



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

Directoraat-generaal Fiscale Zaken, Directie Verbruiksbelastingen, Douane en Internationale Aangelegenheden

Besluit van 14 juni 2022 nr. 2022-0000139020, Staatscourant 2022, nr. 16685

De Staatssecretaris van Financiën heeft het volgende besloten.

In dit besluit wordt nadere invulling gegeven aan de toepassing van het zogenoemde arm's-lengthbeginsel. Het arm's-lengthbeginsel is in Nederland gecodificeerd in 2002 door het opnemen van artikel 8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969).¹

Binnen de OESO²-lidstaten bestaat overeenstemming omtrent het arm's-lengthbeginsel zoals dat is opgenomen in artikel 9 van het OESO-modelverdrag. Dit is van nadere invulling voorzien in het OESO-commentaar op artikel 9 van het OESO-modelverdrag en in de OESO-richtlijnen.

De OESO-richtlijnen spreken veelal van een multinationale onderneming ('Multinational Enterprise' of MNE). Een multinationale onderneming is in de OESO-richtlijnen gedefinieerd als een lichaam dat onderdeel is van een MNE-groep. Een MNE-groep wordt vervolgens gedefinieerd als een groep van gelieerde lichamen die in twee of meer landen opereren. Waar in dit besluit over groep wordt gesproken, wordt bedoeld een groep van gelieerde lichamen die nationaal en/of internationaal opereren.

Waar in dit besluit wordt verwezen naar paragrafen, hoofdstukken of onderdelen wordt bedoeld op verwijzingen naar de OESO-richtlijnen 2022, tenzij anders vermeld.

1 Inleiding

1.1 Gebruikte afkortingen en termen

AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCA	Cost Contribution Arrangement
CUP	Comparable Uncontrolled Price
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation
DVL	Dienstverleningslichaam
NOW	Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid
MNE	Multinational Enterprise
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OESO-richtlijnen	Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations
ORA	Options Realistically Available
R&D	Research & Development
TNMM	Transactional Net Margin Methode
WACC	Weighted Average Cost of Capital
Wet Vpb 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WEV	Waarde in het Economische Verkeer

1.2 Aanleiding van het besluit

Dit besluit vervangt het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, *Stcrt.* 2018, 26874. Dit besluit geeft onder andere aandacht aan recente ontwikkelingen die hebben geleid tot wijzigingen in de OESO-richtlijnen. Voor zover deze wijzigingen een nadere verduidelijking

¹ In artikel 3.2 Wet bronbelasting 2021 is het arm's-lengthbeginsel ook gecodificeerd. Waar in dit besluit het arm's-lengthbeginsel wordt uitgelegd geldt dat ook voor artikel 3.2 Wet bronbelasting 2021.

² Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

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:

- Aanpassing van de paragraaf over financiële transacties;
- Aanpassing van paragraaf 6 van dit besluit over dienstverlening in concernverband;
- Uitbreiding van de paragraaf over overheidsbeleid met een onderdeel over steunmaatregelen van de overheid naar aanleiding van bijvoorbeeld de COVID-19 pandemie; en
- Tekstuele wijzigingen om de gebruikte terminologie beter te laten aansluiten bij de terminologie zoals gebruikt in de OESO-richtlijnen en de Nederlandse wet- en regelgeving.

In de afgelopen jaren zijn de OESO-richtlijnen gewijzigd, mede als gevolg van het BEPS³-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 naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen worden vervangen door een nieuw besluit.

1.3 Verrekenprijzen en toezicht

Bij het beoordelen van verrekenprijzen dient, zoals ook in de OESO-richtlijnen wordt vermeld, in ogenschouw te worden genomen dat het bepalen van verrekenprijzen geen exacte wetenschap is. Daarom worden belastingdiensten aangespoord om 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. De Nederlandse Belastingdienst zal deze uitgangspunten in acht nemen.

Op het gebied van verrekenprijzen past een constructieve samenwerking tussen Belastingdienst en de belastingplichtige. Het is van belang dat beide partijen begrip hebben voor de positie en de belangen van de ander.⁴

1.4 Zekerheid vooraf

Belastingplichtige kan zekerheid verkrijgen door middel van het maken van afspraken vooraf. Voor het al of niet kunnen verkrijgen van zekerheid over de toepassing van het arm's-lengthbeginsel in internationale verhoudingen, is het Besluit van 19 juni 2019, nr. 2019/13003 (Stcrt. 28 juni 2019, nr. 35519)⁵ inzake het vooroverleg rulings met een internationaal karakter relevant.

1.5 Relatie met de OESO-richtlijnen

De OESO-richtlijnen beogen inzicht te geven in de wijze waarop het arm's-lengthbeginsel in de praktijk dient te worden toegepast. Daarnaast spelen de OESO-richtlijnen in internationaal verband een belangrijke rol bij verdragstoepassing en het voorkomen van geen of dubbele belastingheffing. 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 artikel 8b Wet Vpb 1969.

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.

Indien de interpretatie en/of toepassing van de OESO-richtlijnen leiden tot een situatie waarbij binnen een internationaal opererende groep een verrekenprijsverschil ontstaat dat ertoe kan leiden dat een deel van de winst van de groep niet in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken, kan de Belastingdienst ter voorkoming van een dergelijk verrekenprijsverschil afwijken van de uitleg in dit besluit, mits dit leidt tot een uitkomst gebaseerd op het arm's-lengthbeginsel.

1.6 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 het arm's-lengthbeginsel in de weg staan. Nederland volgt zoveel mogelijk de aanbevelingen van het EU

³ Base Erosion and Profit Shifting.

⁴ Het voorgaande neemt niet weg dat er situaties kunnen bestaan waarin sprake is van een onzakelijke winstverschuiving 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. Afwijkingen van het in dit besluit geformuleerde beleid leiden niet automatisch tot het opleggen van een boete.

⁵ Inclusief de latere wijzigingen van dit besluit, zoals die van 9 augustus 2021, nr. 2021 – 16465.



Joint Transfer Pricing Forum, behalve waar Nederland een voorbehoud maakt.

1.7 Coördinatie van de uitvoering

De coördinatie van de uitvoering op het terrein van verrekenprijzen binnen de Belastingdienst is in handen van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen (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 Toepassing van het arm's-lengthbeginsel (hoofdstuk I en III)

2.1 Inleiding

Het uitgangspunt van het arm's-lengthbeginsel is dat gelieerde lichamen voor fiscale doeleinden 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 lichamen behalen op hun onderlinge transacties vergelijkbaar is met de winst die ongelieerde lichamen onder vergelijkbare omstandigheden met vergelijkbare transacties zouden behalen.

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 dit besluit en de OESO-richtlijnen.

2.2 Karakterisering van de transactie

Elke verrekenprijsanalyse dient gebaseerd te zijn op een goed beeld van de rol van ieder onderdeel van de groep, de commerciële en financiële relaties tussen deze onderdelen, en de (al dan niet door de groep geïdentificeerde) transacties waarin die relaties tot uitdrukking komen (zie par. 1.34, 1.35 en 1.50).

Voordat de prijs van een bepaalde transactie tussen gelieerde partijen kan worden vastgesteld, dient de transactie als zodanig gekarakteriseerd te worden ('delineation of the actual transaction'). Dit vereist een analyse van de economisch relevante kenmerken van de transactie. Deze analyse vindt plaats aan de hand van alle in par. 1.36 beschreven kenmerken.

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.

Er dient een analyse van de uitgeoefende functies en de economisch relevante risico's die gepaard gaan met de transactie plaats te vinden. De analyse van de risico's in een gelieerde transactie bestaat uit de in par. 1.60 beschreven stappen.

In de praktijk zijn situaties denkbaar waarbij meerdere partijen 'control' (zie par. 1.65) uitoefenen over de risico's en de 'financial capacity' (zie par. 1.64) 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 dat de contractuele risicoallocatie 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 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 (zie par. 3 van dit besluit) 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 gedeeltelijk bijdraagt aan de control, op basis van par. 1.94 alle negatieve en positieve consequenties van de betreffende risico's toegerekend krijgt, terwijl de andere partij(en) een beperkte, routinematige beloning krijgt. In het geval dat de door de betrokken partijen gehanteerde risicoallocatie 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. De aldus gekarakteriseerde transactie kan derhalve afwijken van hetgeen contractueel is overeengekomen tussen de gelieerde partijen of de uitleg die zij daaraan geven. Op basis van de gekarakteriseerde transactie dient een passende prijs te worden vastgesteld, rekening houdend met de arm's-length risicoallocatie. Dit dient in principe te gebeuren op basis van vergelijkbare transacties tussen ongelieerde partijen die voortvloeien uit een vergelijkbaarheidsanalyse. De in de OESO-richtlijnen genoemde economisch relevante kenmerken vormen eveneens de elementen van deze vergelijkbaarheidsanalyse.

2.3 Negeren van de transactie

Op basis van 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 risicoallocatie) gezien 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 (ook wel 'Options Realistically Available' of ORA genoemd) voor ieder van hen op het moment dat de transactie wordt aangegaan in ogenschouw genomen worden (zie par. 1.142 – 1.144). In deze situatie dienen de gevolgen van een dergelijke transactie voor de fiscale winst genegeerd te worden.

Par. 1.142 geeft de mogelijkheid om in extreme gevallen de transactie zelf ter discussie te stellen. Hierdoor wordt voorkomen dat de contractuele vormgeving de toepassing van het arm's-lengthbeginsel onmogelijk maakt. Indien mogelijk en gepast kan volgens deze paragraaf de transactie door een alternatieve transactie waarvoor wel arm's-length voorwaarden te vinden zijn worden vervangen. Deze alternatieve transactie moet zoveel mogelijk gebaseerd zijn op de geconstateerde feiten en omstandigheden van het voorliggende geval (zie par. 1.144). Het negeren van de transactie en het mogelijk vervangen door een alternatieve transactie vindt plaats ten behoeve van de fiscale winstbepaling.

In de par. 1.11 en 1.142 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 met voorwaarden overeengekomen in vergelijkbare transacties tussen ongelieerden niet mogelijk. Het enkele feit dat vergelijkbare transacties tussen ongelieerden niet gevonden worden, betekent echter nog niet dat de gelieerde transactie daarmee niet 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, dienen deze te worden gehanteerd en dient de transactie als zodanig te worden gerespecteerd.

2.4 De vergelijkbaarheidsanalyse

De functionele analyse van de bij de transactie betrokken partijen, welke van belang is bij de karakterisering van de transactie, vormt ook een wezenlijk onderdeel van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel 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 prijs is in het kader van par. 1.6 slechts één van de voorwaarden (zie par. 1.7). Bij deze vergelijking van voorwaarden speelt een aantal uitgangspunten een belangrijke rol. Zo bepaalt par. 1.38 dat rekening moet worden gehouden met de ORA. 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 ongelieerden tot stand zou zijn gekomen, kan voor fiscale doeleinden een prijsaanpassing plaatsvinden. 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 het betreffende lichaam, 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

groepslichamen te worden aangepast als deze niet conform dit besluit zijn vastgesteld.⁶

2.5 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 tot problemen leiden. 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 de 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.

Mede in het kader van de voorkoming van dubbele heffing en dubbele niet-heffing dient het volgende in aanmerking te worden genomen. Indien de transacties met verschillende lichamen zijn of worden aangegaan en een verrekenprijsmethode wordt gebruikt die niet direct aansluit bij een individuele transactie, dient altijd herleid te kunnen worden op welk lichaam welk deel van de totale winst betrekking heeft. Alleen op deze wijze kan bepaald worden op welke transacties met welk lichaam welk gedeelte van de met behulp van die verrekenprijs bepaalde winst betrekking heeft.

2.6 Het gebruik van de arm's-length range (par. 3.55 – 3.66)

Soms is het mogelijk om tot één verrekenprijs te komen die een betrouwbare afspiegeling is van de voorwaarden van een transactie die arm's-length zouden zijn overeengekomen. Omdat transfer pricing geen exacte wetenschap is, zal het echter veelal het geval zijn dat de toepassing van één of meerdere verrekenprijsmethoden leidt tot een range van verrekenprijzen gebaseerd op een zekere mate van vergelijkbaarheid.⁷ Vervolgens rijst de vraag welke waarnemingen geschikt zijn om het arm's-length karakter van de transactie vast te stellen (de arm's-length range) en tot welke waarneming gecorrigeerd moet worden indien de gehanteerde verrekenprijs zich buiten die arm's-length range bevindt.

Bij het vaststellen van een arm's-length range dient onderscheid te worden gemaakt tussen situaties waarbij het vergelijkingsmateriaal bestaat uit in hoge mate betrouwbare grootheden en de situatie waarbij gebruik gemaakt van materiaal dat op het gebied van de vergelijkbaarheid gebreken vertoont die niet kunnen worden gekwalificeerd en/of gekwantificeerd. In de eerste situatie wordt de range samengesteld uit al het vergelijkingsmateriaal. In de tweede situatie kan het gebruik van statistische methoden, zoals de 'interquartile range', de betrouwbaarheid van het vergelijkingsmateriaal verbeteren. Met behulp van dergelijke statistische methoden wordt de range verkleind, zodat een relevante arm's-length range resteert die naar verwachting bestaat uit beter vergelijkingsmateriaal.

Nadat de arm's-length range is vastgesteld, dient beoordeeld te worden of de prijs van de te beoordelen transactie(s) binnen deze range valt. In het geval dat de vergoeding binnen de range valt, wordt geen correctie aangebracht (zie par. 3.60). In het geval dat de vergoeding buiten de range valt en belastingplichtige de afwijking niet afdoende kan verklaren, wordt een correctie aangebracht. In de in de vorige alinea beschreven eerste situatie kan worden gecorrigeerd naar ieder punt in de range. Als aannemelijk is dat één specifiek punt binnen de range het beste aansluit bij de voorwaarden van de transactie, dient te worden gecorrigeerd tot dit punt. In de in de vorige alinea beschreven tweede situatie ben ik van mening dat, om het risico van fouten als gevolg van onbekende of niet te kwantificeren vergelijkbaarheidsgebreken te beperken, gecorrigeerd dient te worden naar de mediaan (zie par. 3.62).

2.7 Gebruik van meerjarengegevens (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 meerjarengegevens kan worden voorkomen dat in een bepaald jaar correcties worden aangebracht, terwijl het betreffende groepsonderdeel over een aantal jaren gezien een vergoeding ontvangt die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel. Het toepassen van meerjarengegevens 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 hindsight. Daarom kunnen bij het gebruik van meerjarencijfers alleen gegevens over het betreffende jaar en eerdere jaren worden gehanteerd.

⁶ Een aanpassing in neerwaartse zin is niet altijd mogelijk.

⁷ Ranges kunnen ook betrekking hebben op marges, bijvoorbeeld bij toepassing van de 'transactional net margin method' (TNMM) als passende verrekenprijsmethode.

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 bovengenoemde 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 of de dienst. Als de gemiddelde vergoeding voor de te beoordelen transactie binnen de meerjarenrange valt, wordt geen correctie aangebracht.
- Indien de te beoordelen vergoeding zowel buiten de arm's-length jaarrange valt, als buiten de arm's-length meerjarenrange, wordt een correctie aangebracht conform hetgeen in paragraaf 2.6 van dit besluit is beschreven.

2.8 Overheidsbeleid

2.8.1 Het effect van overheidsbeleid (par. 1.152 – 1.156)

Sommige overheidsinterventies kunnen worden beschouwd als marktfactoren in het desbetreffende land en moeten als zodanig worden verdisconteerd in de verrekenprijs. In par. 1.156 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 goed koopmansgebruik 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.

2.8.2 Subsidies, fiscale stimuleringsmaatregelen en beperkt aftrekbare kosten

In situaties waarin voor het vaststellen van de arm's-length prijs gebruik wordt gemaakt van een beloning gerelateerd aan de kosten, wordt regelmatig de vraag 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 de 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 milieuvriendelijkere grondstoffen, een premie op de aanschaf van een energiezuinig bedrijfsmiddel of een bijdrage op grond van de Investeringspremieregeling. Afdrachtverminderingen genoemd in artikel 3 van de Wet vermindering afdracht loonbelasting en premie voor de volksverzekeringen verminderen de loonkosten en hebben ook tot gevolg dat de kostengrondslag waarover de winstopslag wordt berekend lager wordt.

In de tegenovergestelde situatie zullen extra heffingen, bijvoorbeeld in verband met het gebruik van milieubelastende grondstoffen, leiden tot een verhoging van de gehanteerde kostengrondslag.

Subsidies en belastingvoordelen welke aan het lichaam als zodanig worden toegekend en geen causaal verband houden met de activiteit waaraan een beloning gerelateerd aan de kosten wordt toegerekend, komen niet in mindering op de gehanteerde kostengrondslag. Voor zover deze tot de fiscale winst behoren, komen deze afzonderlijk ten gunste van de winst- en verliesrekening.

Indien fiscale tegemoetkomingen worden toegekend in de vorm van een aftrek op de belastbare winst, zoals de investeringsaftrek, komen deze niet in mindering op de gehanteerde kostengrondslag. Hierbij wordt eerst de winst op basis van de toe te rekenen kosten berekend en vervolgens wordt de tegemoetkoming separaat in mindering gebracht op de belastbare winst.

Voor bepaalde kostencategorieën geldt dat deze op grond van de belastingwet slechts beperkt aftrekbaar zijn, bijvoorbeeld de kosten genoemd in artikel 3.14 Wet inkomstenbelasting 2001 juncto art. 8 Wet Vpb 1969, de kosten van afschrijving gebouwen ex artikel 3.30a Wet inkomstenbelasting 2001 juncto art. 8 Wet Vpb 1969 en de kosten genoemd in artikel 10 lid 1 j Wet Vpb 1969. Deze kosten behoren wel tot de kostengrondslag 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.

2.8.3 Steunmaatregelen

Bepaalde gebeurtenissen kunnen een grote impact hebben op de economie en de (financiële) situatie van bedrijven. Een voorbeeld van zo'n gebeurtenis is een kredietcrisis of een pandemie, zoals de COVID-19 pandemie. De Nederlandse overheid kan in relatie tot dergelijke en vergelijkbare gebeurtenissen verschillende steunmaatregelen treffen. Een recent voorbeeld van een dergelijke steunmaatregel is de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud van Werkgelegenheid (NOW).

Voor lichamen komt de vraag op hoe een steunmaatregel (zoals de NOW) van invloed is op de voorwaarden (waaronder de prijs) die partijen in hun onderlinge rechtsverhoudingen hanteren en wat de gevolgen daarvan zijn voor de belastingheffing. Dit speelt bijvoorbeeld in situaties waarbij tussen gelieerde partijen een beloning is overeengekomen die gebaseerd is op de gemaakte kosten.

Bij de toepassing van het arm's-lengthbeginsel dient beoordeeld te worden of vergelijkbare ongelieerde partijen die dergelijke steun ontvangen rekening houden met deze overheidsbijdrage bij de voorwaarden (waaronder de prijs) van hun transacties. Het is aannemelijk dat een grote daling van de omzet en/of het tijdelijk stilleggen van de productie als gevolg van een niet te beïnvloeden risico voor ongelieerde partijen aanleiding kan zijn om te heronderhandelen over de onderlinge voorwaarden (waaronder de prijs). De gevolgen van voornoemd risico zullen bij de meest voor de hand liggende partij(en) komen te liggen. Bij deze heronderhandelingen kunnen partijen rekening houden met een mogelijke toekenning van een steunmaatregel (zoals de NOW) aan één of meerdere partijen.

Als ontvangen steun of te verwachten ontvangen steun een rol speelt bij de voorwaarden van transacties in ongelieerde verhoudingen, geldt dit op basis van artikel 8b Wet Vpb 1969 ook voor de voorwaarden van transacties in gelieerde verhoudingen. Voor gelieerde transacties kan de steunmaatregel dus ook aanleiding zijn om de voorwaarden (waaronder de prijs) aan te passen, waarbij rekening kan worden gehouden met de steunmaatregel (zoals de NOW) die één of meerdere partijen mogelijk ontvangen.

Indien belastingplichtige de voorwaarden (waaronder de prijs) wenst aan te passen in verband met de ontvangen of te verwachten steun, dient belastingplichtige aannemelijk te maken dat vergelijkbare ongelieerde lichamen onder vergelijkbare omstandigheden op vergelijkbare wijze een aanpassing zouden zijn overeengekomen. Deze aanpassing moet op zakelijke gronden plaatsvinden en niet gericht zijn op het realiseren van een omzetsdaling die mogelijk recht geeft op de steunmaatregel.⁸

2.9 Verzoeken om verlaging van een verrekenprijscorrectie (par. 3.13 – 3.17)

Wanneer de Belastingdienst naar aanleiding van een boekenonderzoek een correctie voorstelt van een ter zake van een bepaalde transactie gehanteerde verrekenprijs, kan belastingplichtige verzoeken tot verlaging van de correctie 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 de OESO-richtlijnen worden vijf verrekenprijsmethoden besproken. Afhankelijk van de omstandigheden dient een keuze uit één van deze methoden te worden gemaakt.⁹

De Nederlandse Belastingdienst zal haar onderzoek naar de verrekenprijzen altijd starten vanuit het perspectief van de door belastingplichtige gehanteerde methode ten tijde van de transactie. Belasting-

⁸ Zie ook artikel 6a lid 4 sub a Eerste tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid (vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in artikel 7 lid 3 sub a van de tweede en artikel 6 lid 3 sub a van en derde tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid) waarin de voorwaarde wordt gesteld dat de omzetsdaling niet het gevolg mag zijn van aanpassingen van de verrekenprijsregels en grondslagen van waardering en resultaatbepaling. Een aanpassing van de prijzen is echter wel toegestaan als dit valt binnen de reeds gehanteerde verrekenprijsmethodiek ('verrekenprijsregels') van de groep als blijkt dat ook ongelieerde partijen in vergelijkbare situaties een prijsaanpassing maken.

⁹ Zie par. 2.9 wanneer hiervan kan worden afgeweken.

plichtige 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 beter geschikt zijn dan een andere. Hoewel van een 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 nodig 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 voor een bepaalde methode moeten onderbouwen.

In zijn algemeenheid kan worden opgemerkt dat de 'comparable uncontrolled price' (CUP) methode in de praktijk moeilijk toepasbaar is vanwege het feit dat vergelijkbare ongelieerde transacties bijna niet te vinden zijn.¹⁰ In de praktijk blijkt dat, mede daarom, in veel gevallen gebruik wordt gemaakt van de TNMM als verrekenprijsmethode.

Indien er een verrekenprijsmethode 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 gelieerde partij met de minder complexe functies (de zogenoemde 'tested party', zie ook par. 3.18). 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 een winstmarge op de kosten als 'profit level indicator') is de bepaling van de kostengrondslag een essentieel onderdeel van de toepassing van de methode.

3.2.1 Budgettering versus werkelijke kosten

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

3.2.2 De kostengrondslag en verschotten

Uit par. 2.98 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 par. 2.99 stelt dat bij toepassing van de TNMM waarbij de winst gerelateerd wordt aan de gemaakte kosten vaak de volledige kosten in de grondslag worden begrepen, wordt de mogelijkheid opengelaten 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.

Zie ter illustratie van het bovenstaande par. 7.34 waar wordt geconcludeerd dat een (gelieerde) agent die diensten inkoopt bij een ongelieerde partij alleen recht heeft op een opslag over de kosten ten aanzien van zijn eigen functies, activa en risico's. De (gelieerde) agent heeft geen recht op een opslag op de kosten van de door ongelieerden geleverde diensten.

De kosten met een zogenoemd 'verschot' karakter blijven buiten de kostengrondslag waarover een

¹⁰ Een uitzondering hierop zijn financiële transacties, omdat daar in voorkomende gevallen vaak wel vergelijkbare ongelieerde transacties te vinden zijn.

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 door derden.

Ook kosten van grondstoffen die door een producent worden bewerkt, zonder dat deze partij gezien zijn functionaliteit¹¹ control uitoefent ten aanzien van de met die grondstoffen gepaard gaande risico's, kunnen in het algemeen buiten de kostengrondslag worden gelaten. In een dergelijk geval zijn in beginsel namelijk alleen de operationele kosten van deze producent de relevante indicator voor de waarde van de door hem uitgeoefende functies, de gebruikte activa en de gelopen risico's.¹² Het vorenstaande geldt ongeacht de wijze waarop de bedoelde grondstoffen administratief worden verwerkt.

3.2.3 Kostengerelateerde beloning bij verkoop van goederen via tussenpersoon

In de praktijk komt het voor dat een partij, deel uitmakend van een groep, 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.

Par. 2.39 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 beloning gerelateerd aan de omzet.

3.3 Waarderingsmethoden (onderdeel D.2.6.3 en D.2.6.4 van hoofdstuk VI)

Waarderingsmethoden, in het bijzonder de 'discounted cash flow'-methode, mogen afhankelijk van de feiten en omstandigheden door belastingplichtigen en de Belastingdienst gebruikt worden als onderdeel van de vijf verrekenprijsmethoden of als een waarderingsmethode die gebruikt kan worden om een arm's-length prijs bij gebruik of overdracht van een immaterieel activum te bepalen. De OESO-richtlijnen beschrijven aandachtspunten ten aanzien van het gebruik van waarderingsmethoden en de invulling van de verschillende parameters.

Belangrijk is dat par. 6.157 voorschrijft dat de waarderingen 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 activum 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.

Bij de vaststelling van de arm's-length prijs dient rekening te worden gehouden met de belastingconsequenties van de overdracht. Bij de verkoper dient bij een transactie rekening te worden gehouden met de mogelijke belastbaarheid van de fiscale boekwinst als gevolg van de overdracht van het (immateriële) activum. De verkoper zal hiervoor gecompenseerd willen worden. Bij de koper dient bij een transactie rekening te worden gehouden met de gevolgen van mogelijke fiscale voordelen van de afschrijving van het verkregen (immateriële) activum (zie par. 6.178 en voorbeeld 29 bij hoofdstuk VI).

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 is onderdeel D.2 van hoofdstuk I van toepassing.

Par. 6.170 tot en met 6.173 besteedt aandacht aan de disconteringsfactor ter bepaling van de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow. Bij de keuze van de juiste disconteringsfactor,

¹¹ Bijvoorbeeld als de producent in dergelijke gevallen geen relevante functies uitoefent ten aanzien van de inkoop van de grondstoffen.

¹² Een dergelijke producent wordt doorgaans als 'toll-manufacturer' aangeduid.

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 activum en de te waarderen activiteit.

4 Secondary adjustments (par. 4.68 – 4.78)

Par. 4.68 tot en met 4.78 behandelt 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 in principe verwerking van de verrekenprijscorrectie door middel van een secondary transaction noodzakelijk.¹³ 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 eenzelfde systeem uit. Dit kan ertoe 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 in de andere betrokken staat de dividendbelasting (als zijnde de secondary adjustment) 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.

De heffing van dividendbelasting als secondary adjustment wordt niet achterwege gelaten, indien de andere betrokken staat in het jaar waarin de secondary adjustment wordt aangebracht is aangewezen in de Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden.¹⁴

5 (Im)materiële vaste activa

5.1 Transacties in relatie tot (im)materiële vaste activa

De overdracht van (im)materiële vaste activa aan een groepsmaatschappij zal niet voldoen aan het arm's-lengthbeginsel als 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.

Op basis van het arm's-lengthbeginsel worden gelieerde partijen geacht te streven naar winstmaximalisatie. In ongelieerde verhoudingen zal een transactie met betrekking tot een (im)materieel vast actief normaliter 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 (transactie)kosten 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 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 (transactie)kosten (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.

¹³ Dit kan anders uitwerken indien artikel 8ba e.v. Wet Vpb 1969 van toepassing zijn.

¹⁴ Regeling van de Staatssecretaris van Financiën van 31 december 2018 tot aanwijzing van laagbelastende staten en staten die zijn opgenomen op de EU-lijst van niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden (Regeling laagbelastende staten en niet-coöperatieve rechtsgebieden voor belastingdoeleinden)

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. In de situatie dat na de overdracht de functionaliteit in relatie tot het (im)materieel vast actief bij de verkoper is achtergebleven, zal de koper volledig afhankelijk worden van de verkoper voor de toekomstige waardeontwikkeling en de exploitatie van het actief. In ongelieerde verhoudingen zal de koper geen operationele winst kunnen verwachten. Dientengevolge kan hij onder arm's-length omstandigheden niet profiteren van het lage(re) belastingtarief.

Op grond van het arm's-lengthbeginsel dient het verschil in winst als gevolg van het hanteren van voorwaarden die afwijken van voorwaarden die ongelieerde lichamen gehanteerd zouden hebben, uit de fiscale winst van de Nederlandse verkoper te worden geëlimineerd. Dat is het verschil in winst in vergelijking met de situatie waarin niet tot de overdracht was overgegaan.

Voor een illustratief voorbeeld, zie voorbeeld 1 van par. 1.145 en het voorbeeld in par. 9.122 t/m 9.124.

In sommige situaties is de juridisch eigendom van (im)materiële vaste activa in handen van groepslichamen zonder dat een overdracht door een ander groepslichaam daaraan vooraf is gegaan. Indien ook in dit soort situaties de relevante functionaliteit bij de juridisch 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 dan de functies Maintenance, Protection en Exploitation.

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 wordt voor die gevallen opgemerkt dat indien onafhankelijke lichamen in vergelijkbare omstandigheden een prijsaanpassingsclausule zouden zijn overeengekomen, een belastingdienst moet worden toegestaan de prijsstelling op basis van een dergelijke clausule te bepalen.¹⁵ 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 ertoe 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 voordelen die het immateriële vaste activum in de toekomst genereert.

Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een nieuw immaterieel activum is ontwikkeld dat aan een gelieerd lichaam 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.¹⁶ Hierbij dient te worden opgemerkt dat een prijsaanpassingsclausule kan leiden tot zowel een opwaartse als een neerwaartse aanpassing van de oorspronkelijk overeengekomen prijs.

¹⁵ In par. 6.185 wordt daarnaast ook de mogelijkheid van heronderhandeling opengelaten indien bij afwijkende waarden ongelieerde partijen ook tot heronderhandeling zouden zijn overgegaan.

¹⁶ Zie hiervoor ook Hoge Raad 17 augustus 1998, nr. 32.997, ECLI:NL:HR:1998:AA2288.

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

In gevallen van overdracht of licensering van immateriële activa zoals omschreven in par. 6.189, is het voor de Belastingdienst moeilijk de waarde in relatie tot de onderhavige transacties te beoordelen vanwege grote onzekerheden ten aanzien van de toekomstige waardeontwikkeling. De Belastingdienst kan in deze gevallen de daadwerkelijk met de betreffende immateriële activa gerealiseerde resultaten gebruiken bij de beoordeling van de zakelijkheid van de prijs op het moment dat de transactie zich heeft voorgedaan.

De Belastingdienst kan, met een verwijzing naar de daadwerkelijk gerealiseerde resultaten, de prijs zoals die is bepaald op het moment van het aangaan van de transactie alsnog ter discussie stellen 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.

Een grote afwijking is een afwijking van meer dan 20% in vergelijking met de projecties die de basis vormden voor de oorspronkelijk vastgestelde prijs. De immateriële activa zullen niet als moeilijk te waarderen immateriële activa worden aangemerkt als een dergelijke afwijking pas optreedt na een periode van vijf jaar nadat er voor het eerst met het immaterieel activum opbrengsten zijn gerealiseerd in transacties met ongelieerde partijen.

5.4 De koop van aandelen in een ongelieerd lichaam gevolgd door een business restructuring

In de praktijk komt het veelvuldig voor dat een lichaam dat behoort tot een groep, de aandelen in een ongelieerd lichaam koopt, waarna de daarin aanwezige immateriële activa worden overgedragen aan een ander lichaam binnen de groep. Dit kan tot discussies leiden tussen belastingplichtigen en de Belastingdienst 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 de 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 hierop onverkort van toepassing.

In par. 6.147 en voorbeeld 23 van de Annex bij hoofdstuk VI wordt gesteld dat de arm's-length prijs voor de aandelen van het aangekochte lichaam nuttige informatie bevat voor de waardering van de onderneming van dit lichaam. 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 een rol. Ook dient onder andere aandacht te worden besteed aan de allocatie van de beoogde synergievoordelen, de fiscale duiding van de zogenoemde control premium, de waardering van de achtergebleven routinematige functie(s) (rekening 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 het aangekochte lichaam 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 het overgenomen lichaam 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 lichaam worden overgedragen aan een ander onderdeel binnen de groep en er bij het overgenomen lichaam slechts een routinefunctie achterblijft. De overdrachtprijs wordt in dat soort gevallen door belastingplichtigen soms vastgesteld door de verwachte 'eeuwigdurende' cashflow van de routinefunctie (contant gemaakt met behulp van een disconteringsfactor gebaseerd op deze routinefunctie) in mindering te brengen op de contant gemaakte verwachte totale cashflow van het overgenomen lichaam 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 cashflow 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 royaltypercentages. 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 het lichaam met de minder complexe functies die 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 hoeft te worden bepaald. Par. 6.141 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 immateriële 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 samenhangende uitgeoefende 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)

Op basis van de OESO-richtlijnen is sprake van een concerndienst als ten behoeve van een groepsonderdeel een activiteit wordt verricht die daaraan economische of commerciële waarde toevoegt en waarvoor dat groepsonderdeel 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 voor een dienst kan een keuze worden gemaakt uit¹⁷:

1. Toepassing van het arm's-lengthbeginsel aan de hand van de in dit besluit genoemde methoden en de OESO-richtlijnen (zie par. 6.1 van dit besluit); of
2. De vereenvoudigde methode voor diensten met beperkte toegevoegde waarde (zie par. 6.2 van dit besluit).

6.1 Toepassing van het arm's-lengthbeginsel

In de praktijk blijkt dat vaak gekozen wordt voor een kostengerelateerde beloning op basis van de TNMM. Op basis van een functionele analyse zal vastgesteld moeten worden of de beloning voor de betreffende concerndiensten 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 winst-opslag.

¹⁷ Indien niet van deze methoden gebruik wordt gemaakt, maar een beroep wordt gedaan op par. 7.37 dient aan alle voorwaarden van die paragraaf te worden voldaan. Daarnaast dienen alle financieringskosten te worden meegenomen. De Belastingdienst heeft bij het al dan niet toepassen van par. 7.37 een discretionaire bevoegdheid.

Met betrekking tot het doorbelasten van conserndiensten 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 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 uitkomst moet leiden in overeenstemming met het arm's-lengthbeginsel. Als verdeelsleutel zou geschikt kunnen zijn omzet, het aantal personeelsleden of de personeelskosten (zie ook par. 7.25). 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 Aandeelhoudersactiviteiten en gemengde activiteiten (par. 7.9 t/m 7.10)

Aandeelhoudersactiviteiten worden niet aangemerkt als conserndiensten voor zover ze geen economische of commerciële waarde toevoegen ten behoeve van concernonderdelen en voor zover een groepsonderdeel daarvoor normaliter niet bereid zou zijn te betalen. Voor aandeelhoudersactiviteiten behoort geen vergoeding in rekening te worden gebracht aan andere groepsmaatschappijen.

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van aandeelhoudersactiviteiten gaat de Belastingdienst er, met inachtneming van het gestelde in par. 6.6.2 van dit besluit, van uit dat in ieder geval de activiteiten die worden genoemd in de hierna opgenomen lijst in de hoedanigheid van aandeelhouder zijn verricht. Onder elke categorie activiteiten wordt een aantal voorbeelden genoemd van activiteiten die daaronder vallen.

6.2.1 Lijst van aandeelhoudersactiviteiten

1. Activiteiten die samenhangen met de wettelijke structuur van het lichaam 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 het lichaam 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 het lichaam zelf, of vergelijkbare waardepapieren op de kapitaalmarkten en activiteiten met betrekking tot het aanvragen/aanhouden van een (buitenlandse) beursnotering van het lichaam 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
 - het melden van aandelentransacties door personeel van het lichaam onder deze wetgeving
4. Activiteiten die samenhangen met de invoering van en voldoening aan wettelijke regels en gedragsregels inzake 'corporate governance' bij het lichaam zelf of de groep als geheel
 - het invoeren van door wet- en regelgeving voorgeschreven corporate governance toezicht, inclusief het opnemen van een paragraaf hierover in het jaarverslag
5. Activiteiten die samenhangen met rapportages aan diverse belanghebbenden betreffende het lichaam 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 het lichaam 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 conserndiensten dan wel activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden verricht.

6.2.2 Gemengde activiteiten

Bij de kwalificatie van de activiteiten als concerndiensten of aandeelhoudersactiviteiten kan er sprake zijn van zogenoemde gemengde activiteiten. Gemengde activiteiten zijn activiteiten, 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, activiteiten die samenhangen met de invoering van en voldoening aan wettelijke regels en gedragsregels inzake corporate governance en activiteiten van de Raad van Bestuur. De kwalificatie van de activiteiten als concerndiensten of aandeelhoudersactiviteiten kan plaatsvinden op basis van elke methode die leidt tot een uitkomst die in overeenstemming is met het arm's-lengthbeginsel.

6.2.3 Voorbeelden

De volgende voorbeelden beschrijven situaties waarin al dan niet sprake is van activiteiten met een gemengd karakter.

A. Voorbeeld consolidatieactiviteiten

Een groep 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.

Conclusie: 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.

B. Voorbeeld fusie- en overnameactiviteiten

Een afdeling op het Europese hoofdkantoor van de groep houdt zich bezig met fusies en overnames. De groep 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.

Conclusie: De analyse van de afdeling fusies en overnames is een activiteit die wordt verricht in de hoedanigheid van aandeelhouder. Ter zake van deze activiteit behoort derhalve geen vergoeding van de groepsmaatschappijen gevraagd te worden.

C. Voorbeeld fusie- en overnameactiviteiten

De afdeling fusies en overnames in voornoemd voorbeeld analyseert welke bedrijven op continent X (niet zijnde 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.

Conclusie: 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.

D. Voorbeeld fusie- en overnameactiviteiten

Een afdeling van de groep die zich bezighoudt met fusies en overnames assisteert een overgenomen bedrijf bij de juridische implementatie van de overname (bijvoorbeeld het van de beurs halen van de aandelen), de aanpassingen aan het systeem en huisstijl van de groep 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 ongelieerde in vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn te betalen.

Conclusie: 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.

6.3 De vereenvoudigde methode voor diensten met beperkte toegevoegde waarde (par. 7.43 t/m 7.65)

In de OESO-richtlijnen zijn paragrafen opgenomen die gericht zijn op een specifieke groep diensten met beperkte toegevoegde waarde: de zogenoemde 'low value-adding intra-group services'.¹⁸ In deze paragrafen is een voor de belastingplichtige optionele vereenvoudigde vaststelling van de beloning voor deze specifieke diensten opgenomen die ik onderschrijf. 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 groepsonderdelen. Deze vereenvoudigde methode gaat ook gepaard met een vereenvoudigde en beperktere benefit test¹⁹ vanuit het perspectief van de ontvanger van de betreffende diensten. De ontvanger dient dan meer in zijn algemeenheid het voordeel van bepaalde categorieën diensten aannemelijk te maken (zie par. 7.54 en 7.55). De criteria voor en enkele voorbeelden van low value-adding intra-group services staan beschreven in par. 7.45 – 7.49.

De Belastingdienst toetst bij dienstverlening door een gelieerde partij met behulp van de benefit test of daadwerkelijk een dienst is verricht waarvoor een vergoeding op zijn plaats is. Echter, voor zover een in rekening gebrachte vergoeding betrekking heeft op diensten die vallen onder de door de groep gekozen vereenvoudigde methode, hanteert de Belastingdienst een pragmatische benadering bij de toets of een vergoeding op zijn plaats is. Het voordeel voor de ontvanger van de betreffende diensten hoeft slechts in zijn algemeenheid onderbouwd te worden en hoeft niet te worden herleid tot individuele transacties. De vaste winstopslag behoeft niet door een vergelijkbaarheidsstudie te worden onderbouwd. Er dient wel aan de in de OESO-richtlijnen geformuleerde voorwaarden te worden voldaan, waaronder de geëigende documentatie (zie par. 7.64) en de passende wijze van berekening van de in rekening gebrachte bedragen (zie par. 7.56 t/m 7.58). Zie voor de uitwerking van de te kiezen verdeelsleutel par. 7.59 en 7.60.

Ik ga, gelet op de aard van de hier beschreven diensten (low value-adding intra-group services) ervan 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.

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.

6.3.1 Voorbeelden

E. Voorbeeld

Een groep is actief op het gebied van het verlenen van juridische diensten aan ongelieerden. Een medewerker van een van de lichamen van de groep geeft een advies over lokale juridische aspecten aan een buitenlandse groepsmaatschappij die betrokken is bij de advisering van een cliënt omtrent een internationale transactie.

Conclusie: Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast, omdat sprake is van activiteiten die behoren tot de primaire bedrijfsprocessen van de groep. Bovendien worden de betreffende diensten ook meer dan incidenteel aan ongelieerde partijen verleend.

F. Voorbeeld

Een juridische afdeling van een bank is intensief betrokken bij de vormgeving van een bankproduct dat een ander groepslichaam aan wil bieden. De activiteit van de juridische afdeling is een activiteit die meer dan marginaal waarde toevoegt aan de primaire bedrijfsprocessen van de groep.

Conclusie: Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast, omdat sprake is van een activiteit die meer dan marginaal waarde toevoegt aan de groep.

¹⁸ Zie in dit kader ook 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. 1.6 van dit besluit.

¹⁹ Zie par. 7.6.

G. Voorbeeld

Een helpdesk afdeling houdt zich enkel bezig met vragen van medewerkers van verschillende groepslichamen 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 de groep en de toegevoegde waarde van de activiteiten aannemelijk dat er geen sprake is van een primair bedrijfsproces van de groep en dat de activiteiten niet meer dan marginaal waarde toevoegen aan de primaire bedrijfsprocessen van de groep.

Conclusie: In dit geval kan worden volstaan met de doorbelasting van alle relevante daadwerkelijke kosten met een winstopslag van 5% (toepassing van de vereenvoudigde methode).

H. Voorbeeld

Een groep exploiteert een internationale keten van hotels. Een afdeling houdt zich bezig met het aanleggen en onderhouden van een computerapplicatie binnen de groep, waarmee het boekingssysteem, de facturering en het voorraadsysteem worden geautomatiseerd.

Conclusie: De activiteiten van de afdeling behoren waarschijnlijk niet tot de primaire bedrijfsprocessen van de groep, maar voegen in ieder geval meer dan marginale waarde toe aan de primaire bedrijfsprocessen van de groep. Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast.

I. Voorbeeld

Een lichaam houdt zich bezig met het produceren van halffabricaten onder aansturing en voor risico van een ander groepslichaam (als 'contract manufacturer'). Dergelijke productieactiviteiten behoren naar hun aard over het algemeen tot de primaire bedrijfsprocessen van de groep. 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 de groep uit.

Conclusie: Dat de toegevoegde waarde van deze activiteit op zich marginaal kan zijn, is niet voldoende om de activiteit als ondersteunende activiteit aan te merken. Ter zake van deze activiteit kan de vereenvoudigde methode niet worden toegepast.

6.4 Contract research en contract manufacturing

In een situatie waarin groepslichamen A en B contractueel vastleggen dat A voor rekening en risico van B immateriële vaste activa ontwikkelt ('contract research') of producten produceert ('contract manufacturing'), zou een beloning voor B gerelateerd aan de kosten als at arm's-length kunnen worden aangemerkt.

Voor de verrekenprijsanalyse dient de transactie echter eerst gekarakteriseerd te worden volgens de uitgangspunten zoals in par. 2 van dit besluit beschreven. Een beloning gerelateerd aan de kosten is at arm's-length indien de uitvoering van de contract research- of contract manufacturing-activiteiten door A plaatsvindt en indien B de research- of manufacturing-activiteiten aanstuurt, de kosten en risico's draagt en de economische eigenaar wordt van de ontwikkelde activa of geproduceerde producten. B moet daarbij 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 par. 2.1 van dit besluit). De analyse hiervan dient in ieder geval te worden gebaseerd op de specifieke feiten en omstandigheden.

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

6.4.1 Voorbeelden

J. Voorbeeld

Een groep heeft zijn hoofdkantoor in land X. De groep 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 de groep een tweetal R&D-centra die zijn ondergebracht in een afzonderlijk lichaam, gevestigd in respectievelijk land X (R&D X, als onderdeel van het hoofdkantoor) en in Nederland (R&D NL).

De onderzoeksprogramma's voor de groep als geheel worden, na de strategische besluitvorming door de groepsleiding, 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 financial capacity om de financiële risico's die samenhangen met het onderzoek te kunnen dragen.

R&D X betaalt aan R&D NL een vergoeding gerelateerd aan de kosten die is berekend op basis van de TNMM met de verhouding operationele winst/kosten als profit level indicator.

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 control 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 oefent de benodigde control uit over de risico's en heeft de financial capacity om de voor haar rekening komende gevolgen van de risico's te dragen. De activiteiten van R&D NL zijn terecht als contract research aangemerkt. Het toepassen van een beloning gerelateerd aan de kosten is in dit geval passend.

K. Voorbeeld

Een groep heeft zijn hoofdkantoor in land X. De groep 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 Nederlands lichaam (R&D NL). In dit Nederlandse lichaam zijn tevens de Europese hoofdkantoor- en verkoopactiviteiten ondergebracht. R&D NL opereert volledig zelfstandig, binnen de kaders van de strategische besluitvorming door de groepsleiding. Ook lichaam Y, gevestigd in land Y, maakt deel uit van de groep. Y heeft twee personen in dienst, beide met een administratieve en financiële achtergrond. R&D NL en 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 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 Y komen. Y wordt eigenaar van alle juridische en economische rechten die voortvloeien uit het onderzoek. Y heeft voldoende financial capacity om de financiële risico's die samenhangen met het onderzoek te kunnen dragen.

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 Y komen. Y heeft echter niet de benodigde expertise om control uit te oefenen over het voor haar rekening komende risico. Feitelijk wordt de 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 winstopslag voor R&D NL in deze situatie niet tot een arm's-length beloning leidt.

7 Bijdragen aan een 'cost contribution arrangement' (CCA) (hoofdstuk VIII)

7.1 Inleiding

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 (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 verschaft 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 return').

Op grond van hoofdstuk VIII dient het relatieve aandeel van iedere deelnemer in de bijdragen aan de CCA overeen te stemmen 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 dienen te worden op basis van de waarde in het economische verkeer (WEV).²⁰

Sommige landen aanvaarden het in rekening brengen van een winstopslag niet, terwijl ze wel accepteren dat een vergoeding voor het met de activiteiten gemoeide vermogen in rekening wordt gebracht. Dit is aanvaardbaar indien de uitkomst at arm's-length is.

Bij het beoordelen van CCA's dient 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.

Hierna volgen enkele voorbeelden van CCA's met betrekking tot R&D-activiteiten ter illustratie van de bovenstaande uitgangspunten.²¹

7.2 Voorbeelden

L. Voorbeeld

In groepslichaam A, respectievelijk groepslichaam B is het hoofdkantoor van continent A, respectievelijk het hoofdkantoor van continent B ondergebracht. Beide houden zich bezig met de productie en verkoop van producten. Beide hebben een R&D-centrum. De groep 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.

A en B sluiten een CCA 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 ze gezamenlijk beslissen over de volgende fase van het project. De verhouding tussen de marktwaarde van de bijdrage van A en die van B bedraagt 1:1. De totale verwachte waarde van het ontwikkelresultaat van het product is in continent A even groot als in continent B.

A en B komen overeen dat ieder van de deelnemers de kosten van de eigen bijdrage draagt. Daarnaast is bepaald dat A zowel juridisch als economisch eigenaar van het ontwikkelresultaat wordt voor zover het continent A betreft en dat B juridisch en economisch eigenaar wordt van het ontwikkelresultaat

²⁰ Voor situaties waarin de bijdragen tegen kosten kunnen worden berekend, zie par. 8.27 en par. 8.28.

²¹ 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-length beloning in het geval een CCA wordt overeengekomen tussen gelieerde partijen.

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: Zowel A als B kan als deelnemer in de CCA worden aangemerkt, omdat beide deelnemers tegenover hun bijdrage een deel van het recht verkrijgen dat wordt ontwikkeld. Dit recht kunnen zij bovendien zelfstandig exploiteren/gebruiken. Ten slotte stemt het relatieve aandeel van beide deelnemers in de bijdragen overeen met het relatieve aandeel in de totale verwachte voordelen (dat wil zeggen, het recht dat de deelnemers verkrijgen). De voorwaarden van de CCA leiden dus tot een arm's-length resultaat.

M. Voorbeeld

Groepslichaam A houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van consumentenproducten in continent A. 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. Groepslichamen B en C houden zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van soortgelijke producten voor de markten in continent B en C. A, B en C sluiten een CCA 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: EUR 1 miljoen. WEV van het onderzoeksresultaat: EUR 2 miljoen.
- Bijdrage door B: ontwikkelcapaciteit (personeel + vaste activa). De kosten die naar verwachting verband houden met deze ontwikkelcapaciteit zijn EUR 1,8 miljoen. Als deze ontwikkelcapaciteit op contract research basis van derden zou moeten worden ingehuurd, zou hiervoor EUR 2 miljoen moeten worden betaald (= WEV).
- Bijdrage door C: liquide middelen ten bedrage van EUR 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 groepslichamen komen overeen dat A, B en C juridisch en economisch eigenaar worden van het ontwikkelresultaat voor zover het continent A, B respectievelijk C betreft.

Conclusie: 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. Dit recht kunnen zij bovendien zelfstandig exploiteren/gebruiken. Ten slotte 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). De voorwaarden van de CCA leiden dus tot een arm's-length resultaat.

N. Voorbeeld

Groepslichaam A, groepslichaam B en groepslichaam C houden zich bezig met de productie en verkoop van soortgelijke consumentenproducten in continent A, continent B en continent C. A heeft een R&D-centrum. 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.

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.

A, B en C sluiten een CCA onder 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: EUR 1 miljoen. WEV van het onderzoeksresultaat: EUR 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 EUR 1,8 miljoen. WEV van de ontwikkelcapaciteit als in opdracht wordt gewerkt: EUR 2 miljoen.
- Bijdrage door B en C: ieder een betaling aan A ten bedrage van EUR 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 EUR 2 miljoen.
- De deelnemers dragen ieder de kosten van de eigen bijdrage.
- B en C verkrijgen de juridisch en economische eigendom van het ontwikkelresultaat voor continent B respectievelijk continent C.

Conclusie: A is op basis van de OESO-richtlijnen geen deelnemer die onder arm's-length voorwaarden participeert in de CCA, 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 bijdragen (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 WEV van in totaal EUR 4 miljoen en ontvangt als tegenprestatie een bedrag aan geld van EUR 4 miljoen. Een dergelijke beloning is 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 de voorwaarden van het contract volgt voor alle deelnemers als arm's-length aan te merken.

O. Voorbeeld

Groepslichaam A houdt zich bezig met de ontwikkeling, productie en verkoop van consumentenproducten. Groepslichaam B heeft een beperkt aantal personen in dienst met een financiële en een administratieve achtergrond. 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.

A en B sluiten een CCA onder de volgende voorwaarden:

- Bijdrage door A: initiële ontwikkelingsresultaten en ontwikkelcapaciteit. Totale kosten die hiermee zijn gemoeid: EUR 5 miljoen. Totale WEV: EUR 10 miljoen.
- B betaalt aan A EUR 5 miljoen en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten van EUR 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 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 EUR 5 miljoen en 50% van de kosten voor zover deze de geprognosticeerde kosten overschrijden en wordt economisch eigenaar van het ontwikkelde recht).

Uit een analyse van functies, gebruikte activa en gelopen risico's blijkt dat de functies van A de gehele R&D-activiteit behelzen, van de besluitvorming over welk onderzoek wordt verricht tot de uitvoering zelf. A stuurt daarbij geheel zelfstandig de R&D-activiteit aan. B is, 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. De functie van B is slechts beperkt tot de financiering van de R&D-activiteit en het uitoefenen van control over de met die financiering gepaard gaande risico's.

Conclusie: Feitelijk wordt control over het gehele risico dat samenhangt met de R&D-activiteit uitgeoefend door A. Daarnaast beschikt A over de financiële capaciteit om deze risico's te dragen. Het gehele risico dat samenhangt met de R&D-activiteiten dient dan ook te worden toegerekend aan A. 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 deelt B echter de positieve en negatieve

consequenties van het door A beheerste risico met A. De voorwaarden van het tussen A en B gesloten contract zijn daarmee niet arm's-length.

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 waarin gesproken wordt over een 'risk-adjusted return'). Indien en voor zover B geen control uitoefent over de risico's in relatie tot deze financiering, kan B hooguit recht hebben op een risicoloos rendement (zie par. 1.103).

8 Inkopen in concernverband (sectie D.8 van hoofdstuk I)

Het gezamenlijk inkopen in concernverband leidt in veel gevallen tot voordelen, waaronder synergievoordelen. 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 dichtbij 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 de groep gerekend kunnen worden. Bij de functionele analyse gaat het met name om het relatieve belang van de inkoopfunctie binnen de totale waardeketen van de groep. Vervolgens dient te worden beoordeeld door welke onderdelen van de groep de diverse inkoopactiviteiten worden uitgeoefend.

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; en
- 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 afzonderlijke 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 vergoeding gerelateerd aan de inkoopwaarde) voor activiteiten met een routinematig karakter tot een transactional profit split-achtige beloning indien de activiteiten als een kernfunctie van de groep kunnen worden gezien.

Van lokale ongelieerde inkoopagenten is bekend dat zij met name ondersteunende activiteiten verrichten. In het algemeen worden zij beloond met een vergoeding gerelateerd aan de inkoopwaarde. Het ligt voor de hand dat het percentage van de vergoeding zal toenemen 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 de groep 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 de groep 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 van het inkoopkantoor, is het at

arm's-length om een deel hiervan toe te rekenen aan het inkoopkantoor.²²

9 Financiële transacties

9.1 Leningen

9.1.1 Karakterisering van de transactie

Op basis van de OESO-richtlijnen begint de arm's-length toets voor intra-group leningen bij de karakterisering van die transacties (zie ook par. 2.1 van dit besluit). De beoordeling van de vraag of een transactie die door partijen wordt gepresenteerd als een lening ook feitelijk als een lening moet worden gekarakteriseerd maakt onderdeel uit van het in hoofdstuk I beschreven karakteriseringsproces (zie onderdeel B van hoofdstuk X en specifiek par. 10.4 tot en met 10.18).

Ook bij intra-group leningen kan het gebrek aan control en/of financial capacity bij een partij in relatie tot bepaalde risico's ertoe leiden dat de betreffende risico's, en de daarmee gepaard gaande vergoeding, gealloceerd dienen te worden aan de partij die wél de control over die risico's uitoefent en over voldoende financial capacity beschikt.

Indien een financiële transactie als lening is gekarakteriseerd dienen de gehanteerde voorwaarden te worden getoetst aan het arm's-lengthbeginsel. Daarbij gaat het ook bij een intra-group lening om het toetsen van alle voorwaarden, waaronder de prijs. Het eindresultaat van deze toets dient in principe een prijs (rentelast/rentebate) te zijn die voldoet aan de criteria van artikel 8b Wet Vpb 1969.

Als de transactie met een aanpassing van de prijs en/of de andere voorwaarden niet arm's-length te maken is, kan dit in extreme gevallen leiden tot het negeren of herkwalficeren van (een deel van) de lening (zie par. 1.142 van de OESO-richtlijnen en par. 2 van dit besluit). Met inachtneming van het voorgaande kan vervolgens een arm's-length rentebate/rentelast voor de resterende lening worden bepaald.

9.1.2 Het tweezijdig perspectief

Een analyse van de perspectieven van partijen en hun realistisch beschikbare alternatieven speelt ook bij financiële transacties een belangrijke rol (zie onderdeel C.1.1.1 van hoofdstuk X). Zo zal een ongelieerde uitlener, met inachtneming van de door hem uitgeoefende functies en zijn positie in de markt, in zijn algemeenheid zijn risico's zoveel mogelijk willen beperken. Hij zal het aangaan van de lening doorgaans laten afhangen van de vraag of de ongelieerde inlener de lening en de daarover berekende rente zal kunnen (terug)betalen. Hij zal daarom eerder een lening verstrekken aan een ongelieerde partij van welke de kredietwaardigheid, met inachtneming van de voorgenomen intra-group lening, niet beneden een bepaald niveau zakt.

9.1.3 Credit rating en investment grade

Kredietwaardigheid wordt veelal uitgedrukt in een zogenaamde credit rating. Credit ratings van AAA tot BBB- staan voor hoog tot voldoende kredietwaardig.²³ Daarbij wordt de kans dat de inlener uiteindelijk niet in staat is om rente en aflossing te kunnen betalen gering geacht. De kredietwaardigheid van de inlener wordt dan als 'investment grade' aangemerkt. Potentiële inleners met een credit rating lager dan BBB- worden niet als investment grade beschouwd, omdat de kans dat zij de rente en aflossing uiteindelijk niet kunnen betalen te groot wordt geacht.

De credit rating wordt vastgesteld aan de hand van bepaalde objectieve indicatoren, waaronder de rentedekking²⁴ en de verhouding vreemd vermogen/eigen vermogen. Slechts in bijzondere situaties is een uitlener bereid om bij de ongelieerde inlener een lagere credit rating dan BBB- te accepteren. Een uitlener met een gediversifieerde portefeuille aan leningen zal bovendien eerder een geldlening uitgeven aan een ongelieerd lichaam dat niet investment grade is, dan een uitlener die slechts één of een zeer beperkt aantal leningen heeft uitstaan. Op basis van het voorgaande dient bij een lening verstrekt aan een gelieerd lichaam dat niet investment grade is, aannemelijk te worden gemaakt dat sprake is van een onder arm's-length voorwaarden overeengekomen lening.

Een ongelieerde inlener zal ernaar streven om de financiering van zijn bedrijfsactiviteiten zodanig

²² Hoge Raad 23 april 2004, nr. 39 542, ECLI:NL:HR:2004:AO9474.

²³ Standard & Poor's benaming. Moody's hanteert op basis van haar methodiek als investment grade de ratings Aaa tot Baa3.

²⁴ De mate waarin de rente gedragen kan worden.

efficiënt in te richten dat deze gepaard gaat met zo laag mogelijke vermogenskosten.²⁵ 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. Een betere optie in een dergelijke situatie is dan eigen vermogen aan te trekken.

De hoogte van de 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 lening aangaan, indien daardoor zijn kredietwaardigheid onder het niveau van investment grade/BBB- zal dalen. Een dergelijke kredietwaardigheid betekent namelijk dat of geen vreemd vermogen kan worden aangetrokken of slechts tegen zeer hoge kosten. 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 intra-group lening, het inlenende lichaam niet meer investment grade is, aannemelijk moeten worden gemaakt dat sprake is van een onder arm's-length voorwaarden overeengekomen lening.

9.1.4 Impliciete steun

Bij het bepalen van de credit rating van een lichaam kan de mate waarin er sprake is van impliciete steun van gelieerde lichamen binnen de groep een rol spelen. Dit kan bij het aangaan van een financieringstransactie bijvoorbeeld een effect hebben op de hoogte van de rente of de omvang van een lening. Impliciete steun dient te worden beschouwd als een voordeel dat uitsluitend is toe te schrijven aan het deel uitmaken van de groep. Onder verwijzing naar par. 1.158 en voorbeeld 1 in par. 1.164 tot en met 1.166, is het in aanmerking nemen van een vergoeding voor dergelijke impliciete steun als gevolg van het deel uitmaken van een groep niet arm's-length.

De impliciete steun resulteert in een zogenaamde afgeleide credit rating voor het inlenende lichaam. Dat is dus een credit rating waarbij rekening gehouden wordt met het feit dat het lichaam deel uitmaakt van een groep.

Bij de bepaling van de mate van impliciete steun uit de groep en het gevolg daarvan voor de credit rating van dat inlenende lichaam, wordt mede gekeken naar de rol en positie van het lichaam binnen de groep. Voor lichamen wiens voortbestaan essentieel is voor de groep, zal de credit rating gelijk zijn aan de groepsrating of daar zeer dichtbij liggen. Bij gebrek aan voldoende relevante informatie kunnen par. 10.81 en 10.82 relevant zijn.

9.1.5 De arm's-length rente

De OESO-richtlijnen beschrijven een aantal methoden ter bepaling van de arm's-length rente. De voorkeur van de OESO-richtlijnen lijkt uit te gaan naar de CUP-methode (zie onderdeel C.1.2.1 van hoofdstuk X). Deze methode ziet op het bepalen van de rente van leningen op basis van beschikbare gegevens ten aanzien van vergelijkbare transacties met inleners met een vergelijkbare credit rating.

Naast de CUP-methode wordt in de OESO-richtlijnen ook de 'cost of funds approach' beschreven. Dit is een methode waarbij de kosten die de uitlener moet maken om het uitgeleende geld zelf in te lenen worden verhoogd met een dekking voor kosten, een risicopremie en een vergoeding voor het benodigde eigen vermogen.

In dit kader is er in de OESO-richtlijnen specifieke aandacht voor gevallen waarin van ongelieerde partijen wordt ingeleend en het ingeleende bedrag uiteindelijk via een of meerdere lichamen binnen de groep bij de uiteindelijke gelieerde inlener terecht komt. Indien dergelijke lichamen slechts een functie als tussenpersoon ('agent' of 'intermediary function') uitoefenen, hebben deze slechts recht op een beloning die bestaat uit een opslag op de kosten van hun eigen functie (zie hiervoor ook par. 7.34). In par. 9.2 van dit besluit inzake dienstverleningslichamen wordt hier nader op ingegaan.

Een in het kader van een lening in rekening gebrachte rente wordt in de OESO-richtlijnen aangeduid als een 'risk-adjusted rate of return'. Deze bestaat uit de 'risk-free rate of return' en een premie als

²⁵ Dit wordt in de literatuur ook wel Weighted Average Cost of Capital (WACC) genoemd.

beloning voor het at arm's-length aan de financier gealloceerde risico. Voor het bepalen van de risk-adjusted rate of return zijn par. 1.137 t/m 1.146 relevant.

Par. 1.103 bepaalt dat de partij die niet in control is ten aanzien van de risico's die gepaard gaan met het investeren in een financieel actief, slechts recht heeft op een risk-free rate of return. De risk-free rate of return wordt omschreven als het rendement op een investering waarvan het risico op tenietgaan nihil is. In de richtlijnen wordt erkend dat een dergelijke investering niet voorkomt. Daarom wordt, op basis van de bestaande praktijk, voor de bepaling van de risk-free rate of return doorgaans aangesloten bij de rente op daarvoor in aanmerking komende staatsobligaties (zie par. 1.128 t/m 1.136).

Hoewel de beloning voor de financier beperkt kan zijn tot een risk-free rate of return, heeft de inlener wél recht op aftrek van de arm's-length rente. Het verschil tussen de arm's-length rente en de risk-free rate of return (de risicopremie), komt toe aan de partij die in control is ten aanzien van de risico's die gepaard gaan met de investering in het financieel actief. Uitgangspunt is hierbij wel dat de totale rentebate wordt betrokken in een naar de winst geheven belasting. Hierbij is de in par. 1.5 van dit besluit genoemde mogelijkheid voor de Belastingdienst om af te wijken van de uitleg in dit besluit ook relevant.

9.1.6 Nederlandse jurisprudentie

De Hoge Raad oordeelde over de vraag of in binnenlandse verhoudingen een gelieerde geldlening afgewaardeerd kon worden.²⁶ De Hoge Raad heeft hierbij bepaald 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.

Ik ben van mening dat voor de bepaling van die rente als uitgangspunt dient te worden genomen hetgeen hiervoor is beschreven over de vaststelling van de arm's-length rente.

Indien de hiervoor door de Hoge Raad beschreven aanpassing van de rente ertoe leidt dat de lening daarmee in wezen winstdelend wordt, wordt volgens de Hoge Raad het karakter van dat wat partijen zijn overeengekomen aangetast. Indien geen winstonafhankelijke rente kan worden bepaald waaronder een onafhankelijke derde bereid zou zijn geweest onder verder dezelfde voorwaarden en omstandigheden eenzelfde geldlening te verstrekken aan een inlenend groepslichaam, veronderstelt de Hoge Raad dat bij die verstrekking door het uitlenende groepslichaam een debiteurenrisico wordt gelopen dat deze derde niet zou hebben genomen. Alsdan moet, behoudens bijzondere omstandigheden, ervan worden uitgegaan dat het uitlenende groepslichaam dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van het met haar gelieerde lichaam in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel zuster/dochter te dienen. De Hoge Raad noemt dit een "onzakelijke lening. Een eventueel afwaarderingsverlies op een dergelijke lening kan aldus 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 vuistregel²⁷
- (ii) de WEV-regel²⁸

De laagste geldt als de fiscaal in aanmerking te nemen rente.

Ad i de vuistregel

De rente op de onzakelijke lening wordt gesteld op de rente die het inlenende groepslichaam zou moeten vergoeden indien zij met een borgstelling van het uitlenende groepslichaam onder overigens gelijke voorwaarden en omstandigheden van een derde zou lenen. De aldus bepaalde rente is aftrekbaar bij het inlenende groepslichaam en belast bij het uitlenende groepslichaam. Het verschil tussen de daadwerkelijk in rekening gebrachte rente en de op basis van de kredietwaardigheid van het uitlenende groepslichaam bepaalde rente bevindt zich in de kapitaalsfeer.

Ad ii de WEV-regel

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

²⁶ Hoge Raad van 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:PHR:2011:BN3442.

²⁷ HR 25 november 2011, nr. 08/05323, HR 25 november 2011, nr. 08/05323.

²⁸ HR 15 maart 2013, nr. 11/02248, ECLI:NL:HR:2013:BW6552.

wel de overeengekomen rente schuldig wordt 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 tweezijdig, vanuit het perspectief van het uitlenende en het inlenende lichaam, plaats te vinden. Verwijzend naar dat wat hiervoor is gesteld ten aanzien van het perspectief van betrokken lichamen zal in een situatie van een gelieerde uitlener die een lening verstrekt aan het inlenende groepslichaam die daarna onvoldoende kredietwaardig is ook in de benadering van genoemd arrest mogelijk sprake zijn van een 'onzakelijke lening'. Ik ben van mening dat hetzelfde geldt voor de inlener die als gevolg van de gelieerde intra-group lening 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 het uitlenende lichaam. De Hoge Raad heeft in zijn arrest geen uitleg gegeven hoe om te gaan met de kredietwaardigheid van het uitlenende groepslichaam ten opzichte van de kredietwaardigheid van het inlenende lichaam. In geval van een hogere kredietwaardigheid van de uitlener ten opzichte van de kredietwaardigheid van de inlener, zal de rente die het uitlenende groepslichaam zelf in rekening gebracht zou krijgen gelden als de passende fiscaal in aanmerking te nemen rente. Indien het uitlenende groepslichaam geen betere kredietwaardigheid heeft dan het inlenende groepslichaam, oftewel als dit lichaam zelf niet investment grade is, voegt de fictieve borgstelling in principe niets toe. In dat geval kan in ieder geval niet meer dan de risicovrije rente op de geldlening in aanmerking worden genomen.

9.2 Dienstverleningslichamen

9.2.1 Financiële dienstverleningsactiviteiten binnen de groep

Een bijzondere vorm van financiële dienstverlening die binnen de groep voorkomt, betreft transacties aangegaan door belastingplichtigen waarbij de daarmee gepaard gaande werkzaamheden hoofdzakelijk bestaan uit het rechtens dan wel in feite direct of indirect ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur- of leasetermijnen, onder welke naam en in welke vorm dan ook. Lichamen waarin deze activiteiten hoofdzakelijk plaatsvinden worden in dit besluit dienstverleningslichamen (DVL's) genoemd.²⁹ Deze paragraaf ziet op transacties van DVL's met gelieerde lichamen, inclusief garantstellingen en transacties onder garantstellingen.

DVL's kenmerken zich door dienstverleningsactiviteiten waarbij er vaak een nauwe relatie is tussen de inkomende en de uitgaande geldstroom. Dergelijke DVL's zullen doorgaans routinematige activiteiten uitoefenen. In sommige gevallen kunnen DVL's echter ook activiteiten verrichten die het lopen van krediet- en marktrisico's rechtvaardigen.

Op grond van het arm's-lengthbeginsel dient de beloning van de DVL getoetst te worden aan de hand van de functies, activiteiten en risico's van de DVL. Voor het bepalen van de arm's-length beloning van een DVL wordt aangesloten bij hoofdstuk X. Hierin wordt onder andere ingegaan op de gevolgen die de risicoallocatie heeft voor de bepaling van de arm's-length prijs van de te beoordelen transactie(s). Voor de allocatie van risico's aan een DVL is het vereist dat de DVL voldoende control uitoefent over deze risico's en voldoende financial capacity heeft om de eventuele negatieve gevolgen van de gelopen risico's te kunnen dragen.

De risico's die kunnen voortvloeien uit de financiële transacties bestaan met name uit kredietrisico's (debiteuren- en valutarisico's), marktrisico's en operationele risico's. In relatie tot DVL's kan het arm's-length dragen van de kredietrisico's (debiteuren- en valutarisico's) die een sterke relatie hebben met de geldstromen, een rechtvaardiging zijn voor een beloning gerelateerd aan de hoofdsom. Het uitsluitend lopen van operationele risico's (voortvloeiend uit ondersteunende activiteiten die de DVL verricht) zal niet leiden tot de allocatie van kredietrisico's aan de DVL.

In de gevallen waarin de DVL onvoldoende control en/of financial capacity heeft, moet het risico gealloceerd worden aan de partij die wel voldoende control over dit risico uitoefent en voldoende financial capacity heeft (zie par. 1.98 en par. 10.25).

In dit besluit wordt voor de beoordeling van het verrekenprijssysteem van een DVL onderscheid gemaakt in drie verschillende situaties:

²⁹ Deze paragraaf ziet voornamelijk op financiële DVL's, maar de benadering is ook op andere DVL's van toepassing.

- (i) De DVL heeft de volledige control over de kredietrisico's en heeft de daarvoor benodigde financial capacity;
- (ii) De DVL heeft geen control over de kredietrisico's en/of onvoldoende financial capacity; en
- (iii) De DVL heeft gedeelde control over de kredietrisico's en heeft de daarvoor benodigde financial capacity.

Ad i De DVL heeft de volledige control over de kredietrisico's en heeft de daarvoor benodigde financial capacity

Nadat is vastgesteld dat de DVL volledige control uitoefent over de kredietrisico's, dient beoordeeld te worden of de DVL voldoende financial capacity heeft om de gevolgen van de gelopen risico's te kunnen dragen. Daarbij moet rekening worden gehouden met de vraag of en in hoeverre de DVL zelfstandig (zonder garanties van gelieerde lichamen) in staat zou zijn om vreemd vermogen van een ongelieerde partij aan te trekken (par. 1.64). Op basis van par. 10.161 dient een financiering die alleen onder garantstelling van een gelieerd lichaam door de DVL kan worden aangetrokken te worden aangemerkt als een kapitaalstorting in de DVL. Een dergelijke kwalificatie als eigen vermogen leidt op grond van par. 1.64 echter niet tot vergroting van de financial capacity van de DVL.³⁰

De jurisprudentie van de Hoge Raad hanteert andere specifieke criteria voor de kwalificatie van een lening als eigen vermogen. Hier is mogelijk sprake van een spanningsveld tussen de OESO-richtlijnen en de Nederlandse jurisprudentie. Indien een belastingplichtige zekerheid vooraf vraagt over de toepassing van het arm's-lengthbeginsel, zullen de OESO-richtlijnen als uitgangspunt worden genomen. De reden hiervan is gelegen in het feit dat unilateraal gegeven zekerheid vooraf ook internationaal verdedigbaar moet zijn.

Indien de DVL volledige control en de benodigde financial capacity heeft, moet een passend rentepercentage worden bepaald op basis van een vergelijkbaarheidsstudie. Dit moet plaatsvinden per individuele inkomende en uitgaande gelieerde transactie en in samenhang met de totale financieringspositie van de DVL. Het gaat bij de vergelijkbaarheidsstudie om de vergelijkbaarheid van de voorwaarden van de gelieerde transactie met de voorwaarden van vergelijkbare ongelieerde transacties. Voor intercompany leningen zal de CUP-methode het meest logische aanknopingspunt vormen voor het vinden van een arm's-length beloning per transactie.

Ad ii De DVL heeft geen control over de kredietrisico's en/of onvoldoende financial capacity

Als de control over de kredietrisico's niet bij de DVL ligt en/of de DVL onvoldoende financial capacity heeft om de kredietrisico's te kunnen dragen, kunnen deze risico's niet arm's-length aan de DVL worden gealloceerd. Een beloning gerelateerd aan de omvang van de geldstromen is dan ook niet at arm's-length. Bij het ontbreken van control over het kredietrisico en/of voldoende financial capacity om de kredietrisico's te kunnen dragen, ligt een beloning gerelateerd aan de eigen operationele kosten van de DVL meer voor de hand.³¹ Mogelijk loopt de DVL namelijk wel een operationeel risico in relatie tot de uitvoering van de eigen activiteiten. Deze risico's zijn doorgaans niet materieel in vergelijking tot de kredietrisico's.

Ad iii De DVL heeft gedeelde control over de kredietrisico's en heeft de daarvoor benodigde financial capacity

Als zowel de DVL als het hoofdkantoor (of een ander gelieerd lichaam) over de kredietrisico's control-activiteiten uitoefenen zoals beschