

MASTER'S THESIS

Belastingontwijking door verrekenprijzen verder aan banden

Piena, E.M.

Award date:

2021

Awarding institution:

Department of Public Law

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 02. Apr. 2023

Open Universiteit
www.ou.nl



Open Universiteit



Belastingontwijking door verrekenprijzen verder aan banden

Datum: 14 oktober 2021
Naam: E.M. Piena
Studentnummer: 836624102
Scriptiebegeleider: Dr. F.J. Elswier
Examinator: Mw. prof. dr. C.M. Zoethout
Aantal woorden: 15238

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	5
1.1	Aanleiding van het onderzoek.....	5
1.2	Onderzoeksvraag.....	6
1.3	Afbakening.....	8
1.4	Plan van aanpak.....	9
2.	Transfer pricing.....	10
2.1	Inleiding.....	10
2.2	De rol van de OECD.....	10
2.3	Het zakelijkheidsbeginsel.....	11
2.4	Methoden voor Transfer Pricing.....	12
2.5	Aanpassing intercompany prijzen.....	13
2.6	Deelconclusie.....	14
3.	Verrekenprijzen in Nederlandse regelgeving.....	16
3.1	Inleiding.....	16
3.2	Het totaalwinstbeginsel.....	16
3.3	Objectivering bewustheid onzakelijke transactie.....	17
3.4	Het arm's length beginsel in Wet Vpb en Verrekenprijzbesluit.....	18
3.5	Concept wettekst artikel 8ba Wet Vpb.....	20
3.6	Te corrigeren verrekenprijzen.....	21
3.7	Bewijslastverdeling.....	22
3.8	Deelconclusie.....	23
4.	Informeel kapitaal.....	25
4.1	Inleiding.....	25
4.2	Het ontstaan van en de vereisten voor informeel kapitaal.....	25
4.3	Informeel kapitaal in internationaal verband.....	27
4.4	Informeel kapitaal en dubbele non-heffing.....	28
4.5	Bewijslastverdeling.....	29
4.6	Deelconclusie.....	30
5.	Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel.....	32
5.1	Inleiding.....	32
5.2	Toetsingskader van de Raad van State.....	33
5.3	Doel en werking van het wetsvoorstel.....	33
5.4	Opwaartse aanpassing bij gelieerde ondernemingen.....	34
5.5	Wetsvoorstel in relatie tot andere regelgeving.....	35
5.6	Tijdstip corresponderende aanpassing bij gelieerde onderneming.....	36
5.7	Bewijslastverdeling.....	36
5.8	Concept artikel 8ba lid 3 Wet Vpb overbodig?.....	38
5.9	Deelconclusie.....	38

6.	Conclusie en aanbevelingen	41
7.	Literatuurlijst	44
7.1	Boeken	44
7.2	Regelgeving en parlementaire stukken.....	46
7.3	Jurisprudentie	48
7.4	Digitale bronnen	49

Lijst met gebruikte afkortingen

Terminologie

Algemene wet inzake rijksbelastingen

At arm's length beginsel

Europese Unie

Multinationale onderneming

Organisation for Economic Co-operation and Development

Wet inkomstenbelasting 2001

Wet op de vennootschapsbelasting 1969

Afkortingen

AWR

Alb

EU

MNO

OECD

Wet IB

Wet Vpb

1. Inleiding

1.1 Aanleiding van het onderzoek

In de afgelopen jaren is het aantal discussies over internationale concerns die door belastingontwijking nauwelijks tot geen belasting betalen, in de Nederlandse politiek en op straat sterk toegenomen. Door in het leven roepen van brievenbusmaatschappijen in Nederland wordt belastingontwijking mogelijk gemaakt. Het televisieprogramma Zembla heeft met zijn uitzending van 18 oktober 2009 over brievenbusmaatschappijen in ons land ongetwijfeld aan de discussies bijgedragen. In zijn uitzending van 8 februari 2017, genaamd “Het Nederlandse belastingparadijs en de rol van de politiek daarin”, wijdt Zembla wederom aandacht aan brievenbusmaatschappijen. In die uitzending wordt gesteld, dat veel politici belastingontwijking onwenselijk vinden en dat hier maatregelen tegen genomen moeten worden. Belastingontwijking kan echter ook ontstaan door een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel in de vennootschapsbelasting, ook wel het at arm’s length beginsel (hierna: Alb) genoemd. De mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen kunnen leiden tot dubbele non-heffing over inkomsten.

Belastingontwijking is echter niet in strijd met de wet. Gribnau constateert wel dat het opvallend is dat de publieke opinie niet onder de indruk lijkt van het argument dat bedrijven hierbij legaal fiscaal handelen.¹ Men vindt dat belastingplichtigen een morele plicht hebben tot het betalen van een fiscale fair share om op die manier een bijdrage te leveren aan de maatschappij.² Ook Happé merkt op dat politiek en samenleving steeds meer verontwaardiging tonen over het feit dat een groot aantal ondernemingen niet bereid is haar fair share bij te dragen³ en dat overige belastingbetalers steeds sterker het gevoel krijgen dat zij de belasting moeten opbrengen die de multinationals ontwijken.⁴ Er is bij het grote publiek het beeld ontstaan dat multinationale ondernemingen zich aan het betalen van winstbelastingen weten te onttrekken door te profiteren van verschillen tussen nationale belastingstelsels en fiscale constructies.⁵

Belastingontwijking kan dus leiden tot winstverschuiving en/of grondslaguitholling en dit is een internationaal probleem. De Algemene Rekenkamer, die onderzoekt of de rijksoverheid goed omgaat met publiek geld, heeft op basis van haar onderzoek aangegeven dat in alle betrokken landen de verdeling van de belastingdruk over en tussen personen en ondernemingen wordt beïnvloed, indien internationaal opererende ondernemingen steeds minder belasting over hun winst kunnen betalen.⁶ De invloed van (internationale) belastingontwijking kan negatief zijn op de houdbaarheid van overheidsfinanciën en een evenwichtige verdeling van de belastingdruk. Daarom beveelt de Algemene Rekenkamer aan internationaal maatregelen te ondersteunen

¹ Gribnau, AA 2014, p. 173.

² Gribnau, AA 2014/ p. 174.

³ Happé, *WFR* 2015/938, p. 2.

⁴ Happé, *WFR* 2015/938, p. 7.

⁵ Bouwman & Boer 2017, p. 47-48.

⁶ ‘Belastingontwijking. Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot fiscale regels en het verdragennetwerk’. tweedekamer.nl 2014.

dan wel te initiëren om onbedoelde effecten tegen te gaan.⁷ Naar mijn mening moeten ook unilaterale regelingen die winstverschuiving en/of grondslaguitholling tegengaan toegejuicht worden, zodat eerlijke concurrentie tussen verschillende ondernemingen gewaarborgd wordt en ondernemingen op een evenwichtige wijze hun steentje aan de (internationale) samenleving bijdragen. Ook al zullen door Nederland te nemen unilaterale maatregelen niet altijd voorkomen dat ondernemingen fiscale wegen bewandelen waarbij zij zo min mogelijk belasting hoeven te betalen.

De Organisation for Economic Co-operation and Development (hierna: OECD) heeft voor verrekenprijzen bij grensoverschrijdende transacties richtlijnen uitgewerkt in de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (2017). Met deze richtlijnen worden mismatches met verrekenprijzen niet geheel voorkomen. Zoals aangegeven kunnen deze mismatches leiden tot dubbele non-heffing. De staatssecretaris van Financiën heeft naar aanleiding van aanbevelingen van de Adviescommissie belastingheffing van multinationals⁸ aangekondigd met een wetsvoorstel te komen om het Alb aan te passen⁹. Op 4 maart 2021 is het Ministerie van Financiën een internetconsultatie gestart over dit aangekondigde wetsvoorstel, dat mismatches tegen moet gaan bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel.¹⁰ In deze aankondiging wordt de verwachting uitgesproken dat het wetsvoorstel voor de zomer van 2021 bij de Tweede Kamer wordt aangeboden.

De aankondiging van het wetsvoorstel heeft niet alleen mijn interesse vanwege het voorkomen van belastingontwijking gewekt. De recente politieke en maatschappelijke ophef over de wetgeving met betrekking tot de kinderopvangtoeslag en het instellen van de avondklok laten zien, dat goede wetgeving belangrijk is om zaken juridisch goed te regelen. Daarnaast ben ik gemeenteraadslid en moet regelmatig besluiten nemen over onder andere verordeningen. Het lijkt mij dan ook interessant om te bekijken aan welke voorwaarden het aangekondigde wetsvoorstel moet voldoen om niet op voorhand al in strijd te komen met internationale regelgeving.

1.2 Onderzoeksvraag

Met toepassing van de richtlijnen die de OECD voor verrekenprijzen bij grensoverschrijdende transacties heeft uitgewerkt, kunnen nog steeds mismatches ontstaan. Deze mismatches zijn het gevolg van een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel en kunnen ertoe leiden dat een deel van de winst van een multinationale onderneming (hierna: MNO) niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Met het aangekondigde wetsvoorstel wil de staatssecretaris deze vorm van belastingontwijking een halt toeroepen door aanpassing van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet Vpb). Het verwachte

⁷ 'Belastingontwijking. Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot fiscale regels en het verdragennetwerk'. tweedekamer.nl 2014, p. 8.

⁸ 'Rapport adviescommissie belastingheffing van multinationals', rijksoverheid.nl 14 april 2020, p. 13.

⁹ 'Aanbiedingsbrief pakket belastingplan 2021', rijksoverheid.nl 2021, p.7

¹⁰ 'Internetconsultaties over maatregelen om belastingontwijking aan te pakken gestart', rijksoverheid.nl 4 maart 2021.

effect is het voorkomen van de uitholling van de belastinggrondslag door winstverschuivingen van internationaal opererende ondernemingen.¹¹

Op grond van bovenstaande heb ik de volgende centrale onderzoeksvraag geformuleerd:

Is het conceptwetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel doeltreffend en uitvoerbaar in het licht van de transfer pricing regels van de OECD?

Voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag heb ik de volgende deelvragen opgesteld:

1. *Hoe worden verrekenprijzen op basis van OECD-richtlijnen bepaald?*
2. *Op welke wijze heeft het arm's length beginsel in de Nederlandse regelgeving zijn plek gevonden en mag van een op basis van de OECD-richtlijnen vastgestelde verrekenprijs afgeweken worden?*
3. *Wat is informeel kapitaal en hoe kan dat zorgen voor mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel?*
4. *Hoe doeltreffend en uitvoerbaar is het concept artikel 8ba Wet Vpb om mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen te voorkomen?*

Mijn onderzoek heb ik op 15 september 2021 afgerond en bij de beantwoording van de vragen heb ik dus geen rekening kunnen houden met de eventuele wijzigingen die in het definitieve wetsvoorstel zijn opgenomen.

Een verrekenprijs is de prijs die gelieerde ondernemingen bij hun onderlinge transactie overeenkomen en bij mismatches gaat het in dit onderzoek om het ontstane verschil in de verrekenprijs bij de gelieerde ondernemingen en niet om tariefmismatches. Het Alb houdt in dat er gehandeld wordt op basis van een zakelijke grondslag oftewel marktconform. Met doeltreffend wordt bedoeld dat de maatregel zorgt voor de beoogde uitwerking en voor uitvoerbaarheid wordt voor zowel de belastingdienst als de belastingplichtige gekeken of de regels zijn na te leven en de kosten en werkzaamheden voor de uitvoering binnen de perken blijven.

In hoofdstuk 1.4 dat het plan van aanpak van deze masterscriptie beschrijft, wordt aangegeven waar de deelvragen beantwoord worden.

¹¹ 'Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl 2021.

1.3 Afbakening

In dit onderzoek is de aandacht gericht op internationaal opererende ondernemingen die de vennootschapsbelasting ontwijken en zijn geen niet-grensoverschrijdende transacties meegenomen. Bij verkeerd vastgestelde binnenlandse verrekenprijzen heeft de belastingdienst tenslotte op basis van de totaalwinstgedachte (zie hoofdstuk 3) en het Zweeds grootmoederarrest (zie hoofdstuk 4.2) de mogelijkheid om bij de betrokken vennootschappen de prijzen te corrigeren. Hierdoor kan belastingontwijking worden tegengegaan zonder afhankelijk te zijn van andere landen.

Unilaterale maatregelen kunnen niet voorkomen dat bedrijven hun activiteiten naar het buitenland verplaatsen. Belastingontwijking door mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen blijft dan nog steeds mogelijk en wordt alleen verplaatst naar andere jurisdicties. In dit onderzoek worden deze mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel niet meegenomen.

In Nederland wordt het Alb grotendeels bepaald door de OECD-richtlijnen en de interpretatie die door de verschillende staten aan die richtlijnen wordt gegeven. Nederland maakt tevens deel uit van de Europese Unie (hierna: EU) en van daaruit zijn er invloeden op het Alb die ook Nederland kunnen raken. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het besluit¹² van de Europese Commissie, waarin staat dat Nederland staatssteun heeft gegeven aan Starbucks Manufacturing BV. In dit besluit geeft de Europese Unie een eigen uitleg en toepassing aan de OECD-richtlijnen over de verrekenprijsmethoden. Nederland was het met dit besluit niet eens en Het Gerecht van de Europese Unie heeft zich daarom over deze zaak gebogen.¹³ Het Gerecht kwam tot de conclusie dat er geen sprake is van verboden staatssteun en dat het Alb getoetst moet worden aan het nationaal recht en niet aan een niet-bestaand EU-zakelijkheidsbeginsel. De invloeden van de EU zal ik gezien de omvang van dit onderzoek niet meenemen bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag.

Nederland is niet alleen zelf bezig om belastingontwijking tegen te gaan. Ook internationaal is men met een herziening van het internationale belastingsysteem voor multinationals aan de slag gegaan. In 2016 is het OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting¹⁴ gevormd met als doel het implementeren van maatregelen uit het OECD/G20-project om grondslaguitholling en winstverschuiving tegen te gaan en om op het gebied van belastingheffing tot verdere internationale samenwerking te komen. Er wordt gewerkt aan twee pijlers. De eerste pijler richt zich op aanpassingen van de regels met betrekking tot belastbare aanwezigheid en winsttoerekening. De tweede pijler betreft maatregelen om te zorgen dat multinationals altijd ten minste een minimumniveau aan winstbelasting betalen. In mijn onderzoek wordt verder niet op deze beide pijlers ingegaan.

¹² Besluit (EU) 2017/502 van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd (Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 7143) (*PbEU* 2017, L83/38).

¹³ Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16, ECLI:EU:T:2019:699 (*Nederland & Starbucks/Commissie*).

¹⁴ 'BEPS', oecd.org.

1.4 Plan van aanpak

Het voornaamste doel is door een juridisch theoretisch normatief onderzoek de vraag te beantwoorden aan welke voorwaarden het conceptwetsvoorstel moet voldoen om belastingontwijking tegen te gaan. Daarvoor maak ik in deze beschrijvende scriptie gebruik van relevante wettelijke regels, parlementaire toelichting, jurisprudentie en literatuur.

