



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

22 april 2018

nr. 2018-6865

Directoraat-Generaal voor Fiscale Zaken, Directie Internationale Zaken en Verbruiksbelasting

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: Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

OESO-richtlijnen: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting

MNO: Multinationale Onderneming¹

In dit besluit wordt ter verduidelijking tussen haken verwezen naar corresponderende hoofdstukken of paragrafen in de OESO-richtlijnen (zoals gepubliceerd in 2017) waarop de besluittekst betrekking heeft.

1.2 Aanleiding van het besluit

Dit besluit vervangt het besluit van 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M. Dit besluit geeft aandacht aan recente ontwikkelingen, waaronder de resultaten van het BEPS-project van de OESO dat onder meer als doel had om de uitkomsten van transfer pricing te laten aansluiten op de waardecreatie binnen een MNO. Dit project heeft geleid tot wijzigingen in de OESO-richtlijnen. Voor zover deze wijzigingen een nadere verduidelijking betreffen van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel ben ik van mening dat deze wijzigingen ook van toepassing zijn op jaren waarin deze wijzigingen nog niet waren gepubliceerd.

Belangrijke wijzigingen ten opzichte van het voorgaande besluit zijn:

- Een verduidelijking van het proces waarin een te beoordelen transactie tussen gelieerde partijen wordt gekarakteriseerd (2.1);
- Een nadere uitleg van de toepassing van de verrekenprijsmethoden in specifieke situaties (diverse paragrafen);
- Het aanpassen van de paragraaf over de prijsbepaling van immateriële activa op het moment dat de waardering hoogst onzeker is (5.2);
- Een nieuwe paragraaf over moeilijk te waarderen immateriële activa (5.3);
- Een nieuwe paragraaf over de koop van aandelen in een ongelieerde vennootschap gevolgd door een business restructuring (5.4);

¹ In dit besluit wordt met Multinationale Onderneming bedoeld een onderneming die met zijn activiteiten in verschillende landen actief is en kan bestaan uit meerdere rechtspersonen.



- Een paragraaf over de beloning voor de zogenoemde ‘low value adding services’ (6.3);
- Tekstuele wijzigingen om de gebruikte terminologie beter te laten aansluiten bij de terminologie zoals gebruikt in de aangepaste OESO-richtlijnen.

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. Daarom worden belastingdiensten 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 de positie en de belangen van de ander. Onduidelijkheden kunnen worden voorkomen door middel van het maken van afspraken vooraf. Ik verwijs hiervoor naar het Besluit DGB 2014/3098 inzake de behandelprocedure voor verzoeken om advance pricing agreements (APA's).

Het voorgaande neemt niet weg dat er situaties kunnen bestaan waarin sprake is van een onzakelijke verschuiving van winst en bestrijding passend is. Daarbij zal de Belastingdienst in voorkomende gevallen beoordelen in hoeverre het opleggen van een boete passend is gelet op de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval.²

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.

In de afgelopen jaren zijn de OESO-richtlijnen gewijzigd als gevolg van het BEPS-project. De OESO-richtlijnen zijn nog volop in ontwikkeling en zullen ook in de toekomst regelmatig worden uitgebreid en aangepast. Indien nodig zal het onderhavige besluit aan nieuwe ontwikkelingen worden aangepast.

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 Instelbesluit CGVP nr. 2018-4380.

Bij de bestrijding van onzakelijke verschuiving van winst zal binnen de Belastingdienst de Coördinatiegroep Verrekenprijzen zo nodig met de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering en de Coördinatiegroep Constructiebestrijding samenwerken.

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 doelein-

² Dit houdt niet in dat afwijkingen van het in dit besluit geformuleerde beleid automatisch tot het opleggen van een boete zullen leiden.



den worden verondersteld onderling onder dezelfde voorwaarden te handelen als 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 rechtspraktijk. 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

Karakterisering van de transactie

Elke verrekenprijsanalyse dient gebaseerd te zijn op een goed beeld van de rol van ieder onderdeel van de multinationale onderneming en de commerciële en financiële relaties tussen deze onderdelen en de (al dan niet door de Multinationale Onderneming geïdentificeerde) transacties waarin die relaties tot uitdrukking komen (zie par. 1.34, 1.35 en 1.50 van de OESO-richtlijnen). Voordat de prijs van een bepaalde transactie tussen gelieerde partijen kan worden vastgesteld dient de transactie als zodanig gekarakteriseerd te worden. Dit vereist een analyse van de economisch relevante kenmerken van de transactie, bestaande uit (zie par. 1.36 OESO-richtlijnen):

- De contractuele voorwaarden;
- De uitgeoefende functies, rekening houdend met gebruikte activa en gelopen risico's alsmede de relatie van deze functies, activa en risico's met de waardecreatie binnen de MNO³;
- De kenmerken van overgedragen goederen of verleende diensten;
- De economische omstandigheden van de partijen en/of de markten waarin zij opereren;
- De bedrijfsstrategie nagestreefd door de betrokken partijen.

Het uitgangspunt bij het karakteriseren van de transactie, voorafgaand aan de toepassing van het arm's-lengthbeginsel, is de transactie zoals die tussen de gelieerde partijen is vormgegeven met contractuele voorwaarden in de onderlinge overeenkomst(en), zo nodig aangevuld met informatie uit andere vastleggingen over de onderlinge rechten en verplichtingen.

Vervolgens dient deze informatie te worden aangevuld met een analyse van de andere economisch relevante kenmerken van de transactie. Al deze informatie tezamen verschaft inzicht in het feitelijke gedrag van de betrokken partijen. Indien het feitelijke gedrag niet overeenkomt met de contractuele vormgeving van de transactie zal in zijn algemeenheid het feitelijke gedrag bepalend zijn voor de karakterisering van de transactie.

Zoals hierboven aangegeven vindt ook een analyse plaats van de uitgeoefende functies en de economisch relevante risico's die gepaard gaan met de transactie.

De analyse van de risico's in een gelieerde transactie bestaat uit de volgende stappen.

- Identificatie van de economisch significante risico's;
- Analyse hoe deze risico's contractueel zijn verdeeld tussen partijen bij de op basis van de overeenkomsten en het gedrag gekarakteriseerde transactie;
- Analyse van de wijze waarop de partijen in de transactie zich verhouden tot de risico's aan de hand van de volgende vragen:
 - a. wie oefent de 'control' en 'risk mitigation functions' uit inzake de risico's?⁴
 - b. wie draagt feitelijk de positieve en negatieve gevolgen van de gelopen risico's?
 - c. wie heeft de 'financial capacity' om de gevolgen van de risico's te dragen?⁵

³ daarbij rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de transactie en bedrijfstakspecifieke factoren

⁴ Par. 1.65 van de OESO-richtlijnen geeft de volgende omschrijving van 'control'.

'Control over risk involves the first two elements of risk management defined in paragraph 1.61; that is (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function.'

⁵ Par. 1.64 van de OESO-richtlijnen geeft de volgende omschrijving van 'Financial Capacity':

'Financial capacity to assume risk can be defined as access to funding to take on the risk or to lay off the risk, to pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises.'



- Interpretatie van de allocatie van de risico's op basis van de analyse zoals omschreven in de hiervoor omschreven vragen a, b en c waarbij beoordeeld dient te worden of de partij die de risico's feitelijk draagt wel control uitoefent over deze risico's en de 'financial capacity' heeft om de mogelijke gevolgen van de risico's te dragen;
- Indien een door de betrokken partijen gehanteerde risico-allocatie bij vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden tussen ongelieerde partijen voorkomt, dient de risico-allocatie te worden gerespecteerd.
- Bepaling of er een herallocatie van risico's nodig is (afhankelijk van de vraag of de partij die het risico feitelijk draagt wel control uitoefent over dit risico en of deze partij de benodigde 'financial capacity' heeft).

