

Staatssteun en Transfer Pricing: onderweg naar een Europees zakelijkheidsbeginsel?

Abstract:

Auteur gaat in op de samenhang tussen het zakelijkheidsbeginsel in de vennootschapsbelasting, onderlinge verrekenprijzen en fiscale staatssteun beschouwd vanuit een Nederlands perspectief.

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Bachelorscriptie Fiscale Economie

Naam: O.T.J. (Olivier) Mirck

Studentnummer: 433134

Begeleider: Prof. dr. P. Kavelaars

Datum definitieve versie: 1 maart 2020

Woordenaantal:



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

Afkortingenlijst

APA	=	Advance Pricing Agreement
CAPM	=	Capital Asset Pricing Model
Commissie	=	Europese Commissie
CUP	=	Comparable uncontrolled price
EU	=	Europese Unie
HvJ	=	Hof van Justitie
IP	=	Intellectual Property (<i>intellectueel eigendom</i>)
OESO	=	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
r.o.	=	rechtsoverweging
TNMM	=	Transactional net margin method
tp	=	transfer pricing
VEU	=	Verdrag betreffende de Europese Unie
VWEU	=	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
Wet IB	=	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB	=	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	=	Weekblad Fiscaal Recht

1.	Inleiding	1
1.1.	Aanleiding	1
1.2.	Hoofd- en deelvragen	3
1.3.	Methodologie	4
1.4.	Afbakening.....	6
2.	Het arm's length-beginsel.....	7
2.1.	Inleiding en deelvraag.....	7
2.2.	Transfer Pricing.....	7
2.2.1.	Vergelijkbaarheidsanalyse	8
2.2.2.	Transfer pricing methoden	10
2.3.	Het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels.....	13
2.3.1.	Het totaalwinstbeginsel	13
2.3.2.	Het arm's length-beginsel in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.....	14
2.3.3.	De relatie tussen het Verrekenprijsbesluit en de OESO-richtlijnen	16
2.4.	Het selecteren van een verrekenprijsmethode	17
2.5.	Winstcorrecties in het kader van het arm's length-beginsel	19
2.6.	Deelconclusie.....	21
3.	Staatssteun	23
3.1.	Inleiding	23
3.2.	De cumulatieve criteria van het staatssteunverbod.....	23
3.3.	Steunmaatregel?.....	24
3.4.	Voordeelcriterium	25
3.5.	Afkomstig van de staat en uit staatsmiddelen bekostigd	25
3.6.	Selectiviteitscriterium.....	27
3.6.1.	Algemeen	27
3.6.2.	De Jure	27
3.6.3.	De facto.....	28

3.6.4. Materiële selectiviteit voor maatregelen ter verlichting van de normale lasten van ondernemingen	28
3.7. Mededinging en het intracommunautair handelsverkeer.....	31
3.8. Bewijslastverdeling	31
3.9. Deelconclusie.....	32
4. Europese invloeden op het arm's length-beginsel	34
4.1. Inleiding	34
4.2. Invloed van de Europese Commissie - staatssteunbeschikkingen	34
4.2.1. Starbucks.....	37
4.2.2. Fiat	38
4.2.3. Apple	39
4.3. Invloed van het Hof van Justitie van de Europese Unie.....	40
4.3.1. Overeenkomsten tussen Fiat en Starbucks – een zakelijkheidsbeginsel?	41
4.3.2. Starbucks.....	42
4.3.3. Fiat	43
4.4. Staatssteun en transfer pricing – tussenstand en voortuitblik	45
4.5. Deelconclusie.....	46
5. Samenvatting en conclusie	47
6. Literatuurlijst	50
7. Jurisprudentielijst	54
8. Appendix.....	55

1. Inleiding

1.1. Aanleiding

Sinds juni 2014 is de Europese Commissie (hierna: 'Commissie') in het kader van potentiële staatssteun meerdere onderzoeken gestart naar afspraken tussen belastingautoriteiten en multinationals, waarvan drie onderzoeken betrekking hebben op het Nederlandse fiscale stelsel.¹ De desbetreffende afspraken zien op de prijzen die groepsmaatschappijen in rekening dienen te brengen wanneer binnen concernverband transacties tot stand komen. Deze prijszetting dient zakelijk of 'at arm's length' te zijn en staat beter bekend als transfer pricing (hierna: 'tp') of onderlinge verrekenprijzen. Wanneer een belastingplichtige vooraf zekerheid wenst te verkrijgen over de toepassing van belastingwetgeving of de hoogte van verrekenprijzen, kan zij in overleg treden met de nationale autoriteit die bevoegd is deze afspraken te maken. Indien de partijen overeenstemming bereiken, wordt deze afspraak vastgelegd in een zogenoemde *tax ruling*.² De volgende passage geeft de visie weer van de staatssecretaris op het belang van de rulingpraktijk voor het fiscale vestigingsklimaat van Nederland:

*"Het kabinet blijft echter onverminderd voorstander om in een vroeg stadium duidelijkheid te scheppen en discussies tussen belastingplichtigen en belastingdienst «aan de voorkant» te beslechten. Vooroverleg en het geven van zekerheid vooraf vormen kernelementen in het toezicht van de Belastingdienst. Het geven van zekerheid vooraf door middel van een ruling is tevens een belangrijke pijler van ons vestigingsklimaat."*³

Naast het feit dat belastingplichtigen veelal een voorkeur geven aan zekerheid vooraf over hun belastingheffing om het ondernemingsrisico te beperken, blijkt dus dat de staatssecretaris ook positief staat tegenover vooroverleg. De Commissie meent echter dat de onderzochte rulings in potentie steunmaatregelen bevatten. Deze steun bestaat uit een afwijkende behandeling ten opzichte van het geldende fiscale stelsel in de lidstaat van vestiging.⁴ Door deze afwijkende behandeling konden de betrokken partijen de grondslag voor de vennootschapsbelasting kunstmatig verlagen. Deze verlaging via transfer pricing is vanuit EU-rechterlijk perspectief onrechtmatig. Het verlenen van een selectief voordeel is immers, indien tevens de overige voorwaarden worden geschonden van artikel 107 lid 1

¹ Mededeling van de Europese Commissie van 11 juni 2014, IP/14/663. Dit betreffen de volgende procedures: Starbucks (SA. 38374), Inter Ikea (SA. 46470) en Nike/Converse (SA. 51284), enkel in de zaak Starbucks is een (gepubliceerde) beslissing geformuleerd door de Commissie en is bij het Gerecht een uitspraak gewezen. Dit wordt nader beschouwd in hoofdstuk 4, wanneer de individuele zaken aan bod komen.

² Een ruling kan in Nederland juridisch gekwalificeerd worden als een vaststellingsovereenkomst zoals vastgelegd in artikel 7:900 BW.

³ *Kamerstukken II 2017/18, 25087, 187, p. 1.*

⁴ *Speech/14/119.*

van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), een schending van het verbod op staatssteun door de verstreckende lidstaat.⁵ Het doel van de staatssteunregels is het handhaven van een *level playing field* binnen de EU.⁶ Deze mogelijkheid tot handhaven wordt geschapen door de regel dat een onterecht verleend voordeel teruggevorderd dient te worden door de verstreckende lidstaat.⁷ De handhaving is een continue taak van de Commissie en de lidstaten, welke geëffectueerd wordt door het Directoraat-generaal Concurrentie (hierna: DG Concurrentie).⁸ De staatssteunprocedures in kwestie, beter bekend als de ‘tax rulingzaken’, zijn echter controversieel. De volgende overwegingen dienen ter illustratie:

Het staatssteuninstrument is ongeschikt om problemen in de belastinggrondslag op te lossen

Neelie Kroes, voormalig Eurocommissaris voor mededinging, is van mening dat het staatssteuninstrument ongeschikt is om grondslaguitholling door multinationals tegen te gaan.⁹ Deze mening onderbouwt zij met de volgende argumenten: i) het veranderen van regels achteraf door het aanspannen van procedures is oneerlijk voor zowel belastingplichtigen als de lidstaten; ii) het aanspannen van procedures is nadelig voor concurrentie, groei en belastinginkomsten binnen de Europese Unie; iii) de procedures hebben ondermijning van de rechtszekerheid en de rechtsstaat tot gevolg. Een ruling wordt aangevraagd om vooraf zekerheid over de belastingheffing te krijgen. Wanneer sprake is van staatssteun kan tot tien jaar na dato worden teruggevorderd¹⁰, met veel onzekerheid over de belastingheffing tot gevolg. Dit is in essentie een inbreuk op alles waarvoor een ruling bedoeld is. Kroes zinspeelt op een brede hervorming van het internationale belastingstelsel, waardoor de benadering van de Commissie van evenwichtige belastingheffing op alle belastingplichtigen van toepassing is en niet enkel op de beperkte groep belastingplichtigen die onderworpen is aan een onderzoek door DG Concurrentie.

Transfer pricing is een benadering van een marktuitskomst en geen exacte wetenschap

Tp is een internationaal erkend systeem waarbinnen de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: ‘OESO’) een belangrijke rol speelt via de *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* (hierna: OESO-richtlijnen). De OESO-

⁵ De overige criteria van staatssteun passeren in hoofdstuk 3 de revue. Voor fiscale steunmaatregelen ziet de bewijslast voornamelijk op het aantonen dat het voordeel- en selectiviteitscriterium geschonden worden door de verstreckende lidstaat, hiervoor wordt verwezen naar Vleggeert 2019, p.3.

⁶ Almunia 2014. Een *level playing field* is van belang voor de totstandbrenging van een interne markt zoals bedoeld in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU).

⁷ Artikel 108 lid 2 VWEU.

⁸ Artikel 108 lid 1 VWEU.

⁹ Kroes, *The Guardian* 1 september 2016.

¹⁰ Artikel 17 van Verordening (EU) 2015/1589 van 13 juli 2015, PbEU 2015, L 248.

richtlijnen bieden handvatten voor het bepalen van een zakelijke prijs wanneer gehandeld wordt binnen concernverband. De berekeningen om tot deze prijs te komen zijn afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het specifieke geval. Het resultaat dat voortvloeit uit deze casuïstische analyse is daardoor een benadering van een zakelijke prijs. Een gevolg hiervan is dat de uitkomst in zekere mate subjectief is en niet simpelweg als een voordeel kan worden bestempeld. Kroes meent dat de Commissie met de rulingzaken dan ook een beperking wil aanbrengen in de beoordelingsvrijheid die lidstaten hebben op het gebied van verrekenprijzen, door een Europees zakelijkheidsbeginsel na te streven.¹¹

Voormalig Eurocommissaris van mededinging Almunia voert als reden voor de huidige interesse van de Commissie in de nationale rullingpraktijken aan dat de normstelling dient te zijn dat iedere belastingplichtige zijn *fair share* bijdraagt aan de overheidsfinanciën.¹² De timing van de verschillende staatssteunprocedures kan aldus verklaard worden uit het onder druk staan van overheidsfinanciën als gevolg van de krediet- en eurocrisis.¹³ De betrokken belastingplichtigen zijn door het verschuiven van intellectuele eigendomsrechten (hierna: 'IP') echter in staat hun belastingheffing te minimaliseren, wat een inbreuk is op de normstelling. Wanneer lidstaten rulings afgegeven waarmee een lichaam wordt bevoordeeld, kunnen deze maatregelen binnen de reikwijdte van het staatssteuninstrument vallen.

1.2. Hoofd- en deelvragen

In deze scriptie wordt onderzocht wat de invloed van de Commissie en het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁴ is op de toepassing van het arm's length-beginsel in de nationale heffingssfeer. Hiervoor is specifiek van belang of lidstaten zich dienen te conformeren aan een Europese benadering van het arm's length-beginsel of dat het staatssteunverbod slechts ziet op de consequente toepassing van het arm's length-beginsel indien dit onderdeel is van de nationale winstbepalingsregels. In het licht van de opmerkingen van Kroes wordt tevens beschouwd of de Commissie het staatssteuninstrument op een wenselijke en legitieme wijze hanteert. Om deze elementen te onderzoeken is de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

¹¹ Kroes, *The Guardian* 1 september 2016.

¹² Speech/14/119.

¹³ Besluit (EU) (2017/C 399/25), p. 203.

¹⁴ Aldus zowel het Hof van Justitie (hierna: 'HvJ' of 'Hof') als het Gerecht van de Europese Unie (hierna: 'Gerecht').

Behelst het verbod op staatssteun een zelfstandig arm's length-beginsel; en zo ja, in hoeverre verschilt dit van het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels?

Voor de beantwoording van de hoofdvraag zijn de volgende deelvragen opgesteld; deze zullen nader van uitleg worden voorzien in paragraaf 1.3, waar de opzet van het onderzoek geschetst wordt.

- *Waaruit vloeit het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels voort en hoe wordt dit toegepast?*
- *Welke criteria bevat het toetsingskader van het staatssteunverbod en op welke wijze is de bewijslast verdeeld?*
- *Welke invulling aan het arm's length-beginsel vloeit voort uit de staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie en de samenhangende jurisprudentie van het HvJ?*

1.3. Methodologie

Staatsteun dient, zoals reeds in paragraaf 1.1. benoemd is, beoordeeld te worden aan de hand van de cumulatieve criteria in artikel 107 VWEU. Voor fiscale steunmaatregelen zijn voornamelijk het voordeel- en het selectiviteitscriterium relevant om te toetsen.¹⁵ Hiervoor gelden de volgende toetsen:

- **Selectiviteitscriterium:** Of sprake is van een selectieve fiscale steunmaatregel dient, zoals door het Hof van Justitie in het arrest *World Duty Free* nogmaals bevestigd is, getoetst te worden aan de hand van de volgende drie vragen:
 - Wat is de referentieregeling?
 - Wijkt de maatregel af van de referentieregeling?
 - Bestaat er een rechtvaardiging door de aard of de opzet van de referentieregeling?¹⁶
- **Voordeelscriterium:** het Hof heeft aangegeven een voordeel te definiëren als een voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden, dus zonder steun van de overheid, niet had kunnen verkrijgen.¹⁷

In het kort kan worden gesteld dat de belangrijkste pijler voor deze criteria het aantonen van een afwijkende behandeling ten opzichte van het 'normale' regime is. Een afwijking van de

¹⁵ Vleggeert 2019, p. 3.

¹⁶ HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 en C-21/15, r.o. 57 en 58 (*World Duty Free*).

¹⁷ Mededeling van de Europese Commissie van 19 juli 2016, *PbEU* 2016, C 262/01, punt 66 (hierna: 2016-mededeling). De Commissie baseert zich hier op de volgende arresten: HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, r.o. 60 (*SFEI/La Poste*); HvJ EG 29 april 1999, C-342/96, r.o. 41 (*Spanje/Commissie*).

referentieregeling kan in het concrete geval leiden tot een voordeel voor de begunstigde onderneming. Voor het bepalen van de referentieregeling wordt in hoofdstuk 2 de basis gelegd door middel van een beschouwing van de verschillende verrekenprijstechnieken, zoals deze voortvloeien uit de OESO-richtlijnen. Daarnaast zal verder aandacht worden besteed aan het wettelijke kader waarop de toepassing van het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepaling gebaseerd is. Voor de Nederlandse rulingzaken gelden de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels logischerwijs als de referentieregeling, waarmee deze component van het toetsingskader voor het selectiviteitscriterium is behandeld. Ter afsluiting van dit hoofdstuk worden correcties op een onzakelijke prijszetting besproken vanuit een Nederlands perspectief.

De gemene deler van de rulingzaken is dat deze, volgens de Commissie, een (mogelijke) inbreuk zijn op het staatssteunverbod. In hoofdstuk 3 zullen de cumulatieve criteria van het staatssteunverbod, in het bijzonder voor het voordeel- en het selectiviteitscriterium, van verdere uitwerking worden voorzien. Naast de behandeling van de criteria wordt ook beschouwd op welke wijze de bewijslast verdeeld wordt tussen de Commissie en de lidstaten.

In hoofdstuk 4 worden de volgende staatssteunbeschikkingen onderzocht: Apple¹⁸, Starbucks¹⁹ en Fiat²⁰. Allereerst wordt getoetst of de betwiste rulings een inbreuk vormen op het staatssteunverbod van artikel 107 lid 1 VWEU en specifiek op het voordeel- en het selectiviteitscriterium. Hiervoor wordt beschouwd op welke manier de rulings tot een afwijkende behandeling ten opzichte van de referentieregeling leiden en welke rechtvaardigingsgronden door de desbetreffende lidstaten zijn aangevoerd. Hiervoor worden de staatssteunbeschikkingen, de jurisprudentie voor zover die gewezen is door het Gerecht en inzichten vanuit de literatuur met elkaar vergeleken. Dit onderzoek heeft als doel om te beschouwen of er een zelfstandig arm's length-beginsel voortvloeit uit het staatssteunverbod; en zo ja, in hoeverre dit afwijkt van de Nederlandse toepassing van het arm's length-beginsel. Ter afsluiting van dit hoofdstuk wordt beschouwd in hoeverre de invulling van de Commissie aan het staatssteuninstrument wenselijk is.

Aan de hand van de beantwoording van de deelvragen zal in het laatste hoofdstuk een conclusie worden getrokken. Tevens zullen een analyse van de beperkingen en aanbevelingen voor vervolgonderzoek de revue passeren.

¹⁸ SA. 38373 (2014/C ex 2016/CR).

¹⁹ SA. 38374 (2014/C ex 2014/NN).

²⁰ SA. 38375 (2014/C ex 2014/NN).

1.4. Afbakening

In deze scriptie wordt geabstraheerd van de gedragscode inzake schadelijke belastingconcurrentie.²¹ Steunmaatregelen kunnen ook op grond van deze gedragscode ongeoorloofd zijn, maar behandeling hiervan draagt niet bij aan de beantwoording van de hoofdvraag. Daarnaast wordt de invloed van de verkeersvrijheden op het arm's length-beginsel buiten beschouwing gelaten. Smit merkt op dat de vrijheid van vestiging implicaties heeft voor de toepassing van winstcorrecties in het kader van het arm's length-beginsel.²² De correcties die Nederland toepast in het kader van discrepantie tussen de juridische en fiscale kwalificatie van vermogensbestanddelen leiden echter, voor zover het de huidige stand van zaken in de jurisprudentie betreft, niet tot een discriminerende behandeling van grensoverschrijdende situaties in vergelijking tot puur binnenlandse aangelegenheden.²³

²¹ Resolutie (EG) van 1 december 1997, *PbEG* 98/C 2/01.

²² Smit 2016, p. 1049.

²³ Voor meer informatie over de invloed van de verkeersvrijheden op het arm's length-beginsel zie Smit 2016, paragraaf 2.