Om de centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden behandel ik eerst in hoofdstuk 2 wat onder verrekenprijzen wordt verstaan en hoe deze op basis van OECD-richtlijnen worden bepaald (deelvraag 1). In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de plek van het Alb in de Nederlandse regelgeving en nagegaan of van een op basis van de OECD-richtlijnen vastgestelde verrekenprijs afgeweken mag worden (deelvraag 2). Informeel-kapitaalstructuren kunnen bijdragen aan belastingontwijking. Daarom zal in hoofdstuk 4 beschreven worden wat informeel kapitaal is en hoe dat kan leiden tot mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen (deelvraag 3). Met het in de wet op te nemen concept artikel 8ba Wet Vpb moet belastingontwijking door mismatches bij de toepassing van verrekenprijzen tegengegaan worden. In hoofdstuk 5 onderzoek ik hoe doeltreffend en uitvoerbaar dit nieuwe artikel is (deelvraag 4). Door middel van een eindconclusie wordt in het zesde en tevens laatste hoofdstuk een antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag

2. Transfer pricing

2.1 Inleiding

De laatste jaren zijn bedrijven door nieuwe technologische ontwikkelingen in staat om sneller dan ooit wereldwijd te opereren en hun ondernemingen uit te breiden. Wanneer deze ondernemingen goederen produceren of diensten leveren in meerdere landen, dan spreken we van MNO's.¹⁵ Door de eigendomsverhoudingen tussen ondernemingen en hun hiërarchische structuur kunnen prijzen voor hun interne transacties afgesproken worden, die afwijken van prijzen tussen onafhankelijke kopers en verkopers. De binnen de MNO's overeengekomen prijzen noemen we verrekenprijzen. Niet marktconforme verrekenprijzen zorgen ervoor dat MNO's binnen hun groep ondernemingen winsten verschuiven van hoog belaste landen naar laag belaste landen en hierdoor bewerkstelligen grote multinationals een aanzienlijk lagere belastingdruk. Uit de samenwerking van heel veel landen in het OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting valt te concluderen dat de belastingautoriteiten graag willen heffen over de resultaten die zijn toe te rekenen aan de activiteiten verricht in hun land. Nu echter bij verrekenprijzen de marktwerking ontbreekt, is het de vraag hoe winsten aan groepsonderdelen moeten worden toegerekend.

De internationale transfer pricing regels zijn een belangrijk onderdeel van de onderzoeksvraag en de OECD speelt een aanzienlijke rol op het gebied van transfer pricing. Daarom ga ik in dit hoofdstuk deelvraag 1, hoe worden verrekenprijzen op basis van OECD-richtlijnen bepaald, beantwoorden. Ik bespreek in hoofdstuk 2.2 de rol van de OECD op het gebied van transfer pricing. Het zakelijkheidsbeginsel wordt in hoofdstuk 2.3 tegen het licht gehouden, omdat dit beginsel een belangrijk element is voor het vaststellen van verrekenprijzen. Het vaststellen van verrekenprijzen is namelijk niet eenvoudig en zeker geen exacte wetenschap.¹⁶ Het bepalen van een marktconforme verrekenprijs is juist een mogelijkheid om belastingontwijking te beperken en in hoofdstuk 2.4 wordt dan ook bekeken welke verschillende methoden voor het vaststellen van verrekenprijzen er zijn. Op welke wijze vastgestelde verrekenwijzen aangepast worden, behandel ik in hoofdstuk 2.5 en in hoofdstuk 2.6 sluit ik af met een deelconclusie.

2.2 De rol van de OECD

Niet alleen in de Nederlandse samenleving en politiek is men steeds meer de mening toegedaan dat internationale ondernemingen de (morele) plicht hebben tot het betalen van een fiscale fair share, maar ook internationaal is er veel aandacht voor. Op 14 december 1960 is de OECD opgericht met als hoofddoel de economische ontwikkeling van haar inmiddels 36 leden¹⁷, waaronder Nederland, te bevorderen. De OECD vervangt in principe de in 1948 opgerichte Organisatie voor Europese Economische Samenwerking, die voortvloeide uit het Marshallplan. De OECD heeft zich ook ten doel gesteld om elke belastingplichtige zijn

¹⁵ Eurostat, *Multinationale onderneming*, 2020.

¹⁶ OECD TP Guidelines 2017 par.1.13, 1.14 and 4.6-4.9.

¹⁷ 'Geschiedenis OESO', permanentevertegenwoordigingen.nl.

of haar “fair share” te laten betalen door de samenwerking te verbeteren in belastingzaken. Hiervoor heeft zij een modelverdrag¹⁸ voor haar leden opgesteld en in de daarbij behorende OECD-richtlijnen wordt aangegeven hoe dit modelverdrag moet worden uitgelegd.

Nederland maakt ook gebruik van dit OECD-modelverdrag voor te sluiten belastingverdragen met landen over de hele wereld. In eerste instantie stonden die in het teken van voorkomen van dubbele belastingheffing. De belastingstelsels van diverse landen verschillen soms enorm van elkaar, waardoor de overeenkomsten ook kunnen leiden tot dubbele niet-heffing. De OECD is, zoals in hoofdstuk 1.3 aangegeven, bezig met maatregelen om dit tegen te gaan.

De rol van de OECD met betrekking tot transfer pricing bij grensoverschrijdende transacties is groot, omdat de OECD-lidstaten het eens zijn over het Alb en nagenoeg alle lidstaten dit beginsel hebben opgenomen in hun wet.¹⁹ Het Alb is te lezen in artikel 9 van het OECD-modelverdrag en vindt zijn nadere uitwerking in het OECD-commentaar op artikel 9 van het OECD-modelverdrag en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. Ook in de Nederlandse parlementaire geschiedenis wordt vaak naar deze OECD-richtlijnen verwezen, maar volgens Visser maken deze richtlijnen geen deel uit van het Nederlandse recht.²⁰ De OECD-richtlijnen zijn nooit bekrachtigd door de formele wetgever. Op basis hiervan kan men concluderen dat de OECD-richtlijnen geen directe werking in het Nederlandse fiscale stelsel hebben. De staatssecretaris van Financiën heeft echter aangegeven dat de status van de OECD-richtlijnen vergelijkbaar is met die van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de Hoge Raad.²¹ Naar mijn mening acht de Hoge Raad de OECD-richtlijnen voor het Nederlands recht van toepassing op basis van de volgende zinsnede: “Aldus zijn in de visie neergelegd in de OESO-rapporten alle methoden, variërend van laatstbedoelde 'functionele analyse' enerzijds tot het bepalen van de juiste prijs voor een enkele transactie anderzijds, in beginsel toegelaten, zij het met uitdrukkelijke uitzondering van de 'global formulary apportionment'-methode.”²² Om de door de OECD opgestelde richtlijnen kunnen we in Nederland op dit moment daarom niet meer heen. Ook het door de staatssecretaris aangekondigde wetsvoorstel zal rekening moeten houden met artikel 9 OECD-modelverdrag en de Transfer Pricing Guidelines.

2.3 Het zakelijkheidsbeginsel

Om te zorgen dat winsten in het land worden belast waar ze zijn opgebouwd, is het zakelijkheidsbeginsel ofwel Alb ‘in het leven geroepen’. Het Alb is een internationaal geaccepteerde methodiek om verrekenprijzen tussen (internationale) groepsonderdelen vast te stellen.²³ Zoals hierboven aangegeven is

¹⁸ OECD, *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017.

¹⁹ ‘Multi-country analyse of existing transfer pricing simplification measures’, oecd.org, 10 juni 2011.

²⁰ Visser 2005, p. 26.

²¹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 034, nr. 5, p. 47-48.

²² HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, par. 3.2.2.

²³ Egdom 2020, p. 2.

dit beginsel opgenomen in artikel 9 van het OECD-modelverdrag en het is eveneens opgenomen in artikel 9 van het VN-modelverdrag. Hiermee wordt eenzelfde beginsel om de verrekenprijzen te bepalen door heel veel landen in de wereld in hun onderlinge verhoudingen gebruikt, waardoor internationaal hetzelfde principe ten grondslag ligt aan de allocatie van winsten in concernverband.²⁴

Het Alb is dus gebaseerd op het concept dat leden van een MNO-groep als afzonderlijke entiteiten opereren en niet als een verenigd bedrijf. Bij een gecontroleerde interne overdrachtprijs tussen verbonden ondernemingen moet de marktprijs nagebootst worden die in soortgelijke, niet-gecontroleerde transacties verkregen zou worden. Hiermee wordt voorkomen dat verbonden entiteiten transacties uitvoeren waarmee onafhankelijke ondernemingen nooit zouden instemmen, alleen met het doel een (fors) lagere belastingdruk te bewerkstelligen. Transfer pricing gaat pas een rol spelen, wanneer we te maken hebben met verbonden ondernemingen. In artikel 9 lid 1 van het modelverdrag staat omschreven in welke gevallen ondernemingen met elkaar verbonden zijn.

Hoewel er verschillende redenen voor de lidstaten van de OECD en ook voor andere landen zijn om het zakelijkheidsbeginsel te gebruiken, is een heel belangrijke reden toch wel dat het zakelijkheidsbeginsel ervoor zorgt dat onafhankelijke ondernemingen en entiteiten binnen een multinationale onderneming zoveel mogelijk fiscaal gelijk behandeld worden.²⁵ Hierdoor worden fiscale motieven uit economische besluiten gehaald. Volgens de OECD zal dit bijdragen tot groei van de internationale handel en investeringen.

Met alleen de vaststelling dat er sprake zal moeten zijn van verrekenprijzen op basis van transfer pricing, is er nog niet bepaald op welke wijze een correcte verrekenprijs vastgesteld wordt. In de volgende paragraaf zal hierop worden ingegaan.

2.4 Methoden voor Transfer Pricing

De OECD heeft in juli 2017 haar meest recente versie van de richtlijnen voor verrekenprijzen voor MNO's en belastingdiensten gepubliceerd.²⁶ In deze richtlijnen zijn vijf geschiktste verrekenprijsmethoden voor intercompany transacties opgenomen. De omstandigheden van elke transactie bepalen, welke methode het geschiktst is voor die transactie, waarbij de OECD heeft aangegeven dat er geen specifieke hiërarchische volgorde voor de methoden is. Ondernemingen hoeven niet voor elke gecontroleerde transactie een diepgaande analyse te maken om te bepalen wat de voorkeursmethode is.²⁷ Ook hoeven bij een transactie niet meerdere methoden toegepast te worden om de verrekenprijs te bepalen.²⁸ De MNO's kunnen dus zelf bepalen welke methode zij het geschiktst vinden voor hun situatie en moeten uit kunnen leggen waarom

²⁴ Visser, *TFO* 2006/2, par. 1.

²⁵ OECD TP Guidelines 2017, par. 1.8.

²⁶ OECD TP Guidelines 2017, chapter II.

²⁷ OECD TP Guidelines 2017, par. 2.8.

²⁸ OECD TP Guidelines 2017, par. 2.12.

deze keuze is gemaakt. Zij hoeven niet te “bewijzen” dat een bepaalde methode onder de gegeven omstandigheden niet geschikt is.²⁹

De traditionele transactiemethoden (Comparable uncontrolled price methode, Resale price methode en de Cost plus methode) krijgen in de OECD-richtlijnen voor verrekenprijzen de voorkeur boven de transactionele winstmethoden (Transactional net margin methode en Transactional profit split methode). De reden hiervoor is dat elk prijsverschil tussen de prijs van een gecontroleerde transactie en de prijs van een vergelijkbare ongecontroleerde transactie normaliter rechtstreeks herleid kan worden tot de relatie tussen de ondernemingen. Hierdoor kan de prijs tussen de entiteiten in de multinationale onderneming makkelijk vervangen worden door de prijs overeengekomen tussen de niet-verbonden partijen en wordt de zakelijke prijs toegepast.³⁰ In de richtlijnen is bovendien te lezen dat de Comparable uncontrolled price methode de voorkeursmethode moet zijn, indien deze methode en elke andere methode op een even betrouwbare manier kunnen worden toegepast.³¹ De werking van de vijf verrekenprijsmethoden wordt in de richtlijnen zelf uitgelegd.³²

2.5 Aanpassing intercompany prijzen

De in 2.4 genoemde methoden worden allemaal gebruikt om vast te stellen of een toegepaste intercompany prijs at arm's length is. Zoals eerder aangegeven is het bepalen van een verrekenprijs geen exacte wetenschap. In veel gevallen zullen er meerdere waarden gevonden worden. Binnen die gehele range aan waarden zal de verrekenprijs zich moeten bewegen om als zakelijk beschouwd te worden. De verrekenprijs is alleen maar betrouwbaar vast te stellen indien voldoende informatie beschikbaar is over vergelijkbare transacties met betrekking tot alle vergelijkbaarheidsfactoren. Ondanks overeenkomsten bij vergelijkbare transacties kunnen er toch nog vergelijkbaarheidsverschillen blijven bestaan die lastig zijn te identificeren en/of te kwantificeren. De betrouwbaarheid van de vergelijkbaarheidsanalyse kan vergroot worden door gebruik te maken van statistische methoden. Een veel gebruikte statistische methode bij het vaststellen van verrekenprijzen is de interquartiele range benadering. Deze scriptie leent zich verder niet voor een verdere verdiepingsslag van deze statistische methode.

Geregeld komt het voor dat de intercompany prijzen buiten de aanvaardbare range vallen. De intercompany prijs zal dan moeten worden aangepast, zodat dat gedeelte van de prijs dat beïnvloed is door de relatie tussen koper en verkoper gecorrigeerd wordt. In de OECD-richtlijnen voor verrekenprijzen wordt gesproken van een “primaire aanpassing”. Dit is de aanpassing die een belastingdienst in een eerste rechtsgebied aanbrengt in de belastbare winst van een bedrijf als gevolg van de toepassing van het Alb op transacties

²⁹ OECD TP Guidelines 2017, par. 2.2.

³⁰ OECD TP Guidelines 2017, par. 2.3.

³¹ OECD TP Guidelines 2017, par. 2.3.

³² OECD TP Guidelines 2017, par. 2.14 e.v.; OECD TP Guidelines 2017, par. 2.27 e.v.; OECD TP Guidelines 2017, par. 2.45 e.v.; OECD TP Guidelines 2017, par. 2.64 e.v.; OECD TP Guidelines 2017, par. 2.114 e.v.

waarbij een verbonden onderneming in een tweede belastingjurisdictie betrokken is.³³ Deze primaire aanpassing betreft een zuiver fiscale aanpassing van de winsten van de betrokken ondernemingen en zorgt niet voor een werkelijke financiële transactie tussen de twee verbonden ondernemingen. Er zijn staten die een secundaire transactie toestaan of vereisen, zodat wordt voorkomen dat bedrijven de extra belastingen betalen zonder de materiële situatie te veranderen.³⁴ Deze secundaire transactie brengt de materiële overdracht van het winstoverschot met zich mee. Hierdoor is de verdeling van de winst in overeenstemming met het theoretische (fiscale) resultaat van de primaire aanpassing.³⁵ In het kort komt het erop neer, dat deze aanpassingen ervoor zorgen dat de winst in de juiste staat wordt belast en dat het reële winstoverschot ook in de desbetreffende staat wordt toegewezen.

2.6 Deelconclusie

Landen willen graag belasting kunnen heffen over de resultaten die ondernemingen met hun activiteiten in hun land behalen. MNO's kunnen bij hun onderlinge transacties echter prijzen afspreken, die niet marktconform zijn. Hierdoor vallen winsten in een land die bij normale marktwerking aan een ander land zouden toekomen en kan er sprake zijn van belastingontwijking. Internationaal wordt dubbele belastingheffing noch belastingontwijking wenselijk geacht. Naar mijn mening terecht, omdat iedereen o.a. door een fiscale fair share zijn steentje moet bijdragen aan het land, waar onderdeel uitgemaakt wordt van de desbetreffende samenleving, maar ook gevrijwaard moet blijven van dubbele belastingheffing.

Internationaal is de OECD een belangrijke organisatie die uitgangspunten vastgesteld heeft om marktconforme verrekenprijzen te kunnen bepalen. De basis voor een marktconforme verrekenprijs is het zogenoemde zakelijkheidsbeginsel. Dit beginsel is opgenomen in artikel 9 OECD. In de door de OECD opgestelde richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten zijn vijf methoden opgenomen om verrekenprijzen te kunnen vaststellen. Duidelijk is dat het vaststellen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is.

