op de belastinggrondslag van een onderneming. Belastingdiensten zullen hier het meest gefocust op zijn gezien het risico dat dit met zich meebrengt voor de belastinginkomsten van

---

<sup>96</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.44.

<sup>97</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.39.

<sup>98</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.56.

<sup>99</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.115.

<sup>100</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.47.

<sup>101</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.47-3.52.

<sup>102</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.5.

een land. Transfer pricing documentatie omvat meestal een overzicht van de groep, de industrie, een functionele analyse, de keuze van een transfer pricing methode en een vergelijkbaarheidsanalyse.<sup>103</sup> Het is belangrijk om te vermelden dat het verplichten van transfer pricing documentatie complicaties met zich mee brengt. Voorbeelden zijn het vinden van een evenwicht tussen de administratieve last voor de belastingplichtige en de minimum hoeveelheid informatie die de belastingdienst nodig heeft, de taal waarin de documenten moeten worden geschreven, en in hoeverre belastingplichtigen gevoelige informatie ter beschikking moeten stellen aan de belastingdienst.<sup>104</sup>

Aan de hand van BEPS Actieplan 13 heeft de OESO de transfer pricing documentatie opgedeeld in drie onderdelen; master file, local file, en country-by-country rapport.<sup>105</sup>

De master file moet een overzicht schetsen van de activiteiten van de hele groep. Alle vereisten van de master file zijn opgenomen in Annex I van hoofdstuk V in de OESO TP-richtlijnen. Wat er in ieder geval in moet staan is een beschrijving van de onderneming van de groep, met onder andere de aard van de wereldwijde bedrijfsactiviteiten, het algemene verrekenprijsbeleid en de algemene toerekening van inkomsten en economische activiteiten om de belastingdiensten te helpen bij de evaluatie van een mogelijk prijsrisico bij de gecontroleerde transacties.<sup>106</sup> In het algemeen is de masterfile bedoeld om een high level overzicht te schetsen om de transfer pricing strategieën van de groep in hun wereldwijde economische, wettelijke, financiële en fiscale context te plaatsen.

In tegenstelling tot de master file, die een high level overzicht geeft, geeft de local file een gedetailleerder beeld van de gecontroleerde transacties. De informatie in de local file is een aanvulling op de master file en helpt het doel, dat de belastingplichtige het arm's length-beginsel moet naleven, bereiken. De local file bevat informatie die essentieel is voor de verrekenprijsanalyse met betrekking tot transacties die plaatsvinden tussen een onderneming uit het betreffende land en gelieerde ondernemingen in datzelfde en/of andere landen. Alle vereisten van de local file zijn opgenomen in Annex II van hoofdstuk V in de OESO TP-richtlijnen.

Het country-by-country rapport verplicht multinationale ondernemingen om jaarlijks geaggregeerde informatie te verstrekken die betrekking heeft op de toerekening van de wereldwijde inkomsten en betaalde belastingen in elk land waar zij actief zijn.<sup>107</sup> Dit kan door belastingdiensten gebruikt worden voor een high level risicoanalyse betreffende verrekenprijzen. Het is echter niet de bedoeling dat het country-by-country rapport de gedetailleerdere master en local file vervangt. De informatie in het country-by-country rapport op zich kan namelijk nooit als bewijs worden gebruikt voor het feit dat een verrekenprijs niet voldoet aan het arm's length-beginsel.<sup>108</sup>

## 2.5 Problematiek rondom het arm's length-beginsel

De OESO is zich ervan bewust het arm's length-beginsel zwakke aspecten kent. Zo staat de separate entity approach onder druk, omdat deze niet altijd rekening zal kunnen houden met schaalvoordelen en de onderlinge relaties tussen verschillende activiteiten door de toenemende integratie van bedrijven.<sup>109</sup> Naast het aankaarten van de tekortkomingen door het gebruik van de separate entity

---

<sup>103</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.15-5.26.

<sup>104</sup> P. Boone, M. Haupt, 'Transfer Pricing Documentation for business Restructurings', International Transfer Pricing Journal 2013, p. 127-131.

<sup>105</sup> OECD, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 14.

<sup>106</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.18.

<sup>107</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.24.

<sup>108</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.25.

<sup>109</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.10.

approach, schetsen de OESO TP-richtlijnen nog drie andere problemen die samenhangen met het gebruik van het arm's length-beginsel.

Een praktisch probleem bij het toepassen van het arm's length-beginsel is dat gelieerde partijen mogelijk transacties aangaan die twee niet-gelieerde partijen nooit zouden aangaan. Het arm's length-beginsel is in een dergelijk scenario moeilijk toe te passen omdat weinig of zelfs geen informatie beschikbaar zal zijn onder welke voorwaarden twee niet-gelieerde partijen een dergelijk contract aan zouden gaan. Belangrijk is om hierbij te vermelden dat als een transactie niet voorkomt tussen niet-gelieerde partijen dit niet hoeft te impliceren dat de transactie niet in lijn met het arm's length-beginsel is.<sup>110,111</sup>

Ook kan het gebruik van het arm's length-beginsel leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel de belastingplichtige als voor de belastingdienst indien een grote hoeveelheid en verschillende soorten gecontroleerde transacties hebben plaats gevonden. De gelieerde ondernemingen kunnen door de belastingdiensten worden verplicht te bewijzen dat deze transacties in lijn zijn met het arm's length-beginsel. Hiertoe moeten zij de eerder behandelde transfer pricing documentatie opzetten. De belastingdienst moet zelf de geleverde documentatie verifiëren. Dit gebeurt doorgaans enkele jaren nadat de transacties hebben plaatsgevonden. Als de belastingdienst vervolgens twijfels heeft bij de door de belastingplichtige geleverde transfer pricing documentatie, moet de belastingdienst zelf ook informatie verzamelen over bijvoorbeeld de vergelijkbare, ongecontroleerde transacties en de marktomstandigheden op het moment dat de transacties plaatsvonden. Een dergelijk onderzoek wordt meestal moeilijker met het verstrijken van de tijd.<sup>112</sup>

Hierop aansluitend, zowel de belastingplichtigen als de belastingdienst kunnen moeite hebben met het verkrijgen van de nodige informatie om het arm's length-beginsel juist toe te passen. Doordat het arm's length-beginsel verplicht om ongecontroleerde transacties en de bedrijfsactiviteiten van de relevante niet-gelieerde ondernemingen te evalueren en deze te vergelijken met de gecontroleerde transacties en activiteiten van gelieerde ondernemingen, hebben zowel de belastingplichtige als de belastingdiensten een aanzienlijke hoeveelheid data nodig. De data waar zij toegang toe hebben is mogelijk onvolledig en moeilijk te interpreteren. Andere data, als deze al bestaan, kan moeilijk of onmogelijk te verkrijgen zijn vanwege bijvoorbeeld de vertrouwelijkheid van de betreffende informatie. Informatie over een niet-gelieerde onderneming die relevant zou kunnen zijn kan simpelweg niet bestaan. Ook behoort het tot de mogelijkheden dat zelfs geen vergelijkbare niet-gelieerde ondernemingen bestaan. Relevant is om tevens te benoemen dat transfer pricing geen exacte wetenschap is en dat zowel de belastingdienst als de belastingplichtige enige vorm van redelijkheid moet toepassen.<sup>113</sup>

Ondanks dat de OESO zich bewust is van de tekortkomingen blijft zij achter het arm's length-beginsel staan. De reden hiervoor is dat er geen algemeen geaccepteerde methodes voor het toewijzen van winsten aan gelieerde ondernemingen zijn die wel rekening houden met schaalvoordelen en sterk geïntegreerde bedrijven.<sup>114</sup> In theorie is het arm's length-beginsel correct, omdat het de vrije markt nabootst voor gevallen waar goederen of diensten worden geleverd tussen gelieerde ondernemingen. Ondanks dat het arm's length-beginsel in praktijk niet altijd even makkelijk is toe te passen, wijst het normaal gezien de winsten op een passend manier toe aan de onderdelen van een multinationale onderneming.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.11.

<sup>111</sup> In een dergelijk geval zal gebruik worden gemaakt van de transactionele winstmethodes.

<sup>112</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.12.

<sup>113</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.13.

<sup>114</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.10.

<sup>115</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.14.

De hiervoor genoemde problemen zijn duidelijk aan het begin in de OESO TP-richtlijnen opgenomen. Het arm's length-beginsel kent echter meer problemen dan de problematiek die in die vier paragrafen is genoemd. De kritiek kan in twee categorieën worden opgedeeld: conceptuele problemen en praktische problemen.

### 2.5.1 Conceptuele problemen van het arm's length-beginsel

Het grootste conceptuele probleem van het arm's length-beginsel zit in de vergelijkbaarheid van transacties tussen gelieerde ondernemingen en niet-gelieerde ondernemingen. De relatie tussen twee gelieerde entiteiten, zal nooit compleet overeenkomstig zijn met de relatie tussen twee niet-gelieerde entiteiten.<sup>116</sup> Binnen een multinationale groep zal dus anders worden gehandeld, dan twee niet-gelieerde entiteiten zullen doen. De problematiek die hieruit voort komt valt op te delen in synergiën, risico's en immateriële activa.<sup>117</sup>

#### Synergiën

Indien een groep efficiëntievoordelen behaald door het werken als een geïntegreerd bedrijf, worden deze voordelen vaak synergievoordelen genoemd.<sup>118</sup> Het bestaan van zulke synergievoordelen zorgt voor problemen bij de toepassing van het arm's length-beginsel. Als alle transacties tussen gelieerde ondernemingen worden gewaardeerd op grond van het arm's length-beginsel en dus worden bepaald aan de hand van de vergelijkbare transactie tussen niet-gelieerde ondernemingen die geen synergievoordelen behalen, dan bevat de uiteindelijk totaal toegewezen winst niet het door de groep behaalde synergievoordeel. Alle winsten van de groep moeten echter aan een of meerdere ondernemingen worden toegewezen, dus ook de winsten behaald door het synergievoordeel.

Om deze problematiek te illustreren wordt in de OESO TP-richtlijnen een voorbeeld gegeven van een groep die de inkoop van goederen heeft gecentraliseerd.<sup>119</sup> Door een gecentraliseerde inkoop wordt de marktmacht van de groep groter, wat bijvoorbeeld onderhandelen over prijzen eerder mogelijk maakt. Door een korting op de inkoop kan de gehele groepswinst verhogen. De vraag die hier opkomt is aan wie dit behaalde synergievoordeel toe moet komen.

Als een onderdeel van de groep quantumkorting ontvangt door voor de gehele groep een bepaald product te kopen, en vervolgens de producten doorverkoopt aan de verschillende onderdelen van de groep, moet het onderdeel dat de inkoop uitvoert worden gecompenseerd voor de geëffectueerde coördinatiediensten. De behaalde quantumkorting kan er echter voor zorgen dat de ontvangen beloning een arm's length-beloning voor coördinatiediensten te boven gaat. Deze overcompensatie voor de coördinatiediensten ontstaat doordat het volledige synergievoordeel aan het uitvoerende onderdeel van de groep wordt toegerekend, terwijl het synergievoordeel wordt gecreëerd door de gehele groep.

De OESO TP-richtlijnen hebben moeite met dit vraagstuk. Het vraagstuk speelt vooral bij diensten tussen gelieerde ondernemingen en wanneer een onderneming moet worden gecompenseerd voor een geleverde dienst. Paragraaf 7.13 van de OESO TP-richtlijnen stelt dat voordelen die enkel en alleen ontstaan door deel te zijn van een groep niet automatisch leiden tot een gecontroleerde transactie. De OESO TP-richtlijnen maken onderscheid tussen passieve en actieve synergievoordelen.<sup>120</sup> Als een onderdeel van de groep actief een garantie verstrekt en deze garantie zorgt voor een betere kredietstatus, met lagere financieringskosten als gevolg, dan moet de garantsteller hiervoor vergoed

<sup>116</sup> C.A.T. Peters, 'Transfer Pricing en BEPS: Waar is Ariadne?', WFR 2015, p. 3.

<sup>117</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 124-125.

<sup>118</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.157.

<sup>119</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.160.

<sup>120</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.159.

worden. Als de betere kredietstatus het gevolg is van het (passief) deelnemen aan de groep, is er geen vergoeding aan de andere leden van de groep verschuldigd.

De problemen ontstaan reeds bij het zoeken naar vergelijkbare, ongecontroleerde transacties. Betekent de aanwezigheid van een synergievoordeel dat een onafhankelijke transactie met een vergelijkbare prijs kan worden gebruikt, of moet de prijs van deze vergelijkbare, onafhankelijke transactie worden aangepast aan de waarde van het synergievoordeel van de groep die toekomt aan de geteste partij.<sup>121</sup> Het arm's length-beginsel stelt dat de aanwezige synergievoordelen onderzocht moeten worden. Indien de synergievoordelen significant blijken te zijn, moeten deze worden gekwantificeerd en worden toegewezen aan de groep.<sup>122</sup> Als de synergievoordelen verwaarloosbaar zijn, moet de prijs van de vergelijkbare, ongecontroleerde transactie worden gebruikt.

#### Risico's

Het drijven van een onderneming brengt risico's met zich mee. Het nemen van een risico moet beloond worden. Hoe groter het risico, hoe groter de beloning over dat risico moet zijn om een rationeel ondernemer dat risico te laten nemen. Zo moet bijvoorbeeld de rente over een junkbond<sup>123</sup> aanzienlijk hoger zijn dan de rente over een staatsobligatie om beleggers ervoor te laten kiezen.

De OESO TP-richtlijnen sluiten zich aan bij het feit dat in de vrije markt het nemen van risico ook gecompenseerd wordt met een verhoogde verwachte vergoeding.<sup>124</sup>

Met betrekking tot het belang van risico's voor het bepalen van arm's length-prijzen, eisen de OESO TP-richtlijnen dat materiële risico's van de geteste transactie een onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse zijn.<sup>125</sup> Zoals eerder in dit hoofdstuk is genoemd, zijn de materiële risico's van een transactie in elk geval een van de drie onderdelen van de functionele analyse.

Echter kan, door de integratie van een groep, een risico dat door één onderdeel van de groep wordt gedragen, gevolgen hebben voor de hele groep. Bijvoorbeeld, als een concurrent van een farmaceutisch bedrijf een nieuw product ontwikkelt dat rechtstreeks concurreert met producten van het farmaceutische bedrijf, kan dit gevolgen hebben voor het hele farmaceutische bedrijf. Zo kan bijvoorbeeld de omzet dalen, of het marketingbudget krimpen, kunnen de marges afnemen, en kan minder budget beschikbaar zijn voor speur- en onderzoekswerk.

Het feit dat de materiële risico's vaak door meerdere onderdelen van een groep worden gedeeld, kan het moeilijker maken om risico's te isoleren en toe te wijzen aan leden van de groep. Net als bij synergievoordelen, waar een voordeel wordt gecreëerd door het samenwerken van meerdere gelieerde entiteiten, is het mogelijk dat geen niet-gelieerde ondernemingen worden gevonden die dezelfde risico's dragen.

Daarnaast spelen belastingplichtigen in op de relatie tussen genomen risico's en de bijbehorende vergoeding. Zo gebeurt het dat bepaalde entiteiten in de groep contractueel beschermd zijn tegen de meeste of alle ondernemingsrisico's en daarom lage rendementen verdienen en niet delen in risicopremies. De risico's worden contractueel genomen door andere entiteiten binnen de groep, waardoor zij vervolgens een groter deel van de winst ontvangen. Als de entiteiten die de risico's contractueel gezien nemen niet de risico's beheren en/of de financiële capaciteiten niet hebben om

---

<sup>121</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.163.

<sup>122</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.161.

<sup>123</sup> Zie Van Dale: obligatie met een hoge rente en een hoog risico.

<sup>124</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.56.

<sup>125</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.56-1.59.

de risico's te nemen, moeten de risico's worden toegewezen aan de entiteit die wel de risico's beheert en/of de financiële capaciteiten heeft om deze te dragen.<sup>126</sup>

Risico's zijn dus moeilijk te isoleren en te identificeren. De integratie van multinationale groepen kan leiden tot problemen bij het vinden van vergelijkbare, niet-gelieerde ondernemingen. Ook kan de waardering ingewikkeld en speculatief zijn. Toch zijn risico's onderdeel van de kern van de functionele analyse. Als risico's eenvoudig overgedragen kunnen worden van het ene groepslid naar het andere door transacties en contracten te structureren, wordt het verleggen van omzet relatief eenvoudig.

#### Immateriële activa

Net als bij risico's kunnen immateriële activa een belangrijke bijdrage leveren aan de winstgevendheid van een groep. Het feit dat immateriële activa moeilijk te waarderen en/of uniek kunnen zijn voor de onderneming van de groep, en daarnaast ook nog eenvoudig zijn over te dragen binnen de groep, hebben als gevolg dat er problemen kunnen ontstaan rondom de waardering van immateriële activa.<sup>127</sup>

De waardering van immateriële activa leidt tot praktische problemen bij een transfer pricing analyse. De praktische problemen bij de waardering kunnen worden verergerd door theoretische kwesties zoals de karakterisering van transacties. Net als bij synergiën en risico's, ontstaan er bij immateriële activa moeilijkheden omdat de groep opereert als één geïntegreerde entiteit. Deze geïntegreerde entiteit bestaat echter weer uit meerdere entiteiten die allemaal een waardevolle bijdrage aan de (ontwikkeling van de) immateriële activa hebben geleverd.

Problematiek rondom de ontwikkeling van immateriële activa kan verschillende vormen aannemen. Ten voorbeeld een groep die een ontwikkelingsproject uitvoert. Hierbij voert een entiteit de managementtaken uit en heeft het kapitaal ingebracht, terwijl een andere entiteit in de groep zich bezighoudt met het speur- en onderzoekswerk.<sup>128</sup> Beide entiteiten zijn essentieel voor een succesvol project. In dit geval kan het voorkomen dat het uiteindelijke resultaat van het project pas wordt gerealiseerd maanden of jaren nadat de entiteiten hun bijdragen hebben geleverd. Hierdoor is het tijdens de ontwikkeling nagenoeg onmogelijk een schatting te maken van de uiteindelijke waarde van het project.

Hoe deze entiteiten dienen te worden beloond voor hun bijdrage, hangt af van de karakterisering van beide entiteiten.<sup>129</sup> Discussies over de karakterisering en dus over hoe de deelnemende entiteiten moeten worden beloond komen doorgaans neer op onenigheden over de bruikbaarheid van gebruikte comparables, en claims dat de uitgevoerde functies door de entiteiten minder waard of juist waardevoller zijn dan dat de belastingplichtigen beweren. Bij de waardering van het door de entiteiten geleverde kapitaal en/of inspanningen betreffende immateriële activa ontstaat een nog groter grijs gebied indien een gelieerde partij zich inkoopt halverwege het ontwikkelingsproject. Hierdoor krijgen groepen veel ruimte de hoogte van de vergoedingen te bepalen.

Problematiek rondom het inkopen in dergelijke projecten kan het best worden geïllustreerd aan de hand van kostenbijdrage-overeenkomsten (Cost Contributions Agreements). In een dergelijke overeenkomst komen twee of meer leden van de groep overeen om de kosten van de ontwikkeling van de immateriële activa te delen.<sup>130</sup> Vaak zijn de rollen zo verdeeld dat één partij het grootste deel van het werk betreffende de ontwikkeling uitvoert, terwijl de andere partij een relatief passieve investeerdersrol inneemt. Het is echter algemeen aanvaard dat de actieve partij in een dergelijke

---

<sup>126</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.98.

<sup>127</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 130.

<sup>128</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 131.

<sup>129</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.35-1.36.

<sup>130</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 8.3.



regeling moet worden gecompenseerd voor haar bijdragen, evenzo voor de inbreng van reeds bestaande of gedeeltelijk ontwikkelde immateriële activa die ter beschikking worden gesteld aan de kosten bijdrageregeling. Indien een derde gelieerde onderneming zich wil inkopen in het ontwikkelingsproject bestaan er onzekerheden bij het bepalen van de huidige waarde van de gedeeltelijk ontwikkelde immateriële activa, de toekomstige waarde van de immateriële activa, de verdeling van de risico's tussen de passieve en actieve beleggers, en de hoeveelheid tijd die er tussen de huidige bijdragen en toekomstige beloningen zit.<sup>131</sup> Critici van het arm's length-beginsel betogen dat belastingplichtigen in staat te zijn hun immateriële activa voor weinig te verkopen aan entiteiten in landen met een gunstig fiscaal systeem door het manipuleren van de kostenbijdrage-overeenkomsten.<sup>132</sup> Indien een gelieerde entiteit de immateriële activa wil kopen voordat het daadwerkelijk af is, is het in principe nog niets waard en is het moeilijk te bepalen wat het ooit waard zal kunnen zijn. Door de immateriële activa in dit stadium van de ontwikkeling te verkopen kan het naar een ander land worden verplaatst zonder een groot bedrag aan exit heffing te betalen. Als de verkoop gepaard gaat met een overeenkomst dat de ontwikkeling van de immateriële activa af wordt gemaakt door de ontwikkelende entiteiten, zullen de ontwikkelende entiteiten slechts een vergoeding krijgen voor de geleverde arbeid en niet meedelen in de winst die de immateriële activa mogelijk zal genereren. Deze winst wordt toegewezen aan de entiteit die de immateriële activa in bezit heeft.

### 2.5.2 Praktische problemen van het arm's length-beginsel

Naast de conceptuele problemen, zijn er nog praktische problemen. Gekeken zal worden naar de beschikbaarheid van relevante informatie en de mate van vergelijkbaarheid bij transacties.

#### Beschikbaarheid informatie

Met name in ontwikkelingslanden, maar ook in westerse landen, kunnen er problemen ontstaan bij het vinden van informatie over vergelijkbare transacties. Een tekort aan informatie over vergelijkbare transacties is een probleem wat ook al door de OESO is benoemd. Een gebrek aan informatie over vergelijkbare transacties kan een praktisch probleem als gevolg hebben.

Deze praktische problemen zijn: (i) een gebrek aan gedetailleerde gegevens over vergelijkbare transacties voor de toepassing van de traditionele verrekenprijsmethoden; (ii) een gebrek aan publieke, lokale gegevens over de totale bedrijfsrendementen van niet-gelieerde ondernemingen voor toepassing van de TNMM; en (iii) een gebrek aan vergelijkbare gegevens voor transacties met betrekking tot immateriële activa.<sup>133</sup>

#### Traditionele verrekenprijsmethoden

Betrouwbare informatie over vergelijkbare transacties, welke nodig is voor het toepassen van de CUP, RPM en CPM, is moeilijk te vinden.<sup>134</sup> Informatie over transacties, met name informatie over de bepaling van de prijs, kunnen commercieel gevoelig zijn. Onafhankelijke entiteiten zullen zich verzetten tegen het beschikbaar maken van dergelijke informatie in openbare rapporten om hun concurrentiepositie in stand te houden. Daarom bestaan publiek beschikbare gegevens vaak uit geaggregeerde financiële informatie die geen specifieke transacties laat zien. Deze gegevens zullen daarom niet geschikt zijn voor het toepassen van de traditionele verrekenprijsmethoden.

Zelfs als informatie over vergelijkbare, onafhankelijke transacties beschikbaar is, is het vaak zo dat informatie over relevante feiten en omstandigheden niet voldoende gedetailleerd beschikbaar is voor een analyse; of zijn de geteste transactie en potentieel vergelijkbare transactie niet voldoende vergelijkbaar.

---

<sup>131</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 8.23-8.33.

<sup>132</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 132.

<sup>133</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 135.

<sup>134</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 135.

Dit zou betekenen dat de enige bruikbare bron voor vergelijkbare transacties in de meeste gevallen internal comparables zijn. Bedrijven proberen echter alle belangrijke aspecten van hun bedrijf te controleren en handelen hiervoor, indien mogelijk, niet met derden, wat betekent dat internal comparables niet bestaan.<sup>135</sup> Als een bedrijf bijvoorbeeld de distributie en verkoop van een product in een bepaalde regio wil controleren, vinden er geen verkoop- en distributiediensten plaats aan derden die vereist zijn voor het berekenen van de verrekenprijzen.

#### Transactional net margin methode

In de meeste westerse landen worden bedrijven verplicht jaarrekeningen en andere financiële informatie bij overheidsinstanties in te dienen. Deze informatie wordt voornamelijk gebruikt om potentiële beleggers informatie te verstrekken waarop zij hun beleggingsbeslissingen kunnen baseren. In westerse landen zijn deze openbare financiële overzichten verzameld in publiekelijk beschikbare databases. Dergelijke databases kunnen winstgevendheid en andere financiële gegevens bevatten van grote hoeveelheden bedrijven die actief zijn in de relevante jurisdictie.

In ontwikkelingslanden is mogelijk niet hetzelfde type financiële informatie beschikbaar.<sup>136</sup> Bedrijven worden in dergelijke landen mogelijk niet verplicht regelmatig hun financiële informatie in te dienen, met als gevolg dat belastingdiensten en andere instanties die mogelijk belang hebben bij dergelijke informatie geen toegang hebben tot de informatie.

Gezien het gebrek aan informatie, worden de belastingplichtigen en de belastingdiensten in ontwikkelingslanden gedwongen tot het zoeken naar alternatieven bij het toepassen van de TNMM. Een alternatief is om de TNMM toe te passen op basis van gegevens van buitenlandse markten.<sup>137</sup> Zo kan een belastingplichtige een Afrikaanse belastingdienst vragen om een TNMM-analyse te accepteren op basis van Europese comparables. Europese bedrijven die actief zijn in vergelijkbare activiteiten, kunnen echter opereren in markten die in extreme mate verschillen van de markt in het Afrikaanse land. Wanneer verschillen duidelijk aanwezig zijn, moet de TNMM-analyse worden aangepast om rekening te houden met de verschillen.<sup>138</sup> Aanpassingen voor verschillen in economische omstandigheden tussen landen zijn echter onnauwkeurig en er bestaat geen algemene consensus over hoe dergelijke aanpassingen moeten worden aangebracht. Als dergelijke aanpassingen niet op betrouwbare wijze kunnen worden uitgevoerd, kan het nodig zijn gebruik te maken van methoden die niet rechtstreeks op vergelijkingsproducten berusten.

#### Immateriële activa

Vooraf bij het identificeren van vergelijkbare transacties voor immateriële activa speelt een gebrek aan informatie een belangrijke rol. Zo is een overdracht van regionale gebruiksrechten van een essentieel immaterieel actief binnen de groep als onderdeel van een herstructurering niet uitzonderlijk, terwijl dit bij niet-gelieerde partijen zelden voor zal komen. Licentieverleningen gebeuren regelmatig, zowel bij niet-gelieerde ondernemingen als bij gelieerde ondernemingen, maar de feitelijke omstandigheden rondom de overdracht van een licentie aan een niet-gelieerde entiteit zullen vaak aanzienlijk verschillen van overdrachten die plaatsvinden tussen verbonden ondernemingen.

Bovendien zal de informatie die openbaar beschikbaar is over de licentieoverdracht tussen niet-gelieerde partijen mogelijk niet voldoende gedetailleerd zijn om te kunnen bepalen of dergelijke transacties vergelijkbaar zijn met de licentieoverdracht tussen gelieerde ondernemingen. Indien het onderliggende immaterieel actief verschilt, is de vergelijkbaarheid van een mogelijke onafhankelijke

---

<sup>135</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 136.

<sup>136</sup> R. S. Collier, J. L. Andrus, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 137.

<sup>137</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.112.

<sup>138</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.113.

transactie al twijfelachtig. Bij het berekenen van de verrekenprijs van het immaterieel actief moet in ieder geval rekening worden gehouden met de exclusiviteit van het betreffende immaterieel actief, het winstpotentieel van het product dat onder het immaterieel actief valt, de gebruiksduur van het immaterieel actief, de geografische reikwijdte en de ontwikkeling van het materieel actief op het moment van de licentie.<sup>139</sup> Deze informatie is echter niet beschikbaar in openbare databases.

