



Internationaal Belastingrecht. Verrekenprijzen, toepassing van het arm's-lengthbeginsel en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen)

14 november 2013

nr. IFZ 2013/184M

Directoraat-Generaal voor Fiscale Zaken, Directie Internationale Fiscale Zaken

De Staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten.

Ten aanzien van grensoverschrijdende transacties bestaat binnen de OESO-lidstaten overeenstemming omtrent het zogenoemde arm's-lengthbeginsel, zoals dat is opgenomen in artikel 9 van het OESO-modelverdrag. In het OESO-commentaar op artikel 9 van het OESO-modelverdrag en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen) wordt het arm's-lengthbeginsel van een nadere invulling voorzien.

Het arm's-lengthbeginsel is in Nederland gecodificeerd in het jaar 2002 door artikel 8b Wet VPB 1969. Omdat de OESO-richtlijnen een internationaal geaccepteerde invulling geven aan het arm's-lengthbeginsel zie ik de OESO-richtlijnen als een passende uitleg en verduidelijking van het in artikel 8b Wet VPB 1969 omschreven beginsel.

In dit besluit wordt nadere invulling gegeven aan het arm's-lengthbeginsel. Het richt zich met name op aspecten waar de OESO-richtlijnen ruimte laten voor een eigen invulling of waar sprake is van onduidelijkheid.

1. Inleiding

1.1 Gebruikte afkortingen en termen

OESO-richtlijnen Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
OESO Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

Voor zover de term functie(s) wordt gebruikt, zal hiermee worden bedoeld: functie(s), rekening houdend met de gebruikte activa en de gelopen risico's.

In dit besluit wordt ter verduidelijking tussen haken verwezen naar corresponderende hoofdstukken of paragrafen in de OESO-richtlijnen waarop de besluittekst betrekking heeft.

1.2 Aanleiding van het besluit

Dit besluit vervangt de besluiten van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M en van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M die betrekking hadden op het arm's-lengthbeginsel. Dit besluit geeft eveneens aandacht aan recente ontwikkelingen.

Belangrijke wijzigingen ten opzichte van de hierboven genoemde twee besluiten zijn:

- Een meer uitgebreide beschrijving van de toepassing van het arm's lengthbeginsel (par. 2.1).
- Aanpassingen als gevolg van relevante wijzigingen in wet- en regelgeving of jurisprudentie (diverse paragrafen).
- Aanpassingen als gevolg van de wijzigingen in de OESO-richtlijnen (nieuwe versie in 2010).
- Een beperktere toelichting op het gebruik van de diverse verrekenprijsmethoden zoals in de OESO-richtlijnen beschreven (par. 3).
- Een verduidelijking met betrekking tot de lijst van aandeelhoudersactiviteiten: deze worden niet aangemerkt als concerndiensten voor zover ze geen economische of commerciële waarde toevoegen ten behoeve van concernonderdelen en indien en voor zover dat concernonderdeel daarvoor normaliter niet bereid zou zijn te betalen (par. 6.2).
- Met deze verduidelijking wordt aansluiting gezocht bij de bevindingen van het Joint Transfer Pricing Forum inzake concerndiensten in het door haar gepubliceerde 'Guidelines on low value adding services'.
- Een verduidelijking die inhoudt dat kosten van corporate governance ook gemengde kosten kunnen zijn (par. 6.2).
- De vervanging in par. 12 van de tekst over financiële dienstverlening door de tekst over financieringstransacties (mede naar aanleiding van BNB 2012/37).

Er kunnen situaties bestaan waarin sprake is van een onzakelijke verschuiving van winst waarvan



bestrijding passend is. In dit besluit wordt voor een aantal situaties aangegeven langs welke lijnen bestrijding plaatsvindt:

- Immateriële vaste activa (par. 8).
- Inkopen in concernverband (par. 9).
- Interne herverzekeringsactiviteiten (par. 11).

Ook de volgende nieuwe thema's zijn opgenomen:

- De relatie met het EU Joint Transfer Pricing Forum (par. 1.5).
- Garantstelling bij leningovereenkomsten (par. 10).
- Documentatieverplichting (par. 14).
- Vroegtijdig overleg (par. 15).

De volgende thema's zijn niet meer opgenomen:

- Administratieve benaderingen voor het vermijden en oplossen van geschillen over verrekenprijzen (par. 3 besluit IFZ 2001/295). Dit als gevolg van de publicatie van het besluit IFZ 2008/248.
- Winsttoerekening aan hoofdhuis en vaste inrichting (par. 10 besluit IFZ 2001/295). Dit als gevolg van de publicatie van het besluit IFZ 2010/457.
- Verrekening van bronheffing (par. 6 besluit 2004).

In vergelijking met de teksten van de besluiten van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M en van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M zijn er ook tekstuele wijzigingen aangebracht om de inhoud te verduidelijken of de teksten beter leesbaar te maken zonder dat een inhoudelijke wijziging is beoogd.

1.3 Verrekenprijzen en toezicht

Bij het beoordelen van verrekenprijzen dient in ogenschouw te worden genomen, zoals ook in de OESO-richtlijnen wordt vermeld, dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. Op grond daarvan wordt voorts aangegeven dat belastingdiensten worden aangespoord bij hun aanpak flexibel te zijn en niet te eisen dat de belastingplichtige zijn verrekenprijzen vaststelt met een nauwkeurigheid die, gezien alle feiten en omstandigheden, onrealistisch is. Ook de Nederlandse Belastingdienst zal deze uitgangspunten in acht nemen.

Ook op het gebied van verrekenprijzen past een constructieve samenwerking tussen Belastingdienst en belastingplichtige en is het van belang dat beide partijen begrip hebben voor positie en belangen van de ander. Onduidelijkheden kunnen worden voorkomen door middel van het maken van afspraken vooraf.

Het voorgaande neemt niet weg dat er situaties kunnen bestaan waarin sprake is van een onzakelijke verschuiving van winst en bestrijding passend is. In dit besluit wordt voor een aantal situaties aangegeven langs welke lijnen bestrijding plaatsvindt. Bij de bestrijding zal binnen de Belastingdienst de Coördinatiegroep Verrekenprijzen zo nodig met de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering en de Coördinatiegroep Constructiebestrijding samenwerken.

1.4 Relatie met de OESO-richtlijnen

Op een aantal punten laten de OESO-richtlijnen ruimte voor een eigen invulling. Op een aantal andere punten vraagt de praktijk om een verduidelijking van de OESO-richtlijnen. Dit besluit geeft op deze punten inzicht in de Nederlandse standpunten en heft waar mogelijk bestaande onduidelijkheden op.

De OESO-richtlijnen zijn nog volop in ontwikkeling en worden regelmatig uitgebreid en aangepast. In 2010 zijn de OESO-richtlijnen gewijzigd door een aanpassing van de hoofdstukken 1 t/m 3 en de toevoeging van een nieuw hoofdstuk 9. Indien nodig zal ook het onderhavige besluit aan nieuwe ontwikkelingen worden aangepast.

In dit besluit wordt ter verduidelijking tussen haken verwezen naar corresponderende hoofdstukken of paragrafen in de OESO-richtlijnen waarop de besluittekst betrekking heeft. Daarbij wordt uitgegaan van de versie zoals die in juli 2010 door de OESO is gepubliceerd.

1.5 Relatie met het EU Joint Transfer Pricing Forum

Een belangrijke taak van het EU Joint Transfer Pricing Forum is het wegnemen van dubbele belastingheffing en het wegnemen van administratieve obstakels die een efficiënte toepassing van de verrekenprijzeregels in de weg staan. Nederland volgt zoveel mogelijk de aanbevelingen van het EU Joint Transfer Pricing Forum, behalve waar Nederland een voorbehoud maakt.



1.6 Coördinatie van de uitvoering

De coördinatie van de uitvoering op het terrein van verrekenprijzen binnen de Belastingdienst is in handen van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen. Ik verwijs hiervoor naar het Besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1339M.

2. Het arm's-lengthbeginsel (Hoofdstuk I en III)

2.1 Algemeen

Inleiding

In artikel 9 van het OESO Modelverdrag is het arm's-lengthbeginsel gedefinieerd (zie tevens par. 1.6 van de OESO-richtlijnen).

Het arm's-lengthbeginsel is in Nederland gecodificeerd in het jaar 2002 door artikel 8b Wet VPB 1969. Het uitgangspunt van het arm's-lengthbeginsel is dat gelieerde ondernemingen voor fiscale doeleinden worden verondersteld onderling te handelen zoals onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden zouden doen.

Dat betekent dat een resultaat dient te worden bereikt waarin de fiscale winst die gelieerde ondernemingen behalen op hun onderlinge transacties vergelijkbaar is met de winst die onafhankelijke ondernemingen onder vergelijkbare omstandigheden met vergelijkbare transacties zouden behalen. De OESO-richtlijnen beogen inzicht te geven in de wijze waarop het arm's-lengthbeginsel in de praktijk dient te worden toegepast.

Gelet op bovenstaande ga ik ervan uit dat de OESO-richtlijnen in beginsel een directe werking hebben in de Nederlandse rechtspraak.

Daarnaast spelen de OESO-richtlijnen in internationaal verband een belangrijke rol bij verdragstoepassing en het voorkomen van dubbele belastingheffing.

Gezien het belang van het arm's-lengthbeginsel wordt in deze paragraaf eerst stilgestaan bij de algemene visie op de toepassing van het beginsel zoals deze verwoord is in de OESO-richtlijnen.

De toepassing van het arm's-lengthbeginsel

Het uitgangspunt voor de toepassing van het arm's-lengthbeginsel is de transactie zoals die tussen de gelieerde partijen is vormgegeven (par. 1.64 OESO-richtlijnen). Het contract vormt het uitgangspunt, tenzij het feitelijke gedrag van de betrokken partijen daarvan afwijkt (par. 1.48 en par. 1.53 OESO-richtlijnen). Indien een schriftelijke overeenkomst ontbreekt dan dienen de contractuele verhoudingen te worden afgeleid uit het gedrag van partijen en de economische principes die ten grondslag liggen aan hun relatie (par. 1.52 OESO-richtlijnen).

Het startpunt van de arm's-lengthtoets wordt gevormd door de vergelijkbaarheidsanalyse, de zoektocht naar vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden. De functionele analyse van de bij de transactie betrokken partijen vormt de kern van deze vergelijkbaarheidsanalyse. De uitgeoefende functies, de daarmee gepaard gaande risico's en de gebruikte activa bepalen immers de beloning voor de betrokken partijen.

De arm's-lengthtoets van par. 1.6 wordt toegepast op de voorwaarden waaronder de gelieerde partijen een transactie zijn aangegaan. Daarbij worden zij vergeleken met de voorwaarden die onafhankelijke partijen bij vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden zouden zijn overeengekomen. De prijs is in dit kader slechts één van de voorwaarden (par. 1.7 OESO-richtlijnen). Indien de voorwaarden tussen de gelieerde partijen afwijken van die welke tussen onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, kan het gevolg daarvan voor de fiscale winst worden gecorrigeerd.

Bij deze vergelijking van voorwaarden speelt een aantal uitgangspunten een belangrijke rol. Zo bepaalt paragraaf 1.34 OESO-richtlijnen dat rekening moet worden gehouden met de realistisch beschikbare alternatieven van de betrokken partijen onder arm's length voorwaarden en het feit dat onafhankelijke partijen alleen een transactie aan zullen gaan wanneer zij geen duidelijk aantrekkelijker alternatief voor handen hebben. Verder is in paragraaf 9.63 van de OESO-richtlijnen bepaald dat de vergelijking van de voorwaarden vanuit het perspectief van alle bij de transactie betrokken partijen dient plaats te vinden.

Als alleen de prijs van de gelieerde transactie afwijkt van de prijs die tussen onafhankelijke derden tot stand zou zijn gekomen dient voor fiscale doeleinden een prijsaanpassing plaats te vinden. Indien andere voorwaarden dan de prijs afwijken en een aanpassing van de fiscale winst door middel van een prijsaanpassing niet mogelijk is, dan kunnen de gevolgen van dergelijke onzakelijke voorwaarden voor fiscale doeleinden worden aangepast of genegeerd (par. 1.47-1.50 OESO-richtlijnen en par. 9.38 OESO-richtlijnen). In de praktijk kunnen zich situaties voordoen waarin voor een bepaalde gehanteerde voorwaarde, bijvoorbeeld een bepaalde risico-allocatie, niet aannemelijk gemaakt kan worden



dat (en op welke wijze) een soortgelijke vergelijkbare voorwaarde in ongelieerde verhoudingen bestaat. Paragraaf 9.36 bepaalt dat dit op zich nog geen reden is voor het negeren van een dergelijke risico-allocatie. Wel zou dit een reden kunnen zijn om de economische rationaliteit van een dergelijke risico-allocatie te onderzoeken. Daarbij spelen volgens de OESO-richtlijnen de mate van control (beheersing) en de financiële capaciteit om het betreffende risico te dragen een belangrijke rol. In paragraaf 1.11 van de OESO-richtlijnen wordt onderkend dat gelieerde partijen transacties aangaan die onafhankelijke partijen niet zouden aangaan. In dergelijke situaties is een vergelijking van voorwaarden in de zin van paragraaf 1.6 met voorwaarden overeengekomen in vergelijkbare transacties tussen derden niet mogelijk. Het enkele feit dat vergelijkbare transacties tussen derden niet gevonden worden betekent echter nog niet dat de gelieerde transactie daarmee niet at arm's length zou zijn. In een dergelijk geval zal moeten worden onderzocht of voorwaarden kunnen worden gevonden waaronder het denkbaar is dat onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden toch een dergelijke transactie zouden aangaan. Ook voor dergelijke situaties worden richtlijnen gegeven in de OESO-richtlijnen. Zo constateert paragraaf 9.173 van de OESO-richtlijnen dat een business restructuring kan leiden tot een business model dat tussen onafhankelijke partijen niet wordt aangetroffen. Paragraaf 9.174 OESO-richtlijnen bepaalt daarom dat vastgesteld moet worden of de transactie overeenkomt met wat zou resulteren uit het normale commerciële gedrag van onafhankelijke partijen. Vervolgens bepaalt paragraaf 9.175 van de OESO-richtlijnen dat het in ogenschouw nemen van de beschikbare realistische alternatieven relevant kan zijn bij de vraag of de door de gelieerde partijen gekozen vormgeving van de transactie verschilt van die welke door commercieel rationeel handelende onafhankelijke partijen zou zijn overeengekomen. Indien op deze wijze arm's-length voorwaarden voor de betreffende transactie gevonden kunnen worden dan dienen die te worden gehanteerd en dient de transactie als zodanig te worden gerespecteerd. Voor extreme gevallen, waarin gelieerde partijen niet alleen een transactie aangaan die rationeel handelende ongelieerde partijen onder vergelijkbare omstandigheden niet zouden aangaan, maar waarvoor, gelet op de wijze waarop de transactie is vormgegeven, bovendien geen arm's-length voorwaarden gevonden kunnen worden is het voor de Belastingdienst mogelijk de transactie als zodanig ter discussie te stellen (zie par. 1.65 van de OESO-richtlijnen). Zonder de mogelijkheid van paragraaf 1.65 om de transactie zelf ter discussie te stellen zou in een dergelijk geval de contractuele vormgeving toepassing van het arm's-lengthbeginsel onmogelijk maken. In dergelijke extreme gevallen dient op grond van paragraaf 1.65 eerst onderzocht te worden of de transactie geherkwalificeerd kan worden in een andere transactie waarvoor wel arm's-length voorwaarden te vinden zijn. Indien herkwalificatie niet tot een arm's-length uitkomst leidt, dan rest slechts het volledig negeren van de gevolgen van de transactie voor de fiscale winst. Een dergelijk volledig negeren komt pas aan de orde wanneer het gelet op de vormgeving van de transactie, ook na een eventuele herkwalificatie, het voor de Belastingdienst onmogelijk is om passende arm's length voorwaarden vast te stellen. Het herkwalificeren of het negeren vindt plaats ten behoeve van de fiscale winstbepaling.

2.2 Aggregatie van transacties (paragraaf 3.9 – 3.12)

Op basis van de OESO-richtlijnen dient de arm's-length vergoeding in principe op transactiebasis te worden bepaald. Een dergelijke bepaling op transactiebasis kan in de praktijk problemen met zich meebrengen. Indien een beoordeling per transactie niet goed mogelijk is, bijvoorbeeld omdat sprake is van een groot aantal vergelijkbare transacties, kunnen voor de bepaling van het arm's-length karakter de transacties gezamenlijk worden beoordeeld. Van belastingplichtige wordt in die situatie verwacht dat hij kan onderbouwen dat de in aanmerking genomen verrekenprijs ten aanzien van de geaggregeerde transacties als geheel voldoet aan het arm's-lengthbeginsel.

2.3 Het gebruik van een range (paragraaf 3.55 – 3.66)

In sommige gevallen kan een eenduidige verrekenprijs niet worden bepaald. Daar de bepaling van verrekenprijzen niet als een exacte wetenschap is aan te merken, zal de toepassing van de gehanteerde verrekenprijsmethode echter veelal leiden tot een range van waarden waarbinnen de te hanteren verrekenprijs zich kan bevinden. De range wordt bepaald door de grootste en de kleinste waarde die is gevonden. Bij het gebruik van een arm's-lengthrange rijst, na het vaststellen van de range, de vraag met welke waarnemingen in de range vergeleken kan worden en tot welke waarneming gecorrigeerd kan worden.

Bij het vaststellen van de range dient onderscheid te worden gemaakt tussen situaties waarbij het vergelijkingsmateriaal bestaat uit goed vergelijkbare grootheden en de situatie waarbij gebruik wordt gemaakt van minder nauwkeurig vergelijkingsmateriaal. Wanneer het vergelijkingsmateriaal bestaat uit goed vergelijkbare grootheden, dan wordt de range samengesteld uit al deze grootheden. Wanneer gebruik wordt gemaakt van minder nauwkeurig vergelijkingsmateriaal, dan kan de noodzaak bestaan de betrouwbaarheid van het vergelijkingsmateriaal te vergroten aan de hand van statistische methoden. Een voorbeeld is de 'interquartile range' benadering (interquartiele deviatie). Door



dergelijke statistische methoden wordt de range verkleind, zodat een relevante range resteert die bestaat uit zuiverder vergelijkingsmateriaal.

Nadat de range is vastgesteld, dient beoordeeld te worden of de vergoeding van de te beoordelen transactie binnen deze range valt. In het geval de vergoeding binnen de range valt, wordt geen correctie aangebracht. In het geval de vergoeding buiten de range valt en belastingplichtige de afwijking niet gemotiveerd kan verklaren, wordt een correctie aangebracht. De OESO-richtlijnen schrijven voor dat in zo'n geval de correctie plaatsvindt tot het punt binnen de range dat zo goed mogelijk aansluit bij de feiten en omstandigheden van de betreffende concerntransactie. Als aannemelijk is dat één specifiek punt binnen de range het beste aansluit bij de voorwaarden van de concerntransactie, kan worden gecorrigeerd tot dit punt. Als een dergelijk specifiek punt niet is aan te wijzen, neemt Nederland het standpunt in dat wordt gecorrigeerd tot op de mediaan (middelste waarneming binnen de range) (zie par.3.62 OESO-richtlijnen). Het is mogelijk dat de betrokken Staat waarin de gelieerde onderneming is gevestigd de correctie tot de middelste waarneming binnen de range niet accepteert. In die situaties zal de bevoegde autoriteit van Nederland op verzoek van belastingplichtige in overleg treden met de andere betrokken Staat teneinde overeenstemming te bereiken over een punt binnen de range dat voor beide Staten acceptabel is.

Soms is sprake van een verschuiving binnen de range doordat de aanvankelijk vastgestelde verrekenprijs naar beneden of boven wordt aangepast. In die situatie dient de belastingplichtige de gewijzigde omstandigheden aannemelijk te kunnen maken op grond waarvan een aanpassing van de verrekenprijs gerechtvaardigd is. Indien geen gewijzigde omstandigheden zijn aan te wijzen waardoor een aanpassing van de verrekenprijs kan worden gerechtvaardigd, zal de wijziging van de verrekenprijs over het algemeen fiscaal zijn geïndiceerd. In die situaties zal de Belastingdienst niet akkoord gaan met de wijziging van de verrekenprijs. Voorwaarde voor het accepteren van een dergelijke verschuiving binnen de range is bovendien dat de gewijzigde prijsstelling daadwerkelijk in de tussen partijen gesloten overeenkomsten wordt vastgelegd en daadwerkelijk in rekening wordt gebracht.

2.4 Gebruik van meerjarenggegevens (paragraaf 3.75 – 3.79)

Bij de beoordeling van een transactie kan het nuttig zijn gegevens over meerdere jaren te bezien. Door het gebruik van meerjarenggegevens kan worden voorkomen dat in een bepaald jaar correcties worden aangebracht, terwijl het concern over een aantal jaren gezien een vergoeding ontvangt die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel. Het toepassen van meerjarenggegevens kan er echter ook toe leiden dat achteraf ontwikkelde inzichten worden gebruikt om een situatie te beoordelen die zich eerder heeft voorgedaan (hindsight). De OESO-richtlijnen geven aan dat door belastingdiensten geen gebruik mag worden gemaakt van dergelijke achteraf ontwikkelde inzichten. Daarom kunnen bij het gebruik van meerjarencijfers alleen gegevens over het betreffende jaar en eerdere jaren worden gehanteerd. Een uitwerking hiervan is het werken met een voortschrijdend gemiddelde. Dit leidt tot de volgende systematiek:

- Allereerst wordt getoetst of de vergoeding voor de te beoordelen transactie binnen de arm's-length range valt die voor het betreffende jaar is vastgesteld. Indien de vergoeding binnen de jaarrange valt, wordt geen correctie aangebracht.
- Indien de vergoeding buiten de jaarrange valt, wordt vervolgens een dergelijke toets herhaald op basis van (voortschrijdende) gemiddelden over een aantal jaren. De lengte van de periode die wordt meegenomen zal mede afhankelijk zijn van de lengte van de levenscyclus van het product. Valt de gemiddelde vergoeding voor de te beoordelen transactie binnen de meerjarenrange, dan wordt geen correctie aangebracht.
- Indien de te beoordelen vergoeding zowel buiten de arm's-lengthjaarrange valt, als buiten de arm's-lengthmeerjarenrange, dan wordt een correctie aangebracht conform hetgeen bij punt 2.3 is beschreven.

2.5 Het effect van overheidsbeleid (paragraaf 1.73 – 1.77)

Sommige overheidsinterventies kunnen worden beschouwd als marktfactoren in het desbetreffende land en moeten als zodanig worden verdisconteerd in de verrekenprijs.

In paragraaf 1.77 van de OESO-richtlijnen worden twee mogelijke benaderingen beschreven voor de situatie dat een land bijvoorbeeld de betaling van een geldbedrag verhindert of blokkeert. Volgens Nederlands fiscaal recht zal de vergoeding die gerelateerd is aan de geleverde prestatie in het resultaat moeten worden verantwoord, maar kan het in overeenstemming met goedkoopmansgebruik zijn om een vordering die naar aanleiding van het leveren van prestaties is ontstaan (gedeeltelijk) af te waarderen. De met de transactie samenhangende kosten kunnen daarbij in aanmerking worden genomen. Uiteraard dient bij het ontstaan van de vordering te worden beoordeeld of er omstandigheden zijn te onderkennen die tot de conclusie zouden moeten leiden dat geen sprake is van een vordering, maar van het verstrekken van kapitaal (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 27 januari 1988, nr.



23.919) of dat er sprake is van een onzakelijke lening waarbij een afwaardering niet ten laste van het resultaat gebracht kan worden (zie bijvoorbeeld Hoge Raad HR 25 november 2011, 08/05323). Daarnaast geldt uiteraard dat de belastingplichtige een afwaardering aannemelijk moet kunnen maken.

2.6 Verzoeken om verlaging van een verrekenprijscorrectie (paragraaf 3.13 – 3.17)

Een belastingplichtige kan bij een boekenonderzoek van de Belastingdienst een verzoek indienen tot een verlaging van een voorgestelde correctie van een verrekenprijs indien hij van mening is dat bij de door de Belastingdienst voorgestelde correctie geen rekening is gehouden met compenserende transacties. Volgens de OESO-richtlijnen hebben belastingdiensten in dat geval discretionaire bevoegdheid dit verzoek al dan niet te honoreren. Het onderscheid, zoals dit in de OESO-richtlijnen wordt gemaakt, tussen het aannemelijk maken van een bewuste compensatie bij het indienen van de aangifte en het stellen (en aannemelijk maken) van een bewuste compensatie op het moment dat naar aanleiding van een boekenonderzoek door een belastingdienst correcties worden voorgesteld, is voor de Nederlandse praktijk niet relevant. In beide gevallen behoudt de belastingplichtige zijn wettelijke bezwaar- en beroepsmogelijkheden.

3. Verrekenprijsmethoden (Hoofdstuk II)

3.1 Inleiding

In hoofdstuk II van de OESO-richtlijnen worden de drie zogenoemde traditionele transactiemethoden besproken (comparable-uncontrolled-pricemethode, resale-pricemethode en de cost-plusmethode) en de zogenoemde transactional-profitmethoden (de profit-splitmethode en de transactional-net-marginmethode ofwel TNMM). Afhankelijk van de omstandigheden dient een keuze uit één van deze vijf acceptabele methoden te worden gemaakt.¹ Daarbij zeggen de OESO-richtlijnen dat belastingdiensten een verrekenprijsonderzoek dienen te starten vanuit het perspectief van de door de belastingplichtige gekozen methode (paragraaf 4.9 OESO-richtlijnen).

De Nederlandse Belastingdienst dient haar onderzoek van de verrekenprijzen conform paragraaf 4.9 van de OESO-richtlijnen altijd te starten vanuit het perspectief van de door belastingplichtige gehanteerde methode ten tijde van de transactie. Hieruit volgt dat belastingplichtige in principe vrij is in de keuze van een verrekenprijsmethode, mits de gekozen methode leidt tot een arm's-length uitkomst voor de specifieke transactie. Voor bepaalde situaties zal de ene methode echter tot betere uitkomsten leiden dan een andere. Hoewel van belastingplichtige kan worden verwacht dat hij bij zijn keuze van een verrekenprijsmethode rekening houdt met de betrouwbaarheid van de methode voor de betreffende situatie, is het uitdrukkelijk niet de bedoeling dat belastingplichtige alle methoden beoordeelt en vervolgens onderbouwt waarom de door hem gekozen methode onder de gegeven omstandigheden tot de beste uitkomst leidt (de zogenoemde 'best method rule'). In sommige situaties kan ook een combinatie van methoden worden gebruikt. Belastingplichtige is echter niet verplicht om meerdere methoden te hanteren. Wel zal de belastingplichtige zijn keuze aannemelijk moeten maken.

3.2 Aandachtspunten bij toepassing van de cost-plusmethode

Budgettering versus werkelijke kosten

Over het algemeen zullen prijzen vooraf worden vastgesteld op basis van de gebudgetteerde kosten. Indien de daadwerkelijke uitgaven die samenhangen met de transacties hoger uitvallen dan deze gebudgetteerde kosten, is het afhankelijk van de oorzaak of dit verschil zal leiden tot een prijsaanpassing. In het algemeen kan ervan uit worden gegaan dat hogere uitgaven als gevolg van inefficiëntie voor rekening van de contractpartij komen die de prestaties verricht. Dit is immers de contractpartij die deze uitgaven kan beïnvloeden. Een onafhankelijke afnemer zal in deze situatie een prijsaanpassing niet accepteren.

Voorwaarde voor een juiste vaststelling van de verrekenprijzen op basis van budgetten is dat deze budgetten op een bedrijfseconomisch juiste wijze worden vastgesteld.

Verschotten

Kosten met een 'verschot' karakter kunnen buiten de kostengrondslag blijven. Hiertoe worden die kosten gerekend die in eerste instantie betaald zijn door de uitvoerende contractpartij maar in het algemeen afzonderlijk in rekening gebracht plegen te worden aan de opdrachtgever, zoals leges,

¹ zie par. 2.9 OESO-richtlijnen wanneer hiervan kan worden afgeweken.



griffiekosten en kosten van dienstverlening. Deze kosten zijn weliswaar gerelateerd aan door de uitvoerende contractspartij uitgeoefende functies, maar rechtvaardigen naast de doorbelasting van de kosten geen afzonderlijke vergoeding. De vraag in welke gevallen er sprake is van dergelijke kosten zal in het algemeen afhangen van de vraag of een ongelieerde contractspartij bij de doorbelasting van dergelijke kosten geen winstopslag zou berekenen. Ik verwijs hiervoor tevens naar par. 2.93 van de OESO-richtlijnen.

4. Secondary adjustments (paragraaf 4.66 – 4.76)

Paragrafen 4.66 – 4.76 van de OESO-richtlijnen behandelen de gevolgen van secondary transactions. In veel landen blijft het aanbrengen van een verrekenprijscorrectie niet beperkt tot een correctie op de winst maar is tevens vereist dat door het aanbrengen van een secondary transaction uit de administratie blijkt hoe de correctie in de winst- en verliesrekening en de balans van belastingplichtige is verwerkt. Een secondary transaction kan bijvoorbeeld een verrekening in rekening courant, een uitdeling van winst, of een informele kapitaalstorting zijn. Vanuit de Nederlandse optiek is verwerking van de verrekenprijscorrectie door middel van een secondary transaction altijd noodzakelijk. Uit een secondary transaction kan een secondary adjustment voortvloeien, bijvoorbeeld het in aanmerking nemen van rente over de ontstane vordering of het naheffen van dividendbelasting over een uitdeling van de winst. Niet alle landen gaan van een zelfde systeem uit. Dit kan er toe leiden dat de andere betrokken Staat niet bereid is om bijvoorbeeld de als secondary adjustment nageheven dividendbelasting te verrekenen omdat de fictieve dividenduitkering niet wordt erkend. Indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat – gezien het verschil in belastingssystemen tussen de betrokken Staten – de dividendbelasting niet kan worden verrekend en er geen sprake is van misbruik dat is gericht op het ontgaan van dividendbelasting, wordt de secondary adjustment achterwege gelaten.

5. Arm's-lengthprijsbepaling wanneer de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is (paragraaf 6.28 – 6.35)

Bij de overdracht van immateriële activa zoals bijvoorbeeld octrooien, kan het moeilijk zijn om op het moment van de overdracht de waarde daarvan vast te stellen omdat onvoldoende inzicht bestaat in de toekomstige voordelen en risico's. In paragraaf 6.34 van de OESO-richtlijnen wordt voor die gevallen opgemerkt dat indien onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden hebben geëist een belastingdienst moet worden toegestaan de prijsstelling op basis van een dergelijke clausule te bepalen². Gedoeld wordt op een regeling waarbij de vergoeding in de pas loopt met de voordelen die het immateriële activum in de toekomst genereert. Het overeenkomen van een voordeelafhankelijke vergoeding draagt er toe bij dat de belastingheffing meer aansluit bij de werkelijk behaalde voordelen. Ook de Nederlandse belastingdienst zal onder omstandigheden het standpunt innemen dat het onzakelijk is een vaste prijs overeen te komen wanneer de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is, daar onafhankelijke derden in een soortgelijke situatie geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen. In dergelijke gevallen dient een aanpassingsclausule te worden opgenomen in de overeenkomst tussen de gelieerde partijen waarbij de prijs mede afhankelijk is van de latere inkomsten. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een nieuw immaterieel activum is ontwikkeld dat aan een gelieerde onderneming wordt overgedragen op een moment dat het succes daarvan nog onvoldoende zichtbaar is, bijvoorbeeld omdat het immateriële activum nog geen opbrengsten heeft gegenereerd en aan het inschatten van de toekomstige opbrengsten belangrijke onzekerheden zijn verbonden. In die situatie is de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker en ligt het opnemen van een prijsaanpassingsclausule in de rede (zie bijvoorbeeld ook Hoge Raad 17 augustus 1998, nr. 32.997).

In aanvulling op het bovenstaande merk ik het volgende op. In de situatie waarin een immaterieel actief wordt overgedragen aan een (buitenlandse) concernvennootschap en dit immaterieel actief vervolgens grotendeels (i.e. voor meer dan 50%) aan de overdragende Nederlandse vennootschap en/of aan in Nederland gevestigde verbonden lichamen van deze vennootschap in licentie wordt gegeven, zal een prijsaanpassingsclausule geacht worden te zijn overeengekomen, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat i) er zakelijke motieven voor de transactie zijn en ii) de waardering op het moment van het sluiten van de overeenkomst zodanig bepaalbaar is, dat onafhankelijke ondernemingen niet een prijsaanpassingsclausule zouden hebben verlangd. Voor overige situaties blijft gelden dat in individuele gevallen beoordeeld dient te worden of onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden hebben geëist. Wellicht ten overvloede wordt opgemerkt dat een prijsaanpassingsclausule kan leiden tot zowel een opwaartse als neerwaartse aanpassing van de oorspronkelijk overeengekomen prijs.

² In par. 9.88 van de OESO-richtlijnen wordt daarnaast ook de mogelijkheid van heronderhandeling opengelaten indien bij afwijkende waarden ongelieerde partijen ook tot heronderhandeling zouden zijn overgegaan.



I Met voorgaande situatie worden materieel gelijkgesteld situaties waarin een Nederlandse groepsmaatschappij na overdracht van een immaterieel actief aan een buitenlandse groepsmaatschappij economisch gezien een vergoeding gaat betalen voor het gebruik van het overgedragen immaterieel actief. Dit kan het geval zijn als deze vergoeding verdisconteerd is in de prijs van een goed of dienst.

Hierbij dient voornoemde 'grotendeels'-toets op overeenkomstige wijze te worden toegepast.

6. Dienstverlening in concernverband (Hoofdstuk VII)

6.1 Inleiding

Volgens de OESO-richtlijnen is sprake van een concerndienst als ten behoeve van een concernonderdeel een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat concernonderdeel normaliter bereid zou zijn te betalen. Het gaat daarbij niet om activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht.

Bij de te hanteren methode voor het bepalen van de verrekenprijs kan een keus worden gemaakt uit een van de hiervoor in onderdeel 2.1. besproken methoden. In de praktijk blijkt dat vaak gekozen wordt voor een kostengerelateerde beloning. Op basis van een functionele analyse zal eerst vastgesteld moeten worden of de beloning voor de betreffende concerndiensten op deze wijze dient te worden vastgesteld. Deze methode zal doorgaans alleen kunnen worden toegepast voor de meer routinematige diensten.

Bij de toepassing van deze methode zal in beginsel slechts sprake kunnen zijn van een arm's-lengthvergoeding als bij het bepalen van de vergoeding rekening is gehouden met een passende winstopslag. Alleen in specifieke situaties zoals ook beschreven in paragraaf 7.33 van de OESO-richtlijnen kan er mogelijk reden zijn om van een winstopslag af te zien.

Met betrekking tot het doorbelasten van concerndiensten wordt in de OESO-richtlijnen een duidelijke voorkeur uitgesproken voor een directe methode (paragraaf 7.20). In de praktijk blijkt echter ook veel gebruik te worden gemaakt van een indirecte methode, omdat het toepassen van de directe methode tot belangrijke praktische problemen leidt. Nederland zal bij het bestaan van dergelijke praktische problemen aansluiten bij de door belastingplichtige gekozen indirecte methode. Uiteraard geldt ook hier dat de methode wel tot een betrouwbaar resultaat moet leiden waarbij de uitkomsten in overeenstemming zijn met het arm's-lengthbeginsel. Als verdeelsleutel zou relevant kunnen zijn de verhouding tussen bijvoorbeeld omzet, het aantal personeelsleden of de personeelskosten. Een verdeelsleutel waarbij de in rekening te brengen vergoeding afhankelijk is van de winst, zal niet snel leiden tot een uitkomst die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel.

6.2 Concerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten

In paragraaf 6.1 is aangegeven dat volgens het arm's-lengthbeginsel sprake is van een concerndienst als ten behoeve van een concernonderdeel een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat concernonderdeel normaliter bereid zou zijn te betalen. Het gaat daarbij niet om activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht.

De activiteiten die worden genoemd in de hierna opgenomen lijst van aandeelhoudersactiviteiten worden geacht in de hoedanigheid van aandeelhouder te zijn verricht en worden derhalve niet aangemerkt als concerndiensten voor zover ze geen economische of commerciële waarde toevoegen ten behoeve van concernonderdelen en indien en voor zover dat concernonderdeel daarvoor normaliter niet bereid zou zijn te betalen. De belastingplichtige behoort ter zake van dat deel van de activiteiten daarom geen vergoeding in rekening te brengen aan andere groepsmaatschappijen. Onder elke categorie activiteiten wordt een aantal voorbeelden genoemd van activiteiten die daaronder vallen.

Lijst van aandeelhoudersactiviteiten

1. Activiteiten die samenhangen met de wettelijke structuur van de vennootschap zelf
 - 1.1. Uitvoering van vereisten boek 2 Burgerlijk Wetboek
 - het organiseren, voorbereiden en houden van de aandeelhoudersvergadering
 - de activiteiten rondom het opstellen en goedkeuren van de jaarrekening en het deponeren bij de Kamer van Koophandel
 - de activiteiten van de Raad van Commissarissen voor zover het de uitvoering van zijn wettelijke toezichtstaken betreft
 - de activiteiten van de Ondernemingsraad
 - 1.2. Uitvoering AWR, voor zover het fiscale verplichtingen van de vennootschap zelf betreft
 - het voeren van een administratie
 - het voldoen aan de bewaarplicht
 - het doen van fiscale aangiftes



- het voldoen aan de informatieplicht
- 2. Activiteiten die samenhangen met de plaatsing/uitgifte/splitsing van aandelen in de vennootschap zelf, of vergelijkbare waardepapieren op de kapitaalmarkten en activiteiten m.b.t. het aanvragen/aanhouden van een (buitenlandse) beursnotering van de vennootschap zelf
 - het voldoen aan de toelatingsvereisten tot een aandelenmarkt
 - de activiteiten die samenhangen met de beursnotering, bijvoorbeeld opstellen van de formulieren die aan de Amerikaanse SEC worden verstrekt in het kader van de notering, (gratis) ter beschikking stellen van jaarrekening, jaarverslag etc.
 - het lidmaatschap van de verenigingen en andere instanties die de aandelenbeurzen vertegenwoordigen
- 3. Activiteiten die samenhangen met de invoering en handhaving van wettelijke regels inzake toezicht op aandelentransacties
 - de invoering en het onderhouden van een registratiesysteem op grond van de Wet op het financieel toezicht (WFT)
 - het melden van aandelentransacties door personeel van de vennootschap onder deze wetgeving
- 4. Activiteiten die samenhangen met de invoering van en voldoening aan wettelijke regels en gedragsregels inzake 'corporate governance' bij de vennootschap zelf of de groep als geheel³
 - het invoeren van door wet- en regelgeving voorgeschreven 'corporate governance' toezicht, inclusief het opnemen van een paragraaf hierover in het jaarverslag
 - verslag/rapportage over het gevoerde/te voeren milieubeleid, sociaal beleid en beleid ten aanzien van duurzaam ondernemen
- 5. Activiteiten die samenhangen met rapportages aan diverse belanghebbenden betreffende de vennootschap zelf of de groep als geheel
 - persconferenties en overige communicatiekosten met aandeelhouders en andere belanghebbenden, zoals financieel analisten, voor zover de communicatie verband houdt met externe verslaggeving, financiële prestaties en toekomstverwachtingen van de vennootschap zelf of de groep als geheel.

Bovengenoemde lijst is niet limitatief. Dat wil zeggen dat voor activiteiten die niet op deze lijst zijn opgenomen, steeds afzonderlijk beoordeeld dient te worden of sprake is van concerndiensten dan wel activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht.

Bij de kwalificatie van de activiteiten als concerndiensten of aandeelhoudersactiviteiten kan er sprake zijn van 'gemengde' activiteiten. Met gemengde activiteiten wordt bedoeld op activiteiten verricht door een afdeling of andere binnen het concern opererende groep van personen die voor een deel als concerndiensten kwalificeren en voor een ander deel als aandeelhoudersactiviteiten. Voorbeelden van gemengde activiteiten zijn consolidatieactiviteiten, activiteiten op het gebied van fusies en overnames ('M&A'), activiteiten die samenhangen met de invoering van en voldoening aan wettelijke regels en gedragsregels inzake 'corporate governance' en activiteiten van de Raad van Bestuur. Daarbij kan de kwalificatie van de activiteiten als concerndiensten of aandeelhoudersactiviteiten plaatsvinden op basis van elke methode die leidt tot een uitkomst die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel.

Ter illustratie van situaties waarin sprake is van activiteiten met een gemengd karakter dienen de volgende voorbeelden.

Voorbeeld A (consolidatieactiviteiten)

Een concern hanteert een managementinformatiesysteem waarin de resultaten van alle groepsmaatschappijen worden opgenomen. Deze informatie wordt zowel gebruikt voor budgetbeslissingen, aansturing en beoordelingen van de betreffende groepsmaatschappijen als voor het opstellen van kwartaal-, halfjaar- en jaarlijkse consolidatieopstellingen die de basis voor de jaarrekening vormen. Voor wat betreft het opzetten en onderhouden van het managementinformatiesysteem en het verwerken van de informatie voor aansturing van de groepsmaatschappijen is sprake van concerndiensten. Voor wat betreft het uiteindelijk op basis van de aldus verkregen informatie samenstellen van de periodieke geconsolideerde cijferopstellingen van de (tussen)houdstermaatschappij is sprake van activiteiten die als aandeelhouder worden verricht.

Voorbeeld B (fusie- en overnameactiviteiten)

Een afdeling op het Europese hoofdkantoor van het concern houdt zich bezig met fusies en overnames. Het concern heeft in Europa een extra productielocatie nodig en de afdeling analyseert welke

³ De groep als geheel bestaat uit de vennootschap zelf en haar directe en indirecte dochtermaatschappijen.



bedrijven in de verschillende Europese landen in aanmerking komen voor een potentiële overname die door het Europese hoofdkantoor zelf zal worden verricht. De analyse van de afdeling fusies en overnames is een activiteit die wordt verricht in de hoedanigheid van aandeelhouder en ter zake van deze activiteit behoort derhalve geen vergoeding van de groepsmaatschappijen gevraagd te worden.

Voorbeeld C (fusie- en overnameactiviteiten).

De afdeling fusies en overnames in voornoemd voorbeeld analyseert welke bedrijven op continent X (niet Europa) in aanmerking komen voor een potentiële overname om het marktaandeel in dat continent te vergroten. De analyse leidt tot een overname van een bedrijf door het regionale hoofdkantoor van continent X. Er wordt een concerndienst aan het regionale hoofdkantoor van continent X verricht. Ter zake van deze activiteit dient een bedrag in rekening gebracht te worden dat leidt tot een arm's-lengthbeloning.

Voorbeeld D (fusie- en overnameactiviteiten).

Een afdeling van het concern die zich bezig houdt met fusies en overnames assisteert een overgenomen bedrijf bij de juridische implementatie van de overname (bijvoorbeeld het van de beurs halen van de aandelen), bij de aanpassingen aan het systeem en huisstijl van het concern en het opzetten en uitvoeren van het draaiboek voor het personeel. Door deze assistentie wordt economische en/of commerciële waarde toegevoegd aan de overgenomen groepsmaatschappij waarvoor een onafhankelijke derde in vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn te betalen. Er wordt een concerndienst aan de betreffende groepsmaatschappij verricht. Ter zake van deze activiteit dient een bedrag in rekening gebracht te worden dat leidt tot een arm's-lengthbeloning.

Zekerheid vooraf

Desgewenst kan zekerheid vooraf van de inspecteur worden verkregen over de vraag of er sprake is van een concerndienst ten behoeve van groepsmaatschappijen dan wel van een activiteit die als aandeelhouder wordt verricht. Dergelijke verzoeken worden aangemerkt als verzoeken waarop het Instelbesluit Coördinatiegroep Verrekenprijzen, besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1339M, van toepassing is. Mocht belastingplichtige zowel zekerheid willen hebben ten aanzien van de kwalificatie van de activiteiten als ten aanzien van het arm's-lengthkarakter van de verrekenprijzen, dan kan hij verzoeken om een Advance Pricing Agreement (zie het besluit Procedure voor een behandeling van verzoeken om zekerheid vooraf ten aanzien van in grensoverschrijdende transacties te hanteren verrekenprijzen (advance pricing agreements), van 11 augustus 2004, nr. IFZ 2004/124M).

6.3 'Ondersteunende' diensten

In paragraaf 6.1 van dit besluit is aangegeven dat in beginsel slechts sprake zal kunnen zijn van een arm's-lengthbeloning voor verleende concerndiensten als bij het bepalen van de vergoeding rekening is gehouden met een passende winstopslag. In de praktijk wordt een dergelijke arm's-lengthbeloning voor concerndiensten veelal bepaald volgens de cost-plusmethode (dat wil zeggen dat de opslag een percentage is van de kosten) met een kostengrondslag op basis van de (voorgecalculeerde) directe en indirecte kosten. De opslag dient in beginsel ruimte te bieden voor dekking van de overheadkosten alsmede voor het behalen van een passende winst.

Het uitgangspunt van het hanteren van een arm's-lengthbeloning met een passende winstopslag blijft gehandhaafd. Op basis van een kosten/batenanalyse overeenkomstig paragraaf 7.37 van de OESO-richtlijnen is bekeken voor welke ondersteunende diensten in beginsel door de Belastingdienst geen correctie hoeft te worden aangebracht indien belastingplichtige in plaats van een arm's-lengthbeloning vast te stellen ervoor kiest om alle relevante werkelijke kosten in rekening te brengen. De conclusie hiervan is dat in het algemeen als dergelijke ondersteunende diensten zijn aan te merken diensten op het gebied van boekhouding, juridische zaken, fiscale zaken en personeelszaken. Een correctie zal in deze gevallen echter wel worden aangebracht als i) sprake is van activiteiten die behoren tot of meer dan marginaal waarde toevoegen aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern of ii) de betreffende diensten ook meer dan incidenteel aan niet-gelieerde partijen worden verleend.

Het is denkbaar dat ook voor andere dan de hiervoor genoemde ondersteunende diensten een kosten/batenanalyse overeenkomstig paragraaf 7.37 van de OESO-richtlijnen het rechtvaardigt dat in plaats van het vaststellen van een arm's-lengthbeloning alle relevante werkelijke kosten in rekening worden gebracht. Gezien de complexiteit van de organisatie van internationaal opererende bedrijven, de verschillende wijze waarop deze bedrijven zijn gestructureerd en hun bedrijfsproces hebben ingericht, is het echter niet mogelijk een uitspraak in algemene zin te doen over welke andere diensten als zodanig kunnen worden aangemerkt.

In aanvulling op vorenstaande keur ik daarom goed dat de Belastingdienst overeenkomstig paragraaf 7.37 van de OESO-richtlijnen op verzoek vooraf van belastingplichtige ook voor andere dan de



hiervoor genoemde ondersteunende diensten, goedkeuring kan verlenen dat in plaats van een arm's-lengthbeloning vast te stellen alle relevante werkelijke kosten in rekening worden gebracht mits belastingplichtige aannemelijk maakt dat de activiteiten i) niet behoren tot en niet meer dan marginaal waarde toevoegen aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern alsmede ii) niet meer dan incidenteel aan derden worden verricht. Dergelijke verzoeken worden aangemerkt als verzoeken, waarop het Instelbesluit Coördinatiegroep Verrekenprijzen, besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1339M, van toepassing is.

Of sprake is van primaire bedrijfsprocessen van het concern wordt door de Belastingdienst aan de bedrijfsvoering getoetst waarbij de volgende elementen een rol spelen:

– wat is de aard van de activiteiten?

Over het algemeen behoren de volgende activiteiten tot de primaire bedrijfsprocessen: productie, inkoop, verkoop, marketing, productontwikkeling en research and development.

– wat is de relatieve omvang van de activiteiten binnen het concern?

De relatieve omvang van de activiteiten wordt beoordeeld op basis van de totale omvang van gelijksoortige activiteiten en activiteiten die direct in het verlengde liggen van de betreffende activiteiten die binnen het concern als geheel worden verricht. Daarbij wordt gekeken naar het aantal betrokken personeelsleden, de aan de activiteit gerelateerde kosten, de met de activiteit gemoeide investering (eigen en vreemd vermogen), dan wel een combinatie van deze factoren.

– wat is de toegevoegde waarde van de activiteiten?

Relevante werkelijke kosten

Tot de in rekening te brengen relevante werkelijke kosten behoren de directe kosten en indirecte kosten die samenhangen met de betreffende ondersteunende diensten alsmede de overheadkosten. Onder de relevante kosten vallen derhalve ook financieringslasten en bijzondere lasten (zoals afvloeiingskosten, reorganisatiekosten en loon in natura). Welke kosten relevant zijn volgt uit de functionele analyse die ten grondslag ligt aan het verrekenprijssysteem van belastingplichtige.

Separate juridische entiteit

Het vorenstaande geldt ongeacht door welke juridische entiteit binnen het concern de ondersteunende diensten worden uitgevoerd. Dit betekent dat geen correctie zal worden opgelegd zowel in het geval waarin alle relevante kosten in rekening worden gebracht voor ondersteunende diensten die worden uitgevoerd in een entiteit, waarbinnen ook andere activiteiten worden verricht, als in het geval dat de ondersteunende diensten door een separate juridische entiteit worden verricht (in dat geval kan bijvoorbeeld sprake zijn van een zogenaamd shared service center).

Ter illustratie van het vorenstaande dienen de volgende voorbeelden.

Voorbeelden

Voorbeeld E.

Een concern is actief op het gebied van het verlenen van juridische diensten aan derden. Een medewerker van één van de vennootschappen van het concern geeft aan een buitenlandse groepsmaatschappij die betrokken is bij de advisering van een cliënt omtrent een internationale transactie, een advies over lokale juridische aspecten. Ter zake van deze activiteit dient een bedrag in rekening gebracht te worden dat leidt tot een arm's-lengthbeloning omdat sprake is van activiteiten die behoren tot de primaire bedrijfsprocessen van het concern. Bovendien worden de betreffende diensten ook meer dan incidenteel aan niet-gelieerde partijen verleend.

Voorbeeld F.

Een juridische afdeling van een bank is intensief betrokken bij de vormgeving van een bankproduct dat een andere groepsmaatschappij aan wil bieden. De activiteit van de juridische afdeling is een activiteit die meer dan marginaal waarde toevoegt aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern. Om die reden zal een arm's-lengthbeloning moeten worden vastgesteld en aan de andere groepsmaatschappij in rekening worden gebracht. Er kan niet worden volstaan met het in rekening brengen van alle relevante werkelijke kosten.

Voorbeeld G.

Een helpdesk afdeling houdt zich enkel bezig met vragen van medewerkers van verschillende



groepsmaatschappijen over de werking van het computersysteem, de gebruikte software en het verhelpen van kleine gebruikersproblemen. Belastingplichtige maakt op basis van de aard van de activiteiten, de relatieve omvang van de activiteiten binnen het concern en de toegevoegde waarde van de activiteiten aannemelijk dat er geen sprake is van een primair bedrijfsproces van het concern en hij maakt tevens aannemelijk dat de activiteiten niet meer dan marginaal waarde toevoegen aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern. Op verzoek van belastingplichtige kan de Belastingdienst goedkeuren dat in plaats van een arm's-lengthbeloning vast te stellen alle relevante werkelijke kosten in rekening worden gebracht.

Voorbeeld H.

Een concern exploiteert een internationale keten van hotels. Een afdeling houdt zich bezig met het aanleggen en onderhouden van een computerapplicatie binnen het concern, waarmee het boekingsysteem, de factureringen en het voorraadsysteem worden geautomatiseerd. De activiteiten van de afdeling behoren waarschijnlijk niet tot de primaire bedrijfsprocessen van het concern maar voegen in ieder geval meer dan marginale waarde toe aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern. De belastingplichtige dient voor deze activiteit een bedrag in rekening te brengen dat leidt tot een arm's-lengthbeloning.

Voorbeeld I.

Een vennootschap houdt zich bezig met het onder aansturing en voor risico van een andere groepsvennootschap produceren van halffabrikaten ('contract manufacturer'). Dergelijke productieactiviteiten behoren naar hun aard over het algemeen tot de primaire bedrijfsprocessen van het concern. Daarnaast maken deze activiteiten, tezamen met gelijksoortige of in het verlengde liggende activiteiten (zoals bijvoorbeeld de productieactiviteiten van de opdrachtgever) over het algemeen absoluut of relatief een relevant deel van de totale activiteiten van het concern uit. Dat de toegevoegde waarde van deze activiteit op zich marginaal kan zijn, is daarom niet voldoende om de activiteit als ondersteunende activiteit aan te merken. De belastingplichtige dient voor deze activiteit een bedrag in rekening te brengen dat leidt tot een arm's-lengthbeloning.

6.4 Contract research

In bepaalde situaties waarin een concernvennootschap A (uitvoerder) een overeenkomst sluit met een concernvennootschap B (principaal) en contractueel voor rekening en risico van deze concernvennootschap B immateriële vaste activa ontwikkelt ('contract research'), kan een beloning op basis van de cost-plusmethode als arm's-lengthbeloning worden aangemerkt. Dit is het geval als de uitvoering van de contract researchactiviteiten door concernvennootschap A plaatsvindt en concernvennootschap B de researchactiviteiten aanstuurt, de kosten en risico's draagt en de economische eigenaar wordt van de ontwikkelde activa. Ieder geval dient te worden beoordeeld op grond van de feiten en omstandigheden.

Voor een antwoord op de vraag wie de researchactiviteiten aanstuurt spelen de volgende elementen een rol: de besluitvorming, planning, budgettering, het meten van prestaties, belonen, het aanpassen/herdefiniëren van werkterreinen, het vaststellen van de commercieel waardevolle gebieden en het beoordelen van de kans op (on)succesvolle research. Voor een antwoord op de vraag wie de risico's draagt, zullen in beginsel de contractuele voorwaarden worden gevolgd, tenzij de risico's niet zijn verdeeld in lijn met de uitgeoefende functies (bijv. de principaal mist de expertise om via de aansturing de contractueel aan hem toebedeelde risico's te managen of de principaal heeft te weinig eigen vermogen om het contractueel aan hem toebedeelde financiële risico te dragen) of blijkt dat de contractuele voorwaarden niet in overeenstemming zijn met de feitelijk uitgeoefende functies. De beloning van de vennootschap dient in ieder individueel geval te worden vastgesteld op basis van uitgeoefende functies, met inachtneming van gelopen risico's en gebruikte activa. Daarbij dient onder meer aandacht te worden geschonken aan de vraag of de principaal financieel in staat is om de risico's te dragen en over expertise beschikt om deze risico's adequaat te managen. Ter illustratie dienen de volgende voorbeelden.

Voorbeelden

Voorbeeld J.

Een concern heeft zijn hoofdkantoor in land X. Het concern houdt zich bezig met de productie en verkoop van consumentenproducten. Teneinde de marktpositie te behouden en waar mogelijk te verbeteren vindt continu onderzoek plaats naar de mogelijke verbetering van bestaande producten en naar de ontwikkeling van nieuwe producten. Hiertoe heeft het concern een tweetal R&D centra die zijn ondergebracht in een afzonderlijke vennootschap, gevestigd in respectievelijk land X (R&D X, als onderdeel van het hoofdkantoor) en in Nederland (R&D NL). De onderzoekprogramma's voor het



concern als geheel worden, na de strategische besluitvorming door de concernleiding, door R&D X opgesteld. R&D NL wordt vervolgens, op basis van afzonderlijke contracten, ingezet om een deel van dit onderzoeksprogramma uit te voeren. R&D NL dient de uitgewerkte projectplannen die zijn opgesteld ter uitvoering van het aan haar toebedeelde deel van het onderzoeksprogramma voor te leggen aan R&D X. R&D X keurt deze projectplannen en de daarmee samenhangende budgetten goed. Ook indien R&D NL suggesties heeft ten aanzien van aanpassing van het onderzoeksprogramma en/of de reeds voorgelegde projectplannen, dienen deze suggesties expliciet te worden voorgelegd aan R&D X. R&D NL rapporteert regelmatig aan R&D X over de voortgang van het onderzoek en de uitputting van de budgetten. Bij overschrijding van de budgetten dient R&D NL om aanvullende financiële middelen te verzoeken bij R&D X. Niet alle onderzoeksactiviteiten leiden tot succes. In de contractuele voorwaarden tussen R&D X en R&D NL is bepaald dat alle risico's die samenhangen met de ontwikkeling door R&D NL voor rekening en risico van R&D X komen. R&D X wordt eigenaar van alle juridische en economische rechten die voortvloeien uit het onderzoek. R&D X heeft voldoende eigen vermogen om de financiële risico's die samenhangen met het onderzoek te kunnen dragen. R&D X betaalt aan R&D NL een vergoeding die is berekend op basis van de cost-plusmethode.

Conclusie: de functies van R&D NL zijn beperkt tot de uitvoering van de R&D activiteiten. Deze worden uitgevoerd in opdracht en onder aansturing (daaronder begrepen controle en besluitvorming) van R&D X. De risico's die samenhangen met de R&D activiteiten komen voor rekening van R&D X. R&D X is financieel en qua expertise in staat de voor haar rekening komende risico's te dragen en te managen. De activiteiten van R&D NL zijn terecht als contract research aangemerkt. Het toepassen van de cost-plusmethode leidt in dit geval tot een arm's-lengthbeloning.

Voorbeeld K.

Een concern heeft zijn hoofdkantoor in land X. Het concern houdt zich bezig met de productie en verkoop van consumentenproducten. Teneinde de marktpositie te behouden en waar mogelijk te verbeteren vindt continu onderzoek plaats naar de mogelijke verbetering van bestaande producten en naar de ontwikkeling van nieuwe producten. De R&D activiteiten betreffende productlijn A worden uitgeoefend in Nederland en zijn ondergebracht bij een Nederlandse vennootschap (R&D NL). In deze Nederlandse vennootschap zijn tevens de Europese hoofdkantoor- en verkoopactiviteiten ondergebracht. R&D NL opereert volledig zelfstandig, binnen de kaders van de strategische besluitvorming door de concernleiding.

Ook vennootschap Y maakt deel uit van het concern. Vennootschap Y is gevestigd in land Y. Vennootschap Y heeft 2 personen in dienst, beide met een administratieve en financiële achtergrond. R&D NL en vennootschap Y zijn een overeenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan ten aanzien van de R&D activiteiten van R&D NL. Niet al deze onderzoeksactiviteiten leiden tot succes. In de contractuele voorwaarden tussen vennootschap Y en R&D NL is bepaald dat alle risico's die samenhangen met de ontwikkeling door R&D NL voor rekening en risico van vennootschap Y komen. Vennootschap Y wordt eigenaar van alle juridische en economische rechten die voortvloeien uit het onderzoek. Vennootschap Y heeft voldoende eigen vermogen om de financiële risico's die samenhangen met het onderzoek te kunnen dragen. Vennootschap Y betaalt aan R&D NL een vergoeding die is berekend op basis van de cost-plusmethode.

Conclusie: de functies van R&D NL behelzen de gehele R&D activiteit (van de besluitvorming over welk onderzoek wordt verricht tot de uitvoering zelf). R&D NL stuurt derhalve zelfstandig de R&D activiteiten aan. In de contractuele voorwaarden is bepaald dat de risico's die samenhangen met deze R&D activiteit voor rekening van vennootschap Y komen. Vennootschap Y heeft echter niet de benodigde expertise om het voor haar rekening komende risico te managen. Feitelijk wordt het risico gemanaged door R&D NL, zodat het risico ook aan R&D NL dient te worden toegerekend. Er is derhalve op basis van de feitelijke situatie geen sprake van een contract-researchactiviteit die wordt uitgevoerd door R&D NL, met als gevolg dat de toepassing van de cost-plusmethode om de beloning voor R&D NL te bepalen in deze situatie niet tot een arm's-lengthbeloning leidt.

7. Bijdragen aan een CCA (Cost contribution arrangement) (hoofdstuk VIII)

Voor CCA's dient aansluiting te worden gezocht bij het arm's-lengthbeginsel zoals uitgewerkt in de OESO-richtlijnen en in het bijzonder bij hoofdstuk 8 van de OESO-richtlijnen. Op basis van het arm's-lengthbeginsel dient de beloning te worden gerelateerd aan de uitgeoefende functies (met inachtneming van de gelopen risico's en gebruikte activa). Dit betekent dat de hoogte van de beloning van de deelnemers aan een CCA niet (wezenlijk) mag verschillen van de beloning die de betreffende bedrijven zouden ontvangen, indien zij zouden samenwerken buiten een CCA-verband.

De OESO-richtlijnen schrijven in hoofdstuk 8 voor dat het relatieve aandeel van iedere deelnemer in de bijdragen aan de CCA overeenstemt met het relatieve aandeel van die deelnemer in de totale verwachte voordelen. Of hiervan sprake is dient in de praktijk per geval beoordeeld te worden. Het arm's-lengthbeginsel brengt volgens Nederland met zich mee dat zowel het relatieve aandeel van



iedere deelnemer in de bijdragen aan de CCA als het relatieve aandeel van die deelnemer in de totale verwachte voordelen, vastgesteld worden op basis van de waarde in het economische verkeer. Indien echter aannemelijk is dat de gemiddelde relatieve toegevoegde waarde van de individuele prestaties die de verschillende deelnemers aan de CCA bijdragen ongeveer gelijk is, is het in overeenstemming met het arm's-lengthbeginsel om bij de bepaling of ieders aandeel in de totale verwachte voordelen overeenstemt met ieders aandeel in de bijdragen uit te gaan van de kostprijs van de bijdragen. Ter zake wordt verwezen naar voorbeeld P hierna. Indien belanghebbenden kiezen voor een verdeling van de verwachte voordelen op basis van de kostprijs van de bijdrage, zal hiervoor een onderbouwing nodig zijn, waaruit de gelijkheid van de gemiddelde relatieve toegevoegde waarde van de bijdrage van de deelnemers aannemelijk wordt.

Sommige landen aanvaarden het in rekening brengen van een winstopslag niet, terwijl ze wel accepteren dat een vergoeding voor het met de activiteiten gemoeide vermogen in rekening wordt gebracht. Beide methoden kunnen tot dezelfde uitkomst leiden. De keuze voor een bepaalde handelwijze kan met het oog op de aanvaardbaarheid van de in rekening gebrachte bedragen in bepaalde landen voor de Nederlandse belastingheffing worden gevolgd, mits het resultaat in overeenstemming is met de OESO-richtlijnen.

Hierna volgen enkele voorbeelden over CCA's m.b.t. R&D-activiteiten ter illustratie van de bovenstaande uitgangspunten.⁴

Voorbeelden

Voorbeeld L.

In concernvennootschap A, respectievelijk concernvennootschap B is het hoofdkantoor van continent A respectievelijk het hoofdkantoor van continent B ondergebracht. Beide houden zich bezig met de productie en verkoop van concernproducten. Beide hebben een R&D centrum. Het concern besluit onderzoek te gaan doen naar de ontwikkeling van een nieuw product. De marktvooruitzichten voor het product zijn goed, maar er dient belangrijk onderzoek plaats te vinden voordat het product klaar is voor productie en verkoop. Het product heeft potentie voor de markt in continent A en B.

Concernvennootschap A en B besluiten een cost-contributionovereenkomst te sluiten voor het verrichten van het noodzakelijke onderzoek. A stelt de onderzoekscapaciteit en de eerste ontwikkelingsresultaten ter beschikking en B stelt kennis, know how en onderzoekers ter beschikking. A en B komen een aantal momenten overeen waarop concernvennootschap A en B gezamenlijk beslissen over de volgende fase van het project. De verhouding tussen de marktwaarde van de bijdrage van A en die van B bedraagt 1:1. De totale verwachte waarde van het ontwikkelresultaat van het product is in continent A even groot als in continent B. A en B komen overeen dat ieder van de deelnemers de kosten van de eigen bijdrage draagt. Daarnaast is bepaald dat concernvennootschap A zowel juridisch als economisch eigenaar van het ontwikkelresultaat wordt voor zover het continent A betreft en concernvennootschap B wordt juridisch en economisch eigenaar van het ontwikkelresultaat voor zover het continent B betreft. De strategische projectplanning en aansturing (inclusief controle en besluitvorming van het project) vindt op een gelijkwaardige wijze plaats.

Conclusie: de cost-contributionovereenkomst leidt tot een arm's-length resultaat. Zowel A als B kunnen als deelnemer in de CCA worden aangemerkt, omdat beide deelnemers tegenover hun bijdrage een deel van het recht verkrijgen dat wordt ontwikkeld, welk recht zij bovendien zelfstandig kunnen exploiteren/gebruiken (zie paragraaf 8.10 OESO-richtlijnen). Tenslotte stemt het relatieve aandeel van beide deelnemers in de bijdragen overeen met het relatieve aandeel in de totale verwachte voordelen (d.w.z. het recht dat de deelnemers verkrijgen).

Voorbeeld M.

Concernvennootschap A houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van consumentenproducten in continent A. Concernvennootschap A heeft initieel onderzoek verricht naar de haalbaarheid van de ontwikkeling van een nieuw product. De conclusie is dat het product waarschijnlijk succesvol ontwikkeld kan worden. De marktvooruitzichten voor het product zijn goed. Het product is ook zeer geschikt voor de markt in continent B en C. Concernvennootschappen B en C houden zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van soortgelijke producten voor de markten in continent B en C.

Concernvennootschap A, B en C besluiten een zogenaamde cost-contributionovereenkomst te sluiten voor het verrichten van het onderzoek dat noodzakelijk is om het nieuwe product te ontwikkelen.

⁴ In de voorbeelden is – voor de eenvoud – geen rekening gehouden met een verschil in timing van de bijdrage door ieder van de partijen. In zakelijke verhoudingen zou bij de waardebepaling van de bijdrage wel rekening worden gehouden met dergelijke verschillen, voor zover relevant voor de waarde van de bijdrage, zodat hieraan in de praktijk aandacht dient te worden besteed bij de bepaling van de arm's-lengthbeloning in het geval een CCA wordt overeengekomen tussen gelieerde partijen.

Teneinde tot een succesvolle ontwikkeling te komen, worden de volgende afspraken gemaakt:

- Gelijkwaardige bijdrage door allen: het opstellen van een onderzoekprogramma en de besluitvorming per in het onderzoekprogramma geïdentificeerde voortgangsfase van het project (strategische projectplanning en aansturing, inclusief controle en besluitvorming, van het project).
- Bijdrage door A: Resultaten van het initiële onderzoek. Kosten die gemaakt zijn voor de ontwikkeling: € 1 mio. Waarde in het economisch verkeer van het onderzoeksresultaat: € 2 mio.
- Bijdrage door B: ontwikkelcapaciteit (personeel + vaste activa). De kosten die naar verwachting verband houden met deze ontwikkelcapaciteit zijn € 1,8 mio. Als deze ontwikkelcapaciteit op contract research basis van derden zou moeten worden ingehuurd, zou hiervoor € 2 mio moeten worden betaald (= waarde in het economische verkeer).
- Bijdrage door C: liquide middelen ten bedrage van 2 mio voor de verwachte additionele kosten (inkoop materialen van derden en inhuur van derden).

De deelnemers komen overeen dat ieder van de deelnemers de kosten van de eigen bijdrage draagt. De totale verwachte waarde van het ontwikkelresultaat in de continenten A, B respectievelijk C is naar verwachting gelijk, zodat de waarde van het te ontwikkelen recht naar verwachting voor al de continenten gelijk is. De concernvennootschappen komen overeen dat concernvennootschap A, B en C juridisch en economisch eigenaar worden van het ontwikkelresultaat voor zover het continent A, B respectievelijk C betreft.

Conclusie: de cost-contributionovereenkomst leidt tot een arm's-length resultaat. Zowel A, B als C kunnen als deelnemer in de CCA worden aangemerkt, omdat de deelnemers tegenover hun bijdrage een deel van het recht verkrijgen dat wordt ontwikkeld, welk recht zij bovendien zelfstandig kunnen exploiteren/gebruiken (zie paragraaf 8.10 OESO-richtlijnen). Tenslotte stemt het relatieve aandeel van de deelnemers in de bijdragen overeen met het relatieve aandeel in de totale verwachte voordelen (d.w.z. het recht dat de deelnemers verkrijgen).

Voorbeeld N.

Concernvennootschap A, concernvennootschap B en concernvennootschap C houden zich bezig met de productie en verkoop van soortgelijke consumentenproducten in continent A, continent B respectievelijk continent C. Concernvennootschap A heeft een R&D centrum. Concernvennootschap B en C hebben een aantal productdeskundigen in dienst die tevens kennis hebben van de ontwikkeling van producten, maar hebben geen eigen R&D centrum. Concernvennootschap A heeft een initieel onderzoek verricht naar de ontwikkeling van een nieuw product. De marktvooruitzichten voor het product voor continent B en C zijn goed, maar er dient belangrijk onderzoek plaats te vinden voordat het product klaar is voor productie en verkoop. De totale verwachte waarde van het ontwikkelresultaat in de continenten B en C is naar verwachting gelijk. Voor continent A lijkt het product niet interessant. Concernvennootschappen A, B en C besluiten een cost-contributionovereenkomst te sluiten met de volgende voorwaarden:

- B en C stellen gezamenlijk en met een gelijke bijdrage een onderzoekprogramma op ten behoeve van de (door)ontwikkeling van het product. Daarnaast stellen zij gelijke capaciteit ter beschikking ten aanzien van de aansturing van het project (strategische projectplanning en aansturing, inclusief controle en besluitvorming, van het project).
- Bijdrage door A: Resultaten van het initiële onderzoek. Kosten die gemaakt zijn voor de ontwikkeling: € 1 mio. Waarde in het economisch verkeer van het onderzoeksresultaat: € 2 mio.
- Bijdrage door A: Ontwikkelcapaciteit (personeel + vaste activa): De R&D afdeling van A werkt het projectplan uit en legt de uitwerking voor aan B en C. Vervolgens neemt de R&D afdeling van A de uitvoering van het onderzoek ter hand. Hierbij legt de R&D afdeling van A regelmatig verantwoording af aan B en C ten aanzien van de gang van zaken. De kosten die naar verwachting verband houden met deze ontwikkelcapaciteit zijn € 1,8 mio. Waarde in het economisch verkeer van de ontwikkelcapaciteit als in opdracht wordt gewerkt: € 2 mio.
- Bijdrage door B en C: ieder een betaling aan A ten bedrage van € 2 mio als vergoeding voor de bijdrage van A. Daarnaast draagt ieder de helft van de additionele kosten betaald aan derden (inkoop materialen, inhuur derden) ten bedrage van € 2 mio.
- De deelnemers dragen ieder de kosten van de eigen bijdrage.
- B en C verkrijgen het juridisch en economische eigendom van het ontwikkelresultaat voor continent B respectievelijk continent C.

Conclusie: A is geen deelnemer in de cost-contributionovereenkomst omdat A zelf geen voordeel kan ontlenen aan het ontwikkelresultaat (zie paragraaf 8.10 OESO-richtlijnen). A verkoopt feitelijk het initiële ontwikkelresultaat aan B en C in combinatie met het verrichten van contract researchactiviteiten voor B en C. B en C kunnen beide wel als deelnemers in de CCA worden aangemerkt, omdat voor hen geldt dat zij tegenover hun bijdrage (geld en aansturing) een deel van het recht verkrijgen dat wordt ontwikkeld, welk recht zij bovendien zelfstandig kunnen exploiteren/gebruiken (zie paragraaf 8.10 OESO-richtlijnen). A stelt ontwikkelcapaciteit en het initiële ontwikkelresultaat ter beschikking met een waarde in het economische verkeer van in totaal € 4 mio en ontvangt als tegenprestatie een



bedrag aan geld van € 4 mio. Een dergelijke beloning is at arm's-length. De bijdrage van beide deelnemers in de CCA (B en C) en het te verwachten voordeel (het recht dat zij verkrijgen) stemmen met elkaar overeen. Hoewel het contract voor A derhalve niet als een CCA kan worden aangemerkt, is de beloning die uit het contract volgt voor alle deelnemers als at arm's-length aan te merken.

Voorbeeld O.

Concernvennootschap A houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van consumentenproducten. Concernvennootschap B heeft 2 personen in dienst met een financiële en een administratieve achtergrond. Concernvennootschap A heeft een initieel onderzoek verricht naar de ontwikkeling van een nieuw product. De marktvooruitzichten voor het product zijn goed voor continent A en continent B, maar er dient aanvullend onderzoek plaats te vinden voordat het product klaar is voor productie en verkoop. De totale verwachte waarde van het ontwikkelresultaat voor de continenten A en B is naar verwachting gelijk. Concernvennootschap A en B besluiten een cost-contributionovereenkomst te sluiten onder de volgende voorwaarden:

- Bijdrage door A: initiële ontwikkelingsresultaten en ontwikkelcapaciteit. Totale kosten die hiermee zijn gemoeid: € 5 mio. Totale waarde in het economische verkeer: € 10 mio.
- B betaalt aan A € 5 mio en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten van € 5 mio overschrijden.
- A respectievelijk B worden economisch eigenaar van het ontwikkelresultaat voor zover het continent A, respectievelijk continent B betreft.
- A wordt juridisch eigenaar.

In aanvulling op het contract blijkt dat A de gehele aansturing van het project (inclusief de controle en de besluitvorming) verzorgt.

Conclusie: de functies van A behelzen de gehele R&D-activiteit (van de besluitvorming over welk onderzoek wordt verricht tot de uitvoering zelf). A stuurt daarbij geheel zelfstandig de R&D-activiteit aan. In de contractuele voorwaarden is bepaald dat de risico's die samenhangen met deze R&D-activiteit voor 50% voor rekening van B komen (B betaalt € 5 mio en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten overschrijden en wordt economisch eigenaar van het ontwikkelde recht). B heeft echter niet de benodigde functionele expertise om het voor zijn rekening komende risico dat samenhangt met de R&D activiteit te managen. Feitelijk wordt het gehele risico gemanaged door A, zodat het gehele risico dan ook aan A dient te worden toegerekend.

De beloning die A ontvangt moet in lijn zijn met de door hem uitgeoefende functies en de daarbij behorende risico's. Bij de op basis van de overeenkomst met B overeengekomen vergoeding wordt A, ten onrechte, slechts beloond voor zijn ontwikkelactiviteiten voor zover deze niet de aansturing en het daaraan toegerekende risico betreffen. De voorwaarden van het tussen A en B gesloten contract zijn daarmee niet at arm's length.

Voorbeeld P.

Concernvennootschap A en concernvennootschap B houden zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van soortgelijke consumentenproducten in respectievelijk continent A en continent B. A en B besluiten gezamenlijk een nieuw product te ontwikkelen. Hun ontwikkelingsafdelingen zijn vergelijkbaar, d.w.z. het kwalitatieve niveau (know how en ervaring) en de kostenstructuur zijn vergelijkbaar. De kosten die samenhangen met de bijdragen gedurende het gehele ontwikkeltraject verhouden zich als 1:1. De verwachte waarde van het ontwikkelresultaat op continent A respectievelijk continent B verhoudt zich ook als 1:1. A en B besluiten een cost-contributionovereenkomst aan te gaan met de volgende voorwaarden:

- A en B stellen gezamenlijk en met een gelijke bijdrage een onderzoekprogramma op ten behoeve van de (door)ontwikkeling van het product. Daarnaast stellen zij gelijke capaciteit ter beschikking ten aanzien van de aansturing van het project (strategische projectplanning en aansturing, inclusief controle en besluitvorming, van het project).
- De deelnemers dragen ieder de kosten van de eigen bijdrage.
- A en B verkrijgen het juridische en economische eigendom van het ontwikkelresultaat op continent A respectievelijk continent B.

Conclusie: A en B kunnen worden aangemerkt als deelnemers in de CCA, omdat zij tegenover hun bijdrage een deel van het recht verkrijgen dat wordt ontwikkeld, welk recht zij bovendien zelfstandig kunnen exploiteren/gebruiken (zie paragraaf 8.10 OESO-richtlijnen).

De deelnemers hebben verder aannemelijk gemaakt dat de gemiddelde relatieve toegevoegde waarde van de prestaties die zij bijdragen vergelijkbaar is. Bij het bepalen van de verhouding tussen ieders aandeel in de totale verwachte voordelen kunnen A en B uitgaan van de kostprijs van deze bijdragen. Indien de gemiddelde relatieve toegevoegde waarde van de prestaties die door A en B zijn bijgedragen niet vergelijkbaar zouden zijn geweest, bijvoorbeeld doordat de kennis en ervaring van de medewerkers van A en B sterk verschillend zijn, kan niet worden uitgegaan van de kostprijs van de



bijdragen voor de bepaling van de verhouding in de totale verwachte voordelen, maar dient uit te worden gegaan van de waarde in het economische verkeer van de bijdragen.

De hiervoor gegeven voorbeelden zijn gebaseerd op een gestileerde weergave van de werkelijkheid. In de praktijk zal het moeilijk zijn om de exacte waarde in het economische verkeer van de bijdragen van de deelnemers in de CCA te bepalen en om de exacte waarde in het economische verkeer van de voordelen die uit de CCA volgen te bepalen. Ook voor de vraag of de verhouding in de totale verwachte voordelen uit de CCA gerelateerd mag worden aan de kosten die toe te rekenen zijn aan de bijdragen van de deelnemers, in plaats van aan de waarde in het economische verkeer van deze bijdragen, zal het in de praktijk moeilijk zijn om vast te stellen of de door beide deelnemers geleverde bijdrage een vergelijkbare gemiddelde relatieve toegevoegde waarde hebben. In het bijzonder bij het beoordelen van CCA's dient daarom door de Belastingdienst rekening te worden gehouden met het feit dat transfer pricing geen exacte wetenschap is. Dit laat onverlet dat van belastingplichtigen kan worden verwacht dat zij aannemelijk maken dat onafhankelijke partijen in vergelijkbare omstandigheden een soortgelijke overeenkomst zouden sluiten.

8. (Im)materiële vaste activa

Indien (im)materiële vaste activa worden overgedragen aan een groepsmaatschappij terwijl deze groepsmaatschappij geen waarde toevoegt aan de betreffende activa omdat de daarvoor vereiste functionaliteit ontbreekt en derhalve niet in staat is om de risico's met betrekking tot het (im)materieel vast actief te beheersen, zal niet aan de criteria van het arm's-lengthbeginsel worden voldaan.

Op basis van het arm's-lengthbeginsel worden gelieerde partijen geacht te streven naar winstmaximalisatie. In ongelieerde verhoudingen zal normaliter een transactie met betrekking tot een (im)materieel vast actief pas aangegaan worden indien beide partijen daarvan een toename van hun eigen winst kunnen verwachten. Deze verwachting is voor verkoper en koper slechts reëel mogelijk indien er sprake is van een verwachte toename van de gezamenlijke winst. De verwachte winsttoename kan alleen plaatsvinden indien de koper op de één of andere wijze waarde toevoegt. Dit kan slechts indien bij de koper de daarvoor vereiste functionaliteit aanwezig is en de koper daarmee in staat is om de relevante risico's te beheersen (de relevante functionaliteit). Indien er geen sprake is van een verwachte toename van de gezamenlijke winst zal de biedprijs van een potentiële koper lager zijn dan de vraagprijs van een potentiële verkoper. Overdracht van het actief is in dat geval commercieel niet rationeel en zal niet tot stand komen mede omdat de overdracht ook met transactiekosten gepaard zal gaan. Een dergelijke transactie tussen gelieerde partijen voldoet daarom niet aan de criteria van het arm's-lengthbeginsel.

Bovendien moet bij de arm's-length beoordeling vanuit het perspectief van zowel verkoper als koper ook aandacht worden besteed aan de vraag of de verkoper en/of de koper andere realistische mogelijkheden hebben die voor hen aantrekkelijker zijn. In de hiervoor beschreven situatie is het voor zowel de verkoper als de koper een realistische optie om de transactie niet aan te gaan. De totale operationele winst die de partijen gezamenlijk behalen is immers niet hoger in vergelijking met de situatie waarin de overdracht niet zou hebben plaatsgevonden. Doordat de overdracht gepaard gaat met extra kosten (van bijvoorbeeld het opstellen van contracten) is het gezamenlijke operationele resultaat naar verwachting zelfs lager dan in de situatie dat er geen overdracht zou hebben plaatsgevonden.

Het komt voor dat de koper van een (im)materieel vast actief is gevestigd in een laagbelastende jurisdictie. Het enkele feit dat de koper in een laagbelastende jurisdictie is gevestigd leidt, indien bij de koper niet de relevante functionaliteit aanwezig is, niet tot een toename van de gezamenlijke winst. De koper zal in de situatie dat de functionaliteit bij de verkoper is achtergebleven na de overdracht volledig afhankelijk worden van de verkoper voor de waardeontwikkeling en de exploitatie van het actief. Onder arm's length omstandigheden zal de koper geen operationele winst kunnen verwachten. Dientengevolge kan hij onder arm's length omstandigheden niet profiteren van het lage(re) belastingtarief.

Op grond van het arm's-lengthbeginsel van art. 8b Wet Vpb dient het nadeel van het hanteren van, in vergelijking met ongelieerde partijen, afwijkende voorwaarden uit de fiscale winst van de Nederlandse verkoper te worden geëlimineerd. Dat nadeel is het verschil in winst vergeleken met de situatie waarin niet tot de overdracht was overgegaan.

De analyse van dergelijke casuïstiek is in lijn met voorbeeld B 'transfer of valuable intangibles to a shell company' in par. 9.190 e.v. van de OESO-richtlijnen.

In sommige situaties is het juridisch eigendom van (im)materiële vaste activa in handen van groepsvennootschappen zonder dat een overdracht door een andere groepsvennootschap daaraan is voorafgegaan. Indien ook in dit soort situaties de relevante functionaliteit bij de juridische eigenaar



ontbreekt, zal de behandeling door de Belastingdienst overeenkomstig de in deze paragraaf geschetste uitgangspunten geschieden. Dit betekent dat aan de juridisch eigenaar van het (im)materiële vast actief, die niet de relevante functies ten aanzien van het actief vervult, slechts een relatief beperkte beloning kan worden toegerekend.

9. Inkopen in concernverband

In paragraaf 9.154 t/m 9.160 van de OESO-richtlijnen is een voorbeeld beschreven van de implementatie van een centrale inkoopfunctie binnen een concern. Bedrijfseconomische argumenten om tot centralisatie van de inkoopactiviteiten over te gaan zijn bijvoorbeeld kostenbesparingen (bundelen van inkoopkracht en/of inkoopexpertise), verminderen van het werkkapitaal en verbeteren van de productkwaliteit. Vaak is ook de wens aanwezig om een inkoopkantoor te vestigen dicht bij de markt waar de producten worden ingekocht.

De activiteiten welke samenhangen met inkoop kunnen variëren van het uitoefenen van ondersteunende activiteiten tot inkoopactiviteiten die tot de kernfuncties van het concern gerekend kunnen worden. Bij de functionele analyse gaat het met name om het relatieve belang van de inkoopfunctie binnen de totale waardeketen van het concern. Vervolgens dient te worden beoordeeld door welke onderdelen van het concern de diverse inkoopactiviteiten worden uitgeoefend. Tenslotte kunnen dan de door het inkoopkantoor uitgeoefende activiteiten worden geanalyseerd.

In het geval dat de activiteiten van het inkoopkantoor een routinematig karakter hebben zullen er weinig risico's worden gelopen. Dergelijke activiteiten omvatten onder andere:

- de selectie van potentiële toeleveranciers;
- de (lokale) afstemming met toeleveranciers;
- de kwaliteitscontrole op de inkopen;
- het verzorgen van transport en andere logistieke activiteiten.

In de praktijk blijkt dat bij dergelijke activiteiten door het inkoopkantoor niet of nauwelijks prijs- of voorraadrisico's worden gelopen.

Het komt voor dat de activiteiten meer complexe kenmerken hebben en dat het inkoopkantoor zich ook bezighoudt met bijvoorbeeld het samenstellen van het productassortiment (wat als een aparte functie dient te worden beschouwd).

Na de functionele analyse volgt de vraag wat een passende verrekenprijsmethode is voor de door het inkoopkantoor uitgeoefende activiteiten ter bepaling van een arm's-length beloning. Deze beloning kan variëren van een routinematige beloning (gebaseerd op de gemaakte eigen operationele kosten, dan wel een fee over de inkoopwaarde) voor het inkoopkantoor met een routinematig karakter tot een profit-split achtige beloning indien de activiteiten als een kernfunctie van de onderneming kunnen worden gezien.

Van lokale ongelieerde inkoopagenten is bekend dat zij met name ondersteunende activiteiten verrichten en in het algemeen worden beloond met een vergoeding gerelateerd aan de inkoopwaarde. Het ligt voor de hand dat het percentage van de vergoeding hoger zal zijn naar mate de verantwoordelijkheden van de agent toenemen en zal afnemen naar mate de ingekochte volumes toenemen. Bij het zoeken naar betrouwbare 'comparables' blijkt het in de praktijk moeilijk om de vergelijking op basis van een percentage van de inkoopwaarde uit te voeren. Daarom zal de Belastingdienst in dergelijke situaties doorgaans de cost-plusmethode als toets hanteren om het arm's length karakter van de beloning te beoordelen. Daarbij blijft in principe de kostengrondslag, gezien het routinematige karakter van het inkoopkantoor, beperkt tot de eigen operationele kosten van het inkoopkantoor. De kostprijs van de inkopen maakt daar geen deel van uit.

Indien het concern door het centraliseren van de inkoopactiviteiten als gevolg van het toegenomen inkoopvolume hogere kortingen dan voorheen weet te realiseren is dit extra voordeel in principe niet toe te rekenen aan het inkoopkantoor. Een dergelijk voordeel dient toegerekend te worden aan de onderdelen van het concern die door hun gezamenlijke inkoopvolumes het inkoopkantoor in staat stellen dergelijke (extra) kortingen te realiseren. Slechts indien en voor zover (extra) kortingen worden gerealiseerd door de specifieke kennis en vaardigheden, zoals die aanwezig zijn op het inkoopkantoor, is het arm's length om een deel hiervan toe te rekenen aan het inkoopkantoor (zie hiervoor tevens Hoge Raad 23 april 2004, nr. 39 542).

10. Garantstelling bij leningovereenkomsten

In gelieerde verhoudingen worden in het kader van geldverstrekkingen om diverse redenen garanties verstrekt aan groepsmaatschappijen. Deze garantstellingen dienen te worden getoetst aan het arm's-lengthbeginsel indien er sprake is van een concerndienst.



Geldverstrekkers kunnen onder meer om de volgende redenen een garantie van gelieerde vennootschappen ontvangen:

- de geldverstrekker wil geen (of slechts een lagere) lening verstrekken zonder garantie;
- de geldverstrekker wil wel een lening verstrekken maar verstrekt minder gunstige voorwaarden aan de concernvennootschap zonder garantie;
- de geldverstrekker wil voorkomen dat door handelingen van de moedervenootschap de concernvennootschap waaraan geleend wordt onvoldoende solvabel wordt.

Indien de concernvennootschap niet in staat is om zelfstandig, zonder de garantie van gelieerde vennootschappen, een lening op de kapitaalmarkt aan te trekken vindt de garantstelling in beginsel plaats in de aandeelhouderssfeer en is er geen sprake van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden. De lening verandert hierdoor echter wel van een lening van een derde in een lening van een gelieerde garantiegever.

Indien de garantie door de leningverstrekker bij de garantiegever wordt ingeroepen vindt een mogelijke afwaardering van de vordering op de gelieerde concernvennootschap bij de garantiegever eveneens plaats in de aandeelhouderssfeer.

Indien de concernvennootschap in staat mag worden geacht om zelfstandig een lening aan te trekken, dan dient te worden beoordeeld in hoeverre zij, zonder een zogenaamde expliciete garantie van een gelieerde vennootschap, gunstiger leningsvoorwaarden zou kunnen bedingen dan een vergelijkbare zelfstandige onderneming, louter vanwege het feit dat zij onderdeel uitmaakt van een concern. Zij krijgt deze gunstiger leningsvoorwaarden dan op basis van een zogenaamde impliciete garantie. Deze impliciete garantie is de veronderstelling van de kapitaalmarkt dat het concern de betreffende concernvennootschap in staat zal stellen aan haar verplichtingen te voldoen. Indien en voor zover dat het geval is dan is er geen sprake van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden (zie par. 7.13 OESO-richtlijnen).

In de overige gevallen, waarbij gunstiger leningsvoorwaarden worden verkregen door een expliciete garantie van een gelieerde vennootschap, waarvoor een onafhankelijke derde bereid zou zijn te betalen, is er sprake van een conerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden (de garantiefee).

Bij de bepaling van de hoogte van een verschuldigde garantiefee spelen zowel de kredietwaardigheid van de desbetreffende concernvennootschap als de kredietwaardigheid van het concern als geheel een belangrijke rol.

Vennootschappen die deel uitmaken van een concern krijgen in principe van kredietbeoordelaars een creditrating die niet alleen gebaseerd is op hun eigen relevante indicatoren als zelfstandige onderneming, maar ook op de relevante indicatoren van het concern als geheel waartoe zij behoren en op de positie die zij binnen het concern innemen. Deze creditrating wordt hier verder aangeduid met de term afgeleide rating. Deze afgeleide rating dient onderscheiden te worden van de zogenaamde stand-alone rating die de betreffende vennootschap zou hebben indien ze geen deel uitmaakte van het betreffende concern. Indien geen sprake is van een expliciete garantie is de kapitaalmarkt bereid om op basis van de afgeleide rating aan de groepsvennootschap te lenen.

De kapitaalmarkt zal het in rekening te brengen rentepercentage af willen laten hangen van de relevante rating. Gestileerd zou het verschil tussen de te hanteren rentepercentages in een voorbeeld als volgt kunnen worden weergegeven:

- Op basis van de stand-alone rating: 6%
- Op basis van de afgeleide rating: tussen 4 en 6%
- Op basis van de concernrating: 4%

Ik ben van mening dat, indien er in het kader van de garantstelling sprake is van een dienst, de daarvoor in rekening te brengen vergoeding (de garantiefee) voor fiscale doeleinden in principe niet hoger kan zijn dan het verschil tussen het rentepercentage dat aansluit bij de afgeleide rating en het rentepercentage dat aansluit bij de concernrating. Dat is het maximale voordeel dat de concernvennootschap weet te behalen door het bestaan van de expliciete garantie.

De afgeleide rating zal zich bevinden tussen de stand-alone rating van de concernvennootschap en de concernrating. De afgeleide rating, en daarmee de hoogte van de garantiefee, zal met name afhangen van het strategische belang van de concernvennootschap voor het concern als geheel.

Indien het strategisch belang van de concernvennootschap dusdanig groot is dat het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen ten opzichte van de kapitaalmarkt zal leiden tot hoge kosten voor het concern als gevolg van bijvoorbeeld een lagere concernrating of reputatieschade, zal de afgeleide rating tenderen naar de concernrating. De rente die een dergelijke strategische concernvennootschap



zonder expliciete garantie zelfstandig zou kunnen bedingen ligt dicht bij de rente die aansluit bij de rente gebaseerd op de concernrating. Heeft de concernvennootschap een relatief gering strategisch belang voor het concern als geheel dan zal de afgeleide rating tenderen naar de rente gebaseerd op de stand-alone rating van de concernvennootschap.

Het bovenstaande is in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/01985, dat bij een garantstelling onder een zogenaamde parapluie-kredietfaciliteit het aanvaarden door een vennootschap van hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle schulden van andere vennootschappen die deelnemen aan het kredietarrangement zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Het handelen van de vennootschappen wordt in dat geval geregeerd door het groepsbelang en zij aanvaarden daarbij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen. Een vergelijkbare hoofdelijke aansprakelijkheid zal niet snel tussen ongelieerde partijen worden aangetroffen en het zal daarnaast niet goed mogelijk zijn een arm's length vergoeding voor de onderlinge garantstelling van de verschillende gelieerde partijen vast te stellen.

11. Interne (her)verzekeringsactiviteiten

Binnen concernverband komen er groepsvennootschappen voor die formeel optreden als interne (her)verzekeraar. In een aantal gevallen ontbreekt bij dit soort vennootschappen de voor een professionele (her)verzekeraar kenmerkende activiteiten zoals productontwikkeling, marketing en sales, acceptatie van verzekerden, asset/liability management en het ontwikkelen van een zelfstandig herverzekeringsbeleid.

Daarnaast is er in deze gevallen geen sprake van 'actieve' diversificatie buiten het concern van bij de herverzekeraar aanwezige risico's die samenhangen met de interne (her)verzekeringsactiviteit, maar slechts van 'passieve' diversificatie binnen het concern. Ik wil twee vormen van (her)verzekeringsactiviteiten binnen concernverband nader toelichten.

In een aantal van deze situaties (passieve poolers) bundelen de concernonderdelen feitelijk hun risico's bij de interne (her)verzekeraar zonder dat die de activiteiten uitoefent die bij een professionele herverzekeraar gebruikelijk zijn.

In andere situaties, waarbij de verzekering als bijproduct wordt aangeboden, worden feitelijk al gerealiseerde verzekeringsopbrengsten onzakelijk overgedragen aan een interne (her)verzekeraar.

In de hiervoor omschreven gevallen is slechts een beperkte beloning voor de interne (her)verzekeraar op zijn plaats waarin rekening wordt gehouden met diens veelal louter bemiddelende functie.

Passieve poolers

Een passieve pooler verzekert louter concernrisico's. Veelal is dit het eigen risico dat het concern zelf wenst te houden of waartoe zij door externe verzekeraars wordt verplicht. Doorgaans is de passieve pooler een verlengstuk van de afdeling risicomanagement van het hoofdkantoor. Een dergelijke vennootschap is gedwongen om alle verzekerden binnen het concern te accepteren en heeft doorgaans een verbod om risico's van partijen buiten het concern te verzekeren. Zij verricht daarom niet de typische verzekeringsactiviteiten en diversifieert niet buiten het concern. De vennootschap verricht vooral een administratieve en/of bemiddelende functie die slechts een beperkte beloning rechtvaardigt. De overige via deze vennootschap opkomende voordelen, zoals het bundelvoordeel als gevolg van het feit dat gezamenlijk minder dekkend vermogen behoeft te worden aangehouden, de voordelen als gevolg van het centraal onderhandelen met eventuele (her)verzekeraars en de met de premieopbrengst bij de interne (her)verzekeraar behaalde beleggingsopbrengsten komen toe aan de concernonderdelen die op deze wijze hun krachten bundelen. Een vergelijking kan worden gemaakt met een inkoopkantoor binnen concernverband waarbij de activiteiten van het inkoopkantoor een routinematig karakter hebben (zie hiervoor par. 9 van dit besluit).

Verzekering als bijproduct

Hier gaat het om situaties waarbij de verzekering als bijproduct voor afnemers (ongelieerde klanten) van producten of diensten van een concern met activiteiten buiten de verzekeringsbranche wordt aangeboden. Daarbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld annuleringsverzekeringen of het afsluiten van verzekeringen voor een extra garantieperiode. De betreffende polis voor de afnemer staat over het algemeen op naam van een derde (ongelieerde) verzekeraar die onder toezicht staat van de lokale toezichthouder. De premie wordt, na aftrek van een vergoeding voor de derde (ongelieerde) verzekeraar, als herverzekeringspremie aan de interne herverzekeraar doorbetaald. In de praktijk biedt niet de interne herverzekeraar, maar het concernonderdeel dat de hoofdactiviteit van het concern uitoefent de verzekering aan als bijproduct. Dat concernonderdeel zorgt voor diversificatie via zijn klantenbestand



en weet daardoor de verzekeringsvoordelen voor het concern te behalen. De interne herverzekeraar oefent feitelijk geen verzekeringsfunctie uit en behoort dan ook, op basis van het arm's-lengthbeginsel, geen verzekeringsrisico te dragen. Een dergelijke vennootschap verricht slechts een beperkte administratieve functie die een beperkte beloning rechtvaardigt.⁵

12. Financieringstransacties

a. De Oeso-richtlijnen

Op basis van de Oeso-richtlijnen verloopt de arm's length toets met betrekking tot financierings-transacties als volgt. Eerst wordt beoordeeld of de voorwaarden (inclusief de prijs) waaronder de transactie tot stand is gekomen, overeenkomen met de voorwaarden die in een vergelijkbare transactie onder vergelijkbare omstandigheden door onafhankelijke derden zouden zijn overeengekomen. Komen de voorwaarden niet overeen dan dienen de gevolgen daarvan te worden gecorrigeerd (zie par. 1.6 van de OESO-richtlijnen). Waar mogelijk dient deze correctie in eerste instantie met een prijsaanpassing (rente) te geschieden. Ingeval de geldlening met een prijsaanpassing niet at arm's length is te maken moet bekeken worden of de geldlening met een aanpassing van de andere voorwaarden at arms' length te maken is. Veelal gaat het hierbij om een risicoallocatie die tussen onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden niet voorkomt. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ten onrechte niet bedingen van bepaalde zekerheden ten aanzien van de terugbetaling van een verstrekte geldlening. Als de transactie met een aanpassing van de prijs en/of de andere voorwaarden niet at arm's length te maken is, kan dit in extreme gevallen leiden tot het negeren/herkwalificeren van (een deel van) de lening (par. 1.65 van de OESO-richtlijnen). Met inachtneming van het voorgaande kan vervolgens een at arm's length rentebate/rentelast voor de resterende lening worden bepaald. Bij de arm's length toets speelt het perspectief van ieder van de betrokken partijen een belangrijke rol.

b. Het tweezijdig perspectief

De ongelieerde uitlener zal, met inachtneming van zijn functionaliteit in de markt en de daarmee verband houdende keuzes met betrekking tot de acceptatie van risico's, zijn risico's zoveel mogelijk willen beperken. Hij zal het aangaan van de lening doorgaans laten afhangen van de vraag of de ongelieerde inlener de lening en de daarover berekende rente zal kunnen (terug)betalen. Hij zal daarom eerder een lening verstrekken aan een ongelieerde partij waarvan de kredietwaardigheid, na het aangaan van de financieringstransactie, niet beneden een bepaald niveau zakt. Kredietwaardigheid wordt veelal uitgedrukt in zogenaamde credit ratings. Creditratings van AAA tot BBB-⁶ staan voor hoog tot voldoende kredietwaardig. Daarbij wordt de kans dat de ongelieerde inlener uiteindelijk niet in staat is om rente en aflossing te kunnen betalen, gering geacht. De inlener heet dan 'investment grade'. Potentiële inleners met een credit rating lager dan BBB- worden als niet 'investment grade' beschouwd omdat de kans dat zij rente en aflossing uiteindelijk niet zullen kunnen betalen te groot wordt geacht. De rating wordt vastgesteld aan de hand van bepaalde indicatoren, waaronder de rentedekking⁷ en de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen. Slechts in bijzondere situaties is een ongelieerde uitlener bereid om bij de inlener een lagere creditrating dan BBB- te accepteren. Een ongelieerde uitlener met een gediversifieerde portefeuille aan leningen zal eerder een geldlening uitgeven aan een dergelijke vennootschap dan een ongelieerde uitlener die slechts één of een zeer beperkt aantal leningen heeft uitstaan. Op basis van het voorgaande dient een gelieerde uitlener die een lening verstrekt aan een inlenende concernvennootschap die onvoldoende kredietwaardig is (na de lening is de rating < BBB-) aannemelijk te maken dat sprake is van een onder arm's length voorwaarden overeengekomen lening.

De ongelieerde inlener zal er naar streven om de financiering van zijn bedrijfsactiviteiten zodanig efficiënt in te richten dat deze gepaard gaat met zo laag mogelijke vermogenskosten⁸. De omvang van het eigen vermogen ten opzichte van de omvang van het vreemd vermogen speelt een belangrijke rol bij de hoogte van de vermogenskosten. Het is enerzijds voordelig om een bepaald gedeelte van de bedrijfsactiviteiten met vreemd vermogen te financieren. Onder andere vanwege het feit dat de rentevergoeding in beginsel fiscaal aftrekbaar is neemt het rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen toe. Anderzijds worden de additionele kosten voor het aantrekken van vreemd vermogen vanaf een bepaalde omvang zo hoog, dat dit een negatief effect op de vermogenskosten zal hebben en het rendement op het geïnvesteerde eigen vermogen daalt. De hoogte van deze kosten van het vreemd vermogen is voor een belangrijk deel afhankelijk van de kredietwaardigheid van de inlener. Een ongelieerde inlener zal in het algemeen geen lenings-transactie aangaan waardoor zijn kredietwaardigheid onder het niveau van investment grade/BBB- zal dalen. Een dergelijke kredietwaardigheid betekent dat niet, of slechts tegen zeer hoge kosten

⁵ Zie hiervoor ook: Rechtbank 's-Gravenhage van 11 juli 2011. AWB08/9105, LJN BR4966.

⁶ Standards & Poor benaming, Moody's hanteert bijvoorbeeld Aaa tot Bbb

⁷ Operationele winst gedeeld door de rentelast

⁸ Dit wordt in de literatuur ook wel Weighted average cost of capital (Wacc) genoemd.



vreemd vermogen kan worden aangetrokken. Daarnaast kunnen calamiteiten niet worden opgevangen en wordt het faillissementsrisico te hoog.

Gelet op het bovenstaande zal bij een gelieerde financieringstransactie die leidt tot een dusdanige vermogensverhouding en rentelasten dat, na het aangaan van de financieringstransactie, de inlenende concernvennootschap onvoldoende kredietwaardig is (een rating < BBB-), deze vennootschap aannemelijk moeten maken dat sprake is van een onder arm's length voorwaarden overeengekomen lening.

c. Nederlandse jurisprudentie

In Hoge Raad 25 november 2011, nr. 08/05323, ging het om de vraag of in binnenlandse verhoudingen een gelieerde geldlening afgewaardeerd kon worden. De Hoge Raad heeft hierbij aangegeven dat, als bij een geldlening tussen gelieerde partijen de rente niet in overeenstemming met het arm's lengthbeginsel is vastgesteld, voor de fiscale winstberekening moet worden uitgegaan van een rente die wel aan dit beginsel voldoet. Voor de bepaling van die rente dient hetgeen hiervoor in deze paragraaf is beschreven als uitgangspunt te worden genomen.

Indien de hiervoor bedoelde aanpassing er toe leidt dat er sprake zal zijn van een winstdelende vergoeding, wordt volgens de Hoge Raad het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aangetast. Indien geen rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest een zelfde geldlening te verstrekken aan de inlenende concernvennootschap, onder overigens dezelfde voorwaarden en omstandigheden, veronderstelt de Hoge Raad dat bij die verstrekking door de uitlenende concernvennootschap een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de uitlenende concernvennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van de met haar gelieerde vennootschap in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel zuster/dochternvennootschap te dienen. De Hoge Raad noemt dit een onzakelijke lening. Een eventueel afwaarderingverlies op een dergelijke lening kan niet op de (fiscale) winst van de uitlener in aftrek worden gebracht.

Vervolgens dient voor de onzakelijke geldlening een arm's length rente vastgesteld te worden. De Hoge Raad geeft daarvoor een vuistregel. De rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die de inlenende concernvennootschap zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van de uitlenende concernvennootschap onder overigens gelijke voorwaarden en omstandigheden van een derde zou lenen. Het gevolg is dat de aldus bepaalde rente aftrekbaar is bij de inlenende concernvennootschap en belast bij de uitlenende concernvennootschap. Het verschil tussen de daadwerkelijk in rekening gebrachte rente en de op basis van de kredietwaardigheid van de uitlenende concernvennootschap bepaalde rente bevindt zich in de kapitaalsfeer.

De toetsing van de zakelijkheid van de geldverstrekking kan zowel op het moment van verstrekken als gedurende de looptijd plaatsvinden. Deze toetsing dient vanuit het perspectief van de uitlenende en de inlenende partij plaats te vinden. Verwijzend naar hetgeen hiervoor is gesteld ten aanzien van het perspectief van betrokken partijen zal een gelieerde uitlener die een lening verstrekt aan een inlenende concernvennootschap die onvoldoende kredietwaardig is (na het aangaan van de lening is de rating < BBB-) ook in de benadering van genoemd arrest aannemelijk dienen te maken dat geen sprake is van een 'onzakelijke lening'. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor de inlener die als gevolg van de gelieerde financieringstransactie zijn kredietwaardigheid ziet dalen tot een niveau beneden BBB-.

De Hoge Raad overweegt dat de hoogte van de rente op een 'onzakelijke lening', een lening met een onzakelijk debiteurenrisico, dient te worden vastgesteld door uit te gaan van de kredietwaardigheid van de uitlenende concernvennootschap, maar heeft in zijn arrest geen uitleg gegeven hoe om te gaan met de kredietwaardigheid van de uitlenende groepsvennootschap ten opzichte van de kredietwaardigheid van de inlenende vennootschap.

In geval van een hogere kredietwaardigheid van de uitlener ten opzichte van de kredietwaardigheid van de inlener zal de rente die de uitlenende concernvennootschap zelf in rekening gebracht zou krijgen als de passende arm's length rente gelden.

Indien de uitlenende concernvennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlenende concernvennootschap, dan wel is deze vennootschap zelf niet 'investment grade', dan voegt de fictieve borgstelling niets toe. In dat geval kan in ieder geval niet meer dan de risicovrije rente op de geldlening in aanmerking worden genomen.

Het eindresultaat dient een rentelast/rentebate te zijn die voldoet aan de arm's length criteria van artikel 8b van de Wet Vpb 1969.

13. Subsidies, fiscale stimuleringsmaatregelen en beperkt aftrekbare kosten

Uit de praktijk blijkt dat met name in situaties waarin voor het vaststellen van de arm's-lengthprijs gebruik wordt gemaakt van een kostengerelateerde beloning regelmatig de vraag wordt gesteld of ontvangen subsidies en belastingvoordelen in mindering komen op de kostengrondslag. Voor de Nederlandse situatie kan als uitgangspunt worden genomen dat subsidies in mindering komen op de kostengrondslag indien een direct verband bestaat tussen de subsidie en de levering van het product of dienst en de desbetreffende tegemoetkoming in de vorm van een korting op of een tegemoetko-



ming in de kosten wordt toegekend. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een subsidie op het gebruik van duurdere maar milieuvriendelijker grondstoffen, een premie op de aanschaf van een energiezuinig bedrijfsmiddel maar ook aan een bijdrage op grond van de investeringspremieregeling (IPR). In de tegenovergestelde situatie zullen extra heffingen, bijvoorbeeld in verband met het gebruik van milieubelastende grondstoffen, leiden tot een verhoging van de gehanteerde kostengrondslag. Afdrachtverminderingen genoemd in artikel 3 van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen verminderen de loonkosten en hebben tot gevolg dat de kostengrondslag waarover de winstopslag wordt berekend lager wordt.

Subsidies en belastingvoordelen welke aan het lichaam als zodanig worden toegekend en geen causaal verband houden met de cost-plusactiviteit komen niet in mindering op de gehanteerde grondslag. Voor zover deze tot de fiscale winst behoren komen deze afzonderlijk ten gunste van de winst- en verliesrekening.

Indien de fiscale tegemoetkomingen worden toegekend in de vorm van een aftrek op de belastbare winst, zoals bijvoorbeeld de investeringsaftrek, komen deze niet in mindering op de gehanteerde grondslag. Hiervoor geldt dat eerst de winst op basis van de cost-plusmethode wordt berekend waarna vervolgens separaat de tegemoetkoming in mindering wordt gebracht op de belastbare winst.

Voor bepaalde kostencategorieën geldt dat deze op grond van de belastingwet slechts beperkt aftrekbaar zijn, bijvoorbeeld de kosten ex artikel 3.14 Wet inkomstenbelasting 2001, de kosten van afschrijving gebouwen ex artikel 3.30a Wet inkomstenbelasting 2001 en de kosten ex artikel 10 lid 1 j Wet Vennootschapsbelasting 1969. Deze kosten behoren wel tot de grondslag waarover de cost-plusopslag wordt berekend. De beperking in de aftrek van deze kosten wordt geëffectueerd door bij de vaststelling van de belastbare winst het niet aftrekbaar gedeelte van de kosten bij de winst te tellen.

14. De documentatieverplichting

In artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969 is de documentatieverplichting met betrekking tot verrekenprijzen opgenomen. Deze documentatie bestaat uit een beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van de gelieerde transacties zoals in hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen omschreven, een onderbouwing van de keuze van de gehanteerde verrekenprijsmethode en een onderbouwing van de voorwaarden, waaronder de prijs, die bij de transacties tot stand zijn gekomen. Bij de codificatie van de documentatieverplichting is bewust niet gekozen voor een uitputtende lijst van documenten die ter onderbouwing van het arm's-lengthkarakter van de transacties nodig zijn. In die zin is sprake van een open norm.

Bij de beoordeling van de toereikendheid van de documentatie dient het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol te spelen. Het uitgangspunt is dat de extra administratieve lasten als gevolg van artikel 8b, derde lid Wet VPB 1969 zoveel mogelijk beperkt dienen te worden.

Gelet op de gehanteerde open norm realiseer ik me dat er bij belastingplichtigen onzekerheid kan ontstaan over de vraag of de aanwezige documentatie door de Belastingdienst als voldoende zal worden beoordeeld. Daarom is het mogelijk om bij de bevoegde inspecteur zekerheid te verkrijgen over de vraag of voldaan is aan de documentatieverplichting van artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969 (zie hiervoor tevens het Besluit van 11 augustus 2004, nr. DGB2004/1339M).

Op 27 juni 2006 aanvaardde de Raad van de Europese Unie de 'Code of Conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the European Union (EUTPD)'⁹.

Eén van de redenen voor deze gedragscode was de wens om de documentatieverplichting binnen de Europese Unie te uniformeren. Mede gelet op het feit dat dit past binnen de Nederlandse uitgangspunten inzake de documentatieverplichting hebben belastingplichtigen de mogelijkheid om door de toepassing van de 'EU Transfer Pricing Documentation' aan hun documentatieverplichting te voldoen. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel zoals hierboven omschreven geldt ook bij de toepassing van de 'EU Transfer Pricing Documentation' voor zover het de documentatie betreft die betrekking heeft op de vereisten voor de Nederlandse belastingheffing zoals omschreven in artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969.

15. Vroegtijdig overleg over mogelijke dubbele belastingheffing

Dubbele belastingheffing als gevolg van verrekenprijscorrecties is ongewenst. Op basis van gesloten belastingverdragen en het zogenoemde EU-arbitrageverdrag verleent de directie Internationale Fiscale Zaken van het Ministerie van Financiën als bevoegde autoriteit bijstand aan belastingplichtigen die

⁹ Resolution of the council and of the representatives of the governments of the member states, meeting within the council on a Code of Conduct on transfer pricing documentation for associated enterprises in the European Union (EU TPD), (2006/C 176/01)



geconfronteerd worden met belastingheffing die niet in overeenstemming is met de bepalingen van een verdrag. Uitgangspunt is daarbij dat de dubbele belastingheffing zo snel en efficiënt mogelijk wordt weggenomen. In dit kader streeft Nederland naar het vroegtijdig opstarten van onderlinge overlegprocedures met verdragspartners. Dit is nader uitgewerkt in het beleidsbesluit van 29 september 2008, nr. IFZ2008/ 248M, Stcrt. nr. 188.

De ervaring leert dat in een aantal gevallen tijdens de overlegprocedure de dubbele belastingheffing op een relatief eenvoudige wijze opgeheven kan worden door onderlinge uitwisseling van feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de betreffende casus. De Nederlandse Belastingdienst is daarom bereid om, indien een belastingplichtige de verwachting heeft te worden geconfronteerd met dubbele belastingheffing op het gebied van de verrekenprijzen als gevolg van activiteiten van een belastingdienst van een land waarmee Nederland de mogelijkheid heeft om informatie uit te wisselen, te zoeken naar mogelijkheden om door het uitwisselen van gegevens of het gezamenlijk uitvoeren van controle-werkzaamheden de mogelijke dubbele belastingheffing in een zo vroeg mogelijk stadium te voorkomen. Een verzoek daartoe kan door belastingplichtige worden ingediend bij de Nederlandse inspecteur.

De kans dat de activiteiten van de buitenlandse belastingdienst leiden tot een correctie met betrekking tot de verrekenprijzen moet aanwezig zijn en door belastingplichtige in het schriftelijke verzoek aannemelijk worden gemaakt. De mogelijkheden om door het uitwisselen van gegevens of het gezamenlijk uitvoeren van controlewerkzaamheden de mogelijke dubbele belastingheffing te voorkomen, zal afhankelijk zijn van de juridische mogelijkheden en de bereidheid van andere landen om aan een dergelijke werkwijze mee te werken.

16. Inwerkingtreding

Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst.

17. Intrekking oude besluiten

Dit besluit vervangt de besluiten van de staatssecretaris van Financiën van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M en van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 14 november 2013

*De staatssecretaris van Financiën,
F.H.H. Weekers.*