Wanneer verrekenprijzen onjuist zijn vastgesteld, zullen die aangepast moeten worden. Een belastingdienst in een eerste rechtsgebied brengt dan een aanpassing aan in de belastbare winst van een bedrijf als gevolg van de toepassing van het Alb op transacties waarbij een verbonden onderneming in een tweede belastingjurisdictie betrokken is. Deze primaire aanpassing betreft een zuiver fiscale aanpassing van de winsten van de betrokken ondernemingen en zorgt niet voor een werkelijke financiële transactie tussen de twee verbonden ondernemingen. Na de primaire (zuiver fiscale) aanpassing volgt vaak een secundaire

³³ OECD TP Guidelines 2017, glossary.

³⁴ Op basis van het meest recente verslag in dit verband zijn negen EU-lidstaten momenteel secundaire aanpassingen vereisen: Oostenrijk, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Nederland, Slovenië en Spanje. EU Joint Transfer Pricing Forum, *Eindverslag over secundaire aanpassingen*, 25 oktober 2012.

³⁵ OECD TP Guidelines 2017, glossary.

transactie. Bij een secundaire transactie vindt er wel een financiële transactie plaats, hetgeen leidt tot een materiële overdracht die invulling geeft aan de aanpassing van de verrekenprijzen.

De vraag wordt wel gesteld of de OECD-richtlijnen onderdeel zijn van het Nederlands recht. De staatssecretaris van Financiën heeft hierover gezegd dat de status van OECD-richtlijnen vergelijkbaar is met die van gezaghebbende schrijvers en conclusies van advocaten-generaal bij de Hoge Raad en de Hoge Raad acht de OECD-richtlijnen voor het Nederlands recht van toepassing. Hierdoor zijn de richtlijnen een onderdeel van het Nederlands recht. Het door de staatssecretaris aangekondigde wetsvoorstel zal daarom rekening moeten houden met de Transfer Pricing Guidelines van de OECD.

3. Verrekenprijzen in Nederlandse regelgeving

3.1 Inleiding

Het Alb is internationaal het belangrijkste element van transfer pricing en is zoals in hoofdstuk 2 reeds aangegeven opgenomen in art. 9 van het OECD-modelverdrag en in art. 9 van het VN-modelverdrag. Ook zijn alle lidstaten van de EU op grond van artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verplicht transfer pricing-regels op te nemen in hun nationale wet. Dit is door de Europese Commissie bevestigd op 21 oktober 2015.³⁶ Internationaal heeft Nederland vóór 2002 veel kritiek te verduren gekregen, omdat het Alb niet in de wet was opgenomen en het daardoor niet duidelijk was of Nederland zich wel genoeg aan het principe hield.³⁷ Nederland was echter van mening, dat het Alb niet apart in zijn wet opgenomen hoefde te worden, omdat het zakelijkheids criterium reeds besloten lag in het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB), waarnaar artikel 8 Wet Vpb verwijst voor de winstbepalingen. In artikel 3.8 Wet IB kon aldus een (impliciete) vastlegging worden gelezen van het Alb in het Nederlandse belastingrecht.³⁸

Het conceptwetsvoorstel heeft geen nut, wanneer er geen wettelijke basis is voor het vaststellen van verrekenprijzen en wanneer niet afgeweken mag worden van verrekenprijzen die volgens internationale transfer pricing zijn vastgesteld. Daarom zal ik in de volgende paragrafen de vragen op welke wijze het Alb in de Nederlandse regelgeving zijn plek heeft gevonden en of afgeweken mag worden van een op basis van de OECD-richtlijnen vastgestelde verrekenprijs (deelvraag 2), beantwoorden. In hoofdstuk 3.2 zal ik ingegaan op het totaalwinstbeginsel en in hoofdstuk 3.3 zal de objectivering van de bewustheid bij het bepalen van een onzakelijke transactie worden bekeken. De plaats van het Alb in de Wet Vpb en het Verrekenprijsbesluit is het onderwerp van hoofdstuk 3.4 en in hoofdstuk 3.5 wordt de concept wettekst van het aangekondigde wetsvoorstel weergegeven. Hoofdstuk 3.6 gaat in op de wijze van corrigeren van onjuist vastgestelde verrekenprijzen. Bewijslastverdeling voor het vaststellen van de verrekenprijs is niet onbelangrijk en daar zal ik in hoofdstuk 3.7 aandacht aan besteden. Dit hoofdstuk sluit ik in 3.8 af met een deelconclusie.

3.2 Het totaalwinstbeginsel

In artikel 3.8 Wet IB is het totaalwinstbeginsel opgenomen en dit beginsel werkt via de schakelbepaling in artikel 8 Wet Vpb door in de vennootschapsbelasting. De kern van dit totaalwinstbeginsel is dat alle winsten die, onder welke naam en in welke vorm dan ook, uit een onderneming worden verkregen aan belastingheffing onderworpen dienen te worden.³⁹ Totaalwinst is dus de winst over de gehele periode dat

³⁶ Europese Commissie, *Press Release Database*, 21 oktober 2015.

³⁷ *Kamerstukken II* 2010/10, 28034 nr. 3.

³⁸ Hafkenscheid & Hosman 1998, p. 14.

³⁹ Vakstudie Inkomstenbelasting, artikel 3.8 Wet IB 2001, aant. 1.1 en 1.4 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

een onderneming bestaat. Belangrijk daarbij is dat alleen voordelen die uit de onderneming komen, winst vormen. In de Wet IB wordt dus fiscaal afgebakend of de opbrengsten en kosten tot de privésfeer of tot de ondernemingsfeer behoren. De voordelen worden vastgesteld aan de hand van de waarde in het economisch verkeer. Hierdoor is er sprake van een objectieve winstbepaling. Wanneer bij een transactie binnen een MNO geen marktconforme prijs gerekend wordt, dan ontstaat een voordeel niet in de ondernemingsfeer, maar in de aandeelhoudersfeer. De fiscale winst die uit de niet-marktconforme transactie voortvloeit moet daarom in het kader van het totaalwinstbeginsel gecorrigeerd worden, anders wordt er afgeweken van het totaalwinstbeginsel voor een onderneming.

De totaalwinst van een aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam kan op twee manieren berekend worden, te weten via de methode van de vermogensvergelijking of via het opstellen van een resultatenrekening.⁴⁰ Bij een resultatenrekening worden de belaste opbrengsten verminderd met de kosten die volgens de vennootschapsbelasting bij berekening van de winst afgetrokken mogen worden. De niet te belasten ontvangsten en de niet in mindering te mogen brengen uitgaves maken geen onderdeel uit van de fiscale winst. De niet te belasten ontvangsten worden kapitaalstortingen, waarover in hoofdstuk 4 meer, genoemd en de niet in aftrek te brengen uitgaves worden als onttrekkingen beschouwd. Bij de vermogensvergelijking gaat men als volgt te werk. De winst wordt bepaald door het eindvermogen van het betrokken boekjaar te verminderen met het beginvermogen van dat boekjaar. Omdat kapitaalstortingen en onttrekkingen de winst niet mogen beïnvloeden, wordt het verschil tussen eind- en beginvermogen gecorrigeerd met deze kapitaalstortingen en onttrekkingen.

3.3 Objectivering bewustheid onzakelijke transactie

Ontvangsten of onttrekkingen die niet voortvloeien uit ondernemingsactiviteiten, worden geacht tot de aandeelhoudersfeer en niet tot de winst te behoren. Om te bepalen of bij bijvoorbeeld een interne MNO-transactie sprake is van een bevoordeling of benadeling van een aandeelhouder in plaats van winst uit onderneming was het de taak van de belastinginspecteur om aannemelijk te maken dat bewust gebruik is gemaakt van onzakelijke verrekenprijzen. In de eerste plaats zal dan het niet zakelijke karakter van de transactie bepaald moeten worden. De Hoge Raad omschreef een winstuitdeling (bevoordeling) aan aandeelhouders als volgt: "Een vermogensverschuiving van de vennootschap naar de aandeelhouder als gevolg waarvan aan het vermogen van de vennootschap enig geldbedrag of andere waarde, gedekt door de daarin aanwezige winst, ten gunste van de aandeelhouder wordt onttrokken."⁴¹ In de tweede plaats moet de zogenaamde dubbele bewustheid van de bevoordeling aangetoond worden. Zowel de aandeelhouder in haar rol als aandeelhouder als de gelieerde vennootschap moet zich bewust zijn van de bevoordeling.⁴²

⁴⁰ Bouwman & Boer 2017, p. 182.

⁴¹ HR 18 februari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777.

⁴² HR 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2769.

De eerste stap was voor de belastinginspecteur nog enigszins te doen, maar stap twee was zeer lastig. Bij deze stap moest de belastinginspecteur aantonen dat de bevoordeling of benadeling bewust was gedaan en dat is moeilijk. In 1985 heeft de Hoge Raad het bewustzijnsvereiste geobjectiveerd door te stellen dat "de toezegging van een pensioen door een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid aan een directeur aandeelhouder dient te worden aangemerkt als een uitdeling -hetgeen met zich meebrengt dat de daaruit voortvloeiende vermogensvermindering bij de bepaling van de winst niet in aftrek kan komen -indien en voor zover aannemelijk is dat de vennootschap door die toezegging de betrokkene als aandeelhouder heeft willen bevoordelen en tevens deze zich daarvan bewust is geweest of redelijkerwijs bewust had moeten zijn".⁴³

De belastingdienst heeft ondanks deze objectivering meerdere zaken over dubbele bewustheid (bewustheid bij zowel verkoper als koper) verloren, omdat de inspecteur er niet in slaagde het bewijs te leveren dat partijen bewust onzakelijk hadden gehandeld. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 21 september 1994.⁴⁴ In deze zaak kon de inspecteur niet aannemelijk maken dat de belastingplichtige zijn aandeelhouder bevoordeelde met reis- en verblijfkosten. In artikel 8b Wet Vpb is nu een objectieve bewustheid opgenomen. Aan de belastingplichtigen is namelijk een administratieve verplichting opgelegd, waardoor zij moeten aantonen op welke wijze zij tot de verrekenprijzen zijn gekomen en waaruit kan worden opgemaakt dat ze marktconform zijn.⁴⁵ De positie van de belastinginspecteur is met deze objectieve bewustheid in de wet aanzienlijk versterkt, omdat hij bij transacties die onzakelijk zijn niet hoeft aan te tonen dat dit bewust is gebeurd. Het is aan dus de belastingplichtige om te onderbouwen waarom een verrekenprijs marktconform is.

3.4 Het arm's length beginsel in Wet Vpb en Verrekenprijsbesluit

In de inleiding van dit hoofdstuk is reeds aangegeven dat er tot 2002 internationaal kritiek was op Nederland, omdat het Alb niet gecodificeerd was en dat dit beginsel daarom onvoldoende gewaarborgd zou zijn door het ontbreken van een expliciete wettelijke basis.⁴⁶ Nederland was het daarmee niet eens, omdat men vond dat dit beginsel in het totaalwinstbegrip van artikel 3.8 Wet IB besloten lag en daarom zakelijke verrekenprijzen al verplicht waren.

Naar mijn mening is het goed om een wet aan te passen, wanneer er te veel onduidelijkheid over de uitleg van wetsartikelen bestaat. De codificatie van het Alb in artikel 8b Wet Vpb in 2002 is wat mij betreft prima om onduidelijkheid over de werking van het Alb in Nederland te verminderen en liever nog, weg te nemen. Dat volgens de memorie van toelichting op artikel 8b Wet Vpb met dit artikel een zo groot mogelijke gelijkheid met artikel 9 van het OECD-modelverdrag is nagestreefd om twijfel over de toepasselijkheid van

⁴³ HR 15 mei 1985, ECLI:NLHR:1985:AW8273, *BNB* 1985/271.

⁴⁴ HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964.

⁴⁵ Zie voor beperking van verplichting 'aantonen' hoofdstuk 3.7.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27505, nr. 1, p. 18.

het Alb weg te nemen⁴⁷ zal bij de internationale gemeenschap ongetwijfeld goed zijn gevallen. Artikel 8b Wet Vpb geeft zelf echter geen rechtstreekse aanwijzing dat het zakelijkheidsbeginsel conform de OECD-richtlijnen moet worden uitgelegd en dat kan tot onduidelijkheid leiden. De verrekenprijsbesluiten en uitspraken van de Hoge Raad zorgen er alsnog voor dat de richtlijnen rechtstreeks doorwerken in het Nederlandse recht. Geredeneerd vanuit het legaliteitsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel zou het goed zijn om artikel 8b Wet Vpb verder uit te werken. Peters heeft hiervoor twee voorstellen gedaan, waarin ik mij goed kan vinden.⁴⁸ De eerste is om in dit artikel een nieuwe bepaling op te nemen, die expliciet erkent dat Nederland aansluit bij de laatste OECD-richtlijnen en waarbij om de legaliteit van de richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde te garanderen, uitdrukkelijk moet worden bepaald dat de Nederlandse wetgever elke nieuwe versie van deze richtlijnen onderwerpt aan de noodzakelijke democratische controle. Het tweede voorstel behelst een delegatiebepaling welke voorziet in de mogelijkheid om Nederlands beleid te ontwikkelen voor zover de richtlijnen die ruimte laat.

Naast de aansluiting bij artikel 9 van het OECD-modelverdrag is in het derde lid van artikel 8b Wet Vpb een aanvullende bepaling opgenomen, die een documentatieverplichting met betrekking tot verrekenprijzen aan belastingplichtigen oplegt.⁴⁹ Deze documentatieverplichting is van een nadere invulling voorzien in het Besluit van 22 april 2018, Staatscourant 2018, 26784 (hierna: Verrekenprijsbesluit). In hoofdstuk 3.7 wordt hier nog op teruggekomen.

Ondanks het feit dat artikel 8b Wet Vpb een zo groot mogelijke gelijkheid met artikel 9 van het OECD-modelverdrag nastreeft, laten de OECD-richtlijnen echter op een aantal punten ruimte voor een eigen invulling en vraagt de praktijk op weer andere punten om verduidelijking van deze richtlijnen. In het Verrekenprijsbesluit geeft de staatssecretaris op die punten inzicht in de Nederlandse standpunten en vult hij de ruimtes in.⁵⁰ Wijzigingen in de OECD-richtlijnen hebben wat de staatssecretaris betreft terugwerkende kracht voor zover de wijzigingen een verduidelijking zijn van de toepassing van het Alb.⁵¹ In Nederland is het mogelijk om terugwerkende kracht te verlenen aan belastingwetten. De staatssecretaris van Financiën heeft aangegeven dat dit niet in strijd is met het fiscale legaliteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 104 Grondwet.⁵² Dit in tegenstelling tot strafbepalingen waarvoor terugwerkende kracht volgens artikel 16 van de Grondwet in alle gevallen verboden is. Het verlenen van terugwerkende kracht aan een regeling zorgt echter voor aantasting van de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Daarom lijkt mij voorzichtigheid met het toekennen van terugwerkende kracht op zijn plaats en dit alleen toe te kennen in uitzonderlijke gevallen.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 28034, nr. 3, p. 19.

⁴⁸ Stevens & Streek 2019, p. 243-255.

⁴⁹ Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 202-203.

⁵⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26784, p. 2).

⁵¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26784, p. 1).

⁵² *Kamerstukken II* 1996/97, 25212, nr. 1, p. 2.

Met de codificering van het verrekenprijsbeginsel in de Wet Vpb, het uitgevaardigde Verrekenprijsbesluit en de internationale erkenning en toepassing van dit beginsel wordt belastingverschuiving tussen gelieerde organisaties wel bemoeilijkt, maar is niet waterdicht. Mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen voorkom je er niet mee, waardoor belastingontwijking nog steeds mogelijk blijft. Nederland wil deze mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel meer tegengaan en komt daarvoor dus met een wetsvoorstel. In de volgende paragraaf zullen we de inhoud van het concept wetsvoorstel weergeven.

3.5 Concept wettekst artikel 8ba Wet Vpb

Bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel kunnen mismatches ontstaan. Wanneer in Nederland bijvoorbeeld een verrekenprijs hoger geacht wordt te zijn dan de gehanteerde transactieprijs tussen MNO's, dan zal de winst voor de Nederlandse onderneming bij aanpassing van die transactieprijs lager worden (meer kosten) en hoeft er minder belasting betaald te worden. Wordt de verrekenprijs van de buitenlandse contracterende partij niet (hoger) aangepast, dan betaalt de multinationale onderneming als geheel minder belasting en is er sprake van belastingverschuiving. De MNO in het buitenland heeft dan namelijk geen hogere opbrengst door de transactie en hoeft over die "extra" opbrengst geen belasting te betalen.

Nederland acht deze mismatches onwenselijk en inmiddels is het Ministerie van Financiën op 4 maart 2021 een internetconsultatie over het wetsvoorstel⁵³ gestart dat mismatches tegen moet gaan bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel.⁵⁴ Er wordt voorgesteld om de Wet Vpb als volgt te wijzigen:

Na artikel 8b wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 8ba

- 1. Bij het bepalen van de winst blijft buiten aanmerking een neerwaartse aanpassing van de winst ter zake van een onderlinge rechtsverhouding tussen de belastingplichtige en een ander lichaam voor zover de belastingplichtige niet aannemelijk maakt dat ter zake van die rechtsverhouding bij dat andere lichaam een corresponderende opwaartse aanpassing wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.*
- 2. Een neerwaartse aanpassing van de winst is het ingeval van artikel 8b bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige in aanmerking nemen van hogere lasten dan wel lagere baten dan de lasten, onderscheidenlijk de baten, die op basis van de overeengekomen of opgelegde voorwaarden in aanmerking zouden worden genomen bij het bepalen van de winst van de belastingplichtige.*
- 3. Indien de belastingplichtige in het jaar een vermogensbestanddeel verkrijgt van een ander lichaam als bedoeld in artikel 8b (overdrager) en ter zake van die verkrijging de met inachtneming van artikel 8b bepaalde verrekenprijs hoger is dan de tussen de belastingplichtige en het andere lichaam*

⁵³ Zoals in hoofdstuk 1.2 gemeld loopt dit onderzoek tot 15 september 2021.

⁵⁴ 'Internetconsultaties over maatregelen om belastingontwijking aan te pakken gestart', rijksoverheid.nl 4 maart 2021.

overeengekomen of opgelegde verrekenprijs, wordt, in afwijking van artikel 8b, voor de teboekstelling van dat vermogensbestanddeel de verhoging van de laatstbedoelde verrekenprijs naar de met inachtneming van artikel 8b bepaalde verrekenprijs niet in aanmerking genomen voor zover de belastingplichtige niet aannemelijk maakt dat bij de overdrager, naast de overeengekomen of opgelegde verrekenprijs, een corresponderende verhoging wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting.

Het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb zorgt voor een inbreuk op het totaalwinstbeginsel, maar dit wordt geaccepteerd om de hierboven genoemde mismatches op te heffen. Het artikel voorkomt echter ook niet altijd geen dubbele niet-belasting. Indien namelijk een corresponderende opwaartse aanpassing wel wordt betrokken in de grondslag van een naar winst geheven belasting, maar deze aanpassing wordt belast tegen 0%, dan is er nog steeds sprake van een dubbele niet-heffing. Deze dubbele niet-heffing is het gevolg van de tariefmismatch.

Het wetsvoorstel roept de vraag op of het achterwege laten van een neerwaartse aanpassing van de fiscale winst door niet uit te gaan van de juiste verrekenprijs niet in strijd is met het OECD-modelverdrag. Uit het modelverdrag is niet direct af te leiden, dat het achterwege laten van de juiste verrekenprijs niet mag. De doelstelling van dit wetsvoorstel is om winstverschuiving tegen te gaan. Dit komt overeen met de doelstellingen van het OECD-modelverdrag zoals verwoord in de Preambule van het Verdrag.⁵⁵ In deze preambule staat dat men voornemens is een verdrag te sluiten om dubbele belastingheffing met betrekking tot belastingen naar inkomen en vermogen af te schaffen. Daarbij moeten geen mogelijkheden gecreëerd worden om geen belasting te heffen of voor belastingvermindering door belastingontduiking of belastingontwijking. Naar mijn mening zorgt deze preambule ervoor dat afwijking van juist vastgestelde verrekenprijzen niet in strijd is met het OECD-modelverdrag.

In het concept artikel 8ba Wet Vpb wordt een stuk bewijslast op de schouders van de belastingplichtige gelegd. In hoofdstuk 5.7 zal hier aandacht aan besteed worden.

3.6 Te corrigeren verrekenprijzen

Winsten worden fiscaal gecorrigeerd, wanneer een transactie niet op zakelijke gronden tot stand is gekomen maar aandeelhoudersmotieven eraan ten grondslag lagen. Er wordt onderscheid gemaakt tussen een primaire en secundaire correctie. Bij de primaire correctie gaat het alleen om de wijziging van de toewijzing van de belastbare winsten op basis van het Alb. Bij de secundaire correctie wordt de feitelijke allocatie van middelen in overeenstemming gebracht met de genoemde correcties.⁵⁶ De secundaire correctie kan in een drietal vormen geschieden, te weten door een informele kapitaalstorting, door een verkapte dividenduitkering of door een fictief rekening-courantkrediet tussen de verbonden lichamen.

⁵⁵ OECD Model 2017, Preamble of the Convention.

⁵⁶ Zie o.a. HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604 en HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866.

Er is sprake van een verkapte dividenduitkering wanneer een dochter een activum overdraagt aan de moedermaatschappij en de prijs van dit activum lager is dan de marktwaarde. Er is dan sprake van een benadeling van de dochter ten gunste van de moeder en deze onzakelijke transactie tussen deze twee gelieerde lichamen heeft een winstcorrectie tot gevolg. De winst van de dochter wordt verhoogd met het bedrag dat verkregen zou zijn, wanneer het activum aan een onafhankelijke derde verkocht zou zijn. Het verhoogde bedrag is een voordeel dat bewust aan de moedermaatschappij is gegeven. Dit gedeelte behoort daarom tot aandeelhouderssfeer en niet tot de winstsfeer en wordt gezien als een dividenduitkering.

Van een fictieve rekening-courantkrediet is sprake, indien een transactie gecorrigeerd wordt tot een zakelijk niveau, maar de geldsom schuldig wordt gebleven. Er is dan een vordering tussen de gelieerde lichamen ontstaan, die niet betaald hoeft te worden, maar ook geen onderdeel van de winst uitmaakt. De onzakelijke transactie is hiermee in de aandeelhouderssfeer gebracht.

Een informele kapitaalstorting is aan de orde, wanneer een moedermaatschappij bewust vanuit de relatie een voordeel aan een dochtermaatschappij verstrekt, dat niet aan een onafhankelijke derde zou zijn gegeven. Het is een formele kapitaalstorting, wanneer op aandelen gestort wordt en dan kan er geen sprake van een informele kapitaalstorting zijn.⁵⁷ In hoofdstuk 4 zal informeel kapitaal verder aan de orde komen.

3.7 Bewijslastverdeling

Het is de belastinginspecteur die in principe moet aantonen dat een overeengekomen verrekenprijs niet zakelijk is. Zoals eerder aangegeven is het voor een belastinginspecteur lastig om aan te tonen dat er bewust een niet-zakelijke prijs is afgesproken. Doordat in artikel 8b lid 3 Wet Vpb een administratieverplichting voor verrekenprijzen is opgenomen, is de bewijslast voor de belastinginspecteur makkelijker geworden. Er zijn namelijk gevolgen voor de bewijslastverdeling, wanneer een belastingplichtige niet aan zijn administratieverplichtingen voldoet.⁵⁸ De in artikel 8b lid 3 Wet Vpb genoemde administratie is een administratie in de zin van artikel 52 Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR). Daarom zijn belastingplichtigen verplicht om een administratie bij te houden en op grond van artikel 47 AWR moeten zij deze administratie ook aan de belastingdienst ter beschikking stellen. Bij het niet voldoen aan de eisen gesteld in artikel 8b Wet Vpb vindt er omkering van bewijslast plaats op basis van artikel 25 lid 3 AWR. De belastingplichtige zal dan zelf moeten bewijzen dat de transactie zakelijk is geweest. Normaal gesproken dient de belastingplichtige dan overtuigend te bewijzen dat er sprake is van

⁵⁷ Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.6.E.b2 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

⁵⁸ Vakstudie Vennootschapsbelasting, artikel 8b Wet VpB 1969, aant. 3.2 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

een zakelijke verrekenprijs, maar de staatssecretaris heeft voor de administratieverplichting van artikel 8b Wet Vpb toegezegd dat aannemelijk maken voldoende is.⁵⁹

Het is moeilijk aan te geven, wanneer aan de administratieverplichting is voldaan, omdat door de algemene omschrijving niet duidelijk is welke informatie verstrekt dient te worden.⁶⁰ In de administratie moeten in elk geval gegevens opgenomen zijn, waaruit afgeleid kan worden op welke wijze de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen. Hoofdstuk 1 van de OECD-richtlijnen (paragraaf 1.15 tot en met 1.70) kan hierbij behulpzaam zijn, omdat hierin richtlijnen staan voor het toepassen van het Alb. Wanneer de bewijslast is omgekeerd, zal de belastingdienst een aanslag opleggen met de door de belastingdienst zelf bepaalde verrekenprijs. Het is aan de belastingplichtige om bezwaar te maken tegen de opgelegde aanslag en om aan te tonen dat de door de belastingdienst gemaakte aanpassingen in de verrekenprijzen niet arm's length zijn. Tevens dient de belastingplichtige aannemelijk te maken dat de door hem gehanteerde verrekenprijzen wel at arm's length zijn.⁶¹ Na de bezwaarfase is dit uiteraard ook in een eventuele beroepsfase mogelijk.

Ook in de OECD TP Guidelines 2017 komt bewijslastverdeling aan de orde. Uit de Preface bij punt 18 is af te leiden, dat van een belastingplichtige gevraagd mag worden zijn administratie te overhandigen om de juistheid van de verrekenprijs te kunnen bepalen. In artikel 4.11 tot en met 4.17 OECD TP Guidelines 2017 wordt uitgebreider op de bewijslastverdeling ingegaan. Er wordt vastgesteld dat in sommige landen de bewijslast bij de belastingbetaler ligt. Vanuit de richtlijnen wordt daar verder geen waarde-oordeel over gegeven. Wel wordt nadrukkelijk gesteld dat noch de belastingdienst noch de belastingplichtige de bewijslast als rechtvaardiging mag misbruiken om ongegronde of oncontroleerbare beweringen over verrekenprijzen te doen. Beide partijen moeten bereid zijn om te goeder trouw aan te tonen dat de verrekenprijzen volgens het Alb zijn vastgesteld, ongeacht op wie de bewijslast drukt. De bewijslast tussen staten voor de aanpassing van een verrekenprijs ligt op basis van artikel 4.17 OECD TP Guidelines 2017 bij de staat die het verzoek daartoe bij de andere staat heeft ingediend. Dit alles overziend lijkt de bewijslastverdeling wat betreft het aantonen van de juiste verrekenprijzen in de Nederlandse wetgeving niet te botsen met de OECD-richtlijnen.

3.8 Deelconclusie

Internationale kritiek heeft ervoor gezorgd dat Nederland in 2002 het Alb in zijn wetgeving heeft opgenomen. Dit beginsel heeft in artikel 8b Wet Vpb zijn plek gekregen en daarmee is veel onduidelijkheid over de werking van het Alb in Nederland weggenomen. Artikel 8b Wet Vpb streeft een zo groot mogelijke gelijkheid met artikel 9 van het OECD-modelverdrag na, maar het artikel geeft zelf geen rechtstreekse aanwijzing dat het zakelijkheidsbeginsel conform de OECD-richtlijnen moet worden uitgelegd. Het Verrekenprijzbesluit en

⁵⁹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28034, nr. 3, p. 22.

⁶⁰ Rutges, Sporken & Bouman *WFR* 2005/1708, p. 1.

⁶¹ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28034, nr. 3, p. 22.

uitspraken van de Hoge Raad zorgen ervoor dat de richtlijnen rechtstreeks doorwerken in het Nederlandse recht. Het Verrekenprijsbesluit voorziet in een eigen invulling van de ruimte die de OECD-richtlijnen geven en geeft enkele verduidelijkingspunten voor de praktijk. De staatssecretaris heeft in het Verrekenprijsbesluit aangegeven dat wijzigingen in de OECD-richtlijnen terugwerkende kracht hebben voor zover het wijzigingen zijn die een verduidelijking van de toepassing van het Alb inhouden. Zelf zou ik daar vanwege het rechtzekerheidsbeginsel en het legaliteitsbeginsel wat minder stellig in zijn en is het naar mijn mening goed om expliciet in artikel 8b Wet Vpb op te nemen dat Nederland aansluit bij de laatste OECD-richtlijnen.

Belastingplichtigen moeten op basis van de in artikel 8b lid 3 Wet Vpb opgenomen documentatieverplichting kunnen aantonen op welke wijze zij tot hun verrekenrijzen zijn gekomen en dat die prijzen marktconform zijn. De belastinginspecteur hoeft in tegenstelling tot de tijd voor dit artikel niet meer aan te tonen dat transacties bewust onzakelijk zijn. De positie van de belastinginspecteur is hiermee versterkt en het is aan de belastingplichtigen om te onderbouwen dat er bij een transactie sprake is van zakelijke verrekenprijzen.

Ondanks artikel 8b Wet Vpb blijft belastingontwijking door mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel nog steeds mogelijk. Om belastingontwijking op dit gebied tegen te gaan is er een conceptwetsvoorstel dat een neerwaartse aanpassing van de fiscale winst bij het Nederlandse lichaam achterwege laat, wanneer bij het andere gelieerde lichaam geen corresponderende opwaartse aanpassing wordt betrokken in een naar winst geheven belasting. Dit betekent dat er niet uitgegaan wordt van de correcte verrekenprijs. Uit het OECD-modelverdrag is niet direct af te leiden dat dit niet mag. Gezien de doelstelling van het concept artikel 8ba Wet Vpb en van het OECD-modelverdrag, namelijk het tegengaan van winstverschuivingen, is het afwijken van de correcte verrekenprijs door de belastingdienst naar mijn mening mogelijk.

Door artikel 8b lid 3 Wet Vpb is de bewijslast voor de zakelijkheid van overeengekomen verrekenprijzen voor de belastinginspecteur makkelijker geworden. Indien de belastingplichtige niet aan zijn administratieverplichting voldoet, dan zal omkering van de bewijslast het gevolg zijn. In de OECD TP Guidelines (artikel 4.11 tot en met 4.17) wordt de bewijslastverdeling besproken. Er wordt in de richtlijnen niet verboden om de bewijslast bij de belastingplichtige te leggen. In de richtlijnen wordt wel aangegeven, dat noch de belastingdienst noch de belastingplichtige de bewijslast als rechtvaardiging mag misbruiken om ongegronde of oncontroleerbare beweringen over verrekenprijzen te doen.

Tot slot lijkt de administratieverplichting in artikel 8b lid 3 Wet Vpb niet in strijd te zijn met de OECD-richtlijnen.

4. Informeel kapitaal

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3.6 is reeds kort aangehaald dat een bewust verstrekt voordeel door de moedermaatschappij aan een dochtermaatschappij, welke niet aan een derde zou zijn gegeven, als een informele kapitaalstorting wordt gezien. Bij een informele kapitaalstorting kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de verkoop van een machine voor 100 euro, die in het economisch verkeer 150 euro waard is. Het verschil van 50 euro is dan volgens het totaalwinstbegrip geen winst en de dochtermaatschappij dient dit bedrag als een kapitaalstorting in de boekhouding op te nemen. De moedermaatschappij zal de deelneming in haar dochtermaatschappij dan met 50 euro moeten verhogen. Informele kapitaalstortingen binnen MNO's kunnen echter door een mismatch tussen belastingstelsels dubbele non-heffing tot gevolg hebben. Hierdoor lopen de betrokken overheden inkomsten mis, waarop ze eigenlijk recht hebben. Daarom is het naar mijn mening goed om te bekijken wat informeel kapitaal is en hoe dat kan zorgen voor mismatches bij toepassing van het zakelijkheidsbeginsel (deelvraag 3). Dat zal op de volgende wijze gebeuren.

