

Master Fiscale Economie

Erasmus Universiteit Rotterdam

Erasmus School of Economics



Transferpricing: de toepassing op data-transacties

T. Stevens

Studentnummer: 371478

Rotterdam, november 2019

Scriptiebegeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Tweede beoordelaar: L.C. van Hulten Msc

Voorwoord

Geachte lezer,

Voor u ligt mijn masterscriptie, het laatste onderdeel van de master Fiscale Economie. Gedurende mijn studie heb ik altijd interesse gehad in zowel fiscale als financiële economie. Een verdere verdieping in transferpricing leek dan ook een logische stap. De keuze voor een verdieping in data-transacties komt voort uit nieuwsgierigheid naar data als product binnen een bedrijfsproces. De laatste jaren is er namelijk regelmatig commotie rondom data en data-gebruik door multinationals, zoals Facebook en Google. De privacy-problematiek met betrekking tot het verzamelen en gebruiken van (persoonlijke) data krijgt daarmee geregeld (media-) aandacht. De transferpricing-problematiek, betreffende de waardering van de data-transacties binnen een concern, is daarentegen minder bekend. Doordat data een steeds grotere rol gaan spelen binnen de economie, wordt het vinden van een oplossing voor deze problematiek steeds urgenter. In deze thesis tracht daarom ik een bijdrage te leveren aan deze oplossing.

De studie Fiscale Economie ben ik eigenlijk begonnen met het idee dat ik wel wat extra uitdaging kon gebruiken. Deze uitdaging heb ik zeker gekregen, vandaar dat ik extra trots ben op het afronden van deze scriptie. Dit was zeker niet gelukt zonder de steun en begeleiding van vele personen om mij heen, waarvan ik een aantal in het bijzonder wil bedanken. Allereerst wil ik Loes van Hulten en Peter Kavelaars bedanken voor de begeleiding van de scriptie. Daarnaast wil ik Carolien, Patricia en Lars bedanken voor de kritische feedback, het taalkundig advies en de support.

Tot slot, mam en pap, bedankt voor jullie liefde en support de afgelopen zeven jaar. Zonder deze steun en de grote hoeveelheid studievoeding (lees: chocoladerepen) had ik mij nooit in deze mate op zowel intellectueel als persoonlijk vlak kunnen ontwikkelen, en zo een geweldig studententijd kunnen hebben.

Veel plezier met het lezen!

Inhoudsopgave

<i>Lijst van gebruikte afkortingen</i>	<i>6</i>
<i>Hoofdstuk 1: Introductie.....</i>	<i>7</i>
1.1 Inleiding	7
1.1.1 Data	7
1.1.2 Fiscaal landschap.....	8
1.1.4 Grondslaguitholling en winstverschuiving.....	13
1.1.5 Dubbele belastingheffing en non-heffing.....	14
1.2 Probleemstelling.....	15
1.3 Toetsingskader	16
1.4 Opzet.....	18
1.5 Afbakening.....	19
<i>Hoofdstuk 2: De economische visie op data.....</i>	<i>20</i>
2.1 Inleiding	20
2.2 Bronnen en karakteristieken	20
2.2.1 Bronnen.....	20
2.2.2 Karakteristieken.....	21
2.3 Data waardeketen	25
2.4 Ruwe data.....	29
2.5 Deelconclusie	30
<i>Hoofdstuk 3: Een fiscale blik op data.....</i>	<i>32</i>
3.1 Inleiding.....	32
3.2 Separate entity-approach.....	32
3.3 Het arm's-lengthbeginsel met betrekking tot een data-transactie	33
3.3.1 Toepassing van het arm's-lengthbeginsel	33
3.3.2 Immateriële activa.....	36
3.4 Digitale economie.....	37
3.4.1 Digitale bedrijfsmodellen en waardecreatie.....	37
3.4.2 Belang van transferpricing.....	39
3.5 Tussenconclusie.....	40

Hoofdstuk 4: De toepassing van TP-richtlijnen op data	42
4.1 Introductie	42
4.2 Vergelijkbaarheidsanalyse	42
4.3 De data-transactie	45
4.4 Transferpricing-methodes	48
4.4.1 Comparable-uncontrolled-pricemethode	50
4.4.2 Resale-pricemethode	53
4.4.3 Cost-plusmethode	54
4.4.4 Transactional-net-marginmethode	55
4.4.5 Profit-splitmethode	57
4.4.6 Tussenconclusie	60
4.5 Deelconclusie	60
Hoofdstuk 5: De financiële waarderingsmethode	62
5.1 Introductie	62
5.2 Financiële waarderingsmethodes in het algemeen	63
5.2.1 De kostenmethodes	63
5.2.2 Marktmethodes	64
5.2.3 Inkomstenmethodes	65
5.2.4 Methodes voor de berekening van de kasstroom	68
5.3 Het Veritas- en Amazon-arrest	72
5.3.1 Het Veritas-arrest	73
5.3.2 Het Amazon-arrest	76
5.4.5 Tussenconclusie	78
5.5 Deelconclusie	79
Hoofdstuk 6: De waarderingsmethode voor een data-transactie	81
6.1 Introductie	81
6.2 Parameters	81
6.2.1 Kasstromen en groeifactor	82
6.2.2 Levensduur	83

6.2.3 Verdisconteringsvoet.....	83
6.2.4 De toetsingscriteria	86
6.4 De residual-valuemethode en de excess-earningsmethode.....	94
6.5 De toetsingscriteria	99
6.4 Tussenconclusie.....	100
Hoofdstuk 7: Conclusie	102
7.1 Samenvatting.....	102
7.2 Conclusie	103
Bronnenlijst.....	106
Appendix A.....	114
Appendix B.....	115
1. Kasstromen.....	115
2. DCF	115
3. WACC.....	115
4. CAPM.....	116
Appendix C.....	117

Lijst van gebruikte afkortingen

Afkorting	Betekenis
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting Action Plan
CAPM	Capital asset pricing model
CCA	Cost Contribution Arrangement
CEM	Capitalized-earningsmethode
CPM	Cost-plusmethode
CUP-methode	Comparable-uncontrolled-pricemethode
DCF	Discounted-cashflowmethode
DFE	Discounted-future-earningsmethode
EU JTPF	EU Joint Transfer Pricing Forum
EC	Europese Commissie
IRS	International Revenue Service
IFRS	International Finance Reporting Standards
MNO	Multinationale onderneming
NPV	Net present value; de huidige waarde
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-MV	OESO-modelverdrag
PSM	Profit-splitmethode
R&D	Research and development
RPM	Resale-pricemethode
RPSM	PSM-methode in combinatie met de residual-analyse
TNMM	Transactional-net-marginmethode
TP-richtlijnen	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
WACC	Weighted average cost of capital

Hoofdstuk 1: Introductie

1.1 Inleiding

1.1.1 Data

“Data zijn de symbolen die de eigenschappen van hun objecten, gebeurtenissen en hun omgeving vertegenwoordigen. Het zijn producten van verschillende manieren van observatie. Informatie omvat beschrijvingen en antwoorden op vragen die beginnen met wie, wat, wanneer en hoeveel.”¹

Mede door de digitalisatie van de economie speelt het leven van de mens zich in toenemende mate af in de digitale wereld. Er wordt gebruikgemaakt van verschillende digitale *platforms* en hulpmiddelen. Door de digitalisatie zijn data over de consument toegankelijker geworden en bedrijven trachten hier dan ook van te profiteren. Dit is terug te zien in het bedrijfsmodel van gemoderniseerde concerns. Het bedrijfsmodel dat door deze concerns wordt gehanteerd, linkt waardecreatie, ofwel het maken van winst,² aan het verzamelen en gebruiken van data over consumenten.³ Een dergelijk bedrijfsmodel staat in contrast met het traditionele model waarin de rol van data een stuk beperkter is.⁴ Momenteel is bij concerns een transitie gaande van het traditionele naar het moderne model. Deze nieuwe bedrijfsmodellen zijn niet alleen te vinden bij ‘*hightech*-bedrijven’ die vooral een *online* bestaansrecht genieten, maar eveneens bij concerns die hun oorsprong vinden in het aanbieden van *offline* producten of diensten, zoals een supermarkt.

In eerste instantie zijn data die worden verzameld onbewerkt; deze data worden ook wel aangeduid als ruwe data. Met een informatiesysteem worden deze ruwe data verwerkt, zodat de data bruikbaar worden

¹ J. Rowley, ‘The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy’, *SAGE Journal of Information Science* 2007, p. 166.

² Waardecreatie kan tevens worden gezien in een niet-economische context, zoals het bevorderen van duurzaamheid. Daar zal in deze scriptie niet op worden ingegaan. Hier wordt waardecreatie gezien als economische vooruitgang in de vorm van winst.

³ Een voorbeeld van zo een bedrijfsmodel is de ‘*cloud-based*’ *computing model*; D. J. Teece, ‘Business models, business strategy and innovation’, *Long Range Planning* 2010.

⁴ D. J. Teece, ‘Business models, business strategy and innovation’, *Long Range Planning* 2010.

en er informatie uit kan worden gehaald. Deze data kunnen dan worden gebruikt binnen het bedrijfsmodel om waardecreatie te bewerkstelligen. Een voorbeeld hiervan is een klantenkaart in de supermarkt, waarmee data worden verzameld over welke producten de consument koopt. De data die tijdens het scannen worden verzameld, zijn ruwe data. Er wordt gesproken van bewerkte data wanneer het informatiesysteem⁵ van de supermarkt de gekochte producten categoriseert, en eventueel daarna vergelijkt met eerder gekochte producten om vervolgens met de verkregen informatie een persoonlijke aanbieding te creëren. Supermarkten kunnen hiermee op het koopgedrag van de consument inspelen, waardoor zij meer omzet kunnen behalen. Kortweg, onder het begrip data kunnen dus alle observaties worden verstaan, in welke vorm dan ook, die wel of niet bruikbaar kunnen zijn.⁶

1.1.2 Fiscaal landschap

De financiële crisis in 2008 zorgde voor een langdurige recessie.⁷ Als gevolg hiervan ligt steeds meer focus op het fiscale beleid van landen en de belastingplanning van multinationale ondernemingen (hierna: MNO's). De periode die volgde op de financiële crisis wordt door sommigen ook wel de fiscale crisis genoemd.⁸ In deze periode werd actief gezocht naar MNO's die fiscaal agressief structureren en naar overheden die afspraken met deze MNO's hebben gemaakt.⁹ Vooral de *fairshare*-gedachte is een belangrijk speerpunt geworden in de publieke en politieke opinie.¹⁰ De *fairshare*-gedachte houdt in dat iedereen in de samenleving zijn eigen deel aan belasting moet betalen. Alhoewel geen sprake was van een nieuw fenomeen, blijkt dat het gebruik van belastingplanning door MNO's door de jaren wel heen is toegenomen.¹¹ Dit is mede toe te schrijven aan de globalisatie, welke heeft gezorgd voor een verhoging

⁵ Een informatiesysteem is een systeem dat informatietechnologie samenvoegt met werkprocessen, zoals software of algoritmes.

⁶ J. Rowley, *The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy*, *SAGE Journal of Information Science* 2007, p. 166.

⁷ NOS, *10 jaar crisis (deel I): hoe het begon*, 24 mei 2017, www.nos.nl.

⁸ R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938.

⁹ R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938.

¹⁰ T. Bender, 'Tussen ethiek en wet: de derde weg', *WFR* 2017/20; D. Pegg, *The tech giants will never pay their fair share of taxes – unless we make them*, 11 december 2017, www.theguardian.com.

¹¹ M. Nieuweboer, 'Tax avoidance in a global economy' in P. Kavelaars (ed.), *'Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share'*, Congresbundel Fiscaal Economisch Instituut / Erasmus Universiteit Rotterdam, 2013, p. 85 en p. 93; G. Zucman, *Taxing multinational corporations in the 21st Century*, www.econfip.org, februari 2019.

van fiscale kennis, structuringsmogelijkheden en concurrentie.¹² Met onder andere deze kennis en de fairshare-gedachte zijn door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) en de G20¹³ specifieke doelen opgesteld om het voor MNO's moeilijker te maken om winsten te verschuiven naar fiscaal gunstige landen. Deze strijd is aangegaan met behulp van het '*Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*' (hierna: BEPS), waarin vijftien actiepunten zijn opgesteld om discrepanties en mismatches van belastingwetten tussen landen te bestrijden. Deze actiepunten variëren van automatische informatiedeling tussen landen tot het opzetten van een multilateraal instrument.¹⁴ In deze scriptie spelen actieplan 1 en 8 een rol. Actieplan 1 is op de digitale economie gericht.¹⁵ In actieplan 8 wordt naar transferpricing gekeken met betrekking tot waardecreatie door immateriële activa.¹⁶

1.1.3 Transferpricing

Transferpricing is het bepalen van een prijs voor producten en diensten die worden verkocht tussen ondernemingen binnen een MNO in een grensoverschrijdende situatie.¹⁷ Deze prijs moet in de meeste internationale situaties op grond van artikel 9 van het OESO-modelverdrag (hierna: OESO-MV) en middels afspraken tussen de OESO-lidstaten voldoen aan het arm's-lengthbeginsel.¹⁸ Dit beginsel, toegelicht in het commentaar bij artikel 9 OESO-MV en de rechtsgrond van '*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*' van de OESO (hierna: TP-richtlijnen),¹⁹ houdt in dat de prijs en voorwaarden voor verkoop van de producten en diensten tussen de ondernemingen binnen een MNO een

¹² M.A. Gulzar, J. Cherian, M. S. Sial, A. Badulescu, P. A. Thu D. Badulescu en N. V. Khuong, 'Does corporate social responsibility influence corporate tax avoidance of Chinese listed companies?', *Sustainability* 2018.

¹³ De G20 bestaat uit de 19 grootste nationale economieën plus de Europese Unie.

¹⁴ Het multilateraal instrument heeft als doel om alle landen de uitkomst van de BEPS-rapporten en de verdragstoepassing op dezelfde manier implementeren. Echter, door een relatief grote hoeveelheid aan keuzemogelijkheden binnen het instrument, zullen implementatieverschillen naar alle waarschijnlijkheid blijven bestaan.

¹⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy - Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015.

¹⁶ OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation - Actions 8-10 - 2015 Final reports*, Parijs: OECD Publishing 2015.

¹⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 17.

¹⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 34.

¹⁹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 9.

zakelijke afspraak moet zijn. Oftewel, een derde partij zou deze transactie eveneens voor deze prijs en voorwaarden zijn overeengekomen. De voor- en nadelen die kunnen worden gecreëerd door een prijs vast te stellen die niet voldoet aan het arm's-lengthbeginsel zouden uitsluitend voortkomen uit de aandeelhoudersrelatie.²⁰

Voor het bepalen van de zakelijke prijs zijn in 1995 door de OESO de eerste TP-richtlijnen gepubliceerd, waarmee werd getracht de groeiende misallocatie van winst- en belastingontwijking via transferpricing tegen te gaan,²¹ zodat iedere onderneming zijn fairshare van de belasting betaalt in het gevestigde land. In deze richtlijnen staan algemene methodes beschreven waarmee de berekening van de zakelijke prijs en de controle van het arm's-lengthbeginsel kunnen worden bewerkstelligd. Mede door de veranderingen en ontwikkelingen in het fiscale landschap, beschreven in paragraaf 1.1.2, zijn de TP-richtlijnen een aantal keer herzien om deze accuraat te houden. De laatste herziening heeft plaatsgevonden in 2017, waardoor de uitkomst van actiepunt 8 eveneens in de TP-richtlijnen is opgenomen.

Sinds een aantal jaar heeft transferpricing(-problematiek) een centralere rol gekregen binnen het fiscale vakgebied. Eerst was het voornamelijk een administratieve aangelegenheid, maar door de aandacht van politici, economen, het bedrijfswezen, niet-gouvernementele organisaties (NGO's) en de Europese Commissie (hierna: EC) is juiste transferpricing steeds urgenter geworden.²²

Ter illustratie van transferpricing-problematiek volgt hieronder een voorbeeld.

Stel MNO C maakt auto's. Dit concern heeft meerdere ondernemingen in verschillende landen, onder andere onderneming A en onderneming B. Onderneming A staat in Land Laag, onderneming B in Land Hoog. Onderneming X en Y zijn twee verschillende ondernemingen die eveneens beiden auto's maken. Onderneming X staat in Land Laag en

²⁰ Het modelverdrag is een leidraad die door landen kan worden gebruikt bij het opstellen van bilaterale belastingverdragen. Echter, het is geen verplichting. Eveneens heeft het modelverdrag geen rechtskracht. Dit houdt in dat men zich hier niet op kan beroepen. Desalniettemin zijn de meeste belastingverdragen wel gebaseerd op het modelverdrag, waardoor voor de betekenis van termen, zoals het arm's-lengthbeginsel, kan worden gekeken naar het commentaar gegeven bij het OESO-modelverdrag. Daarbij is het arm's-lengthbeginsel vaak terug te vinden in de nationale belastingwetten van landen. In Nederland is het bijvoorbeeld terug te vinden in artikel 3.8 Wet op Inkomstenbelasting 2001 jo. artikel 8b Wet op Vennootschapsbelasting 1969.

²¹ A. Cousins, *Guide to International Transfer Pricing: Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Internationals 2018, Chapter 2 OECD Transfer Pricing Guidelines.

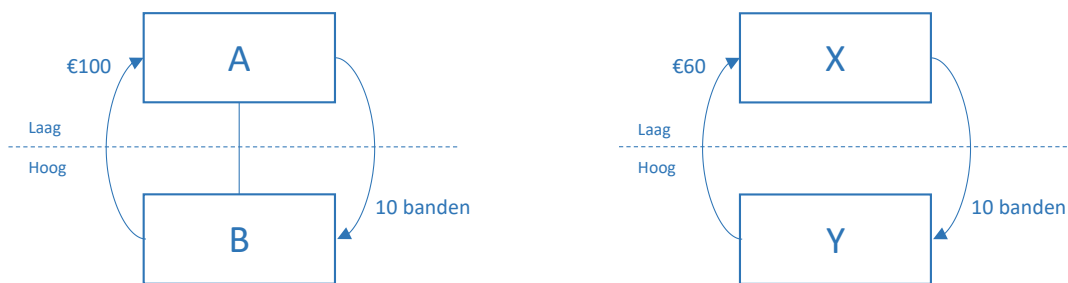
²² J. Neighbour, *Transfer Pricing: Keeping it at arm's length*, 3 July 2008, OECDObserver.org, p.29.

onderneming Y staat in Land Hoog. In Land Laag wordt 15% belasting geheven over de belastbare winst en in Land Hoog wordt over de belastbare winst 30% belasting geheven. Onderneming B en onderneming Y komen beiden rond hetzelfde tijdstip erachter dat ze 10 banden missen om de productie van de auto's te voltooien. De kostprijs van de banden is € 5 per stuk.

Wereld zonder het arm's-lengthbeginsel en transferpricing.

Onderneming B zal deze banden willen kopen van onderneming A. Onderneming A is bereid om deze te verkopen voor € 100. Dit is een grensoverschrijdende verkoop binnen het concern. Onderneming Y gaat op zoek naar een bedrijf dat banden verkoopt en komt uit bij onderneming X. Onderneming X verkoopt deze banden voor € 60 aan onderneming Y.

Aangenomen kan worden dat € 60 de zakelijke prijs is, aangezien dit een transactie is tussen twee onafhankelijke ondernemingen. De prijs die onderneming Y betaalt, is € 40 lager dan de prijs die onderneming B betaalt. Het lijkt opmerkelijk dat onderneming A en B als ondernemingen die behoren tot hetzelfde concern tot een hogere verkoopprijs komen dan onafhankelijke ondernemingen. Deze hogere verkoopprijs kan echter worden verklaard door de hoogte van de belasting die in beide landen moet worden betaald. Het belastingtarief is in het land van onderneming B hoger dan in het land van onderneming A. Op het moment dat beide ondernemingen tot hetzelfde concern behoren, maakt het in de regel niet uit waar de winst wordt behaald. De winst wordt namelijk uiteindelijk geconsolideerd en als één bedrag aan alle belanghebbenden gepresenteerd. Echter, MNO C wilt de belastingkosten wel zo laag mogelijk houden. In dit voorbeeld gaat € 50 ($€ 100 - € 10 * € 5$) winst naar onderneming A, waarover 15% belasting wordt betaald, dus € 7.50. In de situatie van X en Y wordt door X in land Laag € 1,50 belasting betaald over € 10 ($€ 60 - € 10 * € 5$) winst die wordt gemaakt. Over de € 40 winst die binnen het concern gealloceerd wordt aan land Laag, betaalt Y in een zakelijke situatie € 12 belasting. Onderneming A en B behoren tot hetzelfde concern, hierdoor kan de winst via transacties gealloceerd worden in een laag belast land. Zij hebben € 7 belasting "bespaard" in vergelijking tot de situatie waarbij twee onafhankelijke ondernemingen deze verkoop zouden bedingen.



Wereld met het arm's-lengthbeginsel en transferpricing.

Het arm's-lengthbeginsel stelt dat de prijs die wordt bedongen tussen onderneming A en onderneming B zakelijk moet zijn. In dit geval zal de prijs ongeveer gelijk moeten zijn aan de prijs die tussen X en Y bedongen is. Onderneming A en B kunnen deze prijs berekenen door het gebruik van een transferpricing-methode. Met het arm's-lengthbeginsel wordt voorkomen dat A en B de winst op zo'n manier kunnen alloceren, dat zij hiermee een voordeel kunnen behalen dat niet in een zakelijke overeenkomst had kunnen worden behaald. MNO C kan op deze manier geen belasting ontwijken.

In het bovenstaande voorbeeld is sprake van een soortgelijke transactie op hetzelfde tijdstip. Dit komt doorgaans in de praktijk niet voor. Sommige transacties zijn complex, waardoor geen vergelijkbare transactie is te vinden. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de Starbucks-zaak.²³

Starbucks-zaak

In de Starbucks-zaak staat onder andere de zakelijk prijs voor het gebruiken van *knowhow* betreffende het branden, produceren en distribueren van koffie door de Nederlandse entiteit van het Starbucks-concern ter discussie. Dit intellectueel eigendom wordt ook wel de Starbucks-formule genoemd. De formule is in het bezit van de Engelse moederverenootschap waaraan de Nederlandse entiteit voor het gebruik jaarlijks een bedrag betaalt, een zogenoemde royalty. De prijs van deze royalty is door Starbucks vastgesteld via een van de methodes beschreven in de TP-richtlijnen. De EC is echter van

²³ HvJ EU 5 september 2016, T-636/16; HvJ EU 24 september, ECLI:EU:T:2019:669, T-760/15; Besluit (EU) 2015/7143 van de Europese Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd (PbEU 2017, L 83/38).

mening dat de prijs kunstmatig hoog is, doordat volgens hen voor berekening van de royalty een andere methode had moeten worden gebruikt. De (te) hoge prijs zorgt voor een lager belastbaar inkomen bij de Nederlandse entiteit, waardoor de belastingdruk ten onrechte met € 20-30 miljoen is verminderd.

De waardering van de knowhow, welke door geen enkele entiteit buiten het concern wordt gebruikt, is door het gebrek aan een vergelijkbare transactie complex. Het vaststellen hoeveel waarde deze kennis van branden, produceren en distribueren toevoegt aan koffie wordt daardoor in bepaalde mate subjectief. Hierdoor kan discussie ontstaan tussen belanghebbenden over de zakelijkheid van de prijs en de geschikte methode. Mede door de complexiteit van bepaalde transacties en het gebrek van een specifieke manier om deze transacties te waarderen is het voor belastingautoriteiten lastig is om de zakelijkheid van de prijs te controleren waardoor een MNO via transferpricing belasting zou kunnen ontwijken.

1.1.4 Grondslaguitholling en winstverschuiving

Belastingontwijking²⁴ via transferpricing kan worden bewerkstelligd door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving. Grondslaguitholling vindt plaats als de belastbare winst van een entiteit kunstmatig wordt verminderd; de belastinggrondslag wordt uitgehold. Dit kan onder meer door het kunstmatig maximaliseren van de kostenafrek bij de betreffende entiteit. Door grondslaguitholling wordt in het desbetreffende land minder belasting betaald dan had gemoeten. Winstverschuiving houdt in dat op een kunstmatige manier wordt gezorgd dat winst wordt meegenomen in het belastbaar inkomen van een entiteit die gevestigd is in een land met een laag belastingtarief.²⁵ Deze winst had dus eigenlijk moeten worden belast bij een andere entiteit tegen een hoger belastingtarief.

De begrippen grondslaguitholling en winstverschuiving verwijzen naar alle strategieën waarmee wordt getracht belasting te ontwijken door mazen en discrepanties in de belastingwetgeving te exploiteren waardoor winst kan worden verschoven naar belastingjurisdicties met een lage- of geen belastingheffing.²⁶

²⁴ Bij belastingontwijking wordt getracht belastingkosten te verminderen binnen de grenzen van de wet. Bij belastingontduiking wordt daadwerkelijk de wet overtreden.

²⁵ A.C.G.A.C. de Graaf, 'Excessieve gedragingen en internationaal fiscaal beleid', *WFR* 2012/2619.

²⁶ *Explanation of BEPS on the OECD website*: <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

Door belastingontwijking via grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan, wordt onder andere geprobeerd een gelijke situatie te creëren tussen ondernemingen binnen een concern en onafhankelijke ondernemingen met betrekking tot belastingheffing; er wordt getracht een *level playing field* te bereiken. Tevens is het daardoor van belang dat concerns niet worden benadeeld in de vorm van dubbele belastingheffing of bevoordeeld door middel van non-heffing.

1.1.5 Dubbele belastingheffing en non-heffing

Dubbele belastingheffing kan zich op twee manieren voordoen, namelijk economische en juridisch. Bij economische dubbele belasting wordt twee keer belasting geheven over twee verschillende objecten bij verschillende ondernemingen. Deze belastingobjecten liggen alleen heel dicht bij elkaar. Bijvoorbeeld als winst eerst is belast bij de entiteit en vervolgens via een dividendbelasting nog een keer in de heffing wordt betrokken bij een aandeelhouder. Juridische dubbele belasting, welke een grote rol speelt in het internationaal belastingrecht, kan worden gedefinieerd als:

“De heffing van gelijksoortige belastingen in twee (of meer) overheden bij dezelfde belastingplichtige betreffende hetzelfde belastingobject over dezelfde tijdsperiode.”²⁷

Naast dubbele belastingheffing kan eveneens dubbele non-heffing ontstaan. De dubbele non-heffing komt voor in situatie waarin een concern in twee verschillende landen een entiteit heeft staan en beide landen niet over het belastingobject heffen. Hierbij wordt vaak (mis)bruik gemaakt van belastingafspraken tussen deze landen. Meestal hebben beide landen dan het idee dat de het andere land heffingsbevoegd is waardoor uiteindelijk geen van beide belasting heft.

In het geval van transferpricing wordt dus onder andere getracht, door middel van het zakelijk stellen van de prijs, belastingontwijking door middel van grondslaguitholling en winstverschuiving tegen gaat en te zorgen dat geen dubbele (non) heffing ontstaat, waardoor er eenzelfde fiscale situatie is tussen ondernemingen binnen dan wel buiten een concern.

²⁷ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 1.

1.2 Probleemstelling

Data, als nieuwe grondstof binnen de economie, zullen voor transferpricing-doeleinden vaker moeten worden gewaardeerd. De complexiteit van transacties met data kunnen een negatieve invloed hebben op het vinden van een vergelijkbare transactie. Het gebrek aan concrete transferpricing-voorschriften met betrekking tot de waardering van data bij een transactie heeft effect op de bepaling en heffing van waardecreatie door datagebruik binnen het internationale belasting speelveld. Doordat desalniettemin vaak een zakelijke prijs op basis van artikel 9 OESO-MV moet worden bedongen bij het uitwisselen van data tussen ondernemingen binnen een concern ontstaat hierdoor een spanningsveld. Dit komt onder meer doordat de intern gehanteerde prijs niet te controleren is door andere belanghebbenden, zoals belastingautoriteiten. Zoals eerder aangegeven, kan dit belastingontwijking binnen MNO's in de hand werken.

Bij het verplaatsen van data zijn landsgrenzen bijna niet meer zichtbaar. Een mondiale insteek voor de aanpak van dit probleem is dan ook noodzakelijk. De OESO heeft op dit gebied een begin gemaakt en erkent dat waardering van een transactie met (ruwe) data geen gemakkelijke taak is.²⁸ Het is van belang om handvatten te verschaffen voor de waardering van een transactie met data met betrekking tot transferpricing. Met deze scriptie wordt getracht een oplossing te bieden voor dit door de OESO onderschreven probleem, hiervoor is de volgende hoofdvraag opgesteld:

Hoe moet een data-transactie tussen ondernemingen worden gewaardeerd ter wille van het arm's-lengthbeginsel beschreven in artikel 9 van het OESO-modelverdrag om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan?

Met beantwoording van deze hoofdvraag wordt getracht een aanbeveling te formuleren voor de OESO en andere belanghebbenden, zoals MNO's en belastingautoriteiten, betreffende de waardering van een transactie met data voor transferpricing-doeleinden. Om de hoofdvraag te beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd en zullen deze per hoofdstuk worden beantwoord:

²⁸ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 169; OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 26; OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 90.

Hoofdstuk 2

Hoe wordt gekeken naar data als economisch goed?

Hoofdstuk 3

Wat is de fiscale visie met betrekking tot data(-transacties)?

Hoofdstuk 4

Hoe zijn de transferpricing-methodes uit de TP-richtlijnen van toepassing op een data-transactie?

Hoofdstuk 5

Hoe kunnen financiële waarderingsmethodes worden toegepast in een fiscale context met betrekking tot een data-transactie?

Hoofdstuk 6

Wat is de optimale waarderingsmethode voor een data-transactie?

1.3 Toetsingskader

De OESO hanteert een vijftal principes voor het ontwikkelen van belastingsystemen, namelijk neutraliteit, effectiviteit en billijkheid, zekerheid en eenvoud, doeltreffendheid en rechtvaardigheid, en flexibiliteit.²⁹ Deze beginselen worden ook wel de *Ottawa Taxation Framework Conditions*³⁰ genoemd. Deze principes zijn eveneens van toepassing op de waardering van een data-transactie,³¹ en zullen worden gebruikt om de aangedragen oplossing voor het probleem rondom deze waardering voor transferpricing-doeleinden te toetsen. De principes zullen opeenvolgend worden behandeld.

Neutraliteit

Het principe neutraliteit houdt in dat de heffing van belasting moet streven naar een neutraal speelveld tussen elektronische vormen van handel, en tussen elektronische vormen van handel en traditionele handel. De neutraliteit moet zorgen dat zakelijke beslissingen worden genomen met overwegend

²⁹ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 20.

³⁰ OECD, *Electronic commerce: taxation framework conditions*, Parijs: OECD Publishing 1998.

³¹ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Parijs: OECD Publishing 2015, hoofdstuk 8.

economische redenen in plaats van fiscale overwegingen. Belastingplichtigen zouden bij vergelijkbare transacties in vergelijkbare omstandigheden moeten worden onderworpen aan dezelfde belastingdruk.

