

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Erasmus School of Economics

Masterscriptie Fiscale Economie (Directe Belastingen)



Informatieasymmetrie tussen de OESO en de belastingplichtige

Een onderzoek naar de knelpunten en oplossingen ten aanzien van de verrekenprijswaardering van immateriële activa

Naam student: Jeroen Spinder
Studentnummer: 425505
Begeleider: Prof. Dr. P. Kavelaars
Tweede beoordelaar: L.C. van Hulten MSc
Datum definitieve versie: 11-9-2021

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

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	5
Hoofdstuk 1 Inleiding	6
1.1 Introductie en achtergrond	6
1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen	10
1.3 Toetsingskader	11
1.4 Afbakening.....	11
1.5 Opzet	11
Hoofdstuk 2 Immateriële activa	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Het Nederlands jaarrekeningenrecht.....	13
2.2.1 Grondslag en bronnen van het jaarrekeningenrecht	13
2.2.2 Het Burgerlijk Wetboek	14
2.2.3 Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving	15
2.2.3.1 Immateriële vaste activa	15
2.2.3.2 Materiële vaste activa.....	17
2.2.3.3 Financiële vaste activa	18
2.3 EU IFRS.....	19
2.3.1 Grondslag en relevantie	19
2.3.2 IAS 38.....	20
2.3.2.1 Immateriële vaste activa	20
2.3.2.2 Materiële en financiële vaste activa	20
2.4 Wet op de vennootschapsbelasting 1969	21
2.4.1 Inleiding	21
2.4.2 Bedrijfsmiddelen	22
2.4.3 Bijzondere bepalingen	25
2.5 OESO-richtlijnen	27
2.6 Deelconclusie.....	29
Hoofdstuk 3 Verrekenprijzen van immateriële activa	31
3.1 Inleiding	31
3.2 OESO-richtlijnen	31
3.2.1 Inleiding	31
3.2.2 Het toepassen van het at arm's length beginsel	32
3.2.2.1 De 'seperate entity approach'	32
3.2.2.2 Het karakteriseren van de transactie.....	33

3.2.2.2.1 Inleiding	33
3.2.2.2.2 De contractuele voorwaarden	34
3.2.2.2.3 De functionele analyse.....	34
3.2.2.2.4 De karakteristieken van goederen of diensten	37
3.2.2.2.5 De economische omstandigheden van de partijen en de markt waarin zij opereren.....	37
3.2.2.2.6 De ondernemingsstrategieën van de partijen	38
3.2.2.2.7 Vergelijkbare transacties	38
3.2.3 Verrekenprijsmethoden	39
3.2.3.1 Inleiding.....	39
3.2.3.2 Traditionele transactiemethoden	39
3.2.3.2.1 CUP-methode.....	39
3.2.3.2.2 Resale-minus methode	40
3.2.3.2.3 Cost-plus methode	41
3.2.3.3 Transactional-profit methoden	42
3.2.3.3.1 Transactional net margin methode	42
3.2.3.3.2 Profit-split methode.....	43
3.2.4 Het bepalen van de at arm's length verrekenprijs.....	43
3.2.5 Bijzondere regelgeving voor immateriële activa.....	45
3.3 De Nederlandse at arm's length bepaling	49
3.3.1 Verhouding tussen de totaalwinstbepaling en de at arm's length bepaling	49
3.3.2 Gelieerdheid	51
3.4 Documentatieverplichtingen.....	54
3.4.1 De standaard documentatieverplichting.....	54
3.4.2 De Europese gedragscode en aanvullende documentatieverplichtingen.....	56
3.5 Een Europees at arm's length beginsel	59
3.6 Deelconclusie.....	61
Hoofdstuk 4 Knelpunten en oplossingen	63
4.1 Inleiding.....	63
4.2 Algemene immateriële activa	63
4.2.1 Inleiding	63
4.2.2 Interne en externe vergelijkbare transacties	63
4.2.3 Gebruik van alternatieve waarderingmethoden en het at arm's length beginsel	66
4.3 Moeilijk te waarderen immateriële activa	68
4.3.1 Inleiding	68
4.3.2 De criteria van moeilijk te waarderen immateriële activa	68
4.3.3 De ex post benadering.....	71

4.3.3.1 De 20%-marge en het toetsingsmoment	71
4.3.3.2 Onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen en betrouwbaar bewijs	74
4.3.3.3 De navorderingstermijn	78
4.4 De toekomst van verrekenprijsmanipulatie	81
4.5 Deelconclusie.....	82
Hoofdstuk 5 Conclusie.....	84
5.1 Inleiding.....	84
5.2 Samenvatting.....	84
5.2.1 Hoofdstuk 2	84
5.2.2 Hoofdstuk 3	85
5.2.3 Hoofdstuk 4	89
5.3 Onderzoeksvraag.....	91
Bibliografie	92

Lijst met afkortingen

APA	Advance Pricing Agreement
Art.	Artikel
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BW	Burgerlijk Wetboek
CFC	Controlled Foreign Company
CUP-methode	Comparable uncontrolled price methode
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection en Exploitation
EC	Europese Commissie
EU-TPD	EU Transfer Pricing Documentation
FF	Forfaitair
FM	Fiscale Monografieën
G20	Groep van 20
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IAS	International Accounting Standard
IFRS	International Financial Reporting Standards
MAB	Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie
MBB	Maandblad Belasting Beschouwingen
MvT	Memorie van Toelichting
NDFR	Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht
NR	Nader Rapport
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-mv	OESO-modelverdrag
O&F	Onderneming en Financiering
RJ	Richtlijnen voor de jaarverslaggeving
R&D	Research and Development
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TNMM	Transactional Net Margin Method
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet VpB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WFR	Weekblad Fiscaal Recht

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Introductie en achtergrond

In de huidige economie speelt handel binnen internationale concernverhoudingen een grote rol. De OESO maakte in 2011 een schatting dat één derde van de wereldwijde handel plaatsvindt binnen concernverhoudingen¹, waarbij dit aandeel volgens de OESO steeds verder zal toenemen.² Deze handel bestaat uit transacties met zowel materiële activa³ als immateriële activa.⁴ Mede door de toenemende digitalisering en globalisering van de economie zal deze handel zich steeds meer verplaatsen van materiële activa naar immateriële activa.⁵ Deze ontwikkelingen brengen voor multinationals mogelijkheden met zich mee tot het verschuiven van winsten tussen landen waarin zij opereren. Door de prijzen op transacties binnen het concern zodanig aan te passen is het voor deze multinationals mogelijk om de belastinggrondslag in de hoog belaste jurisdictie te doen dalen, terwijl de belastinggrondslag in de laag belaste jurisdictie zal stijgen. Door het verschil in belastingtarief tussen deze twee jurisdicties leidt dit tot een lagere wereldwijde belastingdruk dan zonder prijsaanpassingen het geval zou zijn. Deze belastingbesparing maakt het voor bedrijven aantrekkelijk om belastinggrondslag van de hoog belaste jurisdictie naar de laag belaste jurisdictie te verschuiven, waarbij meer grondslagverschuiving doorgaans meer belastingbesparing tot gevolg zal hebben.⁶ Deze grondslagverschuiving kan worden bewerkstelligd door de gehanteerde verrekenprijs af te laten wijken van de zakelijke verrekenprijs, waarbij een grotere afwijking van de zakelijke verrekenprijs een grotere verschuiving van de belastinggrondslag betekent. Een naar winst strevende multinational zal indien de omstandigheden dat toelaten dus zoveel mogelijk de interne verrekenprijzen manipuleren om belasting te besparen. Dit leidt ertoe dat hoog belaste jurisdicties hun belastinggrondslag zien verschuiven naar jurisdicties waar deze grondslag niet of nauwelijks wordt belast. Het belang voor hoog belaste jurisdicties om verrekenprijsmanipulatie te voorkomen is dus groot.

Om uitholling van de grondslag van hoog belaste jurisdicties te bestrijden, wordt gebruik gemaakt van het at arm's length beginsel. Dit at arm's length beginsel kan worden gedefinieerd als het beginsel waarbij voor transacties tussen gelieerde partijen dezelfde voorwaarden en prijzen gelden die worden

¹ R. Lanz en S. Miroudot, *Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, Nr. 114, Parijs: OECD 2011, p.6.

² R. Lanz en S. Miroudot, *Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications*, OECD Trade Policy Papers, Nr. 114, Parijs: OECD 2011, p.7.

³ Bijvoorbeeld grondstoffen, halfproducten of eindproducten.

⁴ Bijvoorbeeld patenten, merknamen, software of onderzoek en ontwikkeling.

⁵ Zie bijvoorbeeld D.Andriessen, *Making sense of intellectual capital capital. Designing a method for the valuation of intangibles*. Burlington: Elsevier Butterworth-Heinemann 2004.

⁶ Tot de belastinggrondslag in de hoog belaste jurisdictie nihil bedraagt.

gehanteerd indien deze transacties worden overeengekomen tussen onafhankelijke partijen.⁷ Het beginsel is opgenomen in artikel 9 van het OESO-modelverdrag (art. 9 OESO-mv) en vloeit in de Nederlandse wetgeving voort uit artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting (art. 3.8 Wet IB 2001). Daarnaast heeft de wetgever ondanks de schakelbepaling in de vennootschapsbelasting die van toepassing is op art. 3.8 Wet IB 2001 ertoe besloten het at arm's length beginsel ook expliciet in de vennootschapsbelasting op te nemen in artikel 8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (art. 8b Wet VpB 1969).⁸ Ook bijna alle andere landen⁹ die zijn aangesloten bij de OESO of partners zijn hebben het arm's length beginsel wettelijk gecodificeerd.¹⁰

Hiermee lijken de problemen ten gevolge van verrekenprijsmanipulatie te zijn opgelost; interne transacties volgen het at arm's length beginsel en dus is deze vorm van grondslaguitholling verleden tijd. Toch blijkt dit niet het geval te zijn. De OESO benadrukt dat het toepassen van het at arm's length beginsel voor zowel belastingdiensten als belastingplichtigen problemen kan opleveren.¹¹ Een van deze problemen heeft betrekking tot de beschikbaarheid van informatie. Om een gehanteerde verrekenprijs te toetsen aan het at arm's length beginsel zijn verschillende methoden ontwikkeld, die allen in bepaalde mate afhankelijk zijn van de vergelijkbaarheid met andere (onafhankelijke) transacties of bedrijven. Een voorbeeld hiervan is de comparable uncontrolled price methode (CUP-methode), waarbij een interne transactie wordt vergeleken met een vergelijkbare onafhankelijke transactie en op basis daarvan wordt bepaald of een prijs at arm's length is. Een vergelijkbare transactie bestaat echter niet altijd, of is niet te vinden. Bovendien zouden multinationals kunnen proberen aan te tonen dat hun transactie op bepaalde punten toch verschilt van een vergelijkbare transactie tussen onafhankelijke partijen, waardoor de tussen de onafhankelijke partijen gehanteerde prijs niet de juiste verrekenprijs is. Ook andere verrekenprijsmethoden zoals de cost plus methode, de resale price methode, de transactionele nettomargemethode en de profit split methode zijn in belangrijke mate afhankelijk van de vergelijkbaarheid met onafhankelijke transacties of bedrijven.¹² Deze afhankelijkheid van informatie leidt ertoe dat het toepassen van het at arm's length beginsel meer inhoudt dan slechts het invoeren van een wettelijke bepaling.

⁷ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, onderdeel 2.1.

⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3, p.8.

⁹ Brazilië geldt als de enige uitzondering.

¹⁰ Transfer Pricing Country Profiles: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm

¹¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p.40.

¹² De keuze voor één van de verschillende methoden hangt af van de omstandigheden van de transactie en de beschikbare informatie. De OESO geeft, indien de omstandigheden dat toelaten, de voorkeur aan de CUP-methode.

De handel binnen concernverhoudingen verschuift zoals eerder benoemd steeds meer van materiële activa naar immateriële activa. Het onderscheid tussen deze soorten activa zit onder meer in de fysieke karakteristieken van het bedrijfsmiddel. De OESO definieert de immateriële activa als activa die geen fysieke of financiële bedrijfsmiddelen zijn, die eigendom kunnen zijn of gebruikt kunnen worden voor gebruik in commerciële activiteiten, en waarvoor tussen onafhankelijke partijen een vergoeding zou worden bedongen bij overdracht van het bedrijfsmiddel.¹³ Daarnaast zijn immateriële activa ook niet altijd terug te vinden op de balans, terwijl ze wel degelijk van hoge waarde kunnen zijn voor het concern en in belangrijke mate verantwoordelijk kunnen zijn voor de waardecreatie van dat concern.¹⁴ Het onderscheid tussen materiële en immateriële activa is voor verrekenprijzen van belang omdat de reguliere verrekenprijsmethoden in veel gevallen niet geschikt zijn om de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa te bepalen. Het doorgaans unieke karakter van een immaterieel actief heeft tot gevolg dat een vergelijkbare transactie met het immateriële actief vaak niet bestaat.

Naast grondslaguitholling kent verrekenprijsmanipulatie bij immateriële activa een bijkomend probleem ten opzichte van materiële activa. Wanneer de verrekenprijzen van materiële activa worden aangepast om winst te verschuiven, zijn hier kosten aan verbonden. Zo bestaat bij een grotere afwijking van de at arm's length verrekenprijs een grotere kans dat een autoriteit de prijs als onzakelijk beschouwt en hiertegen zal optreden. Om meer winst te kunnen verschuiven via transacties met materiële activa kunnen multinationals er daarom voor kiezen meer te gaan produceren. De afwijking van de at arm's length verrekenprijs blijft hierdoor beperkt, maar door de hogere hoeveelheid aan goederen waarop winstverschuiving plaatsvindt, zal de winstverschuiving toch kunnen stijgen. Voor het land dat hierdoor belastinggrondslag verliest, staat hiertegenover dat de economische activiteit in het land toeneemt: de productie neemt immers toe. Deze toename in economische activiteit ontbreekt wanneer winstverschuiving wordt bewerkstelligd via verrekenprijsmanipulatie met immateriële activa. Hierdoor verliest de hoog belaste jurisdictie enkel belastinggrondslag, zonder dat daar een toename in economische activiteit tegenover staat. Dit wordt ook wel een lumpsum verschuiving genoemd en dit maakt het belang van de handhaving van het at arm's length-beginsel voor immateriële activa nog belangrijker.

Om de problematiek rondom het bepalen van de verrekenprijs van immateriële activa op te lossen heeft de OESO in de verrekenprijrichtlijn hier een apart hoofdstuk aan gewijd.¹⁵ Vanwege het feit dat vergelijkbare transacties bijna niet te vinden zijn voor immateriële activa, wordt veelvuldig gebruik

¹³ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p.249.

¹⁴ J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, onderdeel 6.1.

¹⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, hoofdstuk 6.

gemaakt van de discounted cashflow methode. Hierbij wordt de waarde bepaald door de verwachte toekomstige kasstromen tegen contante waarde te waarderen. Hierdoor is geen vergelijkingsanalyse vereist, waardoor deze methode breder toepasbaar is bij immateriële activa dan de reguliere methoden. De OESO acht deze methode dan ook een belangrijk hulpmiddel in de bepaling van de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa.¹⁶

De discounted cashflow methode is echter ook niet altijd toepasbaar. In gevallen waarbij de verwachte toekomstige kasstromen een grote mate van onzekerheid kennen geeft de contante waarde van de toekomstige kasstromen geen betrouwbaar beeld van de waarde van het immateriële actief.¹⁷ Dit in combinatie met het ontbreken van vergelijkbare transacties maakt deze immateriële activa nog moeilijker te waarderen. Een actueel voorbeeld van zo'n immaterieel actief kan worden gevonden in de farmaceutische industrie. Bij de ontwikkeling van een COVID-19 vaccin speelt intellectueel eigendom een belangrijke rol. In het geval dat de rechten tot ontwikkeling van een vaccin binnen concernverhouding worden doorverkocht, wordt hier door de multinational een verrekenprijs voor in rekening gebracht. Hoe wordt echter bepaald of deze gehanteerde verrekenprijs at arm's length is? De toekomstige verwachte kasstromen zijn uiterst onzeker, omdat in de ontwikkelingsfase van het vaccin nog niet geheel duidelijk is hoe effectief het is, of het de markt zal bereiken en, zo ja, hoeveel doses verkocht zullen worden. Een vergelijkbaarheidsanalyse voor de rechten tot doorontwikkeling van een COVID-19 vaccin zal ook niet haalbaar zijn, gezien het unieke karakter van het actief. De OESO noemt deze specifieke activa dan ook moeilijk te waarderen activa. Andere voorbeelden van moeilijk te waarderen activa kunnen algoritmen¹⁸ of kunstmatige intelligentie¹⁹ zijn. In de transfer pricing richtlijn van de OESO wordt ook apart aandacht besteed aan deze moeilijk te waarderen immateriële activa, welke door de Staatssecretaris van Financiën in het verrekenprijsbesluit zijn overgenomen als passende uitleg en verduidelijking van het at arm's length beginsel in art. 8b Wet VpB 1969.²⁰ Ook wordt door de Staatssecretaris invulling gegeven aan het at arm's length beginsel voor zover door de OESO ruimte tot invulling is gelaten of sprake is van onduidelijkheid.

Door de afwezigheid van geschikte onafhankelijke verrekenprijsmethode voor bepaalde immateriële activa zijn de belastingdiensten voor het bepalen van de at arm's length prijs afhankelijk van de informatie die door de multinationals aan hen wordt verstrekt. De multinationals hebben meer informatie over de interne waarde van een immaterieel actief dan de belastingautoriteiten, maar zullen deze informatie niet graag willen prijsgeven. Aan deze informatieasymmetrie heeft de OESO ook

¹⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.157.

¹⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.189.

¹⁸ Bijvoorbeeld de gepersonaliseerde zoekmachine van Google.

¹⁹ Bijvoorbeeld de techniek die wordt gebruikt in zelfrijdende auto's.

²⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

aandacht besteed in een nieuw leerstuk betreffende moeilijk te waarderen immateriële activa²¹, welke ook door de Staatssecretaris in het Verrekenprijsbesluit zijn opgenomen. Bij dit besluit (en de richtlijn van de OESO) kunnen echter genoeg kanttekeningen worden geplaatst, bijvoorbeeld op het gebied van de criteria, de uitwerking van de bewijslast of de manier waarop de verrekenprijzen na afloop kunnen worden aangepast.

De toenemende handel binnen concernverhoudingen, de toenemende verschuiving van materiële activa naar immateriële activa door de digitalisering en globalisering van de economie en de recente richtlijnen van de OESO en het verrekenprijsbesluit van de Staatssecretaris maken het bepalen van at arm's length verrekenprijzen van immateriële activa een actueel onderwerp met toenemende belangen. De wet- en regelgeving van Nederland en de richtlijnen van de OESO die zijn ontwikkeld op het gebied van verrekenprijzen van immateriële activa leiden niet altijd tot de gewenste oplossingen. In deze scriptie zullen daarom de knelpunten rondom de at arm's length verrekenprijzen van immateriële activa op basis van de wet- en regelgeving van Nederland en de richtlijnen en leerstukken van de OESO worden onderzocht, waarvoor vervolgens mogelijke oplossingen voor zullen worden gezocht die in overeenstemming zijn met het at arm's length beginsel.

1.2 Onderzoeksvraag en deelvragen

Het onderzoek zal plaatsvinden aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

In hoeverre leidt de regelgeving ten aanzien van de waardering van immateriële activa tot knelpunten, en hoe zouden deze knelpunten kunnen worden opgelost?

Om antwoord te kunnen geven op de onderzoeksvraag zijn de volgende deelvragen opgesteld:

- *Wat zijn immateriële activa en hoe wordt het onderscheid tussen materiële en immateriële activa bepaald?*
- *Welke verrekenprijsmethoden en -regels vloeien voort uit de regelgeving die op dit moment bestaat met betrekking tot de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa, en op welke manier proberen zij deze at arm's length verrekenprijs te bepalen?*
- *Welke knelpunten hebben de toepassing van de huidige verrekenprijsregels van immateriële activa tot gevolg, en wat zijn mogelijke oplossingen om deze knelpunten te verhelpen?*

²¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.186 tot 6.195.

1.3 Toetsingskader

Bij de oplossingen die in hoofdstuk 4 aan bod komen dient rekening gehouden te worden met een aantal criteria. Zo is ten eerste van belang dat de oplossing doeltreffend is. Dit houdt in dat de doelstelling van het bepalen van een at arm's length verrekenprijs moet worden bereikt. Daarnaast is ook de doelmatigheid van belang. Het bepalen van een at arm's length verrekenprijs vereist van zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst inspanningen en middelen. In het geval van verrekenprijzen valt hierbij met name te denken aan de administratieve lasten. Een aanbeveling dient de daarmee verbonden vereiste inspanningen en middelen in ogenschouw te nemen.

1.4 Afbakening

Deze scriptie beperkt zich tot de waardering van immateriële activa voor toepassing van verrekenprijzen. Hierbij is dus alleen regelgeving relevant die van toepassing is op de bepaling van een at arm's length verrekenprijs. Regelgeving voor andere doeleinden valt buiten het bereik van deze scriptie. Daarnaast zal alleen regelgeving meegenomen worden die van toepassing is op Nederland, zoals de nationale wetgeving, de Europese wetgeving en de OESO-richtlijnen. Nationale regelgeving van andere landen wordt buiten beschouwing gelaten. Ten aanzien van de Nederlandse accountancystandaard zal alleen worden gekeken naar de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor middelgrote en grote rechtspersonen, de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor kleine rechtspersonen worden buiten beschouwing gelaten.

1.5 Opzet

Ten eerste zal in hoofdstuk 2 van de scriptie worden onderzocht wat immateriële activa inhouden. Hierbij is met name van belang hoe het onderscheid tussen een materieel en een immaterieel actief wordt gemaakt. De classificatie is van belang voor de regelgeving die op het actief van toepassing is. In dit hoofdstuk zullen zowel de fiscale als de economische en civielrechtelijke aspecten aan bod komen. In hoofdstuk 3 zal de regelgeving met betrekking tot de verrekenprijzen van immateriële activa worden bekeken. Hierbij zal uitgebreid worden ingegaan op de regelgeving zoals deze voortvloeit uit de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, de OESO-richtlijnen en de besluiten van de Staatssecretaris van Financiën. Ook zal het Europese at arm's length beginsel worden besproken op basis van een aantal arresten van het Hof van Justitie. Vervolgens zal in hoofdstuk 4 worden geanalyseerd welke knelpunten voortkomen uit de eerder besproken regelgeving aan de hand van een aantal voorbeelden. Voor deze knelpunten zal een aantal oplossingen worden voorgesteld en

onderbouwd. Ten slotte zullen de bevindingen worden besproken in hoofdstuk 5, waarin de hoofdstukken worden samengevat, de onderzoeksvraag wordt beantwoord en een conclusie wordt gevormd.

Hoofdstuk 2 Immateriële activa

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het immateriële actief centraal. Het doel van dit hoofdstuk is om te onderzoeken wat een immaterieel actief inhoudt en hoe het onderscheid tussen de verschillende soorten activa wordt gemaakt. Dit hoofdstuk zal deze vraag vanuit meerdere invalshoeken belichten. Ten eerste wordt onderzocht hoe de verschillende activa in het jaarrekeningenrecht op basis van Dutch GAAP en EU IFRS zijn vastgelegd, en of hiertussen verschillen bestaan. Daarna wordt ingegaan op de rol van het immateriële actief in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarbij een aantal bepalingen (waaronder de at arm's length bepaling) aan bod komen waarin de term immateriële activa een rol speelt. Hierbij wordt gekeken naar wat voor toepassing van deze bepalingen dient te worden verstaan onder immateriële activa en of voor deze bepalingen een gelijklopende definitie van toepassing is. Vervolgens komen de OESO-richtlijnen en het verrekenprijbsbesluit aan bod, waarbij de door de OESO gehanteerde definitie zal worden geanalyseerd. Deze definitie wordt vergeleken met de definities vanuit het jaarrekeningenrecht die eerder in het hoofdstuk zijn vastgesteld. Ook wordt bekeken of het Nederlandse verrekenprijbsbesluit iets toevoegt aan de definitie van immateriële activa zoals geformuleerd in de OESO-richtlijnen. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie, waarin de belangrijkste bevindingen uit het hoofdstuk naar voren komen en een antwoord geformuleerd wordt op de deelvraag.

2.2 Het Nederlands jaarrekeningenrecht

2.2.1 Grondslag en bronnen van het jaarrekeningenrecht

Het Nederlandse jaarrekeningenrecht kent zijn grondslag in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Boek 2 BW). Deze wetgeving is bepalend voor het Nederlandse jaarrekeningenrecht en bevat verschillende bepalingen en voorschriften betreffende het opstellen van de commerciële jaarrekening en de toelichting daarop.²² Dit betekent echter niet dat ieder aspect van de Nederlandse jaarrekening uitgebreid in het Burgerlijk wetboek is uitgewerkt. In de kernbepaling van het Nederlandse jaarrekeningenrecht in het Burgerlijk Wetboek is vastgelegd dat de jaarrekening een zodanig inzicht dient te geven dat een verantwoord oordeel gevormd kan worden omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van de jaarrekening dat toestaat, omtrent de solvabiliteit en de

²² J.B.S. Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p.16.

liquiditeit van de rechtspersoon.²³ Tevens dient de jaarrekening te worden opgesteld volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Het jaarrekeningenrecht kent deze behandeling al sinds de invoering van de Wet van de jaarrekening in 1970, waarbij de minister van Justitie de invulling van maatschappelijk aanvaardbare normen heeft overgelaten aan de accountantsbranche.²⁴ Het Tripartiete Overlegorgaan dat na invoering van de Wet op de jaarrekening is opgericht om deze taak te vervullen, geldt als voorloper van de huidige Raad voor de Jaarverslaggeving, die vandaag de dag deze taak vervult.²⁵

De Raad voor de Jaarverslaggeving heeft de belangrijke taak om de verslaggevingnormen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd om te zetten in een geheel aan richtlijnen betreffende de aspecten van de externe verslaggeving die niet wettelijk zijn vastgelegd. Het doel van de Raad voor de Jaarverslaggeving is om de kwaliteit en bruikbaarheid van de externe verslaggeving te bevorderen.²⁶ Hiertoe stelt de Raad voor de Jaarverslaggeving de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (RJ) op. Deze RJ bestaan uit zowel stellige uitspraken als aanbevelingen. De stellige uitspraken hebben geen bindende kracht zoals bijvoorbeeld een wettelijke bepaling dat zou hebben, maar de Raad voor de Jaarverslaggeving verwacht niet dat wordt afgeweken van een stellige uitspraak zonder rechtvaardige gronden daartoe. Aanbevelingen kennen een minder sterke werking, en dienen vooral om steun en richting te verlenen aan de praktijk. Voor zowel stellige uitspraken als aanbevelingen geldt echter dat de rechter uiteindelijk de mogelijkheid heeft te beoordelen of de RJ in overeenstemming zijn met maatschappelijk aanvaardbare normen. De rechter kan dus ook van de RJ afwijken indien de RJ niet in overeenstemming met maatschappelijk aanvaardbare normen worden geacht. Ondanks dat de RJ geen bindende kracht hebben, worden de RJ wel beschouwd als belangrijke bron voor het opstellen van de jaarrekening. De wettelijke bepalingen en de RJ zijn van toepassing op alle Nederlandse ondernemingen op wie EU IFRS niet van toepassing is.²⁷

2.2.2 Het Burgerlijk Wetboek

Het Burgerlijk Wetboek kent een beperkt aantal bepalingen waarin immateriële activa een rol spelen, en geeft daarbij geen definitie van immateriële activa. Ook ontbreken criteria voor hoe de kwalificatie van een actief als immaterieel actief dient plaats te vinden. Wel geeft het Burgerlijk Wetboek aan dat bepaalde activaposten afzonderlijk dienen te worden opgenomen in de jaarrekening. Zo bepaalt art. 2:364 lid 2 BW dat onder vaste activa de immateriële, vaste en financiële vaste activa afzonderlijk

²³ Art. 2:362 lid 1 BW.

²⁴ *Kamerstukken II 1967/68, 9595, 3, p.14 (MvT).*

²⁵ J.W. Berk, R. Lodewijk & S.A. Veerman, 'De Richtlijnen voor de jaarverslaggeving - Dutch GAAP?', *O&F* nr. 66, juli 2005, p. 10-16.

²⁶ Raad voor de Jaarverslaggeving, *RJ* 2020 p.25-p.27.

²⁷ Dit wordt behandeld in hoofdstuk 2 paragraaf 3.1.

dienen te worden opgenomen. In art. 2:365 BW wordt hieraan toegevoegd dat een aantal soorten kosten die vallen onder de term immateriële activa²⁸ apart dienen te worden opgenomen.²⁹ Ook geeft het Burgerlijk Wetboek inzicht in de manier waarop immateriële activa dienen te worden gewaardeerd.³⁰ Het Burgerlijk Wetboek geeft dus enkel een aantal voorbeelden van immateriële activa, maar geeft aan de term geen verdere invulling.

2.2.3 Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving

2.2.3.1 Immateriële vaste activa

Voor de invulling van het begrip immateriële activa is het Burgerlijk Wetboek dus weinig behulpzaam en zijn de RJ³¹ van belang op basis van art. 2:362 lid 1 BW. In Richtlijn 210 van de RJ wordt uitgebreid stilgestaan bij immateriële vaste activa. De RJ geven in tegenstelling tot het Burgerlijk Wetboek wel een definitie van immateriële activa. Volgens de RJ is een immaterieel vast actief een *“identificeerbaar niet-monetair actief zonder fysieke gedaante dat wordt gebruikt voor productie, aflevering van goederen of diensten, voor verhuur aan derden of voor administratieve doeleinden”*.³² De RJ gaan hier dieper op in door de criteria die voortvloeien uit deze definitie verder uit te werken.

Het eerste criterium betreft de identificeerbaarheid. Het doel van het opnemen van de term identificeerbaar in de definitie voor immateriële activa is om een duidelijk onderscheid met goodwill te creëren.³³ Onder de term goodwill verstaat Richtlijn 210 zelfgekweekte goodwill. Zelfgekweekte goodwill mag niet worden geactiveerd en dus zijn de waarderingsregels van andere immateriële activa voortvloeiend uit Richtlijn 210 niet van toepassing op zelfgekweekte goodwill.³⁴ Op goodwill voortkomend uit fusies of overnames is binnen de RJ een andere richtlijn van toepassing. Uit art. 2:365 BW blijkt dat kosten van goodwill die van derden is verkregen (via een fusie of overname) afzonderlijk onder immateriële activa dienen te worden opgenomen. Indien de term goodwill zoals gebruikt in Richtlijn 210 alle goodwill zou omvatten, zou dit leiden tot strijdigheid met de bepaling in het Burgerlijk Wetboek. Daarnaast valt goodwill voortkomend uit fusies en overnames volgens de RJ onder de term andere immateriële activa. Dit leidt ertoe dat goodwill wel als immaterieel actief dient te worden

²⁸ Het Burgerlijk Wetboek kent vergelijkbare bepalingen voor materiële en financiële vaste activa.

²⁹ Hierbij gaat het om kosten die verband houden met de oprichting en met de uitgifte van aandelen; kosten van ontwikkeling; kosten van verwerving ter zake van concessies; vergunningen en rechten van intellectuele eigendom; kosten van goodwill die van derden is verkregen en vooruitbetalingen op immateriële vaste activa.

³⁰ Art. 2:384 BW.

³¹ Er zal alleen worden gekeken naar de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor middelgrote en grote rechtspersonen.

³² Raad voor de Jaarverslaggeving, RJ 2020/210.0.

³³ Raad voor de Jaarverslaggeving, RJ 2020/210.107 t/m 210.116.

³⁴ Beckman & Marseille, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht* 2013, p.336.

gedefinieerd, maar voor de RJ niet op dezelfde manier als andere immateriële activa dient te worden behandeld.³⁵

Het onderscheid tussen goodwill en immateriële activa kan worden gemaakt indien het actief separeerbaar is. Dit houdt in dat het mogelijk is de toekomstige economische voordelen van een actief afzonderlijk³⁶ te verkopen, te verhuren, te ruilen of uit te keren. Zo kan het recht op de (door)ontwikkeling van een bepaald medicijn separaat worden verkocht, terwijl goodwill niet separaat kan worden verkocht. Separeerbaarheid geldt echter niet als enige criterium om een actief als identificeerbaar te beschouwen, ook andere manieren worden door de richtlijn geaccepteerd. Welke manieren dat zijn, wordt in de RJ niet duidelijk gemaakt. In de bedrijfseconomische literatuur wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen economische en juridische separeerbaarheid, waarbij economische separeerbaarheid ziet op de toekomstige economische voordelen, terwijl juridische separeerbaarheid ziet op activa die ontstaan uit contractuele of andere juridische rechten.³⁷

Het tweede criterium betreft de beschikkingsmacht van een rechtspersoon over het actief. Hiervan is sprake indien een rechtspersoon beschikking heeft over de toekomstige economische voordelen van een actief en deze bovendien kan afschermen van derden. Het aantonen van de beschikkingsmacht vindt doorgaans plaats via juridisch afdwingbare rechten³⁸, maar geldt niet als strikte voorwaarde.

Het derde en laatste criterium dat de RJ benoemen, betreft de toekomstige economische voordelen. Er is enkel sprake van een immaterieel actief indien hier toekomstige economische voordelen uit voortvloeien. Deze voordelen hoeven niet voordelen te zijn in de vorm van opbrengsten van een verhuur of verkoop, maar kunnen ook voordelen zijn in de vorm van kostenbesparingen. In de context van de RJ dient de term voordelen dus ruim te worden opgevat.

Naast de door de RJ benoemde criteria, blijkt uit de definitie ook een aantal aanvullende criteria waarop de RJ niet nadrukkelijk ingaan. Zo dient het actief niet-monetair te zijn. Dit criterium leidt ertoe dat financiële activa niet onder de immateriële activa worden geschaard. In dat opzicht is de woordkeuze van niet-monetair in plaats van niet-financieel mijns inziens bijzonder. Daarnaast dient het actief een niet-fysieke gedaante te kennen. Dit criterium onderscheidt de immateriële activa van

³⁵ Dit wordt ook benoemd in A. de Bos, 'Immateriële vaste activa bij overnames in de technologie- en telecommunicatiesector', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2008/82.