In hoofdstuk 4.2 bespreek ik hoe informeel kapitaal is ontstaan en wat de vereisten ervoor zijn. Hoofdstuk 4.3 gaat over informeel kapitaal in internationaal verband en in hoofdstuk 4.4. komen informeel kapitaal en dubbele non-heffing aan bod. Bewijslastverdeling komt in het kort in hoofdstuk 4.5. aan de orde. Ook dit hoofdstuk wordt afgesloten met een deelconclusie.

4.2 Het ontstaan van en de vereisten voor informeel kapitaal

Aandeelhouders kunnen hun aandelen voor de nominale waarde volstorten en ze kunnen ook meer dan de nominale waarde storten. Bij deze laatstgenoemde storting spreken we van agio. De Hoge Raad heeft al in 1920 bepaald dat bij de uitgifte van aandelen stortingen boven het nominaal bedrag niet als winst kunnen worden aangemerkt, maar het karakter van kapitaal inbreng hebben.⁶² Beide genoemde stortingen worden beschouwd als formeel kapitaal. Formele kapitaalstortingen kunnen zowel in geld als in goederen gedaan worden.⁶³ Tegenover formeel kapitaal staat informeel kapitaal. Informeel kapitaal is kapitaal dat wordt opgebouwd door bevoordelingen van de moedermaatschappij in haar hoedanigheid van aandeelhouder aan een dochtermaatschappij. Een willekeurige derde zou onder dezelfde omstandigheden niet hetzelfde voordeel hebben verkregen. Deze bevoordeling valt buiten de totaalwinst, omdat er sprake is van inbreng van kapitaal en wordt om die reden dan ook niet belast.

Tot 1957 werd alleen de storting op aandelen vrijgesteld van de totaalwinst. Alle andere toenames van het vermogen werden tot de belastbare winst gerekend. In 1957 bracht de Hoge Raad daar verandering in. Met zijn uitspraak legde hij de basis voor het Nederlandse begrip informeel kapitaal zonder daarbij overigens de

⁶² HR 16 juni 1920, B. 2472.

⁶³ Art. 2:191a en 2:191b Burgerlijk Wetboek.

term “informele kapitaalstorting” te noemen.⁶⁴ In zijn uitspraak verwoordde hij dat als volgt: *“dat er gevallen zijn, waarin voor de toepassing van het belastingrecht moet worden aangenomen, dat inbreng van kapitaal in een naamloze vennootschap heeft plaats gevonden, niettegenstaande van een storting op de aandelen geen sprake was en zelfs niet heeft kunnen zijn, omdat het gehele maatschappelijke kapitaal der naamloze vennootschap was geplaatst en door betaling van het nominale bedrag der aandelen was volgestort; dat zulk een geval zich voordoet, indien een moedermaatschappij als houdster van de aandelen ener dochteronderneming enkel op grond van de voor haar in die hoedanigheid tot de dochteronderneming bestaande verhouding aan deze een voordeel in geld of goederen doet toekomen, dat zij onder gelijke omstandigheden aan een van haar onafhankelijke onderneming niet zou hebben verschaft; dat toch in dat geval door de dochteronderneming een voordeel wordt genoten, dat zijn oorzaak uitsluitend in de interne verhouding tussen haar en haar aandeelhouder vindt, waardoor in fiscaal-rechtelijken zin kapitaal wordt ingebracht.”*

Met het hierboven genoemde arrest heeft het informeel kapitaal in de vermogenssfeer een plaats gekregen. Hiervan is sprake, wanneer goederen aan een gelieerde vennootschap worden overgedragen tegen een vergoeding die minder is dan de waarde in het economisch verkeer. Het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de vergoeding is het informeel kapitaal en dat voordeel moet buiten de winst gehouden worden.

Informeel kapitaalstortingen kunnen ook plaatsvinden in de kostensfeer. In de uitspraak van 1957 sprak de Hoge Raad echter uitdrukkelijk alleen over bevoordelingen in geld en goederen. Met het bekende Zweeds grootmoeder-arrest is er duidelijkheid gekomen dat in de kostensfeer eveneens sprake kan zijn van informeel kapitaal.⁶⁵ In het Zweeds grootmoeder-arrest ging het om een belanghebbende die samen met haar dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormde. De Zweedse moedermaatschappij van belanghebbende verstrekke aan haar kleindochtervennootschap een lening zonder rente te bedingen om redenen van concernbelang. De belastinginspecteur wenste het voordeel van de niet bedongen rente tot de winst te rekenen van de dochtermaatschappij met wie de kleindochter een fiscale eenheid vormde. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de niet bedongen rente niet tot de winst moest worden gerekend, omdat de moedermaatschappij vanuit concernbelang geen rente heeft bedongen en bewust de kleindochter heeft willen bevoordelen. Deze bevoordeling wordt dus gedaan in de hoedanigheid van aandeelhouder en dit voordeel is dan geen winst voor de vennootschap, omdat het behoort tot de kapitaalsfeer. Het was daarbij volgens de Hoge Raad niet van belang of het voordeel tot de vermogenssfeer of tot die van de baten en lasten behoorde. Ook was het niet van belang op welke wijze het voordeel wordt aangeduid.

⁶⁴ HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604.

⁶⁵ HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866.

Bouwman en Boer geven aan dat de hierboven genoemde uitspraak van de Hoge Raad uit 1957 kan worden ontleed in vier elementen die kenmerkend zijn voor het begrip informeel kapitaal.⁶⁶ Het gaat om de volgende elementen:

- Bij de inbreng van informeel kapitaal vindt geen storting op aandelen plaats;
- De inbreng van informeel kapitaal vindt plaats door de aandeelhouder als zodanig;
- De inbreng van informeel kapitaal moet bewust geschieden;
- De inbreng van informeel kapitaal speelt zich af in de vermogenssfeer of in de kosten-batensfeer.
- Wordt aan deze vier voorwaarden voldaan, dan kan een informele kapitaalstorting vastgesteld worden.

De term informele kapitaalstorting is overigens in de Wet Vpb niet terug te vinden, maar is ontwikkeld in de jurisprudentie.

4.3 Informeel kapitaal in internationaal verband

Sinds de in hoofdstuk 4.2 genoemde arresten kunnen voordelen en kosten die voortkomen uit een aandeelhoudersrelatie uit de winst worden geëlimineerd en kan er sprake zijn van informeel kapitaal. Eerder is al geconstateerd dat verrekenprijzen die niet at arm's length tot stand zijn gekomen volgens de OECD-richtlijnen gecorrigeerd moeten worden. In eerste instantie door een primaire aanpassing, maar sommige landen, zoals ook Nederland, verlangen ook een secundaire aanpassing. In de OECD TP Guidelines 2017 paragrafen 4.68 tot en met 4.78 worden de gevolgen van secundaire transacties behandeld. Bij een secundaire transactie moet de verrekenprijsaanpassing ook blijken uit de winst- en verliesrekening en de balans van de belastingplichtige.⁶⁷ Een informele kapitaalstorting is een voorbeeld van een secundaire transactie en hieruit kan dan weer een secundaire aanpassing voortvloeien.

Een uitdaging ontstaat, wanneer landen niet van eenzelfde belastingsysteem uitgaan en het buitenland bijvoorbeeld geen gebruik maakt van informeel kapitaalstructuren. Landen zijn ook nog eens niet verplicht een secundaire aanpassing aan te brengen, omdat volgens paragraaf 9 OECD-commentaar op artikel 9 OECD-modelverdrag dit artikel niet ziet op secundaire aanpassingen. Een informele kapitaalstorting kan zich dus voordoen ongeacht het wel of niet ontstaan van een positieve correctie bij de buitenlandse moedermaatschappij.⁶⁸ De Hoge Raad heeft zich ook op deze wijze uitgesproken.⁶⁹ Dubbele belastingheffing ligt dan op de loer. Dit is het geval, wanneer in Nederland het naar boven bijgestelde deel van de aangepaste verrekenprijs als informeel kapitaal in de boekhouding wordt opgenomen en in het corresponderende buitenland dat bedrag niet als deelneming wordt aangemerkt, maar in de winstberekening worden meegenomen. Bij verschillen in belastingsystemen tussen betrokken staten en wanneer door de belastingplichtige aannemelijk wordt gemaakt dat belastingen niet kunnen worden

⁶⁶ Bouwman & Boer 2017, p. 184 e.v.

⁶⁷ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26874, punt 4).

⁶⁸ Visser, *TFO* 2006/2.

⁶⁹ HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

verrekenend en er geen sprake is van misbruik gericht op het ontgaan van belastingen, heeft de staatssecretaris van Financiën besloten, dat de secundaire aanpassing achterwege wordt gelaten.⁷⁰

Een informele kapitaalstorting kan dus tot een mismatch bij belastingheffing leiden. Het gevolg is het betalen van dubbele belasting of er kan een situatie van dubbele non-heffing ontstaan. Dubbele belastingheffing kan onderscheiden worden in economisch en juridisch dubbele belasting. Bij economisch dubbele belasting wordt bij juridisch gezien twee verschillende personen hetzelfde object belast of bij één persoon tweemaal over formeel verschillende maar materieel dezelfde objecten door één of twee instanties belasting geheven.⁷¹ Andersom geldt dit ook voor dubbele non-heffing. Er is sprake van juridisch dubbele belasting indien één persoon ten aanzien van één object door twee heffingsbevoegde instanties wordt belast.⁷² Juridisch dubbele belasting wordt vaak opgelost door voorkomingsbepalingen in verdragen op te nemen. De gevolgen van economisch dubbele belasting of dubbele non-heffing kunnen echter vrijwel uitsluitend worden beperkt door middel van nationale regelgeving. Op de dubbele non-heffing wordt in hoofdstuk 4.4. nader ingegaan.

De Hoge Raad heeft de informele kapitaalstorting erkend en dit fenomeen wordt dan ook gebruikt om de winst op een juiste wijze te kunnen bepalen. Zoals eerder vermeld moet de winst worden vastgesteld op basis van de totaalwinstgedachte en moeten verrekenprijzen op basis van het Alb worden bepaald. Het Alb vindt zijn internationale grondslag in het OECD-modelverdrag. Ook in artikel 4 van het Arbitrageverdrag komt dit beginsel terug en daarin wordt bepaald op welke wijze de winst tussen gelieerde ondernemingen in verschillende staten wordt toegerekend.⁷³ Het in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van informeel kapitaal is gezien het bovenstaande naar mijn mening in overeenstemming met de totaalwinstgedachte, het OECD-modelverdrag en het Arbitrageverdrag en loopt hierdoor in pas met de internationale regelgeving.

4.4 Informeel kapitaal en dubbele non-heffing

Een informele kapitaalstorting wordt niet gerekend tot de totaalwinst van artikel 3.8 Wet IB. De met de informele kapitaalstorting behaalde voordelen worden dus fiscaal niet gezien als winst uit een onderneming en de hieruit voortvloeiende vermogenstoename kan op de balans aan de passiva kant als informeel kapitaal worden opgenomen.⁷⁴ Ter verduidelijking kan het volgende voorbeeld dienen. Indien een buitenlandse moedermaatschappij bewust aan haar Nederlandse dochtervennootschap goederen levert tegen een te lage prijs, dan is sprake van een informele kapitaalstorting. De dochtervennootschap dient dan voor deze goederen fiscaal een zakelijke prijs in aanmerking te nemen. Het te weinig betaalde vormt het

⁷⁰ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26874, punt 4).

⁷¹ Raad, Janssen e.a. 2018, p. 27.

⁷² Raad, Janssen e.a. 2018, p. 28 e.v.

⁷³ Arbitrageverdrag, 90/436/EEG.

⁷⁴ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 6.5. (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

informele kapitaal.⁷⁵ De goederen zelf neemt de dochter tegen de zakelijke prijs in de boekhouding op. Bij de moedermaatschappij wordt de verkoopprijs tot de zakelijke prijs opgehoogd en daarmee de behaalde winst hoger. Het verschil tussen de zakelijk vastgestelde verkoopprijs en de oorspronkelijke verkoopprijs wordt gezien als een informele kapitaalstorting en daarmee wordt de kostprijs van de deelneming in de boekhouding verhoogd.

Wanneer de moedermaatschappij in het hierboven genoemde voorbeeld de oorspronkelijk overeengekomen prijs niet aanpast, omdat in die staat geen informeel kapitaalstructuren worden erkend, ontstaat er een mismatch die leidt tot dubbele non-heffing. Door Nederland wordt precies het bedrag belast dat haar toekomt, maar in het buitenland wordt niet (volledig) geheven over de winst die daar terecht hoort te komen. De moedermaatschappij ontwijkt hiermee betaling van belasting over het niet aangepaste bedrag. Zou deze situatie zich uitsluitend tussen Nederlandse vennootschappen voordoen, dan zorgt de door de Hoge Raad ontwikkelde evenwichtsgedachte ervoor dat de fiscale winst alleen bij de dochtermaatschappij wordt verwijderd, wanneer de moedermaatschappij dit bij de dochter ontstane voordeel tot haar winst rekent.⁷⁶ Bij internationale transacties is deze evenwichtsgedachte echter niet aanwezig. Het is lastig voor de Nederlandse belastinginspecteur aan te tonen, dat de winst in het buitenland op dezelfde wijze wordt aangepast als in Nederland. Zoals door Egdome gesteld zal het van de kwaliteit van de uitvoeringspraktijk van het land waarin de gelieerde partij is gevestigd, afhangen of de kans op een mismatch zal toenemen of afnemen.⁷⁷ Naar mijn mening zal het risico op een mismatch zeer gering zijn, wanneer beide landen het Alb correct hanteren al dan niet gebruikmakend van informeel kapitaalstructuren. Het risico zit hem er dan vooral in dat het vaststellen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is, zoals al eerder is geconcludeerd.

4.5 Bewijslastverdeling

Een moedermaatschappij kan bij een transactie een gelieerde onderneming van (informeel) kapitaal voorzien door bewust een verrekenprijs overeen te komen die lager is dan at arm's length vastgesteld wordt. Het tijdstip waarop de informele kapitaalstorting plaatsvindt is het moment dat de moedermaatschappij bewust het vermogen naar de gelieerde onderneming verschuift en de ene partij wordt verrijkt en de andere partij wordt verarmd. Er wordt dus informeel kapitaal vastgesteld op het moment dat de bevoordeling plaatsvindt, aldus een uitspraak van de Hoge Raad in 1988.⁷⁸

Informeel kapitaal kan ook ontstaan doordat de belastinginspecteur stelt dat er conform het Alb een hogere verrekenprijs moet worden gehanteerd. In dit laatste geval is het wel de vraag in hoeverre de

⁷⁵ Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 3.8 Wet IB 2001, aant. 6.5. (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

⁷⁶ HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7929, *BNB* 1986/295.

⁷⁷ Egdome 2020, p. 16.

⁷⁸ HR 18 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:BH6857, *BNB*1988/248.

moedermaatschappij en de gelieerde onderneming dan bewust een informeel kapitaalstorting voor ogen hebben gehad. Wanneer ze zijn uitgegaan van een juiste verrekenprijs, zal er op het moment van de transactie van die bewustheid geen sprake zijn. Op het tijdstip dat de verrekenprijs alsnog zakelijk is bepaald, zou je naar mijn mening kunnen stellen dat er een bewuste bevoordeling is, wanneer er niet “bijbetaald” gaat worden. De zakelijke verrekenprijs moet dan tenslotte ook in de administratie/boekhouding opgenomen worden en dat is een bewuste handeling. Voor zover ik echter heb kunnen achterhalen is het nog niet duidelijk op welke wijze dit bewustzijnsvereiste dan een rol speelt bij de bewijsvoering.