In de praktijk zijn situaties denkbaar waarbij meerdere partijen 'control' uitoefenen over de risico's en de 'financial capacity' hebben om die risico's te dragen, terwijl slechts één van die partijen de risico's contractueel op zich heeft genomen. In dergelijke gevallen bepaalt par. 1.94 van de OESO-richtlijnen dat de contractuele risico-allocatie wordt gerespecteerd. Dat neemt niet weg dat de andere partij(en), at arm's length dient/dienen te worden beloond voor het uitoefenen van de door die partij(en) vervulde 'control' functie. Par. 1.105 van de OESO-richtlijnen bepaalt dat deze beloning, indien in overeenstemming met de bijdrage die wordt geleverd aan de 'control' functie, ook een aandeel in de positieve en negatieve consequenties van de risico's kan zijn. Dat betekent naar mijn mening dat in dergelijke gevallen de 'Transactional Profit Split Methode' passend kan zijn. Het lijkt namelijk niet at arm's-length dat een partij die op basis van het contract risico's draagt, maar in feite slechts minimaal bijdraagt aan de 'control' op basis van par. 1.94 van de OESO-richtlijnen alle negatieve en positieve consequenties van de betreffende risico's toegerekend krijgt en de andere partij(en) een beperkte routinematige beloning. In het geval dat de door de betrokken partijen gehanteerde risico-allocatie bij vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden tussen ongelieerde partijen daadwerkelijk voorkomt zou de conclusie van deze analyse anders kunnen zijn.

Nadat alle stappen in de analyse van de risico's zijn genomen is de transactie als zodanig gekarakteriseerd. Deze karakterisering kan derhalve afwijken van hetgeen contractueel is overeengekomen tussen de gelieerde partijen of de uitleg die zij daar aan geven. Op basis van de gekarakteriseerde transactie dient een passende prijs vastgesteld te worden, rekening houdend met de arm's-length risico-allocatie. Dit dient in principe te gebeuren op basis van vergelijkbare transacties tussen ongelieerde partijen die voortvloeien uit een vergelijkbaarheidsanalyse.⁶ De hierboven genoemde economisch relevante kenmerken vormen eveneens de elementen van deze vergelijkbaarheidsanalyse.

Negeren van de transactie

Volgens de OESO-richtlijnen is het ter discussie stellen van een transactie als zodanig alleen mogelijk indien de gekarakteriseerde transactie (inclusief de mogelijke aanpassing van de risico-allocatie), bezien in zijn totaliteit, verschilt van wat ongelieerde partijen die zich op een commercieel rationele manier gedragen, zouden zijn overeengekomen in vergelijkbare omstandigheden, waardoor het niet mogelijk is om een voor alle partijen acceptabele prijs vast te stellen. Daarbij moet het perspectief van beide partijen en de beschikbare realistisch aanwezige alternatieven voor ieder van hen op het moment dat de transactie wordt aangegaan in ogenschouw genomen worden (par. 1.122 – 1.124 van de OESO-richtlijnen). In deze situatie dienen de gevolgen van een dergelijke transactie voor de fiscale winst genegeerd te worden.

Par. 1.122 van de OESO-richtlijnen geeft de mogelijkheid om in extreme gevallen de transactie zelf ter discussie te stellen. Hierdoor wordt voorkomen dat de contractuele vormgeving toepassing van het arm's-lengthbeginsel onmogelijk maakt. Indien mogelijk en gepast kan volgens deze paragraaf de transactie door een alternatieve transactie vervangen worden waarvoor wel arm's length voorwaarden te vinden zijn. Deze alternatieve transactie moet zoveel mogelijk gebaseerd zijn op de geconstateerde feiten en omstandigheden van het voorliggende geval (par. 1.124 van de OESO-richtlijnen). Het negeren en het mogelijk vervangen door een alternatieve transactie vindt plaats ten behoeve van de fiscale winstbepaling.

In de paragrafen 1.11 en 1.122 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 par. 1.6 van de OESO-richtlijnen 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

⁶ Hierbij dient opgemerkt te worden dat bij belastingplichtigen die alleen een verrekenprijsdocumentatie dienen te hebben op basis van artikel 8b wet VPB 1969 het ontbreken van een onderzoek of studie uit te voeren naar de (in databanken voorradige) prijzen die in vergelijkbare situaties tussen ongelieerde partijen tot stand zijn gekomen niet zal leiden tot de omkering van de bewijslast.



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 commercieel rationeel handelende onafhankelijke partijen onder vergelijkbare omstandigheden toch een dergelijke transactie zouden aangaan. Vervolgens dient vastgesteld te worden of deze voorwaarden overeenkomen met de voorwaarden van de gelieerde transactie. Indien op deze wijze arm's-length voorwaarden voor de betreffende transactie gevonden kunnen worden dan dienen deze te worden gehanteerd en dient de transactie als zodanig te worden gerespecteerd.

De vergelijkbaarheidsanalyse

De functionele analyse van de bij de transactie betrokken partijen, van belang bij de karakterisering van de transactie, vormt ook een wezenlijk onderdeel van de toepassing van het arm's-length principe en de daarbij vereiste 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-length toets van par. 1.6 van de OESO-richtlijnen wordt toegepast op de voorwaarden waaronder de gelieerde partijen een transactie zijn aangegaan of zoals deze zijn aangepast in het proces van de karakterisering van de transactie zoals hierboven omschreven. 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 (zie par. 1.7 OESO-richtlijnen). Bij deze vergelijking van voorwaarden speelt een aantal uitgangspunten een belangrijke rol. Zo bepaalt par. 1.38 van de 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 daarbij van belang 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 kan voor fiscale doeleinden een prijsaanpassing plaatsvinden.⁷ Bij het aanpassen van de prijs en/of andere voorwaarden van een individuele transactie of specifieke groep van transacties dient, afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval, een analyse plaats te vinden of na die aanpassing nog sprake is van een arm's-length winst voor de betreffende vennootschap gegeven de uitgeoefende functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's. In voorkomende gevallen dienen mogelijk ook de prijs en of andere voorwaarden van andere transacties, met andere concernvennootschappen te worden aangepast indien deze niet conform het arm's-lengthbeginsel zijn vastgesteld.

2.2 Aggregatie van transacties (par. 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 (par. 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-length range rijst, na het vaststellen daarvan, 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

⁷ Deze aanpassing kan ook in neerwaartse zin plaatsvinden als een Nederlandse vennootschap louter op basis van aandeelhoudersmotieven een voordeel ontvangt, dus zonder enige of tegen een onzakelijk lage tegenprestatie, en zowel de verstrekker als de ontvanger van het voordeel zich hiervan bewust zijn.



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. 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. Ik ben van mening dat in zo'n geval de correctie dient plaats te vinden tot het punt binnen de range dat zo goed mogelijk aansluit bij de feiten en omstandigheden van de betreffende concernttransactie. Als aannemelijk is dat één specifiek punt binnen de range het beste aansluit bij de voorwaarden van de concernttransactie, kan worden gecorrigeerd tot dit punt. Als een dergelijk specifiek punt niet is aan te wijzen omdat er nog steeds vergelijkbaarheidsverschillen bestaan zoals genoemd in par 3.57 van de OESO-richtlijnen, neemt de Nederlandse Belastingdienst 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 andere betrokken Staat 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. 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. 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.

2.4 Gebruik van meerjareengegevens (par. 3.75 – 3.79)

Bij de beoordeling van een transactie kan het nuttig zijn gegevens over meerdere jaren te bezien. Door het gebruik van meerjareengegevens kan worden voorkomen dat in een bepaald jaar correcties worden aangebracht, terwijl het concern over een aantal jaren bezien een vergoeding ontvangt die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel. Het toepassen van meerjareengegevens 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'slength jaarrange valt, als buiten de arm's-length meerjarenrange, dan wordt een correctie aangebracht conform hetgeen bij punt 2.3 is beschreven.