³⁶ Dus los van toekomstige economische voordelen van andere activa in dezelfde opbrengst generende activiteit.

³⁷ A. de Bos, 'Immateriële vaste activa bij overnames in de technologie- en telecommunicatiesector', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2008/82.

³⁸ Bijvoorbeeld een auteursrecht.

de materiële activa. Deze twee criteria leiden ertoe dat een actief niet in twee categorieën tegelijk kan worden opgenomen, wat de samenloop tussen de verschillende richtlijnen binnen de RJ bevordert.

Indien aan deze criteria is voldaan, wordt het actief in overeenstemming geacht met de definitie van een immaterieel vast actief en is dus de regelgeving van het jaarrekeningenrecht van toepassing zoals deze voortvloeit uit onder andere de RJ en het Burgerlijk Wetboek. Voor activa die voldoen aan de criteria, maar die ook materiële kenmerken bezitten dient de vraag te worden beantwoord welk element van het actief het meest bepalend is. De RJ geven als voorbeeld besturingssoftware als integraal onderdeel van een machine. Ondanks het feit dat de besturingssoftware aan alle criteria van een immaterieel actief voldoet, geldt het ten opzichte van andere onderdelen van de machine (bijvoorbeeld de materiële onderdelen van de machine) niet als bepalend element. Hierdoor wordt de besturingssoftware dus alsnog onder de post materiële vaste activa geschaard. Aan de kwalificatie van de besturingssoftware op zichzelf als immaterieel actief doet het echter niets af.

2.2.3.2 Materiële vaste activa

Evenmin als voor immateriële activa geeft het Burgerlijk Wetboek geen definitie van materiële vaste activa en zijn de RJ dus opnieuw van belang. In Richtlijn 212 wordt uitgebreid stilgestaan bij de term materiële vaste activa en de behandeling ervan met betrekking tot de jaarrekening. De definitie van materiële vaste activa in de richtlijn is tweeledig: het betreft activa *“die worden aangehouden voor gebruik in de productie of levering van goederen en diensten, voor verhuur aan anderen of voor bestuurlijke doeleinden; en waarvan men verwacht dat ze de uitoefening van de werkzaamheid van de rechtspersoon duurzaam (gedurende meer dan één periode) dienen”*.³⁹ In de RJ wordt bij materiële vaste activa niet nader ingegaan op de criteria zoals deze voortvloeien uit de definitie.

Wanneer de definities van materiële en immateriële activa worden vergeleken, valt op dat het materiële element van materiële vaste activa niet terugkomt, terwijl het immateriële element bij immateriële vaste activa wel in de definitie is opgenomen. Bovendien is het identificeerbaarheids criterium niet van toepassing op materiële vaste activa. Zoals bleek uit de RJ is dit criterium enkel geïntroduceerd in de definitie van immateriële vaste activa om een onderscheid met goodwill te creëren. Goodwill heeft geen fysiek gedaante en dus is het voor de definitie van materiële vaste activa niet vereist dit onderscheid te maken via het identificeerbaarheids criterium, omdat dit onderscheid al bestaat op basis van het materiële aspect van materiële vaste activa. Ditzelfde argument geldt voor het ontbreken van het niet-monetaire element in de definitie. Ten aanzien van de beschikkingsmacht komt in de definitie terug dat een rechtspersoon een actief aanhoudt voor gebruik. Dit komt overeen met het criterium van beschikkingsmacht zoals dat wordt

³⁹ Raad voor de Jaarverslaggeving, RJ 2020/220.0.

verwoord in de definitie van immateriële activa. Ook het criterium betreffende de toekomstige economische voordelen komt terug bij materiële vaste activa. Er bestaat echter wel een aantal verschillen in woordkeuze tussen de twee definities die in de richtlijnen niet nader worden toegelicht. Bij immateriële vaste activa wordt gesproken over activa *“die worden aangehouden voor gebruik in de productie of de levering van goederen en diensten, voor verhuur aan anderen of voor bestuurlijke doeleinden”*, terwijl bij materiële vaste activa wordt gesproken over activa *“die worden gebruikt voor productie, aflevering van goederen of diensten, voor verhuur aan derden of voor administratieve doeleinden”*. Het meest in het oog springende verschil betreft het gebruik voor bestuurlijke doeleinden ten opzichte van administratieve doeleinden. Dit verschil wordt niet verklaard door de RJ en volgt mijns inziens ook niet nadrukkelijk uit de verschillen tussen materiële en immateriële vaste activa.

Zoals benoemd is de definitie van materiële vaste activa tweeledig. Het tweede deel van de definitie ziet op de duurzaamheid van het actief in het productieproces. Dit onderdeel dient niet ter onderscheiding tussen materiële vaste activa en andere vaste activa, maar dient ter onderscheiding van materiële vaste activa en materiële vlottende activa. Een balanspost zoals voorraad gaat slechts één productiecycclus mee en dient zodoende niet onder de (materiële) vaste activa te vallen. Dit onderscheid is niet van belang voor immateriële vaste activa, aangezien immateriële activa die bij het productieproces van belang zijn⁴⁰ gezien hun aard niet verbruikt worden bij een productieproces. De productie van een televisie heeft tot gevolg dat dezelfde fysieke onderdelen (bijvoorbeeld het scherm, de speakers en de aansluitingen) niet tweemaal in verschillende televisies kunnen worden gebruikt. De niet-fysieke onderdelen (bijvoorbeeld de computersoftware voor het ontwerp van de televisie of de ontwikkelde kennis voor de benodigde technologie) kunnen in meerdere televisies worden toegepast, en gaan dus meer dan één productiecycclus mee. Dit verschil tussen de definities is dus enkel het gevolg van de fysieke gedaante van de onderdelen van het productieproces.

2.2.3.3 Financiële vaste activa

De laatste soort vaste activa op basis van art. 2:364 lid 2 BW zijn de financiële vaste activa en deze zijn net als de andere vaste activa gedefinieerd in de RJ. Richtlijn 214 definieert financiële vaste activa als *“financiële activa die bestemd zijn om de uitoefening van de werkzaamheid van de rechtspersoon duurzaam te dienen (artikel 2:367 BW, juncto artikel 2:364 lid 1 BW)”*. Deze definitie definieert enkel het vaste aspect van de financiële vaste activa, en gaat niet in op wat financiële activa inhouden. Deze definitie dient dus niet om het onderscheid tussen financiële vaste activa en de andere vaste activa duidelijk te maken, maar om de financiële vaste activa te onderscheiden van de andere financiële activa. Uit de context van de RJ blijkt dat het bij financiële vaste activa vooral gaat om

⁴⁰ Een voorbeeld hiervan is computersoftware of bepaalde kennis aanwezig binnen de onderneming.

dochtermaatschappijen⁴¹, deelnemingen⁴² en de overige financiële vaste activa zoals benoemd in art. 2:367 BW lid c tot en met f.⁴³ Deze activa vallen ondanks hun niet-fysieke gedaante niet onder de immateriële activa, zoals in de definitie van immateriële vaste activa naar voren komt via het niet-monetaire aspect. Deze RJ slagen er echter niet in een duidelijke definitie van financiële vaste activa te formuleren, wat gezien het niet-monetaire aspect van immateriële activa wel van belang is.

2.3 EU IFRS

2.3.1 Grondslag en relevantie

Naast de toepassing van Dutch GAAP als accountingstandaard is voor bepaalde ondernemingen op basis van het Unierecht ook International Financial Reporting Standards (IFRS) van belang. Met ingang van 1 januari 2005 zijn op basis van de IAS-verordening alle ondernemingen die onder het recht van een lidstaat vallen en in een lidstaat beursgenoteerd zijn, verplicht de door de Europese Commissie goedgekeurde International Accounting Standards (IAS) toe te passen op de geconsolideerde jaarrekening.⁴⁴ Naderhand is de naam IAS gewijzigd naar IFRS⁴⁵, waardoor het geheel aan door de Europese Commissie goedgekeurde accountingstandaarden ook wel EU IFRS wordt genoemd.⁴⁶ De IAS-verordening blijft ondanks de naamwijziging onverminderd van kracht.

De IAS-verordening is niet alleen van toepassing op beursgenoteerde ondernemingen, ook andere rechtspersonen kunnen EU IFRS toepassen, afhankelijk van de lidstaat. De IAS-verordening bepaalt dat lidstaten ook andere dan beursgenoteerde ondernemingen kunnen toestaan of verplichten EU IFRS toe te passen.⁴⁷ Nederland heeft ervoor gekozen dit artikel nationaalrechtelijk te implementeren in art. 2:362 lid 8 BW, waarin alle rechtspersonen de mogelijkheid hebben EU IFRS toe te passen in plaats van Dutch GAAP. In tegenstelling tot beursgenoteerde ondernemingen bestaat voor andere

⁴¹ De definitie voor een dochtermaatschappij volgt uit art. 2:24a BW. Kort gezegd is van belang dat een rechtspersoon eventueel samen met andere dochtermaatschappijen alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kunnen uitoefenen of lid of aandeelhouder zijn en alleen of samen meer dan de helft van de bestuurders of commissarissen kunnen benoemen of ontslaan.

⁴² De definitie voor een deelneming volgt uit art. 2:24c BW. Hiervan is sprake indien een rechtspersoon eventueel met andere dochtermaatschappijen kapitaal voor eigen rekening verschaft aan een andere rechtspersoon teneinde met die rechtspersoon duurzaam verbonden te zijn ten dienste van de eigen werkzaamheid.

⁴³ Het betreft hierbij vorderingen op groepsmaatschappijen; vorderingen op andere rechtspersonen en vennootschappen die een deelneming hebben in de rechtspersoon of waarin de rechtspersoon een deelneming heeft; overige effecten en overige vorderingen.

⁴⁴ Art. 4 Verordening (EU) 1606/2002.

⁴⁵ J. Hoogendoorn, 'De IAS/IFRS en de fiscale winstbepaling', *WFR* 2005/107.

⁴⁶ J.B.S. Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 p.15.

⁴⁷ Art. 5 Verordening (EU) 1606/2002.

rechtspersonen echter geen verplichting hiertoe. Deze bepaling in het Burgerlijk Wetboek in combinatie met de verplichting voor beursgenoteerde ondernemingen op basis van de IAS-verordening leidt ertoe dat EU IFRS ook relevant is in Nederland ten aanzien van de definitie van immateriële activa en bijbehorende criteria.

2.3.2 IAS 38

2.3.2.1 Immateriële vaste activa

In IAS 38 wordt stilgestaan bij de behandeling van immateriële vaste activa in de jaarrekening. De richtlijn komt in sterke mate overeen met Richtlijn 210 van de RJ. Toch komen in de definities verschillen terug tussen de twee standaarden. IAS 38 begint met het definiëren van de term activa als *“a resource controlled by an entity as a result of past events and from which future economic benefits are expected to flow to the entity”*.⁴⁸ Deze twee criteria kwamen ook terug in de definitie van immateriële activa in de RJ, al werd een definitie van activa in algemene zin daar achterwege gelaten. Deze criteria gelden dus voor alle activa en niet alleen voor immateriële vaste activa, ondanks dat deze criteria in de RJ alleen nadrukkelijk worden benoemd in Richtlijn 210 voor immateriële activa.

De definitie die IAS 38 hanteert ten aanzien van immateriële vaste activa luidt: *“An intangible asset is an identifiable non-monetary asset without physical substance”*. In deze definitie ontbreekt ten opzichte van de definitie van de RJ *“dat wordt gebruikt voor productie, aflevering van goederen of diensten, voor verhuur aan derden of voor administratieve doeleinden.”* Dit verschil kan worden verklaard door het feit dat IAS 38 de toekomstige economische voordelen waar dit gedeelte op ziet al heeft opgenomen in de richtlijn als onderdeel van de definitie van activa, en het dus niet nodig is dit criterium nogmaals in de definitie op te nemen.

Opnieuw wordt de term identificeerbaar in de definitie opgenomen om een verschil met goodwill te creëren. Ook de criteria beschikkingsmacht en toekomstige economische voordelen worden op dezelfde wijze toegelicht in IAS 38 als in de RJ.

2.3.2.2 Materiële en financiële vaste activa

Voor de behandeling van materiële vaste activa kent IFRS de standaard IAS 16. IAS 16 definieert materiële vaste activa als activa *“that are held for use in the production or supply of goods and services, for rental to others, or for administrative purposes and are expected to be used during more than one period”*.⁴⁹ Deze definitie is gelijklopend aan die van de RJ en dus leidt IFRS wat betreft de materiële vaste activa niet tot nieuwe inzichten.

⁴⁸ International Accounting Standards Board, IAS 38.8.

⁴⁹ International Accounting Standards Board, IAS 16.6.

Op de definitie van financiële vaste activa in de RJ valt wat betreft duidelijkheid en volledigheid het nodige aan te merken, aangezien de definitie alleen onderscheid maakt tussen financiële vaste activa en andere (niet-vaste) financiële activa. IFRS definieert in standaard IAS 32 de term financiële vaste activa uitgebreider, waardoor ook de term niet-monetair (die van belang is voor de definitie van immateriële vaste activa) duidelijk wordt.

IAS 32 definieert financiële activa als *“any asset that is cash; an equity instrument of another entity; a contractual right to receive cash or another financial asset from another entity or to exchange financial assets or financial liabilities with another entity under conditions that are potentially favourable to the entity; or a contract that will or may be settled in the entity’s own equity instruments and is: a non-derivative for which the entity is or may be obliged to receive a variable number of the entity’s own equity instruments; or a derivative that will or may be settled other than by the exchange of a fixed amount of cash or another financial asset for a fixed number of the entity’s own equity instruments”*.⁵⁰

Deze definitie is een lange opsomming van verschillende financiële activa. Hieruit blijkt dat het vooral activa betreffen die een waarde hebben als gevolg van een contract of verplichting, zoals aandelen of obligaties. Onder deze definitie vallen ook vlottende financiële activa, zoals een ter belegging gekocht aandelenpakket. Om een actief als vast te beschouwen moet deze duurzaam de bedrijfsuitvoering dienen. In het geval van financiële vaste activa zal dit zich vooral uiten in de vorm van een dochteronderneming of een deelneming, zoals ook bleek uit de RJ.

2.4 Wet op de vennootschapsbelasting 1969

2.4.1 Inleiding

Het begrip immateriële activa speelt niet alleen een rol binnen het jaarrekeningenrecht, maar ook binnen de fiscaliteit. In tegenstelling tot het jaarrekeningenrecht, waarbij het doel is om een betrouwbaar beeld te geven van onder meer het vermogen en resultaat van de onderneming, is binnen de fiscaliteit van belang dat op een juiste wijze belasting wordt geheven van belastingplichtige personen (zowel natuurlijke- als rechtspersonen). De Wet op de vennootschapsbelasting 1969 draagt hieraan bij door een directe belasting te heffen⁵¹ van lichamen zoals naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen.⁵² Deze belasting wordt geheven over het belastbare bedrag, wat wordt

⁵⁰ International Accounting Standards Board, IAS 32.11.

⁵¹ Art. 1 Wet VpB 1969.

⁵² Voor de volledige lijst van belastingplichtigen, zie art. 2 en art. 3 Wet VpB 1969.

bepaald door de in een jaar genoten belastbare winst te verminderen met de te verrekenen verliezen.⁵³

Deze winst wordt onder meer bepaald volgens de regels van art. 8 Wet VpB 1969. In art. 8 lid 1 Wet VpB 1969 wordt teruggegrepen op de winstbepaling in de Wet IB 2001, waardoor art. 8 Wet VpB 1969 ook wel als schakelbepaling tussen de inkomstenbelasting en de vennootschapsbelasting wordt gezien. De totaalwinstbepaling oftewel art. 3.8 Wet IB 2001 bepaalt dat winst het bedrag is van de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden verkregen uit een onderneming. Deze totaalwinst wordt vervolgens over de jaren waarin een onderneming wordt gedreven verdeeld op basis van goed koopmansgebruik (art. 3.25 Wet IB 2001).⁵⁴

2.4.2 Bedrijfsmiddelen

Voor het realiseren van winsten zijn bedrijfsmiddelen essentieel. De term bedrijfsmiddel ziet op zowel materiële als immateriële vaste activa⁵⁵, en dus is de invulling van de term bedrijfsmiddel belangrijk om de term immateriële activa binnen de fiscaliteit te kunnen invullen. De invulling van de term bedrijfsmiddel blijkt uit zowel de wettekst als uit de jurisprudentie. Art. 3.30 lid 1 Wet IB 2001 ziet op de afschrijving van bedrijfsmiddelen en definieert een bedrijfsmiddel als *“goederen die voor het drijven van een ondernemingen worden gebruikt”*. Een uitgebreidere definitie blijkt uit de jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in 1953 bedrijfsmiddelen gedefinieerd als *“in het algemeen die tot het bedrijfsvermogen behorende zaken welke – in tegenstelling tot die zaken die voor de omzet zijn bestemd – behoren tot het vaste kapitaal en bestemd zijn om voor de uitoefening van het bedrijf of beroep te worden gebruikt”*.⁵⁶ Uit deze definitie blijkt een duidelijk onderscheid gemaakt met voorraad (een zaak die voor de omzet is bestemd), waardoor alleen vaste activa kunnen kwalificeren als bedrijfsmiddel. Daarnaast is de Hoge Raad verschillende keren ingegaan op de vraag of een goed wel of niet als bedrijfsmiddel kan worden aangemerkt. Ten aanzien van onlichamelijke bedrijfsmiddelen heeft de Hoge Raad zich onder meer uitgesproken over goodwill en (gebruiksrechten op) software.

Ten aanzien van goodwill heeft de Hoge Raad in een ander arrest uit 1953 bepaald dat goodwill een (onlichamelijk) bedrijfsmiddel is.⁵⁷ De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat goodwill kan worden gezien als de winstcapaciteit van een onderneming boven het normale rendement op het ingebrachte vermogen en een normale beloning voor de verrichte arbeid.⁵⁸ De kwalificatie van goodwill als

⁵³ Art. 7 Wet VpB 1969.

⁵⁴ Art 3.25 Wet IB 2001.

⁵⁵ Beckman & Marseille, *Hoofdlijnen van het jaarrekeningenrecht* 2013, p.66.

⁵⁶ HR 11 maart 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY3490.

⁵⁷ Overigens blijkt uit de wettekst van art. 3.30 lid 2 Wet IB 2001 en art. 3.45 Wet IB 2001 ook dat goodwill een bedrijfsmiddel is.

⁵⁸ HR 20 mei 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY4039.

(onlichamelijk) bedrijfsmiddel zou inhouden dat het kan worden geactiveerd, waarna vervolgens op de goodwill kan worden afgeschreven. Binnen de term goodwill wordt fiscaal echter een onderscheid gemaakt tussen persoonlijke goodwill en zakelijke goodwill. Persoonlijke goodwill is goodwill die onlosmakelijk is verbonden met de ondernemer als persoon (bijvoorbeeld een specifieke kwaliteit van de persoon), terwijl zakelijke goodwill is verbonden met de onderneming (bijvoorbeeld een klantenbestand). Zakelijke goodwill kan daarom ook worden overgedragen, en persoonlijke goodwill niet.⁵⁹ Voor fiscale doeleinden is ook nog van belang of goodwill zelfgekweekt is of aangekocht. Zelfgekweekte goodwill mag op basis van de beginselen van goedkoopmansgebruik⁶⁰ niet worden geactiveerd omdat goodwill wordt gezien als toekomstige winst, en het eerder verantwoord van toekomstige winst is in strijd met het voorzichtigheidsbeginsel.⁶¹ Hierdoor kan dus ook niet op zelfgekweekte goodwill worden afgeschreven. Op aangekochte goodwill kan daarentegen wel worden afgeschreven, omdat deze goodwill slijt gedurende de jaren.⁶² Terwijl op de aangekochte goodwill wordt afgeschreven, wordt deze vervangen door nieuwe zelfgekweekte goodwill.⁶³

Ook over de vraag of software als bedrijfsmiddel kan worden gezien heeft de Hoge Raad zich uitgesproken. De Hoge Raad heeft bepaald dat indien voor het gebruik van de software geen jaarlijkse vergoeding is verschuldigd, maar uitsluitend bij de verkrijging wordt betaald, software gezien kan worden als bedrijfsmiddel.⁶⁴ Bij een jaarlijkse vergoeding heeft het gebruiksrecht van de software meer de gedaante van een huurovereenkomst en kan daarom niet als bedrijfsmiddel worden gezien.

Zodra een goed kwalificeert als bedrijfsmiddel, moet het worden gewaardeerd zodat erop kan worden afgeschreven. Om op een goed te kunnen afschrijven moet sprake zijn van een bedrijfsmiddel.⁶⁵ Waardering van een bedrijfsmiddel kan op verschillende manieren. De eerste waardering van een verworven bedrijfsmiddel vindt doorgaans plaats op basis van het door de onderneming opgeofferde bedrag, oftewel de kosten die verband houden met de verwerving.⁶⁶ Hierbij kan echter wel het vraagstuk opkomen welke kosten wel of geen verband houden met de verwerving en dus welke kosten dienen te worden geactiveerd. Bij een bedrijfsmiddel dat zelf is voortgebracht wordt het bedrijfsmiddel gewaardeerd op de hoogte van alle kosten die verband houden met het voortbrengen van het bedrijfsmiddel. Voor bedrijfsmiddelen waarbij de waarde duurzaam is gedaald (bijvoorbeeld

⁵⁹ P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht IB.3.2.18.F.b1 (online, bijgewerkt 05-04-2021).

⁶⁰ De beginselen van goedkoopmansgebruik zijn het realiteitsbeginsel (de realiteit wordt niet uit het oog verloren), het voorzichtigheidsbeginsel (de ondernemer hoeft zich niet rijker te rekenen dan hij is) en het eenvoudsbeginsel (een gehanteerd stelsel hoeft niet gecompliceerder te zijn dan nodig).

⁶¹ J.W.E. Litjens, 'IFRS en het fiscaal afschrijven op goodwill', *FF* 2005/156-02.

⁶² P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht IB.3.2.18.F.b1 (online, bijgewerkt 05-04-2021).

⁶³ J.W.E. Litjens, 'IFRS en het fiscaal afschrijven op goodwill', *FF* 2005/156-02.

⁶⁴ HR 26 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2939.

⁶⁵ I.C.E. van Gorp, *Afschrijven op bedrijfsmiddelen*, NDFR Thema.

⁶⁶ R. Russo, *Bedrijfsmiddel*, Deventer: Kluwer 2012 p.29.

door nieuwe technologie) kan een bedrijfsmiddel ook worden gewaardeerd op lagere bedrijfswaarde. Lagere bedrijfswaarde is de hoogste waarde van de directe en de indirecte opbrengstwaarde.⁶⁷ Hierbij betreft de directe opbrengstwaarde de waarde die een koper zou toekennen aan het bedrijfsmiddel bij overname en voortzetting van de gehele onderneming.⁶⁸ De indirecte opbrengstwaarde betreft de waarde bij gebruik in de productie, zoals de kasstromen van de verkoop van producten die met het bedrijfsmiddel zijn geproduceerd.⁶⁹

Nadat een bedrijfsmiddel is gewaardeerd, kan er doorgaans op worden afgeschreven. Afschrijving van een bedrijfsmiddel vindt plaats op basis van art. 3.30 Wet IB 2001⁷⁰, waarin staat dat het gedeelte dat kan worden afgeschreven gelijk is aan de nog niet afgeschreven aanschaffings- of voortbrengingskosten die aan dat kalenderjaar kunnen worden toegerekend, met een maximaal afschrijvingspercentage van 20% per jaar. Voor sommige immateriële activa gelden echter bijzondere afschrijvingsregels. Zo kan op geactiveerde goodwill (waar zelfgekweekte goodwill dus geen onderdeel van uitmaakt) op basis van lid 2 slechts 10% per jaar worden afgeschreven, waardoor winst naar voren wordt gehaald en eerder belasting verschuldigd is ten opzichte van andere bedrijfsmiddelen waarop art. 3.30 lid 1 en 2 van toepassing is. Immateriële activa die zelf zijn voortgebracht (bijvoorbeeld zelfontwikkelde software) kunnen op basis van lid 3 in één keer worden afgeschreven in het boekjaar waarin ze zijn voortgebracht, waardoor kosten naar voren worden gehaald en ontwikkeling van immateriële activa wordt bevorderd.⁷¹ Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie dat op immateriële activa als rechten op merknamen en logo's alleen kan worden afgeschreven indien sprake is van slijtage van het bedrijfsmiddel.⁷²

Ondanks al deze regelgeving ten aanzien van de behandeling van immateriële activa bij de waardering en de afschrijving, gaat geen van deze bepalingen (zowel de wettekst als de parlementaire geschiedenis) diep in op de vraag wat onder een immaterieel actief wordt verstaan. Uit de jurisprudentie blijkt zoals benoemd wel een definitie van een bedrijfsmiddel en de kwalificatie van bepaalde onlichamelijke zaken als goodwill en gebruiksrechten op software als bedrijfsmiddel, maar een afgebakende definitie van een immaterieel actief zoals in de RJ blijft achterwege.

⁶⁷ T.M. Berkhout, *Fiscaal afschrijven op vastgoed (Fiscale monografieën, nr. 101)* Deventer: Kluwer 2013/9.3.4.

⁶⁸ HR 11 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8138.

⁶⁹ T.M. Berkhout, *Fiscaal afschrijven op vastgoed (Fiscale monografieën, nr. 101)* Deventer: Kluwer 2013/9.3.4.2.

⁷⁰ In art. 3.30a Wet IB 2001 t/m art. 3.39 Wet IB 2001 zijn bijzondere afschrijvingsregels voor bepaalde bedrijfsmiddelen te vinden, deze worden buiten beschouwing gelaten.

⁷¹ Tenzij gebruik wordt gemaakt van de innovatiebox.

⁷² HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3048.

2.4.3 Bijzondere bepalingen

De algemene winstbepalingen zijn echter niet de enige bepalingen waarin immateriële activa een rol spelen. In het kader van verrekenprijzen is hierbij art. 8b Wet VpB 1969 van belang, waarin het at arm's length beginsel is gecodificeerd.⁷³ Daarnaast kent de Wet VpB 1969 ook een innovatiebox, waarbij kwalificerende voordelen die voortvloeien uit een door de belastingplichtige zelf voortgebracht kwalificerend immaterieel activum tegen een lager tarief kunnen worden belast.⁷⁴ Ook komt de term immateriële activa terug in de CFC-bepaling, waarin onder andere royalty's of andere voordelen uit immateriële activa kwalificeren als besmette voordelen voor toepassing van de bepaling⁷⁵, en in art. 33 Wet VpB 1969, waarin de waardering van immateriële activa voor overheidsbedrijven en woningcorporaties die toetreden tot de belaste sfeer voor de vennootschapsbelasting wordt geregeld.

De wettekst van geen van deze specifieke bepalingen gaat in op de vraag wanneer een actief als immaterieel dient te worden gezien. Wel gaat art. 12ba Wet VpB 1969 behorend bij de innovatiebox in op de vraag wanneer iets als een kwalificerend immaterieel activum (voor die bepaling) wordt gezien, waarbij een aantal voorbeelden van immateriële activa worden genoemd. Nadere invulling van het begrip blijft echter achterwege. Gezien de hoeveelheid verschillende bepalingen waarin immateriële activa een rol spelen, is het mijns inziens bijzonder dat geen enkele bepaling hierop ingaat. Het is daarom van belang de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen te onderzoeken.

In de parlementaire geschiedenis is meer informatie verschaft ten aanzien van de term immateriële activa dan in de wettekst. Bij de invoering van de innovatiebox⁷⁶ in 2007 is door de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs de vraag gesteld wat wordt verstaan onder het begrip immaterieel activum voor toepassing van de innovatiebox. Het antwoord van de Staatssecretaris van Financiën hierop was dat een immaterieel activum voor de innovatiebox hetzelfde dient te worden gedefinieerd als een immaterieel activum voor art. 33 Wet VpB 1969, waarbij voor de innovatiebox vooral geactiveerde kosten van ontwikkeling van belang zullen zijn.⁷⁷ Dit antwoord leidt tot de vraag wat de parlementaire geschiedenis zegt over de invulling van de term immaterieel activum voor toepassing van art. 33 Wet VpB 1969.

Deze verwijzing van de Staatssecretaris van Financiën blijkt een aantal problemen met zich mee te brengen. Ten eerste is het relevant vast te stellen dat art. 33 Wet VpB 1969 met name betrekking heeft op goodwill, wat onder andere blijkt uit het feit dat art. 33 Wet VpB 1969 is ingevoerd ter vervanging

⁷³ Het at arm's length beginsel vloeit in beginsel ook voort uit de totaalwinstbepaling in de Wet IB 2001, maar wordt daarin niet expliciet genoemd.

⁷⁴ Art. 12b Wet VpB 1969.

⁷⁵ Art. 13ab lid 1 onderdeel b Wet VpB 1969.

⁷⁶ Deze heette destijds nog de octrooibox.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 8, p.95.

van het daarvoor geldende goodwillverbod. Dit leidde volgens de Staatssecretaris van Financiën in de praktijk tot onduidelijkheden over de vraag of een immaterieel actief wel of niet onder de term goodwill viel, waardoor dit goodwillverbod is vervangen door een waarderingsvoorschrift voor alle immateriële activa.⁷⁸ Immateriële activa omvatten meer dan alleen goodwill, waardoor een verwijzing naar art. 33 Wet VpB 1969 mijns inziens niet de optimale oplossing is. Ten tweede, en van groter belang, is dat de parlementaire geschiedenis van art. 33 Wet VpB 1969 op geen enkele manier invulling geeft aan de vraag wat een immaterieel activum inhoudt. Het is dus onduidelijk waar de Staatssecretaris van Financiën met zijn verwijzing op doelt.

Pas in 2014 is in het innovatiebox-besluit meer inzicht in de invulling van het begrip immateriële activa voor toepassing van de innovatiebox gegeven. De Staatssecretaris van Financiën stelt in dit besluit dat aan de juridische en bedrijfseconomische literatuur een aantal gemeenschappelijke elementen ontleend kunnen worden die van belang zijn voor het begrip immaterieel activum van de innovatiebox.⁷⁹ Het betreft hier elementen zoals separeerbaarheid, identificeerbaarheid, overdraagbaarheid en herhaalbaarheid. Wat uiteindelijk wel en niet onder het begrip valt, is volgens de Staatssecretaris echter afhankelijk van de feiten en omstandigheden.

In 2017 is de vraag wat wordt bedoeld met een immaterieel activum opnieuw opgeworpen bij de herziening van de innovatiebox. Het antwoord van de Staatssecretaris van Financiën verwees niet opnieuw naar art. 33 Wet VpB 1969, maar bepaalde dat aangesloten dient te worden bij de bedrijfseconomische en juridische literatuur.⁸⁰ Verder stelt de Staatssecretaris net zoals in het besluit uit 2014 dat daarbij kan worden gedacht aan elementen als separeerbaarheid, identificeerbaarheid, overdraagbaarheid en herhaalbaarheid. Het is onduidelijk wat precies onder de bedrijfseconomische en juridische literatuur valt, maar de RJ dienen als invulling van de maatschappelijk aanvaardbare normen betreffende het jaarrekeningenrecht. Breed gedeelde consensus binnen de economische en juridische literatuur zal dus terug te vinden zijn in de RJ, waardoor het logisch is voor de definitie van immateriële activa voor de innovatiebox aan te sluiten bij de RJ.

Ten aanzien van het begrip voor toepassing van art. 8b Wet VpB 1969 blijkt uit de parlementaire geschiedenis nadrukkelijk dat Nederland de OESO-richtlijnen (en dus ook het at arm's length beginsel) toepast.⁸¹ De onduidelijkheid die hierover (zowel in binnen- als buitenland) bestond kwam tot uiting in een uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch uit 2000⁸², en gold als primaire reden tot het invoeren van

⁷⁸ *Kamerstukken II 2000/01*, 27 784, nr. 3, p.5 (MvT).

⁷⁹ Besluit van 1 september 2014, nr. BLKB2014/1054M, p.2.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2016/17*, 34 552, nr. 14, p. 39.

⁸¹ *Kamerstukken II 2000/01*, 28 034, nr. 3, p.19 (MvT).

⁸² Hof 's-Hertogenbosch 20 juni 2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA6506.

art. 8b Wet VpB 1969. Het feit dat bij de introductie van art. 8b Wet VpB 1969 een uitgebreide toelichting bij de toepassing van het at arm's length-beginsel voor immateriële activa achterwege is gebleven, is daarom begrijpelijk: hiervoor wordt aangesloten bij de OESO-richtlijnen.

Ook in het verrekenprijsbesluit wordt door de Staatssecretaris niet nader ingegaan op wat onder de definitie van immateriële activa dient te vallen. Het verrekenprijsbesluit dient als verduidelijking van de OESO-richtlijnen en geeft daartoe inzicht op punten waar de OESO ruimte laat voor eigen invulling of onduidelijkheid bestaat.⁸³ Het ontbreken van een toelichting hierop leidt tot de conclusie dat de definitie en criteria die Nederland voor toepassing van art. 8b Wet VpB 1969 hanteert overeenkomt met de definitie en criteria van de OESO. Om inzicht te verkrijgen in de vraag wat onder immateriële activa voor toepassing van art. 8b Wet VpB 1969 dient te worden verstaan is het daarom essentieel te kijken naar de OESO-richtlijnen.

2.5 OESO-richtlijnen

De OESO-richtlijnen gelden als standaard voor de bepaling van een at arm's length verrekenprijs. In de OESO-richtlijnen wordt uitgebreid ingegaan op veel verschillende aspecten die komen kijken bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Een van deze aspecten betreft ook de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa, waar de OESO in de richtlijnen een apart hoofdstuk aan heeft gewijd.⁸⁴ Deze OESO-richtlijnen zijn zoals aangegeven bij de invoering van art. 8b Wet VpB 1969 van toepassing voor de Nederlandse praktijk.⁸⁵ Op punten waar de OESO onduidelijk is of ruimte laat aan de landen tot invulling, vervult het verrekenprijsbesluit zijn doel als nadere invulling voor het at arm's length beginsel voor Nederland.⁸⁶

In hoofdstuk 6 van de OESO-richtlijnen wordt specifiek ingegaan op de at arm's length voorwaarden van een transactie met immateriële activa. De OESO benoemt hier ook kort de relevantie van een juist afgebakende definitie van immateriële activa. Indien een te enge definitie wordt gebruikt, lopen overheden en belastingplichtigen het risico dat bepaalde middelen buiten de definitie vallen en daardoor een transactie met deze middelen niet wordt gecompenseerd, terwijl dat tussen derden wel zou gebeuren. Aan de andere kant zou een te ruime definitie ertoe kunnen leiden dat overheden en belastingplichtigen tot de conclusie komen dat een transactie met een middel gecompenseerd dient

⁸³ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.2.

⁸⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, hoofdstuk 6.

⁸⁵ In het Verrekenprijsbesluit benadrukt de Staatssecretaris van Financiën nogmaals dat de OESO-richtlijnen als passende uitleg en verduidelijking van het at arm's length-beginsel gelden.

⁸⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

te worden, terwijl dat tussen derden niet zou zijn gebeurd. Om dit te voorkomen heeft de OESO haar eigen definitie geformuleerd voor toepassing van de richtlijnen.

De OESO definieert immateriële activa als *“something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances”*.⁸⁷ Hierbij benoemt de OESO dat in plaats van te focussen op accounting of civielrechtelijke definities, de nadruk bij verrekenprijzen van immateriële activa dient te liggen op het bepalen van een at arm’s length verrekenprijs voor een immaterieel actief. Deze nadruk ligt dus altijd ten grondslag aan de vraag of iets als een immaterieel actief gekwalificeerd dient te worden of niet.

De definitie van de OESO kent een aantal verschillende elementen. Ten eerste betreft het activa die geen materiële of financiële activa zijn. Op de vraag wat onder materiële activa dient te worden verstaan, geeft de OESO geen antwoord. Gezien de keuze van de OESO om voor de definitie van immateriële activa niet te vertrouwen op accounting of civielrechtelijke definities, is het mijns inziens bijzonder dat de OESO aan materiële activa geen definitie toekent. De meest logische invulling aan deze term komt immers, door de afwezigheid van een definitie in de OESO-richtlijnen, uit de accountancy en het civiele recht. De OESO heeft daarentegen financiële activa wel gedefinieerd als onderdeel van de definitie van immateriële activa. Voor toepassing van de definitie van immateriële activa wordt door de OESO onder financiële activa verstaan *“any asset that is cash, an equity instrument, a contractual right or obligation to receive cash or another financial asset or to exchange financial assets or liabilities, or a derivative. Examples include bonds, bank deposits, stocks, shares, forward contracts, futures contracts, and swaps”*.⁸⁸ Deze definitie van financiële activa kent veel gelijkenissen met de definitie die in IAS 32 naar voren kwam.

Ten tweede komt de beschikkingsmacht over het actief naar voren in de definitie. Dit criterium komt zoals eerder benoemd ook terug in de definities van Richtlijn 210 en IAS 38. Hiermee wordt aangegeven dat de rechtspersoon beschikking heeft over de toekomstige economische voordelen uit het actief en deze voordelen af kan schermen van derden door bijvoorbeeld juridisch afdwingbare rechten.

Ten derde dient de beschikkingsmacht gebruikt te worden voor commerciële activiteiten, waarmee wordt bedoeld op toekomstige economische voordelen. Ook dit criterium komt terug in de definities van Richtlijn 210 en IAS 38. Een antwoord op de vraag of met commerciële activiteiten net als in de

⁸⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p.249.

⁸⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p.249.

accountancy zowel opbrengsten als kostenbesparingen dienen te worden verstaan blijkt niet uit de OESO-richtlijnen.

Ten slotte gaan de OESO-richtlijnen in op het aspect dat voor het bedrijfsmiddel een vergoeding zou worden bedongen indien de overdracht had plaatsgevonden tussen onafhankelijke partijen. Dit criterium is uniek ten opzichte van de definities zoals deze zijn geformuleerd in de accountancy. Hiermee wordt bewerkstelligd dat het at arm's length beginsel kan worden toegepast op immateriële activa, wat gezien de toepassing van de definitie voor verrekenprijdsdoeleinden niet onbegrijpelijk is. Het doel van de definitie is om bepaalde bedrijfsmiddelen, waarvoor de reguliere verrekenprijrichtlijnen niet optimaal zijn, onder een nieuwe richtlijn te doen vallen. Bij deze richtlijn staat uiteraard, zoals bij alle OESO-richtlijnen inzake verrekenprijzen, het at arm's length beginsel centraal. Dit at arm's length criterium benadrukt dit nogmaals. Dit criterium houdt in dat indien geen vergoeding zou worden bedongen bij overdracht van het bedrijfsmiddel tussen onafhankelijke partijen, dat voor verrekenprijdsdoeleinden het middel ook niet als immaterieel actief hoeft te worden gekwalificeerd, waardoor de OESO-richtlijnen voor immateriële activa niet voor het bedrijfsmiddel van toepassing zijn. Uiteraard geldt ook dat indien wel een vergoeding zou worden bedongen bij overdracht van het bedrijfsmiddel tussen onafhankelijke partijen, het at arm's length beginsel wel op het bedrijfsmiddel dient te worden toegepast. Met dit criterium lijkt de OESO te bewerkstelligen dat geen te ruime of te enge definitie wordt aangehouden, wat de OESO heeft willen voorkomen.

Het criterium dat ontbreekt ten opzichte van de definities vanuit de accountancy is het identificeerbaarheids criterium, wat diende ter onderscheiding van immateriële activa en goodwill. Het ontbreken van dit criterium maakt duidelijk dat voor toepassing van verrekenprijdsdoeleinden goodwill ook als immaterieel actief gekwalificeerd dient te worden. Dat is vanuit het oogpunt van at arm's length verrekenprijzen ook logisch, aangezien eventuele goodwill waarvoor door twee onafhankelijke partijen een vergoeding zou zijn overeengekomen ook onder de OESO-richtlijn van immateriële activa behoort.⁸⁹ De opname van dit criterium in de verrekenprijdsdefinitie zou tot een te enge definitie van immateriële activa kunnen leiden, wat mogelijk een reden is waarom de OESO de accountancy definities niet heeft willen toepassen voor verrekenprijdsdoeleinden.

2.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk zijn verschillende aspecten van het begrip immateriële activa behandeld. Aan de hand van de bevindingen uit dit hoofdstuk wordt de eerste deelvraag beantwoord. De eerste deelvraag

⁸⁹ De OESO geeft aan dat goodwill niet vergeten mag worden bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Zie OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, p.256.

luidde: *Wat zijn immateriële activa en hoe wordt het onderscheid tussen materiële en immateriële activa bepaald?*

Het antwoord op deze deelvraag is niet eenduidig. Afhankelijk van de vraag op welke regelgeving de term van toepassing is, kan het antwoord anders luiden. Verschillende aspecten zijn daarbij ook van belang bij verschillende regelgeving, waardoor de nadruk op een bepaald criterium niet voor iedere bepaling gelijk is.

Aan het begin van het hoofdstuk zijn de civielrechtelijke en bedrijfseconomische aspecten aan bod gekomen. Uit het Burgerlijk Wetboek bleek geen definitie van immateriële activa, waardoor via art. 2:362 lid 1 BW de accountingsbranche hieraan invulling heeft gegeven. Uit Richtlijn 210 van de RJ en EU IFRS bleek dat immateriële activa identificeerbare, niet-monetaire activa zijn zonder fysiek gedaante, die worden gebruikt voor productie, aflevering van goederen of diensten, voor verhuur aan derden of voor administratieve doeleinden. De criteria die voortvloeien uit deze definitie betreffen het identificeerbaarheids criterium⁹⁰, het criterium van de beschikkingsmacht, het criterium van de toekomstige economische voordelen, het fysiek gedaante criterium en het niet-monetaire criterium. In vergelijking met materiële activa, verschillen de twee soorten activa uiteindelijk alleen wat betreft het fysieke gedaante.

Vervolgens is in dit hoofdstuk ingegaan op de fiscale wetgeving in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Hieruit bleek dat de term immateriële activa in verschillende bepalingen een belangrijke functie vervult, maar dat geen definitie is opgenomen in de Wet. Wel is in de jurisprudentie en de Wet invulling gegeven aan de term bedrijfsmiddel, waar immateriële activa een onderdeel van uitmaken. In de parlementaire geschiedenis van de innovatiebox is wel ingegaan op de vraag wat onder een immaterieel actief dient te worden verstaan. Hieruit bleek dat dient te worden aangesloten bij de civielrechtelijke en bedrijfseconomische literatuur, waardoor de RJ opnieuw van belang zijn.

Voor toepassing van art. 8b Wet VpB 1969 bleek dat de OESO-richtlijnen ten grondslag liggen aan de at arm's length bepaling en de uitleg daarvan, en dus zijn de OESO-richtlijnen bepalend. In de OESO-richtlijnen wordt de term immateriële activa gedefinieerd als activa die geen materiële of financiële activa zijn, die eigendom kunnen zijn of waarover wordt beschikt voor gebruik in commerciële activiteiten en waarvoor tussen onafhankelijke partijen een vergoeding zou worden bedongen bij overdracht van het bedrijfsmiddel of het gebruik daarvan. De criteria die hieruit voortvloeien komen grotendeels overeen met deze uit de accountancyrichtlijnen, al bestaat een aantal cruciale verschillen.

⁹⁰ Met het separeerbaarheids criterium als onderdeel hiervan.

Hoofdstuk 3 Verrekenprijzen van immateriële activa

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de regelgeving rondom de verrekenprijzproblematiek van immateriële activa besproken. Ten eerste wordt ingegaan op de OESO-richtlijnen, die als algemeen geaccepteerde invulling van het at arm's length beginsel worden gezien. Hierbij zijn zowel de algemene richtlijnen van belang als de specifieke richtlijnen die de OESO heeft geïntroduceerd voor immateriële activa. Ten aanzien van deze richtlijnen dient dit hoofdstuk voornamelijk een beschrijvende functie; eventuele verbeterpunten en aanvullende analyse van deze richtlijnen zullen in hoofdstuk 4 worden behandeld. Vervolgens wordt gekeken naar de nationale at arm's length bepalingen, waarbij met name art. 8b Wet VpB 1969 aan bod komt. Hierbij wordt onder meer de invulling van de term gelieerdheid geanalyseerd voor verrekenprijzdoeleinden. De documentatieverplichting die is opgenomen in art. 8b Wet VpB 1969 wordt ook besproken, evenals de aanvullende documentatieverplichtingen en de Europese gedragscode inzake verrekenprijzdocumentatie. Vervolgens wordt kort stilgestaan bij de benadering die de EC hanteert ten aanzien van het at arm's length beginsel. Daarna wordt afgesloten met een conclusie waarin de belangrijkste bevindingen worden samengevat en een antwoord wordt geformuleerd op de deelvraag.

3.2 OESO-richtlijnen

3.2.1 Inleiding

Bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs is van belang dat de gelieerde transactie verloopt op basis van dezelfde voorwaarden als een ongelieerde transactie. De at arm's length bepaling in de Nederlandse vennootschapsbelasting⁹¹ geeft echter geen invulling in de manier waarop een at arm's length prijs dient te worden vastgesteld. Hiervoor zijn de OESO-richtlijnen van belang, die onder meer inzicht geven in de verschillende wijzen waarop een at arm's length verrekenprijs tot stand kan komen. De OESO-richtlijnen gelden als de internationaal geaccepteerde invulling van het at arm's length beginsel.⁹² Deze richtlijnen zijn niets anders dan een invulling van het at arm's length beginsel zoals dat is opgenomen in art. 9 OESO-mv, waar ook art. 8b Wet VpB 1969 op is gebaseerd. Deze richtlijnen worden door de OESO al gepubliceerd sinds 1979, al is de vorm sindsdien gewijzigd.⁹³ Indien daar aanleiding toe is worden nieuwe versies gepubliceerd door de OESO om aan te sluiten bij nieuwe

⁹¹ Deze bepaling komt later aan bod.

⁹² Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.1.

⁹³ B.W.A.M. Damsma & W.T.M. van der Velden, 'BEPS Action 8-10: Aligning transfer pricing outcomes with value creation', *MBB* 2017/5.

ontwikkelingen, waarbij de meest recente versie stamt uit juli 2017. Nederland volgt deze OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen zoals bleek uit de parlementaire geschiedenis van art. 8b Wet VpB 1969 en het verrekenprijbesluit⁹⁴. Ook veel andere landen baseren de aanpak van de verrekenprijproblematiek op de OESO-richtlijnen, wat tot een meer eenduidige aanpak leidt van de verrekenprijproblematiek. Hiermee is dubbele belastingheffing als gevolg van verschillen in regelgeving tussen verschillende landen minder waarschijnlijk, waardoor ook ondernemingen belang hebben bij de OESO-richtlijnen.

3.2.2 Het toepassen van het at arm's length beginsel

3.2.2.1 De 'seperate entity approach'

Het bepalen van een at arm's length verrekenprijs is een proces waarbij meerdere stappen van belang zijn. De OESO begint met de veronderstelling dat voor verrekenprijdoeleinden alle entiteiten die onderdeel uitmaken van een concern geacht worden gescheiden te zijn.⁹⁵ Anders gezegd wordt geacht dat geen banden bestaan tussen de entiteiten binnen een concern die ook niet aanwezig zijn bij twee onafhankelijke ondernemingen. Deze 'seperate entity approach' oftewel afzonderlijke entiteitsbenadering zorgt ervoor dat een gelieerde transactie vergeleken kan worden met een ongelieerde transactie. Bij een transactie tussen twee ongelieerde partijen zijn immers geen onzakelijke banden aanwezig, en dus is voor een juiste vergelijking van de gelieerde en ongelieerde transacties vereist dat deze banden ook niet aanwezig worden geacht bij de gelieerde transactie. De vergelijkbaarheid van transacties is essentieel voor toepassing van het at arm's length beginsel, waardoor de afzonderlijke entiteitsbenadering onmisbaar is. Daarnaast zorgt deze benadering voor een gelijk speelveld op fiscaal terrein. Gelieerde en ongelieerde ondernemingen worden op exact dezelfde manier behandeld voor verrekenprijdoeleinden, waardoor zowel bij gelieerde als bij ongelieerde ondernemingen zich geen voor- of nadelen voordoen op basis van hun gelieerdheid.⁹⁶ Dit leidt vervolgens tot eerlijkere concurrentie tussen verschillende ondernemingen, wat volgens de OESO weer leidt tot betere internationale handel en investeringen.

Zowel in de literatuur als in de OESO-richtlijnen zelf wordt ook aandacht besteed aan de vraag of gelieerde en ongelieerde ondernemingen wel vergeleken kunnen worden. Het argument dat de OESO hanteert betreffende gelijke fiscale behandeling van gelieerde en ongelieerde ondernemingen is op zichzelf naar mijn mening geen sterk argument. Waarom zouden gelieerde en ongelieerde ondernemingen immers gelijk moeten worden behandeld terwijl zij helemaal niet gelijk zijn? Gelieerde

⁹⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

⁹⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.6 tot en met 1.8.

⁹⁶ Als voorbeeld kan worden gedacht aan synergievoordelen, deze voordelen zullen niet aanwezig zijn bij onafhankelijke partijen en dus worden ze niet meegenomen in de verrekenprijanalyse.

ondernemingen kunnen winsten behalen door synergie- of locatievoordelen die bij ongelieerde ondernemingen niet van toepassing zijn. Wat betreft locatievoordelen kunnen gelieerde ondernemingen bijvoorbeeld kosten besparen door activiteiten te verplaatsen naar landen met lagere lonen. Hierbij komt vervolgens de vraag kijken of ongelieerde ondernemingen in zo'n transactie ook rekening zouden houden met deze locatievoordelen.⁹⁷ Ook synergievoordelen⁹⁸ kunnen gelieerde ondernemingen onderscheiden van gelieerde ondernemingen. Hierover zegt de OESO dat deze voordelen moeten worden vastgesteld en verdeeld naar rato van de contributie van de individuele ondernemingen aan de synergiecreatie.⁹⁹ Zoals is vermeld is de vergelijkbaarheid tussen gelieerde en ongelieerde ondernemingen een niet te missen onderdeel van het at arm's length beginsel zoals deze wereldwijd in grote mate wordt toegepast. De problematiek rondom onder meer locatie- en synergievoordelen bij gelieerde ondernemingen is dus niet zozeer een geïsoleerd probleem, maar leidt indirect tot de vraag of het at arm's length beginsel überhaupt wel de juiste manier is om de winst van een transactie te verdelen tussen de verschillende gelieerde ondernemingen. Hoewel een relevante discussie zal hierover gezien de omvang van deze scriptie geen verdere aandacht worden besteed.

3.2.2.2 Het karakteriseren van de transactie

3.2.2.2.1 Inleiding

Zodra de afzonderlijke entiteitsbenadering in acht is genomen is de vergelijkbaarheidsanalyse van belang. Om een vergelijkbaarheidsanalyse toe te kunnen passen zijn twee aspecten van belang. Ten eerste dienen de commerciële of financiële banden tussen de gelieerde ondernemingen en de voorwaarden en relevante economische omstandigheden daarbij te worden geïdentificeerd, zodat de gelieerde transactie op een juiste manier kan worden afgebakend. Het moet dus duidelijk zijn welke karakteristieken een gelieerde transactie heeft voordat deze met een ongelieerde transactie kan worden vergeleken. Ten tweede dienen deze voorwaarden en relevante economische omstandigheden van de gelieerde transactie te worden vergeleken met de voorwaarden en relevante economische omstandigheden van vergelijkbare ongelieerde transacties.¹⁰⁰

Voordat sprake kan zijn van een vergelijkbare transactie, moet aan de hand van vergelijkbaarheidsfactoren duidelijk worden of de verschillen tussen de transacties de verrekenprijs kunnen beïnvloeden. De vergelijkbaarheidsfactoren die worden gebruikt voor het karakteriseren van de transactie zijn opgedeeld in vijf categorieën:

⁹⁷ M.A. de Lange en P.W.H. Lankhorst, 'De invloed van locatievoordelen op de transfer pricing van multinationals', *WFR* 2014/562.

⁹⁸ Bijvoorbeeld een verbetering van productietechnologie, coördinatie op de markt of het samenwerken van R&D-afdelingen.

⁹⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.157 tot en met 1.173.

¹⁰⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.33 tot en met 1.41.

- De contractuele voorwaarden van de transactie.
- De functionele analyse, waarbij onder meer wordt gekeken naar de gebruikte activa en gelopen risico's door ieder van de betrokken partijen.
- De karakteristieken van de geleverde goederen of verleende diensten.
- De economische omstandigheden van de partijen en de markt waarin zij opereren.
- De ondernemingsstrategieën van de partijen.

3.2.2.2.2 De contractuele voorwaarden

Indien voor de transactie een contract is opgesteld door de gelieerde partijen, zullen de hieruit voortvloeiende voorwaarden als beginpunt van de analyse worden gebruikt. Het kan daarbij gaan om de verdeling van verantwoordelijkheden, verplichtingen, rechten en risico's of prijsafspraken. Concrete voorbeelden hiervan zijn de betalingstermijn, de leveringsvoorwaarden of de gebruikte valuta. Vervolgens wordt ook gekeken naar voorwaarden die uit de transactie blijken, maar niet contractueel zijn vastgelegd. Deze voorwaarden kunnen blijken uit andere schriftelijke of mondelinge afspraken of het daadwerkelijke gedrag van de gelieerde partijen. Activiteiten die niet zijn overeengekomen in het contract, maar wel door bijvoorbeeld een dochteronderneming ten behoeve van de moedermaatschappij zijn uitgevoerd zullen alsnog worden meegenomen in de vergelijkbaarheidsanalyse. Wanneer sprake is van een gelieerde transactie zullen beide partijen mogelijk minder geneigd zijn elkaar aan het contract te houden of is het contract niet op onafhankelijke wijze opgesteld, waardoor het contract voor de vergelijkbaarheidsanalyse minder betekenis heeft. De contractuele voorwaarden van een gelieerde transactie zijn dus niet zonder meer representatief voor de daadwerkelijke transactie en worden door de OESO ook niet als dusdanig geïnterpreteerd. De feitelijke handelingen van beide partijen en de daarbij behorende omstandigheden geven de doorslag.¹⁰¹

3.2.2.2.3 De functionele analyse

De functionele analyse dient om de uitgevoerde functies, de gebruikte activa en gelopen risico's in kaart te brengen.¹⁰² Binnen een concern kunnen verschillende entiteiten verschillende functies uitvoeren die alle van belang zijn bij de bedrijfsvoering van het concern als geheel.¹⁰³ De verrekenprijs die wordt gehanteerd moet een weerspiegeling zijn van de toegevoegde waarde van de entiteit aan de activiteiten van het concern. Bij de ontwikkeling van een nieuw medicijn zal een belangrijk gedeelte van de toegevoegde waarde toe te kennen zijn aan de R&D-activiteiten binnen het concern en een kleiner gedeelte aan marketing. In dat geval zal een groter gedeelte van de winst worden toegekend

¹⁰¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.42 tot en met 1.50.

¹⁰² OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.51 tot en met 1.106.

¹⁰³ Denk aan marketing, transport, productie of financiële activiteiten.

aan de entiteit die de R&D-activiteiten uitvoert. Andersom zal bij de uitgave van exclusieve schoenen juist de marketing een belangrijk gedeelte zijn van de toegevoegde waarde, terwijl de productie en de opslag van minder groot belang zijn. Hierbij zullen de marketingactiviteiten juist een hogere winst krijgen toegekend. Immateriële activa zoals merknamen kunnen in belangrijke mate de betalingsbereidheid, en dus de winstgevendheid, van een product of dienst bepalen. De functies die verband houden met deze immateriële activa, zoals de ontwikkeling en de exploitatie ervan, kunnen steeds vaker als kernfunctie van een concern worden aangeduid. Afhankelijk van hoe de functies betreffende immateriële activa over het concern zijn verdeeld, kan dit de toegerekende winst in grote mate beïnvloeden.¹⁰⁴

Bij een functionele analyse zijn niet alleen de functies en de daarbij gebruikte activa van belang, ook de gelopen risico's bepalen hoe de winst binnen een concern dient te worden toegerekend. Bij het uitoefenen van economische activiteiten zijn risico's onvermijdelijk. Zo kan een nieuw R&D-project op niets uitlopen, een marketingstrategie kan niet aanslaan of als gevolg van grondstoftekorten kan de productie niet op maximale capaciteit draaien. Indien een hoger risico wordt gelopen, zal daar in ongelieerde situaties ook een hogere vergoeding tegenover staan. De kans dat een verlies wordt geleden of de omvang van dat verlies is groter en dus zal een partij daarvoor willen worden gecompenseerd, wat de prijs beïnvloedt. Bij het bepalen in hoeverre transacties vergelijkbaar zijn, is het dus van belang om ook de gelopen risico's van alle partijen betrokken bij een transactie in beeld te hebben. De OESO heeft voor het analyseren van risico's binnen de functionele analyse een stappenplan geïntroduceerd, bestaande uit zes stappen¹⁰⁵¹⁰⁶:

1. De identificatie van economisch significante risico's.
2. Het bepalen van hoe de economisch significante risico's contractueel zijn verdeeld.
3. Het analyseren van de rollen van de partijen in het dragen en beheren van de risico's. Hiermee wordt bedoeld welke partijen de risico's controleren of mitigeren, hoe de gevolgen van de risico's worden gedragen en welke partijen de financiële capaciteit hebben om het risico te dragen.
4. Het vaststellen in hoeverre de contractuele verdeling van risico's ook wordt gevolgd op basis van het gedrag van de partijen. Hierbij is van belang of de partij die het risico contractueel

¹⁰⁴ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p.44.

¹⁰⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.60.

¹⁰⁶ Het verrekenprijbesluit volgt eenzelfde stappenplan, maar verschilt op een aantal punten met de OESO-richtlijnen. Zie C. Jie-A-Joen en M. van Herksen, 'Insight: Dutch Transfer Pricing Decree Interprets BEPS Changes', *Tax Management Transfer Pricing Report*, 31 mei 2018, p.2-3.

draagt ook daadwerkelijk risico beherende of mitigerende functies uitoefent en dat die partij ook de financiële capaciteit heeft dit risico te dragen.

5. Het opnieuw alloceren van risico's indien de partij die contractueel het risico draagt, maar op basis van stap 1 tot en met 4 blijkt niet de risico's te controleren of de financiële capaciteit te hebben het risico te dragen. In dat geval wordt het risico toegewezen aan de partij die het risico wel controleert en wel de financiële capaciteit heeft het risico te dragen.
6. Het vaststellen van de at arm's length verrekenprijs, rekening houdend met de uitkomst op basis van stappen 1 tot en met 5.

Het beheren en controleren van risico's en het hebben van de financiële capaciteit om een risico te kunnen dragen zijn dus de doorslaggevende factoren, waarbij de contractuele verdeling van risico's net als bij het karakteriseren van de transactie slechts als beginpunt functioneert waarvan kan worden afgeweken indien dat nodig blijkt op basis van de feiten. Het is daarom van belang om duidelijk in beeld te hebben wat de OESO hieronder verstaat. Onder risicobeheer wordt verstaan de functie van het beoordelen en reageren op risico's voortvloeiend uit commerciële activiteiten.¹⁰⁷ Dit bestaat uit drie elementen. Ten eerste dient de partij het vermogen te hebben om te beslissen over risicodragende activiteiten, waaronder het aantrekken, afstoten of afschalen hiervan, en ook daadwerkelijk gebruik maakt van dit vermogen. Ten tweede dient de partij het vermogen te hebben om te beslissen of op een risico moet worden gereageerd, en zo ja, hoe hierop moet worden gereageerd. Opnieuw dient de partij ook daadwerkelijk gebruik te maken van dit vermogen. Ten derde dient de partij het vermogen te hebben om risico's te beperken, wat inhoudt dat maatregelen genomen kunnen worden die het risico beïnvloeden, en ook daadwerkelijk gebruik maken van dit vermogen. De eerste twee elementen zijn eveneens van toepassing voor het controleren van risico's. Het derde element van risicobeheer (het beperken van de risico's) valt hier echter niet onder omdat deze kunnen worden uitbesteed aan derden.¹⁰⁸ Het alloceren van een risico is dus niet gebaseerd op wie de dagelijkse risicobeperkende activiteiten uitvoert.

Naast het beheren en controleren van risico's is ook van belang wie het risico draagt. Een risico wordt gedragen indien de consequenties van het risico, zowel positief als negatief, financiële gevolgen hebben voor een partij.¹⁰⁹ Hieronder wordt verstaan dat financiële middelen beschikbaar zijn voor zowel het aantrekken als afstoten van het risico, het betalen voor risicobeperkende functies en het dragen van de financiële consequenties bij het tot uitdrukking komen van een risico. Bij ongelieerde

¹⁰⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.61.

¹⁰⁸ Hierbij zullen de risicobeperkende activiteiten echter wel op basis van de aanwijzingen van de risicodragende partij plaatsvinden.

¹⁰⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.63 en 1.64.

partijen zal doorgaans geen verschil bestaan tussen wie de risico's controleert en wie de risico's draagt. Als een partij de consequenties van een risico feitelijk draagt, zal deze partij dit risico ook willen controleren omdat een financiële stimulus bestaat het risico een positieve wending te geven.

3.2.2.2.4 De karakteristieken van goederen of diensten

Bij het opstellen van een vergelijkbaarheidsanalyse kunnen de verschillen in karakteristieken van de goederen of diensten bij de transactie niet ontbreken. Verschillende goederen of diensten hebben verschillende karakteristieken, en dus ook verschillende prijzen. Om een vergelijkbaarheidsanalyse op te stellen kan het, afhankelijk van de verrekenprijsmethode, van belang zijn dat de producten of diensten in de gelieerde transactie vergelijkbaar zijn met de producten of diensten van de ongelieerde transactie. De relevante karakteristieken van de goederen of diensten bij een transactie en de relatieve weging daarvan kan op basis van de omstandigheden verschillen. Bij materiële activa kunnen de relevante karakteristieken bijvoorbeeld bestaan uit de fysieke kenmerken van het product, maar ook de kwaliteit, duurzaamheid en de hoeveelheid aanbod kunnen een rol spelen. Bij immateriële activa kunnen relevante karakteristieken het type goed zijn (bijvoorbeeld een patent of software), maar ook de vorm van de transactie (bijvoorbeeld een licentieverlening of een verkoop).¹¹⁰

3.2.2.2.5 De economische omstandigheden van de partijen en de markt waarin zij opereren

Daarnaast kunnen de prijzen van dezelfde goederen of diensten ook verschillen op basis van de markt waarin de transactie plaatsvindt. Hetzelfde goed of dezelfde dienst zal in Nederland doorgaans tegen een andere prijs worden verkocht dan in China. Om de prijzen van twee transacties te kunnen vergelijken, is daarom ook van belang dat deze economische omstandigheden in aanmerking worden genomen.¹¹¹ Naast de geografische locatie van de markt kan van belang zijn hoe groot de markt is, de concurrentie op de markt, de overheidsregulatie van de markt of de koopkracht van de consument. Al deze elementen kunnen de prijs van een goed of dienst beïnvloeden en zijn dus van belang voor de at arm's length verrekenprijs. Het is onmogelijk om twee verschillende landen te vinden met exact dezelfde markt, waardoor het alleen mogelijk lijkt om een vergelijkbare ongelieerde transactie te vinden binnen de markt waarin de gelieerde transactie plaatsvindt. Het is daarom mogelijk om, indien sprake is van verschillen tussen twee markten, de invloed die deze verschillen op de prijs hebben te corrigeren. Hierbij geldt dat hoe kleiner de verschillen zijn, hoe betrouwbaarder deze aanpassingen kunnen worden gemaakt. Het is daarom betrouwbaarder om een Nederlandse transactie te

¹¹⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.107 tot en met 1.109.

¹¹¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.110 tot en met 1.113.

vergelijken met een Duitse transactie dan met een Indiase transactie, gezien de grote verschillen in economische omstandigheden tussen Nederland en India.¹¹²

3.2.2.2.6 De ondernemingsstrategieën van de partijen

Ten slotte kunnen verschillende ondernemingen verschillende ondernemingsstrategieën hebben die invloed hebben op de prijs.¹¹³ Een voorbeeld hiervan zijn grote ondernemingen die een nieuwe markt willen penetreren. Deze ondernemingen zijn op korte termijn niet uit op winstmaximalisatie, maar op het vergroten van het marktaandeel van hun product of dienst in de nieuwe markt. Hiertoe zijn deze ondernemingen bereid de eerste jaren verliezen te leiden¹¹⁴, zodat later het grote marktaandeel gebruikt kan worden om deze verliezen terug te verdienen en winst te gaan maken. Deze ondernemingen hebben vaak grote financiële buffers die kunnen worden gebruikt om deze verliezen op te vangen. Deze ondernemingsstrategie wordt ook wel marktpenetratie genoemd en valt onder een ondernemingsstrategie die de verrekenprijs kan beïnvloeden. Het is hierbij wel van belang dat het gedrag van de onderneming de ondernemingsstrategie ondersteunt. Andere aspecten die onderdeel kunnen zijn van een ondernemingsstrategie zijn bijvoorbeeld innovatie, risicomijding, diversificatie of anticipatie van politieke veranderingen.

3.2.2.2.7 Vergelijkbare transacties

Zodra de transactie is gekarakteriseerd en dus duidelijk is welke karakteristieken de verrekenprijs kunnen beïnvloeden, is het mogelijk het tweede gedeelte van de vergelijkbaarheidsanalyse toe te passen. Dit houdt in dat ongelieerde transacties worden geïdentificeerd die op basis van de eerder onderzochte karakteristieken van de transactie voldoende vergelijkbaar zijn met de gelieerde transactie. Deze ongelieerde transacties liggen zoals bekend aan de basis van het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Een vergelijkbare transactie kan zowel een vergelijkbare transactie van één van de partijen van de gelieerde transactie met een onafhankelijke partij zijn (een interne vergelijkbare transactie), of een vergelijkbare transactie tussen twee onafhankelijke partijen (een externe vergelijkbare transactie)¹¹⁵. De OESO geeft bij de verschillende verrekenprijsmethoden aan dat doorgaans de interne vergelijkbare transactie de voorkeur verdient, omdat deze doorgaans wat betreft karakteristieken meer lijkt op de gelieerde transactie.¹¹⁶

¹¹² Denk hierbij aan de verschillen in koopkracht van de consumenten, maar ook de omvang van de markt of de (indien relevant) verschillen in overheidsregulatie.

¹¹³ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 1.114 tot en met 1.118.

¹¹⁴ Bijvoorbeeld door een lagere prijs in rekening te brengen aan consumenten.

¹¹⁵ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.28.

¹¹⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 3.27 en 3.28.

3.2.3 Verrekenprijsmethoden

3.2.3.1 Inleiding

De OESO heeft verschillende methoden omarmd om een at arm's length verrekenprijs vast te stellen. Deze verrekenprijsmethoden kunnen worden onderverdeeld in de traditionele transactiemethoden en de transactional-profitmethoden. De traditionele transactiemethoden betreffen de comparable-uncontrolledpricemethode (CUP-methode), de resale-price methode en de cost-plusmethode. De transactional-profitmethoden betreffen de profit-splitmethode en de transactional-net-marginmethode (TNMM-methode). De belastingplichtige heeft zelf een vrije keuze om te bepalen welke verrekenprijsmethode wordt toegepast. Hiertoe heeft de OESO echter wel een aantal criteria opgesteld die bij de keuze voor een verrekenprijsmethode in acht dienen te worden genomen. Het gaat hierbij om de relatieve sterke en zwakke punten van de verschillende methoden, de karakteristieken van de transactie¹¹⁷, de beschikbaarheid van betrouwbare informatie van ongelieerde transacties en de mate van vergelijkbaarheid tussen de gelieerde en ongelieerde transacties, waarbij ook van belang is hoe betrouwbaar een correctie kan worden aangebracht bij eventuele verschillen tussen de gelieerde en ongelieerde transacties.¹¹⁸

3.2.3.2 Traditionele transactiemethoden

3.2.3.2.1 CUP-methode

De CUP-methode is de methode die de voorkeur geniet van de OESO, indien deze minstens even betrouwbaar blijkt als de andere methoden.¹¹⁹ De CUP-methode vergelijkt de verrekenprijs van de gelieerde transactie met de prijs van een vergelijkbare ongelieerde transactie. Wanneer deze prijzen significant verschillen kan dit erop duiden dat de gelieerde band tussen de twee ondernemingen de prijs heeft beïnvloed en dus niet at arm's length is gehandeld. De CUP-methode is de methode die de meest directe vergelijking maakt met een ongelieerde transactie. Dit maakt de CUP-methode een betrouwbare methode, mits toepasbaar. In de praktijk kan het echter moeilijk blijken om een ongelieerde transactie te vinden waarbij eventuele verschillen in omstandigheden geen materieel effect hebben op de prijs. Voor deze materiële verschillen moet worden gecorrigeerd, waardoor de methode aan betrouwbaarheid inboet.¹²⁰ Indien veel correcties moeten worden gemaakt omdat de beschikbare ongelieerde transacties veel verschillen vertonen met de gelieerde transactie, dan zal de CUP-methode al snel onbruikbaar worden.

¹¹⁷ Deze zijn als onderdeel van de vergelijkbaarheidsanalyse bepaald.

¹¹⁸ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.28.

¹¹⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.14.

¹²⁰ Het kan onduidelijk zijn hoe een materieel verschil exact dient te worden gecorrigeerd.

3.2.3.2.2 Resale-minus methode

De tweede traditionele verrekenprijsmethode is de resale-minus methode. Bij deze methode ligt de nadruk op de gerealiseerde brutowinst van een transactie. De resale-minus methode begint met de prijs van een product dat is ingekocht van een gelieerde partij en vervolgens is doorverkocht aan een derde partij. De prijs die aan de derde in rekening is gebracht is per definitie at arm's length, waardoor deze prijs als beginpunt kan worden gebruikt. Vervolgens wordt gekeken naar de brutowinst die een onafhankelijke partij op deze transactie zou behalen, waarbij rekening wordt gehouden met de gemaakte kosten en de functionele analyse.¹²¹ Deze at arm's length brutowinstmarge wordt vervolgens vergeleken met de brutowinstmarge op de gelieerde transactie. Indien de inkoopprijs van de gelieerde partij te hoog of te laag was, en de brutowinstmarge dus afwijkt van de at arm's length brutowinstmarge, kan dit een indicatie zijn dat de verrekenprijs van de transactie niet at arm's length is. In zo'n geval kan het dus nodig zijn een correctie aan te brengen.¹²²

Deze methode is het meest toepasbaar in gevallen waarbij de verkoper geen substantiële waarde toevoegt aan het product, bijvoorbeeld bij een doorverkoop van een product. Zodra een verkoper de ingekochte goederen als onderdeel gebruikt van gecompliceerdere goederen, kan het onduidelijk zijn wat de waarde van de ingekochte goederen is als onderdeel van de gecompliceerdere verkochte goederen. Deze waardetoevoeging kan ook plaatsvinden via immateriële activa. Zo kan een verkoper via de ontwikkeling en instandhouding van een merknaam ook waarde toevoegen aan het product, zonder het product zelf wezenlijk te veranderen. De waarde van deze toevoeging kan moeilijk te bepalen zijn, zeker gezien het vaak unieke karakter van een immaterieel actief als een merkrecht, waardoor een vergelijkbare transactie moeilijker te vinden is of minder betrouwbaar wordt. Naast het ontbreken van een substantiële toevoeging van waarde werkt deze methode ook beter indien weinig tijd is verstreken tussen het moment van inkoop en het moment van verkoop. Hoe langer de verstreken tijd bedraagt, hoe meer externe factoren de prijs kunnen beïnvloeden: er kunnen veranderingen optreden in de markt, valutakoersen of andere economische factoren die de prijs beïnvloeden. Voor deze externe factoren zal moeten worden gecorrigeerd, wat de betrouwbaarheid van de methode niet ten goede komt. De resale-minus methode heeft echter wel als voordeel ten opzichte van de CUP-methode dat de producten van de te vergelijken transacties meer kunnen verschillen. De OESO illustreert dit door aan te geven dat de inkoop en doorverkoop van broodroosters en mixers, ondanks dat het geen vergelijkbare producten zijn, wel tot een vergelijkbare beloning (dus brutowinstmarge) zou moeten leiden.¹²³ Het is onaannemelijk dat voor de inkoop en doorverkoop van

¹²¹ Dat wil zeggen: gebruikte activa en gelopen risico's.

¹²² OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.27 tot en met 2.41.

¹²³ Zolang de toegevoegde waarde van de verkoper bij de transacties van zowel broodroosters als mixers min of meer gelijk is.

een broodrooster een materieel verschil in beloning gerechtvaardigd is ten opzichte van de inkoop en de doorverkoop van een mixer. Hierdoor is de resale-minus methode minder afhankelijk van de vergelijkbaarheid van de producten zelf. De toegevoegde functies, gebruikte activa en gelopen risico's zijn bij deze methode van grotere relevantie om de vergelijkbaarheid te bepalen.

3.2.3.2.3 Cost-plus methode

De derde en laatste traditionele verrekenprijsmethode betreft de cost-plus methode.¹²⁴ Deze methode gaat uit van een transactie waarbij een product of dienst wordt verkocht aan een gelieerde partij. De verkopende partij maakt kosten ten behoeve van deze transactie, welke gelden als de basis voor deze methode. Een onafhankelijke onderneming zal winst beogen en dus een brutowinstmarge toevoegen aan de gemaakte kosten. De cost-plus methode volgt deze benadering en bepaalt dat boven op de gemaakte kosten een brutowinstmarge moet worden toegevoegd die in lijn is met wat een onderneming voor een soortgelijk product in een ongelieerde transactie zou gebruiken, gelet op de toegevoegde functies en de marktomstandigheden. De combinatie van de gemaakte kosten en de brutowinstopslag vormt samen de at arm's length verrekenprijs. De hoogte van de brutowinstopslag is uiteraard afhankelijk van de karakteristieken van de transactie, waaronder de uitgeoefende functies en de gelopen risico's. Evenals de resale-minus methode is de cost-plus methode minder afhankelijk van de directe vergelijkbaarheid van de producten, maar meer afhankelijk van de toegevoegde functies, gelopen risico's en gebruikte activa. Omdat de cost-plus methode zich baseert op de gemaakte kosten, is het vooral van belang welke kosten zijn gemaakt in verband met deze toegevoegde functies, gebruikte activa en gelopen risico's. Als deze kosten verschillen van een vergelijkbare transactie kan dat duiden op een verschil in functies of efficiëntieverschillen tussen de vergeleken partijen. Het is belangrijk deze verschillen goed in beeld te hebben om de vergelijkbaarheid van twee transacties te kunnen bepalen en eventueel correcties te kunnen maken in de te hanteren brutowinstmarge.

Daarnaast is ook de bepaling van de kosten een belangrijk aandachtspunt bij de cost-plus methode. De OESO maakt onderscheid tussen drie kostencategorieën: directe kosten van productie (zoals grondstofkosten), indirecte kosten van productie (zoals afschrijvingskosten van gebruikte machines) en bedrijfskosten van de onderneming (zoals algemene kosten, administratieve kosten of toezichthoudende kosten). De cost-plus methode gebruikt over het algemeen alleen de directe en indirecte productiekosten als de kostengrondslag voor de brutowinstmarge. De waardering van de productiekosten (bijvoorbeeld de waardering van de voorraad) dient in principe plaats te vinden op basis van de historische kostprijs, maar de OESO nuanceert dit door toe te voegen dat in specifieke

¹²⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.45 tot en met 2.58.

omstandigheden het ook acceptabel is om een andere waarderingsmethode, zoals de gemiddelde kostprijs of de vervangingswaarde, toe te passen.

Vanwege het feit dat prijzen doorgaans worden opgesteld voordat levering van goederen of diensten heeft plaatsgevonden, wordt bij het opstellen van de verrekenprijs uitgegaan van de gebudgetteerde kosten. De werkelijk gemaakte kosten die naderhand blijken, kunnen hiervan afwijken. De Staatssecretaris bepaalt dat in zulke gevallen afhankelijk van de situatie geen prijsaanpassing plaats hoeft te vinden. Indien bijvoorbeeld door inefficiënte productie de daadwerkelijke kosten hoger uitvallen dan begroot, zullen deze kosten voor rekening van de producent komen. Dit leidt ertoe dat de prijs voor de transactie tussen derden niet zou worden aangepast, wat leidt tot een lagere brutowinstmarge voor de producent.¹²⁵

3.2.3.3 Transactional-profit methoden

3.2.3.3.1 Transactional net margin methode

De transactional profit methoden onderzoeken in tegenstelling tot de traditionele transactiemethoden niet de karakteristieken van een specifieke transactie, maar de behaalde nettowinsten van beide partijen betrokken bij de transactie. Deze methoden dienen met enige voorzichtigheid te worden gebruikt, vanwege het feit dat het at arm's length beginsel niet inhoudt dat twee vergelijkbare ondernemingen vergelijkbare winsten zouden moeten maken. Zoals bij de resale-minus methode en de cost-plus methode ook het geval was, is het mogelijk dat winsten tussen ondernemingen verschillen (bijvoorbeeld op basis van de efficiëntie van de onderneming). De gedachte dat een afwijking van de nettowinst ten opzichte van een andere onderneming tot een verrekenprijscorrectie zou moeten leiden is om die reden onjuist. Toch winnen de transactional-profit methoden aan terrein op verrekenprijsgebied, vanwege het feit dat betrouwbare informatie van vergelijkbare ongelieerde transactie niet ruim voorhanden is op het niveau van brutowinsten, waardoor nettowinsten als alternatief moeten dienen.¹²⁶

De eerste van deze methoden is de TNMM.¹²⁷ De TNMM is een methode die de gerealiseerde nettowinst van een gelieerde transactie onderzoekt op basis van een passende grondslag zoals de kosten, de omzet of de activa.¹²⁸ De TNMM dient vanwege de vele gelijkenissen met de resale-minus methode en de cost-plus methode op eenzelfde wijze te worden toegepast als deze methoden. Dat

¹²⁵ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.8.

¹²⁶ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p.90.

¹²⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.64 tot en met 2.73.

¹²⁸ Bij een fabrikant is het logisch om de kosten als basis te nemen, terwijl bij een distributeur het logischer is om de omzet als basis te nemen.

wil zeggen dat een indicatie van de nettowinst van een gelieerde transactie wordt gevormd op basis van de nettowinst van een vergelijkbare, ongelieerde transactie.

De TNMM is met name bruikbaar in gevallen waarbij één van de twee betrokken partijen een unieke en waardevolle toevoeging maakt aan het product of de dienst, zoals de toevoeging van een immaterieel actief. In dat geval kan op het niveau van de minst ingewikkelde partij (bijvoorbeeld de fabrikant of de distributeur) bepaald worden wat de hoogte van de nettowinst van een transactie zou moeten zijn. Zodra beide partijen unieke en waardevolle toevoegingen maken, wordt de TNMM echter niet als bruikbaar geacht vanwege het feit dat het bepalen van de nettowinst voor beide partijen een complexe zaak is. Ten opzichte van de resale-minus methode en de cost-plus methode is de TNMM echter toleranter ten opzichte van verschillen van de toegevoegde functies, omdat classificatieverschillen tussen de verschillende kostensoorten minder relevant zijn bij de nettowinst dan bij de brutowinst.

3.2.3.3.2 Profit-split methode

De laatste door de OESO uitgewerkte methode betreft de profit-split methode.¹²⁹ De profit-split methode bekijkt de volledige nettowinst die bij een (reeks van) gelieerde transactie(s) is gemaakt, en probeert deze vervolgens tussen de partijen te verdelen. Deze verdeling dient overeen te komen met wat ongelieerde partijen zouden verwachten bij het aangaan van een vergelijkbare transactie als de gelieerde transactie. Deze methode is ook toepasbaar in gevallen waarbij geen data van vergelijkbare transacties beschikbaar zijn, omdat de winstverdeling alsnog kan plaatsvinden op basis van de toegevoegde functies, gebruikte activa en gelopen risico's.

De kracht van deze methode ligt bij transacties tussen gelieerde partijen met een hoge mate van integratie, waardoor een tweezijdige methode logischer is dan een eenzijdige methode. Daarnaast is het ook toepasbaar in gevallen waarbij beide partijen waardevolle toevoegingen maken aan de transactie. In zo'n geval zou een eenzijdige methode kunnen leiden tot een onredelijke uitkomst, omdat slechts één zijde van de transactie wordt bekeken. Het nadeel van deze methode is dat de beschikbaarheid van informatie van buitenlandse gelieerde ondernemingen niet altijd voorhanden is, wat het bepalen van de totale nettowinst en dus de verdeling daarvan bemoeilijkt.

3.2.4 Het bepalen van de at arm's length verrekenprijs

Zodra de transactie is gekarakteriseerd en mogelijk een verrekenprijsmethode is geselecteerd op basis van deze karakteristieken, kan de vergelijkbaarheidsanalyse worden voltooid. Hiervoor dienen ongelieerde transacties te worden geïdentificeerd die op basis van de eerder onderzochte

¹²⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 2.114 tot en met 2.120.

kenmerken van de transactie voldoende vergelijkbaar zijn met de gelieerde transactie. Deze ongelieerde transacties liggen zoals bekend aan de basis van het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Voor het voltooien van de vergelijkbaarheidsanalyse heeft de OESO een stappenplan opgesteld dat kan worden gevolgd bij het toepassen van een vergelijkbaarheidsanalyse.¹³⁰ Dit stappenplan bestaat uit de volgende tien stappen:

Stap 1: Bepaling van de te onderzoeken jaren.

Stap 2: Brede analyse van de omstandigheden van de belastingplichtige.

Stap 3: Het begrijpen van de gelieerde transactie in kwestie, vooral op basis van de functionele analyse, om zo de te onderzoeken partij te kunnen bepalen, de meest geschikte verrekenprijsmethode te kunnen kiezen, een passende grondslag voor de transactional-profit methoden te kiezen en de significante vergelijkbaarheidsfactoren te identificeren.

Stap 4: Het bekijken van bestaande interne vergelijkbare transacties.

Stap 5: Bepaling van de beschikbare informatie over externe vergelijkbare transacties indien vereist.

Stap 6: Het kiezen van de meest geschikte verrekenprijsmethode.

Stap 7: Identificatie van mogelijke vergelijkbare transacties, waaronder de belangrijkste kenmerken waaraan een ongelieerde transactie moet voldoen om als vergelijkbare transactie te kunnen worden beschouwd.

Stap 8: Bepalen of en hoe eventuele verschillen in de kenmerken van vergelijkbare transacties dienen te worden gecorrigeerd.

Stap 9: Interpretatie en gebruik van de verzamelde data, om zo tot een at arm's length beloning te komen.¹³¹

Toepassing van dit stappenplan is niet verplicht, maar dient ter begeleiding bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Daarnaast is ook niet vereist dat de stappen in chronologische volgorde worden uitgevoerd en is het mogelijk dat een eerdere stap opnieuw moet worden uitgevoerd om tot een betrouwbare at arm's length verrekenprijs te komen.

¹³⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 3.4.

¹³¹ Deze at arm's length verrekenprijs zal doorgaans de vorm van een bepaalde reikwijdte hebben in plaats van een specifiek bedrag.

3.2.5 Bijzondere regelgeving voor immateriële activa

Alle tot dusver besproken regelgeving is op iedere transactie van toepassing, dus ook op transacties met immateriële activa. De OESO heeft echter voor bepaalde soorten transacties extra regelgeving opgenomen die dient ter begeleiding bij het bepalen van de at arm's length verrekenprijs van deze soort transacties. Voor deze scriptie is hiervoor met name hoofdstuk 6 van de OESO-richtlijnen van belang: bijzondere overwegingen bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs voor immateriële activa. Dit hoofdstuk is door de OESO geïntroduceerd om verrekenprijsproblemen die uniek zijn aan immateriële activa op te lossen.

De OESO benadrukt dat het cruciaal is dat bij het bepalen van de at arm's length verrekenprijs van een transactie met immateriële activa duidelijk is welke partijen binnen het concern gerechtigd zijn tot de voordelen die uit deze immateriële activa voortvloeien en welke partijen de kosten van de ontwikkeling, verbetering of het onderhoud van de immateriële activa op zich nemen. De meest eenvoudige oplossing is om hierbij aan te sluiten bij de partij die het juridische eigendom heeft van het immateriële actief. Andere partijen binnen het concern kunnen echter functies hebben uitgevoerd, activa hebben gebruikt of risico's hebben gelopen die waarde hebben toegevoegd aan het immateriële actief, waardoor zij ook gerechtigd zijn tot een vergoeding bij de transactie van een immaterieel actief.¹³² Deze benadering is niet anders dan de benadering op basis van de eerder besproken functionele analyse, maar de OESO erkent dat de uitvoering hiervan in de praktijk tegen een aantal problemen kan oplopen.¹³³

Zo benoemt de OESO dat bij het uitvoeren van de vergelijkbaarheidsanalyse een tekort kan bestaan aan vergelijkbare transacties. Veel immateriële activa hebben dusdanig unieke kenmerken dat geen betrouwbare vergelijking kan worden gemaakt, zelfs indien het gaat om dezelfde soort immateriële activa.¹³⁴ Dit gebrek aan vergelijkbare immateriële activa kan ook bestaan op basis van de functionele analyse. De verdeling van eigendom, functies, gebruikte activa en gelopen risico's kan dusdanig zijn verdeeld dat hiervoor geen vergelijkbare transacties bestaan. Daarnaast kan onduidelijk zijn welke partijen binnen het concern eigendom hebben van het immateriële actief en/of er van gebruik kunnen maken. Zo zal bij een patent geregistreerd zijn wiens eigendom het is, maar bij een immaterieel actief als know-how is niet geregeld waar dit actief zich bevindt, terwijl het wel degelijk van hoge waarde kan zijn binnen het concern. Ook kan het onduidelijk zijn wat de exacte waarde is die het immateriële actief toevoegt aan de winst van het concern als geheel en kunnen verschillen bestaan wat betreft de timing van de contributies van een partij aan het immateriële actief. De voordelen uit een immaterieel

¹³² OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.1 tot en met 6.4 en 6.32.

¹³³ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.33 en 6.34.

¹³⁴ Een bepaalde merknaam is wat betreft waarde creatie niet gelijk aan een andere merknaam.

actief worden doorgaans niet gerealiseerd in het jaar waarin de contributies van de verschillende partijen binnen het concern worden gemaakt.¹³⁵

Net als bij reguliere transacties heeft de OESO een stappenplan opgesteld om de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa te kunnen bepalen. Deze sluit grotendeels aan op het stappenplan dat is opgesteld om een functionele analyse uit te voeren, waardoor het dus niet zozeer van belang is welke partij het juridische eigendom heeft¹³⁶, maar vooral van belang is welke partijen daadwerkelijk waarde creëren door middel van toegevoegde functies, activa en gelopen risico's. Deze waardecreatie van immateriële activa kan plaatsvinden op basis van vijf verschillende factoren: de ontwikkeling, verbetering, onderhoud, bescherming en exploitatie van het immateriële actief (ook wel de DEMPE-functies genoemd). Deze vijf factoren zijn van belang bij het uitvoeren van de functionele analyse van een immaterieel actief.

Het is mogelijk dat bij immateriële activa de daadwerkelijke (ex post) winstgevendheid afwijkt van de van de vooraf verwachte (ex ante) winstgevendheid.¹³⁷ Zo kan een R&D-project in een vroeg stadium worden overgedragen, waardoor grote onzekerheid kan bestaan over de winstgevendheid van het project. Het kan uitlopen op een mislukking of een groot succes worden door onverwachte ontwikkelingen of verkeerde inschattingen. Hoe de voordelen voortvloeiend uit het immateriële actief verdeeld moeten worden, dient doorgaans vooraf te worden bepaald. Eventuele afwijkingen daarvan door gerealiseerde risico's komen voor rekening van de partij die de risico's daadwerkelijk controleert en het vermogen heeft deze ook te kunnen absorberen.¹³⁸ De feitelijke winstverdeling kan dus anders uitpakken dan de verwachte winstverdeling. Een derde partij kan bij de aanschaffing of transactie van een immaterieel actief evenmin in de toekomst kijken, en dus geldt dat het afwijken van de feitelijke winstverdeling van de verwachte winstverdeling binnen het concern niet tot een verrekenprijscorrectie dient te leiden.¹³⁹

Ten aanzien van de verrekenprijsmethoden voor immateriële activa is ook verdere regelgeving opgenomen in de OESO-richtlijnen. Zoals benoemd is het voor immateriële activa niet altijd mogelijk een geschikte vergelijkbare transactie te vinden vanwege het unieke karakter van veel immateriële activa. De meeste verrekenprijsmethoden zijn in sterke mate afhankelijk van een vergelijkbare

¹³⁵ Denk bijvoorbeeld aan R&D uitgaven die worden gemaakt om winst te kunnen maken met een nog op de markt te brengen product.

¹³⁶ Het juridische eigendom geldt slechts als startpunt van de analyse.

¹³⁷ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.44 tot en met 6.46.

¹³⁸ Zie de functionele analyse.

¹³⁹ Hierop is een uitzondering, waar straks op wordt ingegaan.

transactie om een at arm's length prijs te bepalen. Daarnaast geeft de OESO de voorkeur aan tweezijdige analyses bij immateriële activa, waardoor enkel de profit-split methode over zou blijven.¹⁴⁰

Naast het gebruik van de "standaard" verrekenprijsmethoden staat de OESO ook toe dat andere (vaak bedrijfseconomische) waarderingsmethoden worden gebruikt om een immaterieel actief te waarderen.¹⁴¹¹⁴² Met name waarderingsmethoden die zich baseren op het toekomstige inkomen voortvloeiend uit het te waarderen actief ziet de OESO als een bruikbaar hulpmiddel in het bepalen van de at arm's length verrekenprijs. Een voorbeeld hiervan is de discounted cashflowmethode, waarbij de verdisconteerde waarden van de toekomstige kasstromen voortvloeiend uit het actief gedurende de levensduur bij elkaar worden opgeteld. Dit leidt tot een waarde van het actief die voor een potentiële koper ook van belang zou zijn in het geval dat een transactie met dit actief plaats zou vinden. Wanneer deze waarderingsmethodes worden gebruikt, is wel van belang dat het at arm's length beginsel en de daaruit voortvloeiende principes in overweging worden genomen. Het is niet de intentie van de OESO om de richtlijnen los te laten en de bedrijfseconomische waarderings technieken vrijuit toe te gaan passen. Deze waarderingsmethoden kennen echter ook hun tekortkomingen. De berekeningen van deze waardes zijn in veel gevallen volatiel, waardoor kleine veranderingen in de veronderstellingen van de berekening¹⁴³ een grote invloed kan hebben op de uiteindelijk waarde, en dus de verrekenprijs. De keuze en de waardes van deze veronderstellingen moeten door de belastingplichtige kunnen worden toegelicht.

In sommige gevallen is het waarderen van een immaterieel actief ingewikkeld vanwege grote onzekerheden ten aanzien van de toekomstige waardeontwikkeling en het ontbreken van vergelijkbare transacties. Hierdoor is geen van de verrekenprijsmethoden of waarderingsmethoden betrouwbaar in het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. Deze immateriële activa noemt de OESO moeilijk te waarderen immateriële activa, waar het een aantal aparte overwegingen voor heeft opgenomen in de richtlijnen.¹⁴⁴ Deze moeilijk te waarderen immateriële activa zijn moeilijk te waarderen omdat ze bijvoorbeeld in een vroeg stadium van ontwikkeling of zeer innovatief zijn. In zulke gevallen is het voor de Belastingdienst moeilijk om te bepalen of een verrekenprijs at arm's length is. Het is hierbij afhankelijk van de informatie die de belastingplichtige verschaft, waardoor het voor de belastingplichtige aantrekkelijk kan zijn niet alle informatie te delen om het de Belastingdienst

¹⁴⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.141 tot en met 6.145.

¹⁴¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.153 tot en met 6.162.

¹⁴² Ook op Europees niveau wordt aandacht besteed aan deze waarderingsmethoden. In 2017 heeft de EU Joint Transfer Pricing Forum een conceptrapport opgesteld over de toepassing van deze waarderingsmethoden bij verrekenprijzen.

¹⁴³ Bijvoorbeeld een verandering in de verdisconteringsvoet van een immaterieel actief met een lange levensduur.

¹⁴⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.186 tot en met 6.194.

onmogelijk te maken de daadwerkelijke at arm's length verrekenprijs vast te stellen en dus een correctie aan te brengen. Ten aanzien van deze informatiesymmetrie die optreedt geeft de OESO aan dat de daadwerkelijk met het immateriële actief gerealiseerde resultaten gebruikt kunnen worden als vermoedelijk bewijs om te bepalen of de gehanteerde verrekenprijs at arm's length is geweest. De Belastingdienst mag dus de daadwerkelijk behaalde resultaten met het immateriële actief gebruiken als indicatie. Hiermee gaat de OESO dus in tegen de benadering die voor alle andere transacties gelden, waarbij de achteraf behaalde voordelen niet gebruikt mogen worden voor het bepalen van de at arm's length verrekenprijs.

Deze benadering geldt echter niet in de volgende vier gevallen:

1. Het geval waarin de belastingplichtige details van de ex ante prognoses op het moment van de transactie levert aan de Belastingdienst en betrouwbaar bewijs levert dat significante verschillen tussen de ex ante prognoses en de ex post uitkomsten te herleiden zijn naar of onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen waarop niet had kunnen worden geanticipeerd op het moment van de transactie, of naar kleine over- of onderschattingen van de waarschijnlijkheid dat een voorziene ontwikkeling of gebeurtenis plaats zou kunnen vinden.
2. Het geval waarbij de transactie van het moeilijk te waarderen immateriële actief valt onder een bilaterale of multilaterale advance pricing agreement (APA).
3. Het geval waarbij de verschillen tussen de ex ante prognoses en ex post resultaten leiden tot een afwijking van minder dan 20% van de gehanteerde verrekenprijs.¹⁴⁵
4. Het geval waarbij een periode van ten minste vijf jaar is verstreken waarin het actief voor commerciële doeleinden is gebruikt en het verschil tussen de ex ante prognoses en de ex post resultaten niet meer dan 20% is.

In alle andere gevallen kan de Belastingdienst de ex post resultaten gebruiken als vermoedelijk bewijs om te bepalen of de ex ante verwachtingen redelijk waren.¹⁴⁶ De belastingplichtige heeft vervolgens de mogelijkheid aan te tonen dat de verschillen tussen de prognoses en de resultaten een gevolg zijn van onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen. Indien dat niet gebeurt kan de Belastingdienst een correctie aanbrengen tot een bedrag dat wel at arm's length wordt geacht. Hierbij is het relevant op te merken dat dit niet betekent dat de verrekenprijs wordt gecorrigeerd naar de daadwerkelijk behaalde resultaten met het immateriële actief. De at arm's length verrekenprijs kan worden

¹⁴⁵ De Staatssecretaris sluit in het verrekenprijsbesluit aan bij deze 20%, al wordt in de literatuur stilgestaan bij de verschillende grondslagen om de afwijking te berekenen. De OESO gebruikt hiervoor de gehanteerde verrekenprijs, terwijl het verrekenprijsbesluit het heeft over een afwijking ten opzichte van de verwachtingen en daaruit voortvloeiende prognoses. Zie C. Jie-A-Joen en M. van Herksen, 'Insight: Dutch Transfer Pricing Decree Interprets BEPS Changes', *Tax Management Transfer Pricing Report*, 31 mei 2018, p. 4.

¹⁴⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.11.

gecorrigeerd naar het bedrag dat gezien de omstandigheden op het moment van de transactie als at arm's length wordt beschouwd. Er kunnen dus alleen aanpassingen worden gemaakt voorzover redelijkerwijs voorzienbare omstandigheden waarmee een derde partij ook rekening had gehouden op het moment van de transactie niet in de gehanteerde verrekenprijs zijn meegenomen.

De OESO-richtlijnen rondom moeilijk te waarderen immateriële activa bleken tot veel onduidelijkheden te leiden.¹⁴⁷ De criteria die de OESO hanteert voor het classificeren van deze moeilijk te waarderen immateriële activa kunnen leiden tot onzekerheid bij de belastingplichtige. Zo is onduidelijk wanneer sprake is van grote onzekerheden ten aanzien van de waardering van de toekomstige kasstromen van het immateriële actief. Bij toekomstige kasstromen komen, gezien het feit dat het een toekomstvoorspelling is, per definitie onzekerheden kijken. Bij een te enge invulling van de term "grote onzekerheden" zou dit tot gevolg hebben dat min of meer ieder immaterieel actief als moeilijk te waarderen immaterieel actief is te definiëren¹⁴⁸, tenzij een betrouwbare vergelijkbare transactie is te vinden. Bij deze en andere onduidelijkheden zal in hoofdstuk 4 uitvoerig worden stilgestaan.

3.3 De Nederlandse at arm's length bepaling

3.3.1 Verhouding tussen de totaalwinstbepaling en de at arm's length bepaling

Dat art. 8b Wet VpB 1969 van groot belang is voor de verrekenprijsproblematiek lijkt een stelling die geen toelichting behoeft. Het gaat immers om de bepaling die ervoor zorgt dat transacties tussen gelieerde partijen moeten plaatsvinden op basis van dezelfde voorwaarden die zouden zijn overeengekomen indien de transactie had plaatsgevonden tussen onafhankelijke partijen. De bepaling is sinds de invoering in 2002 dan ook de kernbepaling omtrent verrekenprijzen, maar heeft het at arm's length beginsel niet in de Nederlandse wetgeving geïntroduceerd. Het at arm's length beginsel vloeide (en vloeit nog steeds) in de eerste plaats voort uit de totaalwinstbepaling van art. 3.8 Wet IB 2001.¹⁴⁹ Art. 3.8 Wet IB 2001 bepaalt dat winst het bedrag is van de gezamenlijke voordelen, die onder welke naam en in welke vorm dan ook, worden verkregen uit een onderneming. Het zinsgedeelte "uit een onderneming" is hierbij cruciaal, omdat het tot uitsluiting van voor- en nadelen van het winstbegrip leidt voorzover deze uit persoonlijke relaties voortvloeien.¹⁵⁰ Deze bepaling is via de schakelbepaling

¹⁴⁷ OECD (2017), BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft, 5 juli 2017.

¹⁴⁸ Deze conclusie wordt getrokken in W.J. Konings en D. Morren, 'Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?', *WFR* 2020/200.

¹⁴⁹ Vóór invoering van de Wet IB 2001 was art. 7 Wet IB 1964 de totaalwinstbepaling.

¹⁵⁰ R.P.F.M. Hafkenscheid & A.T.G.M. Hosman, *Transfer pricing in het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p.14.

in de Wet VpB 1969 (art. 8 Wet VpB 1969) ook van toepassing in de vennootschapsbelasting. Een persoonlijke relatie voor vennootschappen is een andere uitdrukking voor een vennootschappelijke relatie, zoals een aandeelhoudersband. Dit betekent dat zodra een voordeel¹⁵¹ voortvloeit uit die vennootschappelijke relatie, deze niet onder het winstbegrip valt en dus wordt de winst bepaald alsof deze vennootschappelijke relatie niet zou hebben bestaan: het at arm's length beginsel. Het besluit tot invoering van art. 8b Wet VpB 1969 leidde dus niet tot een omslag in de manier waarop de verrekenprijsproblematiek voortaan zou worden aangepakt.¹⁵² Ondanks dat het at arm's length beginsel voor de toepassing van de vennootschapsbelasting volgt uit art. 3.8 Wet IB 2001 jo. art. 8b Wet VpB 1969, is in de literatuur betoogd dat de invoering van art. 8b VpB 1969 wel degelijk gevolgen heeft. Zo is positie van de inspecteur versterkt, omdat na invoering van art. 8b Wet VpB 1969 een bevoordelingsbedoeling (dat wil zeggen dat sprake moet zijn van een bewust gerealiseerd voordeel) niet langer een belemmering kan vormen voor een winstcorrectie.¹⁵³ Indien de inspecteur heeft aangetoond dat de gehanteerde verrekenprijs niet at arm's length is, kan hoe dan ook een correctie worden gemaakt, wat voorheen niet het geval was. Sinds de invoering van art. 8b Wet VpB 1969 is ook de bewijslastverdeling van verrekenprijsgeschillen gewijzigd. Tot 2002 gold op basis van het auto-importeurarrest¹⁵⁴ dat wanneer de inspecteur aannemelijk maakte dat een verrekenprijs niet at arm's length was, dat niet betekende dat de belastingplichtige vervolgens aannemelijk diende te maken dat wel degelijk at arm's length is gehandeld. De inspecteur kreeg te maken met een dubbele bewijslast: eerst diende aannemelijk gemaakt te worden dat de gehanteerde verrekenprijs niet at arm's length was, waarna vervolgens aannemelijk gemaakt diende te worden dat de omvang van de door de inspecteur voorgestelde verrekenprijs wel at arm's length was.¹⁵⁵ Sinds 2002 wordt de verrekenprijsdocumentatie van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 gezien als onderdeel van de administratie van de belastingplichtige. In het geval dat niet wordt voldaan aan deze documentatieverplichting is het mogelijk dat de bewijslast betreffende de zakelijkheid van de gehanteerde verrekenprijs verschuift van de inspecteur naar de belastingplichtige op basis van art. 52 lid 3 AWR.¹⁵⁶ De belastingplichtige dient dus in eerste instantie zijn gehanteerde verrekenprijs te kunnen onderbouwen. Voorheen was geen

¹⁵¹ Denk bijvoorbeeld aan een te lage verrekenprijs bij inkoop van goederen van een dochter. Deze lage verrekenprijs zorgt ervoor dat de winst bij eventuele verkoop van het product waarmee de ingekochte goederen verband houden hoger is dan het geval zou zijn indien de ingekochte goederen van een derde waren ingekocht.