Indien geen comparables worden gevonden voor het immaterieel activum kan de profit split methode worden toegepast.<sup>140</sup> In eerste instantie lijkt de profit split methode makkelijk en toegankelijk voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten, omdat deze doorgaans minder afhankelijk is van informatie over niet-gelieerde ondernemingen. Echter is voor de toepassing nog steeds veel informatie nodig over de bijdragen van gelieerde entiteiten aan de immateriële activa. Deze informatie kan voor belastingplichtigen, maar zeker voor belastingdiensten moeilijk te verkrijgen zijn. Daarnaast kan het ook moeilijk zijn om de inkomsten en kosten voor alle gelieerde ondernemingen die bijdragen aan de transactie te berekenen.<sup>141</sup>

### Complexiteit en uniciteit

Ook in situaties waarin wel de benodigde informatie voor de verrekenprijsanalyse beschikbaar is, kunnen er door de complexiteit van zo'n analyse toch nog praktische problemen ontstaan. Uiteindelijk moet voor elk punt dat verschillend is tussen de gelieerde transactie en mogelijk vergelijkbare, niet-gelieerde transacties worden beslist of dit verschil een significante invloed heeft op de analyse. Als de belastingplichtige en de belastingdienst het niet eens zijn over de vergelijkbaarheid van de transacties op alle punten, moeten zij het eens worden over geschikte vergelijkbaarheidsaanpassingen.

Deze problematiek wordt vergroot door de complexiteit van de productieketens van bedrijven en de toenemende grensoverschrijdende transacties die van belang zijn bij het op de markt brengen van een product, bijvoorbeeld als voor een eindproduct uit meerdere landen halffabricaten worden geïmporteerd van gelieerde partijen. Het vinden van comparables voor transacties betreffende halffabricaten die zijn gemaakt voor een specifiek eindproduct kan moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn.

## 2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk is de uitwerking en problematiek rondom het arm's length-beginsel uiteengezet. Om tot een verrekenprijs te komen moeten zowel een functionele- als een vergelijkbaarheidsanalyse worden uitgevoerd. Deze twee analyses worden toegelicht in de OESO TP-richtlijnen, waarvan de laatste versie meer dan zeshonderd pagina's kent. Ondanks de uitgebreide toelichting van de OESO kan de toepassing van het arm's length-beginsel onder bepaalde omstandigheden moeilijk zijn, bijvoorbeeld in geval van synergievoordelen. Ook waar de OESO TP-richtlijnen wel duidelijke richtlijnen geven over de uitvoering van de transfer pricing analyse, kan de werkelijke uitvoering nog steeds complex zijn. Dit geldt bijvoorbeeld voor het identificeren en toewijzen van risico's. Een ander knelpunt kan zijn dat voor de transfer pricing analyse benodigde data niet beschikbaar zijn. Verschillende verrekenprijsmethoden hebben verschillende soorten data nodig. Door de gevoeligheid van bepaalde informatie, of door de nationale wetgeving van een specifiek land kan het voorkomen dat informatie in het geheel niet openbaar wordt. Ook kan het zijn dat bij gevallen waar geen external comparables beschikbaar zijn, gebruik moet worden gemaakt van internal comparables. Door steeds verder geïntegreerde bedrijven neemt de beschikbaarheid van internal comparables af. Ook worden in de moderniserende economie bedrijfsspecifieke immateriële activa steeds belangrijker. Deze activa kunnen zo bedrijfsspecifiek zijn dat er geen comparables bestaan voor transfer pricing doeleinden.

---

<sup>139</sup> OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 6.116-6.130.

<sup>140</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 3.39.

<sup>141</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.120.

Indien de benodigde informatie beschikbaar is, kunnen, door de complexiteit van de transfer pricing analyses, toch knelpunten ontstaan. Omdat honderd procent vergelijkbare transacties zelden tot nooit zullen worden gevonden, moeten met regelmaat vergelijkbaarheidsaanpassingen worden doorgevoerd. De belastingplichtige en de belastingdienst moeten het over deze aanpassingen eens worden. Hier speelt de mate van subjectiviteit die komt kijken bij een transfer pricing analyse een belangrijke rol.



## 3 Formulary apportionment methode

### 3.1 Introductie

Naast transfer pricing, waarbij het arm's length-beginsel als uitgangspunt wordt genomen, zijn er ook nog andere manieren van winstallocatie mogelijk. De Europese Commissie heeft de afgelopen jaren geprobeerd om bij de toewijzing van winsten binnen de Europese Unie af te stappen van het arm's length-beginsel, en over te stappen op een toewijzingsformule.<sup>142</sup> De formulary apportionment methode wordt gezien als een mogelijk alternatief voor het arm's length-beginsel. Bij deze methode vormen de entiteiten van een multinationale groep die binnen de Europese Unie zijn gevestigd een CCCTB-groep. Hun winst wordt geconsolideerd berekend en vervolgens aan de leden van de CCCTB-groep toegewezen aan de hand van een vooraf bepaalde formule.

Dit hoofdstuk behandelt de formulary apportionment methode als volgt: ontstaan van de CCCTB-richtlijn en haar rechtsgrond, de vormgeving van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn, de kritiek op de formulary apportionment methode. Op basis van de bevindingen zal de tweede deelvraag worden beantwoord. Deze luidt: wat is de CCCTB-richtlijn, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn?

### 3.2 CCCTB-richtlijn

#### 3.2.1 Geschiedenis

Op 16 maart 2011 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn betreffende de CCCTB-richtlijn ingediend.<sup>143</sup> Ondanks dat de voorbereiding in 2001 is begonnen,<sup>144</sup> ontstond er door het voorstel heel wat controverse. Vooral omdat lidstaten er belang bij hebben dat de door hun gecreëerde vennootschapsbelastingstelsels concurrerend blijven, was het geen verrassing dat de Europese lidstaten het niet eens werden over de CCCTB-richtlijn. Nadat het voorstel in 2011 niet was aangenomen werd bij de onderhandelingen wel enige vooruitgang geboekt, dit leidde in 2012 tot een compromisvoorstel.<sup>145</sup> Ondanks dat dit compromisvoorstel belangrijke technische wijzigingen bevatte, was er nog een duidelijk gebrek aan politieke steun.<sup>146</sup> In het voorjaar van 2013 heeft de toenmalige voorzitter van de Europese Unie, Rompuy, een oproep gedaan aan de lidstaten om in het kader van de CCCTB-onderhandelingen meer met elkaar mee te bewegen en meer bereid te zijn tot compromissen.<sup>147</sup> Het verzoek van Rompuy sorteerde echter geen effect. De enige weg voorwaarts die tot unanimititeit zou kunnen leiden was het continueren van de werkzaamheden aan een gemeenschappelijke belastinggrondslag. De lidstaten waren het erover eens dat de consolidatie- en toewijzing mechanismes niet meer besproken zouden worden totdat er voldoende vooruitgang was geboekt met het bepalen van de geconsolideerde heffingsgrondslag.<sup>148</sup> Dit leidde tot een bijgewerkt compromisvoorstel dat in 2014 openbaar werd gemaakt.<sup>149</sup> In 2015 en 2016 werd het CCCTB-project

---

<sup>142</sup> Persbericht Questions and Answers on the CCCTB, Memo/11/171.

<sup>143</sup> Voorstel Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM (2011 121/4).

<sup>144</sup> I. Verlinden, P. Deré, 'The European Commission Action Plan for a Fair and Efficient Tax System in the European Union: What Should Be Expected?', IBFD 2015, p. 343.

<sup>145</sup> Commissie van de Europese Unie, 16 april 2012, no. 8790/12.

<sup>146</sup> Zie Presidency Synthesis Report on the bilateral discussions on the proposal for a Common Consolidated Corporation Tax Base, p. 1-5.

<sup>147</sup> Brief van de Voorzitter Europese Unie van 6 maart 2013, EUCO 62/13 PRESSE 94 PR PCE 54, p. 2.

<sup>148</sup> Conclusies Ecofin Council, no. 11507/13, 25 June 2013, par. 40.

<sup>149</sup> Voorstel Europese Commissie, Compromise Proposal CCCTB, 19 november 2014, no. 15756/14.

stil gelegd, naar alle waarschijnlijkheid omdat de implementatie van het BEPS-project de volledige aandacht nodig had van de OESO-lidstaten.<sup>150</sup>

Eind 2016 is de CCCTB-richtlijn opnieuw gelanceerd, terwijl de Europese Commissie tegelijkertijd het oorspronkelijke voorstel uit 2011 introk.<sup>151</sup> In de toelichting schrijft de Europese Commissie dat de CCCTB-richtlijn een zeer ambitieus project is dat waarschijnlijk slechts zal worden aangenomen door middel van een gefaseerde introductie. De Europese Commissie heeft er daarom voor gekozen de invoering van de CCCTB-richtlijn op te delen in twee fases; de Common Corporate Tax Base<sup>152</sup> (hierna: CCTB) en de CCCTB-richtlijn.<sup>153</sup>

De eerste fase, CCTB, heeft tot doel de heffingsgrondslagen van de vennootschapsbelasting van de lidstaten te harmoniseren. Dit zorgt ervoor dat door de hele Europese Unie de winst van een groep op dezelfde manier wordt berekend. De CCTB had op 1 januari 2019 in werking moeten treden. De tweede fase, CCCTB-richtlijn, leidt tot de consolidatie van de groepswinst binnen de Europese Unie, om vervolgens deze geconsolideerde winst toe te wijzen aan de individuele onderdelen van de groep. De lidstaten mogen vervolgens de toegewezen winst belasten tegen hun eigen tarieven. De CCCTB-richtlijn zou volgens plan van kracht moeten worden op 1 januari 2021.

### 3.2.2 Rechtsgrond

De CCTB- en CCCTB-richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 115, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU),<sup>154</sup> en moeten in overeenstemming zijn met het subsidiariteits-<sup>155</sup> en het evenredigheidsbeginsel.<sup>156-157</sup> De Europese Commissie stelt dat dit zo is omdat de doelstellingen van de CCTB en van de CCCTB-richtlijn niet volledig of gedeeltelijk door de EU-lidstaten zelf kunnen worden gerealiseerd.<sup>158</sup> De aard van de algemene beleidsdoelstellingen zou een gemeenschappelijke aanpak vergen. De Europese Commissie stelt ook dat de CCTB- en CCCTB-richtlijnen zowel geschikt als noodzakelijk zijn om deze doelstellingen te kunnen bereiken.<sup>159</sup>

De 'gele kaart procedure' biedt een mogelijkheid om de bekwaamheid van de Europese Unie in twijfel te trekken. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat voorstellen ter harmonisering van de nationale wetgevingen niet kunnen worden aangevochten aan de hand van subsidiariteit en evenredigheidsargumenten.<sup>160</sup> Op basis van de gele kaart procedure kan elk nationaal parlement van een lidstaat een gemotiveerde mening indienen, indien zij van mening is dat een voorstel onverenigbaar is met het beginsel van subsidiariteit en evenredigheid. Verscheidene nationale parlementen hebben hun meningen over de CCCTB-richtlijn kenbaar gemaakt in 2011 en 2016. De Europese Commissie is verplicht haar voorstel te heroverwegen wanneer ten minste een derde van de mogelijk stemmen (gemotiveerde meningen) worden ingediend. Alle achtentwintig nationale parlementen hebben twee stemmen, dus er zijn minimaal negentien stemmen nodig voor een

---

<sup>150</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 431.

<sup>151</sup> Europese Commissie, *Delivering a Europe that protects, empowers and defends Annex IV (Withdrawals)*, COM (2016) 710 final, p. 4.

<sup>152</sup> Voorstel Common Corporate Tax Base (CCTB), COM (2016) 685 final.

<sup>153</sup> Voorstel Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM (2016) 683 final.

<sup>154</sup> Voorstel Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM (2016) 683 final, p. 4.

<sup>155</sup> Hogere instanties moeten in principe niet iets doen wat door lagere instanties kan worden afgehandeld.

<sup>156</sup> Wetgeving moet in verhouding staan tot het beoogde doel van de wetgeving.

<sup>157</sup> Zie artikel 5, derde lid, VwEU.

<sup>158</sup> Zie 'Explanatory memorandum' CCCTB-richtlijn, p. 4-6.

<sup>159</sup> Zie artikel 5, vierde lid, VwEU.

<sup>160</sup> R. Szudockzy, *CCCTB: Selected Issues*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 111-123.

heroverweging. In 2011 werd de drempel van negentien stemmen niet bereikt.<sup>161</sup> Ook in 2016 werden slechts twaalf stemmen ingediend, met als gevolg dat de voorstellen niet herzien hoefden te worden.<sup>162</sup>

### 3.2.3 Hoofdpijnen CCCTB-richtlijn

Indien de CCCTB-richtlijn in werking treedt worden de winsten van multinationale groepen, met een wereldwijde groepsomzet van meer dan 750 miljoen euro, binnen de Europese Unie geconsolideerd.<sup>163</sup> Doordat de geconsolideerde winst van de groep wordt verdeeld aan de hand van een formule, leiden de gecontroleerde transacties binnen de groep niet meer tot directe winstneming. Dit heeft tot gevolg dat de gehanteerde prijzen voor transacties binnen de Europese Unie geen rol spelen en derhalve de verrekenprijzen niet meer hoeven te worden berekend. Daarnaast wordt binnen de Europese Unie grensoverschrijdende verliesverrekening tussen leden van een groep mogelijk.

De heffingsgrondslag van de CCCTB-richtlijn bestaat uit de belastbare winst. De belastbare winst wordt berekend door de aftrekbare kosten en additionele aftrekposten, alsmede eventuele te verrekenen verliezen, af te trekken van de belaste opbrengsten. De hoofdregel is dat winsten en verliezen pas in aanmerking worden genomen als deze zijn gerealiseerd.<sup>164</sup>

De kern van de CCCTB-richtlijn is het consolidatie-element. Artikel 7, eerste lid, CCCTB-richtlijn bepaalt dat de belastinggrondslagen van de groepsmaatschappijen worden geconsolideerd. Uit artikel 3, drieëntwintigste lid, CCCTB-richtlijn blijkt dat volledig wordt geconsolideerd. Dit heeft tot gevolg dat de geconsolideerde belastinggrondslag bestaat uit de som van de belastinggrondslagen van alle groepsmaatschappijen. Indien de moedermaatschappij meer dan 50% zeggenschap heeft, meer dan 75% van het volledige kapitaal bezit of de volledige winstrechten heeft in de dochtermaatschappij, maakt de belastinggrondslag van de dochtermaatschappij voor 100% deel uit van de geconsolideerde belastinggrondslag.<sup>165</sup> Indien een multinationale groep buiten de Europese Unie entiteiten heeft, kunnen deze per definitie niet in de CCCTB-groep worden opgenomen. Naast de entiteiten, moeten ook alle vaste inrichtingen van de groep die binnen de Europese Unie zijn gevestigd worden opgenomen in de consolidatie.<sup>166</sup> Voor de vaste inrichtingen maakt het niet uit of deze onderdeel zijn van een entiteit die binnen of buiten de Europese Unie is gevestigd.<sup>167</sup> Er is niet gekozen voor proportionele consolidatie waarbij de belastinggrondslag van een groepsmaatschappij gedeeltelijk in de consolidatie wordt betrokken, bijvoorbeeld aan de hand van het deelnemingspercentage. Entiteiten die hun faillissement hebben aangevraagd of waarvan vast staat dat ze worden geliquideerd mogen niet aan de groep worden toegevoegd.<sup>168</sup>

Artikel 9, eerste lid, CCCTB-richtlijn bepaalt dat voor de berekening van de geconsolideerde belastinggrondslag winsten en verliezen die voortkomen uit gecontroleerde transacties niet mee worden genomen. Lid twee en drie van dit artikel bepalen dat deze gecontroleerde transacties moeten worden gedocumenteerd tegen kostprijs of fiscale boekwaarde. Hierdoor kunnen alle overbrengingen en verkopen binnen een groep worden geïdentificeerd.

Een essentieel onderdeel van consolidatie op Europees niveau is de toewijzing van de geconsolideerde winst aan de lidstaten waar de leden van de groep zijn gevestigd. De toewijzing van de winst wordt

---

<sup>161</sup> M. Vascega en S. van Thiel, *The CCCTB Proposal: The Next Step towards Corporate Tax Harmonization in the European Union?*, IBFD 2011, p. 374-382.

<sup>162</sup> Plenaire vergadering betreffende Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), A8-0051/2018, p. 42.

<sup>163</sup> Zie artikel 7, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>164</sup> Zie artikel 6, eerste lid, CCTB-richtlijn.

<sup>165</sup> Zie artikel 5, tweede lid, en artikel 7, CCCTB-richtlijn.

<sup>166</sup> Zie artikel 6, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>167</sup> Zie artikel 6, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>168</sup> Zie artikel 6, derde lid, CCCTB-richtlijn.



gedaan aan de hand van een verdeelsleutel die gebruik maakt van drie factoren: omzet, arbeid en vaste materiële activa.<sup>169</sup> Voor de uiteindelijke toewijzing wordt gekeken naar:

- de gegeneerde omzet ten opzichte van de totale omzet van de groep;
- de gebruikte arbeid ten opzichte van de totale verrichte arbeid van de groep;
- de vaste materiële activa ten opzichte van de totale vaste materiële activa van de groep.

Elke factor weegt in de huidige CCCTB-richtlijn even zwaar.<sup>170</sup> Als de belastingplichtigen of de belastingdienst van een lidstaat van mening is dat de verdeling aan de hand van de standaardformule geen juiste weergave van de werkelijkheid geeft, kan in uitzonderlijke situaties worden afgeweken van de formule.<sup>171</sup> Elke relevante lidstaat dient echter in te stemmen met een aanpassing van de verdeling.

Indien een multinationale groep handelt met gelieerde entiteiten buiten de Europese Unie, mogen deze transacties niet afwijken van transacties die ontstaan tussen niet-gelieerde ondernemingen.<sup>172</sup> Hieruit volgt dat deze verrekenprijzen moeten worden overeengekomen met inachtneming van het arm's length-beginsel. Twee ondernemingen worden voor de CCCTB-richtlijn als gelieerd beschouwd indien een persoon direct of indirect deelneemt in het kapitaal, in het management ofwel controle over de bedrijfsvoering van een ander persoon kan uitoefenen.<sup>173</sup> Aangezien alleen de in de Europese Unie gevestigde entiteiten in aanmerking komen voor consolidatie, zullen 100% dochterondernemingen in landen buiten de Europese Unie evenmin in de consolidering worden opgenomen en derhalve gebruik moeten maken van het arm's length-beginsel.

Om uitholling van de heffingsgrondslag te voorkomen bevat de CCCTB-richtlijn antimisbruikbepalingen. Het gaat om een algemene antimisbruikbepaling en drie specifieke bepalingen, te weten:

- een rente-af trekbeperking (artikel 81, CCCTB-richtlijn);
- een 'switch-over'-maatregel die de deelnemingsvrijstelling uitsluit (artikel 73, CCCTB-richtlijn);
- een 'doorkijkbepaling' in de vorm van de CFC-regeling<sup>174</sup> (artikel 82, CCCTB-richtlijn).

Ter illustratie een voorbeeld: een Europese groep doet onder de CCCTB-richtlijn aangifte bij slechts één belastingdienst. Normaal gesproken is dat de belastingdienst van de lidstaat waar de moedermaatschappij gevestigd is. Als de Europese winst is vastgesteld wordt deze volgens een bepaalde formule toegewezen aan de groepsmaatschappijen. Uiteindelijk mogen de lidstaten tegen hun nationale tarief heffen over de winsten die worden toegewezen aan de in hun land gevestigde leden van de groep. De CCCTB-richtlijn zorgt dus alleen voor grondslagharmenisatie en niet voor tariefharmenisatie. Het gehanteerde tarief van een lidstaat mag zelfs afwijken van het tarief dat zij hanteert voor vennootschappen die niet opteren voor de CCCTB-richtlijn, en dus onder hun normale vennootschapsbelastingwetgeving blijven vallen.<sup>175</sup>

### 3.3 Formulary apportionment binnen de CCCTB

#### 3.3.1 De toewijzingsformule

Zoals hierboven reeds is aangegeven, wordt, zodra de geconsolideerde heffingsgrondslag is berekend, deze verdeeld over de groepsleden aan de hand van een formule die uit drie even zwaarwegende

---

<sup>169</sup> Zie artikel 29, CCCTB-richtlijn.

<sup>170</sup> Zie artikel 28, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>171</sup> Zie artikel 29, CCCTB-richtlijn.

<sup>172</sup> Zie artikel 57, eerste lid, van de CCTB-richtlijn.

<sup>173</sup> Zie artikel 56, eerste lid, CCTB-richtlijn.

<sup>174</sup> CFC staat voor Controlled Foreign Company.

<sup>175</sup> Europese Commissie, Vragen en antwoorden over de CCCTB-richtlijn, MEMO/11/171, 16 maart 2011, p. 2.

factoren bestaat, zijnde omzet, arbeid en activa. Delen van de geconsolideerde winst worden niet rechtstreeks aan de lidstaten toegerekend, maar aan de individuele groepsleden, zoals de in de Europese Unie gevestigde bedrijven en vaste inrichtingen. Vervolgens zijn de lidstaten vrij hun eigen belastingtarief te hanteren voor het gedeelte van de geconsolideerde belastinggrondslag dat aan de groepsleden in hun staat is toegewezen. Volgens de Europese Commissie vertegenwoordigen de drie opgenomen factoren, de belangrijkste waarde genererende factoren voor bedrijven. Het gebruik van de arbeids- en activa-factor houdt rekening met de vraagzijde van het genereren van het geconsolideerde inkomen van de groep, terwijl de omzet factor de aanbodzijde vertegenwoordigt.<sup>176</sup> De Europese Commissie is van mening dat deze factoren, door gelijke wegingen, ervoor zorgen dat de winsten worden toegewezen aan de staten waar de waarde wordt gecreëerd.<sup>177</sup> De Europese Commissie betoogt dat een formule gebaseerd op drie gelijkwegende factoren betrouwbaarder is dan bijvoorbeeld verschillende gewichten, of twee factoren.<sup>178</sup> De formule ziet er als volgt uit:<sup>179</sup>

$$\left( \frac{1}{3} \frac{\text{Omzet } X}{\text{Groepsomzet}} + \frac{1}{3} \left( \frac{1}{2} \frac{\text{Loonkosten } X}{\text{Loonkosten groep}} + \frac{1}{2} \frac{\# \text{Werknemers } X}{\# \text{Werknemers groep}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Activa } X}{\text{Groepsactiva}} \right) * \text{CCCTB}$$

Deze uniforme formule is in principe van toepassing op alle economische sectoren, met uitzondering van de financiële sector, de oliewinning- en productiesector, en de internationale vervoerssector. De Europese Commissie heeft een gewijzigde formule voor deze sectoren opgesteld.<sup>180</sup> De Europese Commissie geeft toe dat de uitkomst van de formule kan leiden tot duidelijk oneerlijke situaties, maar stelt ook dat dit slechts in specifieke gevallen gebeurt.<sup>181</sup> Om dergelijke situaties te beperken is er een, al eerdergenoemde, vrijwaringsclausule opgenomen.<sup>182</sup> Deze geeft de belastingplichtigen en de belastingdiensten een mogelijkheid tot verzoek voor een aangepaste formule. Aangezien alle betrokken lidstaten het unaniem eens moeten worden, kan in twijfel worden getrokken of lidstaten hier daadwerkelijk gebruik van gaan maken. De CCCTB-richtlijn geeft belastingdiensten de mogelijkheid bezwaar te maken bij de belastingdienst van het hoofdkantoor. Elke belastingdienst kan bezwaar maken tegen de toewijzing van de winsten. Een mechanisme voor een groepsbezwaar wordt niet gegeven.

### 3.3.2 Factor omzet

De factor omzet is de meest controversiële factor, omdat het inkomen niet wordt toegewezen aan de bron.<sup>183</sup> De toewijzing van heffingsrecht aan de markt waar de goederen/diensten worden verkocht is in lijn met de groeiende kritiek op de toewijzing aan de bron van het inkomen. De huidige internationale winstverdeling zou tot een oneerlijk resultaat kunnen leiden,<sup>184</sup> omdat toewijzing aan de bron gevoelig is voor manipulatie.<sup>185</sup> In de CCCTB-richtlijn wordt een deel van de winst toegewezen aan de lidstaat waar de goederen/diensten naar toe worden verscheept/uitgevoerd. Voor goederen is dit de eindbestemming van het vervoer of van de verzending.<sup>186</sup> De bestemming van de verrichte diensten is de plaats waar de diensten fysiek worden uitgevoerd of daadwerkelijk worden geleverd.<sup>187</sup> Indien er

<sup>176</sup> Europese Commissie, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 november 2007, par. 11.

<sup>177</sup> Zie 'Explanatory memorandum', CCCTB-richtlijn, par. 1.

<sup>178</sup> Europese Commissie, Proposal for a CCCTB, Apportionment of the consolidated tax base (Working Party on Tax Questions – Direct Taxation), 28 september 2012, p. 3.

<sup>179</sup> Zie artikel 28, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>180</sup> Zie artikelen 40, 41, 42, en 43, CCCTB-richtlijn.

<sup>181</sup> Europese Commissie, Proposal for a CCCTB, Apportionment of the consolidated tax base (Working Party on Tax Questions – Direct Taxation), 28 september 2012, p. 3.

<sup>182</sup> Zie artikel 29, CCCTB-richtlijn.

<sup>183</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 480.

<sup>184</sup> M.F. de Wilde, 'Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down', Intertax 2015, p. 796-803.

<sup>185</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 480.

<sup>186</sup> Zie artikel 37, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>187</sup> Zie artikel 38, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

geen lid van de groep gevestigd is in de lidstaat van bestemming, wordt de spread throwback regel toegepast.<sup>188</sup> Deze regel houdt in dat de betreffende omzet wordt verdeeld over de andere groepsleden, in verhouding tot hun factoren arbeid en activa. Indien in de lidstaat van bestemming twee of meer leden van een groep actief zijn, is een soortgelijke spread throwback regel van toepassing. Echter, de omzet zal dan worden verdeeld over de leden van de groep in die lidstaat. Bij de factor omzet wordt gekeken naar de opbrengst van alle leveringen van goederen en/of diensten.<sup>189</sup> De CCCTB-richtlijn kent echter één uitzondering op de toewijzing aan het bestemmingsland. Normaal gesproken worden vrijgestelde omzet, rente, dividend, royalty, en opbrengsten uit de verkoop van vaste activa niet opgenomen in de factor omzet.<sup>190</sup> Dit verandert als deze onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering van een groepslid. In dat geval wil de Europese Commissie deze opbrengsten opnemen in de factor omzet van het groepslid dat als begunstigde in aanmerking komt.<sup>191</sup>

### 3.3.3 Factor arbeid

De factor arbeid is in de formule opgedeeld in twee gelijk wegende factoren. Er wordt gekeken naar zowel de loonkosten als het voltijds equivalent van het aantal werknemers.<sup>192</sup> Op deze manier wordt zowel rekening gehouden met de lidstaten waar het over het algemeen goed betaalde management is gevestigd, als met de lidstaten waar bijvoorbeeld veel industriële bedrijven gebruik maken van een grote hoeveelheid goedkope arbeidskrachten. Voor de definitie van een werknemer wordt het nationale recht van de relevante lidstaten gebruikt.<sup>193</sup> Deze definitie wordt wederzijds erkend door de betrokken lidstaten. De loonkosten bestaan uit alle salarissen, lonen, bonussen en alle andere vergoedingen betaald aan werknemers.<sup>194</sup> De hoofdregel is dat werknemers toegewezen moeten worden aan de arbeidsfactor van het groepslid dat hun kosten op zich neemt.<sup>195</sup> Om misbruik te voorkomen zijn twee uitzonderingen op de hoofdregel opgenomen.<sup>196</sup> Ten eerste, wordt 'outsourcing' binnen de groep tegengegaan doordat, onder bepaalde voorwaarden, werknemers niet worden toegewezen aan de groepsmaatschappij die de loonkosten betaalt, maar aan de groepsmaatschappij waarvoor de arbeid wordt verricht.<sup>197</sup> Het bedrijf waarvoor de arbeid wordt verricht, is de economische werkgever en heeft de controle en verantwoordelijkheid over de werknemers. Ten tweede worden, om outsourcing buiten de groep te bestrijden, personen als werknemer opgenomen indien zij soortgelijke taken verrichten als werknemers van een groepsmaatschappij.<sup>198</sup>

### 3.3.4 Factor activa

De factor activa bestaat uit de gemiddelde waarde van alle vaste materiële activa die eigendom zijn van, of gehuurd of geleased worden door een groepslid.<sup>199</sup> Grond en andere activa waar niet op afgeschreven kan worden, worden gewaardeerd tegen de oorspronkelijke kostprijs.<sup>200</sup> Vaste materiële activa waar individueel op afgeschreven kan worden, worden gewaardeerd tegen de gemiddelde

---

<sup>188</sup> Zie artikel 38, vierde lid, CCCTB-richtlijn en Europese Commissie, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 november 2007, par. 59.