De methode voor het waarderen van een transactie met data mag niet de keuze verstoren van de belangplichtige om deze transactie te laten plaatsvinden.

Effectiviteit en billijkheid

Door te toetsen op effectiviteit en billijkheid wordt getracht de kosten betreffende de uitvoering van de belastingregelgeving voor zowel ondernemingen en overheden te minimaliseren.

De uitvoering van de methode voor de waardering van een data-transactie mag niet buiten proportie veel kosten met zich meebrengen, zowel niet voor de MNO in de vorm van bedrijfskosten als voor belastingautoriteiten via administratiekosten.

Zekerheid en eenvoud

Het belastingstelsel moet zekerheid geven en, duidelijk en eenvoudig te begrijpen zijn. De belastingbetaler moet kunnen anticiperen op alle fiscale gevolgen van een transactie. Complexiteit werkt agressieve belastingplanning in de hand.

Momenteel is de waardering van een transactie met data voor transferpricing-doeleinden een complexe aangelegenheid, dit kan belastingontwijking de hand helpen. De aangedragen oplossing moet deze complexiteit verminderen en de waarderingen duidelijker en eenvoudiger maken.

Doeltreffendheid en rechtvaardigheid

Doeltreffendheid en rechtvaardigheid houdt in dat de belastingheffing op het juiste moment het juiste bedrag aan belasting moet opleveren zonder dat dubbele (non) heffing plaatsvindt. Daarbij moet het potentieel voor belastingontduiking en -ontwijking tot een minimum worden beperkt. Praktische toepasbaarheid van de belastingheffing is met het oog op de digitale economie en de problematiek daar omheen cruciaal voor de effectiviteit van het belastingstelsel.

De methode die moet worden toegepast voor de waardering van een data-transactie, zal doeltreffend en rechtvaardig moet zijn, door ervoor te zorgen dat de mogelijkheid tot belastingontwijking via een data-

transactie verminderd wordt. Praktische toepasbaarheid is op dit moment een groot probleem bij transferpricing met betrekking tot data, de aangedragen oplossing zal deze praktisch toepasbaarheid moeten verhogen.

Flexibiliteit

Het belastingstelsel moet flexibel en dynamisch zijn zodat het mee kan gaan in technologische en commerciële ontwikkelingen.

Doordat de digitale economie op hoog tempo verder ontwikkeld, zal de methode voor de waardering van de transactie met data niet gebaseerd moeten zijn van tijd-specifieke onderdelen van de transactie.

1.4 Opzet

De opzet van deze scriptie is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op data als economisch goed. Hierbij worden eerst de bronnen en karakteristieken van data behandeld. Daarbij wordt gekeken naar de rol die data speelt binnen een MNO en de waardeketen van zo een MNO om te bepalen wanneer data waarde creëren. Ook wordt aandacht besteed aan de discussie rondom de waarde van ruwe data. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 de data(-transactie) worden bekeken vanuit een fiscaal oogpunt. Hierbij komen verschillende algemene fiscale aspecten aanbod welke een basis moeten vormen voor het beantwoorden van de andere deelvragen en de hoofdvraag. Deze onderwerpen zijn de *separate entity-approach*, de toepassing van het arm's-lengthbeginsel, immateriële activa, en digitale economie. Voor de visie op de digitale economie wordt actiepunten 1 'Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy' uiteengezet. Hierna zal in hoofdstuk 4 de toepassing plaatsvinden van de transferpricing-methodes van de TP-richtlijnen³² op een data-transactie in het algemeen en op een specifieke casus. Daaropvolgend zal in hoofdstuk 5 worden gekeken naar de mogelijkheid om financiële waarderingmethoden toe te passen betreffende een waardering van een data-transactie voor transferpricing-doeleinden. Er zal worden geanalyseerd hoe deze financiële waarderingmethoden kunnen worden toegepast binnen de context van transferpricing middels behandeling van twee arresten. In hoofdstuk 6 worden aanbevelingen gedaan met betrekking tot de waardering van een data-transactie. Met gebruikmaking van de Ottawa Taxation Framework Conditions wordt getoetst of deze aanbevelingen zorgen voor een verbetering van het

³² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017.

belastingstelsel. Gedurende hoofdstuk 4, 5 en 6 worden alle behandelde methodes die gebruikt kunnen worden voor transferpricing toegepast op een voorbeeld casus. Deze scriptie wordt afgesloten met een samenvatting en conclusie in hoofdstuk 7.

1.5 Afbakening

Momenteel bestaat er geen fiscale regelgeving omtrent data. Het onderzoek in deze scriptie wordt beperkt tot de waardering van een data-transactie en zal gericht zijn op winstbelastingen. Belastingen op de toegevoegde waarde en alle andere belastingen die geen vorm van winstbelasting zijn, zullen buiten beschouwing worden gelaten. De methode zal in eerste instantie bruikbaar moeten zijn voor de belastingplichtige en belastingautoriteiten. De aanpak en methodiek voor de waardering van een transactie met data bevindt zich op mondiaal niveau. Er zal dus niet worden ingegaan op wetgeving op nationaal niveau. Daarnaast wordt niet ingegaan op de regelgeving omtrent data en privacy. Persoonlijke data mag niet zomaar worden doorverkocht, en hier zijn strenge regels aan verbonden. Ik ga ervan uit dat alle ondernemingen zich hieraan houden. Ook wordt geen waardeoordeel gegeven over het gebruik en de verzameling van data. Tevens wordt uit gegaan van het geldende belastingstelsel. Sommigen fiscalisten beargumenteren dat het hele belastingstelsel op de schop moet nu de digitale economie leidend is.³³ Daar zal in deze masterscriptie niet op in worden gegaan. In deze thesis wordt alleen ingegaan op de visie van de OESO en OESO-landen op data en op relevante onderdelen voor de waarderingsproblematiek rondom transferpricing.

³³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 99.

Hoofdstuk 2: De economische visie op data

2.1 Inleiding

De waarde van data, ofwel de zakelijke prijs, wordt in een economische context bepaald waardoor uiteenzetting van data als economisch goed van belang is. Zoals is aangegeven in paragraaf 1.1.1, wordt data gedefinieerd als: “*Observaties in welke vorm dan ook, die wel of niet bruikbaar kunnen zijn.*”³⁴

Middels nadere uitwerking van data als economisch goed door middel van de beantwoording van de deelvraag ‘Hoe wordt gekeken naar data als economisch goed?’ wordt getracht te bepalen waardoor de data-transactie complex is en daardoor de waarderingen en hoe waardecreatie door datagebruik plaatsvindt. Tevens wordt gepoogd vast te stellen welke factoren in welke economische fase een rol spelen in de waardecreatie die ontstaat bij ondernemingen door het gebruik van data om meer inzicht te verkrijgen in aspecten die invloed hebben op de zakelijke prijs. Dit zal worden gedaan aan de hand van een drietal paragrafen. Eerst wordt uitgewerkt welke bronnen en karakteristieken data hebben om vast te stellen waardoor een data-transactie complex is. Vervolgens wordt stapsgewijs duidelijk welke rol data spelen binnen een onderneming en hoe data waarde creëren. Dit wordt gedaan aan de hand van een data waardeketen (*data value chain*) die is ontwikkeld door GSMA.³⁵ Na de analyse en toepassing van de waardeketen wordt aandacht besteed aan de discussie rondom de waarde van ruwe data door een vergelijking te maken met andere (productie)grondstoffen.

2.2 Bronnen en karakteristieken

2.2.1 Bronnen

Grofweg kan worden gesteld dat er twee hoofdbronnen van data zijn, namelijk *offlinebronnen* en *onlinebronnen*. Data uit offlinebronnen betreffen onder andere data die betrekking hebben op

³⁴ J. Rowley, The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy, *SAGE Journal of Information Science* 2007, p. 166.

³⁵ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 8 - 46.

contactinformatie, aankopen en zelfs demografische en geografische informatie.³⁶ Dergelijke data worden verworven in situaties waarin internet geen rol speelt,³⁷ zoals *face-to-face*-interviews. Data uit onlinebronnen worden verkregen door het gebruik van zogenoemde virtuele methodologieën: methodologieën geïmplementeerd en gebruikt door het internet.³⁸ De data worden onder meer verzameld door gebruikmaking van onlineplatforms, reclamecampagnes en e-communicatie bijvoorbeeld door cookies die zich op websites bevinden. Doordat de economie op digitaal vlak steeds verder door ontwikkelt, is deze databron van steeds groter belang geworden voor ondernemingen.³⁹

2.2.2 Karakteristieken

Aan de hand van karakteristieken van het product, ofwel de eigenschappen, kan mede worden bepaald in hoeverre een goed complex is, waardoor een transactie en de waardering eveneens complex zijn. Zoals naar voren is gekomen in paragraaf 1.1.3 is het vinden van een vergelijkbare transactie voor transferpricing minder voorkomend als de transactie complexer is, waardoor het vaststellen van een prijs *at arm's-length* lastiger is.

In de eerste plaats kan met betrekking tot complexiteit worden gekeken naar de kwalificatie van het product op de balans, ofwel zijn data een vorm van materiële of immateriële activa. Onder materiële activa worden fysiek tastbare activa geschaard. Data zijn niet fysiek tastbaar. Tevens zijn zij geen monetaire activa zonder fysieke substantie. Volgens de *International Finance Reporting Standards* (hierna: IFRS) accounting voorschriften kunnen data dan worden gekwalificeerd als een vorm van immateriële activa. Data zijn middelen die door de entiteit worden beheerd als gevolg van zelfcreatie, waaruit toekomstige economische voordelen worden verwacht. De IFRS heeft drie kernpunten met betrekking tot immateriële activa gesteld, te weten identificeerbare controle, toekomstige economische voordelen en identificeerbaarheid.⁴⁰ Hieraan is mijns inziens voldaan. Net als verscheidene andere immateriële activa zoals goodwill verschijnen data

³⁶ O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?' *SAGE* 2009, p. 36.

³⁷ O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?' *SAGE* 2009, p. 36.

³⁸ O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?' *SAGE* 2009, p. 36.

³⁹ The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 mei 2017, www.economist.com; International DATA Corporation, *Discover the digital universe of opportunities: Rich data and the increasing value of the Internet of Things*, april 2014, uk.emc.com.

⁴⁰ IAS 38 – intangible Assets.

pas op de balans als zij zijn aangekocht, mede omdat dan pas een objectief bepaalde waarde kan worden vastgesteld. Immateriële activa zoals data, die alleen voor eigen gebruik dienen, worden dus niet op de balans vermeld. De waarde van de immateriële activa is op dat moment niet bekend. Als een transactie zelfgecreëerde immateriële activa betreft, zoals het geval is met data, maakt dat de transactie dus complexer.

In de tweede plaats kan worden gekeken naar de economische karakteristieken die data als immateriële activa hebben.

Niet-fungibel

Niet-fungibel houdt in dat een goed niet volkomen inwisselbaar is; het is geen homogeen goed. Doordat data vaak specifieke informatie bezitten, zijn data niet volkomen inwisselbaar. Oftewel de informatie die data bij zich kunnen dragen is verschillend waardoor inwisseling met andere data of producten tot een andere uitkomst zou kunnen leiden.

Dat data niet-fungibel zijn, maakt de transactie complexer, oftewel het vinden van een vergelijkbare transactie lastiger. Voor het bepalen van de zakelijke prijs met gebruikmaking van een vergelijkbare transactie, zal deze transactie namelijk dezelfde data bevatten.

Niet-rivaliserend

Niet-rivaliserend houdt in dat als een goed wordt gebruikt, het eveneens kan worden gebruikt door een ander. Een pizza is bijvoorbeeld wél rivaliserend. Als die pizza wordt gegeten, kan in de tussentijd iemand anders niet ook precies dezelfde pizza eten. Daarbij is de pizza na consumptie 'op': hergebruik is in een dergelijk geval niet mogelijk. Data zijn niet-rivaliserend. Meerdere ondernemingen kunnen op hetzelfde moment gebruik maken van de data. Bovendien zijn data na consumptie herbruikbaar.

Zoals hierboven beschreven, moet de vergelijkbare transactie dezelfde data bevatten. Doordat data rivaliserend zijn, wordt de mogelijkheid op het vinden van een vergelijkbare transactie groter.

Ervaringsgoed

Een ervaringsgoed is een goed waarvan de waarde pas wordt bepaald nadat de informatie is geconsumeerd, zoals een boek voor zelfverbetering. Pas als het boek wordt gelezen, kan het extra waarde creëren.

Zoals is aangegeven in paragraaf 1.1.1, komt de informatie uit data vrij na verwerking. Pas na consumptie van deze informatie wordt de waarde van data duidelijk. Doordat op het moment dat de transactie plaatsvindt deze consumptie nog niet heeft plaatsgevonden, is het vaststellen van een zakelijke prijs lastig en verhoogd dit de complexiteit van de transactie.

Tijdsgebondenheid

Tijdsgebonden houdt in dat data betrekking hebben op een specifiek moment in de tijd. Het is van belang dat de data worden bijgehouden. Tijdigheid speelt bij bijna alle data een rol. In hoeverre het een rol speelt, hangt af van de situatie. Tijdigheid is vaak van groot belang bij financiële transacties, waarbij veel geld gemoeid is. Als data achterlopen, kunnen verkeerde beslissingen worden genomen. Er kan dus worden gesteld dat data beperkt houdbaar zijn, oftewel data verouderen en verliezen daarmee waarde.

Als data sterk tijdsgebonden zijn, maakt het de transactie meer complex, omdat rekening moet worden gehouden met de snelle waardevermindering.

Naast de algemene karakteristieken van data, zijn eveneens onderling verschillen tussen data welke invloed hebben op de complexiteit en daardoor op de waardering.

Persoonlijke en onpersoonlijke data

Persoonlijke data zijn observaties die betrekking hebben op specifieke personen. Onpersoonlijke data zijn algemene observaties. Afhankelijk van de informatie die een entiteit nodig heeft, zal het persoonlijke of onpersoonlijke data willen hebben. Vaak wordt persoonlijke data als meer waardevol gezien.

Met betrekking tot de complexiteit van de transactie heeft dit minimale invloed.

Small data en big data

Small data betreffen data in een kleine dataset. De informatie die de data bezitten, helpt bij het nemen van bepaalde beslissingen, maar heeft geen grote gevolgen voor de bedrijfsvoering. Het zijn data die gemakkelijk handelbaar zijn en waaruit gemakkelijk conclusies kunnen worden getrokken.⁴¹ Big data, een relatief nieuw begrip, zijn data in een grote dataset die niet gestructureerd zijn. Hiernaast bestaan nog zeer veel andere definities van big data. Edd Wilder-James heeft big data bijvoorbeeld gedefinieerd als:

*“Big data is data that exceeds the processing capacity of conventional data base systems. The data is too big, moves too fast, or doesn’t fit the structures of your database architectures. To gain value from this data, you must choose an alternative way to process it.”*⁴²

Big data beginnen een steeds belangrijkere rol te spelen. De *rule of thumb* is dat ongeveer 80% van de data in de wereld niet gestructureerd zijn.⁴³ Niet duidelijk is in hoeverre deze data informatie bevatten waar een onderneming waarde uit kan halen. Big data worden ook wel gedefinieerd met de drie v’s: *volume*, *variety* en *velocity*.⁴⁴ Zoals de naam al aangeeft gaat het bij big data om grote volumes data. Door de volume van de set kan deze allerlei informatie bevatten. Er kan dus een grote verscheidenheid, variety, binnen de set zelf ontstaan. De velocity oftewel de snelheid is hoog bij big data. De data zijn *realtime* beschikbaar, door de snelheid van het internet, maar ook doordat er in hoog tempo steeds meer data bij komen.

De transactie wordt met name nog complexer als het big data betreft, doordat niet duidelijk is welke data zich in de transactie bevinden en welke informatie daarmee uit de data kan worden gehaald. In combinatie met het niet-fungibel zijn, houdt dit in dat een vergelijkbare transactie moet worden gezocht met dezelfde data, terwijl niet bekend is welke data zich in de transactie bevinden. Daarmee is het bepalen hoeveel waarde kan worden gecreëerd door consumptie van het ervaringsgoed nog lastiger.

⁴¹ H. J. Miller, ‘The data avalanche is here. Shouldn’t we be digging?’, *Journal of Regional Science* 2010, 50(1) februari, p. 181 – 201.

⁴² E. Wilder-James, *What is big data? An introduction to the big data landscape*, 11 januari 2012, www.oreilly.com.

⁴³ N. Hekster, *De impact van Big Data en AI op de zorg*, 28 juni 2017, www.vumc.nl.

⁴⁴ D. Feinleib, *Big Data Bootcamp: what managers need to know to profit from the big data revolution*, New York: Apress 2014, p. 1 – 14; E. Wilder-James, *What is big data? An introduction to the big data landscape*, 11 januari 2012, www.oreilly.com.

2.3 Data waardeketen

Om te bepalen hoeveel waarde data kunnen creëren, kan worden gekeken naar de waardeketen. De waardeketen is een overzicht dat bestaat uit alle activiteiten die moeten worden verricht om een product te kunnen aanbieden of een beslissing te kunnen nemen. Het is een bedrijfskundig concept, dat is ontworpen door Michael Porter waarop bedrijfsmodellen kunnen worden gebaseerd.⁴⁵ Het concept geeft aan hoeveel toegevoegde waarde de verschillende organisatorische onderdelen hebben voor een organisatie als geheel.⁴⁶ Door verschillende onderzoekers en organisaties is eveneens een waardeketen ontworpen voor het gebruik van data. Miller en Mork hebben bijvoorbeeld in 2013 een waardeketen voor big data ontworpen.⁴⁷ Zelfs de Europese Commissie (hierna: EC) heeft in 2013 een eigen data waardeketen ontwikkeld.⁴⁸ Ook zijn data waardeketens voor specifieke sectoren gecreëerd.⁴⁹

Voor het onderzoeken hoe data waarde creëren en in welke fase, wordt gewerkt met een generiek toepasbare data waardeketen. De sectorspecifieke waardeketens worden buiten beschouwing gelaten, omdat een methode om de zakelijke prijs van de transactie te bepalen in de basis algemeen dient te zijn. Vervolgens kunnen onderdelen waarop de methode gebaseerd is meer gewicht toegedicht krijgen als dit nodig blijkt bij de specifieke transactie. Voor het onderzoeken hoe waarde wordt gecreëerd door data, wordt dan ook gekeken naar de data waardeketen van GSMA.⁵⁰ Behalve dat deze algemeen is, is ook voor deze waardeketen gekozen omdat deze vrij recent is. De wereld rondom data verandert snel en in deze waardeketen zijn de actuele ontwikkelingen op dit gebied meegenomen. De data waardeketen bestaat uit vier fases: voortbrengen, verzamelen, analyseren en uitwisselen, welke opeenvolgend zullen worden behandeld.

⁴⁵ M. E. Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, New York: Free Press 1985.

⁴⁶ M. E. Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, New York: Free Press 1985.

⁴⁷ H. G. Miller en P. Mork, 'From data to decisions; a value chain for big data', *IT Professional* 2013.

⁴⁸ Europese Commissie, *A European strategy on the data value chain*, 7 november 2013, www.europa.eu.

⁴⁹ C. Lim, K. Kim, M. Kim, J. Heo, K. Kim, P. Maglio, 'From data to value: a nine-factor framework for data-based value creation in information-intensive services', *International Journal of Information Management* 2018, afl. 39 april, p. 121-135.

⁵⁰ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 8 -46.

Figuur 1. Grafische weergave waardeketen



Fase 1: Voortbrengen

De eerste fase van de data waardeketen bestaat uit twee onderdelen, namelijk data verwerven en toestemming krijgen voor de verwerving.⁵¹ Als met data dient te worden gewerkt, spreekt het vanzelf dat deze moeten worden verworven. Dit gebeurt zoals is aangegeven in paragraaf 2.2.1 via offline- en/of onlinebronnen.⁵² Door de online-verwerving kunnen meer handelingen van een target worden opgeslagen.⁵³ Als bijvoorbeeld een persoon een app gebruikt bij het hardlopen, kan daar de informatie uit worden gehaald hoe vaak iemand loopt en hoe ver. Voor een onderneming die hardlooptartikelen verkoopt, kan dit nuttige informatie zijn. Buiten deze voor de hand liggende informatie kan ook méér worden verworven. Als bijvoorbeeld het rondje en de tijd wordt bijgehouden dat de persoon rent, kan hieruit worden opgemaakt hoe gezond de persoon waarschijnlijk is. Uit de data kan meer bruikbare informatie worden gehaald.

In deze fase wordt waarde gecreëerd als een onderneming bijzonder goed is in dataverwerving, in combinatie met een goede bron waarvan de informatie betrouwbaar is. Een onderneming kan dan een enorme voorsprong nemen op zijn concurrenten doordat uiteindelijk goed bruikbare conclusies uit de data kunnen worden getrokken.⁵⁴

Fase 2: Verzamelen

Het verzamelen van de data wordt in twee stappen gedaan. Eerst moet een transmissie plaatsvinden. Dit houdt in dat de data die zijn verworven bij de eerste fase moeten worden opgehaald bij de bron. Dit gebeurt

⁵¹ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 15.

⁵² O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?', *SAGE* 2009, p. 35.

⁵³ O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?', *SAGE* 2009, p. 40.

⁵⁴ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 27.

via een netwerk.⁵⁵ Bij small data kan worden gedacht aan het algemene netwerk, maar voor grote hoeveelheden wordt bijvoorbeeld een *Supervisory Control and Data Acquisition*-netwerk gebruikt.⁵⁶ Ten tweede moet worden geanalyseerd of de data, die via deze transmissie zijn aangekomen bij de onderneming, de juiste data zijn, dus dat ze uit een zuivere bron of van het juiste target komen. Vaak worden de verzamelde data gevoegd bij data die reeds bestaan. Hierbij is het extra van belang dat de data juist zijn en bij de reeds bestaande data passen. Als dit niet het geval is, kan dit tot onjuiste uitkomsten leiden bij fase drie (analyseren).⁵⁷ Tegenwoordig bestaan er computerprogramma's die de toegevoegde data scannen en goedkeuren.

De mogelijkheid om een datatransmissie te doen en data te verbinden zorgt voor veel toegevoegde waarde. Van belang daarbij is dat toegang tot een netwerk bestaat en de data deugdelijk en veilig zijn.⁵⁸ De kosten die bij deze fase worden gemaakt, vormen een reflectie van de waarde die wordt gecreëerd met het neerzetten van een goede dataset.⁵⁹

Data kunnen eveneens door een onderneming worden verzameld door een set te kopen van een derde of van een entiteit binnen het concern. Hierbij slaan ze fase 1 van de waardeketen over. In de eerste situatie zal de transferpricing-problematiek geen rol spelen, omdat dit een transactie betreft tussen twee onafhankelijke ondernemingen. In de tweede situatie wel, aangezien dit een transactie tussen twee afhankelijke ondernemingen betreft.

Fase 3: Analyseren

In deze fase wordt gestart met de verwerking van de data. Dit dient te gebeuren met gebruikmaking van het juiste informatiesysteem. De ruwe data worden door een aantal processen geleid, waardoor er informatie en kennis uit kan worden gehaald. Zo een informatiesysteem bestaat uit algoritmes die bepaalde patronen in de data ontdekken en met elkaar verbinden.⁶⁰ Hierna dient de informatie te worden geanalyseerd. Door de analyse kan bijvoorbeeld bepaald gedrag van een consument worden ontdekt. Op

⁵⁵ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 17.

⁵⁶ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 17.

⁵⁷ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 17.

⁵⁸ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 29.

⁵⁹ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 29.

⁶⁰ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 20.

het moment dat door de verwerking van ruwe data inzichten naar boven komen die eerder niet opvielen, kan daarmee een voorsprong worden behaald op de concurrent. Het analyseren van de data kan op veel verschillende manieren. De simpelste vorm van analyse bestaat uit het maken van grafieken en statistieken van de gevonden informatie om vervolgens een conclusie te trekken. Bij (grote) ondernemingen zie je dat steeds meer gekozen wordt voor bepaalde software die de informatie verwerkt en op die manier tot een analyse komt. Hier wordt tegenwoordig bijvoorbeeld *Artificial Intelligence* voor gebruikt.⁶¹

Uiteindelijk kan met de uitkomst dus eventueel een bedrijfsstrategie worden bepaald. Dit kan een strategie zijn voor het gehele bedrijf, maar kan ook zijn toegespitst op bepaalde producten of diensten. Nieuwe inzichten geven een voorsprong op een concurrent. Doordat het analyseren de een na laatste stap is binnen de waardeketen, is de nieuwe informatie snel toepasbaar. Deze fase is dan ook snel terug te zien in een hogere winst(marge). Een concurrent, die tot dezelfde inzichten wilt komen, zal eerst alle andere fases moeten doorlopen om eventueel dezelfde of betere informatie te vergaren. Gedurende de periode van onwetendheid bij de concurrent is deze informatie uniek en heel waardevol. De derde fase creëert hierdoor verreweg de meeste waarde in de data waardeketen.⁶²

Om een dergelijk inzicht te verkrijgen, moet wel een juist informatiesysteem worden gebruikt. Dit alleen al zorgt voor waardecreatie. De output zorgt voor nog veel meer waarde. De ruwe data, die hier in het proces gaan, zijn uiteraard van essentieel belang.⁶³ Als tijdens de eerdere fases fouten worden gemaakt, valt in de derde fase beduidend minder waarde te behalen.

In een zakelijke transactie zal de verkopende partij eveneens willen mee profiteren van de waarde die met de data kan worden gecreëerd, een zogenoemde winstmark-up. Daardoor zal de waarde gecreëerd in fase 3 een deel van de prijs vertegenwoordigen, die betaald wordt voor data afkomstig uit fase 2.

Fase 4: Uitwisselen

Bij de economische karakteristieken van data, uitgelegd in het begin van dit hoofdstuk, kwam al naar voren dat data niet-rivaliserend zijn. De enige manier waardoor data dus niet meer bruikbaar zijn, is als zij

⁶¹ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 21.

⁶² GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 32.

⁶³ H. Hürtgen en N. Mohr, *Achieving business impact with data*, *McKinsey Analytics* 2018.

verouderen. Waardoor na de analyse bij fase 3 nog wel diverse opties zijn ten aanzien van de data. Eerst moet alle output uit de analyse worden verzameld.⁶⁴ Op deze manier kan de output gebruiksklaar worden gemaakt voor de potentiële eindgebruiker. Op welke manier vervolgens met de inzichten en de verzamelende data wordt omgaan, hangt meestal af van het bedrijfsmodel dat de onderneming heeft. Een onderneming kan de data zelf gebruiken, maar kan deze eveneens verkopen of een dienst verlenen met betrekking tot de data zonder de data te verkopen.⁶⁵ Bij de laatste twee opties is duidelijk dat een prijs moet worden betaald direct voor de data of de dienst die wordt verleend. Hiermee wordt bij een normale bedrijfsuitoefening winst gemaakt. De waardecreatie die dit proces mogelijk heeft gemaakt, is dan duidelijk.

Verkoop van data kan aan een derde maar eveneens aan een onderneming die behoort tot hetzelfde concern. Bij verkoop aan een onderneming die tot hetzelfde concern behoort, wordt in aanraking gekomen met de transferpricing-problematiek.

2.4 Ruwe data

In *The Economist* worden data neergezet als het nieuwe soort olie welke een snelgroeiende industrie nodig heeft om succesvol te zijn en te blijven.⁶⁶ In de data waardeketen hebben de eerste twee fases betrekking op onbewerkte ofwel ruwe data. De discussie die vaak oplaait, is of ruwe data waarde hebben. Hierbij is de vergelijking tussen data en olie uit *The Economist* interessant. Olie wordt in eerste instantie eveneens ruw aangekocht. Pas na verwerking krijgt het de vorm van een product dat verkoopbaar is aan het grote publiek of dat in het bedrijf zelf kan worden gebruikt. Olie moet altijd worden geraffineerd om de waardecreatie te verkrijgen die een onderneming zoekt. Ondanks dat met ruwe olie in essentie niets kan worden gedaan, betalen bedrijven er wel voor. Sterker nog: er kunnen aandelen worden gekocht in de ruwe-oliemarkt. De vergelijking tussen ruwe olie en ruwe data kan naar mijn mening nog verder worden doorgetrokken naar grondstoffen in het algemeen. Met koffiebessen bijvoorbeeld kan zowel een consument als een producent in eerste instantie niets. Pas nadat ze zijn gewassen en geweekt, leveren ze koffiebonen op, die vervolgens nog wekenlang in de zon moeten drogen. Pas na dit hele proces kun je koffie maken van de boon, die verkoopbaar is aan het grotere publiek. Toch wordt voor de koffiebessen een prijs betaald, omdat daar uiteindelijk een product uit kan komen waarbij een (enorme) waardecreatie ontstaat na het doorlopen van

⁶⁴ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 23.

⁶⁵ GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com, p. 34.

⁶⁶ *The Economist*, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 mei 2017, www.economist.com.

het gehele proces. Voor data geldt hetzelfde. Aan ruwe data op zich heeft een onderneming niets, maar aan het eindproduct wel. Uit de data komt informatie, waardoor een product kan worden veranderd, marketing op de juiste manier kan worden voortgezet of een andere bedrijfsmatige keuze kan worden gemaakt. Tevens kunnen de verwerkte data worden verkocht. De mate waarin waardecreatie plaatsvindt, wordt hier dus ook pas duidelijk tijdens het verwerkingsproces. Ondanks dat ruwe data in eerste instantie onbruikbaar zijn voor een bedrijf, ben ik van mening dat ruwe data wel degelijk waarde bezitten. Ze zijn essentieel voor een proces binnen een bedrijf, dat ook geldt voor ruwe olie en koffiebonen. Het grote verschil is dat data niet tastbaar zijn en de andere grondstoffen wel, maar dit zou geen invloed moeten hebben op de waarde van activa.

Ook de onwetendheid betreffende big datasets doet niet af aan mijn zienswijze. De producent die koffiebonen koopt, ontdekt ook pas in de loop van het proces hoe goed de bonen, en dus de koffiebonen, zijn. Het risico bestaat dus dat koffiebonen zijn gekocht die achteraf niet zo goed blijkt te zijn, waardoor minder waarde kan worden gecreëerd dan verwacht. Dit leidt er echter niet toe dat geen waarde is toegedicht aan de koffiebonen op het moment van aankoop. Het risico dat wordt gelopen betreffende koffiebonen is mijns inziens in de kern vergelijkbaar met risico met betrekking tot big datasets. De onwetendheid met betrekking tot de output, maakt de set op het moment van aankoop niet waardeloos. Dit blijkt evenzeer uit de markt voor big data. Op de economische markt worden big datasets gekocht en verkocht. Daaruit blijkt mede dat ruwe data waarde heeft.

Kortom: in deze scriptie wordt ervan uitgegaan dat op het moment dat fase 1 van de data waardeketen begint en de data worden verworven, deze ruwe data al waarde bezitten.

2.5 Deelconclusie

Data hebben ruwweg twee verschillende bronnen, namelijk offline en online. De transactie betreffende data is een complexe aangelegenheid mede door de karakteristieken die data als product kenmerken. Ten eerste kan worden vastgesteld dat data onder immateriële activa vallen. Data komen dan pas op de balans te staan als ze zijn aangekocht, bij zelfcreatie is de waarde dus onbekend. Ten tweede blijken data een viertal economische karakteristieken te bezitten – niet-fungibel, niet-rivaliserend, ervaringsgoed, tijdsgebondenheid – die de complexiteit beïnvloeden. Het vinden van een vergelijkbare transactie is niet eenvoudig, doordat data niet inwisselbaar zijn door een ander product of een andere set. Daarnaast komt

de waarde van data pas tot uiting als deze geconsumeerd wordt. Op dat moment wordt duidelijk welke informatie beschikbaar komt, waardoor een waardering op voorhand lastig is. Met name als rekening moet worden gehouden met een snelle waardevermindering van de data. Echter kan data wel door meerderen tegelijk en herhaaldelijk worden gebruikt. Mocht het een transactie zijn die big-data betreft, dan moet er rekening mee worden gehouden dat niet duidelijk is welke data de transactie precies bezit.

De data waardeketen geeft weer welke stappen worden gezet in het proces van waardecreatie door data. De waardeketen begint met de fase voortbrengen, waarin wordt gekeken waar data vandaan worden gehaald. In de tweede fase, verzamelen, worden de data daadwerkelijk 'naar de onderneming toe gebracht'. De derde fase, analyseren, is de fase waarbij de meeste waarde wordt gecreëerd. In die fase wordt gekeken welke informatie uit de data kan worden gehaald. In de vierde fase wordt met de informatie gewerkt en worden beslissingen genomen op basis van deze informatie. Tevens kan data vervolgens weer worden verkocht. Daarbij wordt er in deze scriptie van uitgegaan dat ruwe data waarde hebben.

Data worden dus gezien als een complex goed, welke waarde kan creëren binnen een bedrijf. Hiervoor is het essentieel dat de data worden verwerkt met het juiste informatiesysteem en goed worden geanalyseerd. Aan het begin van de waardeketen wordt data verworven en verzameld. Ondanks dat data dan nog ruw is, heeft deze net als andere grondstoffen wel al waarde.

Hoofdstuk 3: Een fiscale blik op data

3.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk een economische blik is geworpen op data, zal nu vanuit fiscaal oogpunt worden gekeken naar data en de problematiek rond de waardering van een data-transactie. In het bijzonder wordt in dit hoofdstuk antwoord gegeven op de volgende deelvraag van deze scriptie, ‘Wat is de fiscale visie met betrekking tot data(-transacties)?’, waarmee wordt getracht een fiscale basis neer te leggen om de transferpricing-problematiek met betrekking tot data-transacties beter te doorgronden. Hierin is de opinie van de OESO belangrijk, omdat zij internationaal leidend is via onder andere de TP-richtlijnen en de BEPS-problematiek rondom de digitale economie.

In paragrafen 2, 3, 4 worden de *separate entity-approach*, de werking van het arm’s-lengthbeginsel met betrekking tot een data-transactie en digitale economie behandeld.

3.2 Separate entity-approach

Bij de separate entity-approach, welke door de OESO-landen is gekozen als de meest geschikte aanpak om de resultaten van MNO’s tussen verschillende belastingjurisdicties te alloceren,⁶⁷ wordt elke entiteit binnen een concern beschouwd als een op zichzelf staande entiteit. Het gevolg hiervan is dat wanneer transacties plaatsvinden binnen een concern, deze transacties voor belastingdoeleinden worden erkend. Dit is een van de redenen waarom onderzocht wordt welke methodiek optimaal is voor de waardering van data vanuit fiscaal perspectief. In samenwerking met het arm’s-lengthbeginsel komt de separate entity-approach over als een waterdicht systeem. Iedere entiteit betaalt belasting over het belastbare inkomen in de belastingjurisdictie waar zij is gevestigd. Door toepassing van het arm’s-lengthbeginsel zijn de transacties tussen verschillende ondernemingen binnen een concern zakelijk,⁶⁸ waardoor de winst wordt belast in het land waar deze dient op te komen. Dit wordt sinds 1995 mede bevorderd met TP-richtlijnen. Echter, MNO’s kunnen via de separate entity-approach eveneens gebruikmaken van de onevenwichtigheden tussen

⁶⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 16.

⁶⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 16.

belastingssystemen om zo hun te betalen belasting te verlagen, met name als de TP-richtlijnen geen duidelijkheid verschaffen over het waarderen van de transactie zoals in het geval van data. Een situatie zoals in de Starbucks-zaak, uitgelegd in paragraaf 1.1.3, kan zich dan voordoen. Mede door de globalisatie is de gebruikmaking van deze verschillende belastingssystemen door MNO's vergroot, zoals is aangegeven in paragraaf 1.1.2.

De separate entity-approach kan dus ondanks de combinatie met het arm's-lengthbeginsel winstverschuiving in de hand werken als de TP-richtlijnen geen soelaas bieden om de transactie zakelijk te waarderen.

3.3 Het arm's-lengthbeginsel met betrekking tot een data-transactie

Het arm's-lengthbeginsel, welke kort is aangeduid in de introductie, is de internationale standaard van de TP-richtlijnen. De richtlijnen moeten de toepassing van dit beginsel uitvoerbaar maken.⁶⁹ Als het arm's-lengthbeginsel niet (juist) is toegepast op de prijs, waardoor deze niet zakelijk is, dient deze te worden aangepast.⁷⁰ Om deze aanpassing te kunnen verrichten op basis van het arm's-lengthbeginsel, moet eerst worden gekeken of het arm's-lengthbeginsel toegepast dient te worden op de transactie.

3.3.1 Toepassing van het arm's-lengthbeginsel

In het modelverdrag, dat een leidraad is voor bilaterale belastingovereenkomsten,⁷¹ is het arm's-lengthbeginsel vormgegeven in artikel 9 OESO-MV. Door de meeste landen is het beginsel opgenomen in hun belastingverdragen met gebruikmaking van de tekst van het modelverdrag. Hierdoor is het mogelijk om correcties op belastbare inkomens van de MNO's te maken, mochten ze niet aan het beginsel voldoen. Het eerste lid van artikel 9 OESO-MV stelt dat het arm's-lengthbeginsel het volgende inhoudt:

⁶⁹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 33.

⁷⁰ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 34.

⁷¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 35.

“[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprises and taxed accordingly.”⁷²

Oftewel, tussen twee afhankelijke ondernemingen kunnen voorwaarden, zoals de prijs of contractuele voorwaarden, anders zijn dan tussen twee onafhankelijke ondernemingen, vanwege hun commerciële of financiële relaties. Als deze voorwaarden ervoor zorgen dat winst anders wordt verdeeld dan in de situatie met twee onafhankelijke ondernemingen, dan kan volgens artikel 9 OESO-MV de winst worden toebedeeld en belast zoals in een onafhankelijke situatie het geval zou zijn geweest. Om dus in aanraking te komen met het arm's-lengthbeginsel moet sprake zijn van een transactie tussen twee afhankelijke ondernemingen, zogenoemde gelieerde ondernemingen. Om vervolgens de transactie at arm's-length te waarderen, waardoor de winst wordt verdeeld zoals zou moeten, kan de prijs van de transactie worden aangepast.

Gelieerde ondernemingen

Volgens het eerste lid van artikel 9 OESO-MV wordt gesproken van gelieerde ondernemingen als:

- a. een onderneming in een land direct of indirect participeert in het management, toezicht of kapitaal van de andere entiteit in het andere land;⁷³ of als
- b. dezelfde personen direct of indirect participeren in het management, toezicht of kapitaal van beide ondernemingen in beide landen.⁷⁴

De termen 'direct of indirect' worden niet in het commentaar van artikel 9 OESO-MV gedefinieerd of uitgelegd. Als een term niet is opgenomen in het commentaar, moet worden gekeken hoe de in het verdrag

⁷² Artikel 9, sub 1, onderdeel a, OESO-MV; OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 35.

⁷³ Artikel 9, sub 1, onderdeel a, OESO-MV; Dit wordt ook wel verticale gelieerdheid genoemd.

⁷⁴ Artikel 9, sub 1, onderdeel b, OESO-MV; Dit wordt ook wel horizontale gelieerdheid genoemd.

gebruikte term in de nationale (belasting)wetgeving van de landen is opgenomen en uitgelegd.⁷⁵ Om te voorkomen dat een geschil ontstaat betreffende ‘gelieerdheid’ van ondernemingen, en dus een eventuele aanpassing mogelijk is op basis van artikel 9 OESO-MV, is het van belang dat de uitleg van de term in de nationale wetgeving van beide landen overeenkomen of dat hier verder afspraken over worden gemaakt. Op deze manier kan dubbele (non) heffing worden voorkomen. Doordat de OESO de termen ‘direct of indirect’ niet heeft gedefinieerd kan mede de situatie ontstaan dat wel sprake is van transactie tussen gelieerde ondernemingen als deze in Nederland en Duitsland gevestigd zijn, terwijl hiervan geen sprake is als de ondernemingen gevestigd zijn in België en Frankrijk. Dezelfde transactie kan hierdoor dus anders worden behandeld.

In het tweede lid van artikel 9 OESO-MV is gesteld dat bij een inkomensaanpassing die volgens beide landen in lijn is met het arm’s-lengthbeginsel,⁷⁶ het land van vestiging van de tegen hangende onderneming van de transactie een overeenkomstige aanpassing moet toestaan waardoor dubbele belastingheffing wordt voorkomen.

Het arm’s-lengthbeginsel van artikel 9 OESO-MV dient dus te worden toegepast op een data-transactie als de transactie plaatsvindt tussen gelieerde ondernemingen, waarbij de prijs van de transactie eventueel is beïnvloed door de commerciële en financiële relaties van de twee gelieerde ondernemingen.

Artikel 9 OESO-MV heeft betrekking op voorwaarden van transacties tussen gelieerde ondernemingen en of deze al dan niet zakelijk zijn. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen een transactie met materiële of immateriële activa. Zoals al eerder naar voren is gekomen, is het voor het vaststellen van een prijs at arm’s-length wel van belang om te weten of activa fiscaal gezien materieel of immaterieel is, aangezien dit invloed kan hebben op de complexiteit van de transactie en daardoor de toepassing van de TP-richtlijnen.

⁷⁵ In het belastingverdrag tussen Nederland en Duitsland zijn deze termen bijvoorbeeld vervangen door de termen ‘onmiddellijk of middellijk’. Er is gekozen voor aansluiting bij de nationale belastingwetgeving, waarin in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 voor de gelieerdheid van entiteiten is aangesloten bij de termen ‘onmiddellijk of middellijk’. De Nederlandse wetgever heeft via de gekozen termen (opzettelijk) gelieerdheid niet gelinkt aan een kwalificerend aandelenbelang, waardoor niet alleen ondernemingen met een in aandelen verdeeld kapitaal gelieerde ondernemingen kunnen zijn. Als er materieel sprake is van een dergelijke zeggenschap terwijl ondernemingen een niet in aandelen verdeeld kapitaal hebben, kan er dus alsnog sprake zijn van gelieerdheid en zullen ze moeten voldoen aan het arm’s-lengthbeginsel.

⁷⁶ Commentaar op artikel 9 OESO-MV, paragraaf 2, onderdeel 6.

3.3.2 Immateriële activa

In paragraaf 2.2 wordt gesteld dat data voor accounting-doeleinden aan de voorwaarden voldoen om als immateriële activa te worden geclassificeerd. Echter de gestelde regels in verband met accounting zijn niet altijd hetzelfde als de fiscale regels, waardoor het niet vanzelfsprekend is dat voor fiscale doeleinden data eveneens worden gezien als immateriële activa.

Voor transferpricing-doeleinden is het van belang dat het begrip ‘immateriële activa’ goed gedefinieerd is, en dat deze definitie op de juiste manier wordt toegepast. Als de definitie te smal is, bestaat de kans dat belastingplichtigen of de belastingautoriteiten kunnen verdedigen dat het product van de transactie buiten de definitie valt. Het gevolg hiervan is dat de prijs wordt berekend met een ongewenste transferpricing-methode, of dat onderdelen van de transactie helemaal buiten beschouwing worden gelaten, waardoor geen vergoeding wordt betaald voor een onderdeel waarvoor een derde wel een vergoeding zou moeten betalen. Als de definitie te breed is, kunnen belastingplichtigen en de belastingautoriteiten een vergoeding voor de transactie argumenteren die zich onder dezelfde omstandigheden tussen derden niet had voorgedaan.⁷⁷ Kortom: als de definitie te breed of te smal is, dan kan een vergoeding worden berekend die niet at arm’s-length is en die belastingontwijking in de hand kan werken. De OESO stelt dat, om activa te classificeren als immateriële activa, moet worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

“In these Guidelines, therefore, the word ‘intangible’ is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.”⁷⁸

Mijns inziens voldoen data aan deze voorwaarden en kunnen derhalve eveneens voor transferpricing doeleinden worden geclassificeerd als immateriële activa. Data zijn namelijk geen fysieke activa dan wel financiële activa. Ze kunnen worden gehouden voor commerciële activiteiten en bij een data-transactie

⁷⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 248.

⁷⁸ OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final reports*, OEC/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 67; OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 249.

tussen twee onafhankelijk ondernemingen wordt een (monetaire) compensatie gesteld. Deze redenering lijkt te worden ondersteund door de OESO.⁷⁹

Kortom, data worden voor zowel accounting-doeleinden als transferpricing-doeleinden gezien als een vorm van immateriële activa.

3.4 Digitale economie

De digitale economie refereert naar een economie die gebaseerd is op informatie en communicatietechnologie (ICT). Het gebruik van deze technologie heeft een positief effect op bedrijfsprocessen en innovatie in alle sectoren van de economie.⁸⁰ Zoals is aangegeven in paragraaf 1.2 erkent de OESO de transferpricing-problematiek rondom een data-transactie. Dit wordt bevestigd in het tussentijdse rapport gepubliceerd in 2018 van de OESO over de digitale economie⁸¹ en het rapport gepubliceerd in maart 2019 waarin aandachtspunten zijn geformuleerd voor de omgang met de digitale transformatie.⁸² Daarbij wordt aangegeven dat de interesse groeit om de uitwisseling van data een monetaire waarde te geven.⁸³ In 2018 is een begin gemaakt door de OESO met het in kaart brengen van waardecreatie door datagebruik en de problematiek rondom data op fiscaal gebied.

3.4.1 Digitale bedrijfsmodellen en waardecreatie

In de digitale economie creëren digitale bedrijfsmodellen waarde⁸⁴ met gebruik van grote hoeveelheden data,⁸⁵ waarbij het moeilijk is om het rechtsgebied te bepalen waarin die waarde wordt gecreëerd.⁸⁶ Dit

⁷⁹ OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final reports*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 69. ondersteund door OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 103.

⁸⁰ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 11.

⁸¹ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 169.

⁸² OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 26.

⁸³ OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 90.

⁸⁴ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 25.

⁸⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 66.

⁸⁶ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 16.

onderschrijft de noodzaak voor transferpricing. Deze bedrijfsmodellen creëren op de volgende manier waarde uit data door het volgen van een proces dat te beschrijven is in vijf cyclische stappen:

1. data herkomst
2. data verzamelen en het verkrijgen van (big) data
3. data analyseren
4. kennisbank
5. data-gedreven besluitvorming⁸⁷

Data worden hoofdzakelijk verkregen via gebruiksparticipatie uit onlinebronnen zoals transacties, productie of communicatie. Data uit offlinebronnen worden door technologische ontwikkelingen verzameld met behulp van bijvoorbeeld sensoren. De data, die worden verkregen, helpen bedrijven om de markt te analyseren en trends te spotten. Dit kan vervolgens weer worden gebruikt in de verdere procesvoering van een bedrijf. Data kunnen er dus voor zorgen dat een bedrijf een voorsprong krijgt op zijn concurrenten.⁸⁸ In hoofdstuk 2 wordt eveneens geschreven over verschillende fases waarin waarde via data kan worden gecreëerd binnen de waardeketen, namelijk voortbrengen, verzamelen, analyseren en uitwisselen. Deze waardeketen is ontworpen voor datagebruik en toepasbaar voor alle bedrijfsmodellen, in tegenstelling tot de waardeketen waarop de OESO zich richt. Die alleen toepasbaar is voor digitale bedrijfsmodellen. Desondanks komen de punten waarop waarde wordt gecreëerd nagenoeg overeen. Het enige punt waar een verschil waarneembaar is, is dat in hoofdstuk 2 eveneens waarde wordt toegerekend bij verkoop van de data. De OESO gaat hier niet op in. De reden daarvan zou kunnen zijn dat de OESO alleen wil meenemen hoe data waarde kunnen generen als het binnen het bedrijf in gebruik wordt genomen. Bij verkoop van data aan een derde doet zich namelijk in de regel geen ontwikkelingsproblematiek voor.

Het is algemeen erkend dat data binnen bedrijfsmodellen van digitale ondernemingen met betrekking tot waardecreatie ertoe doen.⁸⁹ Echter, over het belang hiervan en de waardecreatie die dit met zich brengt, verschillen de meningen van de OESO-landen.⁹⁰ Door sommigen landen wordt de rol van gebruikersparticipatie gezien als iets unieks, een belangrijke drijfveer voor waardecreatie. De waardecreatie vindt vooral plaats doordat de participatie ervoor zorgt dat veel (persoonlijke) data kunnen worden verkregen.⁹¹ Daartegenover leeft de opinie dat het verzamelen van data en gebruikersparticipatie

⁸⁷ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 53.

⁸⁸ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 54.

⁸⁹ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 24.

⁹⁰ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 25.

⁹¹ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 25.

een transactie is tussen de gebruikers en het gedigitaliseerde bedrijf. Daarbij levert het bedrijf een tegenprestatie die van financiële aard kan zijn, maar ook non-financieel. Deze landen zijn van mening dat de transactie tussen de gebruiker en het bedrijf onder een inkomensbelasting zou moeten vallen. Zij zijn het er niet mee eens dat het verzamelen van data door bedrijven een activiteit is waaraan winst moet worden toegeschreven, alleen omdat de data eventueel waarde hebben.⁹² Mijns inziens zijn beide standpunten te onderbouwen, maar met het oog op toepasbaarheid voor belastingheffing, is het praktischer om gebruikersparticipatie te zien als een drijfveer voor waardecreatie bij de onderneming. Het definiëren van gebruikersparticipatie als een transactie tussen de gebruiker en het bedrijf maakt het belasting heffen onbedoeld gecompliceerd, met name doordat gebruikers vaak niet door hebben dat ze gegevens achterlaten waaraan het bedrijf waarde ontleend en dat er dus een transactie plaats heeft gevonden. Als de gebruikers dit niet door hebben, dan is het lastig voor belastingautoriteiten om dit wel te weten en de transactie te belasten.

3.4.2 Belang van transferpricing

Het groeiende gebruik van data, door bedrijven in verschillende industrieën,⁹³ heeft ervoor gezorgd dat bedrijven hun producten en diensten significant hebben kunnen verbeteren. Het verzamelen en analyseren van data is een integraal onderdeel geworden van bedrijven. Doordat de digitalisatie en het veelvuldige gebruik van mobiele apparaten, die verbonden zijn met het internet, toeneemt, is het mogelijk om meer waardevolle (persoonlijke) data te verzamelen en te analyseren, waardoor data een groeiend belang zullen hebben in bedrijfsmodellen. Het analyseren heeft er onder andere voor gezorgd dat bedrijven een betere ervaring voor de consument kunnen bewerkstelligen en daardoor meer gebruik kunnen maken van het consumentensurplus. Middels een verhoging van productiviteit⁹⁴ of verkoop⁹⁵ wordt meer winst gegenereerd. De voordelen van data groeien exponentieel met de hoeveelheid informatie die uit (persoonlijke) data kan worden gehaald. Dit effect wordt ook wel *economies of scope* genoemd: hoe gevarieerder de informatie, hoe meer inzicht in een consument wordt gegeven. In sommige gevallen zorgt

⁹² OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 25.

⁹³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report.*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 43; Op dit moment speelt het gebruik van data met name een rol in de financiële, reclame- en evenementenindustrie.

⁹⁴ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation- Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 53.

⁹⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 40.

een grote dataset er zelfs voor dat de waarde van een bedrijf stijgt,⁹⁶ omdat een grote hoeveelheid informatie uit deze dataset wordt verwacht.⁹⁷

Concerns gebruiken al langere tijd informatie over interactie met klanten om hun aanbod en de overgang naar een beter participerende cultuur te bewerkstelligen om zo meer inkomsten te genereren.⁹⁸ De digitale economie heeft het verzamelen van data veel eenvoudiger gemaakt,⁹⁹ doordat de opslagcapaciteit is gestegen en de kosten voor de gegevensopslag zijn gedaald. Hierdoor is het vermogen om gegevens te verzamelen, op te slaan en te analyseren aanzienlijk toegenomen en kunnen grotere hoeveelheden data worden bewerkt.¹⁰⁰ Door deze ontwikkeling is het voor concerns eveneens eenvoudiger geworden om zelf data te verzamelen, op te slaan en te verwerken in plaats van het proces uit te bestelen aan een derde partij.¹⁰¹ Een concern zal het verzamelen en opslaan waarschijnlijk laten plaatsvinden door een of meerdere ondernemingen binnen het concern. Vervolgens zal via interne transacties de data worden verdeeld binnen het concern.¹⁰² Deze verdeling zal moeten plaatsvinden tegen een prijs die voldoet aan het arm's-lengthbeginsel, waardoor gebruik van transferpricing met betrekking tot data-transacties een steeds grotere rol speelt.

3.5 Tussenconclusie

Om de fiscale visie met betrekking tot een data(-transactie) in kaart te brengen worden vier fiscale onderwerpen behandeld, namelijk de separate entity-approach, het arm's-lengthbeginsel, immateriële activa en de digitale economie.

De keuze voor de separate entity-approach heeft ervoor gezorgd dat een transactie die plaatsvindt binnen een concern voor belastingdoeleinden wordt herkend. Het arm's-lengthbeginsel stelt dat de voorwaarden

⁹⁶ Hiermee wordt bedoeld dat de marktwaarde van een bedrijf omhooggaat.

⁹⁷ OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation- Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 53.

⁹⁸ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 68.

⁹⁹ In bedrijfsmodellen van bepaalde ondernemingen is het verzamelen van data een waardestuwer geworden, waardoor ondernemingen door de tijd heen ook meer afhankelijk zijn geworden van data.

¹⁰⁰ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015, p. 69.

¹⁰¹ OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 40.

¹⁰² OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019, p. 41.

waarvoor deze transactie tussen twee gelieerde ondernemingen is gedaan hetzelfde zouden moeten zijn als de situatie waarin twee onafhankelijke ondernemingen deze transactie hadden verricht.

Het arm's-lengthbeginsel vindt op internationaal vlak toepassing via artikel 9 OESO-MV, welke door veel landen is opgenomen in belastingverdragen. Gelieerdheid van ondernemingen speelt een belangrijke rol voor de toepassing van artikel 9 OESO-MV. Als een data-transactie plaatsvindt tussen gelieerde ondernemingen, waarbij de prijs van de transactie beïnvloed is door de commerciële en financiële relaties van de twee gelieerde ondernemingen, dient de prijs te worden aangepast op basis van artikel 9 OESO-MV. Data worden eveneens voor transferpricing-doeleinden gekwalificeerd als immateriële activa. Ondanks dat dit geen directe invloed heeft op de toepassing van artikel 9 OESO-MV, is dit voor de toepassing van de TP-richtlijnen wel degelijk van belang.

Data spelen een belangrijke rol in de digitale economie. Bedrijven worden steeds afhankelijker van data. Doordat het gemakkelijker is om data te verzamelen, op te slaan en te analyseren zullen concerns dit zelf gaan doen in plaats van het uit te besteden. Vervolgens zal de data, die voor waardecreatie zorgen, in het concern verspreid worden tussen de ondernemingen. Dit verhoogt het belang van transferpricing bij data-transacties.

Hoofdstuk 4: De toepassing van TP-richtlijnen op data

4.1 Introductie

Data, als product van een transactie, zijn in de vorige hoofdstukken economisch en fiscaal belicht. In dit hoofdstuk worden de methodes van de TP-richtlijnen toegepast op een data-transactie. Daarmee wordt getracht een antwoord te geven op de volgende deelvraag: ‘Hoe zijn de transferpricing-methodes uit de TP-richtlijnen van toepassing op een data-transactie?’.

Om vast te kunnen stellen dat een transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen vergelijkbaar is met de transactie tussen de gelieerde ondernemingen zal eerst een vergelijkbaarheidsanalyse moeten uitgevoerd. Deze analyse wordt beschreven in de tweede paragraaf. In de derde paragraaf wordt een case uiteengezet met betrekking tot een data-transactie. In de daaropvolgende paragraaf worden de behandelde transferpricing-methodes toegepast. Momenteel zijn er vijf verschillende standaardmethodes volgens de TP-richtlijnen, die kunnen worden gebruikt bij de waardering van een transactie. Deze methodes zullen opeenvolgend aan bod komen.

4.2 Vergelijkbaarheidsanalyse

In de vorige hoofdstukken is naar voren gekomen dat het vinden van een ongecontroleerde transactie, welke in hoge mate vergelijkbaar is met een gecontroleerde transactie,¹⁰³ een belangrijk aspect van transferpricing is.¹⁰⁴ Met een ongecontroleerde transactie kan een prijs worden vastgesteld die zakelijk is. Hiervoor moet een vergelijkbaarheidsanalyse worden gedaan tussen de ongecontroleerde en de gecontroleerde transactie.

Voor het vaststellen van een vergelijkbare ongecontroleerde transactie moeten ten eerste de commerciële en financiële relaties tussen de twee gelieerde ondernemingen worden geïdentificeerd. De condities en economisch relevante omstandigheden rondom de onderneming moeten in kaart worden gebracht. Ten tweede moeten de condities en relevante economische omstandigheden van de gecontroleerde transactie

¹⁰³ Transactie tussen gelieerde ondernemingen.

¹⁰⁴ Transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen.

nauwkeurig in lijn liggen met de condities en de relevante economische omstandigheden van de vergelijkbare ongecontroleerde transactie.¹⁰⁵ Om de condities en economische omstandigheden in kaart te brengen, wordt naar verschillende factoren van de transacties gekeken. Het betreft de volgende vijf factoren:

- karakteristieken van het goed of de dienst;
- functionele analyse;
- contractuele overeenkomsten;
- economische omstandigheden; en
- ondernemingsstrategieën.¹⁰⁶

Op grond van deze factoren moet grondig worden uitgezocht welke verschillen er tussen de transacties zijn. Per situatie en daardoor per transferpricing-methode moet worden bepaald welke factoren zwaarder wegen dan andere. In het geval het een transactie met immateriële activa betreft, zijn vanwege de complexiteit die het goed vaak met zich mee brengt, mede door zijn karakteristieken, een aantal extra punten opgesteld die mee moeten worden genomen bij de vergelijkbaarheidsanalyse. Deze punten zullen bij het vinden van een vergelijkbare transactie voor een data-transactie eveneens moeten worden meegenomen in de analyse.

Immateriële activa

Ten eerste is het bij immateriële activa in vergelijking tot materiele activa nog belangrijker dat de functionele analyse grondig wordt uitgevoerd, om duidelijk in beeld te krijgen wanneer waarde wordt gecreëerd door de desbetreffende immateriële activa.¹⁰⁷ Met deze functionele analyse poogt de OESO het volgende te bewerkstelligen:

“[...] to identify the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used or contributed, and risks assumed by the parties to the transactions.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 43.

¹⁰⁶ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, paragraaf D.1.2.1.

¹⁰⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 248.

¹⁰⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 51.

Met andere woorden, de functionele analyse onderzoekt en vergelijkt de economisch relevante activiteiten en verantwoordelijkheden, gebruikte activa en aangenomen risico's van de ondernemingen die betrokken zijn bij de transactie. Hiermee kan de waardeketen van de onderneming worden geanalyseerd.¹⁰⁹ Een voorbeeld van zo een waardeketen is beschreven in paragraaf 2.3.

Ten tweede zijn er zeven eigenschappen van immateriële activa waar extra aandacht op moet worden gevestigd bij het zoeken naar een vergelijkbare transactie:

- exclusiviteit;
- omvang en duur van de wettelijke bescherming;
- geografisch bereik;
- nuttige levensduur;
- ontwikkelingsstadium;
- rechten op verbeteringen, herzieningen en updates; en
- verwachting van toekomstig voordeel.¹¹⁰

Per situatie kan het verschillen welke eigenschappen een grotere rol spelen. Dit geldt ook voor situaties waarin data-transacties plaatsvinden.

Het beginpunt van transferpricing voor het analyseren van transacties zijn de eigendomsrechten en contractuele overeenkomsten met betrekking tot de transactie van het immateriële activum.¹¹¹ Voor transferpricing is de juridische eigenaar van het immateriële activum leidend.¹¹² Rekening moet worden gehouden met de situatie dat de juridische eigenaar alleen een holding¹¹³ is. Als dit het geval is, wordt

¹⁰⁹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 248.

¹¹⁰ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 286.

¹¹¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 260.

¹¹² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 261.

¹¹³ Een holding is een entiteit waarin niets wordt geproduceerd en winsten worden behaald via aandelenparticipaties die zij heeft in gelieerde ondernemingen.

alsnog geen winst aan deze entiteit toegerekend.¹¹⁴ De eigendomsrechten en de contractuele overeenkomsten zijn slechts een referentie voor transferpricing.

4.3 De data-transactie

In de gehele scriptie wordt gesproken over een data-transactie. Met betrekking tot de data in de transactie is geconcludeerd dat de karakteristieken de complexiteit verhogen (paragraaf 2.2.2), de informatie die uit de data kan worden gehaald waarde kan creëren binnen een bedrijfsmodel (paragraaf 2.3), de data waarde bezitten ongeacht of deze bewerkt of onbewerkt zijn (paragraaf 2.4) en dat data onder immateriële activa vallen (paragraaf 3.3.2).

De transferpricing-problematiek met betrekking tot een data-transactie zal aan de hand van een casus worden uiteengezet. De casus is een simplistische weergave van de manier waarop MNO's data-transacties vormgeven binnen het concern.¹¹⁵

Casus: de data-transactie

Stel onderneming X, gevestigd in land H, is onderdeel van MNO PLANT. Dit concern is een online retailer van tuinproducten, zoals potten en scheppen. MNO PLANT heeft dus niet als *core business* het verzamelen, opslaan en verkopen van data. Onderneming X verzamelt sinds 2000 via onlinebronnen data over consumenten van MNO PLANT. Dit verzamelproces is verweven met haar gebruikelijke bedrijfsvoering. Deze data worden vervolgens opgeslagen in een database en kunnen worden gebruikt om informatie te verkrijgen. Onderneming X is daarbij de juridische eigenaar van de data.

Tijdens het verzamelen van de data is niet precies duidelijk welke informatie uit de enorme hoeveelheid data kan worden gehaald. Onderneming X verzamelt dus big data (uitgelegd in paragraaf 2.2.2).¹¹⁶

¹¹⁴ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 262 - p. 263.

¹¹⁵ Dit is gebaseerd op de vormgeving van data-transacties binnen Amazon en Veritas. Deze informatie is verkregen uit US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14. en US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8.

¹¹⁶ J. Lokitz, *Exploring big data business models & the winning value propositions behind them*, z.j., www.businessmodelsinc.com.

Onderneming Y, gevestigd in land J, is eveneens onderdeel van MNO PLANT. Om de bedrijfsvoering te verbeteren en daarmee de winst te verhogen wil onderneming Y vanaf 2019 gebruik maken van data over consumenten die aankopen doen via onderneming Y.¹¹⁷ Onderneming Y heeft Europa als afzetmarkt. Onderneming X verzamelt ook deze data en kan onderneming Y daar dus van voorzien.

Land H en land J hebben een belastingverdrag gesloten en daarin een op artikel 9 OESO-MV gebaseerd artikel opgenomen. Volgens invulling van de termen 'direct of indirect' via de nationale belastingwetten zijn onderneming X en Y gelieerde ondernemingen.

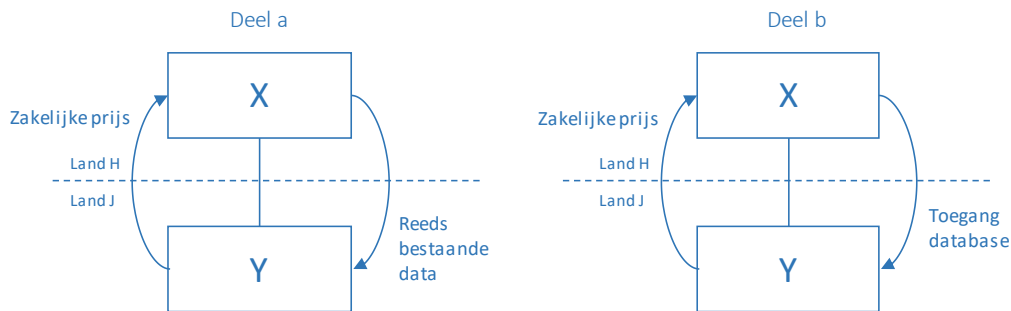
Om conclusies te kunnen trekken over de informatie die uit data komt, zijn meerdere jaren aan data nodig.¹¹⁸ Hiermee kunnen zowel economies of scale als scope worden behaald, zoals beschreven in paragraaf 3.4.1. Op het moment dat onderneming Y in 2019 wilt beginnen met het analyseren van data, zal het dus eerst data dienen te gebruiken die al zijn verzameld en opgeslagen in de database over de jaren 2000 – 2018. Daarnaast zal Y gebruik willen maken van de data die vanaf begin 2019 worden verzameld. Als onderneming X dus een transactie overeenkomt met onderneming Y bestaat deze transactie uit twee 'soorten' data:

- De reeds bestaande data: deze data zijn verzameld en opgeslagen voordat de transactie plaatsvindt.
- Toekomstige data: deze data moeten nog worden verzameld.

De transactie is dus als het ware op te splitsen in twee sub-transacties, hieronder grafisch weergegeven.

¹¹⁷ A. McAfee en E. Brynjolfsson, 'Big Data: The Management Revolution', *Harvard Business Review* 2012.

¹¹⁸ Zoals Google's director of research, Peter Norvig, het zegt: 'We don't have better algorithms. We just have more data.' A. McAfee en E. Brynjolfsson, 'Big Data: The Management Revolution', *Harvard Business Review* 2012, p. 5.



Deel a

Het eerste deel van de transactie heeft betrekking op de prijs die Y moet betalen voor de data die al in de database aanwezig zijn. Deze data kunnen nog waarde creëren in de toekomst, waardoor in een situatie met onafhankelijke ondernemingen een betaling overeen zou worden gekomen. Dit kan of een lumpsum-betaling zijn¹¹⁹ of een betaling die is verspreid over een vastgestelde termijn.

Deel b

Het tweede deel van de transactie heeft betrekking op de waarde van data die in de toekomst zullen worden verzameld. Via de sub-transactie wordt een constante toegang verleend aan onderneming Y tot de database. Er zijn meerdere manieren om de transactie vorm te geven:

- Een (gebruikers)licentie. Bij een licentie gaan alleen bepaalde rechten van het immaterieel activum over naar Y, in het geval van data zou dan toegang worden verleend tot de database.¹²⁰
- Een Cost Contribution Arrangement (hierna: CCA). Hiermee kunnen alle kosten, risico's, rechten en voordelen voor ontwikkeling van het immateriële goed tussen de

¹¹⁹ Lumpsum-betaling houdt in dat het bedrag in een keer wordt betaald.

¹²⁰ Een andere soort licentie is een cross-licensing. Hierbij brengen meerdere ondernemingen immateriële activa in. Op deze licentie wordt niet ingegaan, omdat wordt uitgegaan van de situatie dat een transactie plaatsvindt tussen twee ondernemingen en niet tussen meerdere. Daarbij brengt deze methode vaak grote administratieve lasten met zich mee (D. Norton en P. Burns, 'Transfer Pricing for intangible Development: Alternatives to Cost-Sharing', *International Tax Review* 2005).

twee ondernemingen worden gedeeld, waardoor twee juridische eigenaren ontstaan.¹²¹

MNO PLANT kiest ervoor om een licentie overeen te komen, omdat deze gebruiksvriendelijker is dan een CCA. Bijkomend voordeel is dat zij niet aan specifieke voorwaarden hoeft te voldoen die zijn gesteld voor de CCA,¹²² zoals het schriftelijkheidsvereiste bij het aangaan van de licentie. Daarnaast vindt MNO PLANT een CCA in deze situatie niet nodig; er hoeven geen grote risicovolle *research & development* (hierna: R&D)-uitgaven te worden gedaan. Vaak wordt de CCA afgesloten als hoge R&D-kosten gepaard gaan met het ontwikkelen van immateriële activa.¹²³ Via de CCA worden de risico's en kosten hiervan tussen alle deelnemende ondernemingen verdeeld.¹²⁴ De CCA wordt vaak gebruikt bij farmaceutische, biotechnische, chemische en olie- en gasbedrijven,¹²⁵ waarbij het niet duidelijk is of het te ontwikkelen product daadwerkelijk een succes wordt. De betaling voor de licentie is een jaarlijkse betaling, een zogenoemde royalty. Deze royalty is vaak gebaseerd op de verkopen of de winst die wordt gemaakt, door in dit geval onderneming Y.

De prijs en voorwaarden van de transactie zullen moeten voldoen aan het arm's-lengthbeginsel waarbij wordt getracht gebruik te maken van de methodes beschreven in de TP-richtlijnen.

4.4 Transferpricing-methodes

Nadat gestart is met de vergelijkbaarheidsanalyse, dient te worden gekeken naar de transferpricing-methode vanuit de TP-richtlijnen die het beste van toepassing is op de situatie. De methodes zijn verdeeld in traditionele transactiemethodes en transactionele winstmethodes.¹²⁶ Er zijn drie traditionele

¹²¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 345.

¹²² OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018, hoofdstuk VIII.

¹²³ Ernst & Young, *Cost Contribution Agreements*, Londen, 2013.

¹²⁴ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 345.

¹²⁵ Ernst & Young, *Cost Contribution Agreements*, Londen, 2013.

¹²⁶ Hiernaast bestaan ook overige winstmethodes. Op die methodes zal niet worden ingegaan.

transactiemethodes: de *comparable-uncontrolled-price*methode (hierna: CUP-methode), de *resale-price*methode (hierna: RPM) en de *cost-plus*methode (hierna: CPM). Bij toepassing van deze methodes wordt gezocht naar een vergelijkbare transactie, waarbij bij elke methode een andere manier van prijsberekening wordt toegepast. De CUP-methode wordt toegepast op het niveau van de verkoopprijs, terwijl de RPM en de CPM worden toegepast op het niveau van de brutomarge. Voor alle drie de methodes moet aan een van de twee volgende voorwaarden worden voldaan om te kunnen spreken van een vergelijkbare transactie:

1. Geen van de verschillen tussen de twee transacties zal de prijs in een open markt wezenlijk beïnvloeden.
2. Het is mogelijk om de prijs zodanig aan te passen dat de verschillen die een wezenlijke invloed hebben, kunnen worden geëlimineerd.¹²⁷

De transactionele winstmethodes zijn gebaseerd op de winst of kosten van een onafhankelijke partij. In eerste instantie waren de winstmethodes ontwikkeld om de traditionele transactiemethodes te ondersteunen. Mochten deze geen uitkomst bieden, dan kon worden teruggevallen op de winstmethodes. Sinds 2010 zijn alle methodes gelijkgesteld. Hoewel de OESO de CUP-methode prefereert, winnen de transactionele winstmethodes aan populariteit. Dit komt met name door de lastige toepasbaarheid van de traditionele methodes. Bij de *transactional-net-margin*methode (hierna: TNMM) ligt de nadruk meer op vergelijkbare ondernemingen. De *profit-split*methode (hierna: PSM) wordt toegepast op alle winsten die voortvloeien uit een transactie. Deze worden vervolgens verdeeld via een verdeelsleutel. In het onderstaande voorbeeld wordt aangegeven op welk niveau van de winst- en verliesrekening welke methode wordt gebruikt.¹²⁸

¹²⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* 2017, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 101, p. 106 en p. 111.

¹²⁸ H. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2011, p. 74.

Transferpricing-methodes

Omzet	100	CUP
Inkoopwaarde	80	
Brutomarge	20	RPM/CPM
Operationele kosten	10	
Nettomarge	10	TNMM/PSM
Buitengewone baten/lasten en rente	5	
	5	

4.4.1 Comparable-uncontrolled-pricemethode

$$\text{Verrekenprijs} = \text{Prijs vergelijkbare transactie} \\ + - \text{Verschillen economisch relevante omstandigheden}$$

De CUP-methode vergelijkt de prijs van een product of dienst van een gecontroleerde transactie¹²⁹ met de prijs van een ongecontroleerde transactie¹³⁰, die plaatsvindt in dezelfde commerciële en financiële omstandigheden. Als verschillende omstandigheden zich voordoen, kan dat worden veroorzaakt door de relatie tussen de gelieerde ondernemingen.¹³¹

Door de OESO wordt onderscheid gemaakt tussen een interne CUP en een externe CUP. De interne CUP houdt een transactie in waarbij hetzelfde product in dezelfde omstandigheden door een van de gelieerde ondernemingen wordt verkocht aan een derde. Met de externe CUP wordt een transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen bedoeld, die vergelijkbaar is met de gecontroleerde transactie en in een vergelijkbare situatie plaatsvindt.¹³² De OESO verkiest de interne CUP boven de externe CUP. De kans op verschillen die de prijs beïnvloeden, is bij de interne CUP kleiner. Mocht de interne CUP afwezig zijn, dan moet worden onderzocht of een bruikbare externe CUP aanwezig is.¹³³ Doordat de externe CUP vaak een

¹²⁹ Transactie tussen gelieerde ondernemingen.

¹³⁰ Transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen.

¹³¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 101.

¹³² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 155; Grafisch weergegeven in appendix A.

¹³³ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 156.

lagere vergelijkingsgraad heeft zullen meer aanpassingen moeten worden gedaan aan de prijs om uiteindelijk op een zakelijke prijs uit te komen voor de gecontroleerde transactie. Vaak zijn dit zoveel aanpassingen dat kan worden gesteld dat de externe CUP niet bruikbaar is.¹³⁴ Om de CUP-methode toe te passen, moet er een hoge vergelijkingsgraad zijn tussen de gecontroleerde en de ongecontroleerde transacties, aangezien een klein verschil tussen de transactie of ondernemingen kan leiden tot een groot verschil in prijs.¹³⁵ Ondanks dat de CUP-methode door de OESO wordt geprefereerd boven de andere vier methodes, is de methode vaak lastig toe te passen.

De CUP-methode is mijns inziens in veel gevallen onbruikbaar voor een data-transactie, vanwege de hoge vergelijkbaarheidsgraad die vereist is en de complexiteit van data als product. Dit houdt echter niet in dat het onmogelijk is om een interne CUP te vinden. Een interne CUP is lastig te vinden vanwege de volgende vier redenen:

1. Data zijn niet-fungibel. De ongecontroleerde transactie moet dezelfde data bevatten als de gecontroleerde transactie.
2. Data zijn ervaringsgoederen. Pas als het in gebruik wordt genomen, komt de toegevoegde waarde tot uiting. Een interne CUP vinden wordt hierdoor lastig.
3. Data zijn tijdsgebonden. De data moeten op hetzelfde moment worden verkocht als de gecontroleerde interne transactie. Data verouderen waardoor het in waarde vermindert door de tijd heen. Als de transacties niet op hetzelfde moment plaatsvinden kunnen ze lastig worden vergeleken.
4. Data kunnen voor alleen intern gebruik zijn. Er zijn dan geen intern ongecontroleerde transacties om mee te vergelijken.¹³⁶

Daarnaast is veel regelgeving omtrent verkoop van data, welke data verkopen aan een derde onderneming niet eenvoudig maakt of zelfs verbiedt.¹³⁷ Doordat data niet-fungibel zijn, is een externe CUP vinden daarnaast eveneens niet eenvoudig, zoals is aangegeven in paragraaf 2.2.2.

¹³⁴ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 159.

¹³⁵ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 101.

¹³⁶ GSMA, *The data value chain*, www.gsma.com, 22 juni 2018, p. 37.

¹³⁷ De Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in de Europese Unie maakt verkoop van persoonlijke data bijvoorbeeld lastig.

Toepassing casus: de data-transactie

Met betrekking tot de geschetste casus is het gebruik van de CUP-methode niet eenvoudig. Afgezien van de karakteristieken van data die het lastig maken om de interne en externe CUP toe te passen, zoals hierboven beschreven, zijn er nog een aantal punten in deze casus die de toepassing bemoeilijken.

Deel a

MNO PLANT heeft niet als core business data verzameling, opslag en verkoop waardoor verkoop van data hoogstwaarschijnlijk minder snel voorkomt en dus de kans op een interne CUP verkleint. Het is daarmee niet uitgesloten dat onderneming X op hetzelfde moment data van de jaren 2000 tot 2018 verkoopt aan een derde. Het is eveneens niet uitgesloten dat onderneming Y de data verkoopt als zij zelf de data ontvangt, in het geval dat dit is toegestaan. De kans is mijns inziens echter klein.

Deel b

Een interne CUP kan worden gevonden als onderneming X eveneens aan ondernemingen buiten MNO PLANT toegang verleent tot de database. Onderneming Y zou daarbij zijn licentie eventueel kunnen doorverkopen, als dit wordt toegestaan door de overeenkomst die is gesloten tussen X en Y. De kans dat een van deze twee opties zich voordoet is echter klein doordat data vaak alleen intern wordt gebruikt, vanwege concurrentie.

Een externe CUP vinden is zeer lastig, doordat het in beide onderdelen van de transactie het big data betreft. Het is dus niet precies duidelijk welke data worden verkocht.

Voor beide onderdelen zou kunnen worden gezocht in een (openbare) database voor ongecontroleerde vergelijkbare transacties. Deze manier van waarderen wordt ook wel 'benchmarken' genoemd. Desondanks lijkt mij dit eveneens zeer lastig, omdat het product en de transactie daarmee niet zijn complexiteit verliest. Het vinden van externe CUP's blijft daarmee niet eenvoudig.

4.4.2 Resale-pricemethode

$$\text{Verrekenprijs} = \text{Wederverkoopprijs} * (1 - \text{brutowinstmarge})$$

De RPM kijkt naar de prijs waarvoor het product of de dienst wordt doorverkocht (wederverkoop) aan een onafhankelijke entiteit. Gekeken wordt wat de gerealiseerde brutowinstmarge is op de wederverkoop. De prijs bij wederverkoop is een zakelijke prijs; dit is het vertrekpunt van de RPM-berekening. Van deze prijs wordt de brutowinstmarge als maatstaf genomen.¹³⁸ De winstmarge kan worden gedefinieerd als de dekking voor de gemaakte verkoop- en andere exploitatiekosten¹³⁹ en een passende winst op het product. Het overige bedrag na het aftrekken van de winstmarge dient te worden gecorrigeerd voor de kosten met betrekking tot de uitgeoefende functies door de wederverkoper en het risico dat hij loopt. Het bedrag dat vervolgens over is, wordt gezien als de arm's-lengthprijs voor de transactie tussen de twee afhankelijke ondernemingen. De winstmarge die wordt gerekend, dient vergelijkbaar te zijn met de winstmarge behaald door twee onafhankelijke ondernemingen. De prijs die overblijft na het aftrekken van de marge wordt gezien als de arm's-lengthprijs van de eerste transactie.¹⁴⁰

Als het product verder wordt verwerkt, een aantal keer wordt doorverkocht binnen een concern of als er veel verlooptijd zit tussen de producten, is de RPM lastig toepasbaar. Het verschil met de CUP is dat met de RPM gemakkelijker kan worden gecorrigeerd voor verschillen in economisch relevante omstandigheden.¹⁴¹ De voornaamste reden hiervoor is dat productverschillen een minder groot effect hebben op de winstmarge dan op de prijs van een product.¹⁴² De OESO geeft echter aan dit niet opgaat voor (unieke) immateriële activa.¹⁴³

¹³⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 106.

¹³⁹ In tegenstelling tot de CUP-methode, moet hier rekening worden gehouden met accounting principes. De kosten kunnen bijvoorbeeld veranderen als er voor een andere manier van afschrijven wordt gekozen.

¹⁴⁰ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 105.

¹⁴¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 106 en p. 268.

¹⁴² Twee verschillende producten zoals een studieboek en een roman kunnen dezelfde winstmarge hebben, omdat ze binnen eenzelfde categorie vallen, namelijk boeken, maar voor een totaal andere prijs worden verkocht. Dit kan ook met producten zoals een stofzuiger en een blender, beide elektronische producten en daardoor in dezelfde categorie. Een concern kan hier eenzelfde winstmarge over rekenen ondanks dat een stofzuiger vaak duurder is dan een blender.

¹⁴³ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 107.

In het geval van immateriële activa kan de RPM het beste worden gebruikt indien de wederverkoper geen substantiële waarde toevoegt aan immateriële activa.¹⁴⁴ In dat geval is er een interne vergelijkbare transactie. Data kunnen onbewerkt en snel worden doorverkocht aan een derde. Ondanks dat deze methode in theorie toepasbaar is, wordt door de OESO eveneens aangegeven dat de methode in de praktijk vaak onuitvoerbaar is voor immateriële activa.¹⁴⁵ Afgezien van de voorkeur van de OESO zijn er nog drie redenen waarom het niet toepasbaar is bij data:

1. Data worden vaak verwerkt in een informatiesysteem. De bewerkte data zijn niet vergelijkbaar met onbewerkte data. De verrekenprijs die uit de RPM komt, is dan niet meer accuraat.
2. Deze methode zou mede kunnen worden toegepast met een externe vergelijkbare transactie. Zoals al is aangegeven bij de CUP, is een externe vergelijkbare transactie vinden ondoenlijk.
3. De data die zijn verzameld, kunnen ook puur voor intern gebruik zijn. Als er geen wederverkoop is, kan deze methode niet worden toegepast.

Toepassing casus: de data-transactie

De beredenering bij de CUP-methode op onderdelen a en b van de transactie en de argumentatie over de toepassing van RPM bij data-transacties in het algemeen zorgen ervoor dat deze methode mede lastig toepasbaar is op beide onderdelen van de transactie tussen X en Y.

4.4.3 Cost-plusmethode

$$\text{Verrekenprijs} = \text{Kosten} + (\text{markt gebaseerde}) \text{ toeslag}$$

De CPM heeft als beginpunt de gemaakte kosten rondom de transactie voor het berekenen van de verrekenprijs. Aan de kosten die de leverancier heeft gemaakt voor het produceren en transporteren van het product of de dienst, wordt een opslag toegevoegd. Deze opslag representeert de winst die is gemaakt

¹⁴⁴ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 108.

¹⁴⁵ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 294.

met de transactie en zorgt voor een arm's-lengthprijs.¹⁴⁶ De vergelijkbaarheidsanalyse stemt overeen met de analyse voor de RPM. In tegenstelling tot de CUP en de RPM is de vergelijkbare transactie gebaseerd op de kosten van het product in plaats van op de opbrengst. Voor de kostenberekening wordt gekeken naar de directe kosten, indirecte kosten en operationele kosten die toe te schrijven zijn aan de transactie.¹⁴⁷

Een kenmerk van immateriële activa is dat het lastig te bepalen is welke kosten er daadwerkelijk voor gemaakt zijn.¹⁴⁸ Naar mijn mening is dit in veel situaties nog lastiger voor data, omdat deze vaak niet de core business zijn van een bedrijf. Vaak wordt geïnvesteerd in andere onderdelen van de bedrijfsvoering en worden met deze bedrijfsvoering eveneens data verzameld. Het winnen van data is bovendien sterk in het bedrijfsproces verweven. Dit maakt het toerekenen van kosten nog lastiger. Alleen kosten van de 'opslagruimtes'¹⁴⁹ zijn direct toerekenbaar aan de dataverzameling. Bedrijven waarvan dataverzameling wel de core business is, zouden de kosten gemakkelijker kunnen berekenen.

Toepassing casus: de data-transactie

De CPM is voor onderneming X mijns inziens geen juiste methode om toe te passen, doordat het berekenen van de kosten specifiek voor het verzamelen, opslaan en verwerken van de data lastig is. De verzameling zit namelijk verweven in de bedrijfsvoering van onderneming X.

4.4.4 Transactional-net-marginmethode

Bij de TNMM wordt de nettowinstmarge in relatie tot een gekozen winstindicator die de gelieerde entiteit (*tested-party*) bij de transactie realiseert, vergeleken met de nettowinstmarge van een ongecontroleerde transactie. Hier wordt eveneens een interne ongecontroleerde transactie geprefereerd.¹⁵⁰ Bij deze methode wordt gebruikgemaakt van de zogenaamde eenzijdige analyse: slechts een van de twee

¹⁴⁶ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 111.

¹⁴⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 114.

¹⁴⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 295.

¹⁴⁹ Bijvoorbeeld een *cloud*.

¹⁵⁰ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 117.

ondernemingen die betrokken zijn bij de transactie wordt meegenomen in de beoordeling, de tested-party.¹⁵¹ Er zijn vier verschillende winstindicatoren waaruit een keuze kan worden gemaakt:

- omzet;¹⁵²
- kosten;¹⁵³
- activa; of¹⁵⁴
- berry ratio.¹⁵⁵

Doordat gebruik wordt gemaakt van een eenzijdige methode, hoeven bij slechts een van de twee ondernemingen de vervulde functies en de veronderstelde risico's te worden vastgesteld. Vaak wordt gekozen voor de partij met de minst complexe structuur. Dit maakt deze methode gemakkelijker toepasbaar. Bij de TNMM gaat het om de winst die betrekking heeft op de transactie. Er moet dus een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de winst die voortvloeit uit de transacties tussen de gelieerde entiteiten en de winst die voortvloeit uit transacties met derden. Alle kosten en inkomsten die niets te maken hebben met de transacties mogen worden genegeerd. Vaak worden de winstindicatoren omzet en kosten gebruikt. Bij de TNMM toegepast op een omzet wordt gekeken naar de verkoop van de producten.¹⁵⁶ Er zal worden gekeken hoeveel een onafhankelijke vennootschap in dezelfde markt als winstmarge zal nemen als hij een goed koopt of verkoopt. Bij een TNMM gebaseerd op kosten wordt gekeken naar de winstmarge die een onafhankelijke vennootschap, in een soortgelijke markt, boven op zijn kosten in rekening brengt.¹⁵⁷

In tegenstelling tot de traditionele methodes wordt bij de TNMM voor de vergelijkbaarheid gefocust op de functies van de onderneming in plaats van de transactie, oftewel de functieanalyse is hier leidend. Vaak wordt in de praktijk gezocht naar meerdere vergelijkbare ondernemingen, waardoor een benchmark kan worden gemaakt en een gemiddelde kan worden genomen. De uitkomst zou dan meer betrouwbaar moeten zijn. Naar mijn mening geeft dit overigens ook meer ruimte voor spelingen in de prijs.

¹⁵¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 118.

¹⁵² Operationele winst/omzet.

¹⁵³ Operationele winst/kosten.

¹⁵⁴ Operationele winst/activa.

¹⁵⁵ Brutowinst/operationele uitgaven. Rente- en externe inkomsten worden in de regel uitgesloten bij bepaling van de brutowinst. Afschrijvingen en amortisatie meenemen in de berekening is optioneel.

¹⁵⁶ Deze toepassing lijkt veel op een RSM.

¹⁵⁷ Deze toepassing heeft veel weg van de CPM.

De OESO geeft aan dat in het geval van immateriële activa het liefst een tweezijdige analyse wordt gedaan. Dit houdt in dat de TNMM niet de geprefereerde methode is voor data.¹⁵⁸

Buiten dat het niet de geprefereerde methode is, lijkt de TNMM eveneens moeilijk toepasbaar voor data. Mijns inziens is deze methode ook niet geschikt voor het bepalen van een zakelijke prijs van de data-transactie, om dezelfde redenen die werden gegeven bij de RPM en de CPM. Op het eerste oog lijkt de TNMM een grotere kans van slagen te hebben, omdat deze methode zich meer focust op de onderneming dan op de transactie. Dit neemt niet weg dat de transactie nog steeds een bepaalde mate van vergelijkbaarheid moet hebben.

Toepassing casus: de data-transactie

Voor onderneming X en Y kan worden gekeken naar ondernemingen die eveneens tuinproducten verkopen. Desondanks zal hier bij beide onderdelen van de transactie tegen dezelfde problematiek worden aangelopen als bij de toepassing van de RPM en de CPM.

4.4.5 Profit-splitmethode

De PSM tracht het effect op de winsten van speciale voorwaarden die zijn gemaakt of opgelegd in een gecontroleerde transactie uit te schakelen, door de winstverdeling te bepalen die onafhankelijke ondernemingen verwachten te realiseren door deel te nemen aan de transactie.¹⁵⁹ Bij deze methode moet de operationele winst worden vastgesteld die is gehaald met deze transacties, om deze vervolgens te verdelen volgens een verdeelsleutel. Deze sleutel wordt vastgesteld via een functieanalyse van beide ondernemingen en is meestal gebaseerd op kosten of activa.¹⁶⁰ Hierbij kan eveneens gebruik worden gemaakt van de waardeketen om te bepalen waar welke waarde is gecreëerd.¹⁶¹ De PSM is een tweezijdige methode waarbij de bijdragen van beide ondernemingen aan het product of de dienst worden

¹⁵⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 118.

¹⁵⁹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 133.

¹⁶⁰ OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 24.

¹⁶¹ C. B. Ilhan, 'The use of Value Chain analysis in a profit split', *IBFD International Transfer Pricing Journal* 2018, afl. 4.

meegenomen in de verdeling van de winst. Dit is naast de CUP-methode de methode die de OESO prefereert bij immateriële activa.¹⁶²

Er zijn verschillende manieren om de winsten te verdelen tussen de verschillende ondernemingen. De OESO licht twee methodes verder toe, namelijk de *contribution*-analyse en de *residual*-analyse.¹⁶³ Bij de *contribution*-analyse wordt gekeken naar de onderlinge afstemming die derden met elkaar zouden hebben gemaakt bij een vergelijkbare transactie. Aan de hand daarvan wordt de gecombineerde winst verdeeld.¹⁶⁴ Bij de *residual*-analyse worden de gecombineerde winsten verdeeld in twee fases. In de eerste fase krijgt elke betrokkene een zakelijke vergoeding voor zijn niet-unieke bijdrage aan de transactie. In de tweede fase wordt het resterende deel van de winst verdeeld over de betrokkenen op basis van een analyse van de feiten en omstandigheden met betrekking tot de transactie.¹⁶⁵

De *residual*-analyse is een methode van de PSM die kan worden gebruikt voor immateriële activa en geprefereerd wordt door de OESO, omdat hier geen vergelijkbare transactie voor nodig is.¹⁶⁶

Doordat bij deze transferpricing-methode een hoge vergelijkbaarheid van een ongecontroleerde transactie niet nodig wordt geacht, lijkt deze methode goed toepasbaar. Echter, in de praktijk blijkt dit niet altijd het geval te zijn.¹⁶⁷ Voor de uitvoering van de PSM-methode in combinatie met de *residual*-analyse (hierna: RPSM) is veel bedrijfsdata nodig. Dit wordt door de OESO als nadelig beschouwd.¹⁶⁸ Daarbij wordt het als lastig ervaren om vast te stellen welke kosten en winsten kunnen worden toegewezen aan de gecontroleerde transactie. Dit is nodig voor een grondige PSM. Ook moet worden gekeken naar de functies

¹⁶² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 296.

¹⁶³ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 136.

¹⁶⁴ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 137.

¹⁶⁵ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 137.

¹⁶⁶ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 295.

¹⁶⁷ OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Parijs: OECD Publishing 2018, p.13.

¹⁶⁸ OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Parijs: OECD Publishing 2018, p. 13.

die een bijdrage hebben geleverd, de gebruikte activa en de gelopen risico's per onderneming. Zoals eerder aangegeven is het door de rol die data spelen lastig vast te stellen welke kosten en winsten aan het datagebruik toe te rekenen zijn. Vaak kan het gebrek aan deze data worden ondervangen door benchmarking.

Toepassing casus: de data-transactie

Mijns inziens kan deze methode in beginsel worden gebruikt voor beide onderdelen van de transactie tussen X en Y. Deze methode is tweezijdig, en de kans is groot dat de onderneming Y, die de data ontvangt, deze data zal bewerken via een informatiesysteem. In dat geval dragen beide ondernemingen aanzienlijk bij aan de waardecreatie middels data. Dit kan worden meegenomen bij de PSM-methode. Onderneming Y koopt onbewerkte bestaande data en een licentie voor toegang tot een database. Vervolgens zal Y de data verwerken en de informatie gebruiken. De winst die wordt behaald met de transactie zal eerst moeten worden vastgesteld. Dit wordt gedaan door eerst alle de kosten af te trekken van de inkomsten. Het bedrag dat overblijft is de winst. Deze moet worden verdeeld tussen de gewone bedrijfsvoering en het datagebruik. Via de verdeelsleutel kan vervolgens de winst gegenereerd door datagebruik worden toegerekend aan X en Y. Die winst dient vervolgens eveneens via verdeelsleutel te worden verdeeld. Bij data, zoals al aangegeven bij de CPM, zijn de kosten lastig te bepalen waardoor daardoor daar geen verdeelsleutel op kan worden gebaseerd. Tevens kan een verdeelsleutel gebaseerd op activa ook niet worden toegepast, omdat het zelfgecreëerde immateriële activa betreft. Ik stel daarom voor dat de verdeelsleutel wordt gebaseerd op de waardeketen.¹⁶⁹ In dit geval moet een grondige analyse van de waardeketen worden gedaan.

Doordat de transactie bestaat uit twee delen die beide betrekking hebben op dezelfde winst, wordt deze methode wel lastiger toepasbaar. Er moet dan namelijk informatie beschikbaar zijn die de winst gegenereerd door datagebruik toerekent aan de reeds bestaande data en aan de data waarvoor de licentie is overeengekomen. Hiervoor zou in praktijk nog meer informatie nodig zijn, waarbij ik mij ten eerste afvraag of dit

¹⁶⁹ C. B. Ilhan, 'The use of Value Chain analysis in a profit split', *IBFD International Transfer Pricing Journal* 2018, afl, 4.

onderscheid wel op deze manier zou kunnen worden gemaakt. Mede doordat in het algemeen geen directe invloed is van data op winst.

4.4.6 Tussenconclusie

Kortom, mijns inziens zijn er twee methodes – de CUP-methode en de RPSM – die eventueel kunnen worden gebruikt bij het waarderen van de beide onderdelen van de transactie. Echter, door de unieke karakteristieken van data is de transactie complex en zal het vinden van een vergelijkbare interne of externe transactie niet eenvoudig zijn. Ik acht RPSM in beginsel wel degelijk toepasbaar, ondanks de grote hoeveelheid informatie die nodig is voor de toepassing. Desalniettemin zal deze methode niet toepasbaar zijn voor de casus-transactie, doordat de transactie uit twee onderdelen bestaat die gelijktijdig de winsten en kosten beïnvloeden. Hieruit concludeer ik met betrekking tot de door mijn geschetste casus dat voor beide onderdelen van de transactie geen methode kan worden gebruikt die is voorgeschreven in de TP-richtlijnen.

4.5 Deelconclusie

Het belangrijkste aspect van transferpricing is een transactie vinden die niet gecontroleerd is, en eveneens in hoge mate vergelijkbaar is met een gecontroleerde transactie. Hiervoor moet zowel een vergelijkingsanalyse plaatsvinden betreffende de transactie en de ondernemingen die gelieerd zijn als de zo gestelde vergelijkbare transactie en de onafhankelijke ondernemingen. Als de transactie immateriële activa bevat, zoals data, wordt de vergelijkingsanalyse uitgebreid om zeker te stellen dat de transacties gelijk zijn aan elkaar.

Voor het vinden van een vergelijkbare transactie en berekenen van de zakelijke prijs zijn er vijf verschillende transferpricing-methodes, namelijk de CUP-methode, RPM, CPM, TNMM en PSM. Om de transferpricing-problematiek aan te duiden zijn deze methodes toegepast op een casus. In deze casus is de data-transactie opgesplitst in twee delen, namelijk aankoop van reeds bestaande data en een licentie voor een database. Met betrekking tot de twee onderdelen concludeer ik dat twee methodes in theorie zouden kunnen worden gebruikt, namelijk de CUP-methode en de RPSM. Echter, door de karakteristieken van data en de vormgeving van de transactie acht ik de kans niet groot dat deze daadwerkelijk toepasbaar zijn.

In andere woorden, de zakelijke prijs bij een data-transactie kan naar mijn mening met gebruikmaking van bovenstaande vijf methodes niet worden vastgesteld.

Hoofdstuk 5: De financiële waarderingsmethode

5.1 Introductie

Uitsluitend met behulp van de methodes van de TP-richtlijnen kan mijns inziens geen zakelijke prijs worden berekend voor data-transacties tussen gelieerde ondernemingen. Deze situatie komt voor vaker voor bij immateriële activa en is mede door de OESO geconstateerd. Onder andere daardoor is sinds 2010 in de TP-richtlijnen opgenomen dat als niet tot een zakelijke prijs kan worden gekomen met een van de transferpricing-methodes,¹⁷⁰ kan worden gekeken naar een alternatieve manier om tot deze prijs te komen, zoals waarderingsmethodes die worden gebruikt in de financiële industrie.¹⁷¹ Dit is herhaald in transferpricing-richtlijnen uit 2017.¹⁷² In dit hoofdstuk wordt onderzocht waaruit deze waarderingsmethodes bestaan en de toepassing ervan op een data-transactie. Zodoende wordt het onderzoek naar een juiste methode voor de waardering voortgezet en een antwoord gezocht op de deelvraag: ‘Hoe kunnen financiële waarderingsmethodes worden toegepast in een fiscale context met betrekking tot een data-transactie?’

In dit hoofdstuk worden eerst de financiële waarderingsmethodes behandeld aan de hand van een onderzoek door de EC naar de toepassing van de waarderingsmethodes voor transferpricing en een discussieverslag gepresenteerd door de EU Joint Transfer Pricing Forum (hierna: EU JTPF). Vervolgens worden de arresten Veritas¹⁷³ en Amazon¹⁷⁴ uiteengezet, omdat in deze arresten het gebruik van financiële waarderingsmethodes betreffende immateriële activa centraal staat.

¹⁷⁰ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2010, hoofdstuk IX.

¹⁷¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 293.

¹⁷² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, hoofdstuk VI.

¹⁷³ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14.

¹⁷⁴ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8.

5.2 Financiële waarderingsmethodes in het algemeen

Van de financiële waarderingsmethodes wordt vaak gebruik gemaakt om de waarde van een gedeelte van een onderneming of een gehele onderneming te berekeningen, wanneer sprake is van een (ver)koop. Deze methodes kunnen, doordat minder nadruk wordt gelegd op de transactie *an sich*, uitkomst bieden bij het waarderingsvraagstuk in combinatie met een transferpricing-methode¹⁷⁵ van de TP-richtlijnen of als volledig losstaande methode.¹⁷⁶ Met gebruikmaking van deze financiële waarderingsmethodes dient een prijs te worden berekenen die voldoet aan het arm's-lengthbeginsel.¹⁷⁷ Doordat deze waarderingsmethodes worden gebruikt voor transferpricing-doeleinden, dienen deze in lijn liggen met de hoofdstukken I, II, III, VI en IX van de TP-richtlijnen.¹⁷⁸ Dit houdt bijvoorbeeld in dat ook bij gebruikmaking van financiële waarderingsmethodes een commerciële en financiële analyse, behandeld in hoofdstuk 4, moet worden gedaan. De financiële waarderingsmethodes zijn te onderscheiden in drie groepen, namelijk kosten, marktwaarde en inkomsten. Deze worden opeenvolgend behandeld.

5.2.1 De kostenmethodes

Met gebruikmaking van kostenmethodes wordt de waarde bepaald op basis van de huidige kosten om een activum te reproduceren of te vervangen. De gedachte hierachter is dat de reële waarde, de zogenoemde *fair value*, van een activum niet hoger kan zijn dan de kosten om het, door een activum met vergelijkbare eigenschappen en functionaliteit, te vervangen.¹⁷⁹ Deze gedachtegang kan middels twee methodes worden toegepast, namelijk:

¹⁷⁵ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 296 - 298.

¹⁷⁶ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 298.

¹⁷⁷ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 298; Ondanks dat de marktprijs berekend via de financiële waarderingsmethodes hetzelfde lijkt als de arm's-lengthprijs, is dit niet altijd het geval. Hiermee moet rekening worden gehouden als de financiële waarderingsmethodes worden toegepast. Voor een uitgebreide uiteenzetting van de verschillen kan worden gekeken naar het artikel "*Valuation of intangibles under income-based methods – Part I*" geschreven door Jens Wittendorff (Deloitte en Europese Commissie, *Study on the application of economics valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU*, 19 december 2016, p. 32).

¹⁷⁸ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 298.

¹⁷⁹ J. Weimer en Ph. Lazar, 'Waardering van immateriële activa', *IER* 2015/40.

- *Historical-costmethode*: de waarde wordt gebaseerd op historische kosten met betrekking tot de ontwikkeling van het activum of de onderneming.
- *Replacement-costmethode*: de waarde wordt berekend door een voorspelling te doen van de vervangingskosten van het activum of de onderneming. De vervangingskosten zijn de totale kosten die nodig zijn om een nieuw activum te ontwikkelen of om een onderneming opnieuw op te zetten, die dezelfde functie of waarde heeft als hetgeen dat het vervangt.¹⁸⁰

Betreffende een data-transactie ben ik van mening dat de kostenmethodes niet kunnen worden toegepast, omdat bij toepassing van de kostenmethodes het tijdstip en duur van de toekomstige economische voordelen, en risico's niet geheel worden meegenomen. Dit zijn onderdelen die met betrekking tot data belangrijk zijn, zoals naar voren is gekomen in paragraaf 2.2.2. Daarnaast zijn bij zowel de reeds bestaande als de toekomstige data de kosten niet bekend, zoals naar voren is gekomen in paragraaf 4.4.

5.2.2 Marktmethodes

Een waardering die berust op de marktwaarde, is gebaseerd op hetzelfde gedachtegoed als de transferpricing-methodes van de TP-richtlijnen. Als gebruik wordt gemaakt van de marktmethodes wordt gezocht naar vergelijkbare, in een recent verleden verkochte activa of ondernemingen. Deze verkopen worden geanalyseerd en vervolgens vergeleken met het activum of de onderneming die moet worden gewaardeerd. De marktwaardes van vergelijkbare activa of ondernemingen zijn leidend. Drie marktmethodes kunnen in enkele omstandigheden worden gebruikt voor transferpricing-doeleinden:

- *Acquisition pricemethode*: de waarde van het immateriële activum wordt gebaseerd op de prijs die is betaald voor verwerving van vergelijkbaar immateriële activum bij een activa- of aandelenacquisitie van een ongecontroleerde onderneming.
- *Market-capitalisationmethode*: de waarde van het immateriële activum wordt gebaseerd op de marktkapitalisatie van de onderneming. De marktkapitalisatie wordt berekend door de huidige aandelenprijs te vermenigvuldigen met het aantal uitstaande aandelen.
- *Comparable multiples*: om de waarde te berekenen van het activum wordt gebruik gemaakt van informatie over publieke vergelijkbare (concurrerende) ondernemingen. De waardering vindt

¹⁸⁰ J. Weimer en Ph. Lazar, 'Waardering van immateriële activa', *IER 2015/40*; EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 19.

plaats door deze activa te vergelijken met de te waarden activa op basis van bijvoorbeeld: *enterprise value to sales*, *price to earnings* en *price to free cashflow*.¹⁸¹

Met betrekking tot een data-transactie kunnen de marktmethodes mijns inziens evenmin worden gebruikt, om dezelfde reden waardoor de transferpricing-methodes van de TP-richtlijnen naar mijn mening niet kunnen worden toegepast op een data-transactie: vergelijkbare transacties zijn lastig te vinden.

5.2.3 Inkomstenmethodes

Voor de waardering van immateriële activa genieten waarderingmethodes op basis van de inkomsten de voorkeur van de OESO.¹⁸² De toekomstige kasstromen of inkomsten die gegenereerd worden door het te waarden activum zijn bij deze methodes leidend. Deze toekomstige kasstromen of inkomsten worden verdisconteerd met een risico specifieke rente. Zodoende wordt de *net present value* (de huidige waarde; hierna: NPV) van het activum berekend met inachtneming van toekomstige waardecreatie. Er zijn verschillende inkomstenmethodes die kunnen worden toegepast, waarvan drie worden aangeraden:

- *Capitalized-earningsmethode*: De capitalized-earningsmethode (hierna: CEM) is een methode die waardeert aan de hand van toekomstige inkomsten. De NPV van het bedrijf wordt berekend door deze toekomstige inkomsten te verdisconteren met een kapitalisatiefactor.¹⁸³ In de financiële wereld wordt deze factor voornamelijk gebruikt voor onroerend goed waardeningen.
- *Discounted-future-earningsmethode*: De discounted-future-earningsmethode (hierna: DFE) is niet toegespitst op een bepaalde sector en waardeert eveneens aan de hand van toekomstige inkomsten. De toekomstige inkomsten worden verdisconteerd met de *Weighted Average Costs of Capital* (hierna: WACC)¹⁸⁴ of tegen een andere verdisconteringsvoet gebaseerd op het risico dat wordt gelopen en de rente.
- *Discounted-cashflowmethode*: De discounted-cashflowmethode (hierna: DCF) wordt vaak gebruikt in de financiële industrie en vertoont veel overeenkomsten met de DFE. Het grote verschil is dat hier wordt gekeken naar de kasstromen en niet naar de inkomsten die het activum in de toekomst

¹⁸¹ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p 19.

¹⁸² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 298.

¹⁸³ Deze factor toont het rendement aan dat zal worden gegenereerd op onroerendgoedbeleggingen.

¹⁸⁴ De WACC is het gewogen gemiddelde van de kosten van het kapitaal van een entiteit. Het toont de gemiddelde kosten voor het kapitaal waarmee een entiteit is gefinancierd. Deze financiering kan bestaan uit eigen vermogen en vreemd vermogen. Uitwerking van de formule staat in appendix B.

genereert. Ook ditmaal wordt voor het contant maken van de toekomstige kasstromen¹⁸⁵ vaak gebruik gemaakt van de WACC.¹⁸⁶

Via de verdisconteringsvoet worden de (gemiddelde) betalingen aan de verstrekkers van eigen en vreemd vermogen meegenomen in de waardering van de immateriële activa. Dit wordt opgenomen in de berekening, omdat voor een aankoop van een (gedeelte van) onderneming, waarvoor deze methodes normaliter gebruikt worden, financiering zal moeten worden aangetrokken. De kosten die dit met zich brengt, hebben invloed op de waardering. Voor de gebruikmaking van een verdisconteringsvoet, zoals de WACC, zullen aannames moet worden gedaan door de onderneming die de transactie dient te waarderen. Zoals de inkomsten van een risico vrije investering, welke eventueel in de plaats van deze aankoop in had kunnen worden geïnvesteerd. Eveneens moet een ratio worden berekend voor risico die onderneming loopt met betrekking tot veranderingen van de economie in het algemeen. De WACC wordt vaak toegepast in combinatie met het *capital asset pricing model* (hierna: CAPM).¹⁸⁷ Door gebruikmaking van het CAPM wordt het rendement van de investering vergeleken met het rendement van alle beschikbare beleggingen in de markt. Dit model wordt in de regel gebruikt om te analyseren of de investering voldoende rendement oplevert, als wordt gecorrigeerd voor risico.

Voor de waardering van data acht ik de DCF het meest toepasselijk. Ten eerste, omdat de CEM voornamelijk wordt gebruikt voor onroerend goed waarderingen. Ten tweede wordt bij de CEM en de DFE de waardering gebaseerd op de toekomstige inkomsten die de activa realiseren. Bij de DCF wordt uitgegaan van de kasstromen. Het verschil tussen inkomsten en kasstromen vindt zijn grondslag in accountingbeginselen. Inkomsten hoeven niet daadwerkelijk te zijn binnengekomen op de bankrekening van de onderneming. Als bijvoorbeeld op rekening wordt verkocht, wordt dit gezien als inkomsten, ondanks dat het geld pas later binnenkomt in de kas.¹⁸⁸ Kasstromen zijn het geld dat daadwerkelijk de kas in- of uitgaat bij de onderneming. Na een aantal jaar, zouden de kasstromen in beginsel gelijk moeten zijn aan de inkomsten. Ik ben van mening dat kasstromen een betere graadmeter zijn, omdat deze naar mijn idee een realistischer

¹⁸⁵ Een uitleg hoe kasstromen worden berekend staat in appendix B.

¹⁸⁶ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 18.

¹⁸⁷ Het CAPM is een model dat de relatie beschrijft tussen het verwachte rendement en het risico van beleggen in een aandeel of obligatie. Het toont aan dat het verwachte rendement op een effect gelijk is aan het risicovrij rendement plus een risicopremie, die gebaseerd is op de bèta. Een verdere uiteenzetting van de formule staat in appendix B.

¹⁸⁸ Het geld kan dagen, weken maar ook maanden of jaren later binnenkomen. Dat hangt af van het bedrijf en de industrie.

beeld geven van hoe het bedrijf er momenteel voorstaat en welke waarde activa momenteel genereerd. Daarbij wordt met deze methode ook het risico op wanbetaling grotendeels weggenomen, doordat verkopen op rekening pas worden meegenomen als de betaling daadwerkelijk binnen is. Zoals is gebleken in hoofdstuk 2 en 4, wordt uit data informatie gehaald die uiteindelijk als doel heeft de omzet en dus eveneens de kasstroom te bevorderen. Een gedeelte van de toekomstige kasstroom zal dus toe te schrijven zijn aan het datagebruik.

De verdisconteringsfactor, die dient te worden gebruikt voor de waardering, is gebaseerd op de kapitaalstructuur van de betrokken entiteit(en). De meest gebruikte verdisconteringsfactor voor de waardering van een onderneming is de WACC. Een tweede methode die aan populariteit wint, is de *Adjusted Present Value* (hierna: APV).¹⁸⁹ Het verschil tussen deze twee methodes is de kapitaalstructuur van de onderneming waarvan wordt uitgegaan. De WACC gaat uit van een voor langere termijn vastgestelde eigen vermogen en vreemd vermogen ratio. De APV gaat uit van een situatie zonder vastgestelde ratio en dat de verhouding tussen eigen vermogen en vreemd vermogen snel kan veranderen. Deze situatie kan zich met name voordoen bij kleine ondernemingen.¹⁹⁰

Toepassing casus: de data-transactie

Met betrekking tot de transactie tussen onderneming X en Y is voor beide delen van de transactie mijns inziens eveneens de DCF het meest toepasselijk.

Betreffende de verdisconteringsvoet, acht ik de WACC als de meest toepasselijk. In de eerste plaats omdat Y onderdeel is van MNO PLANT, welke geen kleine onderneming is, waardoor de ratio eigen vermogen/vreemd vermogen niet zomaar zal veranderen. In de tweede plaats, doordat met betrekking tot transferpricing een transactie wordt gewaardeerd. Een transactie zal vaak niet een dussdanige invloed op de kapitaalstructuur van een onderneming hebben, zoals een overname van een (gedeelte van een) onderneming dat wel kan hebben. Voor berekening van de WACC wordt gebruik gemaakt van het zogenoemde CAPM.

¹⁸⁹ J. Sabal, WACC or APV, *Journal of Business Valuation and Economic Loss Analysis* 2007.

¹⁹⁰ J. Sabal, WACC or APV, *Journal of Business Valuation and Economic Loss Analysis* 2007.

Ter illustratie van een DCF volgt hieronder een voorbeeld.¹⁹¹

Dit jaar heeft onderneming X besloten een onderdeel van een onderneming over te nemen. Onderneming X gaat de waarde van het onderdeel berekenen met gebruikmaking van een DCF en heeft daarvoor de WACC en de toekomstige kasstromen voor vijf jaar berekend. De WACC is 13%.

	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Kasstroom (€m)	80	84	86	95	90	90
Verdisconteringsvoet	0	$1/1,13$	$1/1,13^2$	$1/1,13^3$	$1/1,13^4$	$1/1,13^5$
NPV (€m)	0	74,34	67,35	65,84	55,20	48,85
Totale NPV (€m)						311,57

De huidige waarde van het onderdeel wordt door onderneming X geschat op € 312 miljoen.

Dit is mede de maximale prijs is die onderneming X zou willen betalen.

5.2.4 Methodes voor de berekening van de kasstroom

De toekomstige kasstromen (en inkomsten), gegeneerd door immateriële activa, waarop de waardering is gebaseerd, kunnen volgens EU JTPF en de EC worden berekend op verschillende manieren. De kasstromen dienen voorspeld te worden voor de periode waarin de immateriële activa waarde creëert, ook wel de levensduur van de immateriële activa genoemd. Tevens moeten ondernemingen een inschatting maken van de economische groei van de ontvangende onderneming, die gebaseerd is op de economische groei in het land waarin deze onderneming opereert. Deze groeifactor dient te worden meegenomen in de voorspelling van de toekomstige kasstromen. De verschillende methodes worden hieronder achtereenvolgens beschreven.

Incremental-cashflowmethode

Bij de incremental-cashflowmethode zijn de kasstromen, die direct toerekenbaar zijn aan het gebruik van immateriële activa, in dit geval de data, leidend.¹⁹² Het is in dit kader belangrijk dat kan worden vastgesteld welk deel van de kasstromen gegenereerd worden door datagebruik. Echter, ontbreekt vaak een directe

¹⁹¹ Dit is een zeer simplistische weergave van een DCF.

¹⁹² C. Jie-A-Joen, L. Lu en F. Bai, *Insight: transfer pricing valuation by tax authorities*, www.news.bloombergtax.com, 1 augustus 2018.

connectie met tussen data en omzet, evenals kasstromen, doordat data op zichzelf staand geen omzet genereren.¹⁹³ Data beïnvloeden slechts bedrijfsprocessen, waardoor omzet kan stijgen, zoals ook naar voren is gekomen in paragraaf 2.3. Het gevolg daarvan is dat deze methode mijns ziens hoogstwaarschijnlijk niet kan worden toegepast bij een data-transactie.

Relief-from-royaltymethode

Bij relief-from-royaltymethode worden de kasstromen, genereerd door de immateriële activa, gelijkgesteld aan hypothetische royalty's, welke worden bespaard doordat de activa een bezit is. Deze methode kan voor elke type immateriële activa worden gebruikt, maar wordt met name bij de waardering van merken en handelsnamen toegepast.¹⁹⁴ Voor het berekenen van de hypothetische royalty's wordt gebruik gemaakt van de CUP-methode. De hoogte van de royalty's wordt afgeleid van een in werkelijkheid gehanteerde royalty-percentage in historische licentie/aankoop-overeenkomsten betreffende de immateriële activa.¹⁹⁵ Deze methode zou bij data-transacties kunnen worden gehanteerd als vergelijkbare licenties beschikbaar zijn.

Premium-profitmethode

Voor gebruikmaking van premium-profitmethode wordt gesteld dat de inkomsten die zijn toe te schrijven aan de immateriële activa kan worden gebaseerd op de prijspremie¹⁹⁶ van producten die gebruikmaken van deze immateriële activa, in vergelijking tot hun substituten.¹⁹⁷ Door de prijspremie te vermenigvuldigen met de winst, kan worden achterhaald welke kasstromen toe te rekenen zijn aan het gebruik van de immateriële activa.¹⁹⁸ Om de juiste prijspremie te achterhalen, wordt vaak gebruik gemaakt van de CUP-methode. In de regel bestaan er geen substituten voor data, zoals in paragraaf 2.2 is vastgesteld. Daardoor is de premium-profitmethode mijns inziens met betrekking tot de waardering van data niet toepasbaar.

Residual-valuemethode

¹⁹³ In de situatie dat een bedrijf als bedrijfsmodel het verkopen van data heeft, zou er wel een mogelijkheid zijn tot het hebben van een directe connectie tussen data en omzet.

¹⁹⁴ J. Weimer en Ph. Lazar, 'Waardering van immateriële activa', *IER 2015/40*.

¹⁹⁵ J. Weimer en Ph. Lazar, 'Waardering van immateriële activa', *IER 2015/40*.

¹⁹⁶ De prijspremie is het percentage van een verkoopprijs van een product die de benchmarkprijs overschrijdt.

¹⁹⁷ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 18.

¹⁹⁸ The Canadian Institute of CBV, *Illustrative example of intangible asset valuation*, z.j.; International valuation standards council, *IVS 210: Intangible assets*, Londen, 7 april 2016.

De toepassing van de residual-valuemethode vereist eerst een schatting van de kasstromen gegenereerd door routinematige activiteiten of functies. Vervolgens worden de kasstromen gegenereerd door de routine-activiteiten in mindering gebracht op de kasstromen gegenereerd door gehele onderneming, waardoor de 'rest-kasstromen' over blijven. Deze worden vervolgens verdeeld aan de hand van de RPSM, een van de transferpricing-methodes uit de TP-richtlijnen behandeld in paragraaf 4.4.5. Deze methode kan toepasbaar zijn op een data-transactie, met name als het gebruik van data de enige niet-routinematige activiteit is. In dat geval heeft de rest-kasstroom betrekking op dat datagebruik. Mochten meerdere niet-routinematige activiteiten worden ondernomen zal het restbedrag moeten worden opgesplitst tussen deze activiteiten. Ook dient genoeg informatie beschikbaar te zijn om de rest-kasstromen te verdelen tussen de twee ondernemingen waartussen de transactie plaatsvindt, zoals eveneens is aangegeven in paragraaf 4.4.5.

Excess-earningsmethode

De excess-earningsmethode heeft dezelfde toepassingsmethodiek als de residual-valuemethode. Echter bij de excess-earningsmethode wordt aangesloten bij kasstromen gegenereerd door activa in plaats activiteiten of functies. De toekomstige kasstromen gegenereerd door de materiele activa worden afgetrokken van de kasstromen gegenereerd door de gehele onderneming. Het resterende deel is toe te schrijven aan de immateriële activa. Dit resterende deel moet vervolgens worden verdeeld over de immateriële activa die gewaardeerd moeten worden, andere eventuele immateriële activa en goodwill.¹⁹⁹ De methode kan toepasbaar zijn met betrekking tot een data-transactie als een onderscheid kan worden gemaakt tussen de te waarderen immateriële activa, andere eventuele immateriële activa en goodwill of als er geen andere immateriële activa aanwezig is. Zelfgecreëerde immateriële activa staan niet op de balans, zoals naar voren is gekomen uit paragraaf 2.2. Als onderscheid moet worden gemaakt tussen meerdere immateriële activa zonder vastgestelde waarde, is het niet-eenvoudig. Deze situatie kan zich voordoen met betrekking tot het waarderen van een data-transactie.

Voor de waardering van een data-transactie, zal mijns inziens dus gebruik kunnen worden gemaakt van de relief-from-royaltymethode dan wel de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode. Uit het onderzoek van de EU JTPF en de EC komt naar voren dat de residual-valuemethode of de relief-from-

¹⁹⁹ The Canadian Institute of CBV, *Illustrative example of intangible asset valuation, z.j.; International valuation standards council, IVS 210: Intangible assets, Londen, 7 april 2016.*

royaltymethode in combinatie met de DCF het meest toegepast worden bij de waardering van immateriële activa.²⁰⁰

Toepassing casus: de data-transactie

Betreffende de transactie tussen onderneming X en Y dienen ook de kasstromen gegeneerd door datagebruik te worden berekend. Mijns inziens is de incremental-cashflowmethode geen juiste methode voor deze transactie, doordat het twee sub-transacties zijn. Hierbij wordt tegen hetzelfde probleem aan gelopen als beschreven in paragraaf 4.4.5, namelijk dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen kasstroom gegeneerd door reeds bestaande data en de toekomstige data. Daarbij mist hier ook een connectie tussen data en de kasstromen. De relief-from-royaltymethode kan een juiste methode zijn om de kasstroom te bereken gegeneerd door de reeds bestaande data. In dit geval moeten vergelijkbare transacties worden gevonden waardoor hypothetische royalty's kunnen worden berekend. Net als bij de toepassing van de CUP-methode beschreven in paragraaf 4.4.1 wordt het gebruik van een interne vergelijkbare transactie geprefereerd boven een externe vergelijkbare transactie. Eveneens kan hier gebruik worden gemaakt van een database voor het zogenoemde benchmarken. Desondanks is de toepassing wel anders dan de CUP-methode beschreven in paragraaf 4.4.1, doordat geen vergelijkbare transactie wordt gevonden voor een aankoop van een aantal jaar data, maar alsof een royalty overeen was gekomen de jaren ervoor, waardoor de toepassing gemakkelijker zou kunnen zijn. Mijns inziens is voor het tweede deel van de transactie, de licentie voor de database, deze methode niet gemakkelijker, doordat naar dezelfde vergelijkbare transacties wordt gezocht als bij de CUP-methode. Daarover concludeerde ik in paragraaf 4.4.1 dat het vinden van een interne en externe CUP niet eenvoudig is.

Met betrekking tot de residual-valuemethode en de excess-earningsmethode doet zich ten eerste het probleem voor dat de reeds bestaande en de toekomstige data beide kasstromen genereren op hetzelfde moment. Zoals hierboven beschreven, kan geen duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de twee sub-transacties, doordat deze

²⁰⁰ Deloitte en Europese Commissie, *Study on the application of economics valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU*, 19 december 2016, p. 70.

beide geen directe invloed hebben op de kasstroom. Daardoor is een verdeling van de resterende kasstroom tussen deze twee sub-transacties niet eenvoudig. Ten tweede, kan het bepalen van de overige kasstroom die is toe te rekenen aan datagebruik al een probleem op zich zijn.

Ten aanzien van de data-transactie tussen X en Y, kan mijns inziens dus niet een methode worden gebruikt voor de waardering van de gehele transactie. Een alternatief zou kunnen zijn om eventueel eerst een van de delen te waarderen, zodat daarmee rekening kan worden gehouden bij de waardering van het andere deel van de transactie.

Het Veritas-arrest en Amazon-arrest zijn ontstaan door een geschil met betrekking tot de toepassing van de hiervoor besproken financiële waarderingmethoden, waardoor de toepassing van deze methodes uitgebreid aan bod komt in de arresten. In het Amazon-arrest wordt zelfs specifiek ingegaan op de waardering van consumentendata. Mede doordat pas sinds 2010 in de TP-richtlijnen is opgenomen dat de financiële waarderingmethoden mogen worden gebruikt, is naar mijn weten alleen in deze arresten de toepassing van financiële waarderingmethoden omwille van transferpricing verder uiteengezet en toegelicht. In ogenschouw moet worden genomen dat het in beide gevallen Amerikaanse arresten betreft waardoor de uitspraken alleen direct betrekking hebben op Amerikaans recht. Dit doet niet af aan de informatie die uit de arresten kan worden gehaald betreffende de toepassing van de financiële waarderingmethoden aangezien Amerika wel een van de OESO-landen is en gebruikt maakt van de TP-richtlijnen.

5.3 Het Veritas- en Amazon-arrest

In beide arresten wordt gesteld dat de zogenoemde buy-in-betaling berekend door de ondernemingen niet at arm's-length is. Een buy-in-betaling is een compensatie die door een gelieerde onderneming wordt betaald aan de andere onderneming voor geboekte resultaten met betrekking tot ontwikkeling van immateriële activa, waarvan de betalende onderneming tracht gebruik te gaan maken via toelating tot een

reeds bestaande CCA (uitgelegd in paragraaf 4.2).²⁰¹ De hoogte van de buy-in-betaling moet worden bepaald op basis van de immateriële activa die de entiteit verkrijgt.²⁰²

Toepassing casus: de data-transactie

Ondanks dat voor de transactie tussen onderneming X en Y is gekozen voor een gebruikerslicentie, als behandeld in paragraaf 4.2, heeft deel a van de transactie hetzelfde doelstelling als een buy-in-betaling. Deel a van de transactie is eveneens een compensatie voor immateriële activa die al is verzameld en opgeslagen en waarvan onderneming Y tracht waardecreatie te bewerkstelligen. Daarom stel ik voor waarderingsdoeleinden met betrekking tot transferpricing deel a van de transactie gelijk aan een buy-in-betaling.

5.3.1 Het Veritas-arrest

Achtergrond informatie

Veritas Software Corp. (hierna: Veritas VS) houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie, marketing en verkoop van geavanceerde softwareproducten voor opslagbeheer. De MNO heeft te maken gehad met verschillende bedrijfswijzigingen.²⁰³ In 1999 heeft Veritas VS alle Europese ondernemingen overgedragen aan Veritas Ireland. Vervolgens is tussen de ondernemingen een overeenkomst²⁰⁴ gesloten met daarbij een buy-in-betaling betreffende het gebruik en de ontwikkeling van verschillende immateriële activa die in het bezit van Veritas VS zijn. Voor de buy-in heeft Veritas Ireland in 1999 een bedrag van \$ 6,3 miljoen overgemaakt. In 2002 is een resterend bedrag betaald van \$ 118 miljoen.²⁰⁵ De *International Revenue Service* (hierna: IRS) stelt dat de totale prijs die is betaald voor de buy-in niet at arm's-length is.

²⁰¹ OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 361.

²⁰² OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 361.

²⁰³ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, background.

²⁰⁴ Er is hier een *Cost Sharing Agreement* (hierna: CSA) overeengekomen. CSA is de Amerikaanse variant van een CCA. Het verschil tussen de CCA en de CSA is dat de CCA betrekking heeft op producten, diensten en/of rechten en de daar bij behorende kosten en risico's van de ontwikkeling, productie en verkrijging. De CSA daarentegen heeft alleen betrekking op immateriële activa.

²⁰⁵ Eerst zou een bedrag van \$166 miljoen worden betaald in 2000, maar door tegenvallende resultaten is dit in 2002 bijgesteld naar \$118 miljoen.

De waardering van de buy-in-betaling

De buy-in is door de IRS gewaardeerd middels een DCF, met toepassing van de excess-earningsmethode.²⁰⁶ De IRS stelt dat de verschillende immateriële activa, waarvoor de betaling plaatsvindt, collectieve synergiën hebben. De IRS vindt de buy-in gelijkstaan aan een verkoop van een bedrijfsonderdeel van Veritas VS en stelt voor de waardering de waarde van de buy-in gelijk aan dit bedrijfsonderdeel, een zogenoemde *akin to a sale*-aankoop. De verdisconteringsvoet is gebaseerd op de WACC, met gebruikmaking van het CAPM. De buy-in-betaling zou via deze financiële waarderingmethode een hoogte hebben van \$ 1,67 miljard.²⁰⁷ Dit bedrag ligt beduidend hoger dan de prijs die Veritas Ireland heeft betaald.

Voor de gebruikmaking van een financiële waarderingmethode moeten aannames worden gedaan, zoals naar voren is gekomen in paragraaf 5.2.3. Veritas VS stelt dat sommige door de IRS gemaakte aannames niet juist zijn, waardoor de waardering significant hoger is. Door de Amerikaanse rechtbank wordt Veritas VS op veel fronten in het gelijkgesteld, waardoor de argumentatie betreffende de assumpties bij het gebruik van een DCF van Veritas VS verder wordt behandeld.

Door de IRS is bij waardering van de buy-in geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende immateriële activa waarop de buy-in betrekking heeft, vanwege de collectieve synergiën die waarde creëren. Echter kan niet worden aangetoond dat de toegevoegde waarde van deze synergiën zijn meegenomen in de berekening,²⁰⁸ waardoor de toepassing van een *akin to a sale*-aankoop niet juist is.²⁰⁹ Daarnaast is bij de berekening van de toekomstige kasstromen geen verschil gemaakt tussen kasstromen gegenereerd door de bestaande immateriële activa of door nog te ontwikkelen immateriële activa, terwijl de buy-in-betaling alleen betrekking heeft op de bestaande activa.²¹⁰ Dit onderscheid zou wel moeten worden gemaakt. Daarbij zijn bepaalde parameters, die nodig zijn voor berekening van het CAPM en kasstromen, niet juist berekend waardoor de uitkomst van de berekening foutief is. In de eerste plaats is het risico die de onderneming Veritas Ireland als onderneming loopt foutief ingeschat, omdat deze is gebaseerd op de

²⁰⁶ Dit wordt nergens in het arrest als zodanig vermeld. Echter, wordt het Amazon-arrest verwezen naar het Veritas arrest en is aangegeven dat de excess-earningmethode is toegepast.

²⁰⁷ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, chapter VIII.

²⁰⁸ In de Amerikaanse wetgeving is het van belang dat kan worden aangetoond dat met de gebruikte inkomstenmethode de synergiën tot uiting komen in de berekende prijs.

²⁰⁹ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, discussion paragraaf II onderdeel B sub 1.

²¹⁰ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, discussion paragraaf II onderdeel B sub 3.

Amerikaanse markt, terwijl de buy-in-betaling immateriële activa betreft, die betrekking hebben op de Europese markt. De risicopremie zou dus gebaseerd moeten zijn op de Europese markt. In de tweede plaats is het rendement op een investering zonder risico door de IRS gebaseerd op de opbrengst van een 20-jarige Amerikaanse staatsobligatie, terwijl bij berekening van het CAPM moet worden uitgegaan van de opbrengst van een Amerikaanse korte termijn-staatsobligatie (30 dagen).²¹¹ In de derde plaats is de IRS ervan uitgegaan dat een immateriële activa een oneindige levensduur heeft, hoewel door Veritas en onafhankelijke experts deze levensduur is gesteld op maximaal vier jaar.²¹² De combinatie van deze onjuiste assumpties hebben een hogere waardering tot gevolg.

Veritas VS is van mening dat de buy-in moet worden gezien als een licentie in plaats van een verkoop van een bedrijfsonderdeel. Voor de waardering wordt de relief-from-royaltymethode gehanteerd, waarbij de *Comparable-Uncontrolled-Transactie* (hierna: CUT)-methode gebruikt.²¹³ Voor de toepassing van de CUT-methode zijn specifieke overeenkomsten tussen Veritas en fabrikanten²¹⁴ gebruikt. In veel van die overeenkomsten is de royalty als een percentage van de catalogusprijs van de producten uitgedrukt.²¹⁵ De levensduur van de bestaande immateriële activa is berekend op twee tot vier jaar. Daarbij wordt rekening gehouden met de veroudering van de immateriële activa middels een zogenoemde *ramp down*.²¹⁶

²¹¹ Ook zijn parameters door de IRS verkeerd berekend. De toekomstige groei van de onderneming is bijvoorbeeld veel hoger geschat dan realistisch mogelijk is (US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, discussion paragraaf II onderdeel B4). Daarbij is de gebruikte bèta niet met een redelijke mate van economische zekerheid de juiste bèta. De bèta geeft het risico aan dat de onderneming niet weg kan elimineren door een bepaalde positie in de markt in te nemen. Deze wordt vaak berekend door een vergelijking te maken met concurrenten waarvan de beta al berekend is. Als bij deze vergelijking bedrijven worden meegenomen die in de bedrijfsvoering veel meer gevoelig zijn voor risico of juist veel minder, dan wordt er een foutieve beta berekend. Met betrekking tot Veritas had de IRS niet Microsoft moeten meenemen in de berekening van de industrie-bèta. Doordat Microsoft een stabiel en groot bedrijf is, valt de bèta lager uit dan redelijk zou zijn.

²¹² US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, background paragraaf III.

²¹³ De CUT-methode is de Amerikaanse variant van de CUP-methode. Voor de CUT-methode is het van belang dat de immateriële activa van de gecontroleerde en de ongecontroleerde transacties “gebruikt worden in verband met soortgelijke producten of processen binnen dezelfde algemene industrie of markt” en een “vergelijkbaar winstpotentieel” hebben (US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 90).

²¹⁴ Deze fabrikanten kochten het product in van Veritas VS, en verkochten deze weer, in combinatie met hun eigen besturingssysteem of zonder.

²¹⁵ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14. discussion paragraaf III.

²¹⁶ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14. discussion paragraaf III.

Met andere woorden, de Amerikaanse rechtbank beaamt dat de buy-in niet kan worden gezien als de verkoop van een bedrijfsonderdeel. De waardering dient alleen betrekking te hebben op de immateriële activa waarvoor de buy-in is afgesloten. De Amerikaanse rechtbank stelt dat de relief-from-royaltymethode in combinatie met de CUT-methode in deze situatie de best toepasbare methode is om de arm's-lengthprijs te berekenen. Om toepassing van de CUT-methode mogelijk te maken, is de rechtbank soepeler omgegaan met de vergelijkingseisen. De gebruikte vergelijkbare ongecontroleerde transacties hebben namelijk een aantal significante verschillen met de buy-in. De immateriële activa waarop deze vergelijkbare transactie slaan, zijn bijvoorbeeld niet hetzelfde als waarover de buy-in moet worden betaald.²¹⁷ Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de CUT-methode ook in deze situaties kan worden toegepast, mits in de toepassing voor deze verschillen wordt gecorrigeerd. De rechtbank zet de levensduur in combinatie met een ramp down gelijk aan de levenscyclus van de immateriële activa.²¹⁸ De levensduur is dus eindig en het royalty-tarief loopt af.²¹⁹

5.3.2 Het Amazon-arrest

Achtergrond informatie

Amazon is een online retailer, welke geen fysieke winkels heeft. Het bedrijf verkoopt producten exclusief via amazon.com en gerelateerde websites. Aanvankelijk verkocht Amazon alleen boeken, maar rondom 2000 begon het bedrijf ook andere producten aan te bieden.²²⁰ Sinds 1998 heeft Amazon.com, Inc. (hierna: Amazon VS) verschillende ondernemingen in verscheidene Europese landen. Met het oog op herstructurering en efficiëntieverbeteringen van zijn Europese activiteiten richtte Amazon VS in 2004 een entiteit op in Luxemburg, Amazon Europe Holding Technologies SCS (hierna: Amazon Lux), en maakte deze het hoofdkantoor voor de Europese activiteiten. Tussen de ondernemingen zijn verschillende overeenkomsten gesloten,²²¹ waaronder een overeenkomst voor het gebruik van consumentendata. Hiervoor is een buy-in betaald van \$ 28 miljoen, welke diende te worden voldaan in zes jaarlijkse termijnen. De IRS stelt dat de berekende prijs voor de buy-in niet at arm's-length is.

²¹⁷ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, background paragraaf II.

²¹⁸ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, background paragraaf IV.

²¹⁹ De royalty bedraagt in het eerste jaar 32%, in het tweede jaar 21%, in het derde jaar 14% en in het vierde jaar 10% (US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14, discussion paragraaf IV B).

²²⁰ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 10.

²²¹ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 22 - 23.

De waardering van de buy-in betaling

Net als bij het Veritas-arrest is de buy-in door de IRS gewaardeerd door middel van een DCF, met toepassing van de excess-earningsmethode.²²² Opvallend is dat ondanks het oordeel van de rechtbank bij het Veritas-arrest de buy-in eveneens is gezien als een verkoop van een bedrijfsonderdeel, en middels die berekening is gewaardeerd. De levensduur van de reeds bestaande immateriële activa, waarvan de consumentendata een onderdeel is, is weer gesteld op oneindig.²²³ Voor de berekening van de kasstromen zijn de kasstroomvoorspellingen van het management van Amazon gebruikt, waarna de royalty's die Amazon Lux moet betalen voor andere overeenkomsten zijn afgetrokken van de kasstroom. Hiermee is getracht rekening te houden met waardecreatie door gebruikmaking van andere overeenkomsten. Daarbij is de verdisconteringsvoet gebaseerd op de WACC, met gebruik van het CAPM.

Aangezien dezelfde waarderingsmethode is toegepast als bij het Veritas-arrest, voert Amazon vrijwel dezelfde argumenten aan om de redenen voor het gebruik van deze methode en gedane assumpties te weerleggen.²²⁴ De Amerikaanse rechtbank volgt Amazon op alle kernpunten. Voor bepaling van de groeifactor is door de IRS nu wel gekozen om te kijken naar de verwachte economische groei van de landen waarin de consumenten zich bevinden: een assumptie die onderschreven wordt door de Amerikaanse rechtbank als conservatief en redelijk.²²⁵ Ook Amazon heeft gekozen voor de relief-from-royaltymethode met gebruikmaking van de CUT-methode.²²⁶ Middels deze methode kunnen verschillende soorten immateriële activa, zoals de consumentendata, apart worden gewaardeerd. Dit maakt de waardering specifiek. Voor de waardering van de data zijn betalingen die Amazon aan zijn zakelijke partners heeft gedaan voor het opzetten van een van consumentenbestand als vergelijkbare transacties te zien.²²⁷ Amazon stelt daarnaast dat consumentendata een korte levensduur hebben en verouderen waardoor een ramp down nodig is. De rechtbank volgt Amazon niet volledig op dit punt.

²²² US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 75.

²²³ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 72.

²²⁴ Zie hiervoor paragraaf 5.3.2.3.

²²⁵ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 74.

²²⁶ S. Bärsch en C. Erb, 'International – Using Economic Valuation Techniques for Transfer Pricing Purposes: Recent Developments for the Valuation of Brands', *International Transfer Pricing Journal* 2018, afl.4.

²²⁷ De programma's zijn Associates en Syndicated Stores. Via deze programma's is Amazon relaties gaan opbouwen met externe ondernemingen met als doel om zijn eigen consumentenbestand te verbeteren. Amazon betaalde verwijzingskosten aan de externe onderneming wanneer haar klanten of websitebezoekers aankopen deden van Amazon, waarbij de kosten gebaseerd waren op de mix van producten en verkoopvolume.

Kortom, de Amerikaanse rechtbank beaamt dat de waardering van de buy-in voor immateriële activa dient plaats te vinden op basis van individuele immateriële activa. Hierbij dient in deze situatie de relief-from-royaltymethode te worden toegepast met gebruikmaking van de CUT-methode, dus ook voor de consumentendata. Niettemin stelt de rechtbank betreffende consumentendata dat de levensduur even lang is als dat informatie beschikbaar is om de waarde te kunnen berekenen. De data heeft wel een ramp down.

Op 16 augustus 2019 wordt deze zienswijze onderschreven door het Amerikaanse hogere gerechtshof.²²⁸ Doordat in deze zaak verder niet wordt ingegaan op hoe de financiële waarderingmethoden moeten worden toegepast, wordt deze uitspraak hier verder niet behandeld.

5.4.5 Tussenconclusie

Een algemene conclusie die mijns inziens kan worden getrokken uit de arresten, is dat de waardering zo realistisch mogelijk moet zijn. Dit lijkt voor de hand liggend, maar blijkt vaak fout te gaan bij het bepalen van de assumpties.²²⁹ Aan deze arresten kunnen mijns inziens enkele specifieke punten worden ontleend welke invloed kunnen hebben betreffende waardering van data, namelijk:

- De buy-in-betaling met betrekking tot immateriële activa kan vaak niet worden gezien als een verkoop van een bedrijfsonderdeel, tenzij kan worden aangetoond dat er collectieve synergiën zijn die op deze manier worden meegenomen in de berekening: waardering per soort immateriële activa lijkt de voorkeur te genieten.
- Bij toepassing van de excess-earningsmethode kan het voorkomen dat kasstromen worden meegenomen in de berekening die niet toe te rekenen zijn aan de reeds bestaande immateriële activa waarop de buy-in van toepassing is.
- Ter bepaling van de levensduur dienen twee vragen te worden beantwoord:
 1. Is de levensduur eindig of oneindig?
 2. Is er sprake van een product met een vervalcurve oftewel een ramp down?

²²⁸ US: United states court of appeals for the ninth circuit, 16 Aug. 2019, No. 17-72922.

²²⁹ Bij de waardering van de website-technologie is bijvoorbeeld uitgegaan van de mediaan, terwijl een klein aantal consumenten verantwoordelijk is voor een groot deel van de aankopen. Het zou dan ook logischer zijn geweest om het gemiddelde aan te houden (US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8, p. 169).

Door de Amerikaanse rechtbank wordt geoordeeld dat in deze situaties de levensduur van technologie (Veritas-arrest) en consumentendata (Amazon-arrest) eindig is. De eindigheid moet per situatie beoordeeld worden.

- De assumpties die moeten worden gesteld voor de parameters die nodig zijn om de waardering uit te voeren, zorgen voor veel discussie.

Doordat in beide zaken door de IRS veel onjuiste assumpties zijn gemaakt in de berekening, sluiten de uitspraken naar mijn mening de excess-earningsmethode met betrekking tot een waardering van een data-transactie niet uit; wél geeft het aan dat de toepassing van deze methode niet-eenvoudig is. Het is dan ook van cruciaal belang dat de berekening goed wordt uitgevoerd met juiste beredenering voor de gedane assumpties.

5.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende financiële waarderingsmethodes behandeld op basis van drie gronden – kosten, marktwaarde en inkomsten. De inkomstenmethode, DCF, is mijns inziens de juiste methode om toe te passen als het een data-transactie betreft. De berekening van de kasstromen kunnen op vijf manieren plaatsvinden, waarvan de relief-from-royaltymethode dan wel de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode mijns inziens juist kunnen worden toegepast op een data-transactie. Een terugkerend probleem met betrekking tot de casus is dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de kasstromen gegenereerd door reeds bestaande data en toekomstige data.

In het Veritas- en het Amazon-arrest worden de toepassing van de excess-earningsmethode en relief-from-royaltymethode bediscussieerd. Uit deze arresten kan worden opgemaakt dat een relief-from-royaltymethode lijkt de voorkeur te genieten, als deze toepasbaar is. Ook is geoordeeld dat immateriële activa in de regel een eindige levensduur heeft en veroudert. Verder leiden de assumpties die moeten worden gesteld voor de waardering tot veel discussie, waarbij een goede argumentatie van belang blijkt te zijn. Ondanks dat de financiële waarderingsmethodes niet het arm's-lengthbeginsel als grondslag hebben, moet hier wel aan worden voldaan.

Kortom, de financiële waarderingsmethodes kunnen worden toegepast als de transferpricing-methodes uit de TP-richtlijnen geen uitkomst bieden. Er zal dan eveneens voldaan moeten worden aan het arm's-lengthbeginsel. Voor de toepassing van financiële waarderingsmethode met betrekking tot een data-

transactie geniet de DCF in combinatie met de relief-from-royaltymethode, de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode mijn voorkeur.

Hoofdstuk 6: De waarderingsmethode voor een data-transactie

6.1 Introductie

In de vorige hoofdstukken zijn alle transferpricing-methodes en financiële waarderingsmethodes behandeld. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet op welke manier een data-transactie mijns inziens het beste kan worden gewaardeerd als gebruik wordt gemaakt van deze waarderingsmethodes. Ook wordt ingegaan op de rol die de OESO hier naar mijn mening eventueel in kan spelen. Getracht wordt antwoord te geven op de deelvraag van dit hoofdstuk: ‘Wat is de optimale waarderingsmethode voor een data-transactie?’. Een optimale waarderingsmethode is mijns inziens een methode waarmee een prijs wordt berekend voor de data-transactie die voldoet aan artikel 9 OESO-MV en daarbij zo dicht mogelijk bij de prijs komt die een derde waarschijnlijk zou hebben betaald.

Het hoofdstuk bestaat uit vier paragrafen. In de eerste plaats zal worden ingaan op de parameters die moeten worden gebruikt voor de waarderingsmethodes op basis van financiële methodes met betrekking tot data middels een aanbeveling, omdat deze tot veel discussie hebben geleid in het Veritas- en Amazon-arrest. In paragraaf 3 en 4 wordt de toepassing van de relief-from-royaltymethode en, de residual-valuemethode en de excess-earningsmethode behandeld aan de hand van de door mij geformuleerde transactie. Dit zijn de methodes waartoe ik, in hoofdstuk 5, tot de conclusie ben gekomen dat deze een juiste toepassing zouden kunnen hebben op een data-transactie. De aanpak rondom de parameters en de methodes worden getoetst aan de Ottawa Taxation Framework Conditions, beschreven in paragraaf 1.3.

6.2 Parameters

Vanwege de discussies over de parameters in de arresten (zoals behandeld in paragraaf 5.4), zal ik eerst mijn mening geven over hoe met de parameters moet worden omgegaan in het algemeen en met betrekking tot data en hoe ze moeten worden berekend. Ik acht dit van belang, omdat overeenstemming over de parameters en het opnemen van deze overeenstemming in de TP-richtlijnen mijns inziens een oplossing zou kunnen bieden met betrekking tot foutieve assumpties. Vooral voor belastingautoriteiten zou dit zinvol zijn, omdat zij niet altijd de mensen in dienst hebben die over de juiste kennis beschikken om deze parameters vast te stellen. Middels een opname in de TP-richtlijnen wordt de toepassing van de financiële waarderingsmethodes voor transferpricing-doeleinden vergemakkelijkt en geoptimaliseerd. De

parameters worden opeenvolgend besproken. Hierbij worden de parameters, die specifiek zijn voor het te waarderen product, toegespitst op data.

6.2.1 Kasstromen en groeifactor

Het management van een onderneming doet vaak zelf een voorspelling over de toekomstige kasstromen van de onderneming. Mijns inziens kunnen deze interne voorspellingen van de kasstromen het beste worden gebruikt voor de toepassing van de financiële waarderingsmethodes. De IRS maakt daar in het Amazon-arrest bijvoorbeeld gebruik van. De voorspellingen worden gedaan vanuit een zakelijk oogpunt en moeten het management, maar ook andere (externe) aandeelhouders een beeld geven van de toekomst van het bedrijf. Ik ga er daardoor vanuit dat in de regel deze kasstromen een realistischer weergave zijn van de toekomst, dan wanneer belastingautoriteiten deze berekenen. Zelf de kasstromen berekenen, is door het gebrek aan gedetailleerde (publieke) informatie en kennis over het bedrijf een moeizame exercitie, die veel discussie en interpretatieverschillen kan opleveren. Daarnaast is controle aanwezig op de voorspelde kasstromen door de onderneming, omdat deze in de regel ook dienen te worden gepresenteerd aan andere aandeelhouders. Mochten de voorspellingen veel afwijken van de realiteit dan heeft dat consequenties. Desondanks kan het voor een belastingautoriteit zinvol zijn om te controleren of de kasstroomvoorspellingen realistisch zijn, door deze te vergelijken met de openbare informatie van directe concurrenten. Mijn voorkeur gaat dus uit naar een interne bron, waarbij een controle kan worden uitgeoefend door een vergelijking met andere concurrerende ondernemingen. Natuurlijk kan bij het gebruik van kasstromen voorspeld door de onderneming, een probleem met informatie-asymmetrie voordoen. Een eventuele oplossing voor dat probleem is dat belastingautoriteiten vroeg in het proces van de berekening moeten worden betrokken.²³⁰

Kasstromen worden vaak voor een aantal jaren voorspeld. Mocht de levensduur van data langer zijn dan het aantal jaren waarvoor kasstromen zijn voorspeld, dan kunnen deze worden berekend met gebruikmaking van een groeifactor. Deze dient gelijk te zijn aan de economische groei van het specifieke gebied waarin de onderneming opereert; dit wordt mede onderschreven door de Amerikaanse rechtbank in het Amazon arrest. Wanneer een entiteit in een land in Europa is gevestigd en gebruikmaakt van de

²³⁰ Europese Commissie, *Study on the application of economics valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU*, ec.europa.eu, 19 december 2016.

Europese markt, dient de voorspelde groeifactor van Europa te worden gebruikt. Indien het gaat om een entiteit die alleen actief is op de Indiase markt zal de groeifactor van India moeten worden gebruikt. Om discussies over de hoogte van de groeifactor te vermijden pleit ik voor het gebruik van groeiratio's die de OESO heeft berekend indien mogelijk.²³¹

6.2.2 Levensduur

Uit de behandelde arresten kan verschillende informatie worden gehaald met betrekking tot de levensduur van immateriële activa en (consumenten)data. Een algemene levensduur van data kan niet worden vastgesteld, dat hangt namelijk af van de data zelf, welke informatie over de data beschikbaar is en welke situatie zich op dat moment afspeelt. Naar mijn mening kunnen twee punten wel worden vastgesteld:

1. de levensduur is eindig; en
2. de gebruikswaarde neemt met de tijd af.

6.2.3 Verdisconteringsvoet

Voor de berekening van de verdisconteringsvoet wordt gebruik gemaakt van de WACC in combinatie met het CAPM, ofwel het capital asset pricing model. De verdisconteringsvoet weerspiegelt de (gemiddelde) betalingen aan de vermogensverstrekkers. Middels het CAPM wordt het rendement van de investering, in dit geval de transactie, vergeleken met het rendement van alle beschikbare beleggingen in de markt en meegenomen in de berekening van de verdisconteringsvoet. Om een duidelijk advies te geven, worden alle parameters behandeld die nodig worden geacht om de verdisconteringsvoet te berekenen.

Eigen vermogen

Het eigen vermogen kan worden afgelezen van de balans van de entiteit die de reeds bestaande data gaat kopen. Het eigen vermogen wordt meegenomen in de berekening vanuit de gedachte dat (eigen) vermogen moet worden aangetrokken voor de financiering van de aankoop.

Vreemd vermogen

Het vreemd vermogen kan worden afgelezen van de balans van de entiteit die de reeds bestaande data gaat kopen. Het vreemd vermogen wordt meegenomen in de berekening omdat de kopende onderneming ook ervoor kan kiezen de koop te financieren via bijvoorbeeld een lening.

²³¹ De database van de OESO is openbaar.

Totaal vermogen

Het totaal vermogen kan worden afgelezen van de balans van de entiteit die de reeds bestaande data gaat kopen. Ook kan deze worden berekend door het eigen vermogen en vreemd vermogen bij elkaar op te tellen.

Risico vrije percentage

Het risico vrije percentage is het percentage aan verwachte rendement als wordt geïnvesteerd in een markt zonder risico.²³² Dit percentage wordt gebaseerd op rendementen²³³ behaald op overheidsobligaties.²³⁴ Voor dit percentage moet worden gekozen welke overheidsobligaties het meest passend zijn. Deze keuze is naar mijn mening gebaseerd op de volgende twee aspecten. Ten eerste moet worden bepaald van welke overheid de obligaties in beschouwing moeten worden genomen. Bij deze keuze moet mijns inziens niet worden gekeken naar de overheid van het land waarin de entiteit gevestigd is, maar naar de valuta waarin de berekening wordt gemaakt. Deze zienswijze wordt onderschreven door Damodaran.²³⁵ Wanneer de berekening in euro's wordt gemaakt, dan zal mijns inziens een gewogen gemiddelde van de obligaties van verschillende Eurolanden moeten worden genomen. Indien de kasstromen in de Amerikaanse dollar worden berekend, dan zal een obligatie van de VS moeten worden gebruikt. Het tweede aspect is het termijn van de obligatie.²³⁶ Zoals in het Veritas-arrest al naar voren is gekomen, kan als bijvoorbeeld naar obligaties voor de lange termijn wordt gekeken in plaats van een korte termijn, het termijn invloed hebben op de waardering. Mijns inziens kan de duur van de obligatie het beste gekoppeld worden aan de levensduur van de data.²³⁷ De levensduur van data zal in elke situatie opnieuw moeten worden onderzocht, zoals in paragraaf 6.2.2 is behandeld. De levensduur die uit deze analyse komt, zal vervolgens ook leidend zijn voor het termijn waarop het risico vrije percentage moet worden gebaseerd. Ik realiseer mij dat als een onjuiste levensduur wordt aangenomen eerder in het proces, dit nadelig kan zijn voor het gebruikte risico

²³² Vaak wordt meer rendement verbonden aan het nemen van meer risico.

²³³ Het rendement is gelijk aan de interest die wordt betaald over de obligatie.

²³⁴ Overheidsobligaties worden in de regel als risico vrij gezien. Na de Europese staatsschuldencrisis kunnen hier natuurlijk vraagtekens bij worden gezet.

²³⁵ A. Damodaran, 'Estimating Risk free Rates', *Stern School of Business* 1999; Aswath Damodaran is een vooraanstaande professor bij Stern School of Business op New York University. Hier geeft hij les in corporate finance en waarderingen. Met andere woorden, hij is gespecialiseerd in financiële waarderingmethoden.

²³⁶ Een obligatie kan bijvoorbeeld uitstaan voor vijf jaar of tien jaar.

²³⁷ A. Damodaran, 'Estimating Risk free Rates', *Stern School of Business* 1999.

vrije percentage. Dit houdt mede in dat in verschillende situaties andere overheidsobligaties moeten worden gekozen. De meeste overheidsobligaties worden uitgegeven voor 1, 5, 10 of 20 jaar en niet zozeer daartussen. Mocht de levensduur van de data die moeten worden gewaardeerd 7 jaar zijn, dan ben ik van mening dat naar een obligatie met een termijn van 10 jaar moet worden gekeken. Er kan mijns inziens beter worden gekozen voor een te lange termijn dan voor een te kort termijn, omdat het herinvesteringsrisico²³⁸ dan wordt uitgesloten.

Marktrisicopremie

Om de marktrisicopremie te berekenen moet worden gekeken naar de markt waarin de entiteit opereert die moet betalen voor de reeds bestaande data, in plaats van de markt waarin de onderneming actief is die het bedrag gaat ontvangen. De kopende entiteit loopt namelijk het risico en is bij een groot marktrisico minder bereid om een hoge prijs te betalen voor de data. Een groot marktrisico in de markt van de verkoper heeft geen invloed op de prijs die de koper ervoor wil betalen.

De bèta

De bèta kan op verschillende manieren worden berekend en wordt vaak als lastig en discutabel gezien. Ook bij de Veritas en Amazon-arresten varieerde de uitkomst van de bèta-berekening sterk. In mijn optiek zou dit probleem gedeelte kunnen worden weggenomen door de OESO. In de eerste plaats zouden zij standaard rekenregels om de bèta's te berekenen kunnen opstellen. In de tweede plaats zou de OESO elk jaar voor landen bèta's kunnen berekenen, om de gehele discussie rondom de bèta weg te halen. Mijn voorkeur gaat uit naar het opstellen van standaard rekenregels, in dat geval kan de bèta namelijk wel worden aangepast aan specifieke situaties. Zoals eveneens uit de arresten naar voren is gekomen en voortvloeit uit het arm's-lengthbeginsel moet de prijs berekend door gebruikmaking van een financiële waarderingmethode leidende tot een prijs die zo dicht mogelijk ligt bij de prijs die in een situatie tussen twee onafhankelijke ondernemingen wordt betaald. Dit is beter te bewerkstelligen als de bèta voor verschillende situaties kan worden aangepast. Door het gebruik van rekenregels wordt mijns inziens flexibiliteit behouden om te kunnen voldoen aan het arm's-lengthbeginsel en haalt het eveneens gedeeltelijk discussie weg tussen ondernemingen en belastingautoriteiten.

²³⁸ Herinvesteringsrisico speelt een rol op het moment dat geld vrijkomt en opnieuw kan worden geïnvesteerd waarop vervolgens opnieuw risico kan worden gelopen. Op het moment dat het geld wordt betaald voor de buy-in kan dit geld niet nog een keer worden geïnvesteerd, daarom wil je een risico vrij percentage waarbij dit ook niet kan.

6.2.4 De toetsingscriteria

In de vorige paragraaf zijn aanbevelingen gedaan, om de waardering van een data-transactie te optimaliseren. In dit onderdeel wordt getoetst of deze aanbevelingen daadwerkelijk bijdragen aan de verbetering van de Ottawa Taxation Framework Conditions, zoals behandeld in paragraaf 1.3, en daarmee als verbetering van het belastingstelsel kwalificeren.