2. Het arm's length-beginsel

2.1. Inleiding en deelvraag

In dit hoofdstuk wordt de volgende deelvraag beantwoord:

- *Waaruit vloeit het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels voort en hoe wordt dit toegepast?*

Na een korte introductie van het concept transfer pricing worden de krachtens de OESO-richtlijnen gangbare methoden om verrekenprijzen te bepalen uiteengezet. De OESO-richtlijnen worden ook toegepast binnen de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels, ondanks dat deze niet bekrachtigd zijn door de formele wetgever. Er zal dan ook beschouwd worden op welke wijze binnen de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels het arm's length-beginsel is geïmplementeerd en hoe toepassing wordt gegeven aan de OESO-richtlijnen. Tevens zal vergeleken worden wat de visies van Nederland en van de OESO zijn met betrekking tot: i) het selecteren van een verrekenprijsmethode en ii) winstcorrecties wanneer geen arm's length prijs is gehanteerd tussen gelieerde lichamen.

2.2. Transfer Pricing

Door de globalisering zijn multinationale ondernemingen met wereldwijde activiteiten ontstaan. Deze activiteiten worden niet uitgevoerd vanuit slechts één BV, LLP of een vergelijkbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid. Veelal is sprake van een grensoverschrijdend web van lichamen met een gemeenschappelijke aandeelhouder. Deze verschillende rechtspersonen drijven niet enkel handel met externe partijen, ook binnen concernverband kunnen transacties tot stand komen. Deze transacties tussen gelieerde partijen worden aangeduid als gecontroleerde transacties.²⁴ Vanuit een bedrijfseconomische invalshoek is spreiding van bedrijfsactiviteiten over meerdere lichamen ook gunstig voor de beperking van het risico. Door deze splitsing consumeren verlieslatende bedrijfsonderdelen niet de winst van sterk presterende takken. Een faillerende dochter kan daarom in beginsel niet de overige tot het concern behorende lichamen meenemen in haar faillissement. Doordat het groepsresultaat leidend is voor aandeelhouders kan bij de totstandkoming van een gecontroleerde transactie worden afgeweken van een zakelijke prijszetting. Het lichaam dat een vergoeding beneden de marktwaarde ontvangt of een vergoeding boven de marktwaarde betaalt, kan immers alsnog het belang van de groep en daarmee de achterliggende aandeelhouders behartigen. Door de verschillen in belastinggrondslag en tarieven tussen de verschillende nationale fiscale stelsels

²⁴ OESO-richtlijnen, glossary, p. 25.

ontstaat de prikkel om winsten neer te laten slaan in laagbelastende jurisdicties, terwijl de kosten bij voorkeur in aftrek worden gebracht in hoogbelastende jurisdicties. Deze fiscale prikkels kunnen leiden tot een discrepantie in de prijzen die gelieerde partijen enerzijds en onafhankelijke partijen anderzijds in rekening brengen voor vrijwel identieke producten of diensten. Ten einde dit onwenselijke verschijnsel tegen te gaan is de internationale consensus dat gelieerde lichamen onderling zakelijke verrekenprijzen in rekening dienen te brengen. Zoals in de inleiding is vermeld zijn de richtsnoeren voor een zakelijke prijszetting verankerd in de OESO-richtlijnen. Prijszetting gebaseerd op de OESO-richtlijnen wordt geacht het arm's length-beginsel te eerbiedigen. Echter blijkt dat multinationale ondernemingen nog steeds belasting weten te ontwijken door middel van het versmallen van hun belastinggrondslag door het verplaatsen van IP-rechten of vergelijkbare transacties die enkel mogelijk zijn voor multinationale ondernemingen, waardoor hun effectieve belastingtarief beduidend lager is dan voor een 'normale' belastingplichtige die onafhankelijk opereert, zoals de bakker om de hoek. Om deze volgens de OESO onwenselijke grondslaguitholling door groepslichamen tegen te gaan heeft zij in 2013 van belastingontwijking door middel van verrekenprijzen een speerpunt gemaakt in haar actieplan dat moet leiden tot evenwichtige belastingheffing.²⁵ In de volgende paragrafen (tot 2.3.) worden de aandachtspunten voor het bepalen van verrekenprijzen zoals deze volgen uit de OESO-richtlijnen behandeld.

2.2.1. Vergelijkbaarheidsanalyse

De basis voor de toepassing van de OESO-richtlijnen volgt uit artikel 9 van het OESO-modelverdrag.²⁶ Hier wordt het uitgangspunt van transfer pricing beschreven, dit is eenvoudig gezegd dat in ieder geval voor de fiscale winstbepaling een zakelijke prijszetting moet worden gehanteerd voor gecontroleerde transacties.²⁷ Voor de heffing van de vennootschapsbelasting wordt aangesloten bij de zogenoemde *separate entity approach*. Dit houdt in dat voor de heffing wordt aangesloten bij de juridische en niet bij de economische entiteit. Een gevolg hiervan is dat ieder lichaam zelfstandig belastingplichtig is en niet het concern als dusdanig.²⁸ De reden dat wordt aangesloten bij deze benadering kan verdedigd worden door de volgende twee argumenten: i) wanneer grensoverschrijdende lichamen als één

²⁵ OESO 2013, p. 20-21 hierna: (BEPS-Actieplan); actiepunten 8, 9 en 10 behandelen de verrekenprijzproblematiek.

²⁶ OECD (2017), Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing; OESO-richtlijnen, punt 1.6, p. 35.

²⁷ Notitie verrekenprijzen, p. 1, geraadpleegd via:

https://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/not_transfer_pricing_vpb3331z1fd.pdf (online, laatst bijgewerkt op 14 februari 2020).

²⁸ OESO-richtlijnen, punten 5 en 6, p. 15-16. Overigens vloeit ook uit de verschillende nationale fiscale stelsels voort dat lichamen, tenzij de mogelijkheid voor een groepsregeling openstaat, zelfstandig belastingplichtig zijn. In Nederland geldt dit op grond van artikel 1 Wet VpB.

belastingplichtige worden aangemerkt is zowel de verdeling van de heffingsbevoegdheid als de samenloop van belastingstelsels gecompliceerd; ii) lichamen ontleen hun bestaansrecht aan het winstoogmerk en dienen in zekere mate zelfvoorzienend te zijn. Om dit zelfvoorzienende karakter te waarborgen dienen zakelijke motieven aan een transactie ten grondslag te liggen. De prijszetting van gecontroleerde transacties dient volgens de OESO-richtlijnen gebaseerd te zijn op vergelijkbare ongecontroleerde transacties die onder vergelijkbare marktomstandigheden tot stand zijn gekomen. Het proces waarin gecontroleerde transacties vergeleken worden met ongecontroleerde transacties heet de vergelijkbaarheidsanalyse. Een gecontroleerde transactie is vergelijkbaar met een ongecontroleerde transactie wanneer de verschillende factoren die invloed uitoefenen op de prijszetting geen materiële invloed op de prijs hebben of voor deze factoren een geschikte correctie op de prijs kan worden toegepast.²⁹ De vergelijkbaarheidsanalyse bestaat uit twee componenten. Het eerste deel ziet op het identificeren van de commerciële of financiële relaties tussen de gelieerde partijen en de voorwaarden en relevante economische omstandigheden die een resultaat zijn van dit verband, zodat de gecontroleerde transactie nauwkeurig kan worden afgebakend.³⁰ In de OESO-richtlijnen worden de volgende vergelijkbaarheidsfactoren onderscheiden, die (in potentie) invloed op de prijszetting hebben:

- De contractuele voorwaarden van de transactie;
- De uitgeoefende functies, rekening houdend met gebruikte activa en gelopen risico's alsmede de relatie van deze functies, activa en risico's met de waardecreatie binnen de multinationale onderneming;
- Kenmerken van overgedragen goederen of verleende diensten;
- Economische omstandigheden van de partijen en de markten waarin zijn opereren;
- Bedrijfsstrategie nagestreefd door de betrokken partijen.³¹

Het tweede doel van de vergelijkbaarheidsanalyse is het vergelijken van de voorwaarden en economisch relevante omstandigheden van de voor aandeelhoudersmotieven gecontroleerde transactie met de voorwaarden en economisch relevante omstandigheden van vergelijkbare transacties tussen onafhankelijke ondernemingen.³²

²⁹ OESO-richtlijnen, glossary, p. 24.

³⁰ OESO-richtlijnen, punt 1.33, p. 43-44.

³¹ OESO-richtlijnen, punt 1.36, p. 44-45. De vertaling is overgenomen van Nextens, geraadpleegd via: <https://www.nextens.nl/bedrijfsstructurering/2-stappen-bepalen-arms-length-prijs> (online, laatst bijgewerkt op 14 februari 2020).

³² OESO-richtlijnen, punt 1.33, p. 43-44.

2.2.2. Transfer pricing methoden

Er zijn vijf methoden die volgens de OESO geschikt zijn om een arm's length-prijs te bepalen.³³ Deze zijn onder te verdelen in de *traditional transaction* methoden (paragraaf 2.2.2.1.) en de *transactional profit* methoden (paragraaf 2.2.2.2.). Traditional transaction methoden bepalen aan de hand van vergelijkbare ongecontroleerde transacties de prijs en de voorwaarden voor een gecontroleerde transactie. Transactional profit methoden vergelijken de netto-inkomsten uit gecontroleerde transacties met de netto-inkomsten van lichamen die betrokken zijn bij vergelijkbare ongecontroleerde transacties. Traditional transaction methoden baseren zich aldus direct op transacties en transactional profit methoden baseren zich op de winstniveaus die uit deze transacties voortvloeien.

Overigens blijkt uit de OESO-richtlijnen dat deze opsomming van verrekenprijsmethoden niet limitatief is. Iedere methode kan geschikt zijn, zolang maar een arm's length-prijs wordt gehanteerd voor de gecontroleerde transactie. Dat betekent echter niet dat gebruik van eigen methoden in alle situaties wenselijk is. Wanneer een voorgeschreven methode volgens een even betrouwbare uitkomst op kan leveren, geniet deze methode een voorkeur.³⁴

2.2.2.1. Traditional transaction methoden

In de OESO-richtlijnen worden de volgende drie traditionele methoden beschreven, te weten: i) de *comparable uncontrolled price*-methode (hierna: 'CUP'); ii) de *resale minus*-methode;³⁵ iii) en de *cost plus*-methode. Deze methoden, die ook wel als direct worden aangemerkt, worden één voor één bondig behandeld.

i) De CUP

De CUP-methode baseert de prijzen die gehanteerd moeten worden in gecontroleerde transacties op de prijzen die gebruikt worden in vergelijkbare ongecontroleerde transacties.³⁶ De Graaf, Kavelaars en Stevens onderscheiden de volgende elementen die een belangrijke rol spelen voor het vergelijken van verschillende transacties:

- De economische vergelijkbaarheid: de effecten die sociaaleconomische en geografische factoren hebben op de prijs.

³³ OESO-richtlijnen, punt 2.1, p. 97.

³⁴ OESO-richtlijnen, punt 2.9, p. 99.

³⁵ Tevens *resale price*-methode genoemd.

³⁶ OESO-richtlijnen, punt 2.14, p. 101.

- De vergelijkbaarheid van marktniveaus: hiervoor wordt aangesloten bij de positie die een transactie inneemt binnen de bedrijfskolom. Business-to-business transacties verschillen wezenlijk van business-to-consumer transacties.
- De vergelijkbaarheid van het goed of de dienst: hierbij kan gedacht worden aan het verschil in kwaliteit, merk en/of naam.³⁷

Tevens dient het tijdstip waarop de gecontroleerde transactie tot stand komt in acht te worden genomen.³⁸ Seizoensgebonden producten als fruit en groente kunnen binnen een jaar al grote fluctuaties in het prijspeil kennen, laat staan wanneer prijzen uit meerdere jaren worden vergeleken. De prijzen uit eerdere jaren kunnen daardoor niet zonder meer geëxtrapoleerd worden voor iedere willekeurige analyse. Een zekere terughoudendheid is dus geboden wat betreft het opstellen van een controlegroep met waarnemingen uit andere jaren.

ii) De resale minus-methode

Zoals eerder benoemd is het vanuit een oogpunt van risicominimalisering in veel gecontroleerde transactieketens raadzaam de bedrijfsactiviteiten over meerdere lichamen te spreiden. Door deze splitsing van de ondernemingsactiviteiten verkoopt het producerende lichaam veelal niet direct zijn *output* aan de doelgroep van het productieproces. In plaats daarvan vindt een overdracht plaats aan een gelieerde partij die als voornaamste functie het organiseren van verkoopactiviteiten heeft.³⁹ De gecontroleerde transactie zal op grond van de OESO-richtlijnen naar objectieve maatstaven zakelijk geprijsd moeten zijn. De prijszetting voor deze transactie kan echter gecompliceerd zijn, doordat de verkopende partij ook waarde toevoegt tijdens het verkoopproces en dit element niet eenvoudig te waarderen is. De uiteindelijk verkoopprijs dient immers gecorrigeerd te worden voor de waarde die het producerende lichaam toevoegt in dit proces. Het uitgangspunt voor de resale minus-methode is de prijs waarvoor de wederverkoper het product overdraagt aan een onafhankelijke partij. Deze prijs zal door de marktwerking in beginsel zakelijk zijn. Op deze prijs worden een zakelijke winstmarge en de operationele kosten van de wederverkoper in mindering gebracht.⁴⁰ De winstopslag die in rekening wordt gebracht is afhankelijk van de waarde die de functies van de wederverkoper en de daarbij gebruikte activa vertegenwoordigen in het verkoopproces. Wat resteert na deze correctie is de resale minus-prijs; dit is een arm's length-prijs voor de gecontroleerde transactie.⁴¹ De resale minus-prijs bestaat als gevolg van deze correctie uit de volgende twee elementen: i) de kostprijs van het

³⁷ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019, p. 190.

³⁸ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019, p. 190.

³⁹ Vanaf nu wordt de term 'wederverkoper' gehanteerd voor het lichaam dat voornamelijk verkoopactiviteiten uitoefent.

⁴⁰ OESO-richtlijnen, punt 2.27, p. 105-106.

⁴¹ De Graaf, Kavelaars en Stevens 2019, p. 190.

producerende lichaam en ii) een zakelijke winstopslag voor de waarde die is toegevoegd in het productieproces.

iii) De cost plus-methode

De cost plus-methode hanteert een met de resale minus-methode vergelijkbaar systeem. Ook voor deze methode vindt een correctie plaats door middel van een zakelijke winstopslag over een kostenbasis.⁴² Echter is voor deze methode de kostprijs van de gecontroleerde transactie het uitgangspunt in plaats van de verkoopprijs. Wanneer de kostprijs bekend is, zal aan de hand van de functies die een verkopende partij uitoefent een winstopslag als zakelijke vergoeding moeten worden doorbelast aan de gelieerde partij die het product in bezit krijgt.

2.2.2.2. Transactional profit methoden

Wanneer het vinden van vergelijkbare ongecontroleerde transacties als problematisch wordt beschouwd, betekent dit niet dat deze toch toegepast dienen te worden. Indien dit het geval is kan een belastingplichtige opteren voor het gebruik van een zogenoemde transactional profit methode. Deze worden, zoals de naam al aanduidt, gebaseerd op de winsten die ontstaan uit gecontroleerde transacties.⁴³ De OESO onderscheidt de volgende twee methoden: i) de transactional profit split methode en ii) de transactional net margin methode (hierna: 'TNMM').

i) De transactional profit split methode

De Transactional Profit Split methode levert een representatieve benadering van een arm's length-prijs wanneer de activiteiten van lichamen in belangrijke mate verweven zijn of wanneer beide partijen unieke en waardevolle bijdragen hebben in het productieproces.⁴⁴ De gerealiseerde winst bij een gecontroleerde transactie wordt vervolgens gecorrigeerd voor voorwaarden die onder marktwerking niet overeen waren gekomen.⁴⁵ Hiervoor worden twee stappen doorlopen. Allereerst wordt geïdentificeerd welk gedeelte van de winst precies gesplitst moet worden. Vervolgens worden de winsten over de gelieerde lichamen verdeeld naar rato van een uitkomst die door marktwerking was ontstaan.⁴⁶

ii) Transactional Net Margin Methode

⁴² OESO-richtlijnen, punt 2.45, p. 111.

⁴³ OESO-richtlijnen, punt 2.63, p. 117.

⁴⁴ OESO-richtlijnen, punt 2.4, p. 98.

⁴⁵ OESO-richtlijnen, punt 2.114, p. 133.

⁴⁶ OESO-richtlijnen, punt 2.114, p. 133.

De TNMM baseert een arm's length-prijs op de nettowinst die ontstaat als gevolg van een gecontroleerde transactie aan de hand van een controlevariabele als basis.⁴⁷ Hiervoor wordt aangeknoopt bij de winst die onafhankelijke partijen bij ongecontroleerde transacties behalen. Uit dit proces volgt dat een controlevariabele in een bepaalde verhouding staat tot de omvang van de winsten.⁴⁸ Op een min of meer vergelijkbare manier als de cost plus- en de resale minus-methode wordt zodoende een zakelijke winstopslag berekend. De OESO-richtlijnen geven als voorbeeld onder andere de kosten, verkopen en de bedrijfsmiddelen voor deze controlevariabele. In de OESO-richtlijnen wordt een kanttekening geplaatst wat betreft de toepasbaarheid van de TNMM. De TNMM blijkt een neiging te hebben in een onbetrouwbare uitkomst te resulteren wanneer de gelieerde partijen beiden waardevolle en unieke toevoegingen hebben aan de gecontroleerde transactie.⁴⁹

2.3. Het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels

Nederland heeft in 2002 het arm's length-beginsel expliciet opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: 'Wet VpB').⁵⁰ Echter wordt via het totaalwinstbeginsel reeds voor deze codificatie in artikel 8b Wet VpB al toepassing gegeven aan het arm's length-beginsel.⁵¹ In deze paragraaf zal eerst de toepassing van verrekenprijzen aan de hand van het totaalwinstbeginsel worden behandeld, waarna vervolgens het doel en de strekking van artikel 8b Wet VpB aan bod komen.

2.3.1. Het totaalwinstbeginsel

Het totaalwinstbeginsel is in zijn huidige vorm opgenomen in artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: 'Wet IB') en werkt via art. 8 Wet VpB 1969 door. De essentie van het totaalwinstbeginsel is eenvoudig: alle winsten die ontstaan tijdens de economische levensduur van een onderneming dienen te worden onderworpen aan belastingheffing.⁵² Binnen de Wet IB heeft het totaalwinstbeginsel de functie de sterke verwevenheid van de privé- en de ondernemings sfeer fiscaal af te bakenen zodat aan het eind van het tijdvak waarin als ondernemer winst is genoten de omvang van de eindafrekening kan worden bepaald. Kosten die in het kader van de ondernemingsactiviteiten gemaakt worden, kunnen in aftrek worden genomen van de

⁴⁷ OESO-richtlijnen, punt 2.64, p. 117.

⁴⁸ OESO-richtlijnen, punt 2.64, p. 117.

⁴⁹ OESO-richtlijnen, punt 2.65, p. 118.

⁵⁰ Artikel IV van de wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001, 641, p. 20.

⁵¹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, artikel 8b Wet VpB, aant. 1.20 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2020).

⁵² *Vakstudie Inkomstenbelasting*, artikel 3.8 Wet IB, aant. 1.1 en 1.4 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2020).

ondernemingswinst. Kosten die gemaakt zijn in de privésfeer van de ondernemer kunnen logischerwijs niet in aftrek worden genomen en worden dan ook aangemerkt als een onttrekking aan de onderneming indien deze kosten met financiële middelen uit de onderneming zijn voldaan. Via de schakelbepaling in artikel 8 Wet VpB vindt het totaalwinstbeginsel ook toepassing binnen de vennootschappelijke winstbepalingsregels. Hierdoor dienen correcties plaats te vinden in de fiscale winst wanneer gehandeld wordt in de kapitaalsfeer. Deze winstcorrecties worden uitgewerkt in paragraaf 2.5.

2.3.2. Het arm's length-beginsel in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Het arm's length-beginsel is sinds 1 januari 2002 gecodificeerd in de Wet VpB via artikel 8b en sindsdien op één letter na niet meer gewijzigd.⁵³ Deze wijziging had slechts een taalkundig belang en voor de ontwikkeling in de toepassing van het arm's length-beginsel lijkt dit artikel op het eerste gezicht dan ook weinig inhoudelijk relevantie te hebben. In deze paragraaf worden het doel en de strekking van dit artikel beschouwd.

Zoals in de vorige paragraaf benoemd is, werden reeds voor deze codificatie zakelijke verrekenprijzen verplicht op grond van het totaalwinstbeginsel; aldus lijkt deze bepaling op het eerste gezicht veel weg te hebben van een dode letter. Het opnemen van het arm's length-beginsel in een formele wet was in de ogen van de staatssecretaris voornamelijk van belang voor de beeldvorming van de positie van Nederland als partij in internationale samenwerkingsverbanden. Internationale kritiek luidde namelijk dat het arm's length-beginsel onvoldoende gewaarborgd was in het Nederlandse belastingstelsel, door het ontbreken van een expliciete wettelijke basis.⁵⁴ Bij de invoering van artikel 8b Wet VpB, om verdere twijfel over de toepasselijkheid van het arm's length-beginsel weg te nemen, is bewust aangesloten bij artikel 9 van het OESO-modelverdrag.⁵⁵ Dit artikel is echter niet letterlijk overgenomen. Een opvallende wijziging die ten opzichte van artikel 9 van het OESO-modelverdrag is doorgevoerd, is het hanteren van de term 'lichamen' in plaats van 'ondernemingen'.⁵⁶ Hiervoor onderscheid ik twee redenen:

- i) Artikel 1 Wet VpB is de basis voor de heffing van de vennootschapsbelasting. Uit deze bepaling volgt dat 'lichamen' belastingplichtig zijn. Door aan te knopen bij de term

⁵³ Artikel IV van de wet van 14 december 2001, *Stb.* 2001, 641, p. 6. Laatstelijk gewijzigd bij wet van 3 december 2014, *Stb.* 2014, 481.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27505, 1, p. 18.

⁵⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 28034, 3, p. 19 (MvT).

⁵⁶ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, artikel 8b Wet VpB, aant. 1.20 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2020).

‘lichaam’ in plaats van bij onderneming, is deze bepaling van toepassing op alle lichamen die vennootschapsbelastingplichtig zijn. Het ondernemingsbegrip⁵⁷ zoals dat in Nederland voor de inkomstenbelasting geldt, sluit bijvoorbeeld niet aan bij lichamen die geen wezenlijke bedrijfseconomische activiteit hebben, maar wel vermogen ter beschikking kunnen stellen aan het concern.

- ii) Door het arm’s length-beginsel over te nemen in artikel 8b Wet VpB in plaats van in de Wet IB en een toevoeging van dit artikel aan de schakelbepaling ex artikel 8 Wet VpB, blijft het totaalwinstbeginsel de basis voor de toepassing van verrekenprijzen tussen een natuurlijk persoon en een gelieerd lichaam.⁵⁸

Naast de aansluiting bij artikel 9 van het OESO-modelverdrag is ook een aanvullende bepaling opgenomen in artikel 8b Wet VpB. In het derde lid is de documentatieverplichting voor verrekenprijzen verankerd.⁵⁹ In beginsel dient de inspecteur aan te tonen dat een overeengekomen verrekenprijs niet at arm’s length is. Wanneer een belastingplichtige echter niet voldoet aan zijn documentatieverplichtingen heeft dit wel gevolgen voor de bewijslastverdeling.⁶⁰ Deze gevolgen betreffen geen omkering van de bewijslast, maar leiden er wel toe dat de belastingplichtige de zakelijkheid van de verrekenprijzen aannemelijk zal moeten maken.⁶¹ Wanneer een belastingplichtige voldoet aan zijn documentatieverplichting, geen onredelijke standpunten inneemt en deze standpunten met gedegen argumentatie onderbouwt, lijkt de bewijslast bij de huidige stand van zaken in de jurisprudentie dan ook op de inspecteur te rusten.⁶²

Verder is nog van belang dat bij de codificatie geen exacte omvang is bepaald voor het gelieerdheidscriterium. Een mogelijke verklaring hiervoor schuilt in het ontwijken van fiscale grensverkenning, doordat de grens in zekere mate subjectief kan worden bepaald door de inspecteur.⁶³ Overigens bevat artikel 9 van het OESO-modelverdrag ook geen richtlijn voor de omvang van het eigendom of de inspraak wat betreft het gelieerdheidscriterium. Verdere uitwerking van het

⁵⁷ Een duurzame organisatie van arbeid en kapitaal die door middel van een winstoogmerk deelneemt aan het economisch verkeer.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28034, 3, p. 19 (MvT).

⁵⁹ De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019, p. 188. Deze documentatieverplichting wordt nader van invulling voorzien in het Besluit van 22 april 2018, *Stcrt.* 2018, 26784 (hierna: Verrekenprijsbesluit).

⁶⁰ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, artikel 8b Wet VpB, aant. 3.2. (online, laatst bijgewerkt op 1 maart 2020).

⁶¹ *Vakstudie Vennootschapsbelasting*, artikel 8b Wet VpB, aant. 3.9 (online, laatst bijgewerkt op 19 februari 2020).

⁶² De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019, p. 188 en HR 28 juni 2002, 36446, BNB 2002/343.

⁶³ *Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht*, artikel 3.8 Wet IB, aant. 1.1 en 1.4 (online, laatst bijgewerkt op 15 februari 2020).

gelieerdheids criterium blijft achterwege, doordat de betwiste APA's betrekking hebben op groepen waarbinnen het aandelenkapitaal op dusdanige wijze is verdeeld dat het niet ter discussie staat dat partijen gelieerd aan elkaar zijn in de zin van artikel 9 van het OESO-modelverdrag.

2.3.3. De relatie tussen het Verrekenprijsbesluit en de OESO-richtlijnen

De benadrukking van de werking van het arm's length-beginsel in artikel 8b Wet VpB was onderdeel van een bredere hervorming van de Nederlandse verrekenprijzenpraktijk. Om dit te effectueren zijn administratieve richtlijnen omtrent de toepassing van verrekenprijzen ingevoerd.⁶⁴ Deze plannen zijn vervat in het reeds aangehaalde Verrekenprijsbesluit, dat sindsdien meerdere malen is gewijzigd. In het Verrekenprijsbesluit geeft de staatssecretaris zijn visie op de OESO-richtlijnen en waar deze een leemte bevatten of ruimte voor eigen invulling geven, worden deze situaties van uitwerking voorzien. De OESO-richtlijnen zijn echter nooit bekrachtigd door de formele wetgever. Ter zake van de werking van de OESO-richtlijnen kan in beginsel dan ook geconcludeerd worden dat deze geen directe werking hebben in het Nederlandse fiscale stelsel. In het Verrekenprijsbesluit verduidelijkt de staatssecretaris zijn standpunt wat betreft de positie die de OESO-richtlijnen wat hem betreft innemen:

*“Omdat de OESO-richtlijnen een internationaal geaccepteerde invulling geven aan het arm's length-beginsel zie ik de OESO-richtlijnen als een passende uitleg en verduidelijking van het in artikel 8b Wet VPB 1969 omschreven beginsel.”*⁶⁵

De staatssecretaris is van mening dat de OESO-richtlijnen vergeleken moeten worden met de mening van gezaghebbende auteurs of conclusies van een advocaat-generaal en aldus kwalificeert als zogenoemde *soft law*.⁶⁶ Doordat de Belastingdienst de OESO-richtlijnen rechtstreeks toepast voor het bepalen van zakelijke verrekenprijzen, vinden de OESO-richtlijnen in de praktijk toch directe werking. Zoals eerder benoemd schenkt de OESO speciale aandacht aan verrekenprijzen in het BEPS-actieplan. Waar de verschillende belastingstelsels niet op elkaar aansluiten, ontstaan mogelijkheden tot belastingontwijking. De OESO poogt dan ook door middel van wijzigingen aan de OESO-richtlijnen verrekenprijzen beter aan te laten sluiten bij de economische realiteit waarmee zelfstandige lichamen zich geconfronteerd zien. Deze wijzigingen worden door de staatssecretaris op onderstaande wijze in ogenschouw genomen:

⁶⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27505, 1, p. 18.

⁶⁵ Verrekenprijsbesluit, p. 1.

⁶⁶ Kamerstukken II 2000/01, 28034, 5, p. 47-48.

“Dit project (red: BEPS-Actieplan) heeft geleid tot wijzigingen in de OESO-richtlijnen. Voor zover deze wijzigingen een nadere verduidelijking betreffen van de toepassing van het arm’s length-beginsel ben ik van mening dat deze wijzigingen ook van toepassing zijn op jaren waarin deze wijzigingen nog niet waren gepubliceerd.”⁶⁷

Uit het Verrekenprijsbesluit blijkt dat een wijziging in de OESO-richtlijnen wat betreft de staatssecretaris terugwerkende kracht heeft, voor zover het een verduidelijking van de toepassing van het arm’s length-beginsel betreft. Dit standpunt wordt gedeeld door de Zweedse belastingautoriteiten.⁶⁸ Wat Hagelin betreft resulteren toevoegingen aan en wijzigingen in de OESO-richtlijnen naar aanleiding van het BEPS-actieplan niet in een ander arm’s length-beginsel, enkel de toepassing wordt immers verhelderd.⁶⁹ Onduidelijk is voor Hagelin of de terugwerkende kracht van de OESO-richtlijnen binnen de Zweedse winstbepalingsregels in strijd is met het Zweedse verbod van terugwerkende kracht van belastingwetgeving.⁷⁰ Nederland kent op grond van het legaliteitsbeginsel eveneens een verbod op terugwerkende kracht van belastingwetten.⁷¹ Vanuit dit beginsel dienen, mijns inziens, ex post correcties op verrekenprijzen achterwege te blijven wanneer deze gebaseerd zijn op een wijziging van de OESO-richtlijnen. Vanzelfsprekend is dat een wijziging in het standpunt van een inspecteur achteraf tot grote rechtsonzekerheid voor de belastingheffing kan leiden.

2.4. Het selecteren van een verrekenprijsmethode

In deze paragraaf wordt onderzocht voor welk type transacties en situaties een verrekenprijsmethode zich juist wel of niet leent. Daarnaast wordt besproken in welke mate er een zekere hiërarchie bestaat tussen de verrekenprijsmethoden.

Het uitgangspunt van de OESO-richtlijnen is dat iedere methode is in principe toepasbaar is, zo lang deze methode maar resulteert in een arm’s length-prijs. Volgens de OESO-richtlijnen genieten de traditional transaction methoden wel een voorkeur boven de transactional profit methoden. De transactional profit methoden worden namelijk als ‘second best’ aangemerkt.⁷² Daarnaast geldt binnen de traditional transaction methoden nog een zekere hiërarchie. Wanneer de CUP op een even betrouwbare manier kan worden toegepast als de cost plus-methode of de resale minus-methode

⁶⁷ Verrekenprijsbesluit, p. 1.

⁶⁸ Hagelin 2018, p. 6.

⁶⁹ Hagelin 2018, p. 6.

⁷⁰ Grondwet van het Koninkrijk Zweden, hoofdstuk 2, artikel 10 lid 2.

⁷¹ Artikel 104 van de Grondwet.

⁷² De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019, p. 191.

heeft de CUP een absolute voorkeur. Dit vloeit voort uit de directheid van de methode.⁷³ Ieder verschil in het prijsniveau tussen de gecontroleerde transactie en vergelijkbare ongecontroleerde transacties kan immers worden teruggevoerd naar de commerciële en financiële relaties tussen de gelieerde lichamen. De arm's length-voorwaarden kunnen daardoor verkregen worden via een substitutie van de gecontroleerde prijs in de ongecontroleerde transactie.⁷⁴ De Graaf, Kavelaars en Stevens benoemen ook de voorkeur die de OESO geeft aan het gebruik van een directe methode zoals de CUP-methode.⁷⁵ Echter maken zij ook een voorbehoud wat betreft de toepasbaarheid van deze methode in de praktijk. Dit voorbehoud baseren zij op het soort transactie dat veelal in gecontroleerd verband plaatsvindt, te weten: dienstverlening. De indirecte kosten die gepaard gaan met dienstverlening dienen immers ook toegerekend te worden aan deze transactie. De toerekening van deze indirecte kosten zorgt ervoor dat de CUP moeilijk toepasbaar is, doordat deze methode onbetrouwbare resultaten oplevert wanneer veel correcties worden doorgevoerd. Daarnaast is een gevolg hiervan dat de transacties door aanpassingen in mindere mate vergelijkbaar zijn. Overigens komt hiermee gelijk om de hoek kijken dat de CUP voornamelijk geschikt is voor transacties met grondstoffen of andere producten die eenvoudig te vergelijken zijn.⁷⁶ Doordat het in de praktijk daarom lastig blijkt te zijn voor belastingplichtigen om voldoende vergelijkbare ongecontroleerde transacties te vinden, wordt voornamelijk de TNMM toegepast.⁷⁷

Naast dat er een onderscheid gemaakt wordt tussen de traditional transaction methoden en de transactional profit methoden kan er nog een onderscheid worden gemaakt binnen de verrekenprijsmethoden. Deze tweede categorie ziet op het aantal partijen waarop een analyse gebaseerd wordt. Er bestaan een- en tweezijdige methoden. De volgende methoden zijn eenzijdig: i) de cost plus-methode; ii) de resale minus-methode; iii) de TNMM. Eenzijdige verrekenprijsmethoden onderzoeken enkel of een onafhankelijk lichaam bereid is voor een specifieke prijs een product te leveren of een dienst te verrichten. Tweezijdige verrekenprijsmethoden nemen daarnaast ook in ogenschouw of een onafhankelijke partij zich bereid zou tonen om voor dezelfde prijs een product of dienst af te nemen. De OESO raadt het gebruik van eenzijdige verrekenprijsmethoden af wanneer de gecontroleerde transactie ziet op het ter beschikking stellen van immateriële activa aan een groepsmaatschappij.⁷⁸ Eenzijdige methoden dienen te worden toegepast op het betrokken lichaam dat verhoudingsgewijs de minst complexe functies heeft binnen de transactie.

⁷³ OESO-richtlijnen, punt 2.3, p. 98.

⁷⁴ OESO-richtlijnen, punt 2.3, p. 98.

⁷⁵ De Graaf, Kavelaars en Stevens 2019, p. 191.

⁷⁶ OESO-richtlijnen, punt 2.18, p. 102.

⁷⁷ Verrekenprijsbesluit, p. 7.

⁷⁸ OESO-richtlijnen, punt 6.141, p. 294.

De CUP en de transactional profit split method zijn tweezijdige methoden volgens de OESO-richtlijnen. Dit tweezijdige karakter komt voornamelijk van pas wanneer beide partijen waardevolle en unieke toevoegingen hebben aan het productieproces. Wanneer een eenzijdige methode gebruikt wordt in deze situatie, krijgt één lichaam mogelijk meer of juist minder winst toegerekend dan in een situatie van vrije mededinging het resultaat was geweest, doordat de functies van de andere partij niet worden meegewogen in de analyse. Toepassing van een tweezijdige methode levert een arm's length-resultaat op wanneer de activiteiten van de verschillende lichamen sterk verweven zijn, waardoor dat ook geldt voor de winsten.

Ter afsluiting van deze paragraaf wordt het selectieproces aan de hand van het Verrekenprijsbesluit behandeld. In dit besluit wordt benadrukt dat voor het selecteren van een verrekenprijsmethode niet de zogenoemde 'best method rule' geldt.⁷⁹ Een belastingplichtige is daarom in principe vrij in het bepalen van een verrekenprijsmethode. Daarnaast zal de Belastingdienst de verrekenprijs die de belastingplichtige hanteert als uitgangspunt gebruiken voor haar eigen analyse.⁸⁰ Dit leidt er wel toe dat het belangrijk is alle verrekenprijzen zo uitgebreid mogelijk te onderbouwen. Bij het beoordelen van verrekenprijzen dient in beschouwing te worden genomen, zoals ook in de OESO-richtlijnen wordt vermeld, dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is.⁸¹ De onderbouwing van verrekenprijzen hoeft dan ook niet te geschieden met 'een nauwkeurigheid die, gezien alle feiten en omstandigheden, onrealistisch is.'⁸² De analyse levert voorts ook een *range* op en geen absolute uitkomst. Wanneer een verrekenprijs gehanteerd wordt die binnen deze range ligt, zal deze in beginsel dan ook niet worden gecorrigeerd.⁸³

2.5. Winstcorrecties in het kader van het arm's length-beginsel

Zoals in paragraaf 2.3.1. is besproken, wordt de winst fiscaal gecorrigeerd wanneer een transactie is ingegeven door aandeelhoudersmotieven. Indien de belastingplichtige deze correcties - al dan niet bewust - achterwege laat, kan de inspecteur besluiten een correctie door te voeren.⁸⁴ De volgende correcties kunnen worden geboekt op grond van het totaalwinstbeginsel:

⁷⁹ Verrekenprijsbesluit paragraaf 3.1 onderaan; OESO-richtlijnen, aantekening 2.2, p. 97.

⁸⁰ Verrekenprijsbesluit, p. 7.