<sup>189</sup> Zie artikel 37, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>190</sup> Zie artikel 37, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>191</sup> Zie artikel 38, derde lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>192</sup> Zie artikel 32, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>193</sup> Zie artikel 33, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>194</sup> Zie artikel 33, vierde lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>195</sup> Zie artikel 33, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>196</sup> Europese Commissie, Proposal for a CCCTB, Apportionment of the consolidated tax base (Working Party on Tax Questions – Direct Taxation), 28 september 2012, p. 4.

<sup>197</sup> Zie artikel 33, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>198</sup> Zie artikel 33, derde lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>199</sup> Zie artikel 34, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>200</sup> Zie artikel 36, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

waarde aan het begin en aan het einde van het fiscale jaar. Samengesmolten vaste materiële activa worden gewaardeerd tegen het gemiddelde van de waarde aan het begin en aan het einde van het fiscale jaar. Opvallend is de afwezigheid van zowel voorraden en financiële activa als van immateriële activa. Zowel zelf ontwikkelde, als gekochte immateriële activa worden niet opgenomen in de formule. De Europese Commissie wil zowel voorraden, financiële activa, als immateriële activa uitsluiten van de factor activa vanwege hun mobiliteit en het daarbij aanwezige risico van het manipuleren van de formule.<sup>201</sup> Bovendien is de Europese Commissie van mening dat immateriële activa zeer moeilijk zijn toe te wijzen en te waarderen. Naar verluidt staat de Europese Commissie niet langer de opnemings van immateriële activa in de formule tegen, op voorwaarde dat een oplossing wordt gevonden voor locatie- en waarderingsvraagstukken.<sup>202</sup> Activa moeten in beginsel worden opgenomen in de factor van haar economische eigenaar.<sup>203</sup> Bij de factor activa geldt een gelijklopende uitzondering als bij de factor arbeid. Indien activa binnen de groep worden verhuurd of geleased, worden deze onder bepaalde voorwaarden toegewezen aan het groepslid dat er effectief gebruik van maakt.<sup>204</sup> Om manipulatie bij verkoop aan derden tegen te gaan, wordt, wanneer een activum binnen de groep is overgedragen en binnen twee jaar aan een derde door wordt verkocht, voor die periode toegerekend aan oorspronkelijke verkoper in de groep.<sup>205</sup> Deze uitzondering geldt niet als de belastingplichtige kan aantonen dat sprake was van zakelijke redenen voor de overdracht binnen de groep voorafgaand aan de verkoop aan een derde.

### 3.4 Kritiek op de formulary apportionment methode

Net zoals in hoofdstuk 2, bij de behandeling van de kritiek op het arm's length-beginsel, wordt de kritiek op de formulary apportionment methode opgedeeld in twee onderdelen; conceptueel en praktisch. Maar voordat de conceptuele en praktische problemen van de toepassing van de formulary apportionment methode worden behandeld, wordt eerst gekeken naar de problemen die ontstaan bij de invoering van de CCCTB-richtlijn.

Omdat in de Europese Unie het unanimitetsvereiste geldt voor de invoering van fiscale wetgeving, moeten alle 28 Europese lidstaten het eens zijn over de inhoud van de CCTB- en CCCTB-richtlijnen.<sup>206</sup> Ondanks dat alle lidstaten van de Europese Unie onderdeel uitmaken van de gemeenschappelijke interne markt zijn er grote verschillen tussen economieën van deze landen. Een vaak genoemde zorg is de toename van administratieve lasten die belastingdiensten zullen ondervinden als zij meerdere belastingstelsels moeten handhaven (namelijk een lokaal vennootschapsbelasting stelsel, het CCTB- en het CCCTB-systeem). Verder hebben de nationale parlementen van Duitsland, Finland, Portugal en Slowakije erg kritische adviezen uitgebracht. De Duitse Bundesrat staat sceptisch tegenover het initiatief als geheel vanwege het gebrek aan harmonisatie van de belastingtarieven en omdat de toewijzingsformule wordt gezien als oneerlijk. Volgens de Bundesrat, worden ver ontwikkelde staten (Hochtechnologiestaten) financieel benadeeld omdat immateriële activa niet meewegen in de toewijzingsformule.<sup>207</sup> Al in 2011 is gelijklopende kritiek door kleinere lidstaten met ver ontwikkelde economieën, zoals Nederland en België, gehoord. Ten aanzien van het huidige voorstel hebben Denemarken, Ierland, Luxemburg, Malta, Nederland en Zweden meerdere bezwaren ingediend.<sup>208</sup> De

---

<sup>201</sup> Europese Commissie, Proposal for a CCCTB, Apportionment of the consolidated tax base (Working Party on Tax Questions – Direct Taxation), 28 september 2012, p. 5.

<sup>202</sup> J.L. van de Streek, 'De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wel een schot in de roos?', WFR 2017/7184, par. 4.2.

<sup>203</sup> Zie artikel 3, twintigste lid, en artikel 35, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>204</sup> Zie artikel 35, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>205</sup> Zie artikel 36, vijfde lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>206</sup> Zie artikel 115, VwEU.

<sup>207</sup> Besluit van de Bundesrates, no. 640/16, 16 december 2016, par. 6.

<sup>208</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 437.

nationale parlementen van Frankrijk, Oostenrijk en de Tsjechische Republiek zien er wel toekomst in.<sup>209</sup> Van unanimitieit lijkt op het moment dus nog geen sprake.

Een oplossing voor het gebrek aan unanimitieit kan het meersnelhedenregime van artikel 20, VwEU zijn. Hierin wordt bepaald dat indien er minstens negen lidstaten zijn die voorstander zijn van bepaalde wetgeving, zij met elkaar als kopgroep deze wetgeving kunnen invoeren. De wetgeving geldt dan alleen voor de lidstaten die onderdeel zijn van het meersnelhedenregime. Andere lidstaten kunnen dan later kiezen om deze wetgeving toch van toepassing te laten worden. Hoe minder landen de CCCTB-richtlijn invoeren hoe kleiner de reikwijdte wordt. Wat de gevolgen hiervan zijn wordt behandeld in 3.4.2.

### 3.4.1 Conceptuele problemen van formulary apportionment

De problematiek rondom het arm's length-beginsel en efficiëntie zal hier worden behandeld.

#### Arm's length-beginsel

De Europese Commissie stelt dat door de invoering van de CCCTB-richtlijn zowel de nalevingskosten, als de mogelijkheden tot belastingontwijking voor bedrijven af zullen nemen. Het tegendeel kan waar zijn, en wat betreft de mogelijkheden voor belastingontwijking zou de CCCTB-richtlijn het nog erger kunnen maken. Het is onmogelijk om een grens te trekken tussen entiteiten die wel, en die niet in aanmerking komen voor de consolidatie van de groep, omdat het anders onduidelijk zou zijn op wie de CCCTB-richtlijn van toepassing zou zijn. In het geval van de CCCTB-richtlijn geldt er een dubbele drempel voor de consolidatie van entiteiten. Indien de groep in een dochteronderneming meer dan 50% van de stemrechten houdt, en meer dan 75% van het juridische en/of economische eigendom houdt, dan wordt de dochterentiteit opgenomen in de consolidatie. Indien deze drempels niet worden behaald, kan niet meteen worden uitgesloten dat de twee gelieerde entiteiten niet in staat zijn hun verrekenprijzen te manipuleren. Om dit op te lossen is in artikel 57, eerste lid, CCTB-richtlijn opgenomen dat verrekenprijzen tussen gelieerde ondernemingen moeten worden aangepast indien zij niet in lijn zijn met overeenkomsten die worden gesloten tussen niet-gelieerde ondernemingen. Hieruit volgt dat deze verrekenprijzen moeten worden aangepast aan de hand van het arm's length-beginsel. De toepassing van het arm's length-beginsel op transacties met derde landen vormt een groter probleem. De bedrijven die onder de CCCTB-richtlijn vallen zullen over het algemeen niet alleen binnen de Europese Unie zijn gevestigd. Indien de bedrijfsvoering van een groep niet binnen het afgesloten systeem van de Europese Unie gebeurt, moeten de gecontroleerde transacties met buitenlandse gelieerde entiteiten mee worden genomen in de bepaling van de winst. De vergoedingen van deze gecontroleerde transacties worden dan getoetst aan het arm's length-beginsel en bepalen de uiteindelijke hoogte van de geconsolideerde winst voor de CCCTB-richtlijn. Het gelijktijdig moeten toepassen van het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn zorgt voor een moeilijk uitvoerbaar zwaar ten koste van de zekerheid en uitvoerbaarheid van de CCCTB-richtlijn.

#### Nalevingskosten

De behoefte aan effectievere antimisbruikbepalingen hangt sterk samen met de problematiek van de nalevingskosten. De Europese Commissie suggereert dat invoering van de CCCTB-richtlijn zou leiden tot een vermindering van de mogelijkheden tot belastingontwijking en tot een vermindering van de nalevingskosten voor bedrijven, omdat het arm's length-beginsel niet meer nageleefd hoeft te worden.<sup>210</sup> Echter, zoals eerder behandeld, blijft het arm's length-beginsel bestaan naast de CCCTB-richtlijn. Dit heeft tot gevolg dat belastingontwijking aan de hand van verrekenprijzen een even groot of nog groter probleem wordt als de CCCTB-richtlijn wordt aangenomen,<sup>211</sup> met als gevolg dat transfer

<sup>209</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 437.

<sup>210</sup> Europese Commissie, *Accompanying document to the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, SEC (2011) 316, p. 32-33.

<sup>211</sup> W. Schön, *Group Taxation and the CCCTB*, *Tax Notes International* 2007, p. 1077.

pricing documentatie zal blijven bestaan. De beloofde vermindering van tijd en kosten wordt beperkt door het feit dat veel belastingplichtigen nu twee systemen naast elkaar moeten toepassen voor de toewijzing van de winsten.

Bovendien zal de handhaving van de nieuwe bepalingen ter voorkoming van belastingontwijking in het kader van de CCCTB-richtlijn noodzakelijk zijn, wat zal leiden tot extra nalevingskosten. De handhaving van de voorgestelde antimisbruikbepalingen zal niet eenvoudig zijn. Lidstaten worden verplicht om alle binnen een groep verplaatste activa van een groep te registreren, waarderen en monitoren. Dit vereist nauwe samenwerking tussen lidstaten, maar belastingdiensten zullen ook voor elke entiteit een aparte boekhouding moeten bijhouden.<sup>212</sup> Dit is lastig en kostbaar, maar zorgt er vooral voor dat er nauwelijks een verandering ontstaat ten opzichte van de situatie onder het arm's length-beginsel.<sup>213</sup>

### Efficiëntie

Het onderliggende doel van de formulary apportionment methode is om de bijdrage van alle leden van een groep aan de geconsolideerde winst in te schatten en de geconsolideerde winst te verdelen aan de hand van die geschatte bijdragen.<sup>214</sup> De factoren die in de formule worden gebruikt vormen de basis voor de ruwe schatting van de bijdragen van de groepsentiteiten. Dit is een problematische aanname van de methode. Hiermee wordt verondersteld dat alle groepsentiteiten even productief zijn als het neerkomt op de opgenomen factoren, ongeacht in welke landen de factoren worden gebruikt.<sup>215</sup> Het verdelen van de winsten aan de hand van factoren heeft als gevolg dat organisatorische keuzes worden beïnvloed, met als gevolg dat entiteiten binnen een groep volledig anders ingedeeld zullen worden dan als zij niet-gelieerd zouden zijn. Als een eerder onafhankelijk bedrijf, onder toepassing van de CCCTB-richtlijn, wordt verworven door een multinationale onderneming, zal haar fiscale positie naar alle waarschijnlijkheid volledig anders zijn na de fusering. Dit komt doordat haar belastingpositie bij het toepassen van de formulary apportionment methode in veel grotere mate afhangt van welke multinationale onderneming het bedrijf het heeft verworven, aangezien de structuur van de groep als geheel doorslaggevend is voor de uitkomst van de verdeling van de winsten voor elk individueel groepslid.<sup>216</sup>

Tenslotte zal de CCCTB-richtlijn naar alle waarschijnlijkheid de versturende gevolgen van belastingconcurrentie in de interne markt niet verminderen. Aangezien een uniforme belastinggrondslag de transparantie vergroot, is het aannemelijk dat concurrentie op het gebied van het belastingtarief wordt vergroot.<sup>217</sup> Dit komt doordat bedrijven onder de CCCTB-richtlijn nog slechts op basis van tarieven belastingvoordelen kunnen behalen; kennis van de nationale wetgevingen is dus niet meer nodig. Hierop aansluitend moet rekening worden gehouden met de gevolgen die belastingconcurrentie met zich meebrengen.

Multinationale groepen zullen hun bedrijfsvoering zo efficiënt mogelijk laten lopen. Dit bereiken zij door delen van hun productieproces op te splitsen. De keuze voor waar delen van het productieproces zich plaats vinden hangt bijvoorbeeld af van de kosten van arbeid en/of materialen, productiviteit,

---

<sup>212</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 15.

<sup>213</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 15.

<sup>214</sup> A. Agúndez-García, *The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review of Issues and Options*, Brussel: European Commission 2006, p. 44.

<sup>215</sup> C.E. McLure en J.M. Weiner, *Deciding whether the European Union should adopt formula apportionment of company income*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 243-258.

<sup>216</sup> C. Fuest, *The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 12.

<sup>217</sup> S. Mayer, *Formulary Apportionment for the Internal Market*, Amsterdam: IBFD 2009, p. 265.

regelgeving en de bereikbaarheid.<sup>218</sup> Indien de keuze van bedrijven niet meer alleen bestaat uit de locatie van personeel en activa gaat dit ten koste van de efficiëntie van het bedrijf. Zo zullen verschillende belastingtarieven binnen de Europese Unie tot gevolg hebben dat bedrijven andere economische beslissingen nemen, en dat deze beïnvloeding welvaartsverlies tot gevolg heeft.<sup>219</sup> Om het effect van deze belastingontwijking te beoordelen, moet worden bepaald of het door de belastingconcurrentie veroorzaakte welvaartsverlies opweegt tegen de ontstane voordelen.

### 3.4.2 Praktische problemen van formulary apportionment

Naast de conceptuele problemen, zijn er ook nog praktische problemen. Gekeken zal worden naar gekozen toewijzingsfactoren.

#### Kapitaalbelasting

De drie factoren uit de toewijzingsformule: arbeid, activa en omzet zijn bedoeld om rekening te houden met zowel de aanbod- als de vraagzijde van de creatie van de winsten.<sup>220</sup> De verdeling van de winsten aan de hand van een formule voor vennootschapsdoeleinden komt neer op een indirecte belasting op de factoren die in de formule worden gebruikt.<sup>221</sup> Dit betekent in feite dat als de CCCTB-richtlijn wordt ingevoerd, de vennootschapsbelasting, die traditioneel wordt beschouwd als een belasting op kapitaal,<sup>222</sup> vanuit economisch oogpunt zou veranderen in een belasting op arbeid, materiële activa (kapitaal) en omzet.<sup>223</sup> Hoewel de belastingdruk bij een traditionele vennootschapsbelasting voor een substantieel deel niet ten laste komt van de aandeelhouders, maar van de werknemers en consumenten,<sup>224</sup> is het niet onaannemelijk dat door het gebruik van de CCCTB-formule de belastingdruk nog verder verschuift naar werknemers en consumenten.<sup>225</sup> Het lijkt moeilijk te pleiten voor nog een belasting op arbeid en verkoop binnen de Europese Unie, omdat deze factoren al zwaar worden belast (e.g. loon/inkomstenbelasting en omzetbelasting).<sup>226</sup> Als men nog steeds veronderstelt dat een vennootschapsbelasting als een belasting op kapitaal moet worden gezien, zouden de factoren loonkosten en omzet volledig uit de formule moeten worden gehaald, en zou een formule die zich volledig baseert op activa volstaan.<sup>227</sup>

#### Activa

Tegelijkertijd is de factor activa veruit het meest problematische element in de CCCTB-formule. Idealiter, zijn factoren die de toewijzing van winsten bepalen makkelijk te observeren, moeilijk te manipuleren en geven deze goed weer waar het inkomen is gegenereerd.<sup>228</sup> Dit zijn voor een groot deel tegenstrijdige doelstellingen. Met betrekking tot de factor activa, lijkt een compromis tussen deze doelstellingen moeilijk en misschien zelfs onmogelijk te zijn. Door alleen vaste materiële activa op te nemen tegen boekwaarde<sup>229</sup> in de formule, wordt de factor activa binnen de CCCTB-richtlijn makkelijk toepasbaar en blijft weinig ruimte voor manipulatie van de factor. Deze twee voordelen van het huidige

<sup>218</sup> G. Nicodème, *Corporate Income Tax and Economic Distortions*, CESifo Working Paper Series, No. 2477, 2008, p. 11.

<sup>219</sup> J.M. Weiner, *The European Union and Formula Apportionment: Caveat Emptor*, Amsterdam: IBFD 2001, p. 380.

<sup>220</sup> CCCTB Working Group, *CCCTB: possible elements of the sharing mechanism*, 13.11.2007, par. 11.

<sup>221</sup> C.E. McLure, *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves' Clothing*, Washington D.C.: Brookings 1980, p. 327-329.

<sup>222</sup> A.C. Harberger, 'The Incidence of the Corporation Income Tax', *The Journal of Political Economy* 1962, p. 215.

<sup>223</sup> J.M. Weiner, *Company Tax Reform in the European Union – Guidance from the United States and Canada on Implementing Formulary Apportionment in the EU*, New York: Springer 2006, p. 89.

<sup>224</sup> N. Dwenger, P. Rattenhuber en V. Steiner, *Sharing the burden: Empirical evidence on corporate tax incidence*, München: Max Planck Institute 2011, p. 2-4.

<sup>225</sup> A. Agúndez-García, *The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review of Issues and Options*, Brussel: European Commission 2006, par. IV.2.2.1.

<sup>226</sup> W. Schön, *Group Taxation and the CCCTB*, *Tax Notes International* 2007, p. 1063-1079.

<sup>227</sup> Europese Commissie, *The mechanism for sharing the CCCTB*, 17 november 2006, par. 37.

<sup>228</sup> Europese Commissie, *The mechanism for sharing the CCCTB*, 17 november 2006, par. 20.

<sup>229</sup> De boekwaarde is gelijk aan de aanschafwaarde minus de afschrijvingen.

voorstel gaan niet zonder consequenties. Zo is de factor activa bedoeld als factor die laat zien waar het inkomen is gegenereerd. Om dit te bewerkstelligen zou deze factor niet alleen moeten bestaan uit de materiële vaste activa, maar ook uit de vlottende en immateriële activa.<sup>230</sup> Daarnaast zou de factor activa moeten worden gewaardeerd op marktwaarde. Dit is geen controversiële gedachte,<sup>231</sup> maar wel onmogelijk te bereiken zonder dat wordt toegegeven op potentiële voordelen, zoals minder administratiekosten en mogelijkheden tot belastingontwijkend gedrag voor bedrijven. Om marktwaarden voor de formule te gebruiken, zullen elk jaar alle aanwezige activa moeten worden gewaardeerd. Dit leidt ofwel tot een onaanvaardbare administratieve last voor bedrijven, of als het aan de hand van schattingen zou worden gedaan, tot een onnauwkeurig resultaat.<sup>232</sup> Gebruik van de fiscale waarden van de activa vormt ook geen acceptabele oplossing, omdat deze waarden, in ieder geval op de lange termijn, geen betrouwbare benadering van de marktwaarde bieden.

Ook problematisch is het niet opnemen van immateriële activa in de factor activa. In de huidige economie spelen immateriële activa een steeds belangrijker rol bij het genereren van inkomsten.<sup>233</sup> Door dit belangrijke, waarde toevoegende onderdeel te negeren, krijg je arbitraire resultaten.<sup>234</sup> De Europese Commissie stelt echter dat de immateriële activa (indirect) in de formule worden meegenomen doordat deze worden weerspiegeld in, bijvoorbeeld, de salarissen van onderzoekers en vaste materiële activa die worden gebruikt bij dergelijk onderzoek.<sup>235</sup> Dit is echter niet erg overtuigend, aangezien er geen correlatie te vinden is tussen de uiteindelijke waarden van immateriële activa enerzijds, en de salarissen van het onderzoekend personeel alsmede de waarden van de gebruikte activa voor het genereren van de immateriële activa anderzijds.<sup>236</sup> Daarnaast ziet dit argument van de Europese Commissie alleen toe op immateriële activa die door de groep zelf zijn ontwikkeld. Het opnemen van immateriële activa in de factor activa is echter ongewenst voor de uitvoerbaarheid van de richtlijn. Hoewel het mogelijk zou zijn om immateriële activa die van derden zijn verkregen op te nemen in de factor activa tegen de historische kostprijs, zou voor de zelf ontwikkelde immateriële activa elk jaar een nieuwe waardering nodig zijn. De jaarlijkse waardering van de zelf ontwikkelde immateriële activa zal hoge kosten met zich meebrengen voor de belastingplichtigen<sup>237</sup> en een mogelijk onnauwkeurige uitkomst geven.<sup>238</sup> Om vervolgens zelf ontwikkelde immateriële activa uit te sluiten van de factor door de hoge nalevingskosten en onzekerheid, maar wel de van derden verworven immateriële activa op te nemen voor de toewijzing, zou tot een arbitrair resultaat leiden.<sup>239</sup> Een ander punt dat de Europese Commissie ertoe heeft gezet om immateriële activa, samen met financiële activa, niet op te nemen in de factor activa is de mobiliteit van dergelijke activa. Immateriële, vlottende en financiële activa zouden vatbaar zijn voor manipulatie omdat ze gemakkelijk binnen een groep verplaatst kunnen worden, om zo een groter deel van de geconsolideerde winst toe te wijzen aan een specifiek land.<sup>240</sup> Samenvattend lijkt de factor activa tot een arbitrair resultaat te leiden. Dit nadeel kan niet worden opgelost zonder de CCCTB-richtlijn volstrekt onaanvaardbaar te maken in termen van nalevingskosten en mogelijkheden tot belastingontwijking.<sup>241</sup>

---

<sup>230</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 133.

<sup>231</sup> Europese Commissie, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 november 2007, par. 36.

<sup>232</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 133.

<sup>233</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 133.

<sup>234</sup> M. Temme, E. Sporken en R. Okten, 'Why Reinvent the Wheel in the European Union? The Common Consolidated Corporate Tax Base Proposal', Amsterdam: IBFD 2011, p. 323-325.

<sup>235</sup> Europese Commissie, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 november 2007, par. 34.

<sup>236</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 133.

<sup>237</sup> M. Temme, E. Sporken en R. Okten, 'Why Reinvent the Wheel in the European Union? The Common Consolidated Corporate Tax Base Proposal', Amsterdam: IBFD 2011, p. 329.

<sup>238</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 133.

<sup>239</sup> CCCTB Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13.11.2007, par. 33.

<sup>240</sup> CCCTB Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13.11.2007, par. 31-32.

<sup>241</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012, p. 134.



## Belastingontwijking

De Europese Commissie wil de mogelijkheden tot belastingconcurrentie beperken door te kiezen voor factoren die zo immobiel mogelijk zijn.<sup>242</sup> De Europese Commissie benadrukt dan ook dat door de factor omzet op te nemen in de formule minder mogelijkheden tot belastingontwijking binnen de Europese Unie zullen bestaan<sup>243</sup>, terwijl de factoren loonkosten en activa daar nog wel mogelijkheid toe bieden. Als belastingconcurrentie binnen de CCCTB-richtlijn in de praktijk mogelijk blijkt te zijn, zal dit ertoe leiden dat belastingplichtigen hun vaste materiële activa en hun personeel fysiek zullen verplaatsen naar Europese lidstaten met een (relatief) laag belastingtarief.<sup>244</sup> De versturende werking van de verplaatsing van vaste materiële activa of personeel zal mogelijk een grotere versturende werking kunnen hebben dan de belastingontwijkende acties die plaatsvinden binnen systemen die zijn gebaseerd op het arm's length-beginsel. Dit omdat een verplaatsing van een voor de CCCTB-richtlijn relevante factor een groot effect kan hebben op de bedrijfsvoering van een groep. Als bijvoorbeeld een fabriek naar een ander land wordt verplaatst, gaat de investering in de oude fabriek verloren, moet de apparatuur worden verkocht of verplaatst en moet er nieuw personeel worden gevonden voor de nieuwe fabriek. Een verschuiving van immateriële activa of van geldstromen zal op 'papier' plaatsvinden.<sup>245</sup>

Daarnaast zou het invoeren van consolidatie en formulary apportionment compleet nieuwe mogelijkheden bieden voor belastingontwijking.<sup>246</sup> Aangezien de toewijzing van de geconsolideerde winst wordt bepaald aan de hand van de CCCTB-formule, worden de factoren van deze formule automatisch de focus van de mogelijkheden tot belastingontwijking. Zo ontstaat er bijvoorbeeld een stimulans om activiteiten in landen met hogere belastingtarieven uit te besteden, omdat daardoor de bijbehorende activa en arbeidskrachten zouden worden geëlimineerd uit de activa en werknemers factor. Gezien het feit dat de toepassing van de factor omzet een dochteronderneming of vaste inrichting in het land van bestemming vereist, zou er een prikkel kunnen zijn om elke fysieke aanwezigheid in landen met een hoog belastingtarief op te geven en deze markten te bedienen via onafhankelijke distributeurs.<sup>247</sup> Betreffende de consolidatie is het zeer waarschijnlijk dat de belastingplichtigen misbruik zullen maken van het feit dat activa aan de ene kant belastingvrij kunnen worden overgedragen, dat wil zeggen dat binnen de CCCTB-groep activa zonder realisatie van de stille reserves kan worden overgedragen,<sup>248</sup> en dat aan de andere kant de winsten die voortvloeien uit de verkoop van aandelen in een dochteronderneming vrijgesteld van belasting zijn.<sup>249</sup> Bijvoorbeeld, een bedrijf is gevestigd in een land met een hoog belastingtarief en heeft waardevolle immateriële activa in bezit die hij wenst te verkopen aan een niet-gelieerd bedrijf. De verkopende partij heeft dan een sterke drijfveer om een dochteronderneming in een land met een laag belastingtarief op te richten, vervolgens de dochteronderneming toe te voegen aan de CCCTB-groep, het actief over te dragen aan de dochteronderneming en dan de dochteronderneming te verkopen in plaats van het actief. In plaats van een volledig belaste winst op de verkoop van de immateriële activa, zou deze transactie resulteren in een volledig vrijgestelde kapitaalwinst op de verkoop van aandelen. Indien de kopende partij de activa vervolgens naar een derde land overbrengt, wordt de vermogenswinst slechts belast tegen het lage belastingtarief van de lidstaat waar de dochteronderneming is gevestigd. Indien de overnemende

---

<sup>242</sup> CCCTB Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13.11.2007, par. 22-25.

<sup>243</sup> CCCTB Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13.11.2007, par. 66.

<sup>244</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income - An International Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14.

<sup>245</sup> C. Fuest, *The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Oxford: Oxford University 2008, p. 11.

<sup>246</sup> C. Fuest, *The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Oxford: Oxford University 2008, p. 13.

<sup>247</sup> CCCTB Working Group, Summary Record by the Chair of the Meeting of the CCCTB Working Group – held in Brussels on 10-11 December 2007, 4 March 2008, par. 50.

<sup>248</sup> Zie artikel 9, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>249</sup> Zie artikel 8, CCTB-richtlijn.

partij ook gevestigd is in de Europese Unie, kan zij een CCCTB-groep vormen met haar nieuw verkregen dochteronderneming en de activa belastingvrij overdragen naar een andere plaats binnen de CCCTB-groep. De antimisbruikbepalingen die op zo een constructie zien zijn te ontwijken door een periode van twee tot vijf jaar te wachten. Na de periode van twee tot vijf jaar behoort het activum tot de ontvangende dochteronderneming en zal de opbrengst niet meer worden toegerekend aan de oorspronkelijk verkopende partij.