Momenteel zijn er geen richtlijnen dan wel aanbevelingen omtrent het gebruik van de parameters. Zoals uit de behandelde arresten naar voren is gekomen kan dit zorgen voor discussies. Tevens zorgt deze 'keuzevrijheid' ervoor dat MNO's parameters op een dusdanige manier kunnen kiezen, dat ze belastingontwijking middels grondslaguitholling en winstverschuiving in de hand werken. Zoals naar voren is gekomen in hoofdstuk 2, zijn data een complex product en wordt daarmee het vinden van vergelijkbare transacties niet eenvoudig. Het controleren of de prijs at arm's-length is, is daardoor lastig. Belastingtechnisch kunnen daardoor ongelijke situaties ontstaan tussen gelieerde en niet gelieerde ondernemingen die een data-transactie laten plaatsvinden. Belastingautoriteiten hebben daarnaast, zoals mede uit de arresten naar voren is gekomen, niet altijd de capaciteit om deze parameters juist vast te stellen. In een situatie waarin de OESO het vaststellen van parameters opneemt in de TP-richtlijnen, wordt de keuzevrijheid verminderd voor alle belanghebbenden. MNO's krijgen minder ruimte om middels deze transactie belasting te ontwijken, waardoor een gelijk spelveld tussen concerns en onafhankelijke ondernemingen gewaarborgd wordt. Tevens zorgen de richtlijnen ervoor dat de waardering gemakkelijker is toe te passen en te controleren door de belastingautoriteiten. Kortom de opname van de parameters in de TP-richtlijnen bevordert de neutraliteit, effectiviteit en billijkheid van het belastingstelsel. Tevens wordt de toepasbaarheid van de financiële waarderingmethoden, en dus van de transferpricing, vereenvoudigd. Daarnaast verhoogt het in bepaalde maten de rechtszekerheid van belastingplichtigen.²³⁹ Beperking van de keuzemogelijkheden komt daarbij de doeltreffendheid en rechtvaardigheid ten goede met betrekking tot grondslaguitholling en winstverschuiving. Door de combinatie met artikel 9 lid 2 OESO-MV wordt de werking van de richtlijn versterkt en dus ook op het gebied van transferpricing rondom data-transacties dubbele (non) heffing tegengaan. Er zijn altijd situaties mogelijk dat dubbele (non) heffing plaatsvindt. Echter door de keuzemogelijkheden te beperken verwacht ik een vermindering van de gaten in de wet, waardoor het eveneens een positief effect heeft op het voorkomen van dubbele (non) heffing.

²³⁹ Een richtlijn is geen wetgeving vandaar dat het tot bepaalde hoogte zekerheid geeft. Het is aan landen zelf om deze richtlijnen al dan niet in hun belastingstelsel op te nemen.

Daarentegen zullen de richtlijnen de flexibiliteit van het belastingstelsel niet ten goede komen. De richtlijnen zullen, net als alle richtlijnen, eens in de zoveel tijd moeten worden geactualiseerd.

6.3 De relief-from-royaltymethode

De relief-from-royaltymethode wordt als eerste behandeld, omdat deze methode, met betrekking tot waardering van een data-transactie, mijn voorkeur geniet. Hiervoor bestaan verschillende redenen. Ten eerste wordt door gebruikmaking van deze methode een de financiële waarderingsmethode toegepast, maar eveneens dichtbij de transferpricing-methodiek gebleven. Bij de relief-from-royaltymethode wordt namelijk gebruikgemaakt van de CUP-methode. Ten tweede is de relief-from-royaltymethode het best toepasbaar van alle financiële waarderingsmethodes.²⁴⁰ Ten derde is dit een methode die in beide arresten door de Amerikaanse rechtbank is gezien als best toepasbare methode voor de waardering van de buy-in-betaling voor immateriële activa. Echter kan hieruit niet worden geconcludeerd dat dit de beste methode is voor elke situatie. In de eerste plaats, omdat de uitspraak van het Amerikaanse gerechtshof alleen toepassing heeft op Amerikaans wetgeving. In de tweede plaats, doordat elke situatie voor transferpricing anders is. Wel kan hieruit opgemaakt worden dat het een methode is die toepasbaar kan zijn. Ten vierde is naar mijn idee de relief-from-royaltymethode de enige methode die enigszins gemakkelijk toegepast kan worden voor de waardering van specifieke immateriële activa in de transactie, in dit geval data, zoals eveneens naar voren is gekomen bij het Amazon-arrest. Het zou mijns inziens bijdragen aan de optimalisatie van de waardering als de OESO een preferentie voor de relief-from-royaltymethode opneemt in diens TP-richtlijnen.

De juiste toepassing van de relief-from-royaltymethode wordt behandeld aan de hand van de MNO PLANT casus. De parameters besproken in 6.2 worden ook toegepast. Daarbij wordt verondersteld dat bij toepassing van de relief-from-royaltymethode rekening is gehouden met de hoofdstukken I, II, III, VI en IX van de TP-richtlijnen.

[Toepassing casus: de data-transactie](#)

Betreffende de data-transactie die plaatsvindt tussen onderneming X en Y is, in paragraaf 5.2.4, geconcludeerd dat niet beide delen van de transactie kunnen worden gewaardeerd

²⁴⁰ S. Bärsch en C. Erb, 'International – Using Economic Valuation Techniques for Transfer Pricing Purposes: Recent Developments for the Valuation of Brands', *International Transfer Pricing Journal* 2018, afl.4.

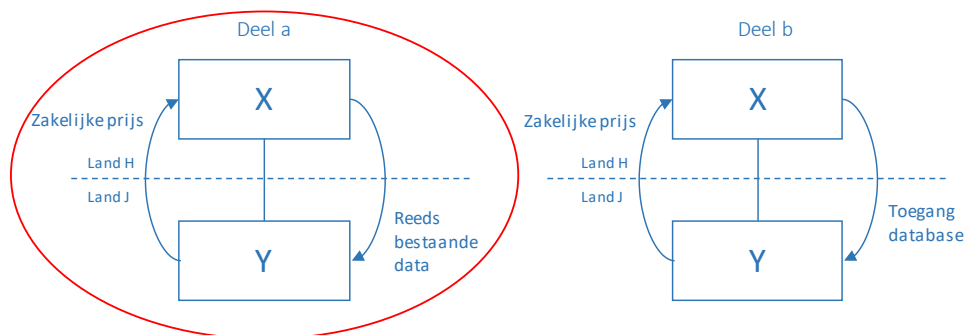
via een relief-from-royaltymethode. Mijns inziens kunnen deze twee sub-transacties losstaand worden gewaardeerd, omdat de transacties gebaseerd zijn op twee verschillende objecten, namelijk bestaande data en een licentie voor een database.²⁴¹ Deel a van de transactie kan worden gewaardeerd via de relief-from-royalty methode, behandeld in paragraaf 5.2.4. De kasstromen gegenereerd door de reeds bestaande data worden hiermee berekend. Deel b kan mijns inziens worden gewaardeerd middels de RPSM, ofwel de profit-splitmethode in combinatie met de residual-analyse, doordat duidelijk wordt na toepassing van de relief-from-royaltymethode welke kasstromen gegenereerd worden door deel a. In paragraaf 4.4.6 werd duidelijk dat het niet kunnen onderscheiden van de kasstromen gegenereerd door deel a en deel b een juiste toepassing van de RPSM onwaarschijnlijk maakte. Dit probleem is hiermee mijns inziens opgelost. De RPSM zal wel moeten worden gebaseerd op kasstromen in plaats van winst. Daarbij zal genoeg informatie beschikbaar zijn om de rest van de RPSM uit te voeren.

Door de relief-from-royaltymethode te combineren met de RPSM, welke een transferpricing-methode vanuit de TP-richtlijnen is, wordt alleen voor de absoluut noodzakelijke onderdelen gebruikgemaakt van financiële waarderingsmethode. Daarnaast wordt door gebruikmaking van de RPSM, ook voor een deel van de transactie een tweezijdige analyse gedaan. Dit wordt door de OESO geprefereerd bij waardering van een transactie met immateriële activa.

Alle benodigde financiële informatie waarop de waarderungen zijn gebaseerd staan in appendix C.

Deel a – relief-from-royaltymethode

²⁴¹ De OESO stelt dat het gebruik van verschillende methodes op een transactie niet at arm's-length is. Op deze manier kan winstverschuiving in de hand worden gewerkt. Echter, dit geldt mijns inziens in deze situatie op een deel a of deel b transactie, doordat beide op een ander object betrekking hebben (OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017, p. 100).



Voor toepassing van de relief-from-royaltymethode wordt gekeken naar royalty's voor licenties die zijn afgegeven voor een vergelijkbare database de jaren ervoor, in plaats van vergelijkbare transactie voor een aankoop van een aantal jaar data in een keer. In het Veritas-arrest zijn door de Amerikaanse rechtbank de vergelijkbaarheidseisen enigszins versoepeld, waardoor interne ongecontroleerde transacties konden worden gebruikt voor de toepassing van deze methode. Ondanks dat deze uitspraak aanleiding kan geven voor andere landen om een versoepeling toe te passen van de vergelijkbaarheidseisen met betrekking tot moeilijk te waarderen immateriële activa, hoeft dit niet het geval te zijn. Deze versoepeling zou de toepassing van de relief-from-royaltymethode wel gemakkelijker maken. Als interne ongecontroleerde transacties niet bestaan, kan worden gezocht naar externe transacties.²⁴² Hoewel dit voor data-transacties niet eenvoudig is door de karakteristieken beschreven in paragraaf 2.2, zoals behandeld is paragraaf 4.4.2. Als derde optie kan een royalty-percentage eveneens worden berekend met het gebruik van een database.²⁴³ Hierbij wordt een vergelijking gemaakt op basis van de karakteristieken van data, de contractuele condities en de geografische omvang. Mijns inziens zou dit, naast vergelijkbare interne ongecontroleerde transacties, de beste mogelijkheid zijn voor het vinden van vergelijkbare transacties.

Toepassing

²⁴² EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 24.

²⁴³ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 24.

De financiële gegevens van onderneming Y over 2018 en forecast van 2019, 2020, 2021, 2022, 2023 en 2024 staan gegeven in Appendix C. Er zijn zes vergelijkbare interne ongecontroleerde overeenkomsten gevonden die onderneming Y had gesloten met derden met betrekking tot data. Bij deze transacties is het royalty-tarief tussen de 2,3% en 5,1%. De mediaan is 3,6%.²⁴⁴ Daarnaast gaan de ongecontroleerde overeenkomsten maar vijf jaren terug, waardoor alleen over deze vijf jaar informatie beschikbaar is. Aansluitend op het Amazon-arrest neem daarom neem ik aan dat de levensduur van data vijf jaar is.

Aansluitend op paragraaf 6.2 neem ik de volgende parameters aan:

Kasstromen²⁴⁵

Entiteit Y (mEURO)	Dec-18	Dec-19	Dec-20	Dec-21	Dec-22	Dec-23	Dec-24
Vrije kasstromen	81	87	93	98	102	104	106

Verdisconteringsvoet²⁴⁶

Eigenvermogen	450
Vreemd vermogen	250
Totaal vermogen	700
Risico vrije percentage	2,5%
Marktrisicopremie	5,5%
Bèta	1,6
Groeifactor	1,6% ²⁴⁷

Doordat Y opereert in de Europese markt zal voor de parameters moeten worden gekozen die hierbij passen. Het risico vrije percentage wordt bepaald over een gewogen gemiddelde van obligaties met een vijfjarig termijn van landen binnen de EU waarin

²⁴⁴ Het tarief is gebaseerd op het Amazon-arrest.

²⁴⁵ Deze kasstromen zijn berekend aan de hand van de gegevens in Appendix C.

²⁴⁶ Voor de berekening van de verdisconteringsvoet moet dus worden aangesloten bij de parameters en de wijze waarop deze worden bepaald zoals in paragraaf 6.2 behandeld wordt.

²⁴⁷ De groeifactor is gebaseerd op voorspellingen van de OESO.

onderneming Y opereert. Daarnaast wordt de marktrisicopremie gebaseerd op Europa.²⁴⁸
 Voor de groeifactor is gekeken naar de langer termijn groei van de Europese Unie.

CAPM - berekening

$$7,3 = 2,5 + 1,6 \times (5,5 - 2,5)$$

WACC – berekening

$$5,76 = 7,3 \times \frac{450}{700} + 4 \times (1 - 0,25) \times \frac{250}{700}$$

Levensduur

De data hebben een levensduur van vijf jaar; dit houdt in dat data uit de jaren 2013 tot 2018 mee zullen worden genomen in de berekening. Data zijn tijdsgebonden zoals is behandeld in paragraaf 2.2; dit is vervolgens onderschreven door de Amerikaanse rechtbank in het Amazon-arrest. Daardoor zullen de data bij het begin van de berekening niet meer een waarde van 100% hebben, aangezien de waardering wordt toegepast begin 2019 en de data is verzameld in 2018. Er zal dus rekening moet worden gehouden in de berekening met een zogenoemde ramp down. Met betrekking tot onderneming X en Y zijn de data door hun levenscyclus nog maar 45% waard in vergelijking tot de waarde in 2018, in het tweede jaar 30%, in het derde jaar 20%, in het vierde jaar 14% en in het vijfde jaar 10%.²⁴⁹

Relief-from-royaltyberekening

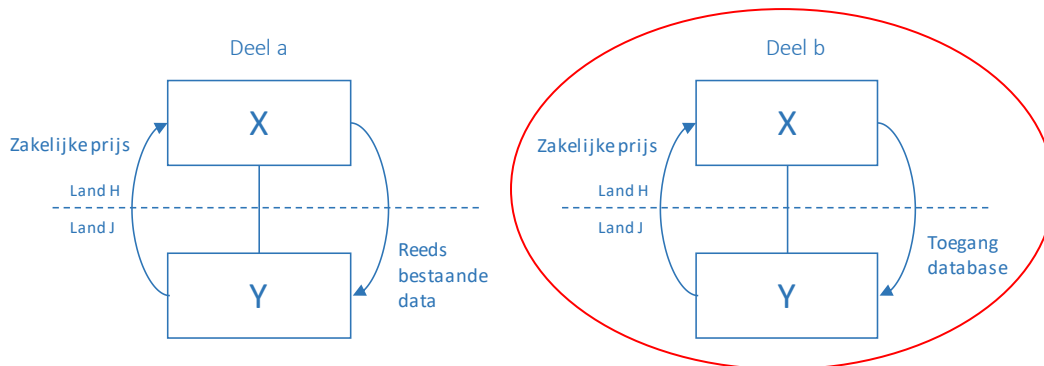
Entiteit Y (mEURO)	Dec-19	Dec-20	Dec-21	Dec-22	Dec-23
Vrije kasstromen	87	93	98	102	104
Royalty	1,62%	1,08%	0,72%	0,50%	0,36%
Kasstromen van reeds bestaande data	1,4	1,0	0,7	0,5	0,4
Verdisconteringsvoet	1,06	1,12	1,18	1,25	1,32
NPV	1,32	0,90	0,59	0,41	0,28
Waarde reeds bestaande data					3,51

²⁴⁸ De parameters zijn fictief.

²⁴⁹ De levenscyclus is gebaseerd op het Amazon-arrest, maar aangepast aan de casus. De percentages zijn dus fictief.

Alleen de eerste vijf toekomstige kasstromen worden meegenomen in de berekening, omdat de levensduur van de reeds bestaande data vijf jaar is. De waarde van de bestaande data op het moment van de transactie is € 3,51 miljoen. Dit is tevens de arm's-lengthprijs die betaald moet worden voor de bestaande data door onderneming Y.

Deel b - RPSM



Voor de toepassing van de RPSM moeten allereerst de kasstromen gegenereerd door de routine-activiteiten worden berekend. In de eerste plaats kan hiervoor een berekening plaatsvinden op basis van interne informatie. In de tweede plaats kan worden gekeken naar vergelijkbare ondernemingen die routine-activiteiten verrichten voor een van de ondernemingen binnen het concern.²⁵⁰ Hierover moet dan wel de benodigde financiële informatie beschikbaar zijn. In de derde plaats kan een externe vergelijking worden gedaan door kasstromen van routine-activiteiten van vergelijkbare bedrijven te berekenen.²⁵¹ Hierbij moeten het risicoprofiel van de onderneming en de vergelijkbare ondernemingen overeenstemmend zijn.

Routine-activiteiten

Voor de RPSM moet worden bepaald welk deel van de kasstromen extra wordt gegenereerd door datagebruik. Om dit te bepalen zijn de kasstromen berekend in een situatie waarbij datagebruik niet aanwezig is. De groei van de kasstromen wordt dan alleen veroorzaakt door de economische groei.

²⁵⁰ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 25.

²⁵¹ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, Brussel, 16 oktober 2017, p. 25.

Berekening waarde uit toekomstige data

Entiteit Y (mEURO)	Dec-19	Dec-20	Dec-21	Dec-22	Dec-23
Vrije kasstromen	87	93	98	102	104
Vrije kasstromen zonder datagebruik	82	83	84	86	87
Kasstromen gegenereerd door datagebruik	5	10	13	16	17
Waarde toekomstige data	3,31	8,65	12,62	15,46	16,23

Winstverdeling

Wegens het tweezijdige aspect van deze transferpricing-methode wordt voor de winstverdeling niet alleen gekeken naar onderneming Y, maar ook naar onderneming X, dit is het tweezijdige aspect van deze transferpricing-methode. Zoals in paragraaf 4.4.6 is beschreven, zou het mijns inziens het beste zijn om de winstverdeling te baseren op de waardeketen van beide bedrijven. Mijns inziens is dit de juiste methode omdat bij de winstverdeling rekening kan worden gehouden met data als ervaringsgoed (paragraaf 2.2), de waarde van data wordt pas duidelijk na verwerking in een informatiesysteem. De RPSM vindt plaats in twee fases, waarbij de in de eerste fase onderneming X en Y beide een zakelijk vergoeding krijgen voor zijn niet-unieke bijdragen aan de data-transactie. In de tweede fase wordt het resterende deel van de kasstroom verdeeld tussen onderneming X en Y op basis van de feiten en omstandigheden. In dit voorbeeld ga ik verder met de verdeling van de kasstroom van 40% voor onderneming X en 60% voor onderneming Y, in deze verdeling zijn beide fases van de toerekeningmethode meegenomen.²⁵² Dit houdt in dat van de € 3,31 miljoen 40% moet worden betaald aan onderneming X. Dit is een bedrag van € 1,32 miljoen. Gebaseerd op de inkomsten die onderneming Y denkt te hebben in 2019 is dit een royalty van 1,56% van de nettowinst.

²⁵² De winstverdeling van 40% en 60% is fictief en gebaseerd op de gedachtegang dat ondanks dat de meeste waarde zal worden gecreëerd na de verwerking van de data, een groot deel van deze waarde al wordt betaald in de transactie als deze plaatsvindt tussen onafhankelijke ondernemingen. Een product wordt in de regel aangekocht omdat daar een (monetaire) meerwaarde uit kan worden gehaald. Dit weten beide ondernemingen, waardoor een deel van die toekomstige waarde al in de transactie zal zitten. Dit is onder andere aangegeven in paragraaf 2.3 en behandeld met de voorbeelden in paragraaf 2.4.

Entiteit Y (mEURO)	Dec-19
Waarde toekomstige data	3,31
Waarde toe te schrijven aan X	1,32
Waarde toe te schrijven aan Y	1,99
Royalty-tarief	1,56%

Via de RPSM wordt het royalty-tarief berekend voor een jaar. Dit royalty-tarief zal de jaren hierna hoogstwaarschijnlijk stijgen, doordat de kasstroom gegenereerd door de bestaande data afneemt. Een groter deel van de kasstroom is toe te rekenen aan de licentie, waardoor een hogere royalty kan worden verwacht.

6.4 De residual-valuemethode en de excess-earningsmethode

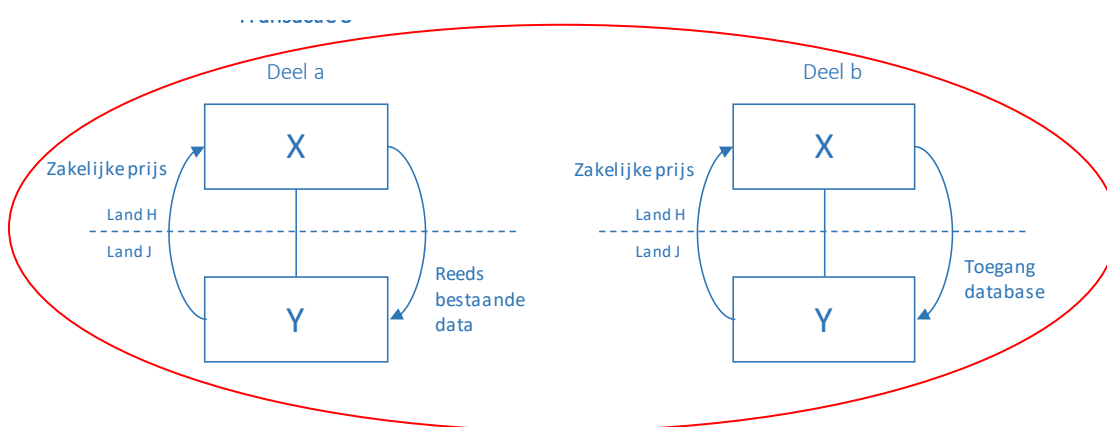
Zoals is aangegeven in paragraaf 5.4.2, kunnen mijns inziens eveneens de residual-valuemethode en de excess-earningsmethode worden gebruikt als financiële waarderingsmethodes voor de waardering van een data-transactie, als de relief-from-royaltymethode bijvoorbeeld niet toepasbaar is door het gebrek aan van ongecontroleerde vergelijkbare transacties. De residual-valuemethode en de excess-earningsmethode hebben dezelfde toepassingsstructuur, doordat ze beide als basis de kasstromen van de gehele onderneming gebruiken en deze vervolgens verdelen. De verdeling bij de residual-valuemethode gaat op basis van de routine-activiteiten, deze methode heeft veel weg van de RPSM. De verdeling van de excess-earningsmethode is op basis van de activa van de onderneming. Mijn voorkeur gaat hier enigszins uit naar de residual-valuemethode. In de eerste plaats, omdat deze gebaseerd is op dezelfde methodiek als de RPSM. Dit is, zoals herhaaldelijk aangegeven, een van de methodes van de OESO prefereert voor transferpricing met betrekking tot immateriële activa. In de tweede plaats, omdat in het Veritas- en het Amazon-arrest door de Amerikaanse rechtbank de excess-earningsmethode niet als beste methode is geacht. Echter betekent dit mijns inziens niet dat de excess-earningsmethode in geen enkele situatie de best toepasbare methode is, zoals beredeneerd in paragraaf 5.4.5. Over het algemeen moet per situatie worden onderzocht, welke van de twee methodes het best kan worden toegepast in verband met de informatie die beschikbaar is. In mijn optiek zou het zorgen voor een optimalisatie van de waardering van een data-transactie als de OESO een dergelijke preferentie opneemt, naast de relief-from-royaltymethode, in de TP-richtlijnen voor deze twee methodes.

In de volgende paragraaf zal de residual-valuemethode worden toegepast op de casus. De parameters aangenomen in het voorbeeld voor toepassing van de relief-from-royaltymethode, zijn in de toepassing van de residual-valuemethode hetzelfde. Eveneens wordt verondersteld dat bij toepassing van de residual-valuemethode rekening is gehouden met de hoofdstukken I, II, III, VI en IX van de TP-richtlijnen.

Toepassing casus: de data-transactie

Betreffende de data-transactie tussen onderneming X en Y is het toepassen van een residual-valuemethode is niet eenvoudig, omdat de kasstromen gegenereerd door data lastig toe te wijzen zijn aan bestaande data of de licentie voor gebruik van de database. Om dit onderscheid te kunnen maken, zal in mijn optiek een verdeelsleutel moeten worden ontwikkeld.²⁵³ De verdeelsleutel kan een scheiding aanbrengen in de kasstromen tussen de opbrengsten die voortvloeien uit de nog te ontwikkelen data en de opbrengsten die voortvloeien uit de licentie. Hierbij zou in mijn opinie rekening moeten worden gehouden met de levenscyclus van data, waardoor in de verdeelsleutel rekening moet worden gehouden met de 'ramp down' van de bestaande data. Dit houdt in dat een afnemend deel van de opbrengst door de jaren heen toe te schrijven is aan de bestaande data.

In tegenstelling tot de combinatie van de relief-from-royaltymethode en de RPSM wordt nu eerst de transactie in zijn geheel gewaardeerd.



²⁵³ Deze gedachtegang is gebaseerd op de RPSM, waarbij voor verdeling van de winst ook een verdeelsleutel wordt toegepast.

Kasstroken

Entiteit Y (mEURO)	Dec-18	Dec-19	Dec-20	Dec-21	Dec-22	Dec-23	Dec-24
Vrije kasstromen	81	87	93	98	102	104	106

Routine activiteiten

Voor de residual-valuemethode moet worden onderzocht welk deel van de kasstromen gegenereerd is door routine-activiteiten. Om dit te bepalen zijn de kasstromen berekend in een situatie waarbij datagebruik niet aanwezig is. De groei van de kasstromen wordt dan alleen veroorzaakt door de economische groei.

Entiteit Y (mEURO)	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23
Vrije kasstromen	87	93	98	102	104
Vrije kasstromen zonder datagebruik	82	83	84	86	87
Kasstroom door datagebruik	4,71	9,65	13,32	15,97	16,60

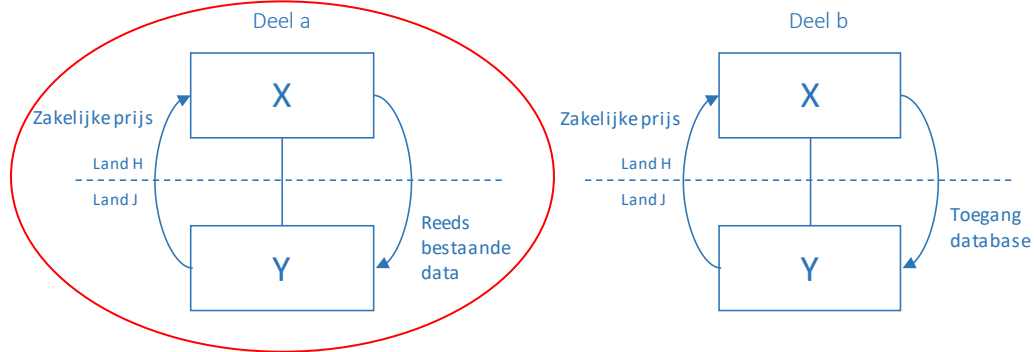
Verdeelsleutel data

Data verouderen; dit heeft het effect dat de bestaande data de data in 2019 meer waard is dan de jaren erna. De database behoudt daarentegen dezelfde waarde, omdat deze constant wordt hernieuwd en aangevuld. Het eerste jaar zal de bestaande data nog maar verantwoordelijk zijn voor 45% van de kasstroom genereerd door datagebruik, in het tweede jaar 30%, in het derde jaar 20%, in het vierde jaar 14% en in het vijfde jaar 10%. Na deze vijf jaren wordt de gehele kasstroom gegenereerd door gebruikmaking van data toegevoegd in de database na de transactie.

Entiteit Y (mEURO)	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23
Kasstroom reeds bestaande data	2,12	2,90	2,66	2,24	1,66
Kasstroom toekomstige data	2,59	6,76	10,66	13,74	14,94

Nu wordt overgegaan op de splitsing van de kasstromen tussen deel a en deel b van de transactie.

Deel a



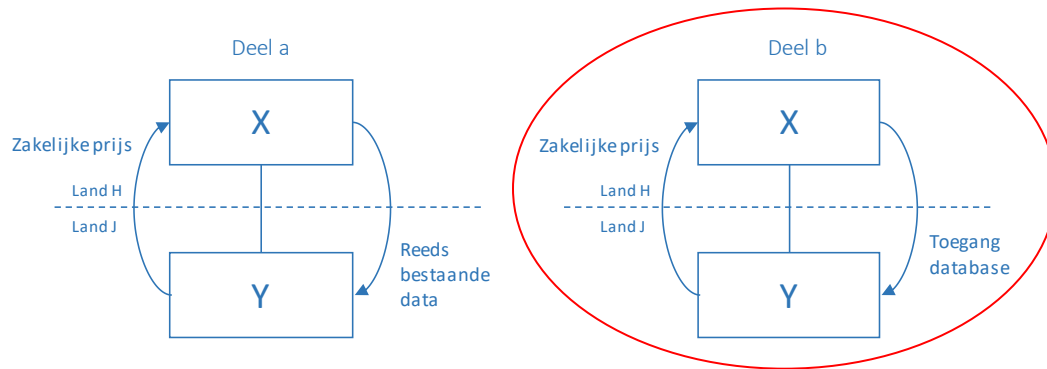
Entiteit Y (mEURO)	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23
Kasstroom reeds bestaande data	2,12	2,90	2,66	2,24	1,66
Verdisconteringsvoet	1,06	1,12	1,18	1,25	1,32
NPV	2,00	2,59	2,25	1,79	1,25

Waarde reeds bestaande data

9,89

Voor de bestaande data zal met gebruikmaking van de residual-valuemethode een totaalbedrag van € 9,89 miljoen moeten worden betaald. Dit bedrag is hoger dan arm's-lengthprijs berekend via de relief-from-royaltymethode. Dit komt doordat bij de relief-from-royaltymethode heel specifiek kon worden aangegeven welk deel van de kasstromen wordt gegenereerd door de bestaande data. De residual-valuemethode is daarentegen minder precies, waardoor eventueel toekomstige kasstromen worden meegenomen in die berekening die niet gegenereerd zijn door datagebruik. Hiermee wordt ook duidelijk hoe groot het verschil kan zijn als de arm's-lengthprijs met een andere methode wordt berekend.

Deel b



De verdeling van de kasstroom van 40% voor onderneming X en 60% voor onderneming Y net als bij de toepassing van de RPSM.

Entiteit Y (mEURO)	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23
Waarde toekomstige data	2,59	6,76	10,66	13,74	14,94
Waarde toe te schrijven aan X	1,04	2,70	4,26	5,49	5,98
Waarde toe te schrijven aan Y	1,55	4,05	6,40	8,24	8,96
Royalty betaling	1,22%	2,91%	4,58%	5,72%	6,04%
Gemiddelde royalty betaling	4,09%				

Dit houdt in dat van de € 2,29 miljoen 40% moet worden betaald aan onderneming X. Dit is een bedrag van € 1,04 miljoen. Gebaseerd op de inkomsten die onderneming Y denkt te gaan hebben in 2019 is dit een royalty van 1,22%.

De toepassing van de residual-valuemethode voor het berekenen van een royalty voor een jaar is bijna gelijk aan de toepassing van de RPSM als deze gebaseerd is op kasstromen. Verschil tussen de toepassing van deze methode zit met name in de waardering van de bestaande data. Daarbij moet een kanttekening worden gemaakt bij de toepassing van de RPSM. In de regel dient de RPSM te worden uitgevoerd op basis van de winst waardoor met gebruikmaking van de kasstromen lichtelijk wordt afgeweken van de standaard toepassing.