⁸¹ Verrekenprijsbesluit, p. 2.

⁸² Verrekenprijsbesluit, p. 2.

⁸³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28034, 3, p. 21 (MvT).

⁸⁴ De Graaf, Kavelaars en Stevens 2019, p. 192.

- Een verkapte dividenduitkering: Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een dochter een activum overdraagt aan de moeder tegen een prijs beneden de marktwaarde. Het gedeelte van de marktprijs dat niet in aanmerking is genomen bij beiden leidt tot een correctiepost in de winstbepaling.
- Een informele kapitaalstorting: Wanneer een aandeelhouder vanuit deze relatie bewust een voordeel verstrekt aan een dochter dat het een onafhankelijke derde niet zou hebben doen toekomen is sprake van een informele kapitaalstorting.⁸⁵
- Een fictieve rekening-courantkrediet: hiervan is sprake indien een transactie gecorrigeerd wordt tot een zakelijk niveau, maar de geldsom schuldig wordt gebleven. Voorts is van belang dat de vordering die als gevolg van de correctie ontstaat veelal schuldig wordt gebleven door de aandeelhouder.

Wanneer gecontroleerde transacties een belangrijke plek innemen binnen de bedrijfsvoering, probeert een lichaam het risico op correcties achteraf doorgaans op voorhand af te dekken. Overigens zal hier, zoals in de vorige paragraaf benoemd, in beginsel geen sprake van zijn indien de verrekenprijs binnen de range die voortvloeit uit de analyse valt.⁸⁶ Door middel van overleg met de Belastingdienst kan een APA worden afgesloten, wat bijvoorbeeld in de ruziezaken is gebeurd. Wanneer deze ruzie nageleefd wordt door de belastingplichtige zullen correcties achterwege blijven, omdat een vaststellingsovereenkomst een wederkerige overeenkomst is waaraan ook de Belastingdienst gebonden wordt. Evident is dan ook dat winstcorrecties eigenlijk geen rol spelen in de ruziezaken.

Een ruzie heeft doorgaans slechts unilaterale werking, bilaterale APA's worden aangemoedigd door de OESO maar zijn in de praktijk lastig te verkrijgen. Unilaterale APA's weergeven derhalve slechts het standpunt van één land weer. Grensoverschrijdende gecontroleerde transacties, kunnen derhalve door land A als zakelijk worden beschouwd terwijl land B dat niet zo vindt. Doorgaans met dit voorbeeld is begrijpelijk dat land B een correctie doorvoert, die doorgaans ziet in het verhogen van de belastinggrondslag in land B. Deze correcties zullen veelal neerwaarts zijn voor kopende partijen en opwaarts zijn voor verkopende partijen. Wanneer land A uit het voorbeeld geen corresponderende correctie toepast naar aanleiding van de correctie in land B ontstaat een discrepantie in de prijs van dezelfde transactie en is dubbele belastingheffing een logisch gevolg. In een binnenlandse situatie zal dit probleem doorgaans eenvoudig opgelost worden, doordat de competente inspecteur te benaderen is. Grensoverschrijdend gaat dit echter een stuk lastiger. Een bilaterale APA is een unieke

⁸⁵ *Vakstudie Inkomstenbelasting*, artikel 3.8 Wet IB, aant. 6.2 (online, laatst bijgewerkt op 19 februari 2020).

⁸⁶ *Kamerstukken II 2001/02, 28034, 3, p. 21 (MvT)*.

overeenkomst, die niet vaak wordt aangevraagd dan wel toegekend. Een APA is een middel om discussie en de bijgaande problemen te voorkomen. Daarnaast zijn er regelingen getroffen om situaties van dubbele belastingheffing af te schaffen, waarvan er twee nu nader beschouwd worden:

1. Het EU-arbitrageverdrag

Het EU-arbitrageverdrag⁸⁷ is een Europees verdrag dat haar verdragsstaten oplegt om dubbele belastingen als gevolg van winstcorrecties op te lossen wanneer een belastingplichtige hierom verzoekt. Dit verdrag bevat een resultaatsverplichting voor de betrokken lidstaten om de dubbele belastingheffing af te schaffen.

2. De Mutual Agreement Procedure (hierna: 'MAP')

Sinds 21 oktober 2017 bevat het OESO-modelverdrag in artikel 25 een bepaling inzake de MAP. In tegenstelling tot het EU-arbitrageverdrag is de MAP geen resultaats-, maar een inspanningsverplichting om de dubbele belastingheffing af te schaffen.

2.6. Deelconclusie

In dit hoofdstuk stond de volgende deelvraag centraal:

Waaruit vloeit het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels voort en hoe wordt dit toegepast?

Gesteld kan worden dat het arm's length-beginsel reeds via het totaalwinstbeginsel en de schakelbepaling in artikel 8 Wet VpB van toepassing was in de vennootschappelijke fiscale winstbepalingsregels. Echter is gekozen voor een expliciete benadrukking van het arm's length-beginsel door dit per 1 januari 2002 te codificeren in artikel 8b Wet VpB. Deze bepaling sluit vrijwel naadloos aan op artikel 9 van het OESO-modelverdrag. Daarnaast is via het Verrekenprijsbesluit gepoogd meer duidelijkheid te geven over hoe Nederland de OESO-richtlijnen interpreteert en hoe de administratieve procedures zijn ingericht. De OESO-richtlijnen hebben in beginsel een directe werking in de Nederlandse rechtsorde, behalve daar waar Nederland een voorbehoud maakt of extra uitleg biedt in het Verrekenprijsbesluit. Om de verdeling van de bewijslast te formaliseren is daarnaast in het derde lid van artikel 8b Wet VpB een documentatieverplichting opgenomen die verder wordt uitgewerkt in het Verrekenprijsbesluit.

⁸⁷ Verdrag (EEG) 90/436/EEG van 23 juli 1990.

De Belastingdienst heeft de wens zich constructief op te stellen voor overleg met betrekking tot verrekenprijzen, dit is blijkens de opmerkingen van de staatssecretaris immers een belangrijk middel binnen haar handhavingsinstrument. Deze constructieve houding komt tevens naar voren in het feit dat de Belastingdienst in beginsel aansluit bij de door een belastingplichtige aangevoerde verrekenprijzen. Vooruitlopend op de volgende hoofdstukken plaats ik alvast een kanttekening bij dit beleid. Wanneer het startpunt voor het bepalen van verrekenprijzen bij de belastingplichtige ligt, is het waarborgen van een uniforme behandeling niet bepaald een sinecure en al zeker geen garantie. Een zekere selectiviteit ligt dan ook snel in het verschiet wanneer sprake is van een discretionaire praktijk zoals in het geval van verrekenprijzen.

3. Staatssteun

3.1. Inleiding

In hoofdstuk 1 is uiteengezet op welke manier fiscale steunmaatregelen onderzocht worden voor zover het een schending van het voordeel- en het selectiviteitscriterium betreft. Artikel 107 VWEU lid 1 bevat echter meer criteria die geschonden moeten worden om een steunmaatregel daadwerkelijk aan te kunnen merken als verboden staatssteun. Daarnaast is enkel het raamwerk van het voordeel- en het selectiviteitscriterium geschetst en niet de invulling hiervan. Deze onderwerpen zijn vervat in de volgende deelvraag:

- *Welke criteria bevat het toetsingskader van het staatssteunverbod en op welke wijze is de bewijslast verdeeld?*

Aan de hand van het toetsingskader dat volgt uit artikel 107 VWEU, de 2016-mededeling, jurisprudentie van het HvJ en inzichten uit de literatuur wordt de invulling aan het staatssteuninstrument – met specifieke aandacht voor APA's - vanuit meerdere invalshoeken belicht. Daarnaast wordt nader bekeken op welke wijze de bewijslast is verdeeld tussen de Commissie en de lidstaten in de rulingzaken.

3.2. De cumulatieve criteria van het staatssteunverbod

Op grond van artikel 114 lid 2 VWEU geldt de gewone wetgevingsprocedure niet voor fiscale wetgeving. Deze bepaling waarborgt een zekere soevereiniteit van de lidstaten op het gebied van de directe belastingen doordat fiscale wetgeving via eenparigheid van stemmen aangenomen dient te worden. De strekking van nationale wet- en regelgeving mag echter niet strijdig zijn met EU-recht. Een voorbeeld van een regeling die in acht moet worden genomen is het verbod op staatssteun. Op grond van artikel 107 lid 1 van het VWEU geldt de volgende bepaling als definitie voor met de interne markt onverenigbare staatssteun:

“Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

Uit deze verdragsbepaling kunnen de vier cumulatieve voorwaarden voor onverenigbare staatssteun geabstraheerd worden:

- Begunstiging (voordeelcriterium) (3.4.)
- Toerekenbaar aan de staat en met staatsmiddelen bekostigd (3.5.)
- Van bepaalde ondernemingen of producties (selectiviteitscriterium) (3.6.)
- Die de mededinging (dreigen te) vervalsen en voor zover deze steun het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloedt. (3.7.)

In de paragrafen 3.4 tot en met 3.7 zullen deze voorwaarden behandeld worden. Eerst wordt een onderscheid gemaakt tussen de soorten steunmaatregelen.

3.3. Steunmaatregel?

Het HvJ merkt steunmaatregelen aan als “... besluiten van de Lid-Staten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en autonoom geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen.”⁸⁸ Wanneer een steunmaatregel onderzocht wordt door de Commissie, baseert zij haar invalshoek van een procedure aan de hand van het aantal partijen dat beïnvloed wordt door de steunmaatregel. Staatssteun kan namelijk op individuele basis⁸⁹ of via een steunregeling verleend worden. Steunregelingen bevatten voordelen die inroepbaar zijn wanneer voldaan wordt aan een set objectieve voorwaarden. De definitie van een ad hoc-steunmaatregel heeft een negatieve formulering: alle steunmaatregelen die geen steunregeling zijn, zijn ad hoc-steunmaatregelen. Individuele steunmaatregelen worden beoordeeld aan de hand van de feiten en omstandigheden die voortvloeien uit een specifiek geval, terwijl steunregelingen op basis van de elementen van de specifieke regeling worden beoordeeld.⁹⁰

Een fiscale ruling kwalificeert logischerwijs als ad hoc-steunmaatregel. Een ruling is immers een wederkerige overeenkomst tussen de Belastingdienst en een belastingplichtige, waarvan de inhoud niet kan worden ingeroepen door andere partijen.

⁸⁸ HvJ EG 27 maart 1980, C-61/79, r.o. 31 (*Denkavit Italiana*).

⁸⁹ Doorgaans aangeduid als ad hoc-steunmaatregelen.

⁹⁰ Wisman, ‘fiscale staatssteun’, *Navigator thema’s*, geraadpleegd via: <https://www.navigator.nl/thema/1159> (online, laatst bijgewerkt op 19 februari 2020).

3.4. Voordeelcriterium

De eerste cumulatieve voorwaarde van het staatssteunverbod is dat sprake dient te zijn van begunstiging van een onderneming.⁹¹ De Commissie verklaart in de 2016-mededeling zich nog steeds te scharen achter de definitie die het HvJ aan het voordeelcriterium geeft: *“een economisch voordeel dat een onderneming onder normale marktvoorwaarden – d.w.z. zonder overheidsingrijpen – niet had kunnen verkrijgen.”*⁹² Deze omschrijving biedt echter geen duidelijkheid over de maatstaf waarmee de omvang van dat voordeel bepaald kan worden. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat de financiële positie van een onderneming op verschillende tijdstippen moet worden vergeleken om aan te tonen dat de onderneming in kwestie begunstigd is.⁹³ Een gevolg van deze systematiek is dat de oorzaken en de bedoeling van een potentiële steunmaatregel irrelevant zijn, het daadwerkelijke effect is immers een objectief meetbare uitkomst waarin geen ruimte voor sociale motieven openstaat.⁹⁴ Hieruit vloeit voort dat steunmaatregelen zich niet beperken tot de vorm van een subsidie; ook lastenverlichtingen – zoals een belastingvoordeel – vallen binnen de reikwijdte van deze bepaling.⁹⁵ Derhalve kan een APA kwalificeren als een voordeel wanneer de strekking hiervan een bevoordeling voor de begunstigde belastingplichtige inhoudt.

Vooruitlopend op een beschouwing van de rulingzaken, besteed ik alvast aandacht aan de bewijslast die gepaard gaat met het aantonen van een schending van het voordeelcriterium. Het Gerecht EU heeft in de zaak over de ruling van Starbucks gezegd, alvorens de zaak inhoudelijk te behandelen, dat het van belang is te onthouden dat verrekenprijzen geen exacte wetenschap zijn en dat het voordeel verder moet gaan dan *‘onnauwkeurigheden die inherent zijn aan de toepassing van een methode waarmee een betrouwbare benadering van een marktuitsluiting moet worden verkregen.’*⁹⁶ Bijgevolg lijkt de Commissie dan ook met gedegen argumenten te komen om de desbetreffende verrekenprijzen als steunmaatregelen te kunnen bestempelen.

3.5. Afkomstig van de staat en uit staatsmiddelen bekostigd

De tweede pijler van het verbod op staatssteun rust op de volgende twee criteria:

- i) De steunmaatregel is toerekenbaar aan de verstreckende lidstaat;

⁹¹ Er wordt aangenomen dat de begunstigden van de steunmaatregelen in kwestie kwalificeren als onderneming.

⁹² 2016-mededeling, punt 66, p. 15; HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94, r.o. 60 (*SFEI/La Poste*); HvJ EG 29 april 1999, C-342/96, r.o. 41 (*Spanje/Commissie*).

⁹³ HvJ EG 2 juli 1974, C-173/73, r.o. 13 (*Italië/Commissie*).

⁹⁴ HvJ EG 2 juli 1974, C-173/73, r.o. 13 (*Italië/Commissie*).

⁹⁵ HvJ EG 8 november 2001, C-143/99, r.o. 38 (*Adria-Wien Pipeline GmbH*).

⁹⁶ Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16, r.o. 199 (*Nederland e.a./Commissie*).

ii) En bekostigd uit staatsmiddelen.

Ter zake van de eerste eis merk ik op dat fiscale steunmaatregelen de vorm aannemen van ad hoc-steunmaatregelen en steunregelingen. De manier waarop een ad hoc-steunmaatregel en een steunregeling toerekenbaar zijn aan een staat verschilt per maatregel. Een APA – gesloten door een akkoord tussen een belastingplichtige en een inspecteur – weergeeft het standpunt dat de inspecteur inneemt ten aanzien van verrekenprijzen die in de APA zijn vastgelegd. Wanneer een ruling onzakelijke elementen bevat die op grond van het totaalwinstbeginsel gecorrigeerd hadden moeten worden, is het evident dat het sluiten van de overeenkomst en het daarmee verlenen van een voordeel aan de inspecteur toerekenbaar is. Doordat de Belastingdienst - evenals de inspecteur - een bestuursorgaan is in de zin van artikel 1:2 Algemene wet bestuursrecht zijn de gedelegeerde bevoegdheden toerekenbaar aan de staat. Minder duidelijk is de situatie waarin, zonder dat een ruling is afgegeven, winstcorrecties onterecht achterwege blijven. Ik meen dat uit de eerder aangehaalde definitie van een steunmaatregel - zoals gewezen in het arrest *Denkavit Italiana*⁹⁷ - het achterwege blijven van correcties niet kwalificeert als steunmaatregel door het ontbreken van een handelingselement. Overigens volgt hieruit dat dit alleen geldt voor situaties waarin deze correcties onbewust achterwege zijn gelaten, oftewel: de handeling ontbreekt. Daarnaast kan staatssteun ook via een steunregeling verleend worden. Fiscale steunregelingen zijn enkel toerekenbaar aan degene die de wet heeft bekrachtigd: de formele wetgever. Wanneer eenmaal is aangetoond dat er sprake is van een element van staatssteun dat voortvloeit uit de desbetreffende regeling, lijkt de steunmaatregel ontegenzeggelijk te worden toegerekend aan de staat.

Wat betreft de afbakening van het begrip staatsmiddelen kan – in het kader van de ad hoc-steunmaatregelen die onderzocht worden – kort van stof gebleven worden. Wanneer een steunmaatregel resulteert in een lagere belastingafdracht, wordt deze steunmaatregel geacht uit staatsmiddelen te zijn bekostigd.⁹⁸

Ten aanzien van de bewijslast kan voor beide eisen in beginsel verondersteld worden dat deze geschonden worden wanneer een APA een selectief voordeel bevat. Dit voordeel wordt per definitie uit staatsmiddelen bekostigd wanneer een maatregel ziet op een fiscale lastenvermindering. Daarnaast is duidelijk dat het verlenen van de APA toerekenbaar is aan de staat, doordat de inspecteur

⁹⁷ HvJ EG 27 maart 1980, C-61/79, r.o. 31 (*Denkavit Italiana*).

⁹⁸ HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92, r.o. 14 (*Banco Exterior de España*).

die de APA afsluit een bestuursorgaan is. Een gevolg van dit bewijsvermoeden is dat deze pijler van het verbod op staatssteun geen punt van discussie is binnen de rulingzaken.

3.6. Selectiviteitscriterium

De derde pijler binnen het staatssteunverbod is het selectiviteitscriterium. In principe is een steunmaatregel selectief, wanneer deze niet generiek is. Zoals Buelens en Jansen aangeven is een APA a priori niet selectief; het standpunt dat een inspecteur inneemt is immers onafhankelijk van het tijdstip waarop de verrekenprijsproblematiek wordt beslecht: vooraf via een APA of achteraf bij het vaststellen van de aanslag. Een APA kan echter wel steunelementen bevatten. Dit is het geval indien de overeengekomen verrekenprijzen afwijken van de bedragen die voor vergelijkbare ongecontroleerde transacties gehanteerd worden.⁹⁹ Het selectiviteitscriterium wordt algemeen ingeleid, waarna vervolgens wordt ingezoomd op aandachtspunten die aan de orde zijn wanneer steunmaatregelen via APA's worden verleend.

3.6.1. Algemeen

De Commissie maakt een duidelijk onderscheid tussen materiële en regionale selectiviteit: *“De materiële selectiviteit van een maatregel betekent dat de maatregel alleen geldt voor bepaalde (groepen van) ondernemingen of bepaalde economische sectoren in een bepaalde lidstaat. Van materiële selectiviteit kan de jure of de facto sprake zijn.”*¹⁰⁰ Van regionale selectiviteit, louter van toepassing binnen een specifiek gebied, wordt in deze scriptie geabstraheerd, omdat de Wet VpB een nationaal karakter heeft en derhalve geen sprake is van lokale verschillen in belastinggrondslag dan wel tarief. Dit zal doorgaans ook gelden voor de fiscale stelsels van de overige lidstaten.

3.6.2. De Jure

Wanneer een faciliteit slechts openstaat voor degenen die voldoen aan een set objectieve criteria waaraan per definitie niet alle marktdeelnemers kunnen voldoen, is sprake van de jure selectiviteit. Door deze – beschouwd vanuit het mededingingsrecht - onrechtmatige uitsluiting is sprake van specifieke begunstiging door middel van het verlenen van een selectief voordeel. Voorbeelden van voorwaarden die resulteren in *de jure* selectiviteit zijn het oprichtingsjaar, de omvang van het bedrijf of het leiden van verliezen.¹⁰¹

⁹⁹ Buelens & Jansen 2015, p. 77-78.

¹⁰⁰ 2016-mededeling, punt 120, p. 27.

¹⁰¹ 2016-mededeling, punt 121, p. 27-28.

3.6.3. De facto

Van selectiviteit kan ook de facto sprake zijn. Steunmaatregelen – steunregelingen voor wat betreft *de facto* selectiviteit – die feitelijk selectief zijn, hebben een algemene en objectieve formulering, maar werpen door de bijzondere voorwaarden een muur op waardoor slechts een zeer beperkt aantal belastingplichtigen of een specifieke sector de met deze bepaling gepaard gaande voordelen kan inroepen. Dit criterium werd volgens Kiegebeld ontwikkeld door een nuancering van eerdere jurisprudentie in het Gibraltararrest.¹⁰² In casu werd een illegitiem voordeel verstrekt aan offshorebedrijven door de wijziging van het toenmalige belastingstelsel. Offshorebedrijven kregen een voordelige fiscale behandeling doordat het nieuwe fiscale stelsel voor de maatstaf van de heffing aanknoopte bij de loonsom en de aan de onderneming dienstbare bedrijfsgebouwen van een belastingplichtige. De jure was er geen sprake van discriminatie, maar feitelijk gold dit als een vrijstelling van de vennootschapsbelasting voor offshorebedrijven doordat zij deze productiefactoren niet of nauwelijks aanwenden binnen de bedrijfsvoering.

3.6.4. Materiële selectiviteit voor maatregelen ter verlichting van de normale lasten van ondernemingen

Ten aanzien van de materiële selectiviteit heeft het HvJ in haar jurisprudentie een toetsingskader ontwikkeld voor steunmaatregelen dat in paragraaf 1.3 reeds algemeen ingeleid is.¹⁰³ Wolffers noemt deze toets de afwijkingsbenadering, doordat de selectiviteit bepaald wordt aan de hand van een afwijking ten opzichte van een referentieregeling.¹⁰⁴ In dit hoofdstuk zal nader ingegaan worden op de inhoud en achtergrond van dit kader, met nadruk op de relevante aspecten rondom fiscale rulings.

3.6.4.1. gWat is de referentieregeling?

De referentieregeling is het ‘normale’ fiscale stelsel in de lidstaat van vestiging. Hierbij dient in acht te worden genomen dat de referentieregeling dat stelsel is dat ook van toepassing is op ondernemingen die zich, gelet op de doelstelling van de heffing, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.¹⁰⁵ In beginsel geldt dat wanneer ad hoc-steunmaatregelen een bevoordeling geven in de fiscale behandeling, deze heffing zelf de referentieregeling is.¹⁰⁶ In hoofdstuk 2 is de referentieregeling

¹⁰² HvJ EU 15 november 2011, C-106/09, r.o. 101, *NTFRi* 2011/2858, m.nt. Kiegebeld (*Commissie/Gibraltar*).

¹⁰³ Dit kader lijkt in zijn huidige vorm voornamelijk voort te vloeien uit de volgende twee arresten: HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free*); HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08 (*Paint Graphos*).

¹⁰⁴ Wolffers 2015, p. 17.

¹⁰⁵ 2016-mededeling, punt 128, p. 29.

¹⁰⁶ 2016-mededeling, punt 134, p. 30. Het HvJ heeft dit bevestigd in het arrest HvJ EU 18 juli 2013, C-6/12, r.o. 19 (*P Oy*).

voor de Nederlandse fiscale winstbepaling voor gelieerde ondernemingen geschetst. Allereerst is het van belang dat Nederland naast het totaalwinstbeginsel in artikel 8b Wet VpB een gecodificeerd arm's length-beginsel heeft. Dit arm's length-beginsel benadrukt dat voor gecontroleerde transacties eenzelfde prijs gebruikt moet worden als voor ongecontroleerde transacties. Mijns inziens is het doel van artikel 8b Wet VpB dan ook dat gelieerde lichamen voor fiscale doeleinden onder dezelfde voorwaarden opereren als ongelieerde lichamen. Dit kan ook verklaard worden vanuit de *separate entity approach* in de Wet VpB. Volgens dit principe wordt voor de heffing aangeknoopt bij de juridische in plaats van de economische onderneming en bijgevolg is ieder lichaam zelfstandig belastingplichtig. Doordat de Wet VpB door deze benadering geen onderscheid maakt tussen een groep of een zelfstandig lichaam voor de heffing, dienen verrekenprijzen te resulteren in eenzelfde heffing als wanneer handel wordt gedreven met onafhankelijke lichamen. Wanneer deze evenwichtige belastingheffing niet gewaarborgd wordt, vertoont de Wet VpB karakteristieken van selectiviteit. Groepsondernemingen worden namelijk onderworpen aan dezelfde heffing, maar kunnen invloed uitoefenen op de grondslag door winsten en kosten te alloceren naar eigen inzicht. Het beginsel dat de Wet VpB de referentieregeling is voor de betwistte rulings – en niet de fiscale winstbepalingsregels voor gelieerde partijen – lijkt dus nog expliciet bevestigd te worden door oogmerk en de strekking van artikel 8b Wet VpB.

3.6.4.2. Wijkt de maatregel af van de referentieregeling?

Nadat de referentieregeling is vastgesteld kan worden bepaald of sprake is van een afwijkende behandeling ten opzichte van dit stelsel. Een de facto afwijkende behandeling ten opzichte van de referentieregeling is a priori selectief. Een selectieve behandeling impliceert an sich geen staatssteun, daarvoor dienen de overige cumulatieve criteria ook geschonden te worden. Wel bestaat er een zekere samenhang tussen het voordeel- en het selectiviteitscriterium. Zoals Luja aangeeft is een afwijkende behandeling ten gunste van de belastingplichtige een voordeel in de zin van het voordeeltcriterium. Wanneer dit voordeel via een ruling wordt verleend, is een gevolg hiervan dat ook het selectiviteitscriterium wordt geschonden. De strekking van een ruling kan immers alleen worden ingeroepen door de begunstigde belastingplichtige.¹⁰⁷ In lijn met deze redenering oordeelde het HvJ in de zaak Commissie/MOL dat wanneer sprake is van een economisch voordeel, selectiviteit in beginsel mag worden aangenomen.¹⁰⁸ Dit resulteert volgens Vleggeert in een bewijsvermoeden, met

¹⁰⁷ Luja 2015, p. 868.

¹⁰⁸ HvJ EU 4 juni 2014, C-15/14, r.o. 60 (*Commissie/MOL*).

als gevolg dat de verstreckende lidstaat of andere belanghebbenden dienen aan te tonen dat geen sprake is van een selectieve maatregel.¹⁰⁹

3.6.4.3. Bestaat er een rechtvaardiging door de aard of de opzet van de referentieregeling?

Wanneer het oordeel luidt dat een steunmaatregel afwijkt van de referentieregeling staat nog een mogelijkheid tot tegenbewijs open voor de verstreckende lidstaat.¹¹⁰ Wanneer een a priori selectieve steunmaatregel door de aard of opzet van het stelsel gerechtvaardigd kan worden, wordt de selectiviteit geacht te ontbreken en valt deze steunmaatregel buiten de reikwijdte van artikel 107 lid 1 VWEU.¹¹¹ Wel dient de lidstaat in gedachte te houden dat een rechtvaardigingsgrond dient voort te vloeien uit de beginselen die aan de grondslag van de desbetreffende heffing liggen of anderszins een gevolg is van inherente mechanismen die het functioneren van de heffing waarborgen.¹¹² In het arrest *Paint Graphos* benadrukt het HvJ dat externe doelstellingen derhalve niet als een rechtvaardigingsgrond kunnen worden aangevoerd.¹¹³ De Commissie haalt in haar 2016-mededeling als voorbeeld onder andere het voorkomen van dubbele belastingen en het optimaliseren van de invordering van belastingschulden aan als rechtvaardigingsgrond.¹¹⁴ Een voorbeeld uit de praktijk volgt uit het reeds aangehaalde arrest *Paint Graphos*. De vraag was of een belastingvrijstelling voor coöperatieve vennootschappen gerechtvaardigd kon worden. Het antwoord van het Hof luidde bevestigend, maar vereiste een verrekening van de vrijstelling bij de achterliggende aandeelhouders en het invoeren van passende controle- en toezichtprocedures om misbruiksituaties tegen te gaan.¹¹⁵ Luja merkt op dat het voor rulings vrijwel onmogelijk is aan te tonen dat andere belastingplichtigen eenzelfde soort ruling hadden kunnen krijgen. De bewijslast is zodoende erg zwaar en wat Luja betreft is het aantonen hiervan een ‘*verloren zaak*’.¹¹⁶ Een rechtvaardigingsgrond gebaseerd op de rol van een ruling als controlemiddel voor de Belastingdienst, zal niet slagen doordat een ruling als voornaamste doel heeft zekerheid over de belastingheffing te geven. Het verschaffen van een voordeel valt niet binnen de reikwijdte van zekerheidsverschaffing en een schending van het selectiviteitscriterium lijkt dan ook onvermijdelijk.

¹⁰⁹ Vleggeert 2019, p. 4.

¹¹⁰ HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 en C-21/15, r.o. 58 (*World Duty Free*).

¹¹¹ 2016-mededeling, punt 128, p. 29.

¹¹² 2016-mededeling, punten 138, p. 31.

¹¹³ HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, r.o. 69 (*Paint Graphos*).

¹¹⁴ 2016-mededeling, punt 139, p. 31.

¹¹⁵ HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, r.o. 71 en 74 (*Paint Graphos*).

¹¹⁶ Luja 2015, p. 868-869.

3.7. Mededinging en het intracommunautair handelsverkeer

De Commissie geeft aan dat *‘het vervalsen van de mededinging’* en *‘het negatief beïnvloeden van het intracommunautair handelsverkeer’* een eigen betekenis hebben en derhalve separaat aan te tonen zijn. In de praktijk worden deze eisen echter als onlosmakelijk verbonden beschouwd en daarom zal ik deze tezamen behandelen.¹¹⁷ Zoals reeds in de inleiding besproken is het *level playing field* een belangrijke pijler van de EU. Het mededingingsrecht – waarvan het verbod op staatssteun een onderdeel is – dient ter waarborging van gelijke concurrentieposities. Steunmaatregelen resulteren in een verstoring van de vrije concurrentie, doordat lichamen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden deze voordelen niet kunnen inroepen. In de 2016-mededeling bevestigt de Commissie zich nog steeds te scharen achter de vaste rechtspraak van het HvJ dat een maatregel geacht wordt de mededinging te vervalsen wanneer de staat een financieel voordeel verleent aan een onderneming die opereert in een geliberaliseerde sector waar er concurrentie is of potentieel kan zijn.¹¹⁸ Opvallend is dat feitelijk geen bewijs hoeft te worden geleverd dat de mededinging daadwerkelijk wordt verstoord door een steunmaatregel. De mogelijkheid dat de mededinging wordt vervalst, is immers al voldoende om deze pijler te schenden. Door de brede formulering valt de plaatselijke tennisclub ook onder deze bepaling. Het bijbehorende cafetaria kan in potentie immers in concurrentie treden met een nabijgelegen horecagelegenheid.

Wat betreft een verstoring van het intracommunautair handelsverkeer signaleer ik eenzelfde soort formulering. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt dat hier sprake van is wanneer een *‘begunstigde onderneming een economische activiteit uitoefent die het voorwerp is van handel tussen lidstaten’*.¹¹⁹ Voor deze voorwaarde geldt – evenals voor vervalsing van de mededinging – dat een potentiële schending van het handelsverkeer schadelijk is zonder dat hiervoor een daadwerkelijke interferentie aangetoond hoeft te worden.¹²⁰

3.8. Bewijslastverdeling

Allereerst is het belangrijk in ogenschouw te nemen dat er twee stadia zijn waarin de bewijslastverdeling een rol speelt, te weten: i) de onderzoeksprocedure; ii) en de gerechtelijke procedure.

¹¹⁷ 2016-mededeling, punten 185 en 186, p. 40; de Commissie baseert zich hier op het arrest Gerecht EU 15 juni 2000, T-298/97, r.o. 81 (*Alzetta Mauro/Commissie*).

¹¹⁸ Gerecht EU 15 juni 2000, r.o. 141-147 (*Alzetta Mauro/Commissie*).

¹¹⁹ Mededeling van de Commissie EG van 10 december 1998, *PbEG* 1998, C 384/03, punt 11, p. 4.

¹²⁰ 2016-mededeling, punt 190, p. 41-42.

Ten aanzien van de onderzoeksprocedure kan geconcludeerd worden dat zowel de Commissie als de desbetreffende lidstaat de bewijslast draagt. Overigens is de term bewijslast ongelukkig, omdat dit geen gerechtelijke procedure betreft, maar een procedure die uitmondt in een beschikking. Wanneer een lidstaat zich niet kan verenigen met de inhoud van deze beschikking, staat altijd nog de weg naar het Gerecht EU en eventueel het HvJ open. De staatssteunprocedure vangt aan met een sommatie van de Commissie aan de desbetreffende lidstaat voor het aanleveren van informatie, het maken van opmerkingen of het beantwoorden van vragen.¹²¹ Hierna geeft de Commissie een beschikking af waarin geoordeeld wordt of de steunmaatregel strijdig is met artikel 107 VWEU. De Commissie dient hiervoor aan te tonen dat alle vier de cumulatieve criteria door de desbetreffende steunmaatregel worden geschonden.¹²² De lidstaat kan voorts nog rechtvaardigingsgronden aanvoeren voor de afwijking, deze dienen zoals besproken aan de grondslag van de heffing te liggen of inherent aan het functioneren daarvan te zijn.

Wat betreft de gerechtelijke procedure moet opgemerkt worden dat de Commissie in principe de bewijslast draagt om aan te tonen dat er sprake is van staatssteun. Zij dient immers te bewijzen dat alle cumulatieve criteria van het staatssteunverbod geschonden zijn. Echter vrijwaart dit de verstreckende lidstaat niet van het aanvoeren van verweergronden. De lidstaat zal doorgaans ook de partij zijn die de procedure aanspant, doordat de beschikking door de Commissie is uitgevaardigd. Daarnaast kunnen in deze fase van de procedure ook overige belanghebbenden – waaronder de begunstigde van de potentiële steunmaatregel en overige lidstaten – zich bij de procedure voegen.

3.9. Deelconclusie

Aan de hand van de cumulatieve criteria van artikel 107 VWEU is gepoogd een antwoord te geven op onderstaande deelvraag:

- *Welke criteria bevat het toetsingskader van het staatssteunverbod en op welke wijze is de bewijslast verdeeld?*
- *Welke criteria bevat het toetsingskader van het staatssteunverbod en op welke wijze is de bewijslast verdeeld?*

Het toetsingskader van het staatssteunverbod bevat vier cumulatieve criteria die in dit hoofdstuk bondig zijn behandeld. Binnen de ruziezaken spelen voornamelijk het voordeel- en het

¹²¹ Artikel 108 lid 2 VWEU, eerste volzin.

¹²² HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 en C-21/15, r.o. 53 (*World Duty Free*).

selectiviteitscriterium een belangrijke rol. Tussen deze twee criteria bestaat zoals Luja aangeeft een zekere samenhang; wanneer een ruling een voordeel oplevert ten opzichte van de referentieregeling wordt de selectiviteit van dat voordeel verondersteld, wat mijns inziens inherent is aan de individuele strekking van een ruling. De overige criteria worden door de invulling die hieraan gegeven is in de jurisprudentie vrijwel altijd geschonden door een lidstaat wanneer sprake is van een potentiële steunmaatregel via een ruling.

Wat betreft de bewijslastverdeling kom ik tot het oordeel dat deze in beginsel op de Commissie rust, zij dient immers aan te tonen dat alle vier de cumulatieve criteria door de desbetreffende steunmaatregel worden geschonden. Echter vrijwaart dit de verstreckende lidstaat niet van het leveren van degelijke tegenargumentatie. Het aanvoeren van rechtvaardigingsgronden rust logischerwijs alleen op de verstreckende lidstaat. Dit blijkt voor rulings een lastig verhaal te zijn in de praktijk doordat voor de Belastingdienst een ruling een middel is om zekerheid over de belastingheffing te geven en een voordeel vanuit deze gedachte geen resultaat van een vaststellingsovereenkomst kan zijn.

4. Europese invloeden op het arm's length-beginsel

4.1. Inleiding

In dit laatste inhoudelijk hoofdstuk beschouw ik of er een Europees arm's length-beginsel voortvloeit uit de verschillende beschikkingen van de Commissie en de arresten van het Gerecht inzake de rulings verleend aan Starbucks en Fiat. Hiermee wordt gepoogd een antwoord te formuleren op de volgende deelvraag:

- *Welke invulling aan het arm's length-beginsel vloeit voort uit de staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie en de samenhangende jurisprudentie van het HvJ?*

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat voornamelijk het voordeel- en het selectiviteitscriterium problematisch zijn wat betreft het aantonen van staatssteun, daarom zullen enkel deze twee criteria aan bod komen. Doordat de overige criteria geen onderwerp van discussie zijn, zullen deze in dit hoofdstuk niet behandeld worden.

4.2. Invloed van de Europese Commissie - staatssteunbeschikkingen

Voordat de individuele beschikkingen beschouwd worden, benadruk ik nogmaals hetgeen het HvJ heeft geoordeeld in het arrest *Paint Graphos*. De referentieregeling – aan de hand waarvan materiële selectiviteit getoetst wordt – is volgens dit arrest het nationale vennootschapsbelastingstelsel, omdat alle vennootschapsbelastingplichtigen zich in het licht van de doelstelling van dit stelsel in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.¹²³ De Commissie is in haar beschikkingen consequent in de bepaling van de referentieregeling en baseert haar argumenten voornamelijk op rechtsoverweging 50 uit dit arrest.¹²⁴ Uit deze overwegingen van de Commissie heb ik een stappenplan gedestilleerd om de gedachtegang van de Commissie samengevat te weergeven.¹²⁵ De Commissie beredeneert dat aan de hand van deze overwegingen het aanmerken van de gehele vennootschapsbelasting gerechtvaardigd wordt.