Dit probleem wordt verergerd door het feit dat bij de overgang op de CCCTB-richtlijn, alle activa worden gewaardeerd volgens de nationale regelgeving.<sup>250</sup> Dit betekent dat niet alleen de stille reserves die onder de CCCTB-richtlijn zijn opgebouwd, kwetsbaar zijn voor belastingontwijking, maar ook de stille reserves die zijn opgebouwd voor het in werking treden van de CCCTB-richtlijn. Op dit moment worden stille reserves over het algemeen belast in de lidstaat waar zij zijn opgebouwd. Bij het toepassen van de CCCTB-richtlijn zullen de stille reserves die door een groep worden gerealiseerd, worden verdeeld over alle leden van de groep volgens de CCCTB-formule. Zo zou de invoering van de CCCTB-richtlijn mogelijk leiden tot een grootschalige herverdeling van heffingsrechten met betrekking tot bestaande stille reserves. Daarnaast beïnvloedt elke toetreding en uittreding van een entiteit tot/van een CCCTB-groep, of de mogelijke combinatie van de uittreding en simultane toetreding tot een andere groep tot een herverdeling van de heffingsrechten over de betrokken Europese lidstaten.

#### Antimisbruikbepaling

Tegen deze mogelijkheden tot belastingontwijking zijn in de CCCTB-richtlijn bepalingen opgenomen die deze vormen van manipulatie proberen te voorkomen en de heffingsrechten van de Europese lidstaten met betrekking tot stille reserves proberen te beschermen.<sup>251</sup> Volgens artikel 11, eerste lid, CCCTB-richtlijn wordt de winst die voorkomt uit de afstoting van bepaalde vaste activa toegewezen aan de groepsentiteit die oorspronkelijk de activa heeft gehouden indien de afstoting plaatsvindt binnen vijf jaar na de toetreding tot de groep. Indien er sprake is van zelf ontwikkelde immateriële vaste activa bepaalt artikel 34, tweede lid, CCCTB-richtlijn dat de kosten van de ontwikkeling van de immateriële activa binnen de zes jaar voorafgaand aan de toetreding tot de groep, gedurende vijf jaar in haar factor activa worden opgenomen. Belastingplichtigen moeten belasting betalen over de door hun verkochte activa, maar kunnen zelf bepalen waar zij dit doen zolang zij goed plannen waar hun activa is geplaatst en geduld hebben.

Artikel 24, eerste lid, CCCTB-richtlijn verbiedt de vrijstelling van de winsten van een vervreemding van aandelen, wanneer de entiteit die de CCCTB-groep verlaat in datzelfde of vorige belastingjaar een of meer vaste activa heeft verworven via een gecontroleerde transactie.<sup>252</sup> Om deze maatregel te ontlopen is slechts een kleine hoeveelheid, maximaal twee jaar, geduld nodig. Tot slot, als bepaalde activa binnen drie jaar nadat de activa tot de groep zijn gaan behoren, worden verkocht zonder deel te zijn van een aandelentransactie wordt de winst (of het verlies) opgenomen in het geconsolideerde resultaat van de groep.<sup>253</sup> Ook dit kan vrij gemakkelijk worden omzeild door drie jaar te wachten. Zelf ontwikkelde immateriële activa krijgen een speciale behandeling, de kosten die gepaard zijn gegaan met het ontwikkelen van de activa in de vijf jaar voorafgaand aan het uittreden van de groep worden toegevoegd aan het geconsolideerde resultaat van de groep, echter slechts tot de waarde van de activa.<sup>254</sup> De bepalingen die in de CCCTB-richtlijn zijn opgenomen met het doel belastingontwijking tegen te gaan en de heffingsrechten met betrekking tot stille reserves van lidstaten te beschermen,

---

<sup>250</sup> Zie artikel 43, CCCTB-richtlijn.

<sup>251</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14-15.

<sup>252</sup> De vrijstelling wordt niet geweigerd indien aangetoond kan worden dat er zakelijk wordt gehandeld.

<sup>253</sup> Zie artikel 19, CCCTB-richtlijn.

<sup>254</sup> Zie artikel 20, CCCTB-richtlijn.

geven de indruk dat ze niet in staat zijn deze doelen te bereiken.<sup>255</sup> Ook zullen steeds geavanceerdere manieren worden gevonden om belasting te ontwijken, wat betekent dat er beduidend betere antimisbruikbepalingen nodig zullen zijn.

### 3.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de uitwerking en problematiek rondom de formulary apportionment methode uit de CCCTB-richtlijn uiteengezet. Om tot een verdeling van de winsten te komen, moeten vooraleerst de leden van een multinationale groep duidelijk worden. Als duidelijk is welke entiteiten tot de groep behoren, worden al hun resultaten geconsolideerd. Wanneer de geconsolideerde winst berekend is, wordt deze aan de leden van de groep toegewezen aan de hand van een vooraf bepaalde formule. In het richtlijnvoorstel voor een CCCTB-richtlijn bestaat deze formule uit de factoren omzet, arbeid en activa.

Het gebruik van een formule voor de toewijzing van de winsten van een multinationale groep brengt problemen met zich mee. Zo wordt hierdoor automatisch verondersteld dat alle groepsentiteiten even productief zijn als het gaat om de opgenomen factoren, ongeacht in welk land de factoren worden gebruikt. Ook zorgt het gebruik van een dergelijke formule ervoor dat de organisatorische keuzes van groepen worden beïnvloed, waardoor deze mogelijk niet even efficiënt zullen opereren als voor de invoering van de CCCTB-richtlijn. Dit zal in grotere mate gebeuren dan bij het gebruik van het arm's length-beginsel, doordat bij toepassing van de formulary apportionment methode immateriële activa niet worden meegenomen.

Bij de invulling van de formule is gekozen om immateriële activa buiten beschouwing te laten. Dit zorgt ervoor dat de formule makkelijker toepasbaar is en beperkt de mogelijkheden tot manipulatie. Echter ontstaan er arbitraire resultaten als dit waarde toevoegende onderdeel wordt genegeerd. Daarnaast heeft dit ook tot gevolg dat de factor activa niet goed kan weergeven welke landen een bijdrage hebben geleverd aan de uiteindelijke winst. Ook de keuze voor het waarderen op boekwaarde in plaats van marktwaarde draagt eraan bij dat geen goed beeld ontstaat van de bijdragen van de betreffende activa aan de geconsolideerde winst.

Aangezien een uniforme belastinggrondslag de transparantie vergroot, is het aannemelijk dat concurrentie op het gebied van het belastingtarief wordt vergroot. Ten slotte zal de CCCTB-richtlijn naar alle waarschijnlijkheid de versturende gevolgen van belastingconcurrentie in de interne markt niet verminderen. Aangezien een uniforme belastinggrondslag de transparantie vergroot, is het aannemelijk dat concurrentie op het gebied van het belastingtarief wordt vergroot.

Op het gebied van praktische problemen spelen met name de hoogte van de nalevingskosten en de mogelijkheden tot belastingontwijking. Doordat het arm's length-beginsel niet zal verdwijnen door het in werking treden van de CCCTB-richtlijn, worden groepen verplicht twee verschillende systemen naast elkaar te gebruiken. Wat hiervan het effect is op de nalevingskosten, is moeilijk vooraf in te schatten. Het naast elkaar bestaan van de twee systemen geeft meer mogelijkheden tot belastingontwijking. Doordat het arm's length-beginsel toegepast zal blijven worden, blijft het mogelijk om op dezelfde manieren winsten te verplaatsen zoals nu al gebeurt. Daarnaast maakt de invoering van de CCCTB-richtlijn andere vormen van belastingontwijking mogelijk.

---

<sup>255</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison*, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14-15.

## 4 Toetsing arm's length-beginsel en formulary apportionment methode

### 4.1 Inleiding

De afgelopen decennia is de internationale handel sterk gegroeid. Dit heeft ertoe geleid dat veel multinationale ondernemingen gebruik maken van de verschillen die bestaan tussen jurisdicties ten aanzien van de fiscale behandeling van hun winsten. Het gevolg is dat belastingontwijking is toegenomen. Het arm's length-beginsel, dat deze situatie heeft gefaciliteerd, bestaat al meer dan vijftig jaar, en wordt door 119 landen gebruikt.<sup>256</sup> Hier zou op korte termijn verandering in kunnen komen. De Europese Commissie heeft een richtlijn ontwikkeld om winsten binnen de Europese Unie te verdelen aan de hand van een toewijzingsformule. Hiermee stelt zij zich ten doel tot een efficiënter, effectiever, eenvoudiger en transparanter vennootschapsbelastingstelsel te komen dat minder mogelijkheden biedt voor belastingontwijking.<sup>257</sup>

In de voorgaande hoofdstukken zijn de principes en de problematiek van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode beschreven. Om de probleemstelling te beantwoorden zullen in dit hoofdstuk het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode worden getoetst aan verschillende criteria. Deze toetsing richt zich erop om aan te tonen op welke punten het arm's length-beginsel het best voldoet aan de doelstelling van een juist belastingbeleid, en op welke punten de formulary apportionment methode beter is. Deze toetsing zal derhalve het antwoord geven op de derde deelvraag: in hoeverre voldoen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode zoals opgenomen in de CCCTB-richtlijn aan de gestelde toetsingscriteria?

### 4.2 Opbouw toetsing

In dit hoofdstuk zullen zowel het arm's length-beginsel als de CCCTB-richtlijn, die gebruik maakt van de formulary apportionment methode, worden getoetst aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid zoals genoemd in BEPS Actieplan 1, en de internationale inpasbaarheid van beide systemen.

Voor fiscale systemen die afhankelijk zijn van de economische en fiscale wetgeving van een land, zijn breed geaccepteerde fiscale beleidscriteria ontwikkeld. Deze criteria vormen traditioneel de basis van een fiscaal systeem.<sup>258</sup> Hieronder vallen:

- neutraliteit;
- efficiëntie;
- zekerheid en uitvoerbaarheid;
- doeltreffendheid en eerlijkheid;
- flexibiliteit;
- gelijkheid tussen belastingplichtigen;
- gelijkheid tussen belastingdiensten; en
- internationale inpasbaarheid.

---

<sup>256</sup> P. Griffin, e.a., *Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*, p. 3.

<sup>257</sup> 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*, COM(2001)582/1, p. 9-10.

<sup>258</sup> OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 21-22.

## 4.3 Toetsing arm's length-beginsel en formulary apportionment methode

### 4.3.1 Neutraliteit

#### 4.3.1.1 Criterium neutraliteit

Bij het toetsen van de neutraliteit zal worden gekeken naar de invloed die beide methodes hebben op de economische keuzes van belastingplichtigen.

#### 4.3.1.2 Toetsing neutraliteit

Het toewijzen van winsten aan de bron kan volgens McLure nooit tot neutraliteit leiden.<sup>259</sup> Belastingen die bij de bron worden geheven, creëren voor belastingplichtigen mogelijkheden om hun belastingen te optimaliseren, bijvoorbeeld door ervoor te kiezen om hun belaste activiteiten te verrichten in landen met lage belastingtarieven. Belastingen aan de bron over de winsten die met activiteiten worden behaald, worden geheven in het land waar ze zijn ontstaan, ongeacht waar de verkoop of levering heeft plaats gevonden. Een dergelijke belasting zorgt ervoor dat belastingplichtigen niet alleen kijken naar de meest efficiënte manier om hun onderneming te drijven, maar ook naar de mogelijkheden om hun belastingen te minimaliseren. Het minimaliseren van hun belastingen kan tot gevolg hebben dat ondanks dat hun resultaat kan toenemen, hun bedrijfsvoering minder efficiënt wordt dan voorheen.

Het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode wijzen beide de winsten (gedeeltelijk) aan de bron toe, door de behaalde winsten toe te wijzen aan de entiteiten die waarde hebben toegevoegd aan de geleverde goederen en/of diensten.<sup>260</sup> Bij het arm's length-beginsel wordt dit per transactie gedaan, bij de formulary apportionment methode wordt het gedaan als de geconsolideerde winst bekend is. Indien een groep onder de CCCTB-richtlijn verlieslatend is wordt echter geen gebruik gemaakt van de toewijzingsformule.

De OESO stelt dat gelieerde bedrijven fiscaal op precies dezelfde manier moeten worden behandeld als niet-gelieerde bedrijven, en dat fiscale overwegingen niet van invloed mogen zijn op het maken van economische keuzes.<sup>261</sup> De OESO zegt hiermee dat het arm's length-beginsel tot neutraliteit leidt omdat, onafhankelijk van het feit of belastingplichtigen wel of geen onderdeel zijn van een groep, de winst van elke belastingplichtige op dezelfde manier wordt berekend.<sup>262</sup> McLure heeft in zijn artikel een gelijklopende uitspraak gedaan, met een belangrijke toegevoegde voorwaarde.<sup>263</sup> Toewijzing van winsten aan de bron leidt alleen tot neutraliteit indien de winst voor alle belastingplichtigen op dezelfde manier wordt toegewezen en alle jurisdicties hun belastinggrondslagen op dezelfde manier berekenen en dezelfde belastingtarieven hanteren.<sup>264</sup> Het tweede is op Europees niveau al niet het geval, laat staan in de wereld. Ondanks dat het arm's length-beginsel de gecontroleerde transacties van belastingplichtigen op dezelfde manier behandelt als de ongecontroleerde, heeft een groep in tegenstelling tot een enkele entiteit de mogelijkheid om in te spelen op de verschillende belastinggrondslagen en belastingtarieven in de wereld. De mogelijkheid tot het verplaatsen van winsten beïnvloedt derhalve de economische keuzes en schaadt dus de neutraliteit.

---

<sup>259</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.

<sup>260</sup> Indien een multinationale groep onder de CCCTB-richtlijn verlies draait wordt het resultaat niet direct verdeeld aan de hand van de toewijzingsformule. Deze verliezen worden meegenomen naar, en verrekend met het eerste volgende jaar waarin de multinationale groep weer winsten realiseert. Dus uiteindelijk worden bij verliezen ook gebruik gemaakt van de formule.

<sup>261</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.8.

<sup>262</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.8.

<sup>263</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.

<sup>264</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.

Voor de toepassing van de formulary apportionment methode geldt hetzelfde als voor het arm's length-beginsel. Met een bronbelasting kan slechts neutraliteit worden behaald als de winst voor alle belastingplichtigen op dezelfde manier wordt toegewezen en alle landen hun belastinggrondslagen op dezelfde manier berekenen en dezelfde belastingtarieven hanteren. De CCCTB-richtlijn wijst winsten van groepen met een omzet van € 750 miljoen of meer aan jurisdicties toe door middel van de factoren omzet, arbeid en activa.<sup>265</sup> De formule wijst dus, in beginsel, een derde deel van de geconsolideerde winst toe aan het bestemmingsland en twee derde aan het bronland.<sup>266</sup>

De CCCTB-richtlijn verdeelt de winsten voor elk groep binnen de Europese Unie met een omzet van € 750 miljoen of meer op dezelfde manier. Ondanks dat er onder de CCCTB-richtlijn binnen de Europese Unie één belastinggrondslag zal gelden, heeft de Europese Commissie aangegeven dat de lidstaten nog steeds de vrijheid zullen hebben om hun nationale belastingtarieven te bepalen.<sup>267</sup> Belastingtarieven zullen de enige manier zijn voor lidstaten om met elkaar te concurreren wat impliceert dat de tarieven binnen de Europese Unie niet op één lijn zullen komen te liggen. Binnen de Europese Unie zal de CCCTB-richtlijn niet leiden tot neutraliteit. Ook voor groepen die zowel binnen als buiten de Europese Unie zijn gevestigd zal onder de CCCTB-richtlijn geen neutraliteit worden behaald. Doordat het arm's length-beginsel en de toewijzingsformule naast elkaar zullen worden gehanteerd worden de winsten niet op gelijke manieren verdeeld. Ook wereldwijd bestaat geen geharmoniseerd tarief. Neutraliteit wordt dus niet bereikt.

In welke mate beide methodes tot een verstoring van de neutraliteit leiden, is moeilijk te bepalen. Economische keuzes worden beïnvloed door verschillen in fiscale wetgeving, met mogelijk belastingontwijking tot gevolg. Er zijn veel onderzoeken gedaan met als doel het bewijzen en kwantificeren van belastingontwijking. De resultaten van deze onderzoeken zijn zo betrouwbaar als de gebruikte data.<sup>268</sup> De OESO heeft ook onderzoek gedaan naar belastingontwijking. Aan de hand van zes verschillende indicatoren van belastingontwijking, en het gebruik van zes verschillende bronnen komt de OESO tot de conclusie dat belastingontwijking in grote mate plaatsvindt.<sup>269</sup> Ondanks dat de OESO zelf stelt dat kwantificering van dergelijke onderzoeken niet betrouwbaar is, durft zij toch een ruwe schatting te maken. Deze schatting is dat momenteel ieder jaar circa 100 tot 240 miljard Amerikaanse Dollars aan vennootschapsbelasting niet wordt voldaan door belastingontwijking, en de veronderstelling is dat dit bedrag de komende jaren alleen maar zal toenemen.<sup>270</sup> De Europese Commissie stelt dat de CCCTB-richtlijn met de formulary apportionment methode belastingontwijking zal aanpakken en oplossen.<sup>271</sup> Onderzoeken naar belastingontwijking onder de CCCTB-richtlijn stellen echter dat er een significante toename in belastingontwijking zal zijn onder de formulary apportionment methode,<sup>272</sup> en dat deze ontwijking een grotere verstoring zal veroorzaken dan belastingontwijking onder het arm's length-beginsel.<sup>273</sup>

---

<sup>265</sup> Zie artikel 28, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>266</sup> Indien een product in hetzelfde land wordt gemaakt (bronland) als dat het product wordt verkocht (bestemmingsland)wijst de formule meer dan twee derde van de winst aan het land toe.

<sup>267</sup> Europese Commissie, Vragen en antwoorden over de CCCTB-richtlijn, MEMO/11/171, 16 maart 2011, p. 2.

<sup>268</sup> OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 18.

<sup>269</sup> OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 18.

<sup>270</sup> OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 101.

<sup>271</sup> 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, COM (2001)582/1, p. 9-10.

<sup>272</sup> C. Keser, G. Kimpel en A. Oestreicher, Would a CCCTB-richtlijn mitigate profit shifting?, Cirano: Montréal 2016, p. 38-39.

<sup>273</sup> C. Fuest, The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base, Oxford: Oxford University 2008, p. 11.

#### 4.3.1.3 Tussenconclusie neutraliteit

Indien winsten aan de bron worden toegewezen kan neutraliteit slechts worden behaald indien deze op een gelijke manier worden toegewezen en in elk land tegen hetzelfde belastingtarief worden geheven.

Het arm's length-beginsel wijst de winsten wereldwijd op dezelfde manier toe maar doordat de belastingtarieven wereldwijd niet zijn geharmoniseerd, zal geen neutraliteit worden gecreëerd. Het feit dat het arm's length-beginsel de winsten van zowel gelieerde als niet-gelieerde ondernemingen op dezelfde manier berekent, zou kunnen leiden tot het elimineren van fiscale overwegingen bij het maken van economische keuzes. Doordat groepen op internationaal niveau actief zijn, kunnen zij inspelen op verschillen in belastingtarieven waardoor neutraliteit niet wordt bereikt.

De CCCTB-richtlijn zal binnen de Europese Unie tot een geharmoniseerde winsttoewijzing leiden. Voor entiteiten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd, zal het arm's length-beginsel worden toegepast. Bovendien zijn de belastingtarieven noch in Europa, noch mondiaal, geharmoniseerd waardoor neutraliteit onmogelijk is.

Geen van beide systemen leidt derhalve tot neutraliteit.

### 4.3.2 Efficiëntie

#### 4.3.2.1 Criterium efficiëntie

Het criterium efficiëntie wordt getoetst aan de hand van de toepassing en bijbehorende kosten van beide systemen.

#### 4.3.2.2 Toetsing efficiëntie

Vanuit de OESO TP-richtlijnen moet elke materiële gecontroleerde transactie worden getoetst aan het arm's length-beginsel.<sup>274</sup> De vergoedingen die voortkomen uit de toetsingen moeten worden opgenomen en onderbouwd in de documentatie die als gevolg van de implementatie van BEPS Actieplan 13 moet worden opgesteld. Momenteel kan het gebruik van het arm's length-beginsel namelijk leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel de belastingplichtigen als voor de belastingdiensten ingeval een grote hoeveelheid gecontroleerde, materiële transacties heeft plaatsgevonden.

Doordat landen zelf het arm's length-beginsel moeten implementeren in hun nationale wetgevingen, zijn verschillen in de administratieve vereisten per land onvermijdelijk. Landelijk zullen waarschijnlijk verschillende bepalingen ontstaan met betrekking tot de frequentie van in te leveren documentatie en de vereisten die hieraan worden gesteld.

Belastingdiensten moeten de materiële gecontroleerde transacties van de belastingplichtigen toetsen. Dit zorgt voor vergelijkbare administratieve lasten voor belastingdiensten en belastingplichtigen, zij het dat de kosten van de belastingdiensten hoger kunnen oplopen omdat zij de transacties doorgaans een paar jaar nadat deze hebben plaatsgevonden alsnog moeten toetsen.

Vaststellingsovereenkomsten (zoals een Advance Pricing Agreement) tussen de belastingplichtige en belastingdienst kunnen leiden tot een efficiënter proces. Een dergelijke vaststellingsovereenkomst geeft een belastingplichtige garantie voor een langere periode dan een jaar dat de door hem gehanteerde vergoedingen voor de relevante transacties in lijn zijn met het arm's length-beginsel.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 5.32.

<sup>275</sup> OECD, Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 20.

Dit bespaart de belastingplichtige de noodzaak om desbetreffende transacties ieder jaar opnieuw te moeten onderbouwen.

De Europese Commissie stelt dat door de invoering van de CCCTB-richtlijn de nalevingskosten voor multinationale ondernemingen zullen afnemen.<sup>276</sup> Op het eerste gezicht lijkt dit zeker waar te zijn. De winst van een onderdeel wordt immers niet meer bepaald aan de hand van het waarderen van elke transactie, maar door de geconsolideerde winst van de groep te verdelen met een standaard toewijzingsformule.

Zolang een multinationale groep enkel in de Europese Unie is gevestigd, kan dit een aanzienlijke kostenbesparing opleveren voor de belastingplichtigen. Echter, er zullen nauwelijks multinationale groepen zijn met een omzet van 750 miljoen euro of meer die geen vestiging buiten de Europese Unie hebben. Voor groepen die in zowel de Europese Unie als daarbuiten zijn gevestigd kan de CCCTB-richtlijn een kostenstijging betekenen. Zij moeten namelijk het arm's length-beginsel toepassen op de gecontroleerde transacties tussen lidstaten en niet-lidstaten om de geconsolideerde winst voor de CCCTB-richtlijn te berekenen.

Belastingdiensten zullen in zowel de eerste als de tweede situatie met lastenverzwaring te maken krijgen omdat zij meer werk moeten gaan verrichten aangezien zij niet alleen voor de entiteiten in hun land de aangifte moeten controleren, maar mogelijk ook voor de gehele groep van een entiteit die in hun land is gevestigd. Het controleren van de antimisbruikbepalingen vergt bovendien veel tijd en aandacht en zullen de belastingdiensten de 'normale' vennootschapsbelasting ook moeten blijven handhaven. Bij de invoering van de CCCTB-richtlijn zullen daarnaast aanzienlijke overgangskosten ontstaan, bijvoorbeeld vanwege het aanpassen van dubbele belastingregels en het heronderhandelen van belastingverdragen om deze in te passen binnen het nieuwe systeem.<sup>277</sup>

#### 4.3.2.3 Tussenconclusie efficiëntie

Het arm's length-beginsel kan leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten. Voor elke materiële transactie moeten de belastingplichtigen documenteren waarom deze voldoet aan het arm's length-beginsel. Deze documentatie moet vervolgens door de belastingdienst worden gecontroleerd. Als de belastingdienst twijfels heeft bij de documentatie moeten zij zelf de verrekenprijzen bepalen voor transacties die een paar jaar terug hebben plaatsgevonden.

De CCCTB-richtlijn kan tot wisselende resultaten leiden. Indien een multinationale groep alleen is gevestigd in de Europese Unie, zal de geconsolideerde winst worden toegewezen aan de hand van de regels van de CCCTB-richtlijn met een lastenverlichting als gevolg. Doordat nagenoeg alle groepen met een omzet van 750 miljoen of meer zowel binnen als buiten de Europese Unie zijn gevestigd zal dit zelden voorkomen. Indien belastingplichtige zowel binnen als buiten de Europese Unie zijn gevestigd moeten zij zowel het arm's length-beginsel als de CCCTB-richtlijn toepassen. Dit zal sterk ten koste gaan van het behaalde voordeel betreffende de nalevingskosten.

Belastingdiensten zullen onder de CCCTB-richtlijn, naast hun functie als belastingdienst van het hoofdkantoor, ook de aangiftes van entiteiten die in hun land gevestigd zijn, moeten controleren. Ook moeten zij twee fiscale systemen tegelijkertijd hanteren, voor de belastingplichtigen met een groepsomzet onder en boven de 750 miljoen euro. Voor belastingdiensten is de CCCTB-richtlijn niet efficiënt.

---

<sup>276</sup> Europese Commissie, Questions and Answers on the package of corporate tax reforms, Strasbourg 2016, p. 2.

<sup>277</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.



### 4.3.3 Zekerheid en uitvoerbaarheid

#### 4.3.3.1 Criterium zekerheid en uitvoerbaarheid

Voor de toetsing van de zekerheid en uitvoerbaarheid zal worden onderzocht of de belastingplichtigen duidelijk voor ogen staat hoe beide methodes moeten worden toegepast, waar hun documentatie aan moet voldoen en of de belastingplichtigen in staat zijn de documentatievereisten na te leven.

#### 4.3.3.2 Toetsing zekerheid en uitvoerbaarheid

De OESO moet bij de invulling van het arm's length-beginsel constant een afweging maken tussen de zekerheid en de uitvoerbaarheid van het arm's length-beginsel. De zekerheid van belastingplichtigen neemt toe naarmate er meer methodes worden ontwikkeld voor specifieke transacties; de toepassing zal hierdoor echter ook gecompliceerder worden en ten koste gaan van de uitvoerbaarheid.

Avi-Yonah en Benshalom stellen dat belastingplichtigen veel moeite hebben met het voldoen aan hun administratieve verplichtingen. Dit zou afgeleid mogen worden uit het aantal advocaten, accountants en economen die zich hebben gespecialiseerd in het opstellen van transfer pricing documentatie.<sup>278</sup> Het uitbesteden van transfer pricing documentatie zou erop kunnen duiden dat belastingplichtigen niet in staat zijn de transfer pricing documentatie zelf te maken, maar deze keuze kan ook gebaseerd zijn op het feit dat gespecialiseerde bedrijven de bestanden efficiënter, en dus ook goedkoper, kunnen voorbereiden.

In hoeverre belastingplichtigen in staat zijn het arm's length-beginsel toe te passen is afhankelijk van de aard van de transactie.<sup>279</sup> De OESO stelt dat het arm's length-beginsel eenvoudig toe te passen is in een grote meerderheid van de transacties.<sup>280</sup> Zo is het eenvoudig om een arm's length-prijs te bepalen voor de verkoop van goederen of voor het lenen van geld.<sup>281</sup> De toepassing van het arm's length-beginsel op sterk geïntegreerde bedrijfsprocessen of gespecialiseerde immateriële activa kan daarentegen juist moeilijk zijn.<sup>282</sup> Dit wordt veroorzaakt doordat informatie over vergelijkbare ongecontroleerde transacties moeilijk te verkrijgen of te interpreteren kan zijn. De transactionele winstmethodes kunnen in deze gevallen een oplossing bieden, doordat voor de toepassing van deze methodes minder informatie nodig is. Toch kan het voor de belastingplichtigen moeilijk zijn om de winstmethodes toe te passen.

Belastingdiensten kunnen problemen ondervinden bij de controle van de transfer pricing documentatie, omdat deze doorgaans enkele jaren nadat de transacties hebben plaatsgevonden pas wordt gedaan. Als een belastingdienst twijfels heeft bij de door de belastingplichtige gehanteerde vergoedingen, moet de belastingdienst eenzelfde onderzoek te doen. Een dergelijk onderzoek wordt meestal moeilijker met het verstrijken van de tijd.<sup>283</sup>

Doordat de implementatie van het arm's length-beginsel aan de landen zelf wordt overgelaten, kan onzekerheid onder belastingplichtigen ontstaan omdat, ondanks dat de implementatie van de landen is gebaseerd op hetzelfde artikel, verschillen kunnen ontstaan in de praktische toepassing en interpretatie.

Ten aanzien van de zekerheid en uitvoerbaarheid van de CCCTB-richtlijn moet worden gekeken naar twee verschillende situaties, namelijk een multinationale groep die volledig gevestigd is in de Europese

<sup>278</sup> Avi-Yonah en S. Reuven 'Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation', *World Tax Journal* 2010, p. 7.

<sup>279</sup> C. Alley en D. Bentley, 'A remodeling of Adam Smith's tax design principles', *Law Faculty Publications*, 2005, p. 597.

<sup>280</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.9.

<sup>281</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.9.

<sup>282</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.9.

<sup>283</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.12.

Unie en een multinationale groep die zowel binnen als buiten de Europese Unie gevestigd is. Als een multinationale groep ook buiten de Europese Unie is gevestigd, moet zij namelijk terugvallen op het arm's length-beginsel voor de gecontroleerde transacties tussen lidstaten en niet-lidstaten.

Indien een multinationale groep alleen is gevestigd in de Europese Unie zal slechts het hoofdkantoor aangifte doen.<sup>284</sup> Doordat alle lidstaten van de Europese Unie dezelfde wetgeving hanteren ontstaat een duidelijke situatie die zekerheid schept voor de belastingplichtigen. Aan de hand van de aangifte van het hoofdkantoor wordt de geconsolideerde winst door de toewijzingsformule verdeeld over de entiteiten binnen de Europese Unie. Dit draagt sterk bij aan de uitvoerbaarheid van systeem, omdat er nauwelijks twijfels kunnen ontstaan bij de toepassing van de formule.

Indien een multinationale groep zowel binnen als buiten de Europese Unie is gevestigd, ontstaat een andere situatie. Dit zal, zoals eerder toegelicht, de meest voorkomende situatie zijn. De winst van een dergelijk concern zal binnen de Europese Unie nog steeds aan de hand van de CCCTB-richtlijn worden toegewezen, maar doordat de bedrijfsvoering van de groep niet binnen het afgesloten systeem van de Europese Unie plaatsvindt, moeten de gecontroleerde transacties met buitenlandse gelieerde entiteiten mee worden genomen in de bepaling van de winst. De vergoedingen van deze gecontroleerde transacties worden getoetst aan het arm's length-beginsel en bepalen de uiteindelijke hoogte van de geconsolideerde winst voor de CCCTB-richtlijn. Het gelijktijdig moeten toepassen van het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn gaat zwaar ten koste van de zekerheid en uitvoerbaarheid van de CCCTB-richtlijn.

De CCCTB-richtlijn is minder uitvoerbaar voor de belastingdiensten. De belastingdienst van het hoofdkantoor wordt geacht de aangifte van de gehele groep te controleren. Dit omvat dus ook de controle van alle materiële gecontroleerde transacties van een groep, een taak die voorheen was verdeeld over alle lidstaten van een groep. Ook moeten alle betrokken belastingdiensten van een groep de binnen een groep verplaatste activa registreren, waarderen en monitoren. Indien een groep entiteiten heeft in lidstaten van de Europese Unie, worden de nationale belastingdiensten van deze lidstaten geacht mee te werken aan het controleren van de aangifte van een groep. Dit betekent dat belastingdiensten meer werk moeten gaan verrichten, aangezien zij niet meer alleen voor de entiteiten in hun land de aangifte moeten controleren, maar mogelijk ook een gehele groep van een entiteit die in zijn land is gevestigd.

Een belangrijk voordeel van de CCCTB-richtlijn is dat het systeem zal gaan gelden als Europees recht. Dit betekent dat lidstaten worden verplicht de CCCTB-richtlijn op te nemen in hun nationale wetgevingen.<sup>285</sup>

#### 4.3.3.3 Tussenconclusie zekerheid en uitvoerbaarheid

Het arm's length-beginsel is uitgewerkt in de OESO TP-richtlijnen. Het is aan de landen om het beginsel toe te voegen aan hun nationale wetgevingen en belastingverdragen. Hierdoor kunnen in de toepassing van het arm's length-beginsel per land verschillen ontstaan. Problemen rondom de uitvoerbaarheid ontstaan vooral door informatiegebrek. Indien vergelijkbare informatie niet wordt gevonden, biedt het arm's length-beginsel een oplossing in de vorm van de transactionele winstmethodes. De transactionele winstmethodes vereisen minder informatie maar kunnen ook moeilijk toepasbaar zijn.

Voor de CCCTB-richtlijn moet onderscheid worden gemaakt tussen twee scenario's. Indien de groep alleen gevestigd is binnen de Europese Unie zal het hoofdkantoor voor de gehele groep aangifte doen. Transfer pricing documentatie is dan niet meer nodig, omdat ervan uit wordt gegaan dat de toewijzingsformule de winsten op de juiste manier verdeelt. Indien de groep ook buiten de Europese

<sup>284</sup> Voorstel Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM (2016) 683 final, p. 10.

<sup>285</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 480.

Unie actief is, zal eerst moeten worden teruggevallen op het arm's length-beginsel voordat de aangifte van de CCCTB-groep kan worden ingediend. Hierdoor moeten belastingplichtigen zich verdiepen in twee verschillende soorten wetgeving.

Indien belastingplichtigen zich onder de CCCTB-richtlijn niet buiten de Europese Unie vestigen zal de zekerheid en de uitvoerbaarheid verbeteren ten opzichte van die onder het arm's length-beginsel. Voor de belastingplichtigen die ook buiten de Europese Unie actief zijn, zal de onduidelijkheid omtrent de wetgeving waaraan zij moeten voldoen toenemen en zal ook de uitvoerbaarheid een stuk lastiger worden.

#### 4.3.4 Doeltreffendheid en eerlijkheid

##### 4.3.4.1 Criterium doeltreffendheid en eerlijkheid

Om de doeltreffendheid en eerlijkheid van beide systemen te toetsen zal worden gekeken in hoeverre beide systemen in staat zijn de winsten juist toe te wijzen. Om dit te toetsen worden de mogelijkheden tot belastingontwijking en de daartegen opgenomen antimisbruikbepalingen voor beide methodes uiteengezet.

##### 4.3.4.2 Toetsing doeltreffendheid en eerlijkheid

Belastingontwijking onder het arm's length-beginsel kent vele vormen die in het algemeen gebaseerd zullen zijn op risico's en immateriële activa. Beide factoren leveren namelijk een belangrijke bijdrage aan de waarde van het product/dienst en zijn daarnaast beide gemakkelijk verplaatsbaar. In 2013 heeft de Tweede Kamer van de Nederlandse regering de Algemene Rekenkamer verzocht om onderzoek te doen naar ontwijkingsstructuren die worden gebruikt door multinationale ondernemingen. Ondanks dat dit onderzoek is gedaan in opdracht van de Nederlandse regering, richt het zich niet alleen op Nederland of Nederlandse groepen, maar op de manieren waarop multinationale groepen wereldwijd gebruik kunnen maken van het netwerk van belastingverdragen.

Uit het onderzoek van de Nederlandse Algemene Rekenkamer kwamen vijf structuren naar voren die door ondernemingen worden gebruikt om hun belastingafdracht te optimaliseren. Alle vijf deze structuren leiden tot verplaatsing van het productieproces of de achterliggende processen om zo gebruik te kunnen maken van, bijvoorbeeld, de verschillen in belastingtarieven en grondslag van de vennootschapsbelasting, tarieven van de bronbelastingen, mogelijkheden tot verrekening van de in andere landen ingehouden bronbelastingen en antimisbruikbepalingen.<sup>286</sup> De meerderheid van de structuren maakt gebruik van hoge vergoedingen en gemakkelijke verplaatsbaarheid van risico's en immateriële en financiële activa.

In 2015 heeft de OESO vijftien Actieplannen als onderdeel van BEPS gepubliceerd. Twee Actieplannen, Actieplannen 8 en 9, zien toe op het alloceren van immateriële activa en risico's en de daaraan verbonden vergoedingen. In 2017 zijn deze toegevoegd aan de OESO TP-richtlijnen. Dit heeft ervoor gezorgd dat het voor zowel belastingplichtigen als voor belastingdiensten duidelijker is geworden hoe dergelijke waarde toevoegende onderdelen moeten worden behandeld.

Er zullen in groepsverband echter altijd situaties blijven bestaan die bij niet-gelieerde partijen niet voorkomen, met als gevolg dat het arm's length-beginsel in een dergelijk scenario nog steeds moeilijk is toe te passen. Het arm's length-bereik van dergelijke vergoedingen kan groot zijn, met als gevolg dat de belastingplichtigen de vergoeding tot op een bepaald niveau zelf kunnen bepalen. Dit komt doordat belastingdiensten hetzelfde informatieprobleem hebben en dus maar in beperkte mate de vergoeding

---

<sup>286</sup> Algemene Rekenkamer, Belastingontwijking: Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot de fiscale regels van het verdragennetwerk, december 2014, p. 51.

kunnen controleren. De mogelijkheden tot belastingontwijking blijven derhalve bestaan, alhoewel ze wel worden ingeperkt door de BEPS Actieplannen.

Op 1 januari 2019 is de Anti-Tax Avoidance Directive 1 (hierna: ATAD 1) van de Europese Commissie in werking getreden.<sup>287</sup> De ATAD 1 bestaat uit vijf antimisbruikbepalingen. Alle 28 lidstaten hebben deze antimisbruikbepalingen moeten implementeren in hun nationale wetgeving om belastingontwijking te voorkomen. De opgenomen antimisbruikbepalingen bestaan uit een hybride mismatch-, CFC-, renteaftrekbepaling-, exit heffing- en een algemene antimisbruikbepaling. De eerste drie genoemde regels worden ook door de OESO uitgewerkt in, respectievelijk, Actieplan 2, Actieplan 3 en Actieplan 4.

De ATAD 1 zal belastingontwijking aan de hand van het arm's length-beginsel binnen de Europese Unie aanpakken. Door de invoering van de ATAD 1 in de nationale wetgevingen worden belastingdiensten verplicht om belasting te heffen over winsten die verplaatst worden vanuit hun jurisdictie naar landen met een aanzienlijk lager belastingtarief.<sup>288</sup> Dit ziet bijvoorbeeld op hoge vergoedingen voor het gebruik van immateriële activa van een entiteit die gevestigd is in een land met een aanzienlijk lager belastingtarief. Belastingdiensten hebben in zo'n geval nu de mogelijkheid om die vergoedingen in hun nationale grondslagen op te nemen. Ook wordt grondslagutholling bij de bron aangepakt door een renteaftrekbepaling en een exit heffing.<sup>289</sup> De renteaftrekbepaling bewerkstelligt dat bedrijven tot een bepaalde mate rentebetalingen ten laste van hun winst mogen brengen. De exit heffing zorgt ervoor dat bedrijven hun immateriële activa niet volledig vrij kunnen verplaatsen, maar dat zij belasting over de waarde van de activa moeten betalen op het moment dat de activa over de landsgrenzen wordt verplaatst. Aan de hand van de algemene antimisbruikbepaling kunnen belastingdiensten, indien er sprake is van een volledig kunstmatige constructie, deze constructie negeren en de winsten belasten daar waar zij zouden vallen als er geen gebruik zou worden gemaakt van die constructie.<sup>290</sup>

Deze regelingen samen zorgen ervoor dat mogelijkheden tot belastingontwijking aan de hand van het arm's length-beginsel sterk wordt ingeperkt.

Invoering van de CCCTB-richtlijn zal gebruikmaking van het verplaatsen van risico's, en immateriële- en financiële activa binnen de Europese Unie niet meer belonen. Dit wordt bewerkstelligd door het negeren van risico's, en immateriële- en financiële activa in de toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn.<sup>291</sup> Het gevolg hiervan is dat geen winst meer wordt toegewezen aan de landen waar deze onderdelen naar toe zijn verplaatst.

Het structureren van goederenstromen zal onder de CCCTB-richtlijn wel mogelijk blijven. De Europese Commissie wil de mogelijkheden tot belastingontwijking beperken door immobiele factoren te kiezen voor de toewijzingsformule.<sup>292</sup> Als belastingontwijking onder de CCCTB-richtlijn mogelijk blijkt te zijn, zal dit ertoe leiden dat belastingplichtigen hun materiële vaste activa en hun personeel fysiek zullen verplaatsen naar lidstaten van de Europese Unie met een (relatief) gunstig belastingtarief.<sup>293</sup>

---

<sup>287</sup> Zie artikel 11, Richtlijn (EU) 2016/1164.

<sup>288</sup> Zie artikel 7, Richtlijn (EU) 2016/1164.

<sup>289</sup> Zie artikel 4, en 5, Richtlijn (EU) 2016/1164.

<sup>290</sup> Zie artikel 6, Richtlijn (EU) 2016/1164.

<sup>291</sup> Europese Commissie, Proposal for a CCCTB, Apportionment of the consolidated tax base (Working Party on Tax Questions – Direct Taxation), 28 september 2012, p. 5.

<sup>292</sup> CCCTB Working Group, CCCTB: Possible elements of the sharing mechanism, CCCTB/WP060\doc\en, par. 22-25.

<sup>293</sup> C. Spengel en Y. Zöllkau, Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income - An International Comparison, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012, p. 14.

De CCCTB-richtlijn kent een aantal antimisbruikbepalingen om manipulatie van de factoren te voorkomen en zo de heffingsrechten van de lidstaten te beschermen.

De huidige bepalingen ter voorkoming van de manipulatie van de factoren geven een goede eerste indruk maar moeten nog verder ingevuld worden. Bij de factor arbeid wordt uitbestede arbeid tot de factor arbeid van de entiteit die de kosten draagt gerekend, indien zij soortgelijke taken verricht als de economische werkgever.<sup>294</sup> Het is nog onduidelijk hoe de Europese Unie gaat bepalen of er sprake is van soortgelijke activiteiten. Het lijkt onwaarschijnlijk dat elk contract van een groep zal worden nagelopen. Er zullen waarschijnlijk gemakkelijk te controleren criteria worden ontwikkeld zoals het aantal uren arbeid dat iemand voor de groep verricht. Een nadeel van een dergelijk hard criterium is dat de belastingplichtige bijvoorbeeld precies onder dat aantal uren kan gaan zitten.

De antimisbruikbepalingen die toezien op het veiligstellen van de heffingsrechten van lidstaten zijn gebaseerd op hetzelfde concept. Indien een bepaald activum binnen een groep wordt verplaatst of verkocht, moet de belastingplichtige een bepaald aantal jaar wachten totdat dat activum toe is te rekenen aan de ontvanger van het activum. Deze antimisbruikbepalingen zijn te ontwijken door een periode van twee tot maximaal vijf jaar te wachten. Dit betekent niet dat bijvoorbeeld de verkoop van een actief vijf jaar moet worden uitgesteld. Doordat activa binnen de groep onbelast overgedragen kunnen worden, zullen belastingplichtigen direct na de invoering van de CCCTB-richtlijn hun activa zo structureren dat zij in het geval van een latere verkoop gunstig worden belast.

Naast de antimisbruikbepalingen die specifiek toezien op de toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn, zijn de antimisbruikbepalingen uit ATAD 1 overgenomen. Ook zal een switch-over regel worden toegevoegd.<sup>295</sup> Deze zou lidstaten van de Europese Unie verplichten om ontvangen dividenden te belasten, indien deze in het bronland nog niet (voldoende) zijn belast.

Een belangrijke kanttekening hierbij is het feit dat de CCCTB-richtlijn en ATAD 1 beide richtlijnen zijn van de Europese Unie. Enkel landen binnen de Europese Unie zullen deze wetgeving invoeren. Indien een groep niet alleen binnen de Europese Unie is gevestigd, moet zij gebruik maken van het arm's length-beginsel om transacties met haar gelieerde entiteiten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd, te beoordelen. Hierdoor kan een groep nog steeds winst toewijzen aan dergelijke waarde toevoegende factoren zolang zij deze buiten de Europese Unie heeft verplaatst, met als gevolg dat de hiervoor behandelde structuren weer gedeeltelijk toepasbaar zullen worden. Toch worden belastingplichtigen hierin beperkt. Zo kennen de CFC-, hybride mismatch- en de algemene antimisbruikbepaling werking naar derde landen.<sup>296</sup>

#### 4.3.4.3 Tussenconclusie doeltreffendheid en eerlijkheid

Binnen het arm's length-beginsel is ruimte geweest voor belastingontwijking. Bedrijven speelden in op de zwakke punten van het beginsel, te weten de immateriële activa en risico's. Door de nationale implementatie van ATAD 1, worden de mogelijkheden hiervoor sterk beperkt.

Onder de CCCTB-richtlijn zullen de meest gebruikte methodes voor belastingontwijking ineffectief worden gemaakt. Dit komt doordat immateriële en financiële activa niet worden opgenomen in de toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn. De antimisbruikbepalingen in de CCCTB-richtlijn om de heffingsrechten van lidstaten veilig te stellen en om manipulatie van de factoren te voorkomen lijken ontoereikend.

Zowel onder het arm's length-beginsel, als onder de CCCTB-richtlijn blijft het mogelijk om in te spelen op fiscale systemen door het verplaatsen van productieprocessen.

---

<sup>294</sup> Zie artikel 33, tweede lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>295</sup> Zie artikel 73, CCCTB-richtlijn.

<sup>296</sup> Zie preambule punten 11-13, Richtlijn (EU) 2016/1164.

Onder welk systeem belastingontwijking de meeste kans van slagen heeft, is door gebrek aan data niet voorspelbaar. Doordat onder de CCCTB-richtlijn nieuwe manieren van belastingontwijking ontstaan en de belastingontwijking aan de hand van het arm's length-beginsel niet wordt voorkomen, is het aannemelijk dat belastingontwijking het sterkst zal optreden onder de CCCTB-richtlijn.

#### 4.3.5 Flexibiliteit

##### 4.3.5.1 Criterium flexibiliteit

Gekeken zal worden of de methodes in staat zijn in te spelen op nieuwe ontwikkelingen en deze op te nemen in de belastingheffing. Het toetsen van dit criterium is gecompliceerd omdat toekomstige technologische en/of commerciële ontwikkelingen moeilijk te voorspellen zijn.

##### 4.3.5.2 Toetsing flexibiliteit

Een sterke eigenschap van het arm's length-beginsel is de flexibiliteit. Een reden dat dit al zoveel jaren onveranderd is, is dat ondanks dat de aard van het beginsel hetzelfde is gebleven, de manier waarop het beginsel in de praktijk kan worden toegepast constant is meegegroeid met de veranderende economische omstandigheden.<sup>297</sup> Voor de goedkeuring van een besluit is binnen de OESO consensus nodig.<sup>298</sup> Het meest recente bewijs dat dit verandering niet in de weg zit, zijn de BEPS Actieplannen. Actieplannen 8 tot en met 10 en 13 zien toe op de huidige problemen rondom de toepassing van het arm's length-beginsel. Ondanks dat het arm's length-beginsel zelf flexibel genoeg is om met de economische veranderingen om zich heen mee te groeien, hangt de toekomst van het beginsel uiteindelijk af van het antwoord op de vraag of overheden besluiten de vernieuwde richtlijnen, of een verwijzing naar de vernieuwde richtlijnen, omtrent het arm's length-beginsel in hun nationale wetgeving in te voeren.

De formulary apportionment methode is per definitie erg flexibel omdat de werking van de methode niet of nauwelijks wordt beïnvloed door, bijvoorbeeld, technologische ontwikkelingen. De geconsolideerde winst wordt op basis van de toewijzingsformule toegewezen aan leden van de groep.<sup>299</sup> De flexibiliteit van de methode wordt wel afgezwakt door het unanimititeitsvereiste. Voor elke benodigde aanpassing om de methode mee te laten groeien met de economie zal weer unanimititeit moeten worden bereikt. Aangenomen mag worden dat dergelijke aanpassingen door de flexibele aard van de toewijzingsformule zelden nodig zullen zijn.

##### 4.3.5.3 Tussenconclusie flexibiliteit

Doordat het arm's length-beginsel in staat is mee te groeien met de veranderende economische omstandigheden is flexibiliteit is een sterke eigenschap van het arm's length-beginsel.

De CCCTB-richtlijn zal per definitie ook flexibel zijn door het gebruik van de formulary apportionment methode. De werking daarvan wordt namelijk niet beïnvloed door bijvoorbeeld technologische ontwikkelingen. Indien de betrouwbaarheid van de toewijzingen wordt aangetast door technologische ontwikkelingen, zullen aanpassingen nodig zijn.

Zowel het arm's length-beginsel als de formulary apportionment methode lijken goed overweg te kunnen met veranderingen in de economie. Bij beide methodes hoeft alleen de toepassing, en niet de hoofdgedachte van het systeem te worden aangepast.

---

<sup>297</sup> J. Owens, 'Income Allocation in the 21st Century: The End of Transfer Pricing? Should the Arm's Length Principle Retire?', *IBFD: International Transfer Pricing Journal* 2005, p. 99-102.

<sup>298</sup> OECD, *Resolution of the Council on Decision-Making by the Council and its Standing Committees*, OECD Publishing: Parijs 2014, p.4.

<sup>299</sup> Zie artikel 28, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

## 4.3.6 Gelijkheid tussen belastingplichtigen

### 4.3.6.1 Criterium gelijkheid tussen belastingplichtigen

De behandeling van vergelijkbare belastingplichtigen zal in beide systemen worden onderzocht. Daarnaast zal ook worden gekeken naar de fiscale behandeling van grotere belastingplichtigen ten opzichte van kleinere belastingplichtigen in beide systemen.

### 4.3.6.2 Toetsing gelijkheid tussen belastingplichtigen

Een probleem van het arm's length-beginsel is dat elk land zelf het beginsel in zijn nationale wetgevingen en de door hem gesloten belastingverdragen moet opnemen. Indien landen dit doen, zullen de winsten van belastingplichtigen op basis van hetzelfde beginsel worden gealloceerd. Dit zal een gelijkheid tussen belastingplichtigen tot gevolg hebben. Echter kunnen ondanks dat veel landen hun nationale wetteksten baseren op artikel 9, eerste lid, OESO-Modelverdrag,<sup>300</sup> er discrepanties ontstaan.<sup>301</sup> Deze discrepanties kunnen ertoe leiden dat de winsten van twee soortgelijke groepen in twee landen verschillend worden behandeld. Bijvoorbeeld het later of niet implementeren van nieuwe richtlijnen van de OESO kan ertoe leiden dat twee gelijke belastingplichtigen niet gelijk worden behandeld.

Het gebruik van een formule leidt tot een gelijke behandeling van belastingplichtigen. De geconsolideerde winsten van alle belastingplichtigen zullen aan alle betrokken entiteiten op dezelfde manier worden toegewezen. Eerder beschreven problemen<sup>302</sup> zorgen ervoor dat de winsttoewijzing van technologische bedrijven soms niet overeen zal komen met de locatie waar de waarde is gecreëerd. Dit schaadt de horizontale gelijkheid niet omdat de winsten van alle technologische bedrijven in dezelfde mate verkeerd zullen worden gealloceerd. Het voorgaande betekent dat ondanks dat de winsten niet altijd juist kunnen worden toegewezen, dit wel zal leiden tot een gelijke behandeling tussen belastingplichtigen. Zo hanteert de formulary apportionment methode de 'gelijke monniken, gelijke kappen' gedachte.

Desondanks wordt op twee manieren inbreuk gemaakt op deze gedachte. Ten eerste zal de CCCTB-richtlijn niet verplicht worden gesteld voor alle bedrijven binnen de Europese Unie. Slechts multinationale ondernemingen met een groepsomzet van 750 miljoen of meer worden verplicht de CCCTB-richtlijn toe te passen.<sup>303</sup> Dit heeft tot gevolg dat twee multinationale ondernemingen die dan wel in dezelfde sector actief zijn maar verschillende omzetten behalen niet dezelfde fiscale behandeling krijgen. Als het om grote verschillen in omzet gaat, kan worden gesteld dat de bedrijven zich niet in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Echter kunnen deze verschillen in omzet relatief klein zijn. Stel dat het gaat om groep A en groep B. Groep A heeft een groepsomzet van 700 miljoen en groep B heeft een groepsomzet van 800 miljoen. Onder de CCCTB-richtlijn zal groep A zijn winsten moeten toewijzen aan de hand van het arm's length-beginsel, terwijl groep B de formulary apportionment methode moet gebruiken. Het moge duidelijk zijn dat de verdeling van de winsten van beide groepen sterk kan verschillen, ondanks dat beide bedrijven in dezelfde sector opereren.

Ten tweede kan ongelijkheid ontstaan als bedrijven buiten de Europese Unie opereren. Stel er zijn weer twee groepen; groep C en groep D, beide actief in dezelfde sector, met een overeenkomstige groepsomzet, maar groep C handelt alleen binnen de Europese Unie, terwijl groep D ook buiten de Europese Unie actief is. Gesteld zou kunnen worden dat de twee groepen niet vergelijkbaar zijn, omdat

---

<sup>300</sup> P. Griffin, e.a., *Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*, p. 3.

<sup>301</sup> Voorbeeld: Duitse wetgeving is gebaseerd op artikel 9, OESO-Modelverdrag, maar heeft hieraan toegevoegd dat ervan uit wordt gegaan dat alle betrokken partijen volledige kennis hebben van de feiten en omstandigheden rondom de transactie (zie paragraaf 1, lid 1 Besteuerung bei Auslandsbeziehungen).

<sup>302</sup> Zie par. 4.3.4.

<sup>303</sup> Zie artikel 2, eerste lid, onderdeel c, CCCTB-richtlijn.

hun markten niet overeenkomen. Toch zijn beide groepen actief in dezelfde sector met een vergelijkbare omzet. Ondanks de overeenkomsten passen de groepen verschillende systemen toe voor de toewijzing van hun winsten. Groep C die volledig binnen de Europese Unie gevestigd is, zal alleen te maken krijgen met de CCCTB-richtlijn, groep D die ook buiten de Europese Unie gevestigd is, zal voor de gecontroleerde transacties met groepsentiteiten buiten de Europese Unie gebruik moeten maken van het arm's length-beginsel. Ook hieruit volgt weer dat de uiteindelijke verdeling van de winsten sterke verschillen kan vertonen, doordat groep D twee verschillende systemen moet gebruiken.

Verticale gelijkheid wordt bereikt wanneer bepaalde belastingplichtigen relatief meer belasting dragen dan belastingplichtigen die zich in een relatief slechtere situatie bevinden. Het is moeilijk om uitspraken te doen voor beide systemen over de verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen. Dit komt doordat de belastingdruk wordt bepaald door twee factoren: de toewijzing van de winsten en de lokale belastingtarieven. Om te kunnen vaststellen of de winsten van een multinationale onderneming progressief worden belast, is de tweede factor van even groot belang want het tarief bepaalt de uiteindelijk verschuldigde belasting. De verticale gelijkheid zou in het gedrang kunnen komen als blijkt dat grotere multinationale ondernemingen meer mogelijkheden hebben tot belastingontwijking en daardoor ook minder winsten hebben in landen met hogere belastingtarieven. Er is echter geen bewijs dat ondernemingen vanaf een groepsomzet van 750 miljoen actiever bezig zijn met het ontwijken van belastingen dan kleinere ondernemingen.<sup>304</sup> Het ligt ook niet in de lijn der verwachtingen dat de mate van belastingontwijking onder de CCCTB-richtlijn significant zal verschillen van die onder het arm's length-beginsel.<sup>305</sup> De verwachting is derhalve dat er geen verschillen zullen ontstaan in de verticale gelijkheid tussen beide methodes.

#### 4.3.6.3 Tussenconclusie gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder het arm's length-beginsel zullen alle belastingplichtigen gebruik maken van dezelfde regels. Discrepancies tussen nationale wetgeving kunnen de horizontale gelijkheid aantasten. Deze ontstaan doordat landen zelf het arm's length-beginsel in hun nationale wetgeving moeten verwerken.

Het gebruik van een formule leidt tot een gelijke behandeling van belastingplichtigen gezien het feit dat de winsten van bedrijven binnen een bepaalde sector op eenzelfde manier worden verdeeld. Toch wordt er op twee manieren inbreuk gemaakt op deze gedachte. Ten eerste worden groepen pas verplicht de CCCTB-richtlijn toe te passen vanaf een groepsomzet van 750 miljoen of meer. Ten tweede kan er ongelijkheid ontstaan doordat bedrijven buiten Europa opereren. Als twee bedrijven binnen dezelfde sector actief zijn, maar een van de groepen handelt alleen binnen de Europese Unie, terwijl de andere groep ook buiten de Europese Unie actief is, moet de tweede groep gebruik maken van twee compleet verschillende systemen om winsten toe te wijzen.

Het is moeilijk een uitspraak te doen over de verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen omdat het tarief de uiteindelijk verschuldigde belasting bepaalt. Er is geen bewijs dat grotere ondernemingen actiever bezig zijn met het ontwijken van belastingen dan kleinere ondernemingen, en ook zal de hoeveelheid belastingontwijking onder het arm's length-beginsel en de CCCTB-richtlijn niet veel verschillen. Beide systemen zullen grotere ondernemingen hetzelfde belasten als kleinere. Er zullen dus naar verwachting geen verschillen zijn in de verticale gelijkheid tussen beide methodes.

---

<sup>304</sup> O.A. Eytayo, *The Global Fight against Base Erosion and Profit Country-by-Country Reporting Rules*, Halifax: Dalhousie University 2017, p. 8.

<sup>305</sup> C. Keser, G. Kimpel en A. Oestreicher, *Would a CCCTB-richtlijn mitigate profit shifting?*, Cirano: Montréal 2016, p. 38-39.



## 4.3.7 Gelijkheid tussen belastingdiensten

### 4.3.7.1 Criterium gelijkheid tussen belastingdiensten

Voor de toetsing van de gelijkheid tussen belastingdiensten wordt gekeken of de toewijzing van de winsten overeenkomt met waar deze zijn gecreëerd.

### 4.3.7.2 Toetsing gelijkheid tussen belastingdiensten

De OESO stelt dat het arm's length-beginsel er in de overgrote meerderheid van de gevallen in slaagt om een correcte prijs te berekenen voor de geleverde producten/diensten.<sup>306</sup> Indien er geen volledig vergelijkbare, ongecontroleerde transacties worden gevonden, kunnen de winsten in dat geval worden toegewezen aan de hand van de transactionele winstmethodes.<sup>307</sup> Zo bieden de OESO TP-richtlijnen de mogelijkheid om alle soorten winsten aan de bron toe te wijzen.

Het is mogelijk dat winsten verkeerd worden gealloceerd door discrepanties tussen de nationale wetgevingen of door een verkeerde toepassing van het arm's length-beginsel. Om dit soort misallocaties tegen te gaan is in de meeste belastingverdragen een bepaling opgenomen die gebaseerd is op artikel 9, tweede lid, OESO-Modelverdrag. Dit betreft de plicht van de lidstaten om de prijzen van transacties aan te passen als deze niet in lijn zijn met het arm's length-beginsel. Omdat deze prijsaanpassing in beide landen moet worden gedaan en beide landen niet snel hun heffingsrecht zullen willen opgeven, verwijst artikel 9, tweede lid, OESO-Modelverdrag door naar artikel 25, OESO-Modelverdrag. Artikel 25 beschrijft de procedure voor onderling overleg. De overlegprocedure kan tot vijf jaar duren,<sup>308</sup> maar verplicht betrokken lidstaten te zoeken naar een oplossing met mogelijk een juiste toewijzing als gevolg.

De CCCTB-richtlijn kan slechts zorgdragen voor een juiste toewijzing van de geconsolideerde winst indien de toewijzingscriteria representatief zijn voor de landen waar de winsten zijn gecreëerd.<sup>309</sup> De Europese Commissie is van mening dat de factoren omzet, arbeid en activa de benodigde validiteit en representativiteit bieden om de winsten toe te wijzen aan de juiste landen.<sup>310</sup> In voorkomende gevallen zijn er uitzonderingen in de toewijzingsformule die er voor zorgen dat de winsten niet altijd zullen worden toegewezen aan de entiteiten waar zij hun oorsprong vinden. Momenteel wordt een derde van de geconsolideerde winst toegewezen aan het bestemmingsland.<sup>311</sup> Het principe van winsten toewijzen aan het bestemmingsland is redelijk controversieel, maar de toewijzing van de winsten van digitale bedrijven aan de bron kan door een grote afhankelijkheid van immateriële activa moeilijk zijn. Zo is informatie over onafhankelijke vergelijkbare transacties moeilijk te vinden en zijn de traditionele verrekenprijsmethodes moeilijk toe te passen. Voor andere sectoren is meer informatie beschikbaar over vergelijkbare transacties. Met als gevolg dat aan de hand van verrekenprijsmethodes kan worden bepaald in welke landen zij hun waarde hebben gecreëerd. De keuze voor de factor omzet is in de meeste gevallen onnodig en heeft als gevolg dat winsten aan een land kunnen worden toegewezen terwijl die hun oorsprong daar niet vinden. Dit zorgt voor ongelijkheid tussen belastingdiensten.

Tevens is de keuze gemaakt om immateriële activa buiten beschouwing te laten voor de berekening van de factor activa. Immateriële activa zijn een steeds belangrijkere rol gaan spelen bij het creëren van inkomsten.<sup>312</sup> Zoals eerder besproken leidt de afwezigheid van immateriële activa in de

---

<sup>306</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.9.

<sup>307</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.

<sup>308</sup> Zie artikel 25, OESO-Modelverdrag.

<sup>309</sup> C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin, 2002, p. 598.

<sup>310</sup> Zie 'Explanatory memorandum' CCCTB-richtlijn, par. 1.

<sup>311</sup> Zie artikel 28, eerste lid, CCCTB-richtlijn.

<sup>312</sup> E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCTB with Formulary Apportionment', World Tax Journal 2012, p. 133.

toewijzingsformule tot arbitraire resultaten.<sup>313</sup> Indien de resultaten van de formule arbitrair zijn, is het logische gevolg dat de geconsolideerde winst niet aan de juiste entiteiten wordt toegerekend. Landen die simpel uitvoerend werk hebben verricht zouden zo een groter deel van de winst kunnen krijgen dan de landen die bijvoorbeeld het product hebben bedacht.

De OESO TP-richtlijnen hebben naast de arbitraire aard van de formule ook nog een ander belangrijk punt van kritiek op het gebruik van de formulary apportionment methode. Doordat de geconsolideerde winsten worden verdeeld over alle leden van de groep, zonder te kijken naar de daadwerkelijke resultaten van de leden van de groep, is het in principe mogelijk dat er winst wordt toegewezen aan verlieslatende entiteiten met als gevolg dat de belastingdienst in het land van de verlieslatende entiteit belasting mag heffen over winst die niet in zijn land is ontstaan.<sup>314</sup> Tegelijkertijd kunnen de belastingdiensten in de landen van de winstgevende entiteiten geen belasting heffen over de volledige winst die in hun land is behaald.

#### 4.3.7.3 Tussenconclusie gelijkheid tussen belastingdiensten

Landen dienen zelf zorg te dragen voor inpassing van het arm's length-beginsel in hun nationale wetgevingen. In principe zou een land kunnen afwijken van de OESO TP-richtlijnen en zo een groter deel van de winst van een transactie kunnen opeisen. Iedere transactie kent echter twee kanten en de andere betrokken belastingdienst zal niet bereid zijn haar winst op te geven. Daarom bestaat de procedure voor onderling overleg, deze verplicht de betrokken autoriteiten te kijken naar een oplossing met mogelijk een juiste toewijzing als gevolg. Uiteindelijk zal er dus een gelijke behandeling ontstaan tussen de betrokken belastingdiensten.

De CCCTB-richtlijn wijst de geconsolideerde winst aan de hand van de toewijzingsformule toe aan de entiteiten. Sommige aspecten van de toewijzingsformule zorgen er echter voor dat de winsten niet altijd zullen worden toegewezen aan de entiteiten waar zij hun oorsprong vinden. Dit wordt vooral veroorzaakt door het opnemen van de factor omzet, en het negeren van de immateriële activa. Dit maakt dat winst kan worden toegewezen aan entiteiten die nauwelijks waarde hebben toegevoegd en verlieslatende entiteiten, en leidt ertoe dat een belastingdienst onterecht belasting mag heffen.

#### 4.3.8 Internationale inpasbaarheid

##### 4.3.8.1 Criterium internationale inpasbaarheid

Met betrekking tot het arm's length-beginsel zal worden gekeken in hoeverre het beginsel wereldwijd wordt gebruikt en in welke mate de nationale regelgeving kan worden aangepast aan de veranderende behoeften. Voor de formulary apportionment-methode zal gekeken worden naar de kansen op invoering van de CCCTB-richtlijn en de mogelijkheden tot aanpassingen van de CCCTB-richtlijn na de invoering.

##### 4.3.8.2 Toetsing internationale inpasbaarheid

Een voordeel van het arm's length-beginsel is dat het wereldwijd als standaard wordt gebruikt. Er zijn 119 landen die het arm's length-beginsel nu hebben verwerkt in hun nationale wetgevingen.<sup>315</sup> Het feit dat de OESO de richtlijnen van het arm's length-beginsel schrijft, heeft een voordeel en een nadeel. Het voordeel is dat nieuwe ideeën gemakkelijker kunnen worden ingevoerd doordat unanimititeit niet nodig is. Een probleem is dat landen zelf hun wetgeving zullen moeten aanpassen naar de nieuwste ideeën van de OESO. De ervaring leert dat de 34 leden van de OESO hun wetgeving aanpassen naar de

---

<sup>313</sup> M. Temme, E. Sporken en R. Okten, 'Why Reinvent the Wheel in the European Union? The Common Consolidated Corporate Tax Base Proposal', Amsterdam: IBFD 2011, p. 323-325.

<sup>314</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.25.

<sup>315</sup> P. Griffin, e.a., Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018, p. 3.

laatste richtlijnen, maar de landen die geen lid zijn van de OESO kunnen (het moment van) invoering zelf bepalen.<sup>316</sup>

Indien het arm's length-beginsel significant slechter werkt dan de formulary apportionment methode binnen het CCCTB-richtlijn, zal het op de lange termijn wellicht de moeite waard zijn om te kiezen voor de overstap naar de CCCTB-richtlijn.

Het unanimitetsvereiste voor de invoering van fiscale wetgeving binnen de Europese Unie zit de invoering van de CCCTB-richtlijn dwars. Ondanks dat alle lidstaten van de Europese Unie onderdeel uitmaken van een gemeenschappelijke interne markt, zijn er grote verschillen tussen de economieën van deze landen. Door de gekozen toewijzingscriteria en de manier waarop deze criteria worden berekend (bijvoorbeeld het niet opnemen van immateriële activa), zal de verdeling van de winsten sterk veranderen ten opzichte van de huidige verdeling aan de hand van het arm's length-beginsel. Deze herverdeling van de winsten betekent dat er landen zullen zijn die over meer winsten belasting kunnen heffen alsmede dat er landen zijn die minder winsten kunnen belasten.

Duitsland stelt dat de huidige toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn de modernere, op kennis gebaseerde, economieën benadeelt.<sup>317</sup> Landen als Denemarken, Ierland, Luxemburg, Malta, Nederland en Zweden zullen een daling zien in hun belastinginkomsten, en spreken ook bezwaar uit tegen het huidige voorstel.<sup>318</sup> Landen als Frankrijk, Oostenrijk en de Tsjechische Republiek zien hun belastinginkomsten stijgen en hebben uitgesproken voor het CCCTB-voorstel te zijn.<sup>319</sup> Gezien het feit dat elk land de toewijzingsformule zo wil indelen dat de voor hun land gunstigste situatie ontstaat, zal het moeilijk worden om unanimitet te bereiken.<sup>320</sup>

Een oplossing voor het unanimitetsvereiste kan het meersnelhedenregime van artikel 20, VwEU zijn. Indien negen landen voorstander van de invoering van de CCCTB-richtlijn zijn, kunnen zij met elkaar als kopgroep deze richtlijn invoeren omdat deze bijdraagt aan het behalen van de doelstellingen van de Europese Unie en aan de verdere integratie van de lidstaten.<sup>321</sup> Het is erg onwaarschijnlijk dat de CCCTB-richtlijn aan de hand van het meersnelhedenregime ingevoerd zal worden, omdat de CCCTB-richtlijn juist zijn kracht vindt in de vereniging van de gehele Europese Unie. Indien de CCCTB-richtlijn aan de hand van het meersnelhedenregime wordt ingevoerd, geldt de wetgeving op dat moment alleen nog voor de lidstaten die hebben toegezegd deel te nemen aan de nieuwe wetgeving. Binnen deze kleinere groep zullen er weer landen zijn die erop vooruitgaan en landen zijn die erop achteruitgaan. Het is de vraag of de huidige voorstanders van de CCCTB-richtlijn nog steeds voor de invoering van de richtlijn zijn als deze ten koste gaat van hun belastinginkomsten.

#### 4.3.8.3 Tussenconclusie internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is al voor lange tijd de belangrijkste methode om winsten toe te wijzen. Voor aanpassingen van het beginsel is geen unanimitet nodig. Echter moeten landen zelf hun wetgeving aanpassen.

Voor de invoering van de CCCTB-richtlijn is unanimitet nodig binnen de Europese Unie. Momenteel zijn negen landen fel tegen de richtlijn, slechts drie spreken uit voor te zijn. Een optie voor de voorstanders is het meersnelhedenregime. Ondanks dat de richtlijn aan de vereisten van artikel 20, VwEU, lijkt te voldoen, zal de CCCTB-richtlijn door slechts met een deel van de Europese Unie van start te gaan zijn doel volledig voorbijschieten.

<sup>316</sup> P. Griffin, e.a., *Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018*.

<sup>317</sup> Besluit van de Bundesrates, no. 640/16, 16 december 2016, par. 6.

<sup>318</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 437.

<sup>319</sup> P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 p. 437.

<sup>320</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.21-1.24.

<sup>321</sup> Zie artikel 115, VwEU.

Doordat het arm's length-beginsel al de wereldwijde standaard is, bevindt het beginsel zich op het gebied van internationale inpasbaarheid in een sterkere positie dan de formulary apportionment methode die ver verwijderd van invoering in de Europese Unie lijkt te zijn.

#### 4.4 Conclusie

In dit hoofdstuk is antwoord gegeven op de derde deelvraag: in hoeverre voldoen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode zoals opgenomen in de CCCTB-richtlijn aan de gestelde toetsingscriteria? Hieronder worden de conclusies die worden getrokken op basis van de toetsing van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode behandeld.

##### Neutraliteit

Doordat de belastingtarieven wereldwijd niet zijn geharmoniseerd zal het arm's length-beginsel, ondanks het feit dat de winsten van zowel gelieerde, als niet-gelieerde ondernemingen op dezelfde manier toegewezen worden, niet leiden tot neutraliteit.

De CCCTB-richtlijn zal binnen de Europese Unie tot een geharmoniseerde winsttoewijzing leiden. Voor entiteiten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd zal het arm's length-beginsel worden toegepast. Daarnaast zijn de belastingtarieven in Europa, laat staan in de wereld, niet geharmoniseerd waardoor neutraliteit niet wordt behaald.

##### Efficiëntie

Het arm's length-beginsel kan bij veel materiële gecontroleerde transacties leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt door een tekort aan informatie en moeilijk uitvoerbare methodes.

Indien een groep zich onder de CCCTB-richtlijn beperkt tot de Europese Unie zullen de nalevingskosten van de groep sterk afnemen door een gebrek aan verplichte documentatie. Echter indien een groep ook buiten de Europese Unie gevestigd is, zal dit het behaalde voordeel tenietdoen omdat dan twee verschillende systemen naast elkaar moeten worden toegepast. Belastingdiensten zullen erop achteruitgaan, omdat zij een dubbele rol krijgen en twee fiscale systemen tegelijkertijd moeten hanteren.

##### Zekerheid en uitvoerbaarheid

Doordat de implementatie van het arm's length-beginsel aan de landen zelf wordt overgelaten ontstaan discrepanties. Problemen rondom de uitvoerbaarheid ontstaan vooral door informatiegebrek, de transactionele winstmethodes kunnen een oplossing bieden.

Indien belastingplichtigen zich onder de CCCTB-richtlijn beperken tot de Europese Unie zal de zekerheid en de uitvoerbaarheid verbeteren ten opzichte van het arm's length-beginsel. Belastingplichtigen zullen overwegend ook buiten de Europese Unie actief zijn. Voor hen zal het onduidelijker worden aan welke wetgeving zij moeten voldoen, en zal ook de uitvoerbaarheid een stuk lastiger worden.

##### Doeltreffendheid en eerlijkheid

Door de recent in werking getreden ATAD 1, worden de mogelijkheden tot belastingontwijking onder het arm's length-beginsel aangepakt. Zo wordt de verplaatsing van risico's, en immateriële en financiële activa sterk beperkt.

Doordat in de toewijzingsformule immateriële en financiële activa niet worden opgenomen, worden de traditionele ontwijkingsmethodes binnen de Europese Unie buiten spel gezet. Indien een groep ook buiten de Europese Unie is gevestigd, zal belastingontwijking nauwelijks afnemen. Ook lijken de antimisbruikbepalingen in de CCCTB-richtlijn ontoereikend.

### Flexibiliteit

Het arm's length-beginsel heeft altijd met de economie mee kunnen groeien doordat de praktische toepassing van het beginsel makkelijk te veranderen is.

Door de toewijzingsformule is de CCCTB-richtlijn op elke situatie toe te passen. Ook wordt de werking van de formule niet beïnvloed door economische ontwikkelingen. Aanpassingen van de formule zijn wel moeilijk door te voeren door het unanimitetsvereiste van de Europese Unie.

### Gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder het arm's length-beginsel zullen de winsten van belastingplichtigen worden gealloceerd aan de hand van het arm's length-beginsel. Dit zorgt voor een gelijke behandeling van de belastingplichtigen. Discrepancies tussen nationale wetgevingen kunnen een inbreuk maken op de gelijkheid.

Binnen Europa leidt de CCCTB-richtlijn tot gelijkheid tussen belastingplichtigen door het gebruik van een formule. Echter wordt de gelijkheid aangetast door de drempel van 750 miljoen euro groepsomzet en door het feit dat groepen niet enkel binnen de Europese Unie zijn gevestigd.

Er zullen geen verschillen zijn in de verticale gelijkheid tussen beide methodes.

### Gelijkheid tussen belastingdiensten

Het arm's length-beginsel wijst winsten altijd toe aan de bron. Indien het beginsel niet goed wordt toegepast kan de procedure voor onderling overleg een uitkomst bieden.

Sommige aspecten van de toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn zorgen ervoor dat winsten niet worden toegewezen aan de entiteiten waar zij hun oorsprong vinden. Dit maakt dat een belastingdienst onterecht belasting kan heffen. Gelijkheid tussen belastingdiensten wordt niet behaald.

### Internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is door 119 landen opgenomen in de nationale wetgeving. De OESO vereist geen unanimitet voor de introductie van nieuwe richtlijnen. Echter zullen landen zelf hun wetgeving moeten aanpassen.

Voor de invoering van de CCCTB-richtlijn is unanimitet nodig binnen de Europese Unie. Door een grote verdeeldheid tussen de lidstaten is dit momenteel ver weg. Het meersnelhedenregime biedt een optie voor de invoering van de CCCTB-richtlijn, maar het doel van de CCCTB-richtlijn wordt dan niet meer bereikt.

Waar het arm's length-beginsel wereldwijd al is geïmplementeerd, lijkt het nog onzeker of de CCCTB-richtlijn alleen al binnen de Europese Unie haalbaar is.

### Samenvatting

Het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode hebben beide zowel sterke als zwakke punten. Ondanks dat het arm's length-beginsel niet voldoet aan alle toetsingscriteria lijkt het arm's length-beginsel de voorkeur te genieten. Er is echter geen duidelijk dominante methode. De resultaten van het onderzoek zijn kort samengevat in de onderstaande tabel.

Tabel 4-1

Toetsingscriterium	Arm's length-beginsel	CCCTB-richtlijn
Neutraliteit	X	X
Efficiëntie	X	X
Zekerheid en uitvoerbaarheid	≈	X
Doeltreffendheid en eerlijkheid	≈	≈
Flexibiliteit	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingplichtigen	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingdiensten	✓	X
Internationale inpasbaarheid	✓	X



## 5 Hybride methode

### 5.1 Inleiding

Alternatieven voor het huidige arm's length-beginsel zijn de laatste jaren intensief onderzocht door diverse auteurs.<sup>322</sup> Een aantal van de onderzoeken speelt in op de aanpassingen die de laatste jaren zijn doorgevoerd op het arm's length-beginsel. Door de toenemende complexiteit van de transacties wordt steeds vaker teruggevallen op transactionele winstmethodes. Alhoewel de OESO stelt dat de transactionele winstmethodes niet vergeleken mogen worden met de formulary apportionment methode,<sup>323</sup> is de overeenkomst dat beide gebaseerd zijn op een toewijzingsformule zeer relevant.

In dit hoofdstuk zal worden gekeken naar mogelijke aanpassingen van het arm's length-beginsel. Aan de hand van het onderzoek dat in hoofdstuk 4 heeft plaatsgevonden worden de sterke punten van beide systemen kort samengevat. Gekeken zal worden of de systemen elkaar kunnen aanvullen om zo tot een alternatieve methode te komen. Dit zal een antwoord bieden op de laatste deelvraag: is een middenweg tussen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode mogelijk?

### 5.2 Sterke punten

Dit onderzoek heeft, tot nu toe, het arm's length-beginsel en de formulary methode als twee losstaande methodes behandeld. Beide zijn los van elkaar onderzocht en tegen elkaar afgewogen. De conclusie van dit onderzoek is dat zowel bij de toepassing van het arm's length-beginsel als bij de toepassing van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn, problemen kunnen ontstaan. De toepassing van beide systemen zal significante nalevingskosten voor de belastingplichtigen en handhavingskosten voor de belastingdiensten met zich mee brengen. Geen van de twee systemen biedt garantie dat de winsten worden verdeeld over de betrokken partijen zoals zou zijn gebeurd als het derden van elkaar waren. Bovendien is de verwachting dat onder beide systemen belastingontwijking, hoogstwaarschijnlijk, in dezelfde mate blijft bestaan.

Met deze aandachtspunten in het achterhoofd volgt nu een visie op alternatieve methodes en mogelijke aanpassingen, beginnend met een inventarisatie van de sterke punten van beide systemen.

#### 5.2.1 Sterke punten arm's length-beginsel

Toepassing van het arm's length-beginsel leidt tot een eerlijke toewijzing van de winsten zolang voldoende informatie beschikbaar is. Gezien het feit dat het beginsel de winsten van gelieerde ondernemingen op dezelfde manier behandelt als die van niet-gelieerde ondernemingen, zal het noch voor de een noch voor de ander economische keuzes beïnvloeden. Ook zal de gelijke behandeling van winsten leiden tot een gelijke fiscale behandeling, zowel van de belastingplichtigen als van de belastingdiensten. Ook de bewezen flexibiliteit van het arm's length-beginsel is een sterk punt.

#### 5.2.2 Sterke punten formulary apportionment methode

De formulary apportionment methode kan, zolang er niet twee systemen naast elkaar gehanteerd worden, leiden tot bepaalde voordelen. Doordat de formulary apportionment methode winsten letterlijk aan de hand van een formule verdeelt, zal de methode altijd in staat zijn om winsten correct toe te wijzen aan de entiteiten van een groep. Ook elementen waar het arm's length-beginsel moeite mee kan hebben, zoals schaal- en synergievoordelen, en immateriële activa kunnen aan de hand van

---

<sup>322</sup> M. Kane, 'Transfer Pricing, Integration, and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard', *World Tax Journal* 2014, p. 282-314. R. Avi-Yonah, K. Clausing, en M. Durst, 'Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split', *Florida Tax Review*, 2009/5, p. 497-553. S. Morse, 'Revisiting Global Formulary Apportionment', *Virginia Tax Review* 2010, p. 593-644.

<sup>323</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 1.18.



de toewijzingsformule worden verdeeld. Dit komt voort uit het feit dat de formulary apportionment methode slechts informatie nodig heeft over bepaalde aspecten van een groep. Omdat de formulary apportionment methode slechts een beperkte hoeveelheid data nodig heeft, is de methode relatief eenvoudig toepasbaar voor belastingplichtigen en controleerbaar voor belastingdiensten, wat lage nalevings- en handhavingskosten impliceert.

### 5.3 Hybride alternatief?

Een voordehand liggend alternatief is om de sterke punten van beide methodes te combineren. Avi-Yonah en Benshalom hebben een alternatief geschreven voor het arm's length-beginsel. In dit alternatief roepen zij op om de systemen te zien als elementen die elkaar kunnen versterken, en dus niet als losstaande tegenhangers. Zij spelen in op het toenemend gebruik en complexiteit van de transactionele winstmethodes. Binnen het door hen voorgestelde alternatief zal het arm's length-beginsel worden gebruikt voor 'gemakkelijke transacties' die veelal routinematig van aard zullen zijn. Dit zullen transacties zoals de levering van goederen of diensten zijn, waar doorgaans vergelijkbare, niet-gecontroleerde transacties voor gevonden kunnen worden.<sup>324</sup> De formulary apportionment methode zou dan als tweede optie kunnen worden gebruikt om de winsten van 'moeilijke' transacties toe te wijzen.<sup>325</sup> Dit zullen vooral transacties zijn waar de toepassing van het arm's length-beginsel moeilijk kan zijn, bijvoorbeeld winsten afkomstig uit immateriële en financiële activa.

De hybride methode zoals voorgesteld door Avi-Yonah en Benshalom zal niet als een compleet nieuw voorstel worden geïntroduceerd, maar als een aanpassing van het huidige arm's length-beginsel. Het hybride alternatief zal dan ook worden uitgewerkt in de OESO TP-richtlijnen. Dit betekent dat de basis van het arm's length-beginsel blijft bestaan. Omdat momenteel het arm's length-beginsel in een groot deel van de landen wordt toegepast zullen de groepssamenstellingen niet of nauwelijks veranderen. Dit komt doordat landen hun huidige implementatie van het arm's length-beginsel op dat vlak niet hoeven aan te passen. Welke entiteiten samen een groep vormen zal nog steeds worden bepaald aan de hand van dezelfde nationale definities van gelieerdheid. Het kan voorkomen dat landen het arm's length-beginsel niet hebben opgenomen in hun wetgevingen. Dit zullen echter kleine landen zijn die niet prominent aanwezig zijn op de globale economie. Dat dergelijke landen het arm's length-beginsel niet hanteren zal voor de toepassing van dit alternatief geen probleem zijn.

Doordat het voorstel van Avi-Yonah en Benshalom het bestaande arm's length-beginsel als basis neemt en vervolgens de pijnpunten van het beginsel probeert op te lossen aan de hand van de formulary apportionment methode, lijkt dit een goede tussenweg tussen het arm's length-beginsel en de CCTB-richtlijn. Hieronder wordt de hybride methode verder uitgewerkt.

#### 5.3.1 Arm's length-beginsel binnen de hybride methode

Het voorstel van Avi-Yonah en Benshalom lijkt sterk op de bestaande profit split methode. Er is echter sprake van een belangrijk verschil. Als de restwinst is berekend, doordat de routinematige activiteiten zijn beloond, wordt deze niet aan de hand van een voor de groep gespecialiseerde toewijzingsformule verdeeld maar aan de hand van een vooraf bepaalde toewijzingsformule.

Zoals eerder reeds genoemd zal het arm's length-beginsel worden toegepast op de gemakkelijke transacties. De transactionele winstmethodes zullen worden vervangen door een vooraf bepaalde toewijzingsformule. De overblijvende verrekenprijsmethodes zijn dan de CUP-, RPM- en de cost plus

---

<sup>324</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 12.

<sup>325</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 12.

methode. Deze methodes worden doorgaans gebruikt voor transacties omtrent goederen, en diensten.<sup>326</sup>

Transacties omtrent immateriële en financiële activa zullen over het algemeen niet meer worden gewaardeerd aan de hand van het arm's length-beginsel. Immateriële activa worden gekenmerkt door uniciteit voor de belastingplichtige, dit heeft tot gevolg dat er niet of nauwelijks vergelijkbare, niet-gecontroleerde transacties voor beschikbaar zijn. Indien dergelijke informatie niet beschikbaar is, kan het arm's length-beginsel niet (betrouwbaar) worden toegepast. Daarnaast zijn immateriële en financiële activa vatbaar voor manipulatie omdat ze beide gemakkelijk binnen een groep verplaatst kunnen worden.

### 5.3.2 Formulary apportionment binnen de hybride methode

De formulary apportionment methode wordt binnen het voorstel toegepast op die onderdelen van transacties die moeilijk toe te wijzen zijn aan een bepaalde entiteit. Dit zal het gedeelte van de winst zijn dat overblijft nadat het arm's length-beginsel is toegepast.<sup>327</sup> Deze 'restwinst' zal voornamelijk bestaan uit de winsten (en schulden) van immateriële en financiële activa.

#### 5.3.2.1 De toewijzingsformule

Het voorstel van Avi-Yonah en Benshalom wijst de restwinst toe aan de hand van een toewijzingsformule, maar geeft geen suggesties voor hoe een dergelijke formule ingevuld zou kunnen worden. Het doel bij de toewijzing van de restwinst van immateriële activa is dat deze terecht komt bij de entiteiten die hebben bijgedragen aan de creatie van deze winst.<sup>328</sup> Bovendien moeten de gekozen factoren dermate eenvoudig te observeren zijn dat zij aanzienlijk gemakkelijker toepasbaar zijn dan de transactionele winstmethodes van het arm's length-beginsel, terwijl zij tegelijkertijd dusdanig moeilijk te verplaatsen moeten zijn dat belastingontwijking niet in de hand wordt gewerkt.<sup>329</sup> Toewijzing van de restwinst van financiële activa wordt gedaan op basis van de gedachte dat alle financiële activa behoren tot de multinationale groep als geheel, en niet tot specifieke entiteiten binnen de groep.<sup>330</sup> Toewijzing van de winsten van financiële activa zal over alle entiteiten van de groep moeten geschieden.<sup>331</sup> Hierdoor moeten de factoren niet alleen makkelijk te observeren en moeilijk te verplaatsen zijn, maar ook toezien op een eerlijke verdeling over de gehele groep.

## 5.4 Toetsing hybride methode

Om te kijken of het door Avi-Yonah en Benshalom voorgestelde alternatief daadwerkelijk tot een verbetering zal leiden, wordt deze, voor zover mogelijk, ook aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid van BEPS Actieplan 1 en de internationale inpasbaarheid getoetst.

### – Neutraliteit

De winsten van routinematige activiteiten worden door het arm's length-beginsel aan de bron gealloceerd. Het aan de bron toewijzen van winsten kan slechts tot een neutrale heffing leiden indien de winsten in elk land op dezelfde manier worden toegewezen en in elk land tegen hetzelfde belastingtarief worden belast. Omdat wereldwijd de belastingtarieven verre van geharmoniseerd zijn, zal het hybride systeem per definitie niet tot een neutrale heffing kunnen leiden. Dat onder het arm's length-beginsel zowel gelieerde als niet-gelieerde belastingplichtigen op dezelfde manier fiscaal worden behandeld, doet daar niet aan af.

---

<sup>326</sup> OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017, par. 2.14-2.61.

<sup>327</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 12.

<sup>328</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 16.

<sup>329</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 21.

<sup>330</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 16.

<sup>331</sup> R. Avi-Yonah en I. Benshalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 17.

De toewijzing van de restwinsten kan bijdragen aan de neutraliteit van het systeem indien de toewijzingsformule slechts bestaat uit niet-beïnvloedbare factoren, zoals verkoop. De invulling van de toewijzingsformules is echter nog niet helder, maar de kans is aanwezig dat de formules in ieder geval één brongerichte factor zullen bevatten. Ook indien de formule alleen op bijvoorbeeld verkopen gericht zal zijn, wordt neutraliteit niet behaald.

Toepassing van de hybride methode kan leiden tot een neutrale heffing, ook als de hybride methode niet wereldwijd wordt toegepast. Niet-lidstaten van de OESO kunnen volledig zelf bepalen of zij de hybride methode opnemen in hun nationale wetgeving. Indien dat niet gebeurt zullen belastingplichtigen te maken krijgen met verschillende manieren van de allocatie van de winst. Landen die zich niet aansluiten bij de hybride methode zullen de winst van een groep blijven toewijzen aan de hand van het arm's length-beginsel. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat dergelijke landen een andere methode, zoals de formulary apportionment methode, zullen invoeren omdat een dergelijke methode zijn kracht haalt uit een internationale consensus. Indien het arm's length-beginsel wordt toegepast resulteert dit in een verschillende behandeling van de restwinst. Belastingplichtigen krijgen de mogelijkheid om bijvoorbeeld hun immateriële activa te verplaatsen naar de jurisdictie waar deze het gunstigste zal worden behandeld. Omdat binnen de hybride methode formules worden ontwikkeld voor specifieke waarde toevoegende onderdelen is het de bedoeling dat de formules in staat zijn de relevante inkomsten toe te wijzen aan de jurisdictie waar de winsten zijn gecreëerd. Verschillen tussen een correcte toepassing van het arm's length-beginsel en een dergelijke formule zullen minimaal moeten zijn. Echter zullen de uitkomsten van een formule en de toepassing van het arm's length-beginsel op allerlei specifieke gevallen zelden tot eenzelfde uitkomst leiden.

Neutraliteit wordt onder de hybride methode niet bereikt.

#### – Efficiëntie

Het arm's length-beginsel kan leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten. Onder het hybride voorstel zullen belastingplichtigen echter slechts voor de materiële, routinematige transacties documentatie moeten opstellen. De toepassing van het arm's length-beginsel voor de routinematige transacties is relatief eenvoudig uit te voeren doordat er veel vergelijkbare, niet-gelieerde transacties zullen zijn. Het berekenen en beargumenteren van de verrekenprijzen van dergelijke transacties zal de belastingplichtigen waarschijnlijk niet op kosten jagen. De controle door de belastingdiensten zal ook eenvoudiger zijn, omdat voor hen ook geldt dat informatie over vergelijkbare, niet-gecontroleerde transacties in dezelfde mate beschikbaar is.

De toepassing van de formulary apportionment methode zal hetzelfde effect sorteren. Belastingplichtigen zullen de restwinst simpelweg verdelen op basis van de formule. De transfer pricing documentatie van de routinematige activiteiten zal de basis vormen voor de onderbouwing van de restwinst. Daarnaast zal aangetoond moeten worden dat de resterende winst niet het resultaat is van routinematige activiteiten en dus onder de restwinst valt. Dit kan de efficiëntie van de hybride methode schaden. Het is moeilijk om te bewijzen dat een onderdeel van de winst tot de restwinst behoort omdat dan onomstotelijk vast moet staan dat geen vergelijkbare, niet-gecontroleerde transacties beschikbaar zijn. Voor een dergelijk bewijs zal grondig onderzoek moeten worden uitgevoerd. Indien de restwinst is bepaald zal de toewijzing daarvan automatisch worden gedaan aan de hand van de formule.

De efficiëntie hangt voor een gedeelte af van de gekozen factoren voor de toewijzingsformule. Indien deze factoren moeilijk verkrijgbaar en controleerbaar zijn voor belastingplichtigen en de belastingdienst zal de efficiëntie van het systeem sterk afnemen. Wanneer de data echter gemakkelijk verkrijgbaar zijn, zal deze voor zowel de belastingplichtigen als de belastingdiensten een kostenverlichting met zich meebrengen.

#### – Zekerheid en uitvoerbaarheid

Doordat het hybride alternatief wordt uitgewerkt in de OESO TP-richtlijnen zijn de OESO-lidstaten niet verplicht het hybride alternatief door te voeren in hun nationale wetgevingen en belastingverdragen. In de toepassing van het hybride alternatief per land kunnen daardoor verschillen ontstaan. De verschillen tussen de nationale wetgevingen zullen beperkt zijn omdat landen dit mede zullen

implementeren met het oog op de harmonisatie van internationale winst toewijzing. Toch is het onredelijk om te verwachten dat de nationale wetgevingen volledig met elkaar in lijn zullen zijn. Belastingplichtigen moeten per land onderzoeken welke informatie in de documentatie moet worden opgenomen. De toepassing van het arm's length-beginsel zal relatief eenvoudig zijn voor de belastingplichtigen, omdat de documentatie slechts hoeft te worden opgesteld voor de materiële, routinematige transacties. Doordat informatie betreffende deze transacties normaliter eenvoudig te vinden is, zal het opstellen van de transfer pricing documentatie ook goed uitvoerbaar zijn.

Zoals reeds eerder aan de orde was, vormt de transfer pricing documentatie van de routinematige activiteiten de basis voor de verantwoording van de restwinst en kan de verantwoording van restwinst moeilijk uit te voeren zijn. Hoe dergelijke documentatievereisten uiteindelijk zullen worden ingevuld zal nog duidelijk moeten worden. Maar zolang het geen oplossing biedt voor de onderbouwing van de restwinst kan dit ten kosten gaan van de zekerheid en uitvoerbaarheid van de hybride methode.

In hoeverre de hybride methode zekerheid biedt en uitvoerbaar is voor de belastingplichtigen en belastingdiensten is afhankelijk van de documentatieverplichtingen rondom de restwinst. De toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige activiteiten lijkt geen problemen op te leveren.

#### – Doeltreffendheid en eerlijkheid

De winsten van transacties kunnen aan de hand van het arm's length-beginsel aan de bron worden toegewezen indien voldoende informatie beschikbaar is voor de analyse. In het hybride voorstel zullen alleen de routinematige transacties worden beoordeeld aan de hand van het beginsel. Zoals eerder besproken is over het algemeen genoeg bruikbare informatie beschikbaar voor deze transacties. De toewijzing van de restwinst zal worden gedaan aan de hand van de vooraf bepaalde toewijzingsformule.

Het hybride voorstel lijkt een zeer goede optie als het gaat om beperking van de mogelijkheden tot belastingontwijking. Het arm's length-beginsel is doeltreffend in het toewijzen van winsten afkomstig uit routinematige transacties en geeft slechts een kleine marge, het arm's length-bereik, waarbinnen belastingplichtigen hun prijzen kunnen doen schommelen. Voor de toewijzing van de restwinst zal de toewijzingsformule worden gebruikt maar gezien het feit dat de factoren van deze formule niet bekend zijn, is de gevoeligheid voor belastingontwijking moeilijk in te schatten. Avi-Yonah en Benschalom stellen dat het een vereiste is dat factoren voor immateriële activa gemakkelijk waarneembaar en moeilijk verplaatsbaar zijn.<sup>332</sup> De factoren van financiële activa moeten toezien op alle entiteiten van de groep,<sup>333</sup> de factoren voor beide soorten activa dienen de bijdrage van de entiteiten aan het resultaat te weerspiegelen.<sup>334</sup> Dit betekent dat het niet mogelijk is slechts die factoren te kiezen die winsten aan het bestemmingsland toewijzen met als gevolg dat de formule (gedeeltelijk) zal bestaan uit brongerichte factoren.

Voor zowel de toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige winst als de toepassing van de formulary apportionment methode op de restwinst geldt dat zij gevoelig zijn voor winstverplaatsing door middel van het verplaatsen van productieprocessen. Indien een multinationale groep besluit de structuur van zijn onderneming aan te passen, kunnen bepaalde processen worden verplaatst naar landen met een gunstig belastingtarief. Dit biedt groepen alsnog de mogelijkheid om tot een zeker niveau zelf te bepalen waar hun winsten worden belast.

#### – Flexibiliteit

Flexibiliteit is een sterke eigenschap van het arm's length-beginsel. Een reden voor het lange bestaan van het beginsel is dat, ondanks dat de aard van het beginsel hetzelfde is gebleven, de manier waarop het beginsel in de praktijk kan worden toegepast continue is meegegroeid met de veranderende economische omstandigheden.

---

<sup>332</sup> R. Avi-Yonah en I. Benschalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 16.

<sup>333</sup> R. Avi-Yonah en I. Benschalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 16.

<sup>334</sup> R. Avi-Yonah en I. Benschalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010, p. 16.

De winsttoewijzing aan de hand van de formulary apportionment methode is per definitie flexibel. De toepassing van de toewijzingsformule verschilt niet voor verschillende soorten winsten. Dus ondanks dat mogelijke technologische ontwikkelingen de juistheid van de toewijzing kunnen aantasten, zal de methode altijd in staat zijn de restwinst van de groep toe te wijzen.

– Gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder de hybride methode zullen landen gebruik blijven maken van het arm's length-beginsel. Een groot deel van de belastingplichtigen zal hierdoor gebruik maken van hetzelfde concept. Doordat landen zelf de grondige veranderingen van het arm's length-beginsel in hun nationale wetgeving moeten verwerken, kunnen verschillen in de nationale wetgevingen ontstaan. Deze verschillen kunnen een kwestie van tijd zijn tot dat landen hun wetgeving aanpassen, maar kunnen ook ontstaan doordat landen besluiten de hybride methode op een andere manier te interpreteren. Dit kan tot gevolg hebben dat de horizontale gelijkheid wordt geschaad omdat de behandeling van belastingplichtigen per land kan verschillen. Ter voorkoming van geschillen zijn in de meeste belastingverdragen tussen landen procedures voor onderling overleg opgenomen.<sup>335</sup> Zo hebben de betrokken autoriteiten een inspanningsverplichting om tot een juiste toepassing van het beginsel te komen.

Vergelijkbare problemen als nu bestaan bij de CCCTB zullen waarschijnlijk niet meer voorkomen. De hybride methode kent geen drempelwaarde waardoor alle belastingplichtige te maken krijgen met dezelfde set aan regels in plaats van dat er twee groepen belastingplichtigen ontstaan met twee verschillende systemen. De winsten van belastingplichtigen zullen worden opgesplitst in routinematige- en restwinst. Welk percentage van de winst wordt gekwalificeerd als routinematig en welk als restwinst, zal verschillen per belastingplichtige, maar de restwinsten van de belastingplichtigen worden aan de hand van dezelfde formules toegewezen. Dit zal al ertoe leiden dat de fiscale behandeling van belastingplichtigen hoogstwaarschijnlijk niet ver uiteen zal lopen.

Toch zullen er verschillen in de behandeling van belastingplichtigen kunnen ontstaan wanneer de hybride methode niet op grote schaal wordt ingevoerd. Dit ziet wederom op de behandeling van de restwinst van groepen. Ondanks dat de formules ernaar streven de winsten toe te wijzen aan waar de winsten zijn gecreëerd zullen deze niet volledig overeenkomen met de toepassing van het arm's length-beginsel.

Het is moeilijk om verwachtingen uit te spreken over de verticale gelijkheid tussen belastingplichtigen aangezien een zwaardere belastingdruk voor grotere belastingplichtigen afhankelijk is van de progressie van het belastingtarief. Ook is er geen bewijs dat grotere ondernemingen meer belasting ontwijken dan kleinere ondernemingen. Invoering van het hybride alternatief zal hierop weinig invloed hebben.

– Gelijkheid tussen belastingdiensten

Landen moeten zelf het arm's length-beginsel in hun nationale wetgevingen implementeren. De formulary apportionment methode heeft als kenmerk dat de toepassing hiervan tot arbitraire resultaten zou leiden. Het hybride alternatief zal zorgen dat de arbitraire aard van het gebruik van een toewijzingsformule wordt onderdrukt. Doordat slechts de restwinst zal worden verdeeld aan de hand van de toewijzingsformule, zal de formule toegespitst kunnen worden op de veel voorkomende onderdelen van de restwinst. Avi-Yonah en Benshalom geven reeds aan in twee formules te willen voorzien voor immateriële en financiële activa. Als uit verder onderzoek naar voren komt dat er nog voor een derde onderdeel, of voor een subonderdeel van de restwinst een aparte formule nodig is, kan deze worden toegevoegd. De restwinst zal dan aan de hand van enigszins gespecialiseerde formules worden toegewezen, waardoor arbitraire resultaten zullen worden geminimaliseerd.

De lidstaten van de OESO zullen hoogstwaarschijnlijk de gemaakte afspraken volgen, maar niet-lidstaten kunnen in principe afwijken van de OESO TP-richtlijnen. Zij kunnen bijvoorbeeld andere

---

<sup>335</sup> Zie artikel 25, OESO-Modelverdrag.

factoren opnemen in de toewijzingsformule om zo een groter deel van de winst naar zich toe te trekken, of ervoor kiezen om de formulary apportionment methode volledig achterwege te laten. Een transactie kent vanzelfsprekend twee kanten. De andere betrokken belastingdienst zal niet bereid zijn mee te werken als dat betekent dat haar belastbare winst afneemt. Hier treedt de procedure voor onderling overleg in werking, deze verplicht de betrokken belastingdiensten te streven naar een uitkomst.<sup>336</sup> De inspanningsverplichting biedt geen garantie voor een gelijke behandeling van de betrokken belastingdiensten. Indien er sprake is van een situatie waar twee landen geen belastingverdrag hebben gesloten kan het voorkomen dat bepaalde onderdelen van de winst door beide belastingdiensten in de heffing worden opgenomen. Dit heeft als mogelijk gevolg dat een jurisdictie belasting heft over een deel van de winst terwijl dat deel van de winst niet aan die jurisdictie gealloceerd zou zijn.

Ondanks dat de toewijzingsformules zullen worden gespecialiseerd voor het alloceren van bepaalde onderdelen van de restwinst kunnen de resultaten van het hybride alternatief nog steeds arbitrair zijn, met als gevolg dat toewijzing niet volledig overeenkomt met de toewijzing aan de hand van het arm's length-beginsel. Indien er sprake is van een situatie waar twee belastingdiensten eenzelfde onderdeel van de winst opnemen in hun heffing kan een belastingverdrag tot een oplossing leiden. Als deze geen uitkomst biedt, of indien deze er in zijn geheel niet is, wordt de gelijkheid tussen belastingdiensten geschaad.

#### – Internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is al geruime tijd opgenomen in de nationale wetgeving van veel landen. Doordat de OESO de richtlijnen van het arm's length-beginsel schrijft, is er geen unanimitéit nodig om nieuwe regelgeving aan te nemen. Het voorgestelde alternatief introduceert een grote verandering op de huidige OESO TP-richtlijnen. Een dergelijke drastische verandering zal mogelijk voor onrust zorgen en niet worden geaccepteerd. Indien het hybride voorstel door de OESO wel in de OESO TP-richtlijnen wordt opgenomen, zullen de 34 OESO-lidstaten de nieuwe regelgeving accepteren en doorvoeren in hun nationale wetgevingen.

Niet-lidstaten van de OESO kunnen echter ervoor kiezen de veranderingen in de OESO TP-richtlijnen te negeren. In dit geval kunnen de OESO-lidstaten slechts aan de hand van politieke druk deze niet-lidstaten ertoe aan te zetten de wijzigingen door te voeren.

## 5.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is gekeken naar een alternatief voor het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode. Aan de hand van de in hoofdstuk 4 uitgevoerde analyse konden de sterke punten van beide methodes worden gerangschikt. Hieruit kwam naar voren dat het arm's length-beginsel betrouwbaar en effectief is bij het berekenen van verrekenprijzen voor minder complexe transacties, zoals de overdracht van goederen of de levering van een dienst. De formulary apportionment methode lijkt juist goed te voldoen bij de toewijzing van de winsten van immateriële en financiële activa, omdat de toepassing van een formule erg eenvoudig is. Wel moet de toewijzingsformule bestaan uit relevante factoren zodat de toewijzing van de winst correct kan worden uitgevoerd aan de entiteiten die een bijdrage hebben geleverd aan de creatie van de winst.

Avi-Yonah en Benshalom hebben een voorstel geschreven voor een hybride alternatief van het arm's length-beginsel. Bij deze hybride methode worden de routinematige winsten verdeeld aan de hand van het arm's length-beginsel, terwijl de niet-routinematige/restwinsten worden toegewezen aan de hand van de formulary apportionment methode.

---

<sup>336</sup> Zie artikel 25, OESO-Modelverdrag.

### Neutraliteit

Neutraliteit zal slechts worden bereikt indien de toewijzingsformule de restwinsten aan de hand van niet-beïnvloedbare factoren toewijst en indien de belastingtarieven wereldwijd geharmoniseerd zijn. Beide voorwaarden zullen onder het hybride alternatief niet worden behaald.

### Efficiëntie

De toepassing van het arm's length-beginsel voor de routinematige transacties is relatief eenvoudig uit te voeren doordat er veel vergelijkbare, niet-gelieerde transacties zullen zijn. Voor de toewijzing van de restwinsten hoeven de belastingplichtigen slechts een formule toe te passen.

### Zekerheid en uitvoerbaarheid

De toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige activiteiten leidt tot zekerheid en uitvoerbaarheid bij en voor de belastingplichtigen en belastingdiensten. In hoeverre de hybride methode in zijn geheel zekerheid biedt en uitvoerbaar is hangt af van de documentatieverplichtingen rondom de restwinst.

### Doeltreffendheid en eerlijkheid

Voor zowel de toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige winst als de toepassing van de formulary apportionment methode op de restwinst geldt dat zij gevoelig zijn voor winstverplaatsing door middel van het verplaatsen van productieprocessen. Dit biedt groepen alsnog de mogelijkheid om tot een zeker niveau zelf te bepalen waar hun winsten worden belast.

### Flexibiliteit

Het arm's length-beginsel heeft altijd met de economie mee kunnen groeien doordat de praktische toepassing van het beginsel makkelijk te veranderen is. De winsttoewijzing aan de hand van de formulary apportionment methode is per definitie flexibel. De formulary apportionment methode kan worden toegepast ongeacht mogelijke technologische ontwikkelingen.

### Gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder het hybride alternatief zullen alle belastingplichtigen in beginsel gelijk worden behandeld doordat zij gebruik maken van hetzelfde concept. De discrepanties tussen nationale wetgevingen zullen klein zijn en de horizontale gelijkheid tussen belastingplichtigen minimaal beïnvloeden. Toch zullen er verschillen in de behandeling van belastingplichtigen kunnen ontstaan wanneer de hybride methode niet op grote schaal wordt ingevoerd. De verschillen die ontstaan tussen de toepassing van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode op de winst zullen in theorie nihil moeten zijn. In de praktijk zal dit verschil echter substantiëler zijn.

Doordat de verticale gelijkheid voor een deel wordt bepaald door het gehanteerde tarief is het moeilijk hiervoor een conclusie te trekken.

### Gelijkheid tussen belastingdiensten

Het arm's length-beginsel wijst winsten altijd toe aan de bron. Indien niet alle landen zich aansluiten bij de hybride methode kan er sprake zijn van ongelijkheid tussen belastingdiensten. Ondanks dat de toewijzingsformules zullen worden gespecialiseerd voor het alloceren van bepaalde onderdelen van de restwinst kunnen de resultaten van het hybride alternatief nog steeds arbitrair zijn, met als gevolg dat toewijzing niet volledig overeenkomt met de toewijzing aan de hand van het arm's length-beginsel. Indien er sprake is van een situatie waar twee belastingdiensten eenzelfde onderdeel van de winst opnemen in hun heffing kan een belastingverdrag onder omstandigheden een oplossing bieden.

### Internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is bijna wereldwijd opgenomen in de nationale wetgevingen. De OESO vereist geen unanimititeit voor de invoering van nieuwe wetgeving. Echter zullen landen zelf hun wetgeving moeten aanpassen. Niet-lidstaten van de OESO kunnen ervoor kiezen de veranderingen in de OESO TP-richtlijnen te negeren.

### Samenvatting

De resultaten van de toetsing van het arm's length-beginsel en de hybride methode aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid zoals genoemd in BEPS Actieplan 1 en de internationale inpasbaarheid zijn hieronder tegen elkaar afgezet.

Tabel 5-1

Toetsingscriterium	Arm's length-beginsel	CCCTB-richtlijn	Hybride methode
Neutraliteit	X	X	X
Efficiëntie	X	X	✓
Zekerheid en uitvoerbaarheid	≈	X	≈
Doeltreffendheid en eerlijkheid	≈	≈	?
Flexibiliteit	✓	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingplichtigen	✓	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingdiensten	✓	X	✓
Internationale inpasbaarheid	✓	X	≈





## 6 Conclusie en aanbevelingen

### 6.1 Inleiding

Het arm's length-beginsel is in deze scriptie vergeleken met de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn, teneinde de volgende probleemstelling te beantwoorden:

“Zou het arm's length-beginsel moeten worden vervangen door of gecombineerd worden met de formulary apportionment methode, in de vorm die wordt gebruikt binnen de huidige CCCTB-richtlijn, zowel beoordeeld vanuit de overkoepelende beginselen van een goed belastingbeleid als vanuit de internationale inpasbaarheid?”

Deze probleemstelling wordt beantwoord aan de hand van vier deelvragen die in de volgende paragraaf worden behandeld. De scriptie wordt afgesloten met een aanbeveling aan de OESO en aan de Europese Commissie.

### 6.2 Conclusie

Deelvraag 1:

Wat is het arm's length-beginsel, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van het arm's length-beginsel voor transfer pricing doeleinden?

Het arm's length-beginsel wordt door ondernemingen en belastingdiensten gebruikt om een verrekenprijs met een eerlijke verdeling van de winsten over de relevante jurisdicties vast te kunnen stellen voor een transactie tussen gelieerde ondernemingen. De strekking van het arm's length-beginsel is dat gelieerde partijen met elkaar dienen te handelen alsof zij derden zijn, om zo tot marktconforme prijzen te komen. Het beginsel is uitgewerkt in de OESO TP-richtlijnen en geldt als standaard voor de OESO-lidstaten bij het bepalen van verrekenprijzen voor fiscale doeleinden.

Om tot een verrekenprijs te komen moeten zowel een functionele- als een vergelijkbaarheidsanalyse worden uitgevoerd. Ondanks uitgebreide toelichtingen in de OESO TP-richtlijnen kan de toepassing van het arm's length-beginsel onder bepaalde omstandigheden moeilijk zijn, zoals in geval van synergievoordelen. Ook waar de OESO TP-richtlijnen wel duidelijke handvatten geven over de uitvoering van de transfer pricing analyse, kan de werkelijke uitvoering nog steeds complex zijn. Dit geldt bijvoorbeeld voor het identificeren en toewijzen van risico's. Een ander knelpunt kan zijn dat voor de transfer pricing analyse benodigde data niet beschikbaar zijn. Verschillende verrekenprijsmethoden hebben verschillende soorten data nodig. Door de gevoeligheid van bepaalde informatie, of door de nationale wetgeving van een specifiek land kan het voorkomen dat informatie in het geheel niet openbaar wordt. Ook kan het zijn dat bij gevallen waar geen external comparables beschikbaar zijn, gebruik moet worden gemaakt van internal comparables. Door steeds verder geïntegreerde bedrijven neemt de beschikbaarheid van internal comparables af. Ook worden in de moderniserende economie bedrijfsspecifieke immateriële activa steeds belangrijker. Deze activa kunnen zo bedrijfsspecifiek zijn dat er geen comparables bestaan voor transfer pricing doeleinden.

Indien de benodigde informatie beschikbaar is, kunnen, door de complexiteit van de transfer pricing analyses, toch knelpunten ontstaan. Omdat honderd procent vergelijkbare transacties zelden tot nooit zullen worden gevonden, moeten met regelmaat vergelijkbaarheidsaanpassingen worden doorgevoerd. De belastingplichtige en de belastingdienst moeten het over deze aanpassingen eens worden. Hier speelt de mate van subjectiviteit die komt kijken bij een transfer pricing analyse een belangrijke rol.

Deelvraag 2:

Wat is de CCCTB-richtlijn, en wat is de uitwerking/problematiek van het gebruik van de formulary apportionment methode binnen de CCCTB-richtlijn?

De Europese Commissie heeft de afgelopen jaren geprobeerd om bij de toewijzing van winsten binnen de Europese Unie af te stappen van het arm's length-beginsel door de CCCTB-richtlijn in te voeren. De CCCTB-richtlijn maakt gebruik van de formulary apportionment methode. Om tot een verdeling van de winsten te komen, moeten vooraleerst de leden van een multinationale groep duidelijk worden. Als duidelijk is welke entiteiten tot de groep behoren, worden al hun resultaten geconsolideerd. Wanneer de geconsolideerde winst berekend is, wordt deze aan de leden van de groep toegewezen aan de hand van een vooraf bepaalde formule. In het richtlijnvoorstel bestaat deze formule uit de factoren omzet, arbeid en activa.