Duidelijk is wel dat degene die zich beroept op de kwalificatie van informeel kapitaal, dit dient te bewijzen. De Hoge Raad heeft zich hier als volgt over uitgesproken: ‘het Hof heeft terecht van belanghebbende het bewijs verlangd van haar stelling dat - in afwijking van de civielrechtelijke vormgeving – (...) de verstrekking van de lening door de moedermaatschappij (...) als een informele kapitaalverstrekking moet worden aangemerkt’.⁷⁹ In ditzelfde arrest geeft de Hoge Raad voor een andere vordering aan, dat dat het aan de inspecteur is om zijn stelling te bewijzen dat kwijtschelding van die vordering inbreng van informeel kapitaal is. Anders geformuleerd: de partij die het ongebruikelijke stelt, dient dit te bewijzen.⁸⁰

4.6 Deelconclusie

Er zijn situaties waarbij een moedermaatschappij aan een dochtermaatschappij een voordeel verstrekt in haar hoedanigheid van aandeelhouder. In 1957 heeft de Hoge Raad in een uitspraak bepaald dat een dergelijke bevoordeling in de vermogenssfeer geen onderdeel is van de totaalwinst, maar dat dit een informele kapitaalstorting is. Dit voordeel wordt dan ook niet belast. In het Zweedse Grootmoeder-arrest is vast komen te staan, dat niet alleen sprake kan zijn van informeel kapitaal in de vermogenssfeer, maar ook in de kostensfeer. De term informeel kapitaal is in de Wet Vpb overigens niet terug te vinden.

Om informeel kapitaal te kunnen vaststellen kunnen uit de uitspraak van de Hoge Raad in 1957 de volgende vier elementen gehaald worden, waaraan moet worden voldaan:

1. Bij de inbreng van informeel kapitaal vindt geen storting op aandelen plaats;
2. De inbreng van informeel kapitaal vindt plaats door de aandeelhouder als zodanig;
3. De inbreng van informeel kapitaal moet bewust geschieden;
4. De inbreng van informeel kapitaal speelt zich af in de vermogenssfeer of in de kosten-batensfeer.

Volgens de OECD-richtlijnen dienen verrekenprijzen die niet conform het Alb zijn overeengekomen, aangepast te worden. Hierbij kunnen mismatches tussen landen ontstaan, wanneer het buitenland van een

⁷⁹ HR 15 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:BI5453, *BNB* 1996/51.

⁸⁰ Bouwman en Boer 2017, p. 212.

ander belastingsysteem uitgaat en bijvoorbeeld geen gebruik maakt van informeel kapitaalstructuren. Dubbele belastingheffing kan het gevolg zijn, maar ook dubbele non-heffing. Beide vormen van mismatches zullen echter voorkomen moeten worden om de totaalwinstgedachte geen geweld aan te doen. Het gebruik maken van informeel kapitaal structuren is naar mijn mening een manier om de juiste totaalwinst te kunnen vaststellen, waarbij tevens rekening gehouden kan worden met het Alb zoals dat beginsel in het OECD-modelverdrag is opgenomen. Ik ben daarom de mening toegedaan dat het in de Nederlandse jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van informeel kapitaal in overeenstemming is met het Alb en de totaalwinstgedachte en hierdoor in pas loopt met de internationale regelgeving.

Dubbele non-heffing ontstaat, wanneer een buitenlandse moedermaatschappij bewust aan haar Nederlandse dochter goederen tegen een te lage prijs levert en de Nederlandse dochter de prijs van deze goederen at arm's length in de vorm van informeel kapitaal corrigeert en de moedermaatschappij dat niet doet. Er is dan sprake van belastingontwijking. De Hoge Raad heeft de evenwichtsgedachte ontwikkeld, waardoor deze mismatch zich tussen uitsluitend Nederlandse vennootschappen niet zal voordoen. De fiscale winst wordt door de evenwichtsgedachte bij een correctie van de verrekenprijs bij de dochtermaatschappij verwijderd, wanneer de moedermaatschappij dit bij de dochter ontstane voordeel niet tot haar winst rekent. Ook bij internationale transacties tussen gelieerde ondernemingen zal het risico op een mismatch naar mijn mening zeer gering zijn, wanneer in beide landen het Alb correct gehanteerd wordt en gebruik wordt gemaakt van informeel kapitaalstructuren.

Van een informele kapitaalstorting is sprake op het moment dat de moedermaatschappij de bevoordeling bewust doet, aldus een uitspraak van de Hoge Raad in 1988. Informeel kapitaal kan ook het gevolg zijn van het vaststellen van een hogere verrekenprijs door de inspecteur conform het Alb. Voor mij is niet duidelijk geworden op welke wijze het bewustzijnsvereiste dan een rol speelt bij de bewijsvoering. Duidelijk is wel dat degene die zich beroept op de kwalificatie van informeel kapitaal dit dient te bewijzen.

5. Wetsvoorstel Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel

5.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is besproken hoe het Alb voor in Nederland vennootschapsbelastingplichtige ondernemingen in artikel 8b Wet Vpb zijn plek heeft gevonden. Wanneer deze ondernemingen bij hun gelieerde transactie verschillende verrekenprijzen hanteren, corrigeert de belastingdienst deze bij de betrokken Nederlandse ondernemingen tot dezelfde zakelijke prijs. Indien er bij de transactie een niet in Nederland vennootschapsbelastingplichtige gelieerde onderneming is betrokken, kan en moet de belastingdienst bij het bepalen van de winst op basis van artikel 8b Wet Vpb alleen bij de Nederlands belastingplichtige onderneming een zakelijke transactieprijs vaststellen. Het is duidelijk dat hierdoor bij in principe alleen grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde partijen een situatie van ongewenste dubbele non-heffing kan ontstaan door een verschillende toepassing en/of interpretatie van het Alb. Het kabinet heeft in zijn brief van 23 februari 2018 aangegeven dat om deze reden de toepassing van het Alb kan knellen met de aanpak van belastingontwijking en heeft in deze brief een onderzoek naar de eventuele aanpassing van de toepassing van het Alb aangekondigd.⁸¹ Het wetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' is hier het voorlopige resultaat van. Over dit voorstel is het Ministerie van Financiën op 4 maart 2021 een internetconsultatie gestart, waarvan de reactietermijn inmiddels is verstreken.⁸²

Goede wetgeving is naar mijn mening belangrijk om onnodige juridische geschillen te voorkomen en het vertrouwen van mensen in de overheid niet te laten afnemen of beter nog, juist te vergroten. Goede wetgeving zal ook met zich meebrengen dat het met die wetgeving beoogde doel behaald wordt. Doeltreffend en uitvoerbaar zijn dan ook kernbegrippen in mijn centrale onderzoeksvraag en daarom ga ik in dit hoofdstuk deelvraag 4 beantwoorden, namelijk hoe doeltreffend en uitvoerbaar is het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb om mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen te voorkomen. Daarvoor zal ik eerst in hoofdstuk 5.2 de hoofdlijnen van het toetsingskader schetsen op basis waarvan de Raad van State adviseert over wetsvoorstellen voor zover van belang voor dit onderzoek. Daarna zal ik in hoofdstuk 5.3 het doel en de werking van het wetsvoorstel beschrijven. Vervolgens ga ik aan de hand van diverse vragen en opmerkingen bekijken hoe solide het concept artikel 8ba Wet Vpb is. In hoofdstuk 5.4 bespreek ik in dit verband de opwaartse aanpassing bij gelieerde ondernemingen. Daarna zal ik in hoofdstuk 5.5 beperkt ingaan op de relatie van dit wetsvoorstel met andere regelgeving. Hoofdstuk 5.6 geeft inzicht in het tijdstip waarop een corresponderende aanpassing bij een gelieerde onderneming moet plaatsvinden en hoofdstuk 5.7 laat zijn licht schijnen over de bewijslastverdeling. In hoofdstuk 5.8 stel ik mij de vraag of het concept

⁸¹ *Kamerstukken II 2017/18*, 25 087, nr. 188.

⁸² 'Internetconsultaties over maatregelen om belastingontwijking aan te pakken gestart', rijksoverheid.nl 4 maart 2021.

lid 3 van artikel 8ba Wet Vpb niet overbodig is. Het slotakkoord van dit hoofdstuk is een deelconclusie (hoofdstuk 5.9).

5.2 Toetsingskader van de Raad van State

De regering is volgens de wet verplicht om de Raad van State of een afdeling van de Raad te horen over o.a. voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur.⁸³ De Raad van State heeft voor zijn advieswerk een toetsingskader gemaakt.⁸⁴ Zijn verplichte adviezen worden gebaseerd op drie toetsen, te weten:

1. De beleidsanalytische toets
2. De juridische toets
3. De wetstechnische toets

Voor de beantwoording van de vraag of het beoogde artikel 8ba Wet Vpb doeltreffend en uitvoerbaar is, geeft de beleidsanalytische toets enige handvatten. Bij deze toets wordt gekeken welk maatschappelijk probleem het wetsvoorstel probeert op te lossen (probleembeschrijving), welke oplossing daarvoor wordt geboden en of die oplossing effectief is (probleemaanpak). Er wordt ook getoetst aan de naleefbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het voorstel (uitvoering). Bij naleefbaarheid valt te denken aan de mogelijkheid voor burgers en private organisaties om de nieuwe regels na te leven. Voor de uitvoerbaarheid is van belang dat de overheid(sinstellingen) met de haar ter beschikking staande middelen en mensen in staat zijn de regeling uit te voeren. In de volgende paragrafen zal van deze handvatten gebruik worden gemaakt.

5.3 Doel en werking van het wetsvoorstel

Eerder is al aangegeven dat zowel in de Nederlandse maatschappij en politiek als ook internationaal men steeds meer de mening is toegedaan dat internationale ondernemingen de (morele) plicht hebben tot het betalen van een fiscale fair share. De transfer pricing regels bij grensoverschrijdende transacties van de OECD dragen daar hun steentje aan bij. Het probleem is dat dubbele non-heffing nog steeds mogelijk blijft. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer de kostprijs van een goed in Nederland op basis van artikel 8b Wet Vpb naar boven bijgesteld moet worden en die bijstelling bij de gelieerde buitenlandse onderneming vanwege een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel bij de verkoopprijs achterwege blijft. Dit soort mismatches wil Nederland wegnemen. Het consultatiedocument geeft het doel van het wetsvoorstel als volgt weer: "Het doel van dit wetsvoorstel is om mismatches weg te nemen die ontstaan als gevolg van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel en ertoe leiden dat een deel van de winst van

⁸³ Artikel 73 lid 1 Grondwet.

⁸⁴ 'Toetsingskader', raadvanstate.nl.

een multinationale onderneming niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Met de in dit wetsvoorstel voorgestelde maatregelen loopt Nederland internationaal meer in de pas.” Met het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb is het verwachte effect dat uitholling van de belastinggrondslag door winstverschuivingen van internationaal opererende ondernemingen wordt voorkomen.

Op basis van artikel 8b Wet Vpb moeten verrekenprijzen at arm's length bepaald worden en is afwijking daarvan niet mogelijk. Concept artikel 8ba Wet Vpb maakt het wel mogelijk om van prijzen berekend volgens het zakelijkheidsbeginsel bij het bepalen van de winst af te wijken. Het komt erop neer dat aanpassingen van onjuist vastgestelde verrekenprijzen die zorgen voor een neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland achterwege blijven, wanneer niet aannemelijk gemaakt wordt dat dezelfde aanpassingen in het buitenland worden gemaakt en aldaar worden betrokken in een naar winst geheven belasting.

Hoewel door het nieuwe artikel het totaalwinst beginsel een stukje wordt losgelaten, lijkt het artikel zijn doel om dubbele non-heffing in het geval van onjuist gehanteerde verrekenprijzen te voorkomen, in veel situaties te bereiken. Nederland kan deze maatregel zelf uitvoeren en is daarbij niet afhankelijk van de medewerking van het buitenland.

5.4 Opwaartse aanpassing bij gelieerde ondernemingen

Het toekomstige artikel moet ervoor zorgen dat een onjuist bepaalde verrekenprijs bij de Nederlands belastingplichtige onderneming voor de winstbepaling niet aangepast wordt, indien daarmee een dubbele non-heffing bij transacties tussen gelieerde lichamen wordt voorkomen. Op basis van de artikelsgewijze toelichting kan worden geconcludeerd dat neerwaartse aanpassingen van de winst bij de belastingplichtige worden toegestaan, wanneer daarmee corresponderende opwaartse aanpassingen bij het gelieerde lichaam met wie de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan, in een naar winst geheven belasting bij dat gelieerde lichaam worden betrokken.⁸⁵ Artikel 8b Wet Vpb en de OECD verrekenprijs richtlijnen worden als basis genomen om te bepalen met welk lichaam de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan. Ik ben van mening dat het gelieerde lichaam in het kader van deze regeling door de toevoeging ‘met wie de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan’ te beperkt wordt afgebakend. Het gaat er tenslotte om dat er opwaartse aanpassing plaatsvindt, waarover belasting geheven kan worden. Die opwaartse aanpassing mag wat mij betreft bij een andere gelieerde partij binnen de MNO plaatsvinden, omdat ook dan dubbele non-heffing wordt voorkomen. In zijn reactie op de consultatie geeft ook de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan, dat “er geen aanleiding (zou) moeten zijn voor het buiten aanmerking laten van een neerwaartse aanpassing voor zover effectief een corresponderende aanpassing voldoende tijdig in de belastingheffing wordt betrokken. Daarbij zou het niet moeten uitmaken op welk niveau of op welke wijze deze aanpassing wordt verantwoord of deze belastingheffing plaatsvindt.” Ik sluit mij graag bij deze mening aan. Een

⁸⁵ ‘Verrekenprijsverschillen’, internetconsultatie.nl 2021.

bijkomend effect van deze uitbreiding is dat mogelijke dubbele belastingheffing wordt voorkomen en winsten daar belast worden waar ze zijn gemaakt. Ook maakt een dergelijke aanpassing mogelijk dat belastbare winsten van één of meer lichamen die niet op individuele basis zijn of kunnen worden bepaald of toerekenbaar zijn aan een individuele rechtsverhouding dan in de neerwaartse aanpassing meegenomen kunnen worden. Een heroverweging van het artikel op dit punt beveel ik van harte aan.

5.5 Wetsvoorstel in relatie tot andere regelgeving

Hoewel de regelgeving van de EU buiten de scope van deze scriptie ligt, wil ik gezien de reacties op de consultatie hier kort aandacht aan besteden. Binnen Nederland zal bij transacties altijd uitgegaan worden van een zakelijke prijs op grond van artikel 8b Wet Vpb. Grensoverschrijdende transacties zullen door het wetsvoorstel echter tot een slechtere behandeling leiden dan in het geval van binnenlandse transacties. De vraag rijst dan of dit binnen het Europese Unie recht mag. Onder andere de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs merkt op dat het wetsvoorstel kan leiden tot belemmeringen van EU-verdragsvrijheden. Geadviseerd wordt in de memorie van toelichting in te gaan op deze belemmeringen en eventuele rechtvaardigingsgronden.

Tevens valt in de diverse reacties te lezen dat het nieuwe wetsartikel beperkt zou moeten worden tot een misbruikartikel. Dit zou het voorgestelde artikel meer Europese Unie 'proof' maken, omdat regelgeving tegen misbruik is toegestaan. Uitspraken van het Hof van Justitie ondersteunen dit. Het Hof overweegt over misbruik voor het gemeenschapsrecht in het arrest-Kofoed onder meer:

*“De justitiabelen kunnen in geval van fraude of misbruik geen beroep op het gemeenschapsrecht doen. De toepassing van de gemeenschapsregels kan niet zo ver gaan, dat misbruiken worden gedekt, dat wil zeggen transacties die niet zijn verricht in het kader van normale handelstransacties, maar uitsluitend met het doel om de door het gemeenschapsrecht toegekende voordelen op onrechtmatige wijze te verkrijgen”.*⁸⁶

In zijn op 26 februari 2019 gepubliceerde uitspraak in twee Deense misbruikzaken⁸⁷ geeft het Europese Hof van Justitie zelfs uitdrukkelijk aan dat lidstaten verplicht zijn om fiscale richtlijnen niet toe te passen in misbruiksituaties, ook indien de nationale wet of de verdragen niet voorzien in bepalingen van die strekking.