- i) Het intrinsieke doel van de onderzochte nationale vennootschapsbelastingstelsels is om alle subjectief belastingplichtigen aan eenzelfde belasting naar de winst te onderwerpen.

¹²³ HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08, r.o. 50 (*Paint Graphos*).

¹²⁴ Opgenomen als appendix A.

¹²⁵ Voor een uitgebreide behandeling zie bijvoorbeeld Starbucks-beschikking paragraaf 9.2.1., punten 231-251.

Voor het toepassen van de heffing wordt geen onderscheid gemaakt aan de hand van of een lichaam al dan niet:

- a. Binnen- of buitenlands belastingplichtig is;¹²⁶
 - b. Geïntegreerd is in een groep.
- ii) Een gevolg van een uniforme en evenwichtige heffing over de fiscale winst - onafhankelijk van de bij 1a en 1b benoemde punten - is dat de belastbare winst voor de onderlinge verschillen tussen lichamen anders wordt bepaald, ten einde een gelijkwaardige belastinggrondslag te creëren gebaseerd op de economische activiteiten van dat lichaam.
 - iii) Doordat op basis van de intrinsieke doelstelling van de verschillende stelsels geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende soorten lichamen en hun inkomensbestanddelen, moeten alle ondernemingen worden geacht zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie te bevinden.
 - iv) Derhalve is gerechtvaardigd dat de nationale vennootschapsbelasting de relevante referentieregeling is.

De tweede stap in de drietrapstoets is het aantonen dat de steunmaatregel resulteert in een afwijkende behandeling ten opzichte van de referentieregeling. De Commissie stelt in haar beschikkingen inzake Starbucks, Fiat en Apple dat een prijszetting die niet arm's length is, resulteert in een voordeel ten opzichte van de referentieregeling. Zij baseert zich hiervoor op het arrest *België & Forum 187/Commissie*¹²⁷, waaruit zij afleidt dat het HvJ het arm's length-beginsel als het "ijkpunt" heeft bekrachtigd om te bepalen of een groepsonderneming een voordeel ontvangt.¹²⁸ De Commissie meent daarom dat het arm's length-beginsel noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaakt van haar beoordelingsruimte in het kader van artikel 107 lid 1 VWEU. Luja betoogt dat de Commissie dit arrest verkeerd heeft geïnterpreteerd door de verwoording van het HvJ te ruim op te vatten.¹²⁹ De Commissie heeft in haar 2016-mededeling volgens Luja ten onrechte aangenomen dat "vrije mededinging"¹³⁰ vertaald kan worden als "d.w.z. prijzen die worden bepaald door onafhankelijke ondernemingen die onder vergelijkbare omstandigheden zakelijk onderhandelen".¹³¹ Volgens Luja laat de Commissie hierdoor mogelijke schaal- en synergie-effecten buiten beschouwing, aan de hand waarvan hij betwijfelt of groepsondernemingen zich überhaupt wel in een feitelijk en juridisch

¹²⁶ Apple-beschikking punt 228.

¹²⁷ HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 r.o. 95 (*België & Forum 187/Commissie*); deze rechtsoverweging is opgenomen als appendix B.

¹²⁸ Bijvoorbeeld Starbucks-beschikking punt 261.

¹²⁹ Luja 2016, p. 323.

¹³⁰ Appendix B.

¹³¹ 2016-mededeling, punt 171, p. 37.

vergelijkbare situatie bevinden. De betrokken partijen in de drie voornoemde zaken konden zich niet verenigen met een dusdanig brede referentieregeling, voornamelijk doordat zij evenals Luja menen dat gelieerde en niet-gelieerde lichamen zich niet in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.¹³² Volgens de betrokkenen dient de Commissie haar referentieregeling dan ook bij te stellen en deze te baseren op de nationale winstbepalingsregels voor gelieerde lichamen.

Deze argumenten ten spijt, hanteert de Commissie – naast een brede referentieregeling – toch het arm's length-beginsel in de onderhavige beschikkingen. Doordat dit beginsel voortvloeit uit EU-recht is het volgens de Commissie irrelevant of de desbetreffende lidstaat een arm's length-beginsel al dan niet kent binnen haar winstbepalingsregels. Zoals de Commissie benadrukt in de onderhavige beschikkingen is het door haar gehanteerde arm's length-beginsel immers niet hetzelfde als het arm's length-beginsel van artikel 9 OESO-modelverdrag,¹³³ maar *“een algemeen beginsel van gelijke fiscale behandeling dat binnen het toepassingsgebied van artikel 107 lid 1, van het Verdrag valt, dat voor de lidstaten bindend is en nationale fiscale regelingen niet uitsluit van zijn werkingssfeer.”*¹³⁴ Smit herleidt uit een vergelijkbare bepaling in een andere staatssteunbeschikking¹³⁵ dat de Commissie hiermee in lijkt te zetten op een Europees arm's length-beginsel.¹³⁶ De lidstaten die in de procedures betrokken zijn signaleerden dit ook en hadden het een en ander aan te merken op de visie van de Commissie in het kader van het arm's length-beginsel. De onvrede manifesteerde zich voornamelijk in een reeks argumenten gebaseerd op het ontbreken van een wettelijke basis van dit beginsel.¹³⁷ Ierland stelde bijvoorbeeld dat het staatssteuninstrument niet aangewend kan worden om de vennootschapsbelastingen te harmoniseren, wat de Commissie volgens haar in feite bewerkstelligt door een EU-rechtelijk beginsel te handhaven dat haar fiscale stelsel vreemd is.¹³⁸ Nederland stelde daarnaast dat de Commissie zich gedraagt als een soort supranationale belastingdienst door haar eigen interpretatie van de Wet VpB op te leggen.¹³⁹ De Commissie weerlegt de kritiek van de beide landen, doordat zij stelt de APA niet te toetsen aan een nationaal arm's length-beginsel voor zover dit voorhanden is, maar aan het arm's length-beginsel dat voortvloeit uit artikel 107 lid 1 VWEU. Derhalve

¹³² Starbucks-beschikking punt 185, Fiat-beschikking punten 200-201 en Apple-beschikking punten 230 en 236-237.

¹³³ De meeste lidstaten, waaronder Nederland, baseren haar arm's length-beginsel op het OESO-modelverdrag.

¹³⁴ Starbucks-beschikking punt 264; Fiat-beschikking punt 228; Apple-beschikking punt 255.

¹³⁵ Besluit van de Europese Commissie van 11 januari 2016 betreffende de staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst punt, SA. 37667 (2015/C) (ex 2015/NN), punt 150.

¹³⁶ Smit 2016, p. 1050-1051.

¹³⁷ Zie bijvoorbeeld Apple-beschikking punt 153.

¹³⁸ Apple-beschikking punt 173.

¹³⁹ Starbucks-beschikking punt 265.

onderzoekt zij slechts of de APA resulteert in een selectief voordeel vergeleken met de referentieregeling.

4.2.1. Starbucks

Starbucks Manufacturing EMEA BV (hierna: 'SMBV') is een Nederlandse dochteronderneming binnen de Starbucksgroep, die als enige entiteit buiten de VS belast is met het branden van koffiebonen. Aan de hand van de in de SMBV APA – geldig van 1 oktober 2007 tot en met 31 december 2017 – goedgekeurde TNMM wordt een zakelijke kostenvergoeding voor de activiteiten van SMBV bepaald, waardoor zij haar jaarlijkse grondslag voor de vennootschapsbelasting kan bepalen. Daarnaast wordt in de APA de hoogte van de jaarlijkse royaltybetaling aan Alki LP, een andere dochteronderneming van Starbucks, afgestemd voor de licentie van het IP. Deze royalty voor het gebruik van het IP-recht – *“noodzakelijk voor de toepassing van het koffiebrandproces en voor de levering van koffie aan ontwikkelaars.”*¹⁴⁰ - wordt gebaseerd op de operationele winst voordat de royalty betaald wordt en een beperkte kostenbasis die samenhangt met de activiteiten waarvoor het IP nodig is. SMBV verwerkt hoofdzakelijk groene koffiebonen en verkoopt de gebrande koffie aan gelieerde en niet-gelieerde partijen. Deze koffiebonen worden gekocht van een dochteronderneming van de Starbucksgroep in Zwitserland. Naast deze activiteiten is SMBV verder nog tussenpersoon voor niet-koffie gerelateerde producten. De adviseur van SMBV paste op SMBV – in zijn ogen de minst complexe entiteit - de TNMM toe, met als basis de reeds aangehaalde kostenbasis om een zakelijke vergoeding te bepalen voor de door SMBV verrichte activiteiten.

De Commissie oordeelde op basis van de volgende argumenten dat de APA een selectief voordeel verschaft, waardoor SMBV haar belastinggrondslag onrechtmatig heeft weten te verlagen:

- i) In plaats van de TNMM had de CUP-methode toegepast moeten worden, dit had in een hogere belastbare winst geresulteerd. Daarnaast is de TNMM op de verkeerde partij toegepast, doordat niet SMBV maar Alki LP de minst complexe entiteit is.¹⁴¹
- ii) De Commissie meent dat op basis van ongecontroleerde transacties de royalty voor de IP-rechten nihil zou moeten zijn, doordat geen winst wordt behaald uit het IP.
- iii) De zakelijkheid van de prijs voor de koffiebonen wordt niet onderbouwd en deze prijs lijkt zeker na de stijging hiervan in 2011 niet at arm's length te zijn.

¹⁴⁰ Starbucks-beschikking punt 51.

¹⁴¹ 9.2.3.5.

4.2.2. Fiat

De Commissie heeft op 21 oktober 2015 geoordeeld dat een ruling verleend door Luxemburg op 3 september 2012 ten gunste van Fiat Finance and Trade Ltd (hierna: 'FFT') in strijd was met het verbod op staatssteun. FFT is het financieringsvehikel voor de Europese activiteiten van de autogroep buiten Italië.¹⁴² FFT was een vergoeding voor deze activiteiten overeengekomen met de Luxemburgse belastingdienst die bepaald werd aan de hand van de TNMM.¹⁴³ De adviseur van Fiat achtte toepassing van deze methode op zijn plaats doordat deze specifiek geschikt is voor financieringsactiviteiten. Binnen het concern waren geen vergelijkbare ongecontroleerde transacties voorhanden, doordat de financiering voor het Europese deel van de groep enkel door FFT werd verricht. De vergoeding werd zodoende gebaseerd op hetgeen externe partijen voor vergelijkbare transacties bedongen. In het verrekenprijsrapport, opgesteld door de adviseur van FFT, werd aan de hand van vier stappen een belastinggrondslag geschat met als *profit indicator* het eigen vermogen van FFT.¹⁴⁴ De vier stappen die doorlopen werden door de adviseur zijn uiteengezet in appendix b. De Commissie oordeelde aan de hand van de volgende elementen dat de APA FFT een selectief voordeel verschafte dat een inbreuk vormt op het verbod op staatssteun:

- i) De splitsing van het eigen vermogen waarover de vergoeding voor FFT werd berekend was onterecht, hierdoor was de *profit indicator* te laag geschat.
- ii) De hoogte van de vergoeding die over de beperkte kapitaalbasis bedongen werd door FFT was te laag.¹⁴⁵ Dit baseerde de Commissie aan de hand van de volgende punten:
 - a. Het verwachte rendement op de door de ruling aangemerkte functionele activiteiten van 0,87% is geen arm's length-vergoeding.
 - b. De toepassing van het CAPM resulteerde in een te laag verwacht rendement, doordat enkele methodologische keuzes onjuist zijn:
 - 1. De bedrijven aan de hand waarvan de bèta werd geschat zijn niet vergelijkbaar met FFT.¹⁴⁶
 - 2. De bèta van het 25^e percentiel werd gekozen, terwijl dit meer richting de mediaan zou moeten zijn.¹⁴⁷

¹⁴² Fiat-beschikking punt 36.

¹⁴³ Fiat-beschikking punten 54-55.

¹⁴⁴ Fiat-beschikking punt 57.

¹⁴⁵ Fiat-beschikking punten 133 en 293.

¹⁴⁶ Fiat-beschikking punt 294

¹⁴⁷ Fiat-beschikking punt 295.

- c. Er werd geen rendement berekend over het deel van het eigen vermogen dat de deelneming in dochterondernemingen weergaf.

4.2.3. Apple

Op respectievelijk 29 januari 1991 en 23 mei 2017 heeft Ierland ten gunste van ASI en AOE – twee dochterondernemingen van Apple – APA's afgegeven. In deze rulings bevestigt de Ierse belastingdienst dat de winstallocatie aan de hand waarvan de Ierse takken winsten kregen toebedeeld zakelijk was.¹⁴⁸ De ruling van 1991 was in werking totdat deze vervangen werd door de 2007 ruling en de 2007 ruling was in werking tot 27 september 2014, waarna Apple een nieuwe bedrijfsstructuur had opgezet. ASI en AOE waren voor de Ierse belastingdienst op grond van destijds geldend nationaal recht *non-resident companies*, doordat de feitelijke leiding – Apple Inc. gevestigd in de VS - zich in een belastingverdragsstaat bevond. De VS betrokken de twee lichamen echter niet in de heffing, doordat deze twee vennootschappen geen kenmerken, bezittingen of activiteiten hadden op grond waarvan zij belastingplichtig waren voor de Amerikaanse vennootschapsbelasting.¹⁴⁹ Deze mismatch lijkt gevoelsmatig een kunstgreep te zijn, met als doel het voorkomen van fiscaal inwonerschap in Ierland of de VS.

ASI en AOE rapporteerden alleen de winst die, zoals in de APA's overeengekomen met de Ierse belastingdienst, behaald werd via de vaste inrichtingen (hierna: VI) in Ierland. Deze VI's boekten de winst voor de verkoop van Apple-producten buiten Noord- en Zuid-Amerika. Het leeuwendeel van deze winst werd toegerekend aan het hoofdkantoor aan de hand van een *cost-sharing agreement* voor onderzoeks- en ontwikkelingskosten. De Commissie signaleert dat de Ierse belastingdienst heeft verzuimd vast te stellen waar dit hoofdkantoor gevestigd was. De belastingdienst beperkte zich tot het vaststellen dat het hoofdkantoor niet in Ierland gelegen was. Feitelijk bleek dat dit hoofdkantoor geen werknemers in dienst had, in geen enkel land gevestigd was of dan ook maar ergens over vastgoed beschikte. De Commissie was ook in deze zaak van oordeel dat de APA een selectief voordeel verleende, doordat de belastinggrondslag ten gunste van Apple te laag was vastgesteld. Hiervoor bracht zij de volgende argumenten in:

- i) De winstallocatiemethode resulteerde niet in een arm's length-vergoeding voor ASI en AOE.

¹⁴⁸ Apple-beschikking punt 39.

¹⁴⁹ Apple-beschikking punt 52.

- ii) De aanname dat de licentie voor de IP-rechten, gehouden door ASI en AOE, toegerekend moest worden buiten Ierland was niet onderbouwd en daarmee ongegrond.¹⁵⁰

In de beschikkingen inzake Starbucks en Fiat neemt de Commissie subsidiair nog het standpunt in dat de rulings ook een selectief voordeel verschaffen wanneer de referentieregeling het nationale arm's length-beginsel is. Echter biedt dit voor de Commissie in deze zaak geen houvast, doordat Ierland destijds geen arm's length-beginsel had in haar nationale wet- en regelgeving. Deze zaak lijkt dan ook bij voorbaat kansloos wanneer uit het verbod op staatssteun geen autonoom arm's length-beginsel voortvloeit. Een ander aandachtspunt dat volgt uit deze beschikking ziet op de invordering van de verleende steun. De Commissie stelt dat wanneer andere landen bijheffen over winsten die toegerekend waren aan ASI en AOE, de in te vorderen belasting door Ierland vermindert. Zoals Smit stelt is dit een onjuiste opvatting van artikel 107 lid 1 VWEU, doordat het objectieve kader slechts staatssteun op een nationaal niveau verbiedt en niet ziet op mismatches tussen de verschillende lidstaten.¹⁵¹ Luja stelt dat het vereisen van een corresponderende heffing een kwestie is die dan ook verband houdt met de fiscale soevereiniteit en geen onderdeel van de discussie is of staatssteun verleend wordt.¹⁵² Desalniettemin lijkt de Commissie zich in haar beschikkingen toch te richten op situaties waarin sprake is van slechts een marginale heffing of dat deze zelfs volledig achterwege blijft.. Zoals Wattel stelt is de benadering van de Commissie dat winsten ergens onderworpen dienen te worden aan belastingheffing en als uit de ruling blijkt dat dit, zoals in het onderhavige geval, niet bij het hoofdkantoor is, dan stelt de Commissie deze winsten op het niveau van de VI in de heffing moeten worden betrokken.¹⁵³

4.3. Invloed van het Hof van Justitie van de Europese Unie

De principiële punten in de rulingzaken zijn mijns inziens welk stelsel als referentieregeling moet worden aangemerkt en de vraag of artikel 107 lid 1 VWEU een autonoom arm's length-beginsel bevat. De rechtsoverwegingen van het Gerecht met betrekking tot deze vraagstukken zijn vrijwel identiek in de arresten Starbucks-Gerecht en Fiat-Gerecht en deze zal ik dan ook parallel bespreken.

¹⁵⁰ Apple-beschikking paragraaf 8.2.2.2.

¹⁵¹ Smit 2016, p. 1051; Vakstudie Nieuws, 'Ierse rulings van Apple verboden staatssteun volgens Europese Commissie', V-N 2017/7.3.

¹⁵² Luja 2016, p. 323.

¹⁵³ Wattel 2016, p. 799.

4.3.1. Overeenkomsten tussen Fiat en Starbucks – een zakelijkheidsbeginsel?

Het Gerecht heeft geoordeeld dat de Commissie terecht de volledige nationale vennootschapsbelasting als referentieregeling heeft aangemerkt. Gecontroleerde transacties dienen vanuit de intrinsieke doelstelling van deze heffing belast te worden als ware deze winst voortvloeit uit een vergelijkbare ongecontroleerde transactie, dus tegen marktprijzen.¹⁵⁴ Feitelijk en juridisch bevinden gelieerde en niet-gelieerde lichamen zich dan ook volgens het Gerecht in eenzelfde situatie, doordat de nationale heffingen geen onderscheid maken tussen gelieerde en niet-gelieerde lichamen.

De grondslag voor het arm's length-beginsel - het arrest *België en Forum 187/Commissie* – heeft volgens het Gerecht inderdaad de door de Commissie gesignaleerde strekking. In het kader van staatssteunonderzoeken kunnen in de ruling onderschreven gecontroleerde transacties vergeleken worden met vergelijkbare ongecontroleerde transacties en de daaruit voortvloeiende belastingdruk.¹⁵⁵ Artikel 107 lid 1 VWEU verleent de Commissie dus de mogelijkheid om gecontroleerde transacties te toetsen aan de prijs en de voorwaarden die onder vrije mededinging tot stand komen.¹⁵⁶ Wanneer de Commissie een selectief voordeel signaleert dient deze afwijking wel verder te gaan dan *“on nauwkeurigheden die inherent zijn aan de methode die wordt toegepast om tot die benadering te komen.”*¹⁵⁷ Een afwijking ten opzichte van de referentieregeling resulteert dus niet automatisch in een selectief voordeel. Om een voordeel vast te kunnen stellen dienen wezenlijke fouten te zijn gemaakt in de onderbouwing en de toepassing van een verrekenprijsmethode. Verder staat het Gerecht de Commissie toe zelf een methode te kiezen om aan te tonen dat de verrekenprijzen die gehanteerd worden in een gecontroleerde transactie niet op zakelijke voorwaarden overeen zijn gekomen. De Commissie is immers niet gebonden aan de OESO-richtlijnen.¹⁵⁸ Wel moet de Commissie de methode die ze toepast rechtvaardigen door middel van een substantiële onderbouwing.¹⁵⁹ Ondanks dat de Commissie formeel niet gebonden kan worden aan de OESO-richtlijnen, moet zij deze wel in acht nemen wanneer een steunmaatregel beoordeeld wordt, omdat de OESO-richtlijnen een internationale standaard zijn voor het bepalen van verrekenprijzen.¹⁶⁰ Hierdoor meen ik dat de Commissie in formele zin niet gebonden wordt aan de OESO-richtlijnen, maar in materiële zin moet zij tot op zekere hoogte de OESO-richtlijnen wel meenemen in haar overwegingen.

¹⁵⁴ Fiat-Gerecht r.o. 141 en Starbucks-Gerecht r.o. 149.

¹⁵⁵ Fiat-Gerecht r.o. 142 en Starbucks-Gerecht r.o. 150.

¹⁵⁶ Fiat-Gerecht r.o. 143 en Starbucks-Gerecht r.o. 151.

¹⁵⁷ Fiat-Gerecht r.o. 144 en Starbucks-Gerecht r.o. 152.

¹⁵⁸ Fiat-Gerecht r.o. 152 en Starbucks-Gerecht r.o. 156.

¹⁵⁹ Fiat-Gerecht r.o. 146 en Starbucks-Gerecht r.o. 154.

¹⁶⁰ Fiat-Gerecht r.o. 147 en Starbucks-Gerecht r.o. 155.

Wat betreft het arm's length-beginsel hebben de belanghebbenden ter terechtzitting opgemerkt dat de Commissie haar standpunt met betrekking tot het arm's length-beginsel lijkt te hebben gewijzigd. De Commissie stapte tijdens de zitting al af van het principe dat het arm's length-beginsel een EU-rechtelijk beginsel is. Het Gerecht oordeelde dat deze opvatting juist is. Doordat de nationale heffingsregels voorschrijven dat de winst van ondernemingen, geïntegreerd of niet, op dezelfde wijze wordt belast, staat het de Commissie vrij te toetsen of deze transacties leiden tot een "*normale*" belastingheffing volgens de nationale heffing. Het Gerecht benadrukt dat bij de huidige stand van het EU-recht de Commissie niet zelfstandig kan bepalen wat deze "*normale*" belastingheffing is.¹⁶¹ Er lijkt dus geen sprake van een Europees arm's length-beginsel te zijn, maar van een toetsingsinstrument aan de hand waarvan prijzen op een nationaal niveau kunnen worden vergeleken. Het uitgangspunt blijft dus de nationale wet en de Commissie kan via het staatssteuninstrument geen harmonisering van verrekenprijzen bewerkstelligen.

4.3.2. Starbucks

In de zaak Starbucks heeft de Commissie een kleine tik geïncasseerd. Ik bagatelliseer deze tik doordat de Commissie, zoals uit de vorige paragraaf al bleek, op enkele principiële punten in het gelijk is gesteld. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de Commissie onvoldoende heeft aangetoond dat aan SMBV een selectief voordeel was verstrekt via de desbetreffende APA en bijgevolg daarvan heeft zij de onderhavige beschikking vernietigd.

Wattel vindt dat het Gerecht formalistisch is geweest in haar beoordeling van de steunmaatregel.¹⁶² Het Gerecht baseert haar oordeel voornamelijk op de letterlijke verwoording dat de Commissie aan dient te tonen dat de steunmaatregel – in het onderhavige geval de SMBV APA – een selectief voordeel verstrekt en niet dat an sich staatssteun verleend wordt.¹⁶³ De formele benadering van het Gerecht uit zich mijns inziens in de volgende punten:

- i) De Commissie had volgens het Gerecht moeten stellen dat de royalty onzakelijk was en een lagere waarde had moeten hebben. Echter stelde de Commissie dat de royalty geen waarde vertegenwoordigt, wat het Gerecht als onvoldoende bewezen beschouwde.¹⁶⁴

¹⁶¹ Starbucks-Gerecht r.o. 159.

¹⁶² Wattel 2019, p. 2425.

¹⁶³ Starbucks-Gerecht r.o. 194 en 197.

¹⁶⁴ Starbucks-Gerecht r.o. 365-367 en 372-373.

- ii) De prijs van de koffiebonen is niet vastgelegd in de APA en daarom kan het Gerecht de zakelijkheid van deze prijs niet in overweging nemen.¹⁶⁵ Of al dan niet een voordeel is verstrekt doet namelijk niet ter zake in de beoordeling van de APA.
- iii) Het Gerecht stipt meermaals aan dat de Commissie niet heeft voldaan aan de haar opgelegde motiveringsplicht die voortvloeit uit artikel 296 lid 2 VWEU.¹⁶⁶ De Commissie signaleert dat er steunelementen zijn, maar onderbouwt deze niet voldoende om exact aan te kunnen tonen tot welke omvang een voordeel is verstrekt.

Een ander punt dat betwist werd in deze zaak is of de CUP-methode had moeten worden toegepast in plaats van de TNMM. Het Gerecht signaleert hier dat de Commissie een verkeerde opvatting heeft van hetgeen is overeengekomen in de APA. De Commissie betoogde in haar beschikking dat via de CUP-methode een zakelijke royalty bepaald had kunnen worden. In de APA werd echter een zakelijke verrekenprijs overeengekomen voor de vergoeding van de activiteiten van SMBV en niet voor de royalty die aan Alki LP werd betaald. Desalniettemin gaat het Gerecht in op de voorkeur die de Commissie heeft voor de toepassing van de CUP-methode in plaats van de TNMM. Zij bevestigt nogmaals dat de Commissie vrij is in het toepassen van een eigen verrekenprijsmethode om te toetsen of een verrekenprijs een zakelijke vergoeding vertegenwoordigt. Dit wil niet zeggen dat de Commissie een verplichting tot het gebruik van een bepaalde verrekenprijsmethode kan opleggen. Alle verrekenprijsmethoden hebben immers als uitgangspunt dat een zakelijke vergoeding bepaald wordt.¹⁶⁷ Methodologische fouten in een verrekenprijsanalyse resulteren niet per definitie in een onzakelijke prijs en daarom is het enkele feit dat een TNMM al dan niet verkeerd wordt toegepast onvoldoende bewijs om te concluderen dat een steunmaatregel is afgegeven door een lidstaat.¹⁶⁸

4.3.3. Fiat

In het kader van de aan FFT verleende APA door Luxemburg was het Gerecht wel van oordeel dat er staatssteun was verleend. Volgens Wattel niet verassend, doordat de winstmarges in zijn ogen overduidelijk te laag en daarmee onzakelijk waren.¹⁶⁹ Het Gerecht beoordeelde de APA aan de hand van een vijftal fouten die de Commissie Luxemburg verweet in de methodologie waarmee de verrekenprijs was bepaald.¹⁷⁰ Dit betreffen de volgende fouten:

¹⁶⁵ Starbucks-Gerecht r.o. 374, 391 en 403.

¹⁶⁶ Zie bijvoorbeeld Starbucks-Gerecht r.o. 428.

¹⁶⁷ Starbucks-Gerecht r.o. 202.

¹⁶⁸ Starbucks-Gerecht r.o. 209-213

¹⁶⁹ Wattel 2019, p. 2425

¹⁷⁰ Fiat-Gerecht r.o. 191-195.

1. Het eigen vermogen van FFT had niet mogen worden opgesplitst en er had derhalve één enkel percentage moeten worden toegepast op het totale boekhoudkundige eigen vermogen van FFT.
2. Luxemburg had het gebruik van het hypothetisch toetsingsvermogen gebaseerd op de minimale kapitalisatiegraad niet mogen goedkeuren.
3. Het bedrag van dat hypothetische toetsingsvermogen was onjuist berekend.
4. Luxemburg heeft onterecht de deelnemingen van FFT buiten beschouwing gelaten.
5. Het rendementspercentage van 6,05% is volgens de Commissie te laag.

De eerste fout heeft betrekking op de toepassing van de TNMM. De Commissie meent dat voor de toepassing van deze methode het kapitaal niet gesplitst mag worden. Door deze splitsing wordt een verkeerde kostenbasis als *profit indicator* gebruikt voor de toepassing van de TNMM. Het Gerecht merkt op dat zowel onder de Luxemburgse wet- en regelgeving als onder de OESO-richtlijnen het splitsen van het eigen vermogen als *profit indicator* niet verboden is, maar ook niet expliciet toegestaan wordt. Doordat een splitsing van het vermogen volgens het Gerecht grijs gebied betreft, meende zij te onderzoeken of een splitsing van het kapitaal in het onderhavige geval “*passend*” was.¹⁷¹ Het Gerecht meende dat een splitsing in dit geval niet passend was aan de hand van de volgende elementen: i) de splitsing van het vermogen kon niet gerechtvaardigd worden door de noodzaak om verschillende functies van FFT te vergoeden, doordat de splitsing geen verband hield met de verschillende activiteiten die voortvloeiden uit de functionele analyse in het verrekenprijsrapport;¹⁷² ii) en het vermogen dat toegerekend werd aan de dochterondernemingen was naar zijn aard vervangbaar, doordat het gehele vermogen van FFT blootgesteld werd aan risico's en niet slechts het bedrag dat overeenkwam met de minimale kapitalisatiegraad.¹⁷³ Het Gerecht meent dat daarom een zakelijke vergoeding moet worden berekend over het gehele eigen vermogen van FFT zonder dat gedifferentieerd wordt in meerdere rendementsklassen.

Het Gerecht stelt dat de minimale kapitalisatiegraad, gebaseerd op het Basel II-akkoord, geen winstindicator is maar enkel de uitvoering van een verplichting die gereguleerde financiële instellingen is opgelegd.¹⁷⁴ Hierdoor meende zij dat ook deze fout niet gerechtvaardigd kon worden. Doordat

¹⁷¹ Fiat-Gerecht r.o. 229.

¹⁷² Fiat-Gerecht r.o. 231-232.

¹⁷³ Fiat-Gerecht r.o. 238-239.

¹⁷⁴ Fiat-Gerecht r.o. 254-255.

daarnaast de vergoeding aan de hand van het CAPM verkeerd was bepaald, meende zij niet in te hoeven gaan op de derde fout.¹⁷⁵

Het eigen vermogen van FFT dat de deelnemingen in twee dochterondernemingen vertegenwoordigde, moest volgens het Gerecht ook meegenomen te worden in de *profit indicator*. Dat deze lichamen geen belastbare winst genereren voor FFT, doet niet af aan het feit dat het aangehouden vermogen kan worden aangewend binnen de onderneming, bijvoorbeeld voor het afbetalen van schuldeisers. Het Gerecht meende dat de argumenten van Luxemburg ook deze fout niet konden rechtvaardigen.

Luja was benieuwd in hoeverre het Gerecht zou afstappen van haar 'gewone' marginale toetsing voor de rulingzaken.¹⁷⁶ Zoals hij stelt staat een uitgebreide analyse aan de wieg van de verrekenprijsproblematiek en strookt dit niet met de doorgaans marginale toetsing van het Gerecht. Doordat het Gerecht echter reeds op grond van de eerste vier fouten een voordeel signaleerde, meende zij dat behandeling van de vijfde vraag overbodig was. Op het verwachte rendement dat de belastingadviseur had bepaald via het CAPM valt wat mij betreft ook wat af te dingen. Voornamelijk heb ik moeite met de benadering van de bèta. Deze is ten eerste gebaseerd op een groep niet-representatieve bedrijven, ten tweede is de bèta voor deze bedrijven berekend aan de hand van het volledige eigen vermogen in plaats van de minimale kapitalisatiegraad en ten derde is de gekozen bèta substantieel lager dan de waarde van de mediaan. Ik meen dat het Gerecht, mocht het zover zijn gekomen, dit verwachte rendement als onzakelijk had bestempeld.

4.4. Staatssteun en transfer pricing – tussenstand en voortuitblik

Wattel stelt naar aanleiding van de uitspraken van het Gerecht dat de vlag uit kan bij de Commissie, doordat zij op de principiële punten in het gelijk is gesteld.¹⁷⁷ Ik kan mij niet helemaal vinden in hetgeen Wattel stelt. Allereerst breng ik in herinnering dat de Commissie in eerste instantie leek in te zetten op een Europees arm's length-beginsel. Zoals Wisman stelt is het beginsel afgezwakt tot een toetsingsinstrument dat weliswaar zijn grondslag vindt in het EU-recht, maar enkel kan toetsen aan de hand van nationale wet- en regelgeving.¹⁷⁸ Een gevolg hiervan is dat de Commissie geen verplichting kan opleggen tot het hanteren van bepaalde verrekenprijsmethoden, deze beoordeling is

¹⁷⁵ Fiat-Gerecht r.o. 264-266.

¹⁷⁶ Luja 2015, p. 869.

¹⁷⁷ Wattel 2019, p. 2425.

¹⁷⁸ Muller, *Taxlive.nl* 23 oktober 2019.

onderdeel van de soevereiniteit van haar lidstaten. Het staatssteunverbod kan dus enkel de nationale onzakelijke elementen van een gecontroleerde transactie corrigeren en niet de gevolgen van dispariteiten tussen de verschillende belastingstelsels. Wanneer de lidstaten de OESO-richtlijnen consequent toepassen, zal de Commissie het staatssteuninstrument dan ook niet kunnen inzetten om situaties van dubbele niet-heffing of groepsheffing tegen een laag effectief tarief te bestrijden.

Uit de arresten van het Gerecht – met in het bijzonder Starbucks – blijkt dat de Commissie in haar enthousiasme geremd wordt door de formele houding van het Gerecht. De Commissie moet zeer expliciet benadrukken en weergeven wat zij precies een voordeel acht en wat de omvang van dat voordeel is. Wanneer de Commissie meent dat een APA een steunelement bevat, kan zij niet alle gecontroleerde transacties van het desbetreffende lichaam onder de loep nemen, maar enkel de gecontroleerde transacties die door de APA als zakelijk worden bestempeld.

De Commissie heeft echter ook successen geboekt met haar actieve handhaving van het staatssteuninstrument. Uit het staatssteunverbod volgt een autonoom toetsingsinstrument, dat losstaat van de implementatie van een arm's length-beginsel in de nationale wet- en regelgeving, wat door Ierland en Apple werd betwist. Het argument van Ierland en Apple dat vereist is dat dit arm's length-beginsel geïmplementeerd is in de Ierse winstbepalingsregels, wordt dan ook vermoedelijk opzijgeschoven door het Gerecht. Doordat deze zaak naast het principiële belang voor Ierland een groot financieel belang heeft voor Apple, vermoed ik dat het laatste woord in deze zaak uiteindelijk van het HvJ zal komen. Het HvJ zal in deze zaak zich waarschijnlijk alleen uitlaten over de feiten en omstandigheden van de individuele zaak. FFT is namelijk inmiddels in hoger beroep gegaan bij het HvJ en ik verwacht dat het HvJ zich in deze zaak zal buigen over de principiële aspecten van het arm's length-beginsel, ten einde duidelijkheid te scheppen. Een voorlopig eindoordeel over het bestaan en de invulling van een Europees arm's length-beginsel verwacht ik dan ook naar aanleiding van dit arrest.

4.5. Deelconclusie

Het Gerecht lijkt voorlopig niet mee te willen in het enthousiasme van de Commissie om *fair taxation* te bewerkstelligen via het staatssteuninstrument. Zij benadrukt in de zaak Starbucks meermaals dat de Commissie moet voldoen aan haar motiveringsplicht en daarnaast dient de Commissie duidelijk(er) te zijn over hetgeen zij precies aanmerkt als steunmaatregel. Door een onderzoek te baseren op een APA, kan zij enkel de aldaar overeengekomen transacties onderzoeken, wat mijns inziens een terechte conclusie is. In dit hoofdstuk heb ik aan de hand van de staatssteunbeschikkingen van de Commissie en de arresten van het Gerecht de volgende deelvraag behandeld:

- *Welke invulling aan het arm's length-beginsel vloeit voort uit de staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie en de samenhangende jurisprudentie van het HvJ?*

Uit de arresten van het Gerecht maak ik op dat er voorlopig geen Europees arm's length-beginsel voortvloeit uit het verbod op staatssteun. Het Gerecht benadrukt dat het EU-recht in zijn huidige vorm geen mogelijkheid schept tot een Europese invulling van het arm's length-beginsel. De nationale vennootschapsbelasting is de referentieregeling in een staatssteunprocedure en dit stelsel dient dan ook het uitgangspunt te zijn van een onderzoek van de Commissie. Het staatssteuninstrument geeft de Commissie wel de mogelijkheid te toetsen of gecontroleerde transacties resulteren in een zakelijke heffing, ongeacht of de nationale winstbepalingsregels een zakelijke prijszetting vereisen of een onzakelijke prijszetting corrigeren. Deze zakelijke heffing dient zij echter te baseren op transacties die onder vrije mededinging tot stand zijn gekomen en de heffing die als gevolg van de referentieregeling daaruit voortvloeit.

5. Samenvatting en conclusie

Aan de hand van drie deelvragen is beschouwd op welke wijze Nederland het arm's length-beginsel heeft geïmplementeerd in haar fiscale winstbepalingsregels, wat het objectieve toetsingskader voor staatssteun is en in hoeverre op EU-niveau er een autonoom arm's length-beginsel voortvloeit uit het verbod op staatssteun. In dit laatste hoofdstuk zal ik kort mijn bevindingen uiteenzetten om een antwoord formuleren op de volgende onderzoeksvraag:

Behelst het verbod op staatssteun een zelfstandig arm's length-beginsel; en zo ja, in hoeverre verschilt dit van het arm's length-beginsel in de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels?