Het gebruik van een formule voor de toewijzing van de winsten van een multinationale groep brengt problemen met zich mee. Zo wordt hierdoor automatisch verondersteld dat alle groepsentiteiten even productief zijn als het gaat om de opgenomen factoren, ongeacht in welk land de factoren worden gebruikt. Ook zorgt het gebruik van een dergelijke formule ervoor dat de organisatorische keuzes van groepen worden beïnvloed, waardoor deze mogelijk niet even efficiënt zullen opereren als voor de invoering van de CCCTB-richtlijn. Dit zal in grotere mate gebeuren dan bij het gebruik van het arm's length-beginsel, doordat bij toepassing van de formulary apportionment methode immateriële activa niet worden meegenomen.

Bij de invulling van de formule heeft de Europese Commissie ervoor gekozen om immateriële activa buiten beschouwing te laten. Dit zorgt ervoor dat de formule makkelijker toepasbaar is en beperkt de mogelijkheden tot manipulatie. Er kunnen echter arbitraire resultaten ontstaan als dit waarde toevoegende onderdeel wordt genegeerd. Daarnaast heeft dit tot gevolg dat de factor activa niet goed kan weergeven welke landen een bijdrage hebben geleverd aan de uiteindelijke winst. Ook de keuze voor het waarderen op boekwaarde in plaats van marktwaarde draagt eraan bij dat geen goed beeld ontstaat van de bijdragen van de betreffende activa aan de geconsolideerde winst.

Aangezien een uniforme belastinggrondslag de transparantie vergroot, is het aannemelijk dat concurrentie op het gebied van het belastingtarief wordt vergroot. Ten slotte zal de CCCTB-richtlijn naar alle waarschijnlijkheid de versturende gevolgen van belastingconcurrentie in de interne markt niet verminderen. Aangezien een uniforme belastinggrondslag de transparantie vergroot, is het aannemelijk dat concurrentie op het gebied van het belastingtarief wordt vergroot.

Doordat het arm's length-beginsel niet zal verdwijnen door het in werking treden van de CCCTB-richtlijn, worden groepen verplicht twee verschillende systemen naast elkaar te gebruiken. Wat hiervan het effect is op de nalevingskosten, is moeilijk vooraf in te schatten. Het naast elkaar bestaan van de twee systemen geeft meer mogelijkheden tot belastingontwijking. Omdat het arm's length-beginsel toegepast zal blijven worden, blijft het mogelijk om op dezelfde manieren winsten te verplaatsen zoals nu al gebeurt. Daarnaast maakt de invoering van de CCCTB-richtlijn andere vormen van belastingontwijking mogelijk.

Deelvraag 3:

In hoeverre voldoen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode zoals opgenomen in de CCCTB-richtlijn aan de gestelde toetsingscriteria?

Bij de eerste twee deelvragen zijn de principes en de problematiek van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode zoals opgenomen in de CCCTB-richtlijn beschreven. Daarmee is de basis gelegd voor de toetsing van het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid zoals genoemd in BEPS Actieplan 1 en de internationale inpasbaarheid van beide systemen.

### Neutraliteit

Doordat de belastingtarieven wereldwijd niet zijn geharmoniseerd zal het arm's length-beginsel, ondanks het feit dat de winsten van zowel gelieerde, als niet-gelieerde ondernemingen op dezelfde manier toegewezen, niet leiden tot neutraliteit.

De CCCTB-richtlijn zal binnen de Europese Unie tot een geharmoniseerde winsttoewijzing leiden. Voor entiteiten die buiten de Europese Unie zijn gevestigd zal het arm's length-beginsel worden toegepast. Daarnaast zijn de belastingtarieven in de Europese Unie, laat staan in de wereld, niet geharmoniseerd waardoor neutraliteit niet wordt behaald.

### Efficiëntie

Het arm's length-beginsel kan bij veel materiële gecontroleerde transacties leiden tot hoge administratieve lasten voor zowel belastingplichtigen als belastingdiensten. Dit wordt voornamelijk veroorzaakt door een tekort aan informatie en moeilijk uitvoerbare methodes.

Indien een groep zich onder de CCCTB-richtlijn beperkt tot de Europese Unie zullen de nalevingskosten van de groep sterk afnemen door een gebrek aan verplichte documentatie. Echter indien een groep ook buiten de Europese Unie gevestigd is, zal dit het behaalde voordeel tenietdoen omdat dan twee verschillende systemen naast elkaar moeten worden toegepast. Belastingdiensten zullen erop achteruitgaan, omdat zij een dubbele rol krijgen en twee fiscale systemen tegelijkertijd moeten hanteren.

### Zekerheid en uitvoerbaarheid

Doordat de implementatie van het arm's length-beginsel aan de landen zelf wordt overgelaten kunnen discrepanties ontstaan. Problemen rondom de uitvoerbaarheid ontstaan vooral door informatiegebrek. Bij dergelijke situaties kunnen de transactionele winstmethodes een oplossing bieden.

Indien belastingplichtigen zich niet buiten de Europese Unie vestigen zal de zekerheid en de uitvoerbaarheid onder de CCCTB-richtlijn verbeteren ten opzichte van de situatie onder het arm's length-beginsel. Belastingplichtigen zullen doorgaans ook buiten de Europese Unie actief zijn. Voor hen zal het onduidelijker worden aan welke wetgeving zij moeten voldoen, en zal ook de uitvoerbaarheid een stuk lastiger worden.

### Doeltreffendheid en eerlijkheid

Door de implementatie van ATAD 1 en de publicatie van de BEPS Actieplannen en, worden de mogelijkheden tot belastingontwijking onder het arm's length-beginsel aan de hand van verplaatsing van risico's en immateriële en financiële activa sterk beperkt.

Doordat in de toewijzingsformule immateriële en financiële activa niet worden opgenomen, worden de traditionele ontwijkingsmethodes binnen de Europese Unie buiten spel gezet. Indien een groep ook buiten de Europese Unie is gevestigd, zal belastingontwijking nauwelijks afnemen. Ook lijken de antimisbruikbepalingen in de CCCTB-richtlijn ontoereikend.

### Flexibiliteit

Het arm's length-beginsel heeft altijd met de economie mee kunnen groeien doordat de praktische toepassing van het beginsel makkelijk te veranderen is.

Door de toewijzingsformule is de CCCTB-richtlijn op elke situatie toe te passen. Ook wordt de werking van de formule niet beïnvloed door economische ontwikkelingen. Aanpassingen van de formule zijn wel moeilijk door te voeren door het unanimitetsvereiste van de Europese Unie.

### Gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder het arm's length-beginsel zullen alle belastingplichtigen gelijk worden behandeld doordat zij gebruik maken van dezelfde regels. De aanwezige discrepanties tussen nationale wetgevingen zijn klein en zullen de horizontale gelijkheid tussen belastingplichtigen minimaal beïnvloeden. Ook zijn belastingdiensten verplicht te streven naar een oplossing voor dubbele (niet) belasting.

Binnen de Europese Unie leidt de CCCTB-richtlijn tot gelijkheid tussen belastingplichtigen door het gebruik van een formule. Echter wordt de gelijkheid aangetast door de drempel van 750 miljoen euro groepsomzet en doordat bedrijven buiten de Europese Unie opereren.

Het arm's length-beginsel overtreft de CCCTB-richtlijn zal zowel binnen als buiten de Europese Unie als het op gelijkheid van belastingplichtigen aan komt.

Doordat de verticale gelijkheid voor een deel wordt bepaald door het gehanteerde tarief is het moeilijk een conclusie te trekken voor beide methodes. De hoeveelheid belastingontwijking zal echter onder beide methodes gelijk zijn. Grote verschillen tussen de verticale gelijkheid van beide methodes zullen daarom niet voorkomen.

#### Gelijkheid tussen belastingdiensten

Het arm's length-beginsel wijst winsten altijd toe aan de bron. Indien het beginsel niet goed wordt toegepast kan de procedure voor onderling overleg onder omstandigheden uitkomst bieden.

Sommige aspecten van de toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn zorgen ervoor dat winsten niet worden toegewezen aan de entiteiten waar zij hun oorsprong vinden. Dit maakt dat een belastingdienst onterecht belasting kan heffen.

#### Internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is bijna wereldwijd opgenomen in de nationale wetgevingen. Daarnaast vereist de OESO geen unanimititeit voor de invoering van nieuwe wetgeving. Echter zullen landen zelf hun wetgeving moeten aanpassen.

Voor de invoering van de CCCTB-richtlijn is unanimititeit nodig binnen de Europese Unie. Door een grote verdeeldheid tussen de lidstaten is dit momenteel ver weg. Het meersnelhedenregime biedt een optie voor de invoering van de CCCTB-richtlijn, maar het doel van de CCCTB-richtlijn wordt dan niet meer bereikt.

#### Samenvatting

Het arm's length-beginsel heeft altijd met de economie mee kunnen groeien doordat de praktische toepassing van het beginsel makkelijk te veranderen is.

De toewijzingsformule van de CCCTB-richtlijn is per definitie flexibel. De werking van de formule wordt niet beïnvloed door economische ontwikkelingen. Aanpassingen van de formule zijn wel moeilijk door te voeren door het unanimitetsvereiste van de Europese Unie.

Tabel 6-1

Toetsingscriterium	Arm's length-beginsel	CCCTB-richtlijn
Neutraliteit	X	X
Efficiëntie	X	X
Zekerheid en uitvoerbaarheid	≈	≈
Doeltreffendheid en eerlijkheid	≈	≈
Flexibiliteit	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingplichtigen	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingdiensten	✓	X
Internationale inpasbaarheid	✓	X

Deelvraag 4:

Is een middenweg tussen het arm's length-beginsel en de formulary apportionment methode mogelijk?

Alternatieven voor het huidige arm's length-beginsel zijn de laatste jaren intensief onderzocht door diverse auteurs. Aan de hand van de toetsing van beide methodes aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid zoals genoemd in BEPS Actieplan 1 en de internationale inpasbaarheid zijn de sterke punten van beide methodes duidelijk geworden.

Het arm's length-beginsel is betrouwbaar en effectief bij het berekenen van verrekenprijzen voor minder complexe transacties, zoals de overdracht van goederen of de levering van een service. De formulary apportionment methode lijkt juist goed te voldoen bij de toewijzing van de winsten van immateriële en financiële activa, omdat de toepassing van een formule erg eenvoudig is. Wel moet de toewijzingsformule bestaan uit relevante factoren zodat de toewijzing van de winst correct kan worden uitgevoerd aan de entiteiten die een bijdrage hebben geleverd aan de creatie van de winst.

Avi-Yonah en Benshalom hebben een voorstel geschreven voor een hybride alternatief van het arm's length-beginsel. Bij deze hybride methode worden de routinematige winsten verdeeld aan de hand van het arm's length-beginsel, terwijl de niet-routinematige/restwinsten worden toegewezen aan de hand van de formulary apportionment methode.

#### Neutraliteit

Neutraliteit zal slechts worden bereikt indien de toewijzingsformule de restwinsten aan de hand van niet-beïnvloedbare factoren toewijst en indien de belastingtarieven wereldwijd geharmoniseerd zijn. Beide voorwaarden zullen onder het hybride alternatief niet worden behaald.

#### Efficiëntie

De toepassing van het arm's length-beginsel voor de routinematige transacties is relatief eenvoudig uit te voeren doordat er veel vergelijkbare, niet-gelieerde transacties zullen zijn. Voor de toewijzing van de restwinsten hoeven de belastingplichtigen slechts een formule toe te passen.

#### Zekerheid en uitvoerbaarheid

De toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige activiteiten leidt tot zekerheid en uitvoerbaarheid bij en voor de belastingplichtigen en belastingdiensten. In hoeverre de hybride methode in zijn geheel zekerheid biedt en uitvoerbaar is hangt af van de documentatieverplichtingen rondom de restwinst.

#### Doeltreffendheid en eerlijkheid

Voor zowel de toepassing van het arm's length-beginsel op de routinematige winst als de toepassing van de formulary apportionment methode op de restwinst geldt dat zij gevoelig zijn voor winstverplaatsing door middel van het verplaatsen van productieprocessen. Dit biedt groepen alsnog de mogelijkheid om tot een zeker niveau zelf te bepalen waar hun winsten worden belast.

#### Flexibiliteit

Het arm's length-beginsel heeft altijd met de economie mee kunnen groeien doordat de praktische toepassing van het beginsel makkelijk te veranderen is. De winsttoewijzing aan de hand van de formulary apportionment methode is per definitie flexibel. De formulary apportionment methode kan worden toegepast ongeacht mogelijke technologische ontwikkelingen.

#### Gelijkheid tussen belastingplichtigen

Onder het hybride alternatief zullen alle belastingplichtigen in beginsel gelijk worden behandeld doordat zij gebruik maken van hetzelfde concept. De discrepanties tussen nationale wetgevingen zullen klein zijn en de horizontale gelijkheid tussen belastingplichtigen minimaal beïnvloeden. Toch zullen er verschillen in de behandeling van belastingplichtigen kunnen ontstaan wanneer de hybride methode niet op grote schaal wordt ingevoerd. De verschillen die ontstaan tussen de toepassing van het arm's

length-beginsel en de formulary apportionment methode op de winst zullen in theorie nihil moeten zijn. In de praktijk zal dit verschil echter substantiëler zijn.

Doordat de verticale gelijkheid voor een deel wordt bepaald door het gehanteerde tarief is het moeilijk hiervoor een conclusie te trekken.

#### Gelijkheid tussen belastingdiensten

Het arm's length-beginsel wijst winsten altijd toe aan de bron. Indien niet alle landen zich aansluiten bij de hybride methode kan er sprake zijn van ongelijkheid tussen belastingdiensten. Ondanks dat de toewijzingsformules zullen worden gespecialiseerd voor het alloceren van bepaalde onderdelen van de restwinst kunnen de resultaten van het hybride alternatief nog steeds arbitrair zijn, met als gevolg dat toewijzing niet volledig overeenkomt met de toewijzing aan de hand van het arm's length-beginsel. Indien er sprake is van een situatie waar twee belastingdiensten eenzelfde onderdeel van de winst opnemen in hun heffing kan een belastingverdrag tot een oplossing leiden.

#### Internationale inpasbaarheid

Het arm's length-beginsel is bijna wereldwijd opgenomen in de nationale wetgevingen. De OESO vereist geen unanimititeit voor de invoering van nieuwe wetgeving. Echter zullen landen zelf hun wetgeving moeten aanpassen. Niet-lidstaten van de OESO kunnen ervoor kiezen de veranderingen in de OESO TP-richtlijnen te negeren.

#### Samenvatting

De resultaten van de toetsing van het arm's length-beginsel en de hybride methode aan de overkoepelende beginselen van belastingbeleid zoals genoemd in BEPS Actieplan 1 en de internationale inpasbaarheid zijn hieronder tegen elkaar afgezet.

Tabel 6-2

Toetsingscriterium	Arm's length-beginsel	CCCTB-richtlijn	Hybride methode
Neutraliteit	X	X	X
Efficiëntie	X	X	✓
Zekerheid en uitvoerbaarheid	≈	X	≈
Doeltreffendheid en eerlijkheid	≈	≈	?
Flexibiliteit	✓	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingplichtigen	✓	✓	✓
Gelijkheid tussen belastingdiensten	✓	X	✓
Internationale inpasbaarheid	✓	X	≈

### 6.3 Aanbevelingen

Deze scriptie wordt afgesloten met aanbevelingen voor de Europese Commissie en de OESO.

De Europese Commissie wordt geadviseerd om afstand te nemen van de CCCTB-richtlijn. De richtlijn lijkt zijn doel niet te bereiken en de veronderstelling dat deze tot nieuwe problemen zal leiden is legitiem. De formulary apportionment methode biedt echter wel kansen ter verbetering van het huidige arm's length-beginsel.

De OESO heeft aangegeven de formulary apportionment op wereldwijd niveau niet als een realistisch alternatief van het arm's length-beginsel te zien. Toch wordt hen geadviseerd de formulary apportionment methode nog een kans te geven. Ditmaal niet als volledige vervanging het arm's length-beginsel, maar als aanvulling. Door de moderniserende economie wordt toepassing van het arm's length-beginsel op transacties van en rondom immateriële en financiële activa steeds moeilijker, ook kunnen er problemen ontstaan bij sterk geïntegreerde productieprocessen. De formulary

apportionment methode biedt hier een makkelijk toepasbaar alternatief dat, afhankelijk van de gekozen toewijzingsfactoren, in staat is de winsten toe te wijzen aan de jurisdicties waar de waarde is gecreëerd.





# Literatuurlijst

## Hoofdstuk 1

Egdom, van, 2017

J.T. van Egdom, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

OECD 1998

OECD, A borderless world: realizing the potential of electronic commerce, Parijs: OECD Publishing 1998.

OECD 2015

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2014

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2014.

OECD 2006

OECD, Measuring the Non-Observed Economy: A Handbook, Parijs: OECD Publications 2006.

OECD 2017

OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD 2018

OECD, What we do and how, <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>.

## Hoofdstuk 2

Baker 2003

P. Baker, Double Taxation Conventions, Londen: Sweet & Maxwell 2003.

Boone & Haupt 2013

P. Boone en M. Haupt, 'Transfer Pricing Documentation for business Restructurings', International Transfer Pricing Journal 2013.

Bullen 2010

A. Bullen, 'Arm's Length Transaction Structures', IBFD Doctoral Series 2010.

Carrol 1933

M.B. Carroll, Methods of Allocating Taxable Income, Genève: League of Nations 1933.

Collier & Andrus 2017

R. S. Collier, J. L. Andrus, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS, Oxford: Oxford University Press 2017.

Dool, van den, 2018

R. van den Dool, e.a., Compendium Vennootschapsbelasting, Deventer: Kluwer 2018.

Egdom, van, 2017

J.T. van Egdom, Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

League of Nations 1927

League of Nations, Report on Double Taxation and Tax Evasion, C.216.M.85, 12 april 1927.

League of Nations 1928

League of Nations, Report on Double Taxation and Tax Evasion, (C.562.M.85), Londen: League of Nations 1928.

League of Nations 1930 League of Nations, Report to the Council on the Work of the Second Session of the Committee, (C.340.M.140), Geneve: League of Nations 1930.

League of Nations 1933

League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Fourth Session of the Committee, (C.399.M.204), Genève: League of Nations 1933.

League of Nations 1933

League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Fourth Session of the Committee, (C.399.M.204), Genève: League of Nations 1933.

OECD 2014

OECD, BEPS Actions 8, 9 and 10: Discussion Draft on Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures), Parijs: OECD Publishing 2014.

OECD 2015

OECD, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2017

OECD, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD 2017

OECD, OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD 2017

OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD 2018

OECD, Members and partners, <http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>.

OECD 2018

OECD, What we do and how, <http://www.oecd.org/about/whatwedoandhow/>.

OECD 2018

OECD, Who does what, <http://www.oecd.org/about/whodoeswhat/>.

Peters 2015

C.A.T. Peters, 'Transfer Pricing en BEPS: Waar is Ariadne?', WFR 2015.

Transparency International 2017

Transparency International, Corruption Perceptions Index 2017, 7 januari 2019.  
[https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2017#table](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#table).

Wittendorff 2010

J. Wittendorff, Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

### Hoofdstuk 3

Agúndez-García 2006

A. Agúndez-García, The Delineation and Apportionment of an EU Consolidated Tax Base for Multi-Jurisdictional Corporate Income Taxation: A Review of Issues and Options, Brussel: European Commission 2006.

CCCTB Working Group 2007

CCCTB Working Group, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13.11.2007.

CCCTB Working Group 2008

CCCTB Working Group, Summary Record by the Chair of the Meeting of the CCCTB Working Group – held in Brussels on 10-11 December 2007, 4 March 2008.

Dwenger, Rattenhuber & Steiner 2011

N. Dwenger, P. Rattenhuber en V. Steiner, Sharing the burden: Empirical evidence on corporate tax incidence, München: Max Planck Institute 2011.

Ecofin Council 2013

Ecofin Council, ECOFIN report to the European Council on Tax issues, no. 11507/13.

Europese Commissie 2006

Europese Commissie, The mechanism for sharing the CCCTB, 17 november 2006.

Europese Commissie 2007

Europese Commissie, CCCTB: possible elements of the sharing mechanism, 13 november 2007.

Europese Commissie 2011

Europese Commissie, Accompanying document to the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), SEC (2011) 316.

Europese Commissie 2011

Europese Commissie, Persbericht Questions and Answers on the CCCTB, Memo/11/171.

Europese Commissie 2011

Europese Commissie, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, COM(2011) 121/4.

Europese Commissie 2011

Europese Commissie, Vragen en antwoorden over de CCCTB-richtlijn, MEMO/11/171, 16 maart 2011.

Europese Commissie 2012

Europese Commissie, Compromise Proposal CCCTB, 16 april 2012, no. 8790/12.

Europese Commissie 2012

Europese Commissie, Compromise Proposal CCCTB, 19 november 2014, no. 8790/12.

Europese Commissie 2016

Europese Commie, Delivering a Europe that protects, empowers and defends Annex IV (Withdrawals), COM(2016) 710 final.

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, COM(2016) 685 final.

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base - Explanatory Memorandum, COM(2016) 685 final.

Europese Parlement 2018

Europese Parlement, Plenaire vergadering betreffende Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), A8-0051/2018.

Europese Raad 2013

Europese Raad, Brief van Herman Van Rompuy voorzitter van de Europese Raad aan de leden van de Europese Raad, EUCO 62/13 PRESSE 94 PR PCE 54.

Europese Raad 2013

Europese Raad, Presidency Synthesis Report on the bilateral discussions on the proposal for a CCCTB, 2013, doc. 7830/13 FISC 60.

Fuest 2008

C. Fuest, *The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Harberger 1962

A.C. Harberger, 'The Incidence of the Corporation Income Tax', *The Journal of Political Economy* 1962.

Mayer 2009

S. Mayer, 'Formulary Apportionment for the Internal Market', *IBFD* 2009.

McLure & Weiner 2000

C.E. McLure en J.M. Weiner, *Deciding whether the European Union should adopt formula apportionment of company income*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

McLure 1980

C.E. McLure, *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves' Clothing*, Washington D.C.: Brookings 1980.

Nicodème 2008

G. Nicodème, 'Corporate Income Tax and Economic Distortions', No. 2477, *CESifo Working Paper Series* 2008.

Röder 2012

E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', *World Tax Journal* 2012.

Schön 2007

W. Schön, 'Group Taxation and the CCCTB', *Tax Notes International* 2007.

Spengel en Zöllkau 2012

C. Spengel en Y. Zöllkau, *Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income - An International Comparison*, Berlin en Heidelberg: Springer 2012.

Streek, van de, 2017

J.L. van de Streek, 'De geherlanceerde CCTB/CCCTB-voorstellen; nu wel een schot in de roos?', *WFR* 2017/7184.

Szudockzy 2012

R. Szudockzy, *CCCTB: Selected Issues*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

Temme, Sporcken & Okten 2011

M. Temme, E. Sporcken en R. Okten, *Why Reinvent the Wheel in the European Union? The Common Consolidated Corporate Tax Base Proposal*, Amsterdam: IBFD 2011.

Vascega & Thiel, van, 2011

M. Vascega en S. van Thiel, *The CCCTB-richtlijn Proposal: The Next Step towards Corporate Tax Harmonization in the European Union?*, IBFD 2011.

Verlinden & Deré 2015

I. Verlinden, P. Deré, 'The European Commission Action Plan for a Fair and Efficient Tax System in the European Union: What Should Be Expected?', *IBFD* 2015.

Wattel, Marres & Vermeulen 2018

P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, *European Tax Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Weiner 2001

J.M. Weiner, 'The European Union and Formula Apportionment: Caveat Emptor', Amsterdam: IBFD 2001.

Weiner 2006

J.M. Weiner, *Company Tax Reform in the European Union – Guidance from the United States and Canada on Implementing Formulary Apportionment in the EU*, New York: Springer 2006.

Wilde, de, 2015

M.F. de Wilde, 'Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down', *Intertax* 2015.

## Hoofdstuk 4

Algemene Rekenkamer 2014

Algemene Rekenkamer, *Belastingontwijking: Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot de fiscale regels van het verdragenetwerk*, 2014.

Alley & Bentley 2005

C. Alley en D. Bentley, 'A remodeling of Adam Smith's tax design principles', Law Faculty Publications, 2005.

Avi-Yonah & Reuven 2010

Avi-Yonah en S. Reuven 'Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation', World Tax Journal 2010.

CCCTB Working Group 2007

Working Group CCCTB Working Group, CCCTB: Possible elements of the sharing mechanism, CCCTB/WP060\doc\en.

Europese Commissie 2001

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, COM(2001)582/1.

Europese Commissie 2011

Europese Commissie, Vragen en antwoorden over de CCCTB-richtlijn, MEMO/11/171, 16 maart 2011.

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base - Explanatory Memorandum, COM(2016) 685 final.

Europese Commissie 2016

Europese Commissie, Questions and Answers on the package of corporate tax reforms, Strasbourg 2016.

Eyitayo 2017

O.A. Eyitayo, The Global Fight against Base Erosion and Profit Country-by-Country Reporting Rules, Halifax: Dalhousie University 2017.

Fuest 2008

C. Fuest, The European Commission's Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base, Oxford: Oxford University 2008.

Griffin 2018

P. Griffin, e.a., Worldwide Transfer Pricing Reference Guide 2017-2018.

Keser, Kimpel & Oestreicher 2016

C. Keser, G. Kimpel en A. Oestreicher, Would a CCCTB-richtlijn mitigate profit shifting?, Cirano: Montréal 2016.

McLure 2002

C.E. McLure, 'Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment', IBFD Bulletin 2002.

OECD 1998

OECD, Dismanteling the Barriers to Global Electronic Commerce, Turku (Finland), Parijs: OECD Publishing 1998.

OECD 1998

OECD, Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions, Parijs: OECD Publishing 1998.

OECD 2001

OECD, Taxation and Electronic Commerce: Implementing the Ottawa taxation framework conditions, Parijs: OECD Publishing 2001.

OECD 2014

OECD, Resolution of the Council on Decision-Making by the Council and its Standing Committees, OECD Publishing: Parijs 2014.

OECD 2015

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2015

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Annex D, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2015

OECD, Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2015

OECD, Measuring and Monitoring BEPS, Parijs: OECD Publishing 2015.

OECD 2017

OECD, Guidelines for Conducting Advance Pricing Arrangements under the Mutual Agreement Procedure, Parijs: OECD Publishing 2017.

OECD 2017

OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017.

Owens 2005

J. Owens, 'Income Allocation In The 21st Century: The End of Transfer Pricing? Should the Arm's Length Principle Retire?', IBFD: International Transfer Pricing Journal 2005.

Röder 2012

E. Röder, 'Proposal for an Enhanced CCTB as an Alternative to a CCCTB with Formulary Apportionment', World Tax Journal 2012.

Spengel & Zöllkau 2012

C. Spengel en Y. Zöllkau, Common Corporate Tax Base (CC(C)TB) and Determination of Taxable Income – An International Comparison, Berlijn en Heidelberg: Springer 2012.

Temme, Sporcken & Okten 2011

M. Temme, E. Sporcken en R. Okten, 'Why Reinvent the Wheel in the European Union? The Common Consolidated Corporate Tax Base Proposal', IBFD 2011.

Wattel, Marres & Vermeulen 2018

P.J. Wattel, O. Marres en H. Vermeulen, European Tax Law, Deventer: Wolters Kluwer 2018.



## Hoofdstuk 5

Avi-Yonah & Benschalom 2010

R. Avi-Yonah en I. Benschalom, Formulary Apportionment - Myths and Prospects, Michigan: Michigan Law 2010.

Avi-Yonah, Clausing, & Durst 2009

R. Avi-Yonah, K. Clausing, en M. Durst, 'Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split', Florida Tax Review, 2009/5.

Kane 2014

M. Kane, 'Transfer Pricing, Integration, and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard', World Tax Journal 2014.

Morse 2010

S. Morse, 'Revisiting Global Formulary Apportionment', Virginia Tax Review 2010.

OECD 2017

OECD, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Parijs: OECD Publishing 2017.