Er zou ook voor kunnen worden gekozen om een royalty vast te zetten voor de komende vijf jaar, tot de reeds bestaande data geen waarde heeft. Dan zal de royalty een gemiddelde zijn van de vijf jaren, dit komt uit op 4,09% per jaar over de inkomsten voor de komende vijf jaar. Daarna zal de berekening opnieuw moeten worden gedaan.

Voor de toepassing van de excess-earningsmethode worden dezelfde stappen gevolgd. De kasstroom worden verdeeld op basis van kasstromen gegenereerd door materiele activa en immateriële activa.

6.5 De toetsingscriteria

In de voorgaande twee paragrafen zijn aanbevelingen gedaan omtrent de optimale waarderingsmethode betreffende een data-transactie voor transferpricing-doeleinden en de rol van de OESO daarin. In deze paragraaf wordt getoetst of deze aanbevelingen bijdragen aan de verbetering van de Ottawa Taxation Framework Conditions, en daarmee als verbetering van het belastingstelsel kwalificeren.

Zoals uit hoofdstuk 4 en 5 naar voren is gekomen, blijkt veel keuzevrijheid te bestaan ten tijde van waardering van data-transacties, waardoor ruimte voor belastingontwijking ontstaat. In de twee paragrafen hiervoor geef ik aan dat mijns inziens de waardering van een data-transactie in de eerst plaats het beste kan worden bewerkstelligd middels een relief-from-royaltymethode en in de twee plaats door middel van een residual-valuemethode en de excess-earningsmethode. Hierbij wordt aangenomen dat de data-transactie niet kan worden gewaardeerd middels methodes uit de TP-richtlijnen. Door het opnemen van een dergelijke preferentie in de TP-richtlijnen door de OESO wordt de keuzevrijheid in het waarden voor MNO's enigszins beperkt. In combinatie met richtlijnen voor parameters, moet dit ervoor zorgen dat MNO's minder sturing kunnen geven aan de prijs. Daarnaast kan een beperking van de keuzeruimte zorgen voor een vergemakkelijking van de controle en aanpassing van de prijs. Deze vermindering van keuze zorgt er mede voor dat een gelijk spelveld ontstaat voor ondernemingen binnen een concern en buiten een concern.

Concluderend kan mijns inziens worden gesteld dat het aangeven van een preferentie en het gebruik van een van deze drie methodes zorgt voor een verbetering van het belastingstelsel door verhoging van neutraliteit van het belastingstelsel. Door verschil in de eenvoud van toepassing van de methodes, heeft mijns inziens de toepassing van de relief-from-royalty meer invloed op de effectiviteit en billijkheid van het

belastingstelsel dan de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode met betrekking tot MNO's. Als de OESO een preferentie aangeeft voor deze methodes, bevordert dit mijns inziens de zekerheid en de eenvoud van het belastingstelsel. Daarbij zorgt een optimalisatie van de waarderingsmethode en de beperking van de keuzeruimte voor een meer doeltreffend en rechtvaardig stelsel. Er is minder ruimte voor MNO's om de prijs aan te passen, waardoor belastingontwijking tegen kan worden gegaan. Evenals bij de richtlijnen voor parameters is hier een positief effect op het voorkomen van dubbele (non) heffing. Ondanks het feit dat de flexibiliteit enigszins vermindert, wordt op alle andere punten een aanzienlijke verbetering ondergaan.

6.4 Tussenconclusie

Om een optimale waarderingsmethode te bewerkstelligen voor een data-transactie dienen mijns inziens de parameters in overeenstemming te worden gebracht door deze op te nemen in de TP-richtlijnen. Met betrekking tot deze parameters kan voor de berekening van de kasstromen het beste aansluiting worden gezocht bij de kasstromen berekend door de onderneming zelf. De groeifactor dient te worden gebaseerd op de groei van de markt waarin de entiteit opereert. Voor de waardering betreffende data kan over de levensduur van data mijns inziens worden gesteld dat deze eindig is en dat de gebruikerswaarde afneemt over tijd. Het risico vrije percentage wordt daarnaast gebaseerd op de valuta waarin de waardering plaatsvindt en de levensduur van de activa in de transactie. Voor het bepalen van de marktrisicopremie moet worden aangesloten bij de markt waarin de (data-)ontvangeerde onderneming opereert. Over de bèta is veel discussie, daarom stel ik voor dat de OESO rekenregels opstelt over hoe deze bèta zou moeten worden berekend als de financiële waarderingsmethode wordt toegepast op een data-transactie.

De optimale waardering van data kan naar mijn mening worden gedaan via de toepassingen van de relief-from-royaltymethode (in combinatie met de RPSM gebaseerd op kasstromen), residual-valuemethode of excess-earningsmethode. De OESO zou hier naar mijn idee een dergelijke preferentie moeten meenemen in de TP-richtlijnen. Voor het gebruik van deze methodes moet rekening worden gehouden met de parameters die zijn besproken. De relief-from-royaltymethode geniet hierbij mijn voorkeur, omdat specifiek kan worden aangegeven welk deel van de kasstroom gegenereerd wordt door het datagebruik, op basis van ongecontroleerde transacties. Hierdoor wordt een arm's-lengthprijs berekend die hoogstwaarschijnlijk dicht bij de prijs zal liggen als twee onafhankelijke ondernemingen deze transactie hadden gedaan. Deze relief-from-royaltymethode kan mijns inziens bij een transactie zoals de voorbeeld

casus worden toegepast in combinatie met de RPMS op basis van kasstromen. Mocht de relief-from-royaltymethode geen juiste toepassing hebben kunnen de residual-valuemethode of excess-earningsmethode worden toegepast. Voor toepassing van de methodes dient de kasstroom mijns inziens verdeeld te worden tussen reeds bestaande data en de licentie op de database op basis van levenscyclus van data.

Om te bepalen of de aanbevelingen met betrekking tot de parameters en de waarderingsmethodes bijdragen aan de verbetering van het belastingstelsel, dient te worden onderzocht of ze de Ottawa Taxation Framework Conditions verbeteren. Middels toetsing concludeer ik, dat de aanbevelingen de neutraliteit, effectiviteit en billijkheid, tot bepaalde hoogte eenvoud en zekerheid en de doeltreffendheid van het belastingstelsel verbetert. De flexibiliteit kan worden gewaarborgd door de richtlijnen rondom de parameters te herzien mocht de economische markt dusdanig veranderen.

Hoofdstuk 7: Conclusie

7.1 Samenvatting

Door de digitalisatie van de economie heeft data, als nieuwe grondstof binnen de economie, een centralere rol gekregen binnen bedrijfsmodellen van (gemoderniseerde) MNO's. In deze bedrijfsmodellen wordt datagebruik gelinkt aan waardecreatie, welke eventueel middels een waardenketen in kaart kunnen worden gebracht. De toename van het gebruik van data heeft mede als gevolg dat meer data-transacties zullen plaatsvinden, waardoor voor transferpricing-doeleinden vaker transacties met data moeten worden gewaardeerd. Deze gedachtegang wordt onderschreven door de OESO.

Data, welke worden verzameld via offline- en onlinebronnen, zijn een complex product. In de eerste plaats doordat data onder immateriële activa vallen. In de tweede plaats doordat data drie economische karakteristieken bezitten die data complex maken. Ze zijn namelijk niet-fungibel, een ervaringsgoed en tijdsgebonden. Tevens kan een transactie small data of big data betreffen. Als het big data betreft, is het onduidelijk welke data de transactie precies bezit. De complexiteit van data-transacties in combinatie met het gebrek aan concrete transferpricing-voorschriften omtrent de waardering hebben effect op de bepaling van waardecreatie door datagebruik voor belastingdoeleinden. Er ontstaat een spanningsveld doordat de intern gehanteerde prijs niet te controleren is door andere belanghebbenden. Dit kan leiden tot belastingverschuiving en grondslaguitholling en daarmee tot belastingontwijking door MNO's.

Transferpricing vindt zijn grondslag in het arm's-lengthbeginsel. Volgens dit beginsel dient de prijs voor een transactie tussen gelieerde ondernemingen gelijk te zijn aan de prijs die twee onafhankelijke ondernemingen overeen zouden zijn gekomen. Het beginsel vindt op internationaal vlak toepassing via artikel 9 OESO-MV. Als een data-transactie plaatsvindt tussen gelieerde ondernemingen, waarbij de prijs van de transactie beïnvloed wordt door de commerciële en financiële relaties van de twee gelieerde ondernemingen, kan de prijs aangepast worden op basis van artikel 9 OESO-MV. In de TP-richtlijnen zijn vijf methodes aangedragen – de CUP-methode, RPM, CPM, TNMM, PSM – waarmee de arm's-lengthprijs kan worden berekend. Voor de waarderingen van data-transacties dient in eerste instantie eveneens naar een van deze methodes te worden gekeken. Echter, ten tijde van toepassing van deze methodes wordt de transferpricing-problematiek rondom data-transacties duidelijk. De karakteristieken van data, maken het vinden van een vergelijkbare transactie niet eenvoudig, waardoor bijvoorbeeld de CUP-methode moeilijk

toepasbaar is. Daarnaast maakt de manier waarop een data-transactie vormgegeven kan zijn, bijvoorbeeld in twee subonderdelen, daadwerkelijke toepassing van een van de vijf methodes moeilijk, waardoor de arm's-lengthprijs niet goed kan worden vastgesteld. Echter, sinds 2010 is door de OESO in de TP-richtlijnen opgenomen dat financiële waarderingsmethodes eveneens kunnen worden gebruikt voor transferpricing-doeleinden. Er zijn verschillende financiële waarderingsmethodes behandeld op basis van drie gronden, te weten kosten, marktwaarde en inkomsten. Voor toepassing van de inkomstenmethodes moeten de kasstromen gegenereerd door een data-transactie worden berekend en vervolgens worden verdisconteerd met een verdisconteringsvoet. Voor berekening van de kasstromen en verdisconteringsvoet moet een aantal parameters worden vastgesteld, zoals de levensduur van het product. Middels vijf verschillende methodes – incremental-cash-flowmethode, relief-from-royaltymethode, premium-profitmethode, residual-valuemethode, excess-earningsmethode – kunnen de kasstromen worden berekend.

In het Veritas- en het Amazon-arrest wordt de toepassing van de excess-earningsmethode en relief-from-royaltymethode bediscussieerd. Uit deze arresten kan worden opgemaakt dat een relief-from-royaltymethode de voorkeur lijkt te genieten, als deze toepasbaar is. Ook is geoordeeld dat immateriële activa in de regel een eindige levensduur heeft en kan verouderen. Verder leiden de parameters die moeten worden vastgesteld voor de waardering tot veel discussie, waarbij een goede argumentatie van belang blijkt te zijn.

7.2 Conclusie

Concluderend kan mijns inziens worden gesteld dat de financiële waarderingsmethodes kunnen worden toegepast als de transferpricing-methodes uit de TP-richtlijnen geen uitkomst bieden voor het berekenen van de arm's-lengthprijs van een data-transactie. Een situatie die zich door de karakteristieken van data vaak voor zal doen. Voor de toepassing van financiële waarderingsmethode met betrekking tot data geniet de DCF in combinatie met de relief-from-royaltymethode, de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode de voorkeur. De parameters, die nodig zijn voor financiële waarderingsmethodes, dienen in overeenstemming te worden gebracht en te worden toegevoegd aan de huidige TP-richtlijnen om discussie te voorkomen. In deze richtlijn moeten worden opgenomen dat voor bepaling van de kasstromen het beste kan worden aangesloten bij de kasstromen berekend door de onderneming zelf. De groeifactor zal moeten worden gebaseerd op de markt waarin de entiteit opereert. De levensduur van data dient per situatie te worden geanalyseerd, maar blijktens de arresten kan worden gesteld dat deze eindig is en dat de

gebruikerswaarde afneemt over tijd. Voor bepaling van het risico vrije percentage dient te worden aangesloten bij de valuta waarin de waardering plaatsvindt en de levensduur van de data in de te waarderen transactie. Voor het bepalen van de marktrisicopremie dient te worden aangesloten bij de markt waarin de kopende onderneming opereert. Over de bèta is veel discussie, daarom stel ik voor dat de OESO rekenregels opstelt over hoe deze bèta zou moeten worden berekend als de financiële waarderingmethode wordt toegepast op een data-transactie. Voor rekenregels zou kunnen worden aangesloten bij de formule die Damodaran gebruikt. Hij berekent onder andere elk jaar de bèta's voor verschillende industrieën in Amerika.

Voor het waarderen van data-transacties dient mijns inziens de relief-from-royaltymethode te prevaleren. Mocht dit geen uitkomst bieden, dan kunnen de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode worden gebruikt. Een dergelijke preferentie zou door de OESO moeten worden opgenomen in de TP-richtlijnen. Voor de waardering van een data-transactie geniet de relief-from-royaltymethode mijn voorkeur, doordat toepassing van de relief-from-royaltymethode en behandelde arresten aantoonde dat middels deze methode een meer nauwkeurige waardering kan worden gedaan van de data-transactie, in tegenstelling tot de residual-valuemethode of de excess-earningsmethode, doordat specifiek kan worden aangegeven welk deel van de kasstroom gegenereerd wordt door het datagebruik, op basis van ongecontroleerde transacties. Hierdoor wordt een arm's-lengthprijs berekend die hoogstwaarschijnlijk dicht bij de prijs zou liggen als twee onafhankelijke ondernemingen deze transactie had gedaan.

In vergelijking tot de huidige situatie concludeer ik dat mijn aanbevelingen als verbetering van het belastingstelsel kwalificeren. Door een beperking van de keuzeruimte verbetert de neutraliteit, de effectiviteit en de billijkheid, tot bepaalde hoogte eenvoud en zekerheid en de doeltreffendheid van het belastingstelsel. Door de keuzemogelijkheden te beperken verwacht ik een vermindering van de gaten in de wet, waardoor het eveneens een positief effect heeft op het voorkomen van dubbele (non) heffing. Om het belastingstel nog verder te verbeteren betreffende de dubbele heffing of non-heffing, moeten belastingverdragen beter op elkaar worden aangesloten. Transferpricing heeft hier minimale invloed op. Desalniettemin zijn bepaalde begrippen, zoals de termen 'direct en indirect', in artikel 9 OESO-MV niet gedefinieerd door de OESO, een eventuele oplossing zou kunnen zijn om deze alsnog te definiëren. Tevens hebben de aanbevelingen ook geringe invloed op de flexibiliteit van het belastingstelsel. Richtlijnen zullen nu eenmaal herzien moeten worden in de over tijd. Mijns inziens wegen de verbeteringen die deze aanbevelingen hebben voor het belastingstel hiertegen op.

Vooralsnog blijkt waardering van data-transactie een complex vraagstuk en niet te vangen in een specifieke waarderingsmethode. Beperking van de keuzemogelijkheden door een prevalerende methode voor te schrijven en door richtlijnen op te stellen omtrent vaststelling van de te gebruiken parameters, zouden mijns inziens echter een goede stap zijn op weg naar een op maat gemaakte at arm's-lengthmethode. Het is nu aan de OESO om deze stap te zetten en de complexiteit van de hedendaagse digitale wereld in de aloude belastingstelsels te verankeren.

Bronnenlijst

Boeken

❖ Cousins, 2018

A. Cousins, *Guide to International Transfer Pricing: Law, Tax Planning and Compliance Strategies*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Internationals 2018, Chapter 2 OECD Transfer Pricing Guidelinges, te raadplegen op:
https://books.google.nl/books?id=Zo6WDwAAQBAJ&pg=PT124&dq=Guide+to+international+transfer+pricing:&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q=Guide%20to%20international%20transfer%20pricing%3A&f=false

❖ Egdom, van, 2017

H. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2017.

❖ Feinleib, 2014

D. Feinleib, *Big Data Bootcamp: what managers need to know to profit from the big data revolution*, New York: Apress 2014.

❖ Nieuweboer, 2013

M. Nieuweboer, 'Tax avoidance in a global economy' in P. Kavelaars (ed.), *Ongewenste belastingontwijking? De jacht naar een fair share*, Rotterdam: Congresbundel Fiscaal Economisch Instituut/Erasmus Universiteit Rotterdam 2013.

❖ Porter, 1985

M. E. Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, New York: Free Press 1985.

Elektronische bronnen

❖ Damodaran 2019

A. Damodaran, *Betas by Sector (US)*, januari 2019, [www. pages.stern.nyu.edu](http://www.pages.stern.nyu.edu/~adamodar/pc/datasets/betas.xls), te raadplegen via:
<http://www.stern.nyu.edu/~adamodar/pc/datasets/betas.xls>

❖ **Europese Commissie 2013**

Europese Commissie, *A European strategy on the data value chain*, 7 november 2013, www.europa.eu.

❖ **Hekster 2017**

N. Hekster, *De impact van Big Data en AI op de zorg*, 28 juni 2017, www.vumc.nl, te raadplegen op:
https://www.vumc.nl/afdelingen-themas/239911/7351519/7366609/2017_zorglogistiek_toekomst/Presentatie_Nicky.pdf.

❖ **International DATA Corporation 2014**

International DATA Corporation, *Discover the digital universe of opportunities: Rich data and the increasing value of the Internet of Things*, april 2014, uk.emc.com.

❖ **Jie-A-Joen, Lu & Bai 2018**

C. Jie-A-Joen, L. Lu en F. Bai, *Insight: transfer pricing valuation by tax authorities*, 1 augustus 2018, www.news.bloombergtax.com.

❖ **Lokitz z.j.**

J. Lokitz, *Exploring big data business models & the winning value propositions behind them*, z.j., www.businessmodelsinc.com.

❖ **Neighbour 2008**

J. Neighbour, *Transfer Pricing: Keeping it at arm's length*, 3 July 2008, OECDObserver.org.

❖ **Nos 2017**

NOS, *10 jaar crisis (deel I): hoe het begon*, 24 mei 2017, www.nos.nl.

❖ **Pegg 2017**

D. Pegg, *The tech giants will never pay their fair share of taxes – unless we make them*, 11 december 2017, www.theguardian.com.

❖ **The Canadian Institute of CBV z.j.**

The Canadian Institute of CBV, *Illustrative example of intangible asset valuation*, z.j., te raadplegen op: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/47426115.pdf>

❖ **The Economist 2017**

The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 mei 2017, www.economist.com.

❖ **Wilder-James 2012**

E. Wilder-James, *What is big data? An introduction to the big data landscape*, 11 januari 2012, www.oreilly.com.

❖ **Zucman 2019**

G. Zucman, *Taxing multinational corporations in the 21st Century*, februari 2019, www.econfip.org.

Rapporten

❖ **Deloitte & Europese Commissie 2016**

Deloitte en Europese Commissie, *Study on the application of economics valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU*, 19 december 2016.

❖ **EU Joint Transfer Pricing Forum 2017**

EU Joint Transfer Pricing Forum, *Discussion paper on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, 16 oktober 2017.

❖ **Ernst & Young 2013**

Ernst & Young, *Cost Contribution Agreements*, Londen, 2013.

❖ **GSMA 2018**

GSMA, *The data value chain*, 22 juni 2018, www.gsma.com.

❖ **International valuation standards council 2016**

International valuation standards council, *IVS 210: Intangible assets*, 7 april 2016.

❖ **McKinsey Global Institute 2011**

McKinsey Global Institute, *Big data: the next frontier for innovation, competition and productivity*, mei 2011.

❖ **OECD 1998**

OECD, *Electronic commerce: taxation framework conditions*, Parijs: OECD Publishing 1998.

❖ **OECD 2010**

OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parijs: OECD Publishing 2010.

❖ **OECD 2015**

OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 final report*, Parijs: OECD Publishing 2015.

❖ **OECD 2015**

OECD, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final reports*, Parijs: OECD Publishing 2015.

❖ **OECD 2017**

OECD, *Background brief- Inclusive Framework on BEPS*, Parijs: OECD Publishing 2017.

❖ **OECD 2017**

OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, Parijs: OECD Publishing 2017.

❖ **OECD 2018**

OECD, *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, Parijs: OECD Publishing 2018.

❖ **OECD 2018**

OECD, *Tax Challenges arising from Digitalisation - Interim report 2018*, Parijs: OECD Publishing 2018.

❖ **OECD 2019**

OECD, *Measuring the Digital Transformation: a Roadmap for the Future*, Parijs: OECD Publishing 2019.

❖ **Studiegroep duurzame groei 2016**

Studiegroep duurzame groei, *Kiezen voor duurzame groei*, 6 juli 2016.

Tijdschriften

❖ **Bärsch & Erb 2018**

S. Bärsch en C. Erb, 'International – Using Economic valuation techniques for transfer pricing purposes: recent developments for the valuation of brands', *International Transfer Pricing Journal* 2018.

❖ **Bender 2017**

T. Bender, 'Tussen ethiek en wet: de derde weg', *WFR* 2017/20.

❖ **Damodaran 1999**

A. Damodaran, 'Estimating Risk free Rates', *Stern School of Business* 1999.

❖ **Graaf, de, 2012**

A.C.G.A.C. de Graaf, 'Excessieve' gedragingen en internationaal fiscaal beleid', *WFR* 2012/2619.

❖ **Gulzar, Cherian, Sial, Baldulescu, Thu, Badulescu & Khuong 2018**

M.A. Gulzar, J Cherian, M. S. Sial, A. Badulescu, P. A. Thu D. Badulescu en N. V. Khuong, 'Does corporate social responsibility influence corporate tax avoidance of Chinese listed companies?', *Sustainability* 2018.

❖ **Happé 2015**

R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938.

❖ **Hürtgen & Mohr 2018**

H. Hürtgen en N. Mohr, 'Achieving business impact with data', *McKinsey Analytics* 2018.

❖ **Ilhan 2018**

C. B. Ilhan, 'The use of Value Chain analysis in a profit split', *IBFD International Transfer Pricing Journal* 2018.

❖ **McAfee & Brynjolfsson 2012**

A. McAfee en E. Brynjolfsson, 'Big Data: The Management Revolution', *Harvard Business Review* 2012.

❖ **Miller & Mork 2013**

H. G. Miller en P. Mork, 'From data to decisions; a value chain for fig data', *IT Professional* 2013.

❖ **Miller 2010**

H. J. Miller, 'The data avalanche is here. Shouldn't we be digging?', *Journal of Regional Science* 2010.

❖ **Norton & Burns 2005**

D. Norton en P. Burns, 'Transfer Pricing for intangible Development: Alternatives to Cost-Sharing', *International Tax Review* 2005.

❖ **Lim, Kim, Heo, Kim & Maglio 2018**

C. Lim, K. Kim, M. Kim, J. Heo, K. Kim en P. Maglio, 'Form data to value: a nine-factor framework for data-based value creation in information-intensive services', *International Journal of Information Management* 2018.

❖ **Rowley 2007**

J. Rowley, 'The wisdom hierarchy: representations of the DIKW hierarchy', *SAGE Journal of Information Science* 2007.

❖ **Sabal 2007**

J. Sabal, 'WACC or APV', *Journal of Business Valuation and Economic Loss Analysis* 2007.

❖ **Shani 2009**

O. Shani, 'How can researchers make sense of the issues involved in collecting and interpreting online and offline data?', *SAGE* 2009.

❖ **Teece 2010**

D. J. Teece, 'Business models, business strategy and innovation', *Long Range Planning* 2010.

❖ **Weimer & Lazar 2015**

J. Weimer en Ph. Lazar, 'Waardering van immateriële activa', *IER* 2015/40.

Besluiten en jurisprudentie

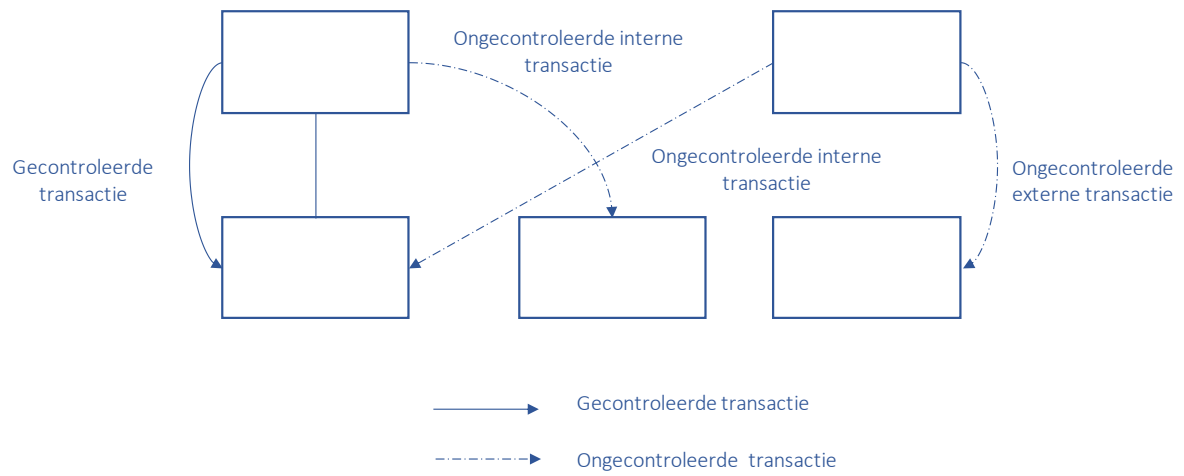
❖ Besluit (EU) 2015/7143 van de Europese Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd (*PbEU* 2017, L 83/38).

❖ HvJ EU 5 september 2016, T-636/16 (*Starbucks and Starbucks Manufacturing Emea v Commission*).

❖ HvJ EU 24 september, ECLI:EU:T:2019:669, T-760/15 (*Starbucks and Starbucks Manufacturing Emea v Commission*).

- ❖ US: Tax Court, 12 oktober 2009, 133 T.C. No. 14. (*Veritas Software Corporation & Subsidiaries v. Commissioner*), te raadplegen op: <https://www.legale.com/decision/intco20091210c31>
- ❖ US: Tax Court, 3 maart 2017, 148 T.C. No. 8. (*Amazon.com, Inc. & Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*), te raadplegen op: www.ustaxcourt.gov
- ❖ US: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 16 augustus 2019, No. 17-72922. (*Amazon.com, INC & Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue*), te raadplegen op: <https://www.bloomberglaw.com/public/desktop/document/AmazonComIncSubsidiariesvCIRDocketNo17729229thCirOct232017CourtDo?1571064839>.

Appendix A



Appendix B

1. Kasstromen

Winst voor Belasting, Afschrijving en Amortisatie

-/- Afschrijving

-/- Amortisatie/Waardevermindering Immateriële Activa

Bedrijfsresultaat voor belastingen

-/- Operationele Belastingen

Bedrijfsresultaat minus Aangepaste Belastingen

+/- Afschrijving

+/- Amortisatie/Waardevermindering Immateriële Activa

-/- Wijzing netto werkkapitaal

+/- wijziging van operationele voorzieningen

-/- Investerings in netto operationeel werkkapitaal

Vrije kasstromen

2. DCF

$$Waarde = \frac{CF_1}{(1+i)^1} + \frac{CF_2}{(1+i)^2} + \frac{CF_3}{(1+i)^3} + \frac{CF_4}{(1+i)^4} + \dots + \frac{CF_\infty}{(1+i)^\infty} = \sum_{n=1}^{\infty} \frac{CF_n}{(1+i)^n}$$

CF = kasstroom (*cash flow*)

i = verdisconteringsvoet

n = periodes van één tot oneindig

3. WACC

$$WACC = r_E \times \frac{E}{V} + r_D \times (1 - \tau_c) \times \frac{D}{V}$$

E = Eigen vermogen (*Equity*)

D = Vreemd vermogen (*Debt*)

V = Totaal vermogen (*Value of total assets*)

r_E = rendement op eigen vermogen (*return on equity*)

r_D = Kosten vreemd vermogen (*return on debt*)

τ_c = belasting percentage (*Tax rate*)

4. CAPM

$$r_E = r_f + \beta_e \times (E(r_m) - r_f)$$

r_E = rendement op eigen vermogen

r_f = risico vrije percentage (*risk free rate*)

β_e = beta waarde van eigen vermogen, een maatstaf voor systematisch risico in vergelijking tot de markt

$(E(r_m) - r_f)$ = marktrisico premie (*Market risk premium*)

Appendix C

Entiteit Y (mEURO)	dec-18 <i>actual</i>	dec-19 <i>forecast</i>	dec-20 <i>forecast</i>	dec-21 <i>forecast</i>	dec-22 <i>forecast</i>	dec-23 <i>forecast</i>	dec-24 <i>forecast</i>
<u>Balans</u>							
Goodwill	250	250	250	250	250	250	250
Materiele vast activa	300	320	340	355	365	375	385
Voorraden	180	190	195	205	210	215	220
Debiteuren	140	145	150	160	170	175	180
Andere vlottende activa	80	81	86	90	93	97	110
Kas	50	53	59	65	67	73	80
Totaal	1000	1039	1080	1125	1155	1185	1225
Eigen vermogen	450	470	495	515	530	555	575
Bank schuld	250	250	250	250	250	250	250
Voorzieningen	90	95	100	105	110	115	120
Crediteuren	175	184	191	208	217	222	235
Andere kortlopende schulden	35	40	44	47	48	48	50
Totaal	1000	1039	1080	1125	1155	1190	1230
<u>Winst & Verlies rekening</u>							
Inkomsten	1402	1465	1548	1610	1661	1696	1739
Kosten van verkochte goederen	820	860	900	945	980	1000	1020
Bruto winstmarge	582	605	648	665	681	696	719
Personeelskosten	275	285	305	315	320	330	340
Andere bedrijfskosten	140	145	155	160	165	165	170
EBITDA	167	175	188	190	196	201	209
Afschrijvingen	33	37	39	41	43	44	50
EBIT	134	138	149	149	153	157	159
Rente	25	25	25	25	25	25	25
PBT	109	113	124	124	128	132	134
Belasting	27,25	28,25	31	31	32	33	33,5
Netto winst	81,75	84,75	93	93	96	99	100,5

Entiteit Y (mEURO)	dec-18	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23	dec-24
--------------------	--------	--------	--------	--------	--------	--------	--------

Kasstroomen

EBITDA	167	175	188	190	196	201	209
Afschrijvingen	33	37	39	41	43	44	50
Amortisatie	0	0	0	0	0	0	0
Bedrijfsresultaat voor belastingen	134	138	149	149	153	157	159
Operationele belastingen	33,5	34,5	37,25	37,25	38,25	39,25	39,75
Bedrijfsresultaat minus aangepaste belastingen	100,5	103,5	111,75	111,75	114,75	117,75	119,25
Afschrijvingen	33	37	39	41	43	44	50
Amortisatie	0	0	0	0	0	0	0
Wijziging netto werkkapitaal	3	0	0	0	0	0	0
Wijziging van operationele voorzieningen	5	5	5	5	5	5	5
Investerings in netto operationeel werkkapitaal	55	57	59	56	53	54	60
Vrije kasstromen	80,5	88,5	96,75	101,75	109,75	112,75	114,25
Entiteit Y (mEURO)	dec-18	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23	dec-24
Vrije kasstromen	81	89	97	102	110	113	114
Entiteit Y (mEURO)	dec-18	dec-19	dec-20	dec-21	dec-22	dec-23	dec-24
Vrije kasstromen zonder datagebruik	81	82	83	84	86	87	89