Voor de invoering van artikel 8b Wet VpB gaf Nederland al toepassing aan het arm's length-beginsel via het totaalwinstbeginsel. Internationaal luidde de kritiek dat de werking van het arm's length-beginsel onvoldoende gewaarborgd was binnen de Nederlandse fiscale winstbepalingsregels door het ontbreken van een wettelijke bepaling waarin dit beginsel was vervat. Ten einde deze kritiek te doen verstommen is er voor gekozen dit beginsel nadrukkelijk van toepassing te verklaren door het te codificeren in de Wet VpB. Voor deze bepaling is aangesloten bij artikel 9 van het OESO-modelverdrag en via het Verrekenprijsbesluit wordt een doorwerking van de OESO-richtlijnen in het Nederlandse fiscale stelsel geëffectueerd. Uit dit besluit vloeit voort dat de OESO-richtlijnen in principe directe

toepassing vinden binnen de fiscale winstbepalingsregels en daar waar de OESO-richtlijnen ruimte laten voor eigen invulling wordt de visie van Nederland weergegeven in het Verrekenprijsbesluit.

In het derde hoofdstuk zijn de cumulatieve criteria van het staatssteunverbod uit artikel 107 lid 1 VWEU uiteengezet. Hier kwam ter sprake dat voor steunmaatregelen die zien op verrekenprijsafspraken voornamelijk het voordeel- en het selectiviteitscriterium onderwerp van discussie zijn. Binnen het selectiviteitscriterium is daarnaast nog een belangrijke factor in hoeverre gelieerde en niet-gelieerde lichamen zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden. Deze vraag is voornamelijk relevant doordat de referentieregeling aan de hand waarvan selectiviteit wordt aangetoond slechts de lichamen betreft die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden.

De inhoud van deze twee hoofdstukken droeg bij aan de vorming van een theoretisch kader dat in het laatste hoofdstuk gedeeltelijk is toegepast op de rulingzaken. Daarvoor is beschouwd wat de opvatting van de Commissie is in haar staatssteunbeschikkingen en wat het Gerecht tot dusver heeft geoordeeld in de samenhangende zaken. Uit de Fiat en Starbucks zaak blijkt dat er bij de huidige stand van het EU-recht geen mogelijkheid bestaat voor de Commissie om een Europees arm's length-beginsel te hanteren; bijgevolg kan de Commissie geen eigen interpretatie van wat precies 'at arm's length' is opleggen aan haar lidstaten. Het uitgangspunt van een staatssteunprocedure die betrekking heeft op een fiscale steunmaatregel is en blijft voorlopig daardoor de nationale wet- en regelgeving. Wel dienen, beredeneerd vanuit de doelstelling van de vennootschapsbelasting, gelieerde en niet-gelieerde lichamen aan een gelijkwaardige heffing te worden onderworpen. De Commissie heeft daarom de bevoegdheid om gecontroleerde en ongecontroleerde transacties met elkaar te vergelijken en kan in het kader van het staatssteuninstrument toetsen of een gecontroleerde transactie in feite een selectief voordeel oplevert voor het begunstigde lichaam ten opzichte van vergelijkbare ongecontroleerde transacties.

De actieve handhaving van het staatssteuninstrument lijkt voor Nederland tot op heden weinig tot geen gevolgen te hebben. Wanneer de Belastingdienst de toepassing van het Nederlandse arm's length-beginsel waarborgt, is er geen sprake van een selectieve bevoordeling van een groepsonderneming en wordt derhalve niet voldaan aan de cumulatieve criteria van het staatssteunverbod. Voor lidstaten die geen arm's length-beginsel hanteren binnen hun fiscale winstbepalingsregels hebben de Fiat en Starbucks zaak wel gevolgen. Deze landen dienen, wanneer hun fiscale stelsel gebaseerd is op de *separate entity approach* en gelieerde lichamen derhalve op

eenzelfde wijze worden belast als niet-gelieerde lichamen, te handhaven dat gecontroleerde en ongecontroleerde transacties naar nationale maatstaf in eenzelfde heffing resulteren en niet in een selectief voordeel voor gelieerde lichamen.

Voorlopig lijkt de angst voor het staatssteunverbod als een middel om de vennootschapsbelasting binnen de EU te harmoniseren ongegrond te zijn. De Commissie heeft een voorzichtige draai om de oren gekregen van het Gerecht en kan niet als supranationale Belastingdienst haar lidstaten verplichten een bepaalde verrekenprijsmethode te vereisen of op andere wijze de verrekenprijsregels te harmoniseren. Echter benadruk ik 'voorlopig', doordat het HvJ zich nog niet gebogen heeft over deze kwestie. Wat dat betreft is het afwachten totdat de zaken Apple en Fiat uitgeprocedeerd zijn voordat een voorlopig eindoordeel kan worden geveld over een Europees arm's length-beginsel.

6. Literatuurlijst

Artikelen

Buelens & Jansen 2015

H. Buelens & P. Jansen, 'Tax rulings in Nederland: much ado about nothing of verboden staatssteun?', *NTER* 2015, p. 72-80 (afl. 3).

Hagelin 2018

J. Hagelin, 'International: Retroactive Application of the OECD Transfer Pricing Guidelines for Interpretation in Transfer Pricing Issues', *International Transfer Pricing Journal*, 2018/6 (Volume 25).

Luja 2015

R.H.C. Luja, 'Fiscale rulings en staatssteun', *NJB* 2015/678.

Luja 2016

R.H.C. Luja, 'Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?', *EC Tax Review*, 2016.

Smit 2016

D.S. Smit, 'BEPS en het Europese arm's-length-beginsel', *WFR* 2016/162.

Vleggeert 2019

J. Vleggeert, 'Fiscale Staatssteun: hoe soeverein zijn de lidstaten nog?', *WFR* 2019/2.

Wattel 2016

P.J. Wattel, 'Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle', *Intertax* 2016/11 Volume 44.

Wattel 2019

P.J. Wattel, 'Starbucks, Fiat en het arm's length beginsel', *NJB* 2019/2050.

Wolffers 2015

B. Wolffers, 'De gemeenschappelijke eigenschappenbenadering in fiscale staatssteunzaken', *TFB* 2015, nr. 7.

Boeken en internetbronnen

Almunia 2014

J. Almunia, toespraak op het European Competition Forum van 11 februari 2014 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2020).

De Graaf, Kavelaars & Stevens 2019

A.C.G.A.C. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Kroes, *The Guardian* 1 september 2016

N. Kroes, 'Why EU state aid is not the right tool to fight tax avoidance', *The Guardian* 1 september 2016.

Muller, *Taxlive.nl* 23 oktober 2019

M. Muller, 'Starbucks is tik op de vingers van de Europese Commissie', *Taxlive.nl* 23 oktober 2019.

Vakstudie Inkomstenbelasting

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird, P.A.M. Pijnenburg, T.W.A.M. Raijmann & L.J. Verhoeven (red.), *Inkomstenbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie), Deventer: Kluwer (online).

Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht

P.A.G.M. Cools, F.P.G. Pötgens & L.G. Zuliani (red.), *Nederlands Internationaal Belastingrecht* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie), Deventer: Kluwer (online).

Vakstudie Vennootschapsbelasting

J.B.H. Albers, W.J. van der Avoird & P.A.M. Pijnenburg (red.), *Vennootschapsbelasting* (Fiscale Encyclopedie De Vakstudie), Deventer: Kluwer (online).

NEDERLAND

Wetten

Grondwet

Burgerlijk Wetboek, boek 7

Wet op de Inkomstenbelasting 2001

Wet op de Vennootschapsbelasting 1969

Grondwet van het Koninkrijk Zweden

Besluiten

Besluit van 22 april 2018, *Stcrt.* 2018, 26784 (Verrekenprijsbesluit).

Besluit van 19 juni 2019, *Stcrt.* 2019, 13003 (Besluit vooroverleg rulings met een internationaal karakter)

Parlementaire stukken

Kamerstukken II 2000/01, 27505, 1

Kamerstukken II 2000/01, 28034, 5

Kamerstukken II 2001/02, 28034, 3 (MvT)

Kamerstukken II, 2017/18, 25087, 180

Kamerstukken II, 2017/18, 25087, 187

Kamerstukken II, 2018/19, 25087, 237

EU

Verdragen

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

Verdrag betreffende de Europese Unie

Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (EU-arbitrageverdrag)

Verordeningen

Verordening (EU) 2015/1589 van 13 juli 2015, *PbEU* 2015, L 248

Richtlijnen

Richtlijn (EU) 2006/111/EG van 16 november 2006, *PbEG* L 311 (“overheidsbedrijf”)

Richtlijn (EU) 2016/1164 van 12 juli 2016, *PbEU* 2016, L 193 (ATAD1).

Richtlijn (EU) 2017/952 van 29 mei 2017, *PbEU* 2017, L 144 tot wijziging van ATAD1 (ATAD2).

Mededelingen van de Europese Commissie

Mededeling van de Commissie EG van 10 december 1998, *PbEG* 1998, C 384/03

Mededeling van de Europese Commissie van 11 juni 2014, *IP/14/663*

Mededeling van de Europese Commissie van 21 oktober 2015, *IP/15/5880*

Mededeling van de Europese Commissie van 19 juli 2016, *PbEU* 2016, C 262/01

Staatssteunprocedures; samenhangende beschikkingen en jurisprudentie

APPLE SA. 38373 (2014/C ex 2016/CR)

Besluit van de Europese Commissie van 4 oktober 2017

STARBUCKS SA. 38374 (2014/C ex 2014/NN)

Besluit van de Europese Commissie van 21 oktober 2015

Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16 (*Nederland & Starbucks/Commissie*)

FIAT SA. 38375 (2014/C ex 2014/NN)

Besluit van de Europese Commissie van 21 oktober 2015

Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 en T-759/15 (*Luxemburg & Fiat/Commissie*)

BELGIAN EXCESS PROFIT SA. 37667 (2015/C ex 2015/NN)

Besluit van de Europese Commissie van 11 januari 2016 betreffende de staatssteunregeling inzake vrijstelling van overwinst punt

OESO

OESO 2013

OESO (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing

OESO 2017a

OESO (2017), Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing

OESO 2017b

OESO (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris

7. Jurisprudentielijst

Hof van Justitie (EG/EU)

HvJ EG 2 juli 1974, C-173/73 (*Italië/Commissie*)

HvJ EG 27 maart 1980, C-61/79 (*Denkavit Italiana*)

HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92 (*Banco Exterior de España*)

HvJ EG 11 juli 1996, C-39/94 (*SFEI/La Poste*)

HvJ EG 29 april 1999, C-342/96 (*Spanje/Commissie*)

HvJ EG 8 november 2001, C-143/99, (*Adria-Wien Pipeline GmbH*)

HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217/03 (*België & Forum 187/Commissie*)

HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78/08 tot en met C-80/08 (*Paint Graphos*)

HvJ EU 15 november 2011, C-106/09, *NTFRi* 2011/2858, m.nt. Kiekebeld (*Commissie/Gibraltar*)

HvJ EU 29 maart 2012, C-417/10 (*3M Italia*)

HvJ EU 18 juli 2013, C-6/12 (*P Oy*)

HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14 (*Commissie/MOL*)

HvJ EU 21 december 2016, gevoegde zaken C-20/15 en C-21/15 (*World Duty Free*)

Gerecht van eerste aanleg (EG/EU)

Gerecht EG 15 juni 2003 (*Alzetta Mauro/Commissie*)

Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-755/15 en T-759/15 (*Luxemburg & Fiat/Commissie*)

Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16 (*Nederland & Starbucks/Commissie*)

Hoge Raad

HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, BNB 2002/343c

8. Appendix

Appendix B: HvJ EU 8 september 2011, gevoegde zaken C-78-08 tot en met C-80/08, rechtsoverweging 50 (*Paint Graphos*).

“In dat verband volgt uit alle aanwijzingen waarover het Hof beschikt dat met het oog op de berekening van de belasting over het inkomen van rechtspersonen, de belastinggrondslag voor de betrokken productie- en arbeidscoöperaties op dezelfde wijze wordt bepaald als voor andere soorten vennootschappen, dat wil zeggen afhankelijk van de nettowinst uit ondernemingsactiviteiten aan het einde van het belastingjaar. Er moet dus van worden uitgegaan dat de vennootschapsbelasting het juridische referentiestelsel is aan de hand waarvan moet worden bepaald of de betrokken maatregel mogelijkerwijs selectief is.”

Appendix B: HvJ EG 22 juni 2006, gevoegde zaken C-182/03 en C-217-03, rechtsoverweging 95 (*België & Forum 187/Commissie*).

“Om na te gaan of de vaststelling van de belastbare inkomsten als voorzien in de regeling voor coördinatiecentra, deze een voordeel verschaft, moet de genoemde regeling, zoals de Commissie in punt 95 van de bestreden beschikking suggereert, worden vergeleken met de algemene regeling, die is gebaseerd op het verschil tussen lasten en baten van een onderneming die haar bedrijf uitoefent in een omgeving waarin vrije mededinging heerst.”

Appendix B: Een beschouwing van het verrekenprijssrapport van FFT.

De volgende vier stappen werden doorlopen in het rapport:

- i) Allereerst werd een schatting gemaakt van het risicodragend kapitaal van FFT. Hiervoor sloot de adviseur aan bij het Basel II-akkoord, een raamwerk aan de hand waarvan banken en andere (gereguleerde) financiële instellingen een minimale kapitalisatiegraad moeten aanhouden. Deze berekeningen resulteerden in de volgende kapitalisatie-eis voor FFT:

Minimale kapitaaleis voor:	Voor het jaar 2011 (bedragen x 1000 euro)
<i>Operationeel risico</i>	0,938
<i>Default risico van de wederpartij</i>	2,603
<i>Wisselkoersrisico</i>	0
<i>Kredietrisico</i>	24,982
<i>Minimale kapitalisatiegraad volgens het Basel II-akkoord¹⁷⁹</i>	28,523

- ii) De adviseur bracht dit bedrag in aftrek van het boekhoudkundig eigen vermogen dat op de balans stond in het jaar 2011. Hierop bracht hij tevens het vermogen in mindering dat correspondeerde met de deelneming in twee dochterondernemingen in de VS en Canada, FFNA en FFC. Het vermogen werd daardoor gesplitst in onderstaande categorieën:

Categorie	Boekhoudkundig EV in 2011 (x 1000 euro)
<i>Minimale kapitalisatiegraad volgens het Basel II-akkoord</i>	28,523
<i>Eigen vermogen aangehouden voor deelnemingen</i>	165,244
<i>Eigen vermogen voor de operationele activiteiten</i>	93,71
<i>Totale eigen vermogen</i>	287,477

- iii) De derde stap was het bepalen van het verwachte rendement over de verschillende categorieën kapitaal waarover FFT volgens de adviseur beschikte.

Ten eerste werd het verwachte rendement over het risicodragend kapitaal berekend via het *Capital Asset Pricing Model* (hierna: 'CAPM'). Het CAPM wordt gebruikt om het minimumrendement te

¹⁷⁹ Fiat-beschikking punten 58-59

berekenen dat aandeelhouders willen behalen voor het beschikbaar stellen van vermogen en het daarmee gepaard gaande risico. Dit rendement wordt berekend aan de hand van de volgende formule:

$$\text{Verwacht rendement voor belastingen (T)} = (\text{risicovrije rente} + \text{bèta} \times (\text{verwacht marktrendement} - \text{risicovrije rente})) \times (1 - T)$$

De adviseur van FFT heeft hiervoor de volgende inputvariabelen bepaald en gebruikt:

- Een risicovrije rente van 2,85% gebaseerd op het gemiddelde van de 10-jaars Duitse staatsobligaties over het jaar 2011.
- De bèta bedroeg 0,29, tegenover een gemiddelde bèta van 1,00. Bepaald aan de hand van, volgens de adviseur, 66 vergelijkbare bedrijven die financial services aanboden. De adviseur koos vervolgens voor een bèta uit het 25^{ste} percentiel van de reeks, zonder verdere onderbouwing van deze keuze.¹⁸⁰
- Een risicopremie over het eigen vermogen van 5% voor Luxemburg.
- Het gecumuleerde Luxemburgse vennootschapsbelastingtarief van 28,80%

Dit resulteerde in een verwacht rendement op eigen vermogen voor belastingheffing van 6,05%.¹⁸¹

Met betrekking tot het resterende functionele kapitaal werd de korte termijn depositorente gebruikt, volgens de adviseur bedroeg deze toentertijd 0,87%.¹⁸²

De adviseur stelde vervolgens in het verrekenprijsrapport dat voor het eigen vermogen dat werd toegerekend aan de dochterondernemingen het zakelijk was dat hier geen vergoeding tegenover stond.¹⁸³ Deze keuze werd als gerechtvaardigd beschouwd doordat de dividenden uit deze deelnemingen waren vrijgesteld van heffing en geen verdere belastbare inkomsten uit de deelnemingen werden genoten.

- iv) De laatste stap was het combineren van al deze gegevens om de totale vergoeding voor FFT te bepalen, gebaseerd op haar bezittingen en het risico dat zij liep. Deze vergoeding bestaat uit de volgende componenten:¹⁸⁴

¹⁸⁰ Fiat-beschikking punt 67.

¹⁸¹ Fiat-beschikking punten 63-65.

¹⁸² Fiat-beschikking punt 68.

¹⁸³ Fiat-beschikking punt 69

¹⁸⁴ Fiat-beschikking punt 70.

- a. **Een vergoeding voor het gedragen risico door FFT:** deze vergoeding werd bepaald aan de hand van de minimale kapitalisatiegraad zoals bepaald in stap 2, te vermenigvuldigen met het verwacht rendement voor belastingen zoals bepaald via het CAPM in stap 3.
- b. **Een vergoeding voor de functies van FFT:** hiervoor werd aangesloten bij het functionele kapitaal bepaald in stap 2 en werd het rendement gehanteerd voor korte termijn deposito's zoals genoemd in stap 3.

Kapitaalvergoeding	Winst voor belastingen in 2011 (x1000 Euro)
<i>Vergoeding voor het risico</i>	1.726 (28.523 X 6.05%)
<i>Vergoeding voor de functies</i>	0.816 (93.71 x 0.0087%)
<i>Vergoeding voor deelnemingen</i>	0
<i>Totale Winst voor belastingen</i>	2.542 (1.726 + 0.816)

De Luxemburgse Belastingdienst heeft in de betwiste ruling onderschreven dat de bovenstaande berekening resulteert in een arm's length-vergoeding voor de activiteiten van FFT.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Fiat-beschikking punt 72.