Verder wil ik opmerken dat het concept artikel 8ba Wet Vpb ook zijn invloed kan hebben op andere bepalingen in de Wet Vpb. Artikel 10b Wet Vpb bijvoorbeeld houdt een aftrekbeperking in voor groepsleningen met een vergoeding die in belangrijke mate lager is dan het hetgeen in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Door het nieuwe wetsartikel lijkt artikel 10b overbodig te zijn en geschrapt te kunnen worden. In het kader van minder regelgeving en duidelijkheid van

⁸⁶ HvJ EU 5 juli 2007, nr. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, punt 38.

⁸⁷ HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16, nr. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.

wetgeving zou het wenselijk zijn om dat dan ook te doen. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs vraagt zich in zijn reactie op de consultatie af hoe het wetsvoorstel doorwerkt naar andere bepalingen de vennootschapsbelasting. In de artikelsgewijze toelichting is hier geen aandacht besteed. Naar mijn mening zou dit wel een onderdeel moeten zijn van een zorgvuldige wetgevingsprocedure.

5.6 Tijdstip corresponderende aanpassing bij gelieerde onderneming

Om de winst neerwaarts bij te mogen stellen, omdat de verrekenprijs niet marktconform is, zal de belastingplichtige in het jaar van de winstbepaling aannemelijk moeten maken dat een corresponderende verhoging bij de overdrager in een naar winst geheven belasting wordt betrokken. In de artikelsgewijze toelichting op het wetsvoorstel wordt er tweemaal gerefereerd aan het moment van de aanpassing. Eerst is te lezen dat de corresponderende opwaartse aanpassing “op enig moment” in de grondslag van een naar de winst geheven belasting moet worden betrokken. Verderop in de toelichting staat dat “ten aanzien van de betrekking in een naar de winst geheven belasting, dient aannemelijk te worden gemaakt dat in het jaar waarin de neerwaartse aanpassing van de winst wordt opgevoerd de corresponderende opwaartse aanpassing bij het andere lichaam (al dan niet in een toekomstig belastingtijdvak) in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de specifieke omstandigheden van het geval.” Hieruit is naar mijn mening af te leiden, dat het concept artikel 8ba Wet Vpb niet toegepast wordt, wanneer de opwaartse aanpassing bij het andere lichaam in een ander later jaar in de winst meegenomen wordt dan in het jaar dat de neerwaartse aanpassing van winstbepaling in Nederland. Dat lijkt mij ook correct, omdat uiteindelijk het resultaat is dat de winst in een winstbelasting terecht komt en hiermee geen sprake meer is van dubbele non-heffing.

5.7 Bewijslastverdeling

Bij het vaststellen van een marktconforme verrekenprijs moet de belastingplichtige aan de hand van zijn administratieve verplichtingen laten zien hoe hij tot die verrekenprijs is gekomen. Het is dan aan de belastinginspecteur om te bewijzen dat die verrekenprijs eventueel niet marktconform is. De bewijslast komt pas op de belastingplichtige te liggen, wanneer hij niet aan zijn administratieve verplichtingen heeft voldaan. In het voorgestelde artikel 8ba lid 1 Wet Vpb wordt de bewijsplicht direct bij de belastingplichtige gelegd. De belastingplichtige moet aannemelijk maken dat er sprake is van een corresponderende opwaartse aanpassing van de winst bij het andere gelieerde lichaam, wanneer door de aanpassing van de verrekenprijs een neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland het gevolg is.

Hoewel de gelieerde buitenlandse moederonderneming informatie over de opwaartse aanpassing van de winst in veel gevallen relatief eenvoudig aan de belastingplichtige zou moeten kunnen verstrekken en dit niet veel werk en kosten met zich mee hoeft te brengen, ben ik van mening dat niet te gemakkelijk de bewijsplicht bij een belastingplichtige gelegd moet worden, wanneer de overheid iets beweert. De overheid bevindt zich toch al in een bepaalde machtspositie. Dat weegt des te zwaarder wanneer belastingontwijking bewezen moet worden en de beantwoording van de vragen uit het Integraal afwegingskader voor beleid en

regelgeving maakt duidelijk dat dit wetsvoorstel belastingontwijking door een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel beoogt te bestrijden.⁸⁸ Het probleem van het uithollen van de belastinggrondslag en het verschuiven van winsten door internationaal opererende bedrijven moet ermee worden bestreden.

Over de bewijslastverdeling zijn er vanuit verschillende invalshoeken in de diverse reacties op de consultatie vragen gesteld en wordt om een in het artikel op te nemen tegenbewijsregeling gevraagd. Zo verzoekt Deloitte Belastingadviseurs B.V. te overwegen om de reikwijdte van artikel 8ba Wet Vpb te beperken tot misbruiksituaties en een tegenbewijsregeling op te nemen.⁸⁹ Ze stellen dat als volgt voor: “Het eerste lid (van artikel 8ba Wet Vpb) is niet van toepassing als aannemelijk wordt gemaakt dat aan de overeengekomen voorwaarden ter zake van de onderlinge rechtsverhouding die leiden tot een neerwaartse aanpassing van de winst ingevolge artikel 8b Wet Vpb andere dan fiscale motieven ten grondslag liggen.” Ook Atlas Fiscalisten pleit voor een tegenbewijsregeling om ongewenste uitstralingseffecten te voorkomen in het geval van noodzakelijke herstructureringen.⁹⁰ Het artikel zou dan buiten toepassing moeten blijven wanneer er geen sprake is van misbruik. In Vaknieuws Studie wordt aangegeven dat de nieuwe regeling wat hen betreft meer als een antimisbruikregeling moet worden gezien en daarmee zou ook opnieuw naar de bewijslastverdeling moeten worden gekeken.⁹¹ Zij zijn, net zoals ik, van mening dat de bewijslast bij de inspecteur zou moeten liggen en dat de informatie door de belastingplichtige aangeleverd moet worden. Ook belastingadviseurs van Houthoff vragen aandacht voor de bewijslastverdeling en zijn van mening dat de bewijslast wel erg gemakkelijk bij de belastingplichtige wordt neergelegd. Zij vinden het niet vanzelfsprekend dat belastingplichtigen altijd op de hoogte zijn van de fiscale gevolgen van de transactie voor de wederpartij in het buitenland en het heeft hun voorkeur dat de bewijslast in beginsel bij de belastinginspecteur ligt.⁹² Volgens hen heeft de belastinginspecteur voldoende mogelijkheden om de benodigde informatie en inlichtingen bij de belastingplichtige op te vragen. Het besprokene in ogenschouw nemend zou het naar mijn mening goed zijn om de bewijslast in het nieuwe artikel bij de belastinginspecteur neer te leggen. Mede ook omdat door Nederland gemaakte en te maken internationale afspraken de belastingdienst makkelijk(er) aan de benodigde informatie kan komen.

Mocht de bewijslast toch op de belastingplichtige blijven drukken, dan zou het zeer wenselijk zijn wanneer in de toelichting bij de nieuwe wetsbepaling opgenomen wordt op welke wijze het gevraagde aannemelijk gemaakt kan worden. Is bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring van de moedermaatschappij aan de dochtermaatschappij dat de verrekenprijzen aangepast zijn en verwijzing naar een van toepassing zijnde wet in het land van de moedermaatschappij voldoende? Ook de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

⁸⁸ ‘Verrekenprijsverschillen’, internetconsultatie.nl 2021.

⁸⁹ ‘Reactie Deloitte Belastingadviseurs B.V. Verrekenprijsverschillen’, internetconsultatie.nl.

⁹⁰ ‘Reactie Atlas Fiscalisten N.V. Verrekenprijsverschillen’, internetconsultatie.nl.

⁹¹ Vakstudie Nieuws (V-N 2021/13.7), p. 4.

⁹² ‘Reactie Houthoff Verrekenprijsverschillen’, internetconsultatie.nl.

verzoekt om een toelichting in welke gevallen en onder welke voorwaarden een belastingplichtige (in beginsel) zal voldoen aan zijn bewijslast.⁹³

5.8 Concept artikel 8ba lid 3 Wet Vpb overbodig?

Wet- en regelgeving zijn belangrijke bepalers van het gedrag van mensen en organisaties. Om gedrag op de juiste manier te kunnen beïnvloeden zijn naar mijn mening duidelijke en overzichtelijke wetten en regels nodig. Overbodige artikelen in een wet kunnen tot misverstanden leiden en zouden daarom achterwege gelaten moeten worden. De vraag is of het te bereiken resultaat met het concept lid 3 van artikel 8ba Wet Vpb wellicht al niet door lid 1 van dit artikel gedekt wordt. Ook in lid 1 gaat het tenslotte om het achterwege laten van een neerwaartse aanpassing van de winst. Naar mijn mening is lid 3 niet overbodig en zelfs noodzakelijk om dubbele non-heffing te voorkomen. In lid 1 gaat het namelijk specifiek over een neerwaartse aanpassing van de winst ter zake van een onderlinge rechtsverhouding in het lopende jaar. Bij de overdracht van een vermogensbestanddeel gaat het ook om een onderlinge transactie, maar die is na de overdracht afgerond. Er vindt op dat moment geen neerwaartse aanpassing van de winst plaats, wanneer de juiste verrekenprijs wordt gehanteerd. Afschrijvingen hebben in jaren na de transactie wel invloed op de winst, maar die zijn niet het gevolg van de onderlinge rechtsverhouding. Dus het concept artikel 8ba lid 3 Wet Vpb heeft wel degelijk een toegevoegde waarde.

Al eerder heb ik vastgesteld dat het concept artikel 8ba Wet Vpb voor het kunnen afwijken van verrekenprijzen zoals deze vastgesteld zouden moeten worden volgens de transfer pricing richtlijnen van de OECD nodig is, omdat artikel 8b daarin niet voorziet.

5.9 Deelconclusie

Met het wetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' wordt beoogd mismatches weg te nemen die ontstaan als gevolg van de toepassing van het zakelijkheidsbeginsel en ertoe leiden dat een deel van de winst van een MNO niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Wanneer die mismatches weggenomen worden, zal uitholling van de belastinggrondslag door winstverschuivingen van internationaal opererende ondernemingen worden voorkomen. Het betreft mismatches waarbij in Nederland op basis van artikel 8b Wet Vpb de winst naar boven bijgesteld moet worden en bij de gelieerde buitenlandse onderneming vanwege een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel bij de verkoopprijs achterwege blijft. Het wetsvoorstel zal als artikel 8ba in de Wet Vpb opgenomen worden.

Bij het bepalen van de winst moet de belastingplichtige op basis van artikel 8b Wet Vpb bij gelieerde ondernemingen zakelijke transactiepreisen vaststellen. Zonder het voorgestelde wetsartikel 8ba Wet Vpb kan daar niet van afgeweken worden. Dit wetsartikel moet ervoor zorgen dat de neerwaartse aanpassing

⁹³ 'Reactie De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl.

van de Nederlandse winst alleen plaatsvindt wanneer in het buitenland een corresponderende opwaartse aanpassing in een winstbelasting wordt meegenomen. Wanneer deze opwaartse aanpassing wordt gedaan bij een andere gelieerde partij binnen een MNO dan die waarmee de transactie is gedaan en in dat betreffende land in de winstbelasting wordt betrokken, wordt ook dubbele non-heffing voorkomen. Vindt een neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland in dit laatste geval niet plaats, dan kan het concept artikel 8ba Wet Vpb zelfs voor dubbele belastingheffing zorgen. Het in het voorgestelde artikel opgenomen 'met wie de onderlinge rechtsverhouding is aangegaan' is daarom wat mij betreft te beperkt en een uitbreiding op dit punt beveel ik aan.

In de reacties op de internetconsultatie is te lezen dat er zorgen zijn of het wetsvoorstel niet leidt tot belemmeringen van EU-verdragsvrijheden. Aanbevolen wordt om in de memorie van toelichting in te gaan op deze mogelijke belemmeringen en eventuele rechtvaardigingsgronden aan te geven. Ook wordt geopperd om het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb te beperken tot een misbruikartikel, zodat het artikel meer EU 'proof' is. Indien het artikel beperkt zou worden tot alleen een misbruikartikel, dan is het zeker EU proof. Dit kan afgeleid worden uit de uitspraak in twee Deense misbruikzaken van het Europese Hof van Justitie, waarin lidstaten uitdrukkelijk verplicht worden om fiscale richtlijnen niet toe te passen in misbruiksituaties. In de artikelsgewijze toelichting is geen aandacht besteed aan de doorwerking van het concept artikel naar andere bepalingen in de Wet Vpb. In het kader van zorgvuldige, minder en duidelijke wetgeving zou het goed zijn om hier nadrukkelijker bij stil te staan.

Het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb zal niet toegepast worden, wanneer een met de neerwaartse aanpassing corresponderende opwaartse aanpassing bij het andere lichaam in een winstbelasting wordt meegenomen. De opwaartse aanpassing kan ook in een later jaar in de winst opgenomen worden dan het jaar waarin de neerwaartse aanpassing in Nederland verwerkt wordt. Op die manier wordt de winst belast in het land, waar de winst behaald wordt en is belastingontwijking op dit punt niet aan de orde.

In het concept artikel 8ba lid 1 Wet Vpb wordt de bewijslast direct bij de belastingplichtige gelegd. Hij moet o.a. aannemelijk maken dat indien de aanpassing van de verrekenprijs tot een neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland leidt, dit zorgt voor een corresponderende opwaartse aanpassing van de winst bij het andere gelieerde lichaam. Uit verschillende reacties op de internetconsultatie is op te maken dat er over deze bewijslastverdeling de nodige twijfel bestaat. Er wordt aangeraden om toch minimaal een tegenbewijsregeling in het nieuwe artikel op te nemen. Tevens pleiten verschillende partijen ervoor in overweging te nemen de reikwijdte van het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb te beperken tot misbruiksituaties. Het heeft mijn voorkeur de bewijslast bij de inspecteur te leggen en dat de belastingplichtige informatie dient aan te leveren. Zeer wenselijk zou het zijn, wanneer in de toelichting bij de nieuwe wetsbepaling wordt aangegeven op welke wijze de belastingplichtige aan zijn bewijslast kan voldoen, wanneer hij toch de bewijslast houdt.

Het voorgestelde artikel 8ba lid 3 Wet Vpb is een prima en noodzakelijke aanvulling op lid 1 van dat artikel. Afschrijvingen hebben in de jaren na de transactie invloed op de winst, maar zijn niet het gevolg van een onderlinge rechtsverhouding. Lid 3 zorgt ervoor dat er dan toch geen sprake is van dubbele non-heffing.

De beleidsanalytische toets uit het toetsingskader van de Raad van State biedt handvatten voor de beantwoording van de vraag of het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb doeltreffend en uitvoerbaar is. Voor de belastingdienst zal het geen probleem zijn om dit artikel uit te voeren, omdat hij alleen maar het aangeleverde bewijs van de belastingplichtige hoeft te beoordelen. Bij de uitvoering heeft de belastingdienst ook niet de medewerking van anderen nodig. Voor de belastingplichtige is het artikel naleefbaar, omdat uitwisseling van administratieve gegevens met de gelieerde buitenlandse onderneming niet veel tijd en geld hoeft te kosten. Uit de reacties op de consultatie komt niet naar voren dat het beoogde doel met het nieuwe artikel niet gehaald kan worden. Ondanks de in de reacties geopperde verbeterpunten ben ik dan ook de mening toegedaan dat artikel 8ba Wet Vpb zeker een bijdrage levert aan het doel om dubbele non-heffing te voorkomen, ook al is het 'slechts' unilateraal geregeld. Of dit artikel Europeesrechtelijk stand kan houden, heb ik bij mijn meningsvorming niet meegenomen.

6. Conclusie en aanbevelingen

Dubbele belastingheffing en dubbele non-belastingheffing worden niet alleen nationaal maar ook internationaal niet wenselijk geacht. Mismatches bij het vaststellen van verrekenprijzen bij transacties tussen MNO's kunnen hier echter wel toe leiden. De staatssecretaris van Financiën wil de dubbele non-heffing door deze mismatches met het wetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel' wegnemen. Wanneer hiermee de mismatches weggenomen worden, zal uitholling van de belastinggrondslag door winstverschuivingen van internationaal opererende ondernemingen worden voorkomen. In deze scriptie ben ik aan de hand van een aantal deelvragen nagegaan of dit wetsvoorstel doeltreffend en uitvoerbaar is in het licht van de transfer pricing regels van de OECD. De OECD is een belangrijke internationale organisatie die het zakelijkheidsbeginsel als basis heeft genomen om marktconforme verrekenprijzen vast te kunnen stellen. De door de OECD opgestelde richtlijnen voor verrekenprijzen voor MNO's en belastingdiensten zijn onderdeel van het Nederlands recht. Het wetsvoorstel mag dus niet in strijd zijn met de richtlijnen.

Het Alb heeft in 2002 in Nederland zijn plek gekregen in artikel 8b Wet Vpb. Dat het zakelijkheidsbeginsel uitgelegd moet worden conform de OECD-richtlijnen is niet rechtstreeks uit dit artikel af te leiden, maar komt voort uit het Verrekenprijsbesluit en uitspraken van de Hoge Raad. Desondanks is het nog steeds mogelijk dat er mismatches ontstaan als gevolg van een verschillende toepassing of interpretatie van het zakelijkheidsbeginsel. Deze mismatches kunnen ertoe leiden dat een deel van de winst van een MNO niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken. Artikel 8ba dat door het wetsvoorstel een plaats in de Wet Vpb moet krijgen, moet dit voorkomen door een neerwaartse aanpassing van de fiscale winst bij een Nederlandse onderneming achterwege te laten, wanneer bij het andere gelieerde lichaam geen opwaartse aanpassing plaatsvindt in een naar winst geheven belasting. Zowel het OECD-verdrag als het concept artikel hebben als doel het tegengaan van winstverschuivingen en daarom is het afwijken van de correcte verrekenprijs door de belastingdienst mogelijk.

Door artikel 8b lid 3 Wet Vpb zijn het de belastingplichtigen die vanwege hun documentatieverplichting moeten onderbouwen dat er bij hun transacties met gelieerde ondernemingen sprake is van zakelijke verrekenprijzen. Deze documentatieverplichting lijkt niet in strijd te zijn met de OECD-richtlijnen, net zomin om de bewijslast van een zakelijke verrekenprijs bij de belastingplichtige neer te leggen.

Verrekenprijzen die niet conform het Alb zijn overeengekomen, dienen volgens de OECD-richtlijnen aangepast te worden. Hierbij kunnen mismatches ontstaan, wanneer het buitenland bijvoorbeeld het informele kapitaal leerstuk niet kent. Van informeel kapitaal is sprake wanneer een moedermaatschappij in haar hoedanigheid van aandeelhouder bewust een voordeel aan een dochtermaatschappij verstrekt. Zowel in de kosten-batensfeer als in de vermogenssfeer kan er sprake zijn van informeel kapitaal. Bij het gebruik maken van informeel kapitaal structuren, welk leerstuk in de Nederlandse jurisprudentie is ontwikkeld, wordt de totaalwinst van een onderneming op de juiste wijze vastgesteld en wordt op de juiste wijze rekening gehouden met het Alb. Er is hierdoor geen strijd

met de internationale regelgeving. Dubbele non-heffing ontstaat, wanneer een Nederlandse dochter een te laag vastgestelde prijs van een goed at arm's length in de vorm van informeel kapitaal corrigeert en de moedermaatschappij de prijs niet aanpast.

De belastingplichtige moet bij het bepalen van de winst op basis van artikel 8b Wetboek Vpb bij gelieerde ondernemingen zakelijke transactiepreizen vaststellen. Zonder het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb kan de belastingdienst niet van een zakelijke transactieprijs afwijken. Dit geldt niet voor misbruiksituaties. Het Europese Hof van Justitie heeft in twee Deense misbruikzaken bepaald, dat lidstaten dan verplicht zijn om fiscale richtlijnen niet toe te passen.

Aan de hand van de beleidsanalytische toets uit het toetsingskader van de Raad van State kan de conclusie getrokken worden, dat het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb doeltreffend en uitvoerbaar is. Voor de belastingdienst is het wetsvoorstel namelijk goed uitvoerbaar, omdat hij alleen maar het aangeleverde bewijs van de belastingplichtige hoeft te beoordelen en niet afhankelijk is van medewerking van anderen. Voor belastingplichtigen is de naleefbaarheid goed te doen, omdat uitwisseling van administratieve gegevens met de gelieerde buitenlandse onderneming geen hoge kosten en veel tijd met zich mee hoeft te brengen. De reacties op de consultatie leveren een aantal verbeterpunten voor het wetsvoorstel op, maar er komt niet uit naar voren dat het beoogde doel van dubbele non-heffing niet gehaald kan worden. Ook strijd met de OECD-richtlijnen is niet aangetoond.

Het voorgestelde artikel 8ba Wet Vpb is een mooie toevoeging in de strijd tegen dubbele non-heffing, maar op sommige punten zouden het artikel en de toelichting daarop met enige aanpassingen aan kracht kunnen winnen. Hieronder zal ik daarvoor een aantal aanbevelingen doen.

Wanneer een corresponderende opwaartse aanpassing in een winstbelasting wordt meegenomen bij een andere gelieerde partij binnen een MNO dan die waarmee de transactie is gedaan, dan zou ook neerwaartse aanpassing van de Nederlandse winst moeten plaatsvinden. Er is dan geen sprake van dubbele non-heffing. Daarom is een uitbreiding van het in het concept wetsvoorstel opgenomen 'met wie een onderlinge rechtsverhouding is aangegaan' zeer wenselijk.

Er is in de artikelsgewijze toelichting geen aandacht besteed aan de doorwerking van het concept artikel 8ba Wet Vpb naar de andere bepalingen in de Wet Vpb. Om de structuur van de Wet Vpb zo duidelijk mogelijk te houden en geen onbedoelde effecten te creëren is het goed om hier nadrukkelijker bij stil te staan.

Het voorgestelde artikel 8ba lid 1 Wet Vpb bepaalt dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken wanneer een aanpassing van de verrekenprijs tot een neerwaartse aanpassing van de winst in Nederland leidt, er sprake is van een corresponderende opwaartse aanpassing van de winst bij het gelieerde lichaam waarmee de transactie gedaan is. Omdat dit artikel mede beoogt misbruik tegen te gaan, zou er tenminste een tegenbewijsregeling in het

artikel opgenomen moeten worden. Het heeft echter mijn voorkeur dat de bewijslast bij de inspecteur komt te liggen, omdat hij toch al in een zekere machtspositie verkeerd. Een proactieve uitwisseling van informatie met het buitenland zorgt voor een efficiëntere en eerlijkere manier om misbruik tegen te gaan. Mocht de belastingplichtige het toch aannemelijk moeten blijven maken, dan is mijn aanbeveling om in de toelichting bij deze wetsbepaling duidelijk op te nemen op welke wijze hij aan deze verplichting kan voldoen.

Tot slot ben ik van mening dat het antwoord op de centrale onderzoeksvraag binnen de gestelde kaders 'ja' is. Op unilaterale wijze wordt een bijdrage geleverd aan het voorkomen van dubbele non-heffing, maar er moet op gelet worden dat het ongewenste effect van dubbele heffing niet optreedt. Mijn laatste aanbeveling hierbij is dat Nederland zich moet blijven inzetten om uiteindelijk dubbele non-heffing en dubbele heffing door internationale afspraken te voorkomen.

7. Literatuurlijst

7.1 Boeken

Bouwman & Boer 2017, p. 47- 48

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 47,48.

Bouwman & Boer 2017, p. 182

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 182.

Bouwman & Boer 2017, p. 184 e.v.

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 184 e.v.

Bouwman & Boer 2017, p. 212

J.N. Bouwman & M.J. Boer, *Wegwijs in de Vennootschapsbelasting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 212.

Egdom 2020, p. 2

J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen de verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2020, herziene 5^{de} druk, p. 2.

Egdom 2020, p.16

J.T. van Egdom, *Verrekenprijzen; De verdeling van de winst van een multinational*, Deventer: Kluwer 2020, herziene 5^{de} druk, p. 16.

Graaf, Kavelaars & Stevens 2021, p. 202-203

A. de Graaf, P. Kavelaars & A.J.A. Stevens, *Internationaal belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 202-203.

Gribnau, AA 2014, p. 173

J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *AA* 2014, p. 173.

Gribnau, AA 2014, p. 174

J.L.M. Gribnau, 'Ethische aspecten van tax planning', *AA* 2014, p. 174.

Hafkenscheid & Hosman 1998, p. 14

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

Happé, WFR 2015/938, p. 2

R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938, p. 2.

Happé, WFR 2015/938, p. 7

R.H. Happé, 'Fiscale ethiek voor multinationals', *WFR* 2015/938, p. 7.

Stevens & Streek 2019, p. 243-255

A.J.A. Stevens & J.L. van de Streek (red.), *De Toekomst van de Vennootschapsbelasting. Lessen uit 50 Jaar Wet VPB 1969*, Deventer: Kluwer 2019, p. 243-255.

Raad, Janssen e.a. 2018, p. 27

C. Raad, G.T.W. Janssen e.a., *Cursus belastingrecht studenteneditie 2015-2016 Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 27.

Raad, Janssen e.a. 2018, p. 28 e.v.

C. Raad, G.T.W. Janssen e.a., *Cursus belastingrecht studenteneditie 2015-2016 Internationaal Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 28 e.v.

Rutges, Sporken & Bouman WFR 2005/1708, p. 1

D.J.P.M. Rutges, C.J.E.A. Sporken & J.E. Bouman, 'Verheldering gewenst van arm's-lengthverplichting bij verrekenprijzen', *WFR* 2005/1708, p. 1.

Visser 2005, p. 26

E.A. Visser, *Verrekenprijzen: een drieluik*, Deventer: Kluwer 2005, p. 26.

Visser, TFO 2006/2

E.A. Visser, 'Algemene aspecten van verrekenprijzen', *TFO* 2006/2.

Visser, TFO 2006/2, par. 1

E.A. Visser, 'Algemene aspecten van verrekenprijzen', *TFO* 2006/2, par. 1.

7.2 Regelgeving en parlementaire stukken

Arbitrageverdrag, 90/436/EEG

Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen - Slotakte - Gemeenschappelijke verklaringen - Eenzijdige verklaringen.

Artikel 2:191a en 2:191b Burgerlijk Wetboek.

Artikel 73 lid 1 Grondwet.

Besluit (EU) 2017/502 van de Commissie van 21 oktober 2015 betreffende steunmaatregel SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) die Nederland ten gunste van Starbucks ten uitvoer heeft gelegd (Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 7143) (PbEU 2017, L83/38).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26784, p. 1).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26784, p. 2).

Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018 (*Stcrt.* 2018, 26874, punt 4).

Kamerstukken II 1996/97, 25 212, nr. 1, p. 2.

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

Kamerstukken II 2000/01, 28034, nr. 3, p. 19.

Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 3, p. 22.

Kamerstukken II 2001/02, 28034, nr. 5, p. 47-48.

Kamerstukken II 2010/10, 28034 nr. 3.

Kamerstukken II 2017/18, 25 087, nr. 188.

OECD Model 2017

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, July 2017.

OECD Model 2017, Preamble of the Convention

OECD Model Convention on Income and Capital, July 2017, Preamble of the Convention.

OECD TP Guidelines 2017, chapter II

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017, chapter II. Transfer Pricing Methods.

OECD TP Guidelines 2017, par. 1.8

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017, par. 1.8.

OECD TP Guidelines 2017, par.1.13, 1.14 and 4.6-4.9

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, July 2017. par.1.13, 1.14 and 4.6-4.9.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.2

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017, par. 2.2.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.3

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017, par. 2.3.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.8
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.8.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.12
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.12.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.14 e.v.
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.14 e.v.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.27 e.v.
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.27 e.v.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.45 e.v.
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.45 e.v.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.64 e.v.
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.64 e.v.

OECD TP Guidelines 2017, par. 2.114 e.v.
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017,
par. 2.114 e.v.

OECD TP Guidelines 2017, glossary
OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations, July 2017, glossary.

7.3 Jurisprudentie

Gerecht EU 24 september 2019, gevoegde zaken T-760/15 en T-636/16, ECLI:EU:T:2019:699 (*Nederland & Starbucks/Commissie*).

HvJ EU 5 juli 2007, nr. C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, punt 38.

HvJ EU 26 februari 2019, nr. C-116/16, nr. C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135.

HR 16 juni 1920, B. 2472.

HR 30 december 1953, ECLI:NL:HR:1953:AY2769.

HR 3 april 1957, ECLI:NL:HR:1957:AY1604.

HR 18 februari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AY0777.

HR 31 mei 1978, ECLI:NL:PHR:1978:AX2866.

HR 15 mei 1985, ECLI:NLHR:1985:AW8273, *BNB* 1985/271.

HR 8 juli 1986, ECLI:NL:HR:1986:AW7929, *BNB* 1986/295.

HR 18 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:BH6857, *BNB* 1988/248.

HR 21 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:AA2964.

HR 15 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:BI5453, *BNB* 1996/51.

HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4718, par. 3.2.2.

HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP6652.

7.4 Digitale bronnen

'Aanbiedingsbrief pakket belastingplan 2021', rijksoverheid.nl 2021, p. 7

'Belastingontwijking. Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot fiscale regels en het verdragennetwerk', tweedekamer.nl 2014.

'Belastingontwijking. Een verdiepend onderzoek naar belastingontwijking in relatie tot fiscale regels en het verdragennetwerk', tweedekamer.nl 2014, p. 8.

'BEPS', oecd.org.

Cursus Belastingrecht Vpb.2.0.6.E.b2 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

EU Joint Transfer Pricing Forum, *Eindverslag over secundaire aanpassingen*, 25 oktober 2012.

Europese Commissie, *Press Release Database*, 21 oktober 2015.

Eurostat, *Multinationale onderneming*, 2020.

Geschiedenis OESO', permanentevertegenwoordigingen.nl.

'Internetconsultaties over maatregelen om belastingontwijking aan te pakken gestart', rijksoverheid.nl 4 maart 2021.

'Multi-country analyse of existing transfer pricing simplification measures', oecd.org, 10 juni 2011.

'Rapport adviescommissie belastingheffing van multinationals', rijksoverheid.nl 14 april 2020, p. 13.

'Reactie Atlas Fiscalisten N.V. Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl.

'Reactie Deloitte Belastingadviseurs B.V. Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl.

'Reactie De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl.

'Reactie Houthoff Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl.

'Toetsingskader', raadvanstate.nl.

Vakstudie Inkomstenbelasting, artikel 3.8 Wet IB 2001, aant. 1.1 en 1.4 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

Vakstudie Nieuws (V-N 2021/13.7), p. 4.

Vakstudie Venootschapsbelasting, artikel 3.8 Wet IB 2001, aant. 6.5 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

Vakstudie Venootschapsbelasting, artikel 8b Wet VpB 1969, aant. 3.2 (online, laatst geraadpleegd op 20 juni 2021).

'Verrekenprijsverschillen', internetconsultatie.nl 2021.