¹⁵² De invoering van art. 8b Wet VpB 1969 gold vooral om de beeldvorming dat Nederland het at arm's length beginsel onvoldoende waarborgt tegen te gaan en eventuele onduidelijkheden rondom de toepassing van het at arm's length beginsel en de OESO-richtlijnen weg te nemen. Zie *Kamerstukken II 2000/01*, 28 034, nr. 3, p.19 (MvT).

¹⁵³ Artikel 8b – Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – Verbonden lichamen, winst 'at arm's length', commentaar I.J.A. Hegeman.

¹⁵⁴ HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718.

¹⁵⁵ HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, BNB 2002/343, m. nt. G.T.K. Meussen.

¹⁵⁶ Op deze documentatieplicht wordt later ingegaan.

sprake van een omkering van de bewijslast: zodra de belastingplichtige de verrekenprijs (beperkt) had onderbouwd, kwam de bewijslast bij de inspecteur terecht. De invoering van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 heeft hier een eind aan gemaakt.¹⁵⁷

Naast deze verschillen betreffende de bewijslast bij verrekenprijsgeschillen is ook de term gelieerdheid uitgebreid, waar eerst alleen aandeelhoudersrelaties konden leiden tot gelieerdheid¹⁵⁸ geldt sinds 2002 dat ook deelname aan de leiding van of toezicht op een ander lichaam kan leiden tot gelieerdheid. Over de betekenis van de term gelieerdheid voor art. 8b Wet VpB 1969 zal hierna uitgebreid worden stilgestaan.

3.3.2 Gelieerdheid

Ondanks dat het at arm's length beginsel ook voortvloeit uit art. 3.8 Wet IB 2001, ligt sinds 2002 de nadruk echter vooral bij art. 8b Wet VpB 1969. Deze bepaling dient een at arm's length verrekenprijs te bewerkstelligen indien sprake is van een transactie tussen gelieerde lichamen. Transacties tussen partijen die niet zijn gelieerd vallen niet onder de at arm's length bepaling. Het is dus van belang om te bepalen of sprake is van gelieerdheid voordat verdere verrekenprijsregels kunnen worden toegepast op een transactie.

Ten aanzien van de term gelieerdheid bepaalt art. 8b lid 1 Wet VpB 1969 dat sprake moet zijn van een lichaam dat onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. Gelieerdheid ziet niet langer alleen op aandeelhoudersbanden¹⁵⁹; ook toezicht hebben op of het besturen van een lichaam kan, indien dit toezicht of deelname aan het bestuur leidt tot voldoende zeggenschap om de verrekenprijs te kunnen beïnvloeden, leiden tot gelieerdheid.¹⁶⁰ Deze toevoeging is gemaakt omdat bij invoering van art. 8b Wet VpB 1969 bleek dat internationale concerns steeds groter werden, waardoor aandeelhoudersrelaties steeds lastiger werden vast te stellen. Bovendien gebruikten deze concerns steeds vaker lichamen zonder in aandelen verdeeld kapitaal in hun concernstructuur¹⁶¹, waardoor zonder de toevoeging van bestuurders- of toezichtrelaties in die gevallen geen sprake zou zijn van gelieerdheid. Het uitbreiden van de term gelieerdheid heeft ertoe geleid dat ook deze lichamen gelieerd kunnen zijn. Daarnaast wilde de Staatssecretaris dat werd aangesloten bij de term gelieerdheid zoals deze voorkomt in het OESO-mv.¹⁶²

¹⁵⁷ Artikel 8b – Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – Verbonden lichamen, winst 'at arm's length', commentaar I.J.A. Hegeman.

¹⁵⁸ *Kamerstukken II 1987/88*, 20 365, nr.5, p.6-7 (Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid).

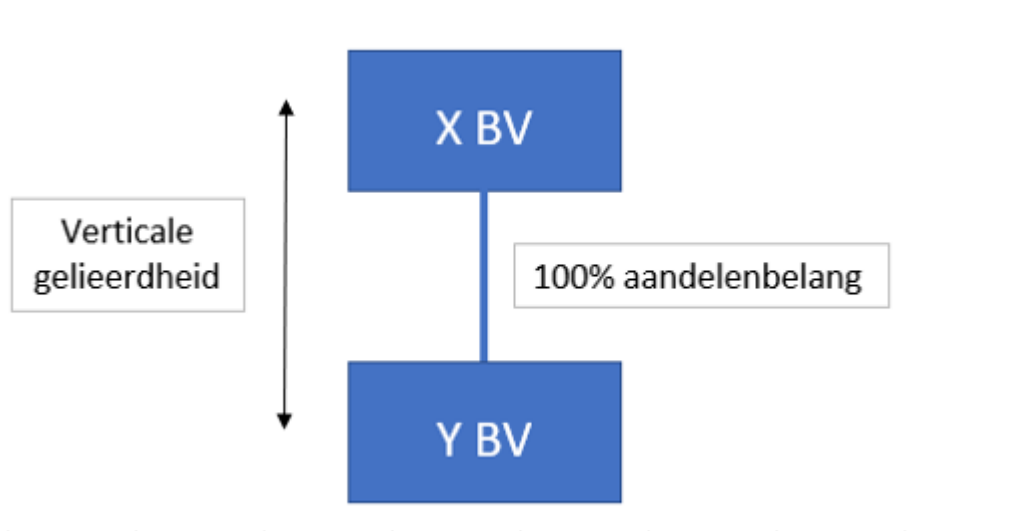
¹⁵⁹ Tot invoering van art. 8b Wet VpB 1969 konden alleen aandelenbelangen leiden tot gelieerdheid. Zie, *Kamerstukken II 1987/88*, 20 365, nr. 5, p. 6-7 (Notitie Algemeen fiscaal verdragsbeleid).

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 5, p. 47 (NV).

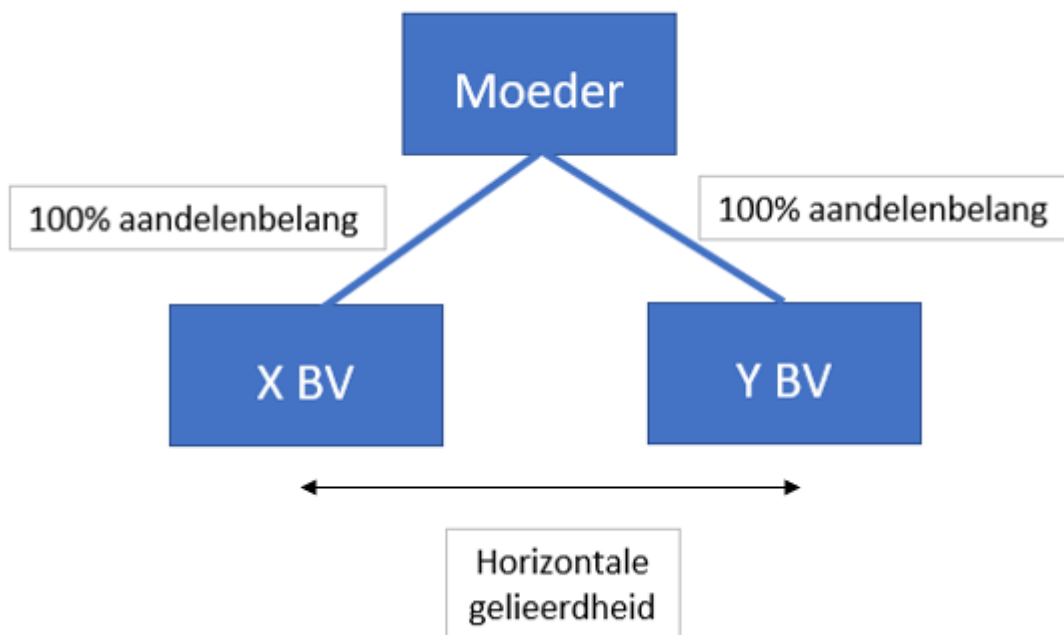
¹⁶¹ Bijvoorbeeld een stichting.

¹⁶² *Kamerstukken II 2000/01*, 28 034, nr. 3, p.20-21 (MvT).

De wettekst van art. 8b Wet VpB 1969 maakt onderscheid tussen twee verschillende vormen van gelieerdheid: horizontale en verticale gelieerdheid. De vorm van gelieerdheid benoemd in art. 8b lid 1 Wet VpB 1969 wordt ook wel verticale gelieerdheid genoemd. Ter illustratie is hieronder een voorbeeld te zien van verticale gelieerdheid tussen X BV en Y BV.



Art. 8b lid 2 voegt aan de definitie van gelieerdheid toe dat ook van gelieerdheid sprake is indien eenzelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam. Dit wordt ook wel horizontale gelieerdheid genoemd. Ter illustratie is hieronder een voorbeeld te zien van horizontale gelieerdheid tussen X BV en Y BV.



Waar art. 8b Wet VpB 1969 niet op ingaat, is de vraag hoe gelieerdheid wordt gekwantificeerd.¹⁶³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat hier bewust geen kwantificering voor is opgenomen.¹⁶⁴ Bij het bepalen of sprake is van gelieerdheid dient wat betreft verrekenprijzen altijd centraal te staan of de banden tussen twee lichamen (in welke vorm dan ook) kunnen leiden tot beïnvloeding van de voorwaarden van de transactie. Volgens de Staatssecretaris is hiervoor geen vast omslagpunt te bepalen, waardoor gekozen is voor een open norm. Of een onderneming invloed kan uitoefenen op de voorwaarden van de transactie, en dus sprake is van gelieerdheid, dient daardoor per situatie te worden beoordeeld. Bovendien zou het kwantificeren van gelieerdheid kunnen leiden tot manipulatie, waarbij twee partijen op basis van bijvoorbeeld het aandelenbelang niet voldoende gelieerd zouden zijn om te kunnen spreken van gelieerde partijen, terwijl in de praktijk de ene partij wel degelijk invloed kan uitoefenen op de verrekenprijs. Hoewel deze benadering mijns inziens logisch is, is het wel een andere benadering dan waarvoor de wetgever in andere bepalingen heeft gekozen. Zo heeft de CFC-bepaling in art. 13ab Wet VpB 1969 wel gekwantificeerd wanneer sprake is van een gelieerd lichaam en een gecontroleerd lichaam¹⁶⁵, terwijl ik geen reden zie om aan te nemen dat de CFC-bepaling minder manipuleerbaar is dan de at arm's length bepaling. Deze open norm zou er echter wel toe leiden dat het voor een belastingplichtige onduidelijk kan zijn of sprake is van gelieerdheid. Hiertoe heeft de Staatssecretaris aangegeven dat belastingplichtigen hierover vooraf zekerheid kunnen vragen bij de inspecteur.¹⁶⁶

Een vraag die in de literatuur is opgeworpen is of gelieerdheid ziet op andersoortige banden tussen ondernemingen die, naast de eerder benoemde banden, van invloed zouden kunnen zijn op de prijs.¹⁶⁷ Zo zou bijvoorbeeld een familieband tussen de eigenaren van twee ondernemingen kunnen leiden tot een beïnvloeding van de verrekenprijs van een transactie tussen deze twee ondernemingen, zonder dat daarbij sprake is van deelname in het bestuur, toezicht of kapitaal van een onderneming in de andere onderneming. Ook financiële banden, zoals het verstrekken van een lening waaraan voorwaarden zijn verbonden die de ondernemingsbeslissingen beïnvloeden, of leveranciersbanden kunnen onder deze andersoortige banden worden geschaard.

De wettekst is duidelijk wat betreft de soorten banden die kunnen leiden tot gelieerdheid: alleen deelname aan de leiding van of toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam zijn hierin opgenomen. Dit leidt tot de conclusie dat andersoortige banden niet tot gelieerdheid kunnen leiden,

¹⁶³ Een kwantificatie van de term gelieerdheid zou bijvoorbeeld een 51%-belang kunnen zijn.

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, A, p. 7* (Advies Raad van State en NR).

¹⁶⁵ Ook andere bepalingen in de Wet VpB 1969 kwantificeren begrippen als verbonden lichaam (bijv. art. 10a lid 4 Wet VpB 1969).

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 34* (NV).

¹⁶⁷ S. Huijbregtse, M. Zaal & L. Verdoner, 'Gelijke verhoudingen bij Transfer Pricing', *TFO* 2019/163.1.

en dat de voorwaarden van transacties waarbij deze banden aanwezig zijn worden geacht op zakelijke wijze tot stand te zijn gekomen. Het is mogelijk te betogen dat andersoortige banden zich uiten in een indirecte deelname in de leiding van een onderneming. Zo zou de beïnvloeding van de leiding van onderneming X door (de leiding van) een onderneming Y, bijvoorbeeld door een familieband, kunnen worden gezien als een indirecte deelname in de leiding van onderneming X door onderneming Y. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat met 'deelname aan de leiding van' bedoeld wordt op een bestuurdersrelatie, waarbij directe deelname aan het bestuur is vereist om te kunnen spreken van deelname aan de leiding van een onderneming.¹⁶⁸ Mijns inziens is deze benadering, gelet op de doelstelling van de at arm's length bepaling¹⁶⁹, te beperkt. Een familieband kan wel degelijk invloed hebben op de prijs, en tast dus ongeacht de aandeelhouders-, bestuurders- of toezichtrelatie de zakelijkheid van de transactie aan. Ook andersoortige banden zouden dus, mits deze leiden tot voldoende zeggenschap over de voorwaarden van de transactie, moeten kunnen leiden tot gelieerdheid.

Zodra op basis van de omstandigheden van het geval is bepaald dat sprake is van gelieerdheid, en dus van een gelieerde transactie, zijn de at arm's length bepalingen van toepassing. Hoe de at arm's length verrekenprijs voor art. 8b Wet VpB 1969 dient te worden vastgesteld is in tegenstelling tot de term gelieerdheid niet in de bepaling opgenomen. Hiervoor heeft de Staatssecretaris aangesloten bij de OESO-richtlijnen op het gebied van verrekenprijzen.¹⁷⁰

3.4 Documentatieverplichtingen

3.4.1 De standaard documentatieverplichting

Zodra de verrekenprijs is bepaald, zijn de documentatieverplichtingen van belang zodat door de Belastingdienst gecontroleerd kan worden of de gehanteerde verrekenprijs op een juiste wijze tot stand is gekomen. Hiervoor kent de Nederlandse wetgeving verschillende bepalingen, waarvan de meest voorkomende is terug te vinden in de at arm's length bepaling. Op basis van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 geldt een documentatieplicht die inhoudt dat de belastingplichtige gegevens moet opnemen in de administratie waaruit blijkt op welke wijze de gehanteerde verrekenprijs tot stand is gekomen en waaruit blijkt of de overeengekomen voorwaarden van de transactie door onafhankelijke partijen ook overeengekomen zouden kunnen zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit niet inhoudt dat de belastingplichtige alle verrekenprijsmethoden toepast op de transactie en bij iedere methode

¹⁶⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47 (NV).

¹⁶⁹ Het bewerkstelligen dat transacties plaatsvinden op basis van zakelijke voorwaarden.

¹⁷⁰ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

onderbouwd waarom wel of niet voor deze methode is gekozen.¹⁷¹ De belastingplichtige dient op basis van de invulling van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren (de kenmerken van de goederen of diensten, de functieanalyse, de contractuele voorwaarden, de economische omstandigheden en de ondernemingsstrategieën) te kunnen onderbouwen waarom een bepaalde verrekenprijsmethode is gekozen, zonder in te gaan op andere mogelijk toepasbare verrekenprijsmethoden. Daarbij wordt op basis van de feiten en omstandigheden het belang van de verschillende factoren bepaald en daarmee ook de omvang van de invulling van een specifieke factor.¹⁷² Daarnaast dient de documentatieverplichting ook te onderbouwen hoe de voorwaarden van de transactie tot stand zijn gekomen. Het verrekenprijsbesluit benadrukt dat bij de beoordeling van de toereikendheid van de documentatie van belang is dat het proportionaliteitsbeginsel¹⁷³ wordt toegepast om zo de extra administratieve lasten voor kleinere belastingplichtigen te beperken.¹⁷⁴ Dit geheel maakt de documentatieverplichting van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 flexibel, waardoor belastingplichtigen geen irrelevante informatie hoeven te verzamelen en te delen. Dit heeft echter wel als nadeel dat het voor belastingplichtigen onduidelijk kan zijn wat precies van hen wordt verwacht met betrekking tot de documentatie. Om deze onduidelijkheid weg te nemen is het mogelijk om bij een bevoegde inspecteur zekerheid te verkrijgen over de vraag of aan de documentatieverplichting van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 is voldaan.

Het uitgangspunt ten aanzien van het moment waarop de documentatie beschikbaar moet zijn is op het moment van de transactie. De gehanteerde verrekenprijs is immers bepaald op basis van relevante factoren op het moment van de transactie, waardoor op dat moment het meest heldere beeld bestaat van de feiten en omstandigheden. Indien de Belastingdienst vraagt om de documentatie van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969, en de belastingplichtige op dat moment niet in staat is om deze documentatie beschikbaar te stellen, dan zal een redelijke termijn worden vastgesteld waarin de belastingplichtige de tijd heeft om alsnog aan deze documentatieverplichting te voldoen. De duur van deze redelijke termijn hangt af van de complexiteit van de transactie en kan daarom variëren van vier weken tot drie maanden.¹⁷⁵

Indien niet aan de documentatieverplichtingen wordt voldaan kan de bewijslast worden omgekeerd. Het is dan aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de gehanteerde verrekenprijs at arm's length is. Bij invoering van art. 8b Wet VpB 1969 is door de Staatssecretaris expliciet benoemd

¹⁷¹ *Kamerstukken II 2000/01*, 28 034, nr. 3, p.22 (MvT).

¹⁷² Artikel 8b – Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – Verbonden lichamen, winst 'at arm's length', commentaar I.J.A. Hegeman.

¹⁷³ De omvang van de vereiste documentatie hangt af van de grootte van de onderneming en de omvang van de transactie.

¹⁷⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874 p.29.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr.5, p.36-37 (NV).

dat de documentatieverplichting van lid 3 kwalificeert als een administratie in de zin van art. 52 lid 3 AWR.¹⁷⁶ Om te beoordelen of aan de documentatieverplichting is voldaan, is het doel van de documentatieverplichting (het verschaffen van voldoende informatie voor de inspecteur om te kunnen beoordelen of at arm's length is gehandeld) van belang. De Staatssecretaris voegt hieraan toe dat in de praktijk vooral sprake zal zijn van omkering van de bewijslast in gevallen waarin helemaal geen gegevens omtrent verrekenprijzen in de administratie zijn opgenomen.¹⁷⁷ Indien niet aan de administratieplicht van art. 52 lid 3 AWR is voldaan, kan de inspecteur een informatiebeschikking opstellen. Indien op basis van deze beschikking onherroepelijk vaststaat dat niet aan de administratieplicht is voldaan, zal de bewijslast op basis van art. 25 lid 3 AWR of art. 27e AWR omkeren.

3.4.2 De Europese gedragscode en aanvullende documentatieverplichtingen

Tussen de verschillende OESO-lidstaten zijn, doordat de OESO in haar richtlijnen geen nadere aanwijzingen geeft voor de invulling van de standaard documentatieverplichtingen, verschillen ontstaan betreffende de te verschaffen documentatie. Veel andere landen besloten om, uit angst voor verrekenprijsmanipulatie, strenge documentatieverplichtingen in de nationale wetgeving op te nemen.¹⁷⁸ Daardoor ontstaan voor ondernemingen die in een groot aantal landen actief zijn doorgaans veel verschillende uitvoerige documentatieverplichtingen. Dit brengt nadelige gevolgen met zich mee voor de ondernemingen zoals hogere nalevingskosten, een hoger risico van dubbele belastingheffing en andere onzekerheden.¹⁷⁹ De EU heeft geprobeerd harmonisatie van documentatieverplichtingen tussen lidstaten te bereiken door in 2006 een gedragscode inzake verrekenprijsdocumentatie voor gelieerde ondernemingen in de Europese Unie (de EU-TPD) te introduceren.¹⁸⁰ Hiermee kunnen belastingplichtigen opteren om de documentatie op te stellen op basis van twee delen: het groepsdossier en het lokale dossier. Het groepsdossier bevat informatie die voor alle gelieerde ondernemingen binnen de EU relevant is. Het moet aansluiten bij de economische realiteit van de onderneming en een voor alle betrokken lidstaten relevante en beschikbare blauwdruk vormen van het multinationale concern en de gehanteerde verrekenprijsmethode. Het groepsdossier dient vooral algemene elementen te bevatten, zoals een algemene omschrijving van het concern en de bedrijfsstrategie, een algemene omschrijving van de structuur van het concern en de algemene identificatie van de gelieerde ondernemingen die betrokken zijn bij concerntransacties met

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 28 034, nr. 3, p.22 (MvT).

¹⁷⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. A, p.9-10 (Advies Raad van State en NR).

¹⁷⁸ J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 p.240-241.

¹⁷⁹ Europese Commissie, *Company taxation in the internal market (COM 2001 (582) final)*, European Communities 2002, onderdeel IV(B), par.8.2.1.

¹⁸⁰ Gedragscode (EU) 2006/C 176/01.

ondernemingen in de EU.¹⁸¹ Naast het groepsdossier is ook het lokale dossier onderdeel van de verrekenprijsdocumentatie. Het lokale dossier geldt als aanvulling op het groepsdossier, bedoeld voor de belastingdiensten die een rechtmatig belang hebben bij het bewerkstelligen van een passende fiscale behandeling van de transacties waarop de documentatie betrekking heeft. In tegenstelling tot het groepsdossier gaat het hierbij om aanvullende informatie die specifiek is gericht op transacties met gelieerde ondernemingen die in een bepaalde lidstaat zijn gevestigd. Dit lokale dossier moet elementen bevatten zoals een vergelijkbaarheidsanalyse, een toelichting op de keuze voor en de toepassing van een verrekenprijsmethode en informatie over lokale concerntransacties.¹⁸² In het verrekenprijsbesluit wordt de gedragscode inmiddels niet meer genoemd¹⁸³, maar de Staatssecretaris geeft wel aan dat het opstellen van een groepsdossier en een lokaal dossier ook wordt gezien als een nakoming van de documentatieverplichting van art. 8b lid 3 Wet VpB 1969.¹⁸⁴ Deze dossiers voortkomend uit de gedragscode vormden later mede de basis voor de OESO bij het introduceren van haar eigen documentatieverplichtingen.¹⁸⁵

Ook de OESO heeft zich (met name de laatste jaren) dus beziggehouden met het verbeteren van de documentatieverplichtingen, met name voor de belastingdiensten. In een rapport uit 2014 als onderdeel van het OESO-project Base Erosion and Profit Shifting¹⁸⁶ (BEPS) geeft de OESO aan dat verrekenprijsdocumentatie drie doelstellingen heeft.¹⁸⁷ Het dient ervoor te zorgen dat belastingplichtigen aandacht besteden aan het bepalen van een at arm's length verrekenprijs en andere voorwaarden van gelieerde transacties, en inkomen uit deze transacties ook melden. Daarnaast dient het ervoor te zorgen dat belastingdiensten over voldoende informatie beschikken om een betrouwbare risicobeoordeling van verrekenprijzen uit te kunnen voeren. Ten slotte dient het belastingdiensten ook te voorzien van nuttige informatie die gebruikt kan worden bij het uitvoeren van controles van de verrekenprijsprijktijken van ondernemingen. Om deze doelstellingen te kunnen realiseren heeft de OESO in het rapport verrekenprijsdocumentatie in de vorm van een driedelige structuur geïntroduceerd. Deze structuur bestaat naast een groepsdossier en een lokaal dossier, die al op Europees niveau waren geïntroduceerd door de gedragscode, ook uit een landenrapport.¹⁸⁸ Per 1

¹⁸¹ Dit zijn slechts een aantal elementen, de volledige lijst dient 9 verschillende elementen te bevatten.

¹⁸² Ook dit betreffen slechts enkele elementen, de volledige lijst bevat 6 elementen.

¹⁸³ In het voorgaande verrekenprijsbesluit was dit nog wel het geval.

¹⁸⁴ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.29.

¹⁸⁵ N.A.Th. Smetsers, *Country-by-Country Reporting* (Fiscale Monografieën nr. 154), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 6.

¹⁸⁶ Het betreft hier actiepoint 13: verbeterde verrekenprijsdocumentatie en een standaard voor een landenrapport.

¹⁸⁷ OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, p.14-p.20.

¹⁸⁸ Dit wordt ook wel country-by-country reporting genoemd.

januari 2016 heeft Nederland in opdracht van de G20¹⁸⁹ deze aanvullende documentatieverplichtingen ook in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969¹⁹⁰ geïntroduceerd op basis van het implementatiepakket dat de OESO hiertoe had opgesteld. Daarnaast heeft de EU op 25 mei 2016 via de Bijstandsrichtlijn¹⁹¹ lidstaten voorgeschreven landenrapporten te implementeren in de nationale wetgeving en daarbij aangegeven wat voor informatie deze landenrapporten dienen te bevatten. Hierbij is ook ingegaan op de automatische uitwisseling van landenrapporten zodat alle lidstaten voorzien worden van de relevante informatie. Nederland had een groot deel van deze wetgeving reeds geïmplementeerd op basis van het OESO-model per 1 januari 2016¹⁹² en heeft daardoor slechts enkele aanvullende aangelegenheden betreffende het landenrapport hoeven te implementeren.¹⁹³

Het lokale dossier en het groepsdossier zijn opgenomen in art. 29g Wet VpB 1969 en komen wat betreft inhoud overeen met de EU-TPD. Voor zowel het lokale dossier als het groepsdossier geldt echter een uitzondering voor groepsentiteiten van een multinationale groep met een geconsolideerde omzet van minder dan €50.000.000¹⁹⁴, zodat het midden- en kleinbedrijf de extra administratieve lasten bespaard blijven.¹⁹⁵ Het landenrapport is een rapport over de multinationale groep waarin informatie wordt verstrekt¹⁹⁶ over onder meer de inkomsten, de winst vóór winstbelasting en betaalde winstbelasting in iedere staat waarin de multinationale groep actief is.¹⁹⁷ Met deze informatie kan de inspecteur vervolgens bepalen of sprake is van substantiële verrekenprijrisico's en andere risico's rondom het uithollen van de belastinggrondslag en winstverschuivingen.¹⁹⁸ Op basis van het landenrapport worden geen verrekenprijscorrecties gemaakt; het dient dus enkel om inzicht te krijgen in het concern. Op basis daarvan kan worden bepaald of een grondige controle is vereist, waarbij het groepsdossier en het lokale dossier van belang zijn. Met dit landenrapport zou het voor belastingdiensten efficiënter worden om belastingcontroles uit te voeren, omdat het landenrapport een duidelijker beeld geeft van waar de verrekenprijrisico's liggen. Dit zou op zijn beurt de hoeveelheid grondslaguitholling en winstverschuiving moeten verlagen.¹⁹⁹ Dit landenrapport is voor een groot deel van de ondernemingen echter niet van toepassing: bij een geconsolideerde omzet van

¹⁸⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 3, p. 9 (MvT).

¹⁹⁰ Art. 29b Wet VpB 1969 t/m art. 29h Wet VpB 1969.

¹⁹¹ Richtlijn (EU) 2016/881.

¹⁹² De bepalingen in de Bijstandsrichtlijn zijn gebaseerd op de OESO-modelwetgeving, welke Nederland bij de invoering van de diverse aanvullende documentatieverplichtingen ook had gevolgd.

¹⁹³ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 651, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

¹⁹⁴ Art. 29g lid 4 Wet VpB 1969.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 3, p.10 (MvT).

¹⁹⁶ De verstrekte informatie blijft, tot dusver, vertrouwelijk. De maatschappij heeft dus geen inzage in deze rapporten, al bestaan wel plannen om hier verandering in te brengen.

¹⁹⁷ Art. 29e lid 1 Wet VpB 1969.

¹⁹⁸ Art. 29f Wet VpB 1969.

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 305, nr. 3, p.9.

minder dan €750.000.000 hoeft in het daaropvolgende jaar geen landenrapport te worden opgesteld.²⁰⁰ Op basis van cijfers van de OESO is het landenrapport daardoor slechts van toepassing op 10% van de ondernemingen, terwijl het ziet op 90% van de wereldwijze omzet. Hiermee worden onnodige administratieve lasten voor kleinere ondernemingen voorkomen, zonder dat de reikwijdte van de regeling sterk wordt verminderd. Het niet nakomen van de documentatieverplichtingen omtrent het landenrapport kan leiden tot een bestuurlijke boete of tot een strafrechtelijke vervolging.²⁰¹

3.5 Een Europees at arm's length beginsel

Het at arm's length beginsel komt niet alleen voor in bepalingen die op basis van de OESO-richtlijnen worden ingevuld. De Europese Unie (EU) heeft per 1 januari 2019 met de invoering van de Anti Tax Avoidance Directive (ATAD) het at arm's length beginsel ook opgenomen in Europese wetgeving. Deze wetgeving staat los van de OESO-richtlijnen, en dus kan de EU ervoor kiezen om voor toepassing van het begrip in de ATAD-regelgeving een eigen invulling te geven in het geval dat sprake is van een communautair begrip²⁰², wat inhoudt dat het begrip op Europees niveau wordt ingevuld.

Hetzelfde geldt voor de situatie betreffende verrekenprijzen en staatssteun. Er is op basis van art. 107 VWEU een viertal criteria waaraan dient te worden getoetst om te kunnen spreken van staatssteun. Er is sprake van staatssteun indien een maatregel leidt tot een begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties die met staatsmiddelen zijn bekostigd waardoor concurrentie wordt vervalst en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. In het FIAT-arrest betreffende de vraag of een fiscale ruling²⁰³ afgegeven door Luxemburg als staatssteun kan worden aangemerkt, merkte het Gerecht op dat de Europese Commissie (EC) moet kunnen toetsen of de gehanteerde verrekenprijs at arm's length is in het kader van de staatssteunregels.²⁰⁴²⁰⁵ De EC was van mening dat het at arm's length beginsel ook besloten ligt in de staatssteunregels van art. 107 lid 1 VWEU. Om te kunnen beoordelen of sprake is van een begunstiging zou de EC moeten kunnen toetsen of is afgeweken van het at arm's length beginsel.²⁰⁶ Vanwege het feit dat het at arm's length beginsel daardoor zou voortvloeien uit het EU-recht, zou de EC hiermee kunnen duiden op een eigen invulling

²⁰⁰ Art. 29c Wet VpB 1969.

²⁰¹ Art. 29h Wet VpB 1969.

²⁰² J. Kamel LL.M. en H. Mezouar, 'Het arm's-Lengthbeginsel: een gewijzigd begrip?', *WFR* 2019/60.

²⁰³ Deze rulings zijn bedoeld om een belastingplichtige zekerheid vooraf te geven over hoe de belastingregels in een land worden toegepast.

²⁰⁴ Gerecht 24 september 2019, T-755/15 en T-759/15, ECLI:EU:T:2019:670.

²⁰⁵ Deze overweging kwam ook terug in het Starbucks-arrest.

²⁰⁶ In het Fiat-arrest overwoog de EC dat Fiat door de Luxemburgse belastingdienst is bevoordeeld doordat in de ruling is afgeweken van het at arm's length beginsel.

van het at arm's length beginsel. Dit standpunt kwam duidelijk naar voren in een mededeling van de EU betreffende het begrip staatssteun uit 2016.²⁰⁷ Hierin overweegt de EC dat indien zij nagaat of het at arm's length beginsel in acht is genomen bij het opstellen van een ruling, zij rekening kán houden met de OESO-richtlijnen.²⁰⁸ Deze overweging geeft mijns inziens aan dat de EC het aanhouden van de OESO-richtlijnen zag als een reële optie, mede gelet op de internationale consensus die bestaat op het gebied van de invulling van het at arm's length beginsel, maar dat dit zeker niet vanzelfsprekend is, wat zou leiden tot een eigen interpretatie van het at arm's length beginsel door de EC. Zo zou de EC de OESO-richtlijnen kunnen gebruiken als basisrichtlijn, maar daarvan afwijken indien gewenst. Hierdoor zou de invulling van het at arm's length beginsel op basis van de OESO-richtlijnen en op basis van de invulling van de EC steeds verder uit elkaar kunnen gaan lopen. De EU-lidstaten zullen, om te voorkomen dat de nationale verrekenprijswetgeving als staatssteun kunnen worden aangemerkt door de EC, ook het Europese at arm's length beginsel in de nationale verrekenprijswetgeving moeten gaan toepassen, waardoor een Europese harmonisatie op verrekenprijsg gebied kan worden bewerkstelligd door de EC. De OESO-richtlijnen zouden daardoor aan belang inboeten, aangezien zij niet meer zullen gelden als de leidende richtlijnen ter invulling van het at arm's length beginsel binnen de EU-lidstaten.

Daartoe is het echter nog niet gekomen. In het Starbucks-arrest²⁰⁹ heeft het Gerecht geoordeeld dat het wel of niet bestaan van een selectief voordeel betreffende staatssteun aan de hand van het nationale recht dient te worden onderzocht, en niet op basis van een (niet bestaand) Europees at arm's length beginsel. De vraag of aan Starbucks een selectief voordeel is verleend wat zou kunnen leiden tot staatssteun, dient dus te worden beantwoord op basis van de Nederlandse wet- en regelgeving, welke aansluit op de OESO-richtlijnen en het verrekenprijbsbesluit. Bovendien benoemt het Gerecht nadrukkelijk het belang van de OESO-richtlijnen als internationale standaard voor het toepassen van het at arm's length beginsel. Daarnaast leek de EC het Europese at arm's length beginsel tijdens de zitting al te hebben verlaten²¹⁰, en ook in het recente Amazon-arrest²¹¹ doet de EC geen nieuwe poging het Europese at arm's length beginsel te introduceren. De EC onderbouwt in deze zaak haar standpunt op basis van de OESO-richtlijnen.²¹² De OESO-richtlijnen zijn daarom vooralsnog de leidende

²⁰⁷ Mededeling (EU) 2016/C 262/01.

²⁰⁸ Mededeling (EU) 2016/C 262/01, p. 40.

²⁰⁹ Gerecht 24 september 2019, T-760/15 en T-636/16, ECLI:EU:T:2019:669.

²¹⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 25087, nr.251, p. 2.

²¹¹ Gerecht 12 mei 2021, T-816/17 en T-318/18, ECLI:EU:T:2021:252.

²¹² Een kanttekening daarbij is dat de OESO-richtlijnen gelden die op het moment dat de ruling is verleend van kracht zijn. In dit geval zijn dat dus de OESO-richtlijnen uit 1995. De OESO-richtlijnen uit 2017 werken niet met terugwerkende kracht op al afgegeven rulings. Zie S.J.P. Ubachs en A.F. Gunn, 'EC bewijst niet dat Luxemburg door een belastingruling te sluiten met Amazon een voordeel heeft verleend dat als onterechte staatssteun kan worden aangemerkt', *NtFR* 2021/1982.

verrekenprijsrichtlijnen voor EU-lidstaten, al is niet met zekerheid te zeggen of dit in de toekomst zal veranderen.

3.6 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is de verrekenprijsregelgeving van immateriële activa behandeld. Aan de hand van de bevindingen uit dit hoofdstuk wordt de tweede deelvraag beantwoord. De tweede deelvraag luidde: *Welke verrekenprijsmethoden en -regels vloeien voort uit de regelgeving die op dit moment bestaat met betrekking tot de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa, en op welke manier proberen zij deze at arm's length verrekenprijs te bepalen?*

De verrekenprijsregels voor immateriële activa vloeien voort uit verschillende bronnen. De OESO-richtlijnen gelden als internationaal geaccepteerde invulling van het at arm's length beginsel. De OESO-richtlijnen gaan uitgebreid in op de vraag hoe een at arm's length verrekenprijs dient te worden bepaald. Kortgezegd is dit afhankelijk van de omstandigheden van de transactie. Het is voor de OESO altijd het uitgangspunt om aan te sluiten bij de economische realiteit van de transactie, in plaats van bijvoorbeeld contractuele afspraken. Door middel van het karakteriseren van een transactie, waarbij met name de functionele analyse een grote rol speelt, probeert de OESO de transactie duidelijk af te bakenen, waarmee de vergelijkbaarheid van de gelieerde transactie met een ongelieerde transactie kan worden bepaald.

Vervolgens is van belang welke verrekenprijsmethode wordt gekozen. De keuze voor een verrekenprijsmethode hangt af van de omstandigheden. In principe heeft de belastingplichtige de keuze uit de CUP-methode, de resale-minus methode, de cost-plus methode, de TNMM en de profit-split methode. Voor immateriële activa waarvoor geen vergelijkbare transacties bestaan, staat de OESO het ook toe om andere waarderingsmethoden zoals de discounted cashflow methode toe te passen. Deze waarderingsmethoden kunnen als belangrijk hulpmiddel dienen bij het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. In gevallen waarbij immateriële activa geen vergelijkbare transacties kennen, en andere waarderingsmethoden ook geen betrouwbaar beeld kunnen geven van de waarde van een immaterieel actief doordat de toekomstige kasstromen grote onzekerheid kennen, kunnen de achteraf behaalde resultaten met het immateriële actief door de Belastingdienst gebruikt worden als vermoedelijk bewijs om een verrekenprijscorrectie aan te brengen. Hierop bestaan echter wel een aantal uitzonderingen.

In de Nederlandse wetgeving ligt is het at arm's length beginsel gecodificeerd in art. 8b Wet VPB 1969. Hierin wordt onder meer bepaald wanneer sprake is van gelieerdheid, maar verdere invulling aan het

bepalen van een at arm's length verrekenprijs ontbreekt. Op basis van de parlementaire geschiedenis en het verrekenprijsbesluit blijkt dat hiervoor de OESO-richtlijnen van belang zijn.

Wat betreft de verrekenprijsdocumentatie zal voor veel ondernemingen enkel art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 relevant zijn. Hieruit blijkt dat ondernemingen de gehanteerde verrekenprijs moeten kunnen onderbouwen aan de hand van een vergelijkbaarheidsanalyse. Op basis van het proportionaliteitsbeginsel hangt de omvang van de documentatie af van de grootte van de onderneming en de transactie. Ondernemingen kunnen ook opteren voor de Europese documentatieverplichtingen, die vooral aantrekkelijk zullen zijn voor grotere ondernemingen. De aanvullende documentatieverplichtingen die zijn opgenomen in art. 29b Wet VpB 1969 tot en met art. 29h Wet VpB 1969 zijn alleen van toepassing voor grote ondernemingen. Hierin dient een lokaal dossier, een groepsdossier en voor zeer grote ondernemingen ook een landendossier te worden opgesteld om zo beter inzicht te krijgen in de verrekenprijsprijktijken van een groot concern.

Hoofdstuk 4 Knelpunten en oplossingen

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden verschillende knelpunten in de waardering van immateriële activa voor verrekenprijdsdoeleinden geanalyseerd. Hierbij komen knelpunten aan bod die voortkomen uit de literatuur, het bedrijfsleven of eigen analyse. Om deze knelpunten te verhelpen worden oplossingen aangedragen die mijns inziens doeltreffender zijn dan de huidige regeling, zonder dat de doelmatigheid wordt aangetast. Dit hoofdstuk is ingedeeld in drie delen. Ten eerste worden enkele algemene aspecten van immateriële activa geanalyseerd, hierbij gaat het om immateriële activa die niet voldoen aan de criteria om als moeilijk te waarderen te worden geclassificeerd. Vervolgens komen de moeilijk te waarderen immateriële activa aan bod. Hierbij wordt uitgebreid stilgestaan bij zowel de criteria die een classificatie van moeilijk te waarderen immateriële activa bepalen als de ex post benadering die deze classificatie tot gevolg heeft. Daarnaast wordt kort stilgestaan bij een recente ontwikkeling die de toekomst van de verrekenprijdsproblematiek kan veranderen. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie waarbij een antwoord op de derde deelvraag wordt geformuleerd.

4.2 Algemene immateriële activa

4.2.1 Inleiding

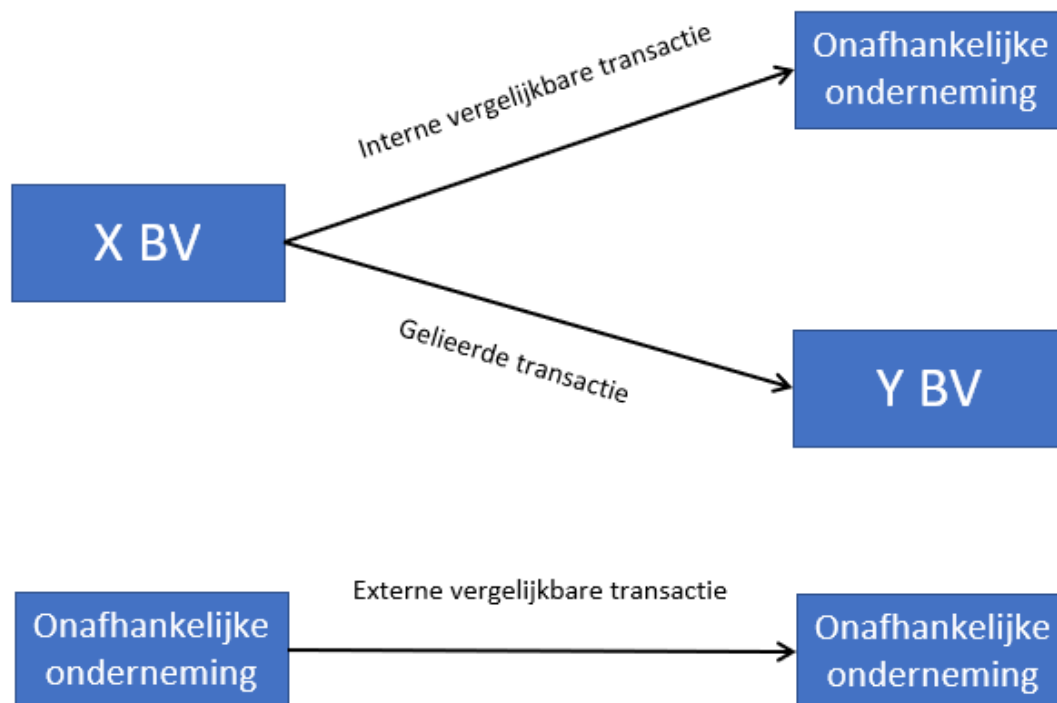
Zoals bleek uit hoofdstuk 3 is op immateriële activa aanvullende regelgeving van toepassing, vanwege de bijzondere karakteristieken en moeilijkheden die deze activa met zich meebrengen ten aanzien van de waardering. Immateriële activa hebben doorgaans een uniek karakter, waardoor voor deze activa het vinden van een vergelijkbare transactie niet altijd eenvoudig is. Daarnaast hebben ze vaak een hoge waarde en kunnen ze hoge inkomensstromen genereren, waardoor ze van grote relevantie zijn voor de verrekenprijdsproblematiek. Daarnaast zijn ze makkelijk te verplaatsen zonder dat dit materiële consequenties heeft voor de partijen betrokken bij de transactie: het immateriële actief hoeft niet te worden getransporteerd of opgeslagen en kan veranderen van juridische eigenaar zonder dat de economische activiteiten (zoals ontwikkeling, onderhoud of exploitatie) behorend bij het actief dienen te veranderen. Dit geeft immateriële activa de potentie om gebruikt te worden als instrument om winstverschuiving mee te bewerkstelligen. De regelgeving ten aanzien van deze activa dient daarom zorgvuldig te worden opgesteld.

4.2.2 Interne en externe vergelijkbare transacties

Hoezeer immateriële activa een uniek karakter kunnen hebben, in sommige gevallen is het wel degelijk mogelijk om een vergelijkbaar immaterieel actief te vinden. Een voorbeeld hiervan is het verlenen van

softwarelicenties; deze licenties kunnen worden verleend aan een groot aantal verschillende ondernemingen op een markt waarop ook concurrerende ondernemingen actief zijn. In deze gevallen dient de verrekenprijs te worden gebaseerd op vergelijkbare transacties. Om de vergelijkbaarheid van een transactie te kunnen bepalen, kunnen zowel interne als externe vergelijkbare transacties worden gebruikt. De OESO geeft de nadrukkelijke voorkeur aan interne vergelijkbare transacties, omdat deze doorgaans meer lijken op de gecontroleerde transactie waarvoor de verrekenprijs dient te worden vastgesteld.²¹³ Hierdoor hoeven minder correcties te worden gemaakt om de transactie als vergelijkbaar te kunnen beschouwen.

Een overweging die de OESO ten aanzien van de interne en externe vergelijkbare transacties niet lijkt te hebben meegenomen, is de mogelijkheid voor een onderneming om de interne vergelijkbare transactie te beïnvloeden, waardoor indirect ook invloed wordt uitgeoefend op de gelieerde transactie. Hoewel een interne vergelijkbare transactie tussen twee derden plaatsvindt en dus per definitie at arm's length is, is de voorkeur van de OESO voor interne vergelijkbare transacties naar mijn mening onterecht. Dit kan het duidelijkst worden geïllustreerd aan de hand van de CUP-methode, maar is ook relevant voor de andere traditionele transactiemethoden.



²¹³ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 3.27.

In bovenstaande figuur is de situatie te zien waarbij X BV en Y BV een gelieerde transactie aangaan. Wanneer X BV en Y BV zich beide in verschillende landen bevinden met verschillende belastingtarieven, bestaat de mogelijkheid dat winst kan worden verschoven via de gelieerde transactie. Om dit te voorkomen dient de verrekenprijs at arm's length te worden vastgesteld. In dit geval zijn voor een vergelijkbaarheidsanalyse twee vergelijkbare transacties beschikbaar om de analyse mee uit te voeren. Het is mogelijk om de interne vergelijkbare transactie tussen X BV en een onafhankelijke onderneming te gebruiken om de verrekenprijs te bepalen, maar het is ook mogelijk om de externe vergelijkbare transactie tussen twee onafhankelijke ondernemingen die geen van beide betrokken zijn bij de gelieerde transactie te gebruiken. Zoals benoemd gaat de voorkeur van de OESO uit naar de interne vergelijkbare transactie. X BV kan echter, wetende dat het vergelijkbare transacties met gelieerde ondernemingen gaat uitvoeren, de voorwaarden van de interne vergelijkbare transactie beïnvloeden. Een onafhankelijke derde gaat niet zomaar akkoord met bijvoorbeeld een hogere prijs, maar zal daarentegen wel akkoord gaan met een lagere prijs. De interne vergelijkbare transactie kan daarom in prijs verschillen van de externe vergelijkbare transactie, zonder dat materiële verschillen bestaan tussen de twee. X BV kan deze bewust verlaagde prijs gebruiken bij het uitvoeren van de verrekenprijsanalyse, wat leidt tot een lagere verrekenprijs dan het geval zou zijn wanneer de externe vergelijkbare transactie aan de basis ligt van de verrekenprijsanalyse.

Deze prijsverlaging verlaagt uiteraard de omzet en winst van X BV ten gunste van een onafhankelijke onderneming, waardoor het onaannemelijk lijkt dat X BV bewust een lagere prijs zou willen hanteren. In het geval X BV is gevestigd in een hoog belaste jurisdictie, is de verloren winst na belasting echter relatief beperkt vanwege de hogere verschuldigde winstbelasting. Het verlagen van de verrekenprijs van de gelieerde transactie kan echter winst opleveren voor het concern als geheel, ondanks de verloren winst bij de interne vergelijkbare transactie. Zolang de winst die wordt behaald met de lagere verrekenprijs van de gelieerde transactie de verloren winst als gevolg van de prijsverlaging van de interne vergelijkbare transactie overschrijdt, is het concern als geheel erbij gebaat de prijsverlaging toe te passen. Dit is met name het geval wanneer Y BV is gelegen in een laag belaste jurisdictie. Door de lagere inkoopprijs voor Y BV wordt een groter gedeelte van de winst daar behaald, terwijl een kleiner gedeelte van de winst terecht komt bij X BV, gelegen in de hoog belaste jurisdictie.

Dit betekent niet dat interne vergelijkbare transacties als onbruikbaar dienen te worden beschouwd. Interne vergelijkbare transacties komen vaker voor dan externe vergelijkbare transacties, en dus is de toepassing van verschillende verrekenprijsmethoden (met name de CUP-methode) in sterke mate afhankelijk van deze interne vergelijkbare transacties. Het is echter gewenst dat in het geval waarbij zowel interne als externe vergelijkbare transacties bestaan, de voorkeur wordt gegeven aan de externe vergelijkbare transactie (ook als dit een bepaalde correctie vereist om te kunnen spreken van

vergelijkbare transacties). Wanneer enkel interne vergelijkbare transacties bestaan, kunnen deze nog steeds worden toegepast, al dient dit gepaard te gaan met enige voorzichtigheid indien de omvang van de transacties significant verschilt.

4.2.3 Gebruik van alternatieve waarderingsmethoden en het at arm's length beginsel

De OESO heeft aangegeven dat alternatieve waarderingsmethoden (dus andere dan de verrekenprijsmethoden) kunnen worden gebruikt als hulpmiddel om tot een at arm's length verrekenprijs te komen.²¹⁴ Deze waarderingsmethoden worden voornamelijk toegepast in situaties waarbij de gebruikelijke verrekenprijsmethoden niet kunnen worden toegepast vanwege een tekort aan vergelijkbare transacties.

De vraag die opkomt bij het toepassen van economische waarderingsmethoden zoals de discounted cashflowmethode is of deze methoden wel passen in een verrekenprijsanalyse gebaseerd op het at arm's length beginsel.²¹⁵ Waar de klassieke verrekenprijsmethoden altijd in bepaalde mate gebaseerd zijn op vergelijkbaarheid via prijzen of winstmarges, baseren veel economische waarderingsmethoden zich op de te maken kosten (bijvoorbeeld vervangingskosten) of de te verwachten inkomsten (zoals kasstromen).²¹⁶ De vergelijkbaarheid van de transactie speelt bij deze methodes geen directe rol en daarom zou kunnen worden geconcludeerd dat deze methoden niet passen bij een verrekenprijsanalyse gebaseerd op het at arm's length beginsel.

Bovendien wordt aan de hand van deze methoden slechts de waarde van het (immateriële) actief voor de onderneming berekend en niet de prijs. Twee onafhankelijke ondernemingen die beiden de waarde berekenen van het actief, komen waarschijnlijk op verschillende waardes uit. Een transactie komt dan alleen tot stand wanneer de prijs van het actief voor de verkopende partij hoger is dan de waarde die het actief heeft binnen de onderneming²¹⁷, terwijl voor de kopende partij de prijs beneden de waarde moet liggen om tot een koop over te gaan. Zodra dat het geval is wordt tussen de twee partijen onderhandeld over de prijs, welke tussen de twee waardes in zal liggen. Op het moment van de transactie verwachten beide partijen gebaat te zijn bij de transactie. Enkel het waarderen van een actief binnen de onderneming leidt dus niet tot een prijs zoals de CUP-methode dat wel doet; al is de prijs wel gebaseerd op de waarde van het actief voor beide ondernemingen en kunnen de berekende waarden worden gebruikt om inzicht te krijgen in de bedragen waartussen een prijs zich zal bevinden.

²¹⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.153.

²¹⁵ W.J. Konings en D. Morren, 'Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?', *WFR* 2020/200.

²¹⁶ J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 145.

²¹⁷ De onderneming zou anders meer inkomsten genereren door het actief aan te houden.

Desondanks ben ik van mening dat het gebruik van economische waarderingmethoden wel in overeenstemming is met het at arm's length beginsel. De reguliere verrekenprijsmethoden (behalve de profit-splitmethode) zijn bij een gebrek aan vergelijkbare transacties of ondernemingen niet betrouwbaar genoeg om de verrekenprijs mee op te stellen. De meest directe toepassing van het at arm's length beginsel is bij unieke immateriële activa dus simpelweg geen optie. De betrouwbaarheid van de waarderingmethoden is afhankelijk van de gebruikte parameters zoals de hoogte van de kasstromen, de verdisconteringsvoet en de levensduur van een actief. Bij deze parameters is het vaak wel mogelijk om vergelijkingen te maken met andere activa.²¹⁸²¹⁹²²⁰ Indirect speelt het at arm's length beginsel daarom nog wel een rol bij het bepalen van de verrekenprijs, al ben ik wel van mening dat het at arm's length beginsel bij economische waarderingmethoden een beperktere rol speelt. In combinatie met de toepassing van een reguliere verrekenprijsmethode is dit probleem echter niet relevant. Ik sluit me daarom aan bij de gedachte van de OESO dat de economische waarderingmethoden een nuttige toevoeging zijn voor de verrekenprijsanalyse zonder dat vervuiling van het at arm's length beginsel plaatsvindt.

Daarentegen ben ik wel van mening dat de OESO zich te terughoudend opstelt ten aanzien van het verduidelijken van de toepassing van deze economische waarderingmethoden. De OESO benadrukt dat het niet de intentie is van de richtlijnen om alle mogelijke economische waarderingmethoden op te sommen en het gebruik ervan toe te lichten in een verrekenprijsanalyse²²¹, terwijl het wel een belangrijke rol toedicht aan deze waarderingmethoden in het bepalen van de at arm's length verrekenprijs. Bovendien kan een verkeerde keuze voor een waarderingmethode, die invloed heeft op de betrouwbaarheid van de waardering, leiden tot een classificatie van het immateriële actief als moeilijk te waarden, wat negatieve gevolgen met zich meebrengt voor de belastingplichtige.²²² Daarnaast geeft de OESO aan geen voorkeur te hebben voor een waarderingmethode, terwijl in de richtlijnen alleen een toelichting te vinden is voor de discounted cashflowmethode.²²³ De EU is daarentegen wel ingegaan op de toepassing van de verschillende economische waarderingmethoden;

²¹⁸ De mate van vergelijkbaarheid waaraan een actief moet voldoen om bijvoorbeeld de levensduur te kunnen bepalen is significant lager dan nodig is voor toepassing van de verrekenprijsmethodes, omdat geen transacties noodzakelijk zijn.

²¹⁹ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Report on the use of economic valuation techniques in transfer pricing*, 16 oktober 2017.

²²⁰ Wanneer ook een gebrek aan vergelijkbare activa bestaat om betrouwbaar een waarderingmethode te kunnen toepassen, dan wordt een actief als moeilijk te waarden beschouwd.

²²¹ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.156.

²²² Hier wordt later in dit hoofdstuk op ingegaan.

²²³ Zie het commentaar van EY, Keidanren en SwissHoldings in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

ik zou dit ook graag terug zien komen in de OESO-richtlijnen, mede gelet op de potentiële gevolgen voor de belastingplichtige.

4.3 Moeilijk te waarderen immateriële activa

4.3.1 Inleiding

De moeilijk te waarderen immateriële activa worden los behandeld van de reguliere immateriële activa omdat hier meer aanvullende regelgeving op van toepassing is. De knelpunten die in deze paragraaf worden behandeld en de voorgestelde oplossingen dienen in samenhang te worden bekeken. De behandeling van moeilijk te waarderen immateriële activa dient als geheel redelijk te zijn voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. Zo kan bij de ex post benadering een moeilijk op te lossen knelpunt indirect worden aangepakt door een ander aspect van de benadering te versoepelen, waardoor de regeling als geheel minder belastend wordt voor de belastingplichtige.

4.3.2 De criteria van moeilijk te waarderen immateriële activa

Zoals is besproken in hoofdstuk 3 heeft de OESO de term moeilijk te waarderen immateriële activa geïntroduceerd in de OESO-richtlijnen uit 2017. Deze immateriële activa zijn niet vergelijkbaar met andere (immateriële) activa en bovendien is de toekomstige waardeontwikkeling²²⁴ hoogst onzeker.²²⁵ Op deze criteria is de nodige kritiek geleverd in de literatuur, maar ook door het bedrijfsleven.²²⁶

Een van de meest besproken knelpunten op dit gebied betreft de onduidelijkheid rondom de afbakening van de definitie van moeilijk te waarderen immateriële activa. In hoofdstuk 2 is besproken waarom de OESO zijn eigen, duidelijk afgebakende, definitie hanteert van immateriële activa en zich niet baseert op de bedrijfseconomische of juridische interpretaties van dit begrip. Deze inspanning door de OESO voor een juiste afbakening lijkt bij de definitie van moeilijk te waarderen immateriële activa echter te ontbreken. De OESO geeft geen verdere invulling aan de vraag wanneer sprake is van een hoogst onzekere waardeontwikkeling. Ook in het verrekenprijsbesluit is hieraan geen nadere invulling gegeven. Dit gebrek aan invulling leidt tot onzekerheid voor met name de belastingplichtige, wat kan leiden tot geschillen tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst die bij een concrete invulling hadden kunnen worden voorkomen. Bovendien is de definitie in zekere mate subjectief: de

²²⁴ Bijvoorbeeld de hoogte van de toekomstige kasstromen bij de discounted cashflowmethode.

²²⁵ Voor een uitgebreidere behandeling van de regelgeving omtrent moeilijk te waarderen immateriële activa, zie hoofdstuk 3 paragraaf 2.5.

²²⁶ Zie onder andere het commentaar van de Business and Industry Advisory Committee, Cajetan M. Fiedler en KPMG in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

betekenis van hoogst onzeker kan verschillen op basis van aan wie het wordt gevraagd. Hierdoor is het mogelijk dat verschillende landen een verschillende invulling geven aan de term. Dit kan leiden tot classificatieverschillen tussen landen, waardoor het ene land een immaterieel actief wel ziet als moeilijk te waarderen (en dus de bijbehorende behandeling toepast), terwijl het andere land een regulier immaterieel actief ziet. Dit kan vervolgens leiden tot dubbele belastingheffing. Deze knelpunten krijgen bijkomende relevantie door de rol die immateriële activa spelen in de waardecreatie van een onderneming. In de huidige economie vervullen immateriële activa een belangrijke rol in de waardecreatie van veel ondernemingen, en dus zijn deze activa van hoge waarde. Deze hoge waarde in combinatie met de onzekerheid ten aanzien van mogelijke dubbele belastingheffing vergroot de relevantie van het knelpunt.

De term moeilijk te waarderen immaterieel actief kan dus verschillend worden geïnterpreteerd. Een interpretatie van deze term die op dit moment door verschillende partijen²²⁷ wordt toegepast ziet de term moeilijk te waarderen immateriële activa als te breed: een immaterieel actief wordt op basis van deze criteria (te) snel als moeilijk te waarderen immaterieel actief geclassificeerd. Immateriële activa zijn in veel gevallen uniek en doorgaans is de toekomstige waardeontwikkeling moeilijk vast te stellen. Hierdoor geldt de behandeling van moeilijk te waarderen immateriële activa voor een significant gedeelte van de immateriële activa, terwijl het lijkt gericht op situaties waarbij de informatieasymmetrie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst wordt misbruikt om een belastingvoordeel te bewerkstelligen.²²⁸ De hierna te bespreken knelpunten betreffende moeilijk te waarderen immateriële activa worden ook relevanter naarmate het toepassingsbereik van de regeling ruimer is. In die zin heeft een te ruime definitie indirecte negatieve consequenties.

De oplossing voor dit knelpunt is op zich simpel: er dient een nadere en engere invulling van de definitie van moeilijk te waarderen immateriële activa te worden gegeven. Deze invulling kan op nationaal niveau worden gegeven, en bijvoorbeeld worden opgenomen in een nieuw verrekenrijksbesluit.²²⁹ Mijn voorkeur ligt echter bij een invulling door de OESO. Dit voorkomt namelijk dat verschillende landen een verschillende invulling geven aan de term, waardoor classificatieverschillen kunnen ontstaan met eventuele dubbele belastingheffing tot gevolg. Hierbij kan de OESO ervoor kiezen om de

²²⁷ Zie onder andere het commentaar van de Business and Industry Advisory Committee, Cajetan M. Fiedler en KPMG in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017 en W.J. Konings en D. Morren, *Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?*, WFR 2020/200.

²²⁸ J.T. van Egdrom, *Verrekenrijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p.152.

²²⁹ Het verrekenrijksbesluit heeft ten slotte als doel om onduidelijkheden weg te nemen en invulling te geven aan de OESO-richtlijnen in gevallen waartoe de OESO daar ruimte toe laat, waardoor het mijns inziens verassend is dat dit niet al in een eerder besluit is opgenomen.

term hoogst onzeker te kwantificeren, waarbij een specifiek percentage wordt aangehouden die de onzekerheid van een verrekenprijs weergeeft. Bij het waarderen van een immaterieel actief kan op basis van een aantal scenario's een verrekenprijs worden vastgesteld. Op basis van de informatie die op dat moment beschikbaar is kan de kans worden berekend dat de uiteindelijk resultaten die voortvloeien uit het immateriële actief buiten de 20% afwijkingsmarge vallen. Indien dit percentage dan vervolgens een bepaalde waarde overschrijdt, kan het worden geclassificeerd als moeilijk te waarderen immaterieel actief. Dit vereist echter dat de OESO meer waarde gaat hechten aan de economische waarderingsmethoden; tot dusver ziet de OESO deze waarderingsmethoden slechts als een belangrijk hulpmiddel. Bovendien vereist dit een uitgebreide waarderingsanalyse voor iedere transactie waarbij een immaterieel actief betrokken is om te kunnen beoordelen of aan dit percentage wordt voldaan. Hiervoor moet voldoende capaciteit en kennis aanwezig zijn bij zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst om een dergelijke analyse uit te voeren en te beoordelen. Dit is wat betreft doeltreffendheid mijns inziens de meest gewenste oplossing. Zo komt een beperktere hoeveelheid immateriële activa in aanraking met de ex post benadering, die belastend kan zijn voor de belastingplichtige. Gevallen waarbij informatieasymmetrie geen belangrijke rol speelt worden daarom minder snel verkeerd geclassificeerd. Bovendien wordt het aantal geschillen over de classificatie van een immaterieel actief lager dan met de huidige definitie, al kan de Belastingdienst wel de analyse zelf in twijfel trekken. Wat betreft doelmatigheid laat deze oplossing te wensen over, gezien de middelen die vereist zijn om bij iedere transactie een uitgebreide analyse te maken. Het is hierbij eventueel mogelijk om dit alleen te vereisen van belastingplichtigen met een bepaalde jaaromzet, vergelijkbaar met de criteria voor het landenrapport.²³⁰ Dit ontziet kleinere belastingplichtigen van de administratieve lasten, maar voor grotere ondernemingen zijn extra lasten onvermijdelijk. Al kan bij grote ondernemingen wel worden verwacht dat de benodigde middelen en kennis aanwezig zijn: ook voor andere (niet-fiscale) doeleinden zoals de jaarrekening is het waarderen van immateriële activa belangrijk.

Een alternatieve en simpelere oplossing is het opnemen van een aantal concrete voorbeelden in de OESO-richtlijnen van immateriële activa (of karakteristieken daarvan) die wel of niet onder de regeling vallen. Dit is ook een oplossing die door het bedrijfsleven meerdere malen is voorgesteld.²³¹ Op dit moment benoemt de OESO een aantal karakteristieken van activa die als moeilijk te waarderen kunnen worden gezien, zoals een actief wat zeer innovatief is. Alhoewel dit de belastingplichtige een indicatie

²³⁰ Het landenrapport is alleen van toepassing voor belastingplichtigen met een geconsolideerde omzet van €750.000.000, zie voor een verdere uitleg van de criteria van het landenrapport hoofdstuk 3 paragraaf 4.2.

²³¹ Zie onder andere het commentaar van de Business and Industry Advisory Committee, Cajetan M. Fiedler, KPMG International, SwissHoldings, Tax Executives Institute en de United States Council for International Business in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

kan geven hoe een immaterieel actief geclassificeerd dient te worden, zou de OESO hier uitgebreider op in kunnen gaan. De OESO zou hierbij zowel duidelijker kunnen aangeven welke immateriële activa wel als moeilijk te waarden geclassificeerd dienen te worden, of kunnen aangeven welke immateriële activa niet als moeilijk te waarden geclassificeerd dienen te worden. Met name dit laatste was een veelvoorkomende suggestie vanuit het bedrijfsleven, aangezien dit tot een safe harbor kan leiden voor activa met bepaalde karakteristieken.²³² De belastingplichtige weet dan voor een aantal immateriële activa al direct of deze zijn uitgezonderd van de ex-post benadering; de marge van onzekerheid voor belastingplichtigen neemt dus af. Deze oplossing is minder doeltreffend dan het kwantificeren van de term hoogst onzeker, aangezien niet van ieder immaterieel actief (of de karakteristieken daarvan) vooraf kan worden bepaald of deze als moeilijk te waarden kan worden bestempeld. Hierdoor blijven twijfelgevallen bestaan, wat onzekerheid meebrengt voor de belastingplichtige. Daarentegen verkleint deze oplossing de omvang van de onzekerheid. Bovendien vereist deze oplossing geen aanvullende middelen voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. Op basis daarvan kan worden gesteld dat de oplossing doelmatig is.

4.3.3 De ex post benadering

4.3.3.1 De 20%-marge en het toetsingsmoment

Wanneer een immaterieel actief als moeilijk te waarden is geclassificeerd, kan de Belastingdienst de ex post resultaten gebruiken als vermoedelijk bewijs om de verrekenprijs (die op basis van de ex ante projecties tot stand is gekomen) te toetsen aan het at arm's length beginsel, tenzij een van de vier uitzonderingen van toepassing is.²³³

Het eerste knelpunt wat bij deze benadering naar voren komt, is een van de uitzonderingen behorend bij deze ex post benadering. Bij een afwijking van de ex post resultaten van minder dan 20% ten opzichte van de gehanteerde verrekenprijs, is de ex post benadering niet van toepassing. Deze afwijking mag niet optreden binnen vijf jaar na commerciële ingebruikname van het immateriële actief. Dit leidt er echter toe dat deze afwijkingsmarge van 20% van toepassing kan zijn op uiteenlopende periodes. Zoals blijkt uit de OESO-richtlijnen, worden immateriële activa die in een vroeg stadium van ontwikkeling zijn (bijna) altijd als moeilijk te waarden geclassificeerd. De periode tussen de transactie en de commerciële ingebruikname wordt daarbij toegevoegd aan de vijfjaarperiode na commerciële ingebruikname. Een immaterieel actief met een ontwikkelingsfase²³⁴ van tien jaar en een immaterieel actief met een ontwikkelingsfase van één jaar krijgen beide te maken

²³² Zo zouden immateriële activa die al een bepaald aantal jaren commercieel worden ingezet worden uitgezonderd, omdat de onzekerheid over de toekomstprojecties beduidend lager is ten opzichte van nieuwe, innovatieve immateriële activa.

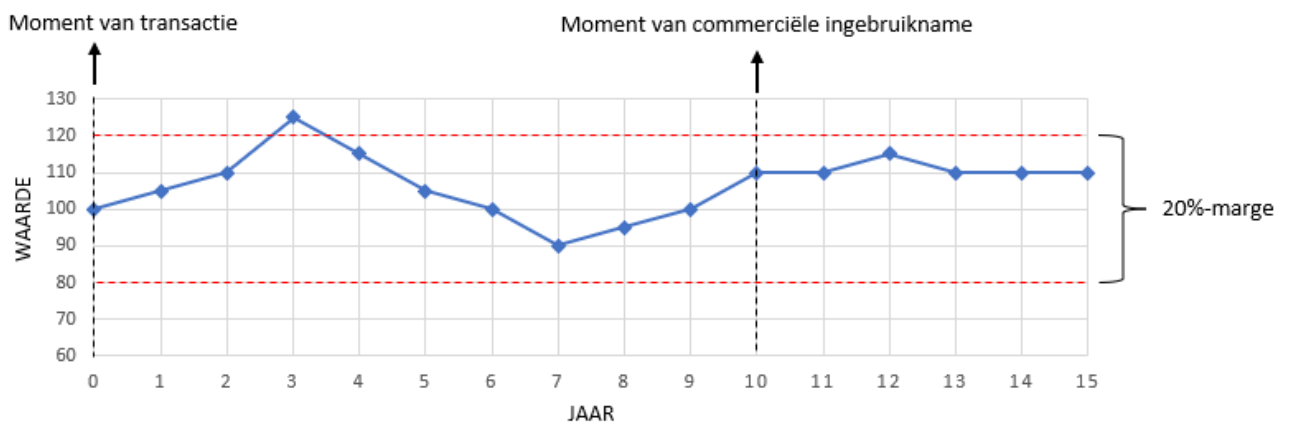
²³³ Deze uitzonderingen zijn behandeld in hoofdstuk 3 paragraaf 2.5.

²³⁴ Hiermee doel ik op de gehele periode voor aanvang van de commerciële ingebruikname.

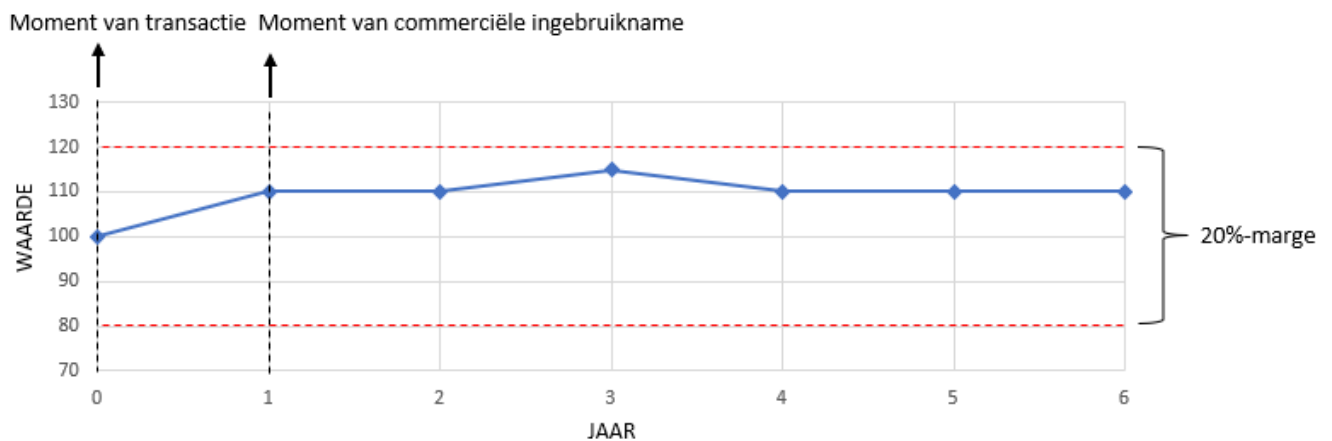
met een afwijkingmarge van 20%. Het behoeft geen toelichting dat de kans op een afwijking van 20% of meer over een periode van vijftien jaar significant groter is dan bij een periode van zes jaar.

Deze nadelige behandeling voor immateriële activa met een langdurige ontwikkelingsfase wordt versterkt door het feit dat het toetsingsmoment niet plaatsvindt aan het einde van de gehele periode (dus aan het einde van het vijfde jaar na commerciële ingebruikname), maar gedurende de gehele periode. Een immaterieel actief waarvan de waarde in het eerste jaar na de transactie zich al buiten de marge van 20% bevindt, krijgt te maken met de ex post benadering, ongeacht wat de afwijking is na de volledige periode. Een immaterieel actief met een ontwikkelingsfase van tien jaar dient dus de volledige vijftien jaar binnen de marge van 20% te blijven, terwijl dit bij een immaterieel actief met een ontwikkelingsfase van één jaar slechts zes jaar is. In onderstaande figuren zijn deze twee aspecten weergegeven.

IMMATERIEEL ACTIEF A



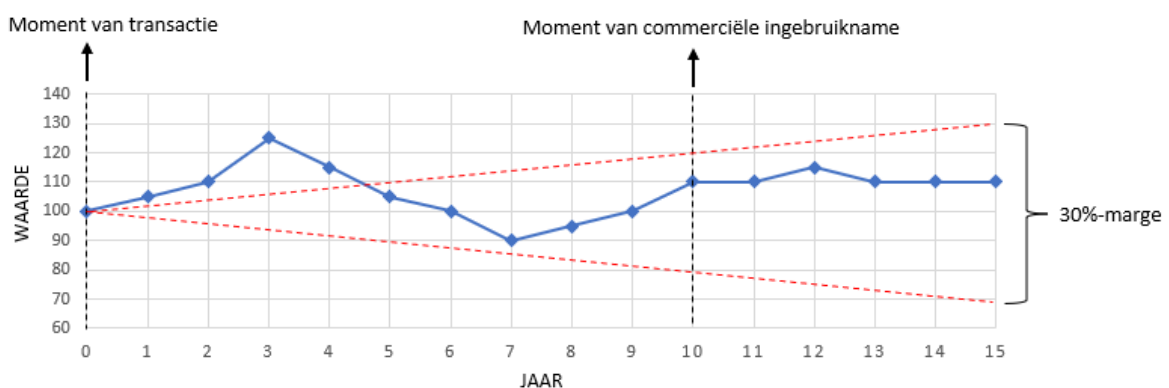
IMMATERIEEL ACTIEF B



In bovenstaande figuren is te zien hoe de waarde van twee verschillende immateriële activa zich ontwikkelt door de jaren heen. De 20%-marge is statisch en dus dienen beide immateriële activa, ondanks de verschillende perioden waarover deze marge van toepassing is, constant binnen deze marge te blijven. In het geval van immaterieel actief A is dat een significant langere periode, waardoor, in veronderstelling dat de overige karakteristieken van de twee immateriële activa gelijk zijn, de kans op het buiten de grenzen van de marge treden ook groter is. Bij zowel immaterieel actief A als B valt de uiteindelijk waarde (de waarde vijf jaar na commerciële ingebruikname) binnen de 20%-marge. Bij immaterieel actief A is echter toch de ex post benadering van toepassing, aangezien de waarde tussen jaar twee en jaar vier zich tijdelijk buiten de 20%-marge bevond.

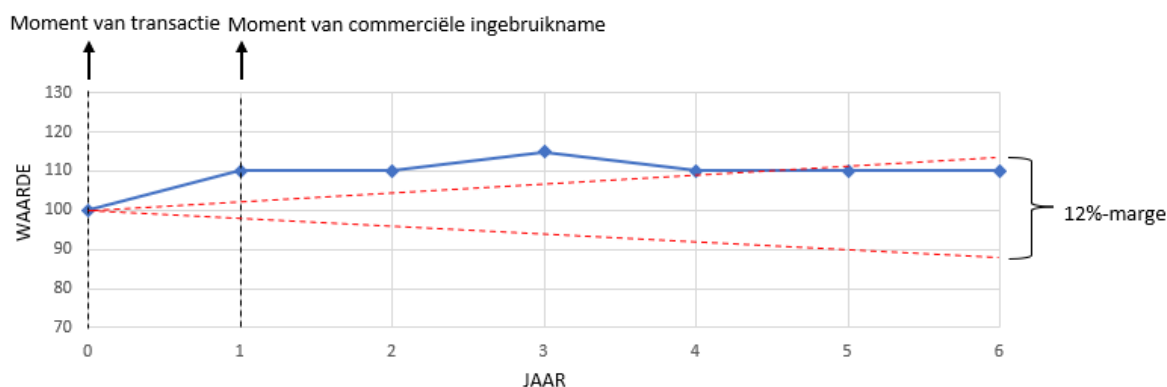
Dit knelpunt kan worden opgelost door de marge waarbinnen de waarde zich moet bevinden af te laten hangen van de periode waarover de marge van toepassing is. Dit kan bijvoorbeeld een percentage zijn van 2% per jaar.²³⁵ Hierdoor is de geaccepteerde afwijkingsmarge afhankelijk van de periode waarover de afwijkingsmarge van toepassing is. Dit sluit mijns inziens aan bij de economische realiteit (wat centraal staat bij de verrekenprijspromblematiek) aangezien de onzekerheid van de toekomstige waarde toeneemt wanneer een groter aantal jaren deel uitmaakt van de waardebepaling. Deze langere periode leidt er ook toe dat een inschatting dient te worden gemaakt van waardes die verder in de toekomst liggen (in het geval van immaterieel actief A is dit 15 jaar), waarbij per definitie sprake is van een grotere onzekerheid. Voor deze grotere onzekerheid zou ook een grotere afwijkingsmarge van toepassing moeten zijn. In onderstaande figuren is grafisch weergegeven hoe de zekerheidsmarge eruit zou zien na deze aanpassing.

IMMATERIEEL ACTIEF A



²³⁵ Ook een ander percentage is mogelijk, de cijfers dienen slechts als voorbeeld. Het is ook mogelijk om hierbij te werken met een minimum- en maximumafwijking.

IMMATERIEEL ACTIEF B



Daarnaast zou de waarde slechts aan het einde van de periode getoetst moeten worden aan de afwijkingmarge.²³⁶ Een voortdurende toetsing gedurende de gehele periode is wat mij betreft een te strikte maatregel. Een immaterieel actief dat gedurende de toetsingsperiode tijdelijk buiten de marge valt, zal daarom niet direct te maken krijgen met de ex post benadering. Uiteraard zal de ex post benadering wel van toepassing zijn wanneer vijf jaar na commerciële ingebruikname de waarde (nog steeds) buiten de marge valt.²³⁷ Om te voorkomen dat een lagere belastingdruk kan worden gerealiseerd door het immateriële actief tijdelijk onder te brengen in een laag belaste jurisdictie en voordat het toetsingsmoment plaatsvindt door te verkopen naar een andere jurisdictie, zal ook een toetsingsmoment moeten plaatsvinden bij het moment van verkoop. Deze antimisbruikmaatregel zorgt ervoor dat (indien de waarde van het immateriële actief op het moment van doorverkoop zich buiten de marge bevindt) eventuele winstverschuivingen worden voorkomen. In het geval dat bij een tussentijdse verkoop de waarde van het immateriële actief buiten de marge valt, zal de ex post benadering van toepassing zijn, waardoor de verrekenprijs van de originele transactie (de aankoop) alsnog kan worden aangepast.

4.3.3.2 Onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen en betrouwbaar bewijs

Een andere uitzondering van de ex post benadering betreft de situatie waarbij de belastingplichtige betrouwbaar bewijs kan leveren dat de verschillen tussen de gehanteerde verrekenprijs en de ex post uitkomsten te herleiden zijn naar onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen waarop niet had kunnen worden geanticipeerd. Dit wordt door sommigen beschreven als de belangrijkste uitzondering.²³⁸ Zolang de belastingplichtige op een juiste manier de verrekenprijs berekent op het

²³⁶ Dit dient eventueel te worden beperkt tot een maximumlimiet in verband met de navorderingstermijnen. Dit knelpunt wordt later besproken.

²³⁷ Tenzij een van de andere uitzonderingen van toepassing is.

²³⁸ W.J. Konings en D. Morren, 'Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?', *WFR* 2020/200.

moment van de transactie, zullen eventuele verschillen altijd voortkomen uit onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen waarop niet had kunnen worden geanticipeerd. Bij een juiste toepassing van deze uitzondering is daarmee de informatieasymmetrie tussen belastingplichtige en Belastingdienst, waar de ex post benadering voor is bedoeld, weggenomen.

Deze uitzondering kent echter een belangrijk knelpunt, wat ook naar voren is gekomen bij de reacties op de conceptrichtlijn van de OESO en in de literatuur.²³⁹ Evenals bij de criteria van moeilijk te waarderen immateriële activa, wordt in zowel de OESO-richtlijnen als in het verrekenprijsbesluit geen nadere toelichting gegeven wat onder betrouwbaar bewijs en onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen dient te worden verstaan. De OESO-richtlijnen geven wel een aantal concrete voorbeelden: een competitief product dat de markt verlaat, een defect in een belangrijk actief, een natuurramp of een technologische doorbraak bij een concurrent.²⁴⁰ Dit is geen complete lijst en bovendien gaat de OESO niet in op de vraag hoe de belastingplichtige betrouwbaar bewijs kan leveren dat verschillen tussen de ex ante projecties en de ex post resultaten te herleiden zijn onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen. Uiteraard is het voor belastingplichtigen belangrijk dat zij zekerheid hebben ten aanzien van hun belastingpositie, en dus is het belangrijk om inzicht te hebben in wanneer de Belastingdienst het door hen geleverde bewijs als betrouwbaar beschouwd en waar de grens tussen onvoorzien en voorzien kan worden gelegd.

Om deze onzekerheid te illustreren kan de Brexit als voorbeeld worden genomen. Dat de Brexit voorafgaand aan het Brits referendum als onvoorziene gebeurtenis kan worden geclassificeerd, wordt in dit voorbeeld aangenomen. Het Brexit-referendum werd in mei 2015 aangekondigd, waarin de Britten zullen stemmen over een vertrek uit de EU.²⁴¹ In juni 2016 vond het Brexit-referendum plaats, waarbij de meerderheid van de Britten stemde voor een vertrek uit de EU. Op dat moment was echter nog niet duidelijk hoe het Brexit-akkoord eruit zou zien: onderhandelingen daartoe begonnen in 2017. Vervolgens werd eind 2018 een voorlopig akkoord gesloten over de Brexit. Dit akkoord werd door het Britse parlement tweemaal afgewezen (in januari en maart 2019), waardoor nog steeds geen duidelijkheid bestond over de manier waarop de Brexit zou plaatsvinden. Vervolgens kwamen de EU en het VK in oktober 2019 tot een nieuw Brexit-akkoord, waarover het Europese en Britse Lagerhuis moesten stemmen. De uitslag van de stemming over het nieuwe Brexit-akkoord was mede afhankelijk van de uitslag van de verkiezingen in het VK, die in december 2019 plaatsvonden. Het Britse Lagerhuis

²³⁹ Zie bijvoorbeeld C. Jie-A-Joen, L. Lu en F. Bai, 'Transfer Pricing Valuation by Tax Authorities', *Tax Management Transfer Pricing Report 2018/27*, p.3 en de reacties van BDO, Deloitte en Duff & Phelps in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

²⁴⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines 2017, paragraaf 6.69.

²⁴¹ Deze tijdlijn is afkomstig van het Brexitloket, geraadpleegd via: www.brexitloket.nl/tijdlijn.

stemde in met het nieuwe Brexit-akkoord in januari 2020 en twee weken later stemde ook het Britse Hogerhuis in met het akkoord, waarna de Britse koningin Elizabeth de wet ondertekende. Eind januari 2020 stemde ook het Europees parlement in met het akkoord, waardoor alle parlementaire stappen om de Brexit tot stand te brengen waren uitgevoerd. Per 31 januari 2020 verliet het VK vervolgens officieel de EU.

De vraag die ten aanzien van de ex post benadering van belang is, is wanneer de (gevolgen van de) Brexit van een onvoorziene gebeurtenis veranderde in een voorziene gebeurtenis. Hiervoor zijn vele verschillende omslagpunten te bedenken. Zo kan worden beargumenteerd dat de Brexit al een voorziene gebeurtenis is op het moment dat het referendum in 2015 is aangekondigd. Op dat moment bestond al een reële kans dat het VK de EU zou gaan verlaten, maar hoe groot die kans was op dat moment en hoe een eventuele Brexit eruit zou komen te zien was op dat moment nog onbekend. Ook kan worden beargumenteerd dat sprake is van een voorziene gebeurtenis op het moment dat duidelijk werd dat het Britse volk vóór de Brexit heeft gestemd: de Brexit ging bijna zeker plaatsvinden, al waren de precieze gevolgen nog onbekend. Anderzijds kan worden beargumenteerd dat de Brexit en met name de exacte gevolgen daarvan pas te voorzien waren op het moment dat zowel de Britten als de EU het akkoord hadden opgesteld, of in het uiterste geval hadden goedgekeurd.

In de OESO-richtlijnen en het verrekenprijbesluit is geen enkele aanwijzing te vinden over deze soort kwesties. Uiteraard is de Brexit een unieke aangelegenheid en is het niet mogelijk om een volledige lijst van gebeurtenissen en ontwikkelingen op te stellen en uit te werken, maar ten aanzien van een aantal gebeurtenissen kan wel degelijk aanvullende toelichting worden gegeven om zekerheid te bieden aan de belastingplichtige. Zo kan worden opgenomen dat het introduceren van nieuwe wetgeving als onvoorziene ontwikkeling wordt geclassificeerd. Deze onvoorziene ontwikkeling kan bijvoorbeeld overgaan in een voorziene gebeurtenis zodra de Tweede Kamer het wetsvoorstel heeft aangenomen. Waar ik voor de criteria van moeilijk te waarderen immateriële activa nog een voorstander was van een aanpassing in de OESO-richtlijnen, ben ik van mening dat het invullen van de term onvoorziene gebeurtenis of ontwikkeling beter op nationaal niveau kan plaatsvinden. Het Nederlandse ministerie van Financiën heeft een duidelijker beeld van de verschillende ontwikkelingen in de Nederlandse economie en politiek dan de OESO, waardoor beter kan worden beoordeeld wat binnen Nederland voorzien en onvoorzien is. Bovendien zou de OESO gezien de hoeveelheid landen een dusdanige hoeveelheid regelgeving moeten opnemen in de OESO-richtlijnen, dat het zowel doeltreffender als doelmatiger is om dit op nationaal niveau te doen. Dit betekent niet dat de OESO-richtlijnen niet hoeven te worden aangepast: een uitbreiding en verduidelijking van de termen (met name wanneer deze algemeen toepasbaar zijn, zoals het voorbeeld wat zojuist is genoemd) blijft gewenst.

Ten aanzien van de term betrouwbaar bewijs dient mijns inziens wel op het niveau van de OESO verduidelijking te komen. De OESO heeft bij de ex post benadering nadrukkelijk aandacht besteed aan de positie van de belastingdiensten, maar is daarbij vergeten de belastingplichtige voldoende handvatten te reiken om op betrouwbare wijze de uiteindelijke verrekenprijs te kunnen vaststellen. Het is achteraf gezien, nadat een gebeurtenis of ontwikkeling heeft plaatsgevonden, niet eenvoudig te bewijzen dat een gebeurtenis of ontwikkeling niet had kunnen worden voorzien op het moment van de transactie. Voor de Belastingdienst is het daarentegen wel eenvoudig om de belastingplichtige te wijzen op indicaties die op het moment van de transactie bestonden dat een gebeurtenis of ontwikkeling plaats zou gaan vinden, en dus te voorzien was. Bovendien kijkt de OESO mijns inziens ook op de verkeerde manier tegen het probleem aan: het gaat niet om informatieasymmetrie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst, maar om de informatieasymmetrie tussen de Belastingdienst en een andere potentiële koper van het immateriële actief. De OESO gaat er impliciet vanuit dat iedere marktdeelnemer gelijke informatie ter beschikking heeft. Informatieasymmetrie kan echter ook tussen twee ongelieerde marktdeelnemers bestaan, waarbij bijvoorbeeld de verkoper unieke inzichten heeft die ertoe leiden dat wordt overgegaan tot de verkoop van een immaterieel actief. Het at arm's length beginsel in het achterhoofd houdende betekent dit mijns inziens dus niet dat de belastingplichtige en de Belastingdienst per definitie gelijke informatie moeten hebben. Alleen informatie die een marktdeelnemer redelijkerwijs tot zijn beschikking zou moeten hebben, zou ook ter beschikking moeten staan voor de Belastingdienst.

Desondanks is wel begrip op te brengen voor de moeilijke positie van de Belastingdienst bij het beoordelen van een verrekenprijs op de datum van de transactie vanwege informatieasymmetrie: de Belastingdienst is geen marktdeelnemer en dus opereert zij niet op basis van dezelfde informatie, waardoor informatieasymmetrie dus nog steeds een probleem is. Dit betekent mijns inziens echter niet dat het rechtvaardig is om die moeilijke positie te verschuiven naar de belastingplichtige, ondanks dat dit wel de informatieasymmetrie oplost (en eigenlijk te ver gaat in het oplossen van deze informatieasymmetrie). Hierbij speelt met name de periode van onzekerheid een rol: zoals bleek bij de analyse over de 20%-marge, kan de ex post benadering vele jaren later nog worden toegepast. Volgens verschillende partijen is de oplossing voor dit knelpunt een nadere invulling.²⁴² Uiteraard is dit een logische oplossing om de onzekerheid bij belastingplichtigen weg te nemen, maar een concrete manier waarop deze invulling dient plaats te vinden wordt niet genoemd. Het is mijns inziens belangrijk dat de belastingplichtige geen onnodig zware bewijslast te wachten staat bij een eventuele afwijking

²⁴² J. Hagelin, 'Ex Post Facto Considerations in Transfer Pricing of Hard-to-Value Intangibles: Practical and Methodical issues with the HTVI Approach', *International Transfer Pricing Journal* januari/februari 2019 en de reactie van Copenhagen Economics in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

van de ex post resultaten buiten de marge. De lichtste vorm van bewijs, het aannemelijk maken, zou daarom moeten worden toegepast. Het is daarnaast ook van belang dat de Belastingdienst de ex post resultaten ook daadwerkelijk gebruiken als vermoedelijk bewijs: een verrekenprijscorrectie die enkel gebaseerd is op het feit dat de ex post resultaten significant afwijken²⁴³ van de gehanteerde verrekenprijs zou niet mogen worden gemaakt.

4.3.3.3 De navorderingstermijn

Zoals bleek bij de analyse van de 20%-marge, is het mogelijk dat een eventuele correctie na vele jaren pas dient te worden toegepast. De Belastingdienst heeft echter niet de mogelijkheid om over een onbeperkte periode na te vorderen. In Nederland is de navorderingstermijn gesteld op vijf jaren na het tijdstip waarop de belastingschuld is ontstaan.²⁴⁴ In de literatuur is betwijfeld of de verrekenprijscorrecties van moeilijk te waarderen immateriële activa worden beperkt door de navorderingstermijn.²⁴⁵ Op basis van de wettekst van art. 16 AWR lijkt het mij aannemelijk dat een verkeerde verrekenprijs die ertoe leidt dat een aanslag ten onrechte tot een te laag bedrag is vastgesteld tot een navordering zou kunnen leiden. Hiervoor is echter wel een nieuw feit vereist. Een voorziene gebeurtenis of ontwikkeling die door een belastingplichtige achterwege is gelaten bij de waardering van het immateriële actief, valt mijns inziens onder de definitie van een nieuw feit. Bovendien kan de inspecteur, vanwege de informatieasymmetrie tussen de Belastingdienst en een normale marktdeelnemer, niet redelijkerwijs op de hoogte zijn van alle overwegingen die voor een marktdeelnemer een rol spelen bij het bepalen van de verrekenprijs. Enigszins verassend is de Staatssecretaris hier in het verrekenprijbesluit niet expliciet op ingegaan, al kan uit het zinsgedeelte “Indien blijkt dat er grote afwijkingen zijn tussen de gerealiseerde resultaten en de verwachtingen [...], kan de Belastingdienst de prijs zoals die is bepaald op het moment van de transactie alsnog ter discussie stellen”²⁴⁶ worden opgemaakt dat de Belastingdienst zich niets hoeft aan te trekken van de navorderingstermijn van art. 16 AWR. De wettelijke basis voor die houding ontbreekt mijns inziens echter. Daarnaast geeft de OESO in een nieuwe richtlijn ten aanzien van moeilijk te waarderen immateriële activa aan dat wel degelijk rekening gehouden moet worden met de navorderingstermijnen van de verschillende landen.²⁴⁷ Astrazeneca benoemde de vrees dat landen

²⁴³ Dus buiten de marge vallen.

²⁴⁴ Art. 16 lid 3 AWR.

²⁴⁵ J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 152 en W.J. Konings en D. Morren, ‘Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?’, *WFR* 2020/200.

²⁴⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874, p.11.

²⁴⁷ OECD (2018), *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*, BEPS Actions 8, p.13.

door de ex post benadering hun navorderingstermijnen zouden verlengen²⁴⁸; een maatregel die Japan in 2019 overwoog²⁴⁹ en ook daadwerkelijk heeft uitgevoerd en van kracht is voor boekjaren die beginnen op of na 1 april 2020.²⁵⁰²⁵¹ Het voorgaande leidt mijns inziens tot de conclusie dat de navorderingstermijnen wel degelijk van toepassing zijn op verrekenprijscorrecties.

Hierdoor ontstaat een nieuw knelpunt: een verrekenprijscorrectie kan niet worden gemaakt indien de navorderingstermijn is verlopen. Met de huidige ex post benadering kan dit er al toe leiden dat de verrekenprijscorrectie na de vijfjaarstermijn plaats dient te vinden en dus niet kan worden gemaakt. Enkel indien de waarde van het moeilijk te waarderen immateriële actief gedurende de eerste vijf jaar zich buiten de 20%-marge bevindt is navordering mogelijk. Met de voorgestelde oplossing het toetsingsmoment naar achteren te verplaatsen en een tussentijdse overschrijding van de marge te accepteren is navordering niet meer mogelijk, aangezien de periode tussen het moment van de transactie en de vijf jaar na commerciële ingebruikname langer is dan de navorderingstermijn.²⁵² Hierdoor heeft de hele ex post benadering geen betekenis meer. Een relatief kleine verlenging van de navorderingstermijn zoals in Japan leidt ook niet tot een gewenste oplossing, aangezien immateriële activa met een lange aanloopfase alsnog buiten de navorderingstermijn vallen. Het oprekken van de algemene navorderingstermijn van art. 16 lid 3 AWR naar bijvoorbeeld tien jaar is een maatregel met een dusdanig grote impact buiten de verrekenprijsproblematiek om, dat dit geen proportionele oplossing vormt: de ex post benadering (die slechts in een beperkte hoeveelheid gevallen bij navordering van toepassing is) zou geen dusdanig effect moeten hebben op de rechtszekerheid van alle belastingplichtigen waarop art. 16 AWR van toepassing is. Bovendien is een andere oplossing mogelijk die de rechtszekerheid voor andere gevallen dan navordering bij moeilijk te waarderen immateriële activa niet aantast.

Deze oplossing is het onderscheiden een aparte navorderingstermijn voor moeilijk te waarderen immateriële activa. Een soortgelijk systeem wordt op dit moment ook gebruikt in Japan: voor (alle) verrekenprijs gerelateerde navorderingen is de termijn zeven jaar in plaats van vijf jaar.²⁵³ Een vergelijkbaar systeem, maar dan alleen van toepassing op moeilijk te waarderen immateriële activa, kan worden ingevoerd in het Nederlandse belastingstelsel. Hierdoor kan de navorderingstermijn voor moeilijk te waarderen immateriële activa significant worden opgerekt zonder de navorderingstermijn

²⁴⁸ Zie de reactie van Astrazeneca in OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017, p.19.

²⁴⁹ ²⁴⁹ J. Hagelin, 'Ex Post Facto Considerations in Transfer Pricing of Hard-to-Value Intangibles: Practical and Methodical issues with the HTVI Approach', *International Transfer Pricing Journal* januari/februari 2019.

²⁵⁰ De termijn is verlengd van 6 naar 7 jaar.

²⁵¹ KPMG Tax Corporation, *Taxation in Japan 2019*, p.54.

²⁵² Tenzij het immateriële actief tussentijds wordt vervreemd.

²⁵³ KPMG Tax Corporation, *Taxation in Japan 2019*, p.54.

voor andere gevallen te beïnvloeden. Hiervoor kan bijvoorbeeld een navorderingstermijn van tien of twaalf jaar gelden, waarbij de enige mogelijkheid die de Belastingdienst heeft om na te vorderen na afloop van de vijf jaarstermijn volgt uit een nieuw feit. Een nieuw feit in deze context ziet op een voorzienbare ontwikkeling of gebeurtenis op het moment van de transactie, die vanwege de informatieasymmetrie tussen de Belastingdienst en een normaal marktdeelnemer bewust niet is meegenomen in de waardering. Een vergelijkbare oplossing is al toegepast in het kader van buitenlandse inkomsten in art. 16 lid 4 AWR, waarvoor de navorderingstermijn is verlengd naar twaalf jaar. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze verlenging van de navorderingstermijn wenselijk werd geacht vanwege het gebrek aan controle mogelijkheden om buitenlandse vermogensbestandsdelen en inkomen daaruit te achterhalen.²⁵⁴ In feite was hierbij dus sprake van belastingasymmetrie tussen de Belastingdienst en belastingplichtige. Het differentiëren (en verlengen) van navorderingstermijnen vanwege informatieasymmetrie is dus een eerder toegepaste oplossing die ook in het geval van moeilijk te waarderen immateriële activa toegepast kan worden.

Deze oplossing is doeltreffend omdat het de Belastingdienst langer de mogelijkheid geeft dan de reguliere vijf jaar om een verrekenprijscorrectie toe te passen. De categorie immateriële activa waar de ex post benadering op basis van de OESO-richtlijnen voornamelijk voor bedoeld is, is de categorie immateriële activa die zich in een vroeg stadium van ontwikkeling bevinden. Door de beperking van vijf jaar kan de verrekenprijs van een groot aantal moeilijk te waarderen immateriële activa niet worden gecorrigeerd na commerciële ingebruikname: de periode waarin de waarde van het immateriële actief minder onzeker wordt. Wanneer het toetsingsmoment wordt verplaatst naar achteren, is een uitbreiding van de navorderingstermijn vereist om te voorkomen dat de ex post benadering aan betekenis verliest. Een argument tegen het uitbreiden van de navorderingstermijn is dat het leidt tot een langere periode van onzekerheid voor de belastingplichtige. Op dit moment is echter voor belastingplichtigen niet duidelijk in hoeverre een verrekenprijscorrectie wordt beperkt door de navorderingstermijnen. Indien de Staatssecretaris met de paragraaf in het verrekenprijsbesluit doelt op het feit dat de Belastingdienst hoe dan ook een verrekenprijscorrectie kan toepassen, is de nieuwe navorderingstermijn voor moeilijk te waarderen immateriële activa voordelig voor de belastingplichtige. De invoering van een dergelijke termijn brengt daarom in ieder geval een einde aan de op dit moment geldende onzekerheid. Ervan uitgaande dat een verrekenprijscorrectie wel wordt beperkt door de navorderingstermijn, geldt als belangrijke kanttekening bij een dergelijk lange navorderingstermijn dat de bewijslast niet in onredelijke mate mag rusten op de belastingplichtige om te compenseren voor de langere navorderingstermijn. Doordat de belastingplichtige slechts aannemelijk hoeft te maken dat een gebeurtenis of ontwikkeling die leidde tot een significant verschil

²⁵⁴ *Kamerstukken II 1989/90, 21423, nr. 3, p. 2 (MvT).*

onvoorzienbaar was, en de Belastingdienst een dergelijk verschil slechts als vermoedelijk bewijs mag gebruiken, wordt mijns inziens geen onredelijke bewijslast gelegd bij de belastingplichtige. Een langere navorderingstermijn leidt tot een toenemend aantal geschillen, waardoor aan de doelmatigheid kan worden getwijfeld. Ik verwacht echter geen toename van de hoeveelheid geschillen ten opzichte van de situatie die over een aantal jaar²⁵⁵ zal plaatsvinden op basis van de huidige regelgeving, aangezien de belastingplichtige geen enkele duidelijkheid heeft over de manier waarop de ex post benadering in de Nederlandse regelgeving is geïmplementeerd. Deze onzekerheid zal ook leiden tot geschillen, die door duidelijke regelgeving wordt voorkomen.

4.4 De toekomst van verrekenprijsmanipulatie

Zoals is gebleken uit deze scriptie zijn de specifieke regels rondom de verrekenprijzen van immateriële activa uitgebreid en complex. De details zijn in vergaande mate bepalend voor de toepassing van de regelgeving inzake verrekenprijzen, waardoor het de nodige middelen vereist van zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst. De oplossingen die in dit hoofdstuk zijn voorgedragen pakken mijns inziens een aantal knelpunten doeltreffend en doelmatig aan, maar pakken de financiële prikkels van verrekenprijsmanipulatie niet aan.

Het is bij het aanpakken van de verrekenprijsproblematiek belangrijk om de doelstelling van alle uitgebreide regelgeving niet uit het oog te verliezen. Het voorkomen van verrekenprijsmanipulatie, waarmee winstverschuiving tussen laagbelaste en hoogbelaste landen wordt aangepakt, kan ook op een andere manier worden opgelost dan vergaande regelgeving: harmonisatie van de wereldwijde belastingtarieven. Zonder (grote) verschillen in de belastingtarieven tussen verschillende landen, bestaat (bijna) geen financiële prikkel om de verrekenprijs te manipuleren, en zal dit dus ook niet gebeuren. Op deze wereldwijde harmonisatie van belastingtarieven is door de OESO groots ingezet via Pillar twee, waar de afgelopen jaren meerdere stappen in zijn gezet.²⁵⁶ Het is op dit moment aannemelijk dat een minimum wereldwijd belastingpercentage er ook daadwerkelijk gaat komen.

Alhoewel ik van mening ben dat dit er niet voor zorgt dat de verrekenprijsproblematiek tot de geschiedenis gaat behoren²⁵⁷, zullen de negatieve consequenties van verrekenprijsmanipulatie sterk worden verminderd. Daarbij moet uiteraard ook de regelgeving die in grote mate belastend is voor zowel de belastingplichtige als de Belastingdienst (zoals de behandeling van verrekenprijzen van

²⁵⁵ Zodra de navorderingstermijn een beperkende factor kan worden (vijf jaar na invoering van de ex post benadering).

²⁵⁶ R.L. Tulp, 'Een verkennende analyse van de OESO Pillar 2 blauwdruk', *MBB* 2021/28.