2.5 Het effect van overheidsbeleid (par. 1.132 – 1.136)

Sommige overheidsinterventies kunnen worden beschouwd als marktfactoren in het desbetreffende land en moeten als zodanig worden verdisconteerd in de verrekenprijs. In par. 1.136 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 (par. 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 een bewuste compensatie in (een) andere transactie(s). 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 (comparable-uncontrolled-pricemethode, resale-pricemethode en de cost-plusmethode) en de zogenoemde transactional-profitmethoden (de profit-splitmethode en de transactional-net-marginmethode ofwel TNMM) besproken. Afhankelijk van de omstandigheden dient een keuze uit één van deze vijf acceptabele methoden te worden gemaakt.⁸

De Nederlandse Belastingdienst zal haar onderzoek van de verrekenprijzen altijd starten vanuit het perspectief van de door belastingplichtige gehanteerde methode ten tijde van de transactie. Belastingplichtige is in principe vrij 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 de 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.

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de comparable-uncontrolled-pricemethode in de praktijk moeilijk toepasbaar is vanwege het feit dat vergelijkbare ongelieerde transacties bijna niet te vinden zijn. In de praktijk blijkt dat, mede daarom, in veel gevallen gebruik wordt gemaakt van de TNMM als verrekenprijsmethode.

Indien er een verrekenprijsmethode (zoals de TNMM) gekozen wordt, waarbij de resultaten van de transacties van één van de gelieerde partijen vergeleken worden met de resultaten van vergelijkbare transacties van ongelieerde partijen is het uitgangspunt dat deze vergelijking plaatsvindt bij de partij met de minder complexe functies (de zogenaamde 'tested party', zie ook par. 3.18 van de OESO-richtlijnen). Dat zal in het algemeen niet de partij zijn die gelet op zijn functies, activa en risico's gerechtigd is tot de opbrengsten met een sterke relatie tot de in gebruik zijnde immateriële vaste activa.

3.2 Aandachtspunten bij toepassing van kostengerelateerde verrekenprijsmethoden

Bij de cost-plus methode en de TNMM (met kosten als 'profit level indicator') is de bepaling van de kostengrondslag een essentieel onderdeel van de toepassing van de methode.

⁸ Zie par. 2.9 OESO-richtlijnen wanneer hiervan kan worden afgeweken.



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 contractspartij 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.

De kostengrondslag en verschotten

Uit paragraaf 2.98 van de OESO-richtlijnen blijkt dat een verrekenprijsmethode, die de aan de transactie(s) gerelateerde winst baseert op de kosten, alleen op zijn plaats is wanneer deze kosten de relevante indicator zijn voor de waarde van uitgeoefende functies, gebruikte activa en gelopen risico's. Dat betekent in een dergelijke situatie dat de kosten die geen relevante indicator vormen voor deze waarde, geen onderdeel dienen uit te maken van de kostengrondslag ter berekening van de winst.

Hoewel paragraaf 2.99 van de OESO-richtlijnen stelt dat bij toepassing van de TNMM waarbij de winst gerelateerd is aan de gemaakte kosten vaak de volledige kosten in de grondslag worden begrepen, wordt de mogelijkheid open gelaten om een gedeelte van de kosten buiten de grondslag te houden indien ook een ongelieerde partij bij een soortgelijke transactie bereid zou zijn geen winst te realiseren in relatie tot dergelijke kosten. Ter illustratie van het bovenstaande verwijs ik naar paragraaf 7.34 van de OESO-richtlijnen waar wordt geconcludeerd dat een (gelieerde) agent die diensten inkoop bij een derde partij alleen recht heeft op een opslag over de kosten ten aanzien van zijn eigen functies, activa en risico's en niet over de kosten van de door derden geleverde diensten. Deze kosten met een zogenaamd 'verschot' karakter zullen buiten de kostengrondslag blijven waarover een winstopslag wordt berekend. Bekende voorbeelden van zogenaamde verschotten zijn kosten die in eerste instantie betaald zijn door de uitvoerende contractspartij maar in het algemeen afzonderlijk in rekening gebracht plegen te worden aan de opdrachtgever, zoals leges, griffiekosten en kosten van dienstverlening.

Ook kosten van grondstoffen die door een producent worden bewerkt zonder dat deze partij gezien zijn functionaliteit risico's loopt over de grondstoffen als zodanig kunnen in het algemeen buiten de kostengrondslag worden gelaten, omdat in beginsel alleen de operationele kosten van deze producent de relevante indicator zijn voor de waarde van de door hem uitgeoefende functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's.⁹ Deze producent oefent in dergelijke gevallen geen relevante functie uit ten aanzien van de inkoop van de grondstoffen en loopt met betrekking tot deze grondstoffen ook geen risico's.

Kostengerelateerde beloning bij verkoop van goederen via een tussenpersoon

In de praktijk komt het voor dat een partij, deel uitmakend van een concern, goederen verkoopt via een gelieerde Nederlandse tussenpersoon die zelf geen relevante verkoopactiviteiten verricht maar feitelijk vooral administratieve diensten ten behoeve van de verkooptransactie verleent. Het komt voor dat de met de verkoop gerealiseerde omzet in dergelijke gevallen in de jaarrekening (verlies en winstrekening) van de tussenpersoon wordt verantwoord.

Paragraaf 2.39 van de OESO-richtlijnen bepaalt dat een dergelijke gelieerde tussenpersoon, die geen economische functie in de waardeketen uitoefent die de waarde van de goederen vermeerderd, of op basis van de karakterisering van de transactie geen risico's in relatie tot de verkoopactiviteiten draagt, geen aandeel in de winst in relatie tot de verkooptransacties dient te krijgen, omdat hem dat in ongelieerde verhoudingen ook niet zou zijn toegekend.

Een dergelijke tussenpersoon zal in beginsel dienen te worden beloond met een winstopslag op basis van zijn eigen relevante operationele kosten, waaronder de kosten verband houdend met zijn administratieve dienstverlening, en niet door middel van een omzetgerelateerde beloning.

3.3 Waarderingsmethoden

In onderdeel D.2.6.3. van hoofdstuk VI van de OESO-richtlijnen wordt beschreven dat waarderingsmethoden, en in het bijzonder de discounted cash flow methode, afhankelijk van de feiten en omstandig-

⁹ Een dergelijke producent wordt doorgaans als toll-manufacturer aangeduid.



heden, door belastingplichtigen en de Belastingdienst gebruikt mogen worden als onderdeel van de vijf verrekenprijsmethoden beschreven in hoofdstuk II van de OESO-richtlijnen, of als een waarderingsmethode die gebruikt kan worden om een arm's-length prijs bij gebruik of overdracht van een immaterieel actief te bepalen. In genoemd onderdeel D.2.6.3. en onderdeel D.2.6.4. van hoofdstuk VI van de OESO-richtlijnen worden richtlijnen gegeven ten aanzien van het gebruik van waarderingsmethoden en de invulling van de verschillende parameters.

Belangrijk is dat par. 6.157 van de OESO-richtlijnen benadrukt dat de waarderingsmethodes dienen plaats te vinden vanuit het perspectief van alle bij de transactie betrokken partijen teneinde tot een arm's-length prijs te komen. De arm's-length prijs zal daarbij liggen tussen de waarde van het immaterieel actief vanuit het perspectief van de verkoper en de waarde vanuit het perspectief van de koper (tenzij de waarde vanuit het perspectief van de verkoper hoger is dan de waarde vanuit het perspectief van de koper). De waarde die resulteert uit de toepassing van een waarderingsmethode is dus niet hetzelfde als de arm's-length prijs voor de transactie. Ik hecht eraan om te benadrukken dat bij de vaststelling van de arm's-length prijs rekening dient te worden gehouden met de belastingconsequenties van de overdracht. Bij de verkoper dient bij een activa transactie rekening te worden gehouden met de mogelijke belastbaarheid van de fiscale boekwinst als gevolg van de overdracht van het (immateriële) actief. De verkoper zal hiervoor gecompenseerd willen worden. Bij de koper dient bij een activa transactie rekening te worden gehouden met de gevolgen van mogelijke fiscale voordelen van de afschrijving van het verkregen (immateriële) actief. Ik verwijs in dit kader naar paragraaf 6.178 van de OESO-richtlijnen en voorbeeld 29 bij hoofdstuk VI van de OESO-richtlijnen.

Een transactie, waarbij de waarde vanuit het perspectief van de verkoper hoger is dan de waarde vanuit het perspectief van de koper, zal tussen commercieel rationeel handelende ongelieerde partijen niet tot stand komen. Beide partijen hebben immers een beter alternatief, te weten het niet aangaan van de transactie. In dergelijke gevallen acht ik onderdeel D.2. van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen van toepassing.

De paragrafen 6.170 tot en met 6.173 van de OESO-richtlijnen besteden aandacht aan de disconteringsfactor ter bepaling van de contante waarde van de verwachte toekomstige cash flow. Ten aanzien van de keuze van de juiste disconteringsfactor, bijvoorbeeld gebaseerd op de Weighted Average Cost of Capital (WACC), dient rekening gehouden te worden met het risicoprofiel van de betrokken partijen, het te waarderen actief en de te waarderen activiteit.

4. Secondary adjustments (par. 4.68 – 4.78)

Paragrafen 4.68 – 4.78 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 belastingsystemen 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. (Im)materiële vaste activa

5.1. Transacties in relatie tot (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 zij derhalve niet in staat is om de risico's met betrekking tot het (im)materieel vast actief te beheersen, zal de transactie niet voldoen aan het arm's-lengthbeginsel.

Op basis van het arm's-lengthbeginsel worden gelieerde partijen immers 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 door de transactie verwachte toename van de gezamenlijke winst van



koper en verkoper in vergelijking met de gezamenlijke winst van beiden zonder de transactie. 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 relevante functionaliteit aanwezig is en de koper daarmee in staat is om de relevante risico's te beheersen. 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 niet aan het arm's-lengthbeginsel.

Daarnaast 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 realistisch beschikbare opties hebben die voor hen aantrekkelijker zijn. In de hiervoor beschreven situatie is het voor zowel de verkoper als de koper een realistisch beschikbare en aantrekkelijkere optie om de transactie niet aan te gaan. De totale operationele winst die de partijen gezamenlijk zouden behalen is immers niet hoger in vergelijking met de situatie waarin de overdracht niet zou hebben plaatsgevonden. Doordat de overdracht gepaard zou gaan met extra kosten (van bijvoorbeeld het opstellen van contracten) zou het gezamenlijke operationele resultaat naar verwachting zelfs lager zijn 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 in relatie tot het (im)materieel vast actief aanwezig is, niet tot een toename van de gezamenlijke winst. De koper zal in de situatie dat de functionaliteit in relatie tot het (im)materieel vast actief bij de verkoper is achtergebleven na de overdracht volledig afhankelijk worden van de verkoper voor de toekomstige waardeontwikkeling en de exploitatie van het actief. Onder arm's-length omstandigheden zal de koper dan 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 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.

Voor een illustratief voorbeeld verwijs ik in dit kader naar het voorbeeld 1 van par. 1.125 en het voorbeeld in par. 9.122 t/m 9.124 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.

In de OESO-richtlijnen wordt bij de beschrijving van relevante functies met betrekking tot immateriële vaste activa vaak gerefereerd aan de zogenaamde DEMPE-functies. Dat zijn de functies met betrekking tot 'Development' (ontwikkeling), 'Enhancement' (verbetering), 'Maintenance' (onderhoud), 'Protection' (bescherming) en 'Exploitation' (exploitatie). Afhankelijk van de feiten en omstandigheden zal er met betrekking tot de verschillende DEMPE-functies een weging moeten plaatsvinden in relatie tot het relatieve belang van deze functies. In zijn algemeenheid zullen de functies 'Development' en 'Enhancement' hierbij een zwaarder gewicht krijgen bij de beoordeling van de relatieve bijdrage aan de waarde van het betreffende immateriële actief.

5.2. Arm's-length prijsbepaling wanneer de waardering op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is (par. 6.181 – 6.185)

Bij de overdracht van immateriële activa 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 par. 6.185 van de OESO-richtlijnen wordt voor die gevallen opgemerkt dat indien onafhankelijke ondernemingen in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden zijn overeengekomen een belastingdienst moet worden toegestaan de prijsstelling op basis van een



dergelijke clause te bepalen.¹⁰ 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 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 en economisch rationeel handelende onafhankelijke partijen in een soortgelijke situatie geen vaste prijs zouden zijn overeengekomen. In dergelijke gevallen dient bijvoorbeeld 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.¹¹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat een prijsaanpassingsclausule kan leiden tot zowel een opwaartse als een neerwaartse aanpassing van de oorspronkelijk overeengekomen prijs.

5.3. Moeilijk te waarden immateriële activa (par. 6.186 t/m 6.195)

In gevallen van overdracht of licensering van immateriële activa zoals omschreven in par. 6.189 van de OESO-richtlijnen, waarbij het voor de Belastingdienst moeilijk is de waarde in relatie tot de onderhavige transacties te beoordelen vanwege grote onzekerheden ten aanzien van de toekomstige waardeontwikkeling zal de Belastingdienst de daadwerkelijk met de betreffende immateriële activa gerealiseerde resultaten kunnen gebruiken bij de beoordeling van de zakelijkheid van de prijs op het moment dat de transactie zich heeft voorgedaan. Indien blijkt dat er grote afwijkingen zijn tussen de gerealiseerde resultaten en de verwachtingen en daaruit voortvloeiende prognoses die ten grondslag hebben gelegen aan de prijsbepaling op het moment van de transactie en deze afwijkingen niet zijn te verklaren vanuit feiten en omstandigheden die zich pas na de datum van de prijsbepaling hebben voorgedaan, kan de Belastingdienst de prijs zoals die is bepaald op het moment van de transactie met een verwijzing naar de daadwerkelijk gerealiseerde resultaten alsnog ter discussie stellen. Ik ben van mening dat een grote afwijking een afwijking is van meer dan 20% in vergelijking met de projecties die de basis vormden voor de oorspronkelijk vastgestelde prijs. Indien een dergelijke afwijking pas optreedt na een periode van vijf jaar nadat er voor het eerst met het immaterieel actief opbrengsten zijn gerealiseerd in transacties met ongelieerde partijen zullen de immateriële activa niet als 'moeilijk te waarden immateriële activa' worden aangemerkt (conform par. 6.186 t/m 6.195 van de OESO-richtlijnen).

5.4. De koop van aandelen in een ongelieerde vennootschap gevolgd door een business restructuring.

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een MNO aandelen van een ongelieerde vennootschap koopt, waarna de daarin aanwezige immateriële activa worden overgedragen aan een andere groepsvennootschap. Dit kan tot discussies tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst leiden over de vast te stellen arm's-length prijs voor de overdracht van de immateriële activa. Voorafgaand daaraan is van belang om vast te stellen of naast het juridisch eigendom van de immateriële activa ook de bijbehorende functionaliteit en de gerelateerde risico's worden overgedragen. Ook de overige paragrafen van dit besluit (waaronder par. 5.2 en 5.3) zijn onverkort van toepassing.

In par. 6.147 en voorbeeld 23 van de Annex bij hoofdstuk VI van de OESO-richtlijnen wordt gesteld dat de arm's-length prijs voor de aandelen van de aangekochte vennootschap nuttige informatie bevat voor de waardering van de onderneming van deze vennootschap. Ik ben dan ook van mening dat het aankoopdossier (met uitzondering van de onderdelen waarvan door belastingplichtige onderbouwd kan worden dat deze niet van belang zijn voor de belastingheffing), dat doorgaans bij de koper van de aandelen in bezit is, een essentieel onderdeel uitmaakt van de door belastingplichtige te verstrekken verrekenprijsdocumentatie ter onderbouwing van de prijs van de overgedragen immateriële vaste activa.

Daarnaast spelen bij de bepaling van de arm's-length prijs voor de overdracht van de immateriële activa in ieder geval de hoofdstukken VI en IX van de OESO-richtlijnen een rol en dient aandacht te worden besteed aan de allocatie van de beoogde synergievoordelen, de fiscale duiding van de zogenaamde control premium, de waardering van de achtergebleven routinematige functie (rekening

¹⁰ In par. 6.185 van de OESO-richtlijnen wordt daarnaast ook de mogelijkheid van heronderhandeling opengelaten indien bij afwijkende waarden ongelieerde partijen ook tot heronderhandeling zouden zijn overgegaan.

¹¹ Zie hiervoor ook Hoge Raad 17 augustus 1998, nr. 32.997.



houdend met gebruikte activa en gelopen risico's) en de effecten van belastingen.

Hoewel de prijs voor de aangekochte aandelen at arm's-length is omdat de verkoper een ongelieerde partij is, impliceert dit niet dat de waarde van de aandelen voor de koper gelijk is aan deze prijs. In tegendeel, de koper zal in het algemeen pas tot koop overgaan indien hij voorziet met de aangekochte vennootschap meer waarde te creëren dan de prijs die hij ervoor dient te betalen. De waarde die de koper van de aandelen, bij de bepaling van de waarde daarvan voor hem, heeft toegekend aan de in de overgenomen vennootschap aanwezige immateriële activa kan wel een goede indicator zijn voor de prijs die hij bij overdracht van deze activa minimaal zou willen ontvangen.

Daarnaast dient de verkoper bij een overdracht van de immateriële activa rekening te houden met het feit dat over een eventuele boekwinst bij overdracht van de activa, in tegenstelling tot bij een overdracht van aandelen, vennootschapsbelasting betaald zal moeten worden over gemaakte boekwinst. De verkoper zal in zijn algemeenheid, met inachtneming van de verschuldigde vennootschapsbelasting, minimaal een verkoopopbrengst willen zien die gelijk is aan de waarde die hij toekent aan de immateriële activa plus de verschuldigde belasting over een mogelijke boekwinst.

De Belastingdienst wordt soms geconfronteerd met situaties waarin de entrepreneursfuncties en bijbehorende immateriële activa van een overgenomen vennootschap worden overgedragen aan een ander concernonderdeel en er slechts een routinefunctie achterblijft. De overdrachtprijs wordt in dat soort gevallen door belastingplichtigen soms vastgesteld door de verwachte 'eeuwigdurende' cash flow van de routinefunctie, contant gemaakt met behulp van een disconteringsfactor gebaseerd op deze routinefunctie, in mindering te brengen op de contant gemaakte verwachte totale cash flow van de overgenomen vennootschap indien geen overdracht zou plaatsvinden. Bij de beoordeling van een op deze wijze vastgestelde overdrachtprijs zal de Belastingdienst in zijn algemeenheid, zeker indien slechts één (exclusief) gelieerd contract achterblijft, de stelling innemen dat de verwachte cash flow van een routinefunctie niet als eeuwigdurend verdisconteerd zal kunnen worden, omdat dergelijke functies in de markt relatief eenvoudig te vervangen zijn en contracten met dergelijke functies mede daarom doorgaans een relatief korte looptijd hebben.

5.5. De bepaling van de vergoeding voor het gebruik van immateriële activa.

In de praktijk wordt de vergoeding voor het gebruik van immateriële activa door belastingplichtigen vaak bepaald met behulp van uit verschillende databases afkomstige royaltyperecentages. De vraag is echter of deze publiek beschikbare informatie voldoende gedetailleerd is om op verantwoorde wijze een vergelijkbaarheidsanalyse uit te voeren. De OESO-richtlijnen constateren in ieder geval dat een vergelijkbaarheidsanalyse in het geval van immateriële activa veelvuldig zal uitwijzen dat geen vergelijkbare ongelieerde transacties gevonden kunnen worden. De Belastingdienst zal het gebruik van dergelijke databases dan ook kritisch beoordelen.

In analyses waarin de resale price methode, de cost-plus methode of de TNMM de passende methode is, wordt de partij met de minder complexe functies, die zelf geen eigen immateriële activa gebruikt, gekozen als de tested party. In dergelijke gevallen kan een arm's-length prijs of een arm's-length winst voor de tested party bepaald worden zonder dat de waarde van een in de transactie gebruikt immaterieel activum zelf behoeft te worden bepaald. Par 6.141 van de OESO-richtlijnen bepaalt dat bovengenoemde eenzijdige methodes zelf geen betrouwbare methodes zijn om direct de waarde van een immaterieel activum te bepalen. Onder omstandigheden kunnen deze methoden echter wel resulteren in een aan het immaterieel activum toe te rekenen restwinst door eerst de beloning voor de tested party te bepalen. Deze restwinst vormt dan de beloning voor het gebruikte immateriële activum en de daarbij uitgeoefende samenhangende functies. Voorwaarde is wel dat is vastgesteld dat de restwinst aan het immaterieel activum moet worden toegerekend en alle andere functies, risico's en activa voldoende zijn beloond.

Het is daarom in voorkomende gevallen, bij gebrek aan vergelijkbare transacties tussen ongelieerde partijen, aanvaardbaar de hoogte van de door de tested party af te dragen vergoeding voor het gebruik van een immaterieel activum op deze wijze vast te stellen, mits is voldaan aan de hierboven opgenomen voorwaarden.

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 par. 3.1. genoemde methoden. In de praktijk blijkt dat vaak gekozen wordt voor een kostengerelateerde beloning. Op basis van een functionele analyse zal vastgesteld moeten worden of de beloning voor de betreffende conerndiensten op deze wijze dient te worden vastgesteld. Deze aanpak zal immers doorgaans alleen kunnen worden toegepast voor de meer routinematige diensten.

Bij deze aanpak (beloning gerelateerd aan kosten) zal in beginsel slechts sprake kunnen zijn van een arm's-length vergoeding als bij het bepalen van de vergoeding rekening is gehouden met een passende winstopslag. Alleen in specifieke situaties zoals ook beschreven in par. 7.37 van de OESO-richtlijnen kan er mogelijk reden zijn om van een winstopslag af te zien.

Met betrekking tot het doorbelasten van conerndiensten is er een duidelijke voorkeur voor een directe methode. 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. De Belastingdienst 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 Conerndiensten en aandeelhoudersactiviteiten (par. 7.9 t/m 7.10)

In par. 6.1 is aangegeven dat onder het arm's-lengthbeginsel sprake is van een conerndienst als ten behoeve van een conerndonderdeel een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat conerndonderdeel 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 conerndiensten voor zover ze geen economische of commerciële waarde toevoegen ten behoeve van conerndonderdelen en indien en voor zover dat conerndonderdeel 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 geheel¹²
 - 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 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-length beloning.

¹² De groep als geheel bestaat uit de vennootschap zelf en haar directe en indirecte dochtermaatschappijen.



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-length beloning.