²⁵⁷ Niet alle tariefverschillen tussen landen zullen verdwijnen; ze worden slechts verkleind.

immateriële activa) worden afgeschaald. Een belangrijk argument voor de huidige uitgebreide regelgeving rondom verrekenprijzen vloeit immers voort uit het feit dat winstverschuiving en grondslaguitholling als grote problemen worden gezien door landen met hoge belastingtarieven. Zodra deze problemen, mede door Pillar twee, deels worden verholpen, staat de belastende factor van de verrekenprijsregelgeving niet meer in proportie met de winstverschuiving. Ik ben daarom van mening dat het de komende jaren waarschijnlijker is dat, mits Pillar twee succesvol wordt ingevoerd en toegepast, verrekenprijsregelgeving in omvang zal afnemen dan toenemen. Of het daartoe komt, zal de komende jaren moeten blijken.

4.5 Deelconclusie

In dit hoofdstuk is een aantal knelpunten rondom de waardering van immateriële activa voor verrekenprijsdoeleinden geïdentificeerd en zijn oplossingen aangedragen gelet op de doeltreffendheid en doelmatigheid. De derde deelvraag behorende bij dit hoofdstuk luidde: *“Welke knelpunten hebben de toepassing van de huidige verrekenprijsregels van immateriële activa tot gevolg, en wat zijn mogelijke oplossingen om deze knelpunten te verhelpen?”*

Ten eerste is een aantal algemene knelpunten behandeld. Het gebruik van interne vergelijkbare transacties dient met enige voorzichtigheid te worden toegepast, met name in gevallen waarbij ook externe vergelijkbare transacties te vinden zijn. Een partij van de gelieerde transactie kan de interne vergelijkbare transacties beïnvloeden om zo de gelieerde transactie te beïnvloeden, waardoor de voorkeur van de OESO voor het gebruik van interne vergelijkbare transacties niet geheel terecht is.

Het gebruik van economische waarderingmethoden is een goede toevoeging aan de verrekenprijsanalyse, mits goed uitgevoerd. Hoewel het een minder directe werking van het at arm's length beginsel betreft, zijn deze waarderingmethoden, gezien een tekort aan vergelijkbare transacties, belangrijk bij de bepaling van een at arm's length verrekenprijs. De invulling van de OESO laat op dit gebied echter te wensen over.

De behandeling van moeilijk te waarderen activa is een complex probleem: de Belastingdienst heeft niet alle informatie beschikbaar om de verrekenprijs betrouwbaar te kunnen beoordelen. De criteria die de OESO heeft opgesteld zijn niet verhelderend en worden veelal ruim geïnterpreteerd waardoor de ex post benadering op een groot aantal transacties van toepassing kan worden. De uitzonderingen van de ex post benadering, zoals de 20% marge en het leveren van betrouwbaar bewijs dat verschillen voortkomen uit onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen, zijn niet altijd in overeenstemming met de economische realiteit of duidelijk ingevuld. Ook ten aanzien van de werking van de navorderingstermijnen is onduidelijkheid het sleutelwoord, al ben ik van mening dat de

navorderingstermijnen relevant zijn. Hierdoor dienen aanpassingen, zoals het loskoppelen van de navorderingstermijn voor verrekenprijzen, te worden gemaakt om te voorkomen dat de ex post benadering geen toepassing kan vinden.

Hoofdstuk 5 Conclusie

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt op basis van de antwoorden op de drie deelvragen een antwoord geformuleerd op de onderzoeksvraag van deze scriptie. Eerst worden de hoofdstuk twee tot en met vier samengevat. Vervolgens komt de onderzoeksvraag aan bod.

5.2 Samenvatting

5.2.1 Hoofdstuk 2

In hoofdstuk 2 is behandeld wat een immaterieel actief is en hoe een onderscheid kan worden gemaakt tussen de verschillende soorten activa. De eerste deelvraag behorend bij dit hoofdstuk luidde: *“Wat zijn immateriële activa en hoe wordt het onderscheid tussen materiële en immateriële activa bepaald?”*

Het antwoord op deze deelvraag blijkt niet eenduidig. Voor verschillende regelgeving is een verschillende definitie van toepassing. Uit art. 2:362 lid 1 BW blijkt dat het definiëren van de term voor civielrechtelijke doeleinden aan de accountancy is overgelaten: de jaarrekening dient volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd inzicht te geven in het vermogen en het resultaat van de onderneming. Om te bepalen welke normen als maatschappelijk aanvaardbaar worden beschouwd, zijn de RJ opgesteld. Hoewel de RJ geen bindende kracht hebben, worden ondernemingen wel geacht ze te volgen.

Richtlijn 210 maakt onderdeel uit van de RJ, en ziet op de behandeling van vaste immateriële activa. De definitie die Richtlijn 210 aanhoudt voor immateriële vaste activa, *“een identificeerbaar niet-monetair actief zonder fysieke gedaante dat wordt gebruikt voor productie, aflevering van goederen of diensten, voor verhuur aan derden of voor administratieve doeleinden”*, kent verschillende criteria:

- Het identificeerbaarheids criterium. Een actief is identificeerbaar wanneer het separeerbaar is, dat wil zeggen dat de specifieke toekomstige economische voordelen van het actief kunnen worden verhuurd of verkocht. Dit criterium bestaat om vaste immateriële activa te onderscheiden van goodwill.
- Het criterium van de beschikkingsmacht. Een rechtspersoon moet de beschikkingsmacht hebben over een actief, en moet dit bovendien kunnen afschermen van derden.
- Het criterium van de toekomstige economische voordelen. Uit het actief moeten voordelen voortvloeien. Deze voordelen kunnen ook de vorm van kostenbesparingen aannemen.

- Het fysiek gedaante criterium. Het actief mag geen fysieke vorm aannemen, in dat geval zal een actief onder materiële activa worden geschaard.
- Het niet-monetaire criterium. Het actief mag niet monetair zijn, in dat geval zal het actief onder financiële activa worden geschaard.

Indien aan al deze criteria is voldaan, kan een actief voor toepassing van het jaarrekeningenrecht als immaterieel worden geclassificeerd. EU IFRS houdt hierbij eenzelfde definitie aan als de RJ. De verschillen tussen immateriële, materiële en financiële zien vooral op de gedaante (fysiek dan wel niet-fysiek en monetair dan wel niet-monetair), aangezien het identificeerbaarheids criterium bij materiële activa geen rol speelt (goodwill is immers niet fysiek).

Naast de civielrechtelijke en bedrijfseconomische invulling is ook een fiscale invulling aan immateriële activa gegeven. Deze blijkt echter niet uit de algemene winstbepalingen in de Wet VpB 1969, ook al speelt het een rol in deze bepalingen. In een aantal bijzondere fiscale bepalingen, zoals de innovatiebox en de at arm's length bepaling, wordt daarentegen wel invulling gegeven aan de term immateriële activa. Uit de parlementaire stukken bij invoering van de innovatiebox blijkt dat de Staatssecretaris van Financiën aansluiting zocht bij de civielrechtelijke en bedrijfseconomische literatuur, welke tot uiting komen in de RJ. De at arm's length bepaling en bijbehorend verrekenprijsbesluit zoeken echter geen aansluiting bij de civielrechtelijke en bedrijfseconomische literatuur. In het verrekenprijsbesluit wordt expliciet aangesloten bij de OESO-richtlijnen, die zijn eigen definitie hanteert.

De OESO definieert een immaterieel actief als *“something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances”*. Deze definitie komt in grote mate overeen met de definitie uit de accountancy, al voegt de OESO een extra criterium toe: voor het bedrijfsmiddel zou een vergoeding worden bedongen indien de overdracht had plaatsgevonden tussen onafhankelijke partijen. Dit criterium sluit aan bij het at arm's length beginsel dat centraal staat bij de verrekenprijsproblematiek. Het identificeerbaarheids criterium wat in de accountancy een rol speelt, is door de OESO achterwege gelaten: ook goodwill dient onder de definitie van immateriële activa te vallen.

5.2.2 Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 is behandeld welke verrekenprijsregelgeving van toepassing is op immateriële activa. De tweede deelvraag behorend bij dit hoofdstuk luidde: *Welke verrekenprijsmethoden en -regels vloeien voort uit de regelgeving die op dit moment bestaat met betrekking tot de at arm's length verrekenprijs van immateriële activa, en op welke manier proberen zij deze at arm's length verrekenprijs te bepalen?*

De verrekenprijsregelgeving die in Nederland van toepassing is komt voort uit verschillende bronnen. De OESO-richtlijnen spelen in Nederland, evenals in veel andere landen, een centrale rol in het bepalen van een at arm's length verrekenprijs. De OESO-richtlijnen geven nadere invulling aan de vraag hoe een at arm's length verrekenprijs tot stand dient te komen, waarbij ook specifieke regelgeving is opgenomen voor bijzondere transacties zoals transacties met immateriële activa. In de OESO-richtlijnen wordt gebruik gemaakt van een vergelijkbaarheidsanalyse. Hierbij dient eerst de transactie te worden afgebakend, zodat deze kan worden vergeleken met interne of externe vergelijkbare transacties. Hierbij is de economische realiteit van belang: hoe het eigendom en de activiteiten contractueel zijn vastgelegd is irrelevant indien blijkt dat de feitelijke verdeling van eigendom en activiteiten niet aansluit bij het contract. Om dit te beoordelen is de functionele analyse van groot belang. Deze analyseert de uitgevoerde functies, de gelopen risico's en de gebruikte activa. Aan de hand hiervan kan worden bepaald welke partijen waarde toevoegen aan het actief, en dus welke partijen recht hebben op welke vergoeding. Naast de functionele analyse kunnen echter ook andere omstandigheden, zoals de markt of de ondernemingsstrategie, van invloed zijn op de verrekenprijs van de transactie.

Zodra de transactie is afgebakend is van belang dat een verrekenprijsmethode wordt gekozen en vergelijkbare transacties worden gezocht. Het staat de belastingplichtige vrij om zelf een verrekenprijsmethode te kiezen, echter dient de gekozen verrekenprijsmethode wel tot een betrouwbare verrekenprijs te leiden. De CUP-methode heeft, indien toepasbaar, de voorkeur van de OESO aangezien deze een directe vergelijking maakt met de prijs van een vergelijkbare transactie. De transacties dienen bij deze methode echter in hoge mate vergelijkbaar te zijn, waardoor deze methode niet in alle gevallen toepasbaar is. Ook andere methoden zijn mogelijk. De cost-plus methode neemt de kosten als basis, waaraan een brutowinstmarge wordt toegevoegd die een onafhankelijke derde ook zou hebben gebruikt. Deze methode is minder afhankelijk van de vergelijkbaarheid van de specifieke producten, maar is wel afhankelijk van de soort kosten die in de berekening worden meegenomen en de correlatie tussen de gemaakte kosten en de behaalde winst om tot een betrouwbare verrekenprijs te komen. De resale minus methode lijkt enigszins op de cost-plus methode, maar de brutowinstmarge wordt berekend op basis van de verkoopprijs in plaats van de kosten. Deze methode is met name bruikbaar in gevallen waarbij sprake is van doorverkoop van goederen zonder een significante waardetoevoeging.

Naast de traditionele verrekenprijsmethoden kent de OESO ook twee transactional-profit methoden. Deze methoden gaan uit van de nettowinst van de transactie. De eerste van deze twee methoden is de TNMM. Deze methode onderzoekt een passende nettowinst op basis van een passende grondslag als kosten of omzet, en lijkt veel op de resale minus en cost-plus methode. De TNMM wordt met name

toegepast in situaties waarbij één van de twee partijen betrokken bij de gelieerde transactie een waardevolle toevoeging maakt aan het goed. De TNMM kan dan worden toegepast op het niveau van de minst gecompliceerde partij, waardoor automatisch ook de nettowinst voor de meest gecompliceerde partij wordt berekend. Ten slotte kent de OESO ook nog de profit-split methode. Hierbij wordt gekeken naar de gehele nettowinst behaald bij (een reeks van) transacties, en wordt deze nettowinst vervolgens verdeeld tussen de partijen betrokken bij de transactie op basis van de functionele analyse. De toepassing van één van bovenstaande methoden leidt tot een verrekenprijs die, mits de regelgeving juist is toegepast, als at arm's length kan worden beschouwd.

Naast deze reguliere verrekenprijsregelgeving is voor immateriële activa ook aanvullende regelgeving van toepassing. Vanwege het unieke karakter van deze activa is het in sommige gevallen niet mogelijk om een vergelijkbare transactie te vinden, waardoor toepassing van het at arm's length beginsel wordt bemoeilijkt. Bij immateriële activa zijn met name de DEMPE-functies van belang, dat wil zeggen de ontwikkeling, verbetering, onderhoud, bescherming en exploitatie van het immateriële actief. Deze functies zorgen voor de waardecreatie ten aanzien van immateriële activa en zijn dus van belang voor de winstverdeling. Ook geeft de OESO aan dat economische waarderingsmethoden een belangrijke aanvulling kunnen zijn op een verrekenprijsanalyse. Economische waarderingsmethoden zoals de discounted cashflowmethode berekenen de waarde van een actief op basis van bepaalde parameters. Bij het gebruik van deze waarderingsmethoden dient het at arm's length beginsel volgens de OESO nog altijd centraal te staan. Ook dienen de gebruikte parameters zoals de verdisconteringsvoet of de levensduur van het actief te kunnen worden toegelicht door de belastingplichtige.

In gevallen waarbij de waarde niet op betrouwbare wijze kan worden berekend vanwege grote onzekerheid en ook geen vergelijkbare transacties te vinden zijn, classificeert de OESO het immateriële actief als moeilijk te waarderen. In zulke gevallen speelt informatieasymmetrie tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst een grote rol, aangezien de Belastingdienst niet op betrouwbare wijze kan controleren of de aangeleverde informatie en de gehanteerde verrekenprijs correct is. Deze informatieasymmetrie probeert de OESO op te lossen door de achteraf behaalde (ex post) resultaten te vergelijken met de vooraf bepaalde (ex ante) projecties waarop de verrekenprijs is gebaseerd. Indien deze ex post resultaten meer dan 20% afwijken van de ex ante projecties, mag de Belastingdienst deze afwijking gebruiken als vermoedelijk bewijs dat de gehanteerde verrekenprijs niet at arm's length is geweest. Deze ex post benadering kent een aantal uitzonderingen, waarvan de belangrijkste aangeeft dat de ex post benadering niet van toepassing is wanneer de belastingplichtige betrouwbaar bewijs kan leveren dat de verschillen het gevolg zijn van onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen die op het moment van de transactie niet hadden kunnen worden voorzien.

Naast de OESO-richtlijnen kent Nederland ook nationale regelgeving. Sinds 2002 is het at arm's length beginsel gecodificeerd in art. 8b Wet VpB 1969, al was het ook voor 2002 al aanwezig op basis van de totaalwinstbepaling van art. 3.8 Wet IB 2001. Art. 8b Wet VpB 1969 bepaalt dat transacties tussen gelieerde lichamen plaats dienen te vinden op basis van voorwaarden die onafhankelijke partijen ook overeen zouden zijn gekomen. Ten aanzien van de term gelieerdheid bepaalt art. 8b lid 1 Wet VpB 1969 dat sprake moet zijn van een lichaam dat onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam. Art. 8b lid 2 Wet VpB 1969 voegt daaraan toe dat ook van gelieerdheid sprake is indien eenzelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam. Een kwantificering van gelieerdheid bijvoorbeeld in de vorm van een minimaal aandelenbelang is niet in de wettekst opgenomen. Voor verrekenprijdsdoeleinden is sprake van gelieerdheid indien een partij invloed kan uitoefenen op de voorwaarden van de transactie. Hiervoor is volgens de Staatssecretaris van Financiën geen vast omslagpunt te bepalen, waardoor is gekozen voor een open norm. Opvallend genoeg leiden andersoortige banden dan de banden die zijn opgenomen in art. 8b lid 1 en lid 2 Wet VpB 1969 niet tot gelieerdheid. Naar mijn mening dient het begrip gelieerdheid te worden uitgebreid om ook deze banden te omvatten.

Het uitvoeren van gelieerde transacties brengt ook documentatieverplichtingen met zich mee. De standaard documentatieverplichting is opgenomen in art. 8b lid 3 Wet VpB 1969 en bepaalt dat de belastingplichtige gegevens moet opnemen in de administratie waaruit blijkt op welke wijze de gehanteerde verrekenprijs tot stand is gekomen en waaruit blijkt of de overeengekomen voorwaarden van de transactie door onafhankelijke partijen ook overeengekomen hadden kunnen zijn. Het is vervolgens aan de inspecteur om aannemelijk te maken dat de gehanteerde verrekenprijs niet at arm's length is. Indien de belastingplichtige niet aan de documentatieverplichting voldoet, keert de bewijslast om en is het aan de belastingplichtige om aannemelijk te maken dat de gehanteerde verrekenprijs wel juist is. Hoe dan ook zal de bewijslast bij de belastingplichtige komen te liggen om aannemelijk te maken dat de verrekenprijs at arm's length is. Aan de standaard documentatieverplichting wordt ook voldaan indien een lokaal dossier en groepsdossier worden opgesteld.

Naast de standaard documentatieverplichting gelden voor bepaalde ondernemingen ook aanvullende documentatieverplichtingen. Deze zijn opgenomen in art. 29b tot en met 29h Wet VpB 1969 en bepalen dat groepsentiteiten met een minimale geconsolideerde omzet van €50.000.000 een lokaal en groepsdossier dienen op te stellen. Het groepsdossier dient vooral algemene elementen van het concern en de bedrijfsvoering te bevatten, terwijl het lokale dossier vooral aanvullende informatie bevat die specifiek is gericht op transacties met gelieerde ondernemingen die in een bepaalde lidstaat

zijn gevestigd. Voor groepsentiteiten met een minimale geconsolideerde omzet van €750.000.000 is ook een landenrapport verplicht. Hierin wordt informatie verstrekt over onder meer de inkomsten, de winst vóór winstbelasting en betaalde winstbelasting in iedere staat waarin de multinationale groep actief is. Hiermee wordt inzicht verschaft in de verrekenprijspositie van de onderneming, op basis waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een verrekenprijrisico en dus of een nadere controle is vereist.

5.2.3 Hoofdstuk 4

In hoofdstuk 4 zijn vervolgens verschillende knelpunten behandeld die voortkomen uit de huidige verrekenprijsregelgeving, waarvoor oplossingen zijn aangedragen. De derde deelvraag behorend bij dit hoofdstuk luidde: *“Welke knelpunten hebben de toepassing van de huidige verrekenprijsregels van immateriële activa tot gevolg, en wat zijn mogelijke oplossingen om deze knelpunten te verhelpen?”*

Uit de OESO-richtlijnen blijkt de nadrukkelijke voorkeur voor het gebruik van interne vergelijkbare transacties ten opzichte van externe vergelijkbare transacties. Deze voorkeur is mijns inziens onterecht, omdat één van de partijen betrokken bij de gelieerde transactie invloed kan uitoefenen op de voorwaarden van de interne vergelijkbare transactie. Aangezien deze transactie van belang is bij de verrekenprijsanalyse, kan dit ertoe leiden dat ook de gelieerde transactie indirect wordt beïnvloed. Mede gelet op het doel van de verrekenprijsregelgeving, het voorkomen van winstverschuiving naar laag belaste jurisdicties, is de voorkeur voor interne vergelijkbare transacties ten opzichte van externe vergelijkbare transacties onverantwoord. Externe vergelijkbare transacties vereisen in sommige gevallen meer correcties om als vergelijkbaar te worden beschouwd, maar dienen alsnog de voorkeur te krijgen boven de interne vergelijkbare transacties. Wanneer enkel interne vergelijkbare transacties beschikbaar zijn, kunnen deze alsnog worden gebruikt in de verrekenprijsanalyse, al zal wel enige voorzichtigheid vereist zijn.

Ook het gebruik van alternatieve economische waarderingsmethoden kan worden betwijfeld; in hoeverre sluit het gebruik hiervan aan bij het at arm's length beginsel? Deze waarderingsmethoden baseren zich niet rechtstreeks op de vergelijkbaarheid met andere onafhankelijke transacties, waardoor betoogd kan worden dat deze geen plaats kunnen hebben in een vergelijkbaarheidsanalyse gebaseerd op het at arm's length beginsel. Ik ben echter van mening dat deze methoden wel degelijk kunnen worden gebruikt, mits zij slechts ter ondersteuning van een andere verrekenprijsmethode dienen. Ze gelden dus niet ter vervanging van een reguliere verrekenprijsmethode. De aanvullende regelgeving betreffende deze waarderingsmethoden is echter beperkt. De OESO zou duidelijker kunnen aangeven hoe de toepassing van deze waarderingsmethoden in een verrekenprijsanalyse plaats dient te vinden, iets waar de EU al wel op is ingegaan.

Ten aanzien van de moeilijk te waarderen immateriële activa zijn er meerdere knelpunten. De criteria van de moeilijk te waarderen immateriële activa zorgen voor grote onduidelijkheid voor de belastingplichtige. Het is niet duidelijk wanneer een toekomstige waardeontwikkeling hoogst onzeker kan worden genoemd, waardoor interpretatieverschillen kunnen ontstaan tussen de belastingplichtige en de Belastingdienst. Bovendien kunnen verschillende landen de criteria op verschillende wijze uitleggen, waardoor een mismatch ontstaat met eventueel dubbele belastingheffing tot gevolg. Om dit te voorkomen kan de term hoogst onzeker worden gekwantificeerd, waarbij een vast percentage wordt aangehouden die bij een waarderinganalyse moet worden berekend. Een alternatieve oplossing is om een aantal voorbeelden op te nemen in de OESO-richtlijnen van (karakteristieken van) immateriële activa die in ieder geval niet als moeilijk te waarderen worden geclassificeerd. Dit dient te gebeuren op het niveau van de OESO om te voorkomen dat verschillende landen verschillende criteria gaan hanteren.

De ex post benadering kan op verschillende punten worden aangepast. De 20% marge die op dit moment geldt is statisch en houdt dus geen rekening met de duur waarover de marge van toepassing is. Het is mijns inziens in strijd met de economische realiteit, die een grote rol speelt bij de verrekenprijsproblematiek, om deze marge niet af te laten hangen van de periode waarover het van toepassing is: een langere periode brengt immers meer onzekerheid met zich mee. Het toetsingsmoment vindt nu continu gedurende de periode plaats; de waarde dient gedurende de hele periode binnen de 20%-marge te blijven. Het is minder beperkend voor de belastingplichtige om het toetsingsmoment plaats te laten vinden enkel vijf jaar na commerciële ingebruikname of bij tussentijdse verkoop. Hierdoor hoeft de waarde van het actief niet gedurende de hele periode zich binnen de marge te bevinden.

Daarnaast schiet de invulling van de termen onvoorziene ontwikkelingen of gebeurtenissen en betrouwbaar bewijs tekort. Het is in gevallen waarbij de bewijslast wordt verplaatst naar de belastingplichtige van belang dat de belastingplichtige weet wat er van hem wordt verwacht. Op enkele algemene ontwikkelingen of gebeurtenissen kan de OESO invulling geven, maar voor specifieke ontwikkelingen (die bijvoorbeeld uniek zijn aan Nederland) is het wenselijker om invulling op nationaal niveau toe te passen. De term betrouwbaar bewijs kan wel op OESO-niveau worden ingevuld.

De navorderingstermijn in Nederland betreft in principe vijf jaar na het moment waarop de belastingschuld ontstaat. Deze vijfjaarstermijn lijkt een beperkende factor te zijn voor de ex post benadering; na vijf jaar kan een verrekenprijscorrectie niet meer plaatsvinden. Bovendien zou bij de eerder voorgestelde oplossing om het toetsingsmoment naar achteren te verplaatsen de ex post

benadering zijn betekenis in het geheel verliezen. Hierom dient de navorderingstermijn voor moeilijk te waarderen immateriële activa te worden gesplitst van de reguliere navorderingstermijn en te worden verlengd naar bijvoorbeeld twaalf jaar. Hierdoor is het daadwerkelijk mogelijk een verrekenprijscorrectie te maken indien nodig.

5.3 Onderzoeksvraag

De onderzoeksvraag die voor deze scriptie is opgesteld luidde: *“In hoeverre leidt de regelgeving ten aanzien van de waardering van immateriële activa tot knelpunten, en hoe zouden deze knelpunten kunnen worden opgelost?”*

Uit deze scriptie is gebleken dat ten aanzien van de bepaling van verrekenprijzen van immateriële activa ondanks de uitgebreide regelgeving voldoende verbeterpunten bestaan. Dit is met name het geval bij de regelgeving voor moeilijk te waarderen immateriële activa. Zowel ten aanzien van de criteria, de ex post benadering als de formele aspecten zijn verbeteringen nodig. Een aantal belangrijk begrippen is niet of slecht gedefinieerd, waardoor voor de belastingplichtige onduidelijk is wanneer een actief als moeilijk te waarderen wordt geclassificeerd of wat van de belastingplichtige verwacht wordt indien de ex post benadering van toepassing is. Daarnaast blijkt de ex post benadering strikt uit te pakken voor de belastingplichtige, met name wanneer het gaat om immateriële activa met een lange ontwikkelingsfase. Deze activa vallen bij uitstek onder de ex post benadering en dus is een aanpassing mijns inziens vereist. Bovendien wordt afstemming met de economische realiteit, met name bij de 20%-marge, niet bereikt. De economische realiteit is een kernbegrip in de verrekenprijscorrelatie en zou dus ook in acht moeten worden genomen wanneer dat negatief uitpakt voor de Belastingdienst. Ook vanuit het oogpunt van de Belastingdienst lijkt de ex post benadering echter niet goed doordacht: de navorderingstermijn van vijf jaar is mijns inziens van toepassing op verrekenprijscorrecties, waardoor de Belastingdienst de mogelijkheid verliest om een verrekenprijscorrectie toe te passen. Dit zal opnieuw met name het geval zijn bij immateriële activa met een lange ontwikkelingsfase.

De oplossingen voor deze knelpunten dienen met name op OESO-niveau te worden opgelost, al zijn voor nationale aangelegenheden zoals de navorderingstermijn ook wetsaanpassingen vereist. De OESO zou een groot gedeelte van de knelpunten op kunnen lossen door de richtlijnen te verduidelijken, zowel met voorbeelden als nadere invulling. In zekere zin is op dit moment sprake van informatieasymmetrie tussen de belastingplichtige en de OESO, waarbij de belastingplichtige in onzekerheid wordt gelaten. Het voorkomen van informatieasymmetrie dient beide kanten op te werken.

Bibliografie

Literatuur:

Andriessen 2014

D. Andriessen, *Making sense of intellectual capital capital. Designing a method for the valuation of intangibles*. Burlington: Elsevier Butterworth-Heinemann 2004.

Beckman & Marseille 2013

Beckman & Marseille, *Hoofdpijnen van het jaarrekeningenrecht* 2013.

Berk, Lodewijk & Veerman, O&F 2005/66

J.W. Berk, R. Lodewijk & S.A. Veerman, 'De Richtlijnen voor de jaarverslaggeving - Dutch GAAP?', *O&F* nr. 66, juli 2005.

Berkhout 2013

T.M. Berkhout, *Fiscaal afschrijven op vastgoed (Fiscale Monografieën nr. 101)*, Deventer: Kluwer 2013.

De Bos, MAB 2008

A. de Bos, 'Immateriële vaste activa bij overnames in de technologie- en telecommunicatiesector', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2008/82.

Damsma & Van der Velden, MBB 2017/5

B.W.A.M. Damsma & W.T.M. van der Velden, 'BEPS Action 8-10: Aligning transfer pricing outcomes with value creation', *MBB* 2017/5.

Van Egdome 2020

J.T. van Egdome, *Verrekenprijzen; de verdeling van de winst van een multinational (Fiscale monografieën, nr. 115)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Essers, Cursus Belastingrecht – IB.3.2.18.F.b1

P.H.J. Essers, Cursus Belastingrecht IB.3.2.18.F.b1 (online, bijgewerkt 05-04-2021).

EU Joint Transfer Pricing Forum 2017

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

Europese Commissie 2001

Europese Commissie, *Company taxation in the internal market (COM 2001 (582) final)*, European Communities 2002.

Van Gorp, *NDFR Thema Afschrijven op bedrijfsmiddelen*

I.C.E. van Gorp, 'Afschrijven op bedrijfsmiddelen', *NDFR Thema*.

Hafkenscheid & Hosman 1998

R.P.F.M. Hafkenscheid & A.T.G.M. Hosman, *Transfer pricing in het Nederlands belastingrecht*, Deventer: Kluwer 1998.

Hagelin, *International Transfer Pricing Journal 2019*

J. Hagelin, 'Ex Post Facto Considerations in Transfer Pricing of Hard-to-Value Intangibles: Practical and Methodical issues with the HTVI Approach', *International Transfer Pricing Journal* januari/februari 2019.

Hijink e.a. 2020

J.B.S. Hijink e.a., *Handboek Jaarrekeningenrecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 164)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Hoogendoorn, *WFR 2005/107*

J. Hoogendoorn, 'De IAS/IFRS en de fiscale winstbepaling', *WFR 2005/107*.

Huijbregtse, Zaal & Verdoner, *TFO 2019/163.1*

S. Huijbregtse, M. Zaal & L. Verdoner, 'Gelieerde verhoudingen bij Transfer Pricing', *TFO 2019/163.1*.

Jie-A-Joen & Van Herksen, *Tax Management Transfer Pricing Report 2018*

C. Jie-A-Joen en M. van Herksen, 'Insight: Dutch Transfer Pricing Decree Interprets BEPS Changes', *Tax Management Transfer Pricing Report*, 31 mei 2018.

Jie-A-Joen, Lu & Bai, *Tax Management Transfer Pricing Report 2018/27*

C. Jie-A-Joen, L. Lu en F. Bai, 'Transfer Pricing Valuation by Tax Authorities', *Tax Management Transfer Pricing Report 2018/27*.

Kamel & Mezouar, *WFR 2019/60*

J. Kamel en H. Mezouar, 'Het arm's-Lengthbeginsel: een gewijzigd begrip?', *WFR 2019/60*.

Konings & Morren, *WFR 2020/200*

W.J. Konings en D. Morren, 'Hard-to-value-intangibles: how hard can it be?', *WFR 2020/200*.

KPMG Tax Corporation 2019

KPMG Tax Corporation, *Taxation in Japan 2019*.

De Lange & Lankhorst, *WFR 2014/562*

M.A. de Lange en P.W.H. Lankhorst, 'De invloed van locatievoordelen op de transfer pricing van multinationals', *WFR 2014/562*.

Lanz & Miroudot 2011

R. Lanz en S. Miroudot, *Intra-Firm Trade: Patterns, Determinants and Policy Implications*. OECD Trade Policy Papers, Nr. 114, Parijs: OECD 2011.

Litjens, *FF 2005/156-02*

J.W.E. Litjens, 'IFRS en het fiscaal afschrijven op goodwill', *FF 2005/156-02*.

OESO 2014

OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing.

OESO 2017

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

OESO 2017

OECD (2017), *BEPS Action 8: Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles, Comments Received on Public Discussion Draft*, 5 juli 2017.

OESO 2018

OECD (2018), *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles*, BEPS Actions 8.

Raad voor de Jaarverslaggeving (red.) 2020

Raad voor de Jaarverslaggeving (red.), *Richtlijnen voor de jaarverslaggeving (middelgrote en grote rechtspersonen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Russo 2012

R. Russo, *Bedrijfsmiddel*, Deventer: Kluwer 2012.

Smetsers 2018

N.A.Th. Smetsers, *Country-by-Country Reporting* (Fiscale Monografieën nr. 154), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Tulp, MBB 2021/28

R.L. Tulp, 'Een verkennende analyse van de OESO Pillar 2 blauwdruk', *MBB 2021/28*.

Ubachs en Gunn, NTFR 2021/1982

S.J.P. Ubachs en A.F. Gunn, 'EC bewijst niet dat Luxemburg door een belastingruling te sluiten met Amazon een voordeel heeft verleend dat als onterechte staatssteun kan worden aangemerkt', *NTFR 2021/1982*.

Jurisprudentie:

Hoge Raad:

HR 11 maart 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY3490.
HR 20 mei 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY4039.
HR 26 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2939.
HR 11 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AW8138.
HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3048.
HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718.

Commentaar:

HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, BNB 2002/343, m. nt. G.T.K. Meussen.

Gerechtshof:

Hof 's-Hertogenbosch 20-06-2000, ECLI:NL:GHSHE:2000:AA6506.

Gerecht van Eerste Aanleg

Gerecht 24 september 2019, T-755/15 en T-759/15, ECLI:EU:T:2019:670.
Gerecht 24 september 2019, T-760/15 en T-636/16, ECLI:EU:T:2019:669.
Gerecht 12 mei 2021, T-816/17 en T-318/18, ECLI:EU:T:2021:252.

Parlementaire stukken:

Kamerstukken:

Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3.
Kamerstukken II 1987/88, 20365, nr. 5.
Kamerstukken II 1989/90, 21423, nr. 3.
Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3.
Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 5.
Kamerstukken II 2001/02, 28034, A.
Kamerstukken II 2005/06, 30572, nr. 8.
Kamerstukken II 2016/17, 34552, nr. 14.
Kamerstukken II 2015/16, 34305, nr. 3.
Kamerstukken II 2016/17, 34651, nr. 3.

Besluiten:

Besluit van 1 september 2014, nr. BLKB2014/1054M.

Brief Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874.

EU-regelgeving:

Verordening (EU) 1606/2002.

Gedragscode (EU) 2006/C 176/01.

Richtlijn (EU) 2016/881.

Internetbronnen:

Transfer Pricing Country Profiles

Geraadpleegd via: www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm

Brexit tijdslijn

Geraadpleegd via: www.brexitloket.nl/tijdslijn

Overig:

International Accounting Standards Board, International Accounting Standards 16, 2003.

International Accounting Standards Board, International Accounting Standards 32, 2003.

International Accounting Standards Board, International Accounting Standards 38, 2004.

Artikel 8b – Wet op de vennootschapsbelasting 1969 – Verbonden lichamen, winst ‘at arm’s length’, commentaar I.J.A. Hegeman