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 CGVP nr. 2018-4380 van toepassing is. Mocht belastingplichtige zowel zekerheid willen hebben ten aanzien van de kwalificatie van de activiteiten als ten aanzien van het arm's-length karakter van de verrekenprijs, dan kan hij verzoeken om een advance pricing agreement.¹³

6.3 Diensten met beperkte toegevoegde waarde (par. 7.43 t/m 7.65)

In par. 6.1 van dit besluit is aangegeven dat in beginsel slechts sprake zal kunnen zijn van een arm's-length beloning voor verleende concerndiensten als bij het bepalen van de kostengerelateerde vergoeding rekening is gehouden met een passende winstopslag. In de praktijk wordt een dergelijke arm's-length beloning voor concerndiensten veelal bepaald volgens de TNMM. De diensten met beperkt toegevoegde waarde verdienen specifiek aandacht.¹⁴

De vereenvoudigde methode

In de OESO-richtlijnen zijn op basis van de uitkomsten van het BEPS-project paragrafen opgenomen die gericht zijn op een specifieke groep diensten: 'the low value-adding intragroup services'. In deze paragrafen is een voor belastingplichtige optionele vereenvoudigde vaststelling van de beloning voor deze specifieke diensten opgenomen die ik door middel van dit besluit wil implementeren in het uitvoeringsbeleid. Onderbouwd met passende documentatie is het mogelijk om met een beperkte vaste winstopslag van 5% op de relevante kosten van deze diensten via een passende allocatiesleutel de kosten met de winstopslag door te belasten aan de daarvoor in aanmerking komende concernonderdelen. Deze vereenvoudigde methode gaat ook gepaard met een vereenvoudigde en beperktere benefit test vanuit het perspectief van de ontvanger van de betreffende diensten waarbij meer in zijn algemeenheid het voordeel van bepaalde categorieën diensten aannemelijk hoeft te worden gemaakt (zie par. 7.54 en 7.55 van de OESO-richtlijnen). Deze zogenaamde 'low value-adding' diensten vertonen de volgende kenmerken (zie hiervoor ook par. 7.45 van de OESO-richtlijnen):

- Ze zijn van ondersteunende aard in het bedrijfsproces.
- Ze maken geen onderdeel uit van de primaire bedrijfsprocessen van de MNO.
- Ze vereisen geen gebruik van unieke en waardevolle immateriële activa en leiden ook niet tot de creatie daarvan.
- Ze hebben geen relatie tot de significante risico's zoals die binnen de onderneming worden gelopen.

In par. 7.47 van de OESO-richtlijnen wordt een opsomming gegeven van activiteiten die niet onder de vereenvoudigde benadering kunnen vallen. In par. 7.49 van de OESO-richtlijnen wordt een opsomming gegeven van activiteiten die naar alle waarschijnlijkheid doorgaans wel onder de vereenvoudigde benadering kunnen vallen.

De vereenvoudigde benadering is niet van toepassing op diensten die door de dienstverlener ook aan ongelieerde partijen worden verleend.

Daar waar de Belastingdienst bij dienstverlening door een gelieerde partij met behulp van de benefit test zoals in par. 7.6 van de OESO-richtlijnen is beschreven toetst of daadwerkelijk een dienst is verricht waarvoor een vergoeding op zijn plaats is, zal de Belastingdienst indien en voor zover de in rekening gebrachte vergoeding betrekking heeft op diensten die vallen onder de betreffende door de multinationale onderneming gekozen vereenvoudigde methode op een andere wijze toetsen of een

¹³ Zie het besluit Behandelpedure verzoeken om advance pricing agreements van 12 juni 2014, nr. DGB 2014/3098.

¹⁴ In dit kader wil ik ook wijzen op de 'Guidelines on low value adding intra-group services' van het EU joint transfer pricing forum (Brussel, februari 2010, JTPF/020/REV3/2009/EN), mede in relatie tot par. 1.5 van dit besluit.



vergoeding op zijn plaats is. In dat geval dient wel aan de in de OESO-richtlijnen geformuleerde voorwaarden te worden voldaan, waarbij ik wijs op de geëigende documentatie en de passende wijze van berekening van de in rekening gebrachte bedragen. Het voordeel van de betreffende diensten voor de ontvanger van de diensten zal slechts in zijn algemeenheid onderbouwd hoeven te worden en niet te hoeven worden herleid tot individuele transacties. Op deze wijze wordt een pragmatische benadering voorgestaan.

Bij de uitwerking van de passende wijze van berekening zijn de bepaling van de relevante te verdelen kosten (zie par. 7.56 t/m 7.58 van de OESO-richtlijnen) en de onderbouwing van de te kiezen verdeelsleutel (par. 7.59 t/m 7.60 van de OESO-richtlijnen) van belang. De vaste winstopslag behoeft niet door een vergelijkbaarheidsstudie te worden onderbouwd.¹⁵ In par. 7.64 van de OESO-richtlijnen is aandacht voor de inhoud van de benodigde documentatie.

Ik ga er, gelet op de aard van de hier beschreven diensten ('the low value-adding intragroup services') van uit dat een doorbelasting van de relevante kosten met een beperkte vaste winstopslag van 5% via een passende allocatiesleutel tot een arm's-length uitkomst zal leiden.

Relevante kosten

Tot de kostengrondslag behoren de directe kosten en indirecte kosten die samenhangen met de betreffende ondersteunende diensten alsmede de overheadkosten. Onder de relevante kosten vallen ook 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 kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast 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. Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast.

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

¹⁵ Onder een vergelijkbaarheidsstudie wordt hier bedoeld een onderzoek naar de prijsstelling van ongelieerde vergelijkbare transacties.



en hij maakt tevens aannemelijk dat de activiteiten niet meer dan marginaal waarde toevoegen aan de primaire bedrijfsprocessen van het concern. In dit geval kan worden volstaan met de doorbelasting van alle relevante daadwerkelijke kosten met een winststopslag van 5% (toepassing van de vereenvoudigde methode).

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 voorraadstelsel 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. Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast.

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. Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast.

Goedkeurend beleid

Indien een belastingplichtige niet kiest voor de optionele vereenvoudigde vaststelling van de beloning voor deze specifieke diensten conform par. 7.43 t/m 7.65 van de OESO-richtlijnen zal op basis van een kosten/batenanalyse overeenkomstig par. 7.37 van de OESO-richtlijnen geen correctie aangebracht worden indien belastingplichtige ervoor kiest om alle relevante daadwerkelijke kosten in rekening te brengen voor de diensten met beperkte toegevoegde waarde zoals in par. 7.43 t/m 7.65 van de OESO-richtlijnen zijn beschreven. De opmerkingen, die ik hierboven met betrekking tot de optionele vereenvoudigde vaststelling van de beloning voor deze specifieke diensten heb gemaakt ten aanzien van de relevante kosten en de separate juridische entiteit, zijn bij dit goedkeurend beleid onverkort van toepassing. In vergelijking met de optionele vereenvoudigde methode zoals beschreven in de OESO-richtlijnen dienen bij het slechts doorbelasten van de relevante daadwerkelijke kosten zonder winststopslag echter ook de financieringskosten tot deze relevante kosten te worden gerekend.

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 kostengerelateerde beloning als arm's-length worden aangemerkt.

Voor de verrekenprijsanalyse dient de transactie gekarakteriseerd te worden volgens de uitgangspunten zoals in par. 2.1. van dit Besluit beschreven.

De kostengerelateerde beloning is mogelijk indien de uitvoering van de contract research-activiteiten door concernvennootschap A plaatsvindt en concernvennootschap B de research-activiteiten aanstuurt, de kosten en risico's draagt en de economische eigenaar wordt van de ontwikkelde activa. Concernvennootschap B moet daarbij tevens control uitoefenen over de gelopen risico's en de 'financial capacity' hebben om de gevolgen van de gelopen risico's te kunnen dragen (zie voor deze begrippen ook par. 2.1. van dit Besluit).

Bij de analyse dient ieder geval te worden beoordeeld op basis van de specifieke feiten en omstandigheden.

Voor een antwoord op de vraag wie de research-activiteiten aanstuurt en tevens control uitoefent over de daarbij gelopen risico's spelen de volgende elementen een rol: de besluitvorming, planning, budgettering, het meten van prestaties, het belonen, het aanpassen/herdefiniëren van werkterreinen, het vaststellen van de commercieel waardevolle gebieden en het beoordelen van de kans op (on)succesvolle research.

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 onderzoeksprogramma'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 kostengerelateerde vergoeding die is berekend op basis van de cost-plusmethode of de TNMM.

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 daarover control uit te oefenen. De activiteiten van R&D NL zijn terecht als contract research aangemerkt. Het toepassen van een kostengerelateerde beloning is in dit geval passend.

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 door R&D NL gemaakte kosten met een winstopslag.

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 control uit te oefenen over het voor haar rekening komende risico. Feitelijk wordt deze control uitgeoefend 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-research activiteit die wordt uitgevoerd door R&D NL, met als gevolg dat de berekening van een beloning op



basis van de gemaakte kosten met een winsttopslag voor R&D NL in deze situatie niet tot een arm's-length beloning 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 VIII 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 uitgangspunten van de andere hoofdstukken van de OESO-richtlijnen (met name hoofdstuk I en VI) zijn voor de vraag of de CCA's voldoen aan het arm's-lengthbeginsel onverkort van toepassing. Dat betekent bijvoorbeeld dat een deelnemer in een CCA die risico's op zich neemt ook control moet uitoefenen ten aanzien van deze risico's en over de financiële capaciteit moet beschikken om de negatieve uitwerking van deze risico's te dragen. Zo heeft de deelnemer aan een CCA, die slechts de financiering van de CCA verschafft en alleen control uitoefent over risico's ten aanzien van die financiering en dus niet over de risico's ten aanzien van de overige activiteiten binnen de CCA, in het algemeen slechts recht op een arm's-length vergoeding voor de financiering, waarbij rekening wordt gehouden met het financieringsrisico ('risk adjusted rate of return').

De OESO-richtlijnen schrijven in hoofdstuk VIII 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 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 winsttopslag 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 van CCA's m.b.t. R&D-activiteiten ter illustratie van de bovenstaande uitgangspunten.¹⁶

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-contributieovereenkomst 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

¹⁶ 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.



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 dat concernvennootschap B juridisch en economisch eigenaar wordt 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-contributieovereenkomst 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. 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-contributieovereenkomst te sluiten voor het verrichten van het onderzoek dat noodzakelijk is om het nieuwe product te ontwikkelen. 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 miljoen. Waarde in het economisch verkeer van het onderzoeksresultaat: € 2 miljoen.
- Bijdrage door B: ontwikkelcapaciteit (personeel + vaste activa). De kosten die naar verwachting verband houden met deze ontwikkelcapaciteit zijn € 1,8 miljoen. Als deze ontwikkelcapaciteit op contract research basis van derden zou moeten worden ingehuurd, zou hiervoor € 2 miljoen moeten worden betaald (= waarde in het economische verkeer).
- Bijdrage door C: liquide middelen ten bedrage van € 2 miljoen 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-contributieovereenkomst 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. 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-contributieovereenkomst 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 miljoen. Waarde in het economisch verkeer van het onderzoeksresultaat: € 2 miljoen.
- 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 miljoen. Waarde in het economisch verkeer van de ontwikkelcapaciteit als in opdracht wordt gewerkt: € 2 miljoen.
- Bijdrage door B en C: ieder een betaling aan A ten bedrage van € 2 miljoen 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 miljoen.
- 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-contributieovereenkomst omdat A zelf geen voordeel kan ontleen aan het ontwikkelresultaat. 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. A stelt ontwikkelcapaciteit en het initiële ontwikkelresultaat ter beschikking met een waarde in het economische verkeer van in totaal € 4 miljoen en ontvangt als tegenprestatie een bedrag aan geld van € 4 miljoen. 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 een beperkt aantal 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-contributieovereenkomst te sluiten onder de volgende voorwaarden:

- Bijdrage door A: initiële ontwikkelingsresultaten en ontwikkelcapaciteit. Totale kosten die hiermee zijn gemoeid: € 5 miljoen. Totale waarde in het economische verkeer: € 10 miljoen.
- B betaalt aan A € 5 miljoen en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten van € 5 miljoen 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 miljoen en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten overschrijden en wordt economisch eigenaar van het ontwikkelde recht). B is echter gelet op de door haar uitgeoefende functies niet in staat om control uit te oefenen over de relevante risico's in relatie tot de R&D-activiteit. Feitelijk wordt control over het gehele risico uitgeoefend door A, zodat het gehele risico dan ook aan A dient te worden toegerekend. Daarnaast beschikt A over de financiële capaciteit om deze risico's te dragen. De beloning die A ontvangt moet in lijn zijn met de door A uitgeoefende functies en de daarbij behorende risico's.

Op basis van de overeenkomst tussen A en B gaat B echter de positieve en negatieve consequenties van het door A beheerste risico delen met A. De voorwaarden van het tussen A en B gesloten contract zijn daarmee niet at arm's-length. De functie van B is beperkt tot de financiering van de R&D activiteit



van A en het uitoefenen van control over de met die financiering gepaard gaande risico's. De beloning van B, die geen control uitoefent over enig specifiek risico met betrekking tot de R&D-activiteit, dient slechts te bestaan uit een arm's-length vergoeding voor de financiering van de R&D activiteiten van A, waarbij rekening gehouden wordt met het financieringsrisico (zie par. 6.61 van de OESO-richtlijnen waarin gesproken wordt over een 'risk-adjusted return').

Ook in dit voorbeeld kan de hoogte van de beloning van de deelnemers aan een CCA niet (wezenlijk) verschillen van de beloning die zij zouden ontvangen, indien zij zouden samenwerken buiten een CCA-verband.

Aanvullend zou ik hierbij nog willen opmerken dat indien en voor zover B financiering aan A verstrekt en geen control uitoefent over de risico's in relatie tot deze financiering, B hooguit recht kan hebben op een risicoloos rendement (zie par. 1.103 van de OESO-richtlijnen).

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-contributieovereenkomst 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.

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 zou 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, onder soortgelijke voorwaarden, zouden sluiten.

8. Inkopen in concernverband

Het gezamenlijk inkopen in concernverband leidt in veel gevallen tot voordelen, waaronder voordelen van synergie. Ik verwijs hiervoor naar sectie D.8. van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen waarin het principe is beschreven en in enkele voorbeelden de toepassing daarvan nader is uitgewerkt (voorbeelden 3,4 en 5, par. 1.168 tot en met 1.173 van de OESO-richtlijnen). Bedrijfseconomische argumenten om tot centralisatie van de inkoopactiviteiten over te gaan zijn bijvoorbeeld kostenbesparingen (bundelen van inkoopkracht en/of inkoopexpertise), verminderen van het benodigde 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 activiteiten worden geanalyseerd.

In het geval dat de inkoopactiviteiten 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 niet of nauwelijks prijs- of voorraadriscico's worden gelopen.

Het komt voor dat de activiteiten meer complexe kenmerken hebben en dat ook sprake is van 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 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 activiteiten 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 TNMM (waarbij de netto operationele winst gerelateerd wordt aan de kosten) 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 de inkoopactiviteiten, 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 (gecentraliseerde) 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).

9. Garantstelling bij leningovereenkomsten

Het afgeven van een garantie voor schulden van derden zal, zeker zonder het bedingen van een hoge mate van zekerheid, niet snel voorkomen.

Bij een garantie tussen gelieerde ondernemingen dient onderzocht te worden of er toch zakelijke voorwaarden kunnen worden gevonden waaronder commercieel rationeel handelende derden bereid zouden zijn een dergelijke transactie aan te gaan. De toets aan het arm's-lengthbeginsel van een gelieerde transactie dient altijd plaats te vinden vanuit een tweezijdig perspectief. De zakelijkheid van een garantstelling door een gelieerde onderneming zal dus niet alleen beoordeeld dienen te worden vanuit het perspectief van de onderneming die zich garantstelt maar ook vanuit het perspectief van de onderneming waarvoor de garantie wordt afgegeven. Derhalve dient ook beoordeeld te worden of de gelieerde onderneming waarvoor de garantie wordt afgegeven onder zakelijke omstandigheden van die garantie gebruik zou willen maken en bereid zou zijn daarvoor een vergoeding te betalen.

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 conserndienst 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 conserndienst 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 conserndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht dient te worden (de garantiefee).¹⁷

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.

¹⁷ Dit alles onder de voorwaarde dat de garantstelling niet om een andere dan de in deze paragraaf vermelde reden plaatsvindt in de aandeelhouderssfeer.



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 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.

Naast bovenstaande is ook van belang de uitspraak van de Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/01985, dat bij een garantstelling onder een zogenaamde paraplu-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.

Voor de volledigheid verwijs ik ook naar voorbeeld 2 in par. 1.167 van de OESO-richtlijnen.

10. 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.¹⁸

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 risicomangement 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. 8 van dit besluit).

Verzekering als bijproduct

Hier gaat het om situaties waarbij de verzekering als bijproduct voor afnemers (ongelieerde klanten)

¹⁸ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 17 januari 2014, nr. AWB11/03717.



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.¹⁹

11. Leningtransacties

Algemeen

Ook bij gelieerde financieringstransacties dienen de gehanteerde voorwaarden te worden getoetst aan het arm's-lengthbeginsel. Daarbij gaat het bij een leningstransactie om alle voorwaarden van de transactie, waaronder de risico-allocatie en de prijs. Het eindresultaat van de na deze toets als zodanig erkende leningovereenkomst dient een prijs (rentelast/rentebate) te zijn die voldoet aan de arm's-length criteria van artikel 8b van de Wet VPB 1969.

De OESO-richtlijnen

Op basis van de OESO-richtlijnen start de arm's-length toets met betrekking tot leningstransacties met de karakterisering van transacties zoals omschreven in par. 2.1 van dit besluit. Ook bij leningstransacties kan een aanpassing van de risico-allocatie nodig zijn. 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. 1.122 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.

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 hangen 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 leningstransactie, niet beneden een bepaald niveau zakt. Kredietwaardigheid wordt veelal uitgedrukt in zogenaamde credit ratings. Creditratings van AAA tot BBB⁻²⁰ 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 wordt dan als 'investment grade' aangemerkt. 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 rentedekking²¹ 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

¹⁹ Zie hiervoor ook: Rechtbank 's-Gravenhage van 11 juli 2011. AWB08/9105, LJN BR4966.

²⁰ Standards & Poor benaming, Moody's hanteert bijvoorbeeld Aaa tot Bbb.

²¹ Operationele winst gedeeld door de rentelast.



efficiënt in te richten dat deze gepaard gaat met zo laag mogelijke vermogenskosten.²² 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 leningstransactie 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 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 leningstransactie, 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.

Nederlandse jurisprudentie

In de uitspraak van de Hoge Raad van 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 van de rente er toe leidt dat de lening daarmee in wezen winstdelend wordt, wordt volgens de Hoge Raad het karakter van hetgeen partijen zijn overeengekomen aangetast. Indien geen winstonafhankelijke 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/dochtervennootschap 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 de fiscaal in aanmerking te nemen rente vastgesteld te worden. De Hoge Raad hanteert daartoe een tweetal voorschriften: i de vuistregel²³ en ii een WEV (waarde in het economische verkeer) -regel.²⁴ De laagste geldt als de fiscaal in aanmerking te nemen rente.

Ad. i

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.

Ad ii

De toepassing van de WEV-regel is met name aan de orde als de onzakelijke lening renteloos is dan

²² Dit wordt in de literatuur ook wel Weighted average cost of capital (Wacc) genoemd.

²³ HR 25 november 2011, nr. 08/05323.

²⁴ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248.



wel de overeengekomen rente wordt schuldig gebleven. De fiscaal in aanmerking te nemen rente wordt dan bepaald op de waarde in het economische verkeer van elke rentetermijn op het moment waarop deze vervalt.

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 in een situatie van 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 mogelijk sprake zijn van een 'onzakelijke lening'. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor de inlener die als gevolg van de gelieerde leningstransactie 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 fiscaal in aanmerking te nemen rente gelden.

Indien de uitlenende concernvennootschap geen betere kredietwaardigheid heeft dan de inlenende concernvennootschap, oftewel als deze vennootschap zelf niet 'investment grade' is, 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.

12. Subsidies, fiscale stimuleringsmaatregelen en beperkt aftrekbare kosten

Uit de praktijk blijkt dat met name in situaties waarin voor het vaststellen van de arm's-length prijs 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 tegemoetkoming in de kosten wordt toegekend. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een subsidie op het gebruik van duurder 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 activiteit waaraan een kostengerelateerde beloning wordt toegerekend 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 toe te rekenen kosten 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 VPB 1969. Deze kosten behoren wel tot de grondslag waarover de winstopslag 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.

13. De documentatieverplichting

In de Wet VPB 1969 is de documentatieverplichting met betrekking tot verrekenprijzen op twee verschillende plekken geregeld.



Ten eerste is er de documentatieverplichting zoals omschreven in artikel 8b, derde lid, Wet VPB 1969. 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 ex art. 8b, derde lid Wet VPB 1969 is bewust niet gekozen voor een uitputtende lijst van documenten die ter onderbouwing van het arm's-length karakter van de transacties nodig zijn. In die zin is sprake van een open norm.

Bij de beoordeling van de toereikendheid van de documentatie ex art. 8b, derde lid Wet VPB 1969 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 Instelbesluit CGVP nr. 2018-4380).

Ten tweede is in art. 29 b t/m h Wet VPB 1969 wetgeving opgenomen inzake documentatie die betrekking heeft op belastingplichtigen die aan bepaalde normen voldoen. Deze documentatieverplichting heeft betrekking op het landenrapport, het groepsdossier en het lokaal dossier. In de regeling aanvullende documentatieverplichtingen verrekenprijzen van 30 december 2015 (DB2015/462M) zijn nadere regels gesteld voor de vorm en inhoud van de rapporten en dossiers.

Art. 8b, derde lid, Wet VPB 1969 ziet zowel op nationale als grensoverschrijdende transacties met gelieerde lichamen, terwijl de verplichtingen van de artikelen 29b t/m 29h Wet VPB 1969 zien op grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde groepsentiteiten en het geven van een onderbouwing van een zakelijke winstallocatie aan vaste inrichtingen.

Ik ben van mening dat lichamen die met hun documentatie voldoen aan de in artikel 29 g Wet VPB 1969 gestelde eisen qua inhoud ook voldoen aan de verplichting zoals geformuleerd in art. 8 b, derde lid, Wet VPB 1969 voor zover het grensoverschrijdende transacties betreft.

Indien de vereisten van art. 29g Wet VPB 1969 door lichamen ook toegepast worden op nationale transacties met gelieerde lichamen ben ik van mening dat wordt voldaan aan de documentatieverplichting zoals geformuleerd in art. 8b, derde lid, Wet VPB 1969.

14. 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 Zaken en Verbruiksbelastingen van het Ministerie van Financiën als bevoegde autoriteit bijstand aan belastingplichtigen die 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 controlewerkzaamheden 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.

15. Inwerkingtreding

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

16. Intrekking oude besluiten

Dit besluit vervangt het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 november 2013, nr. IFZ 2013/184M.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 22 april 2018

*De Staatssecretaris van Financiën,
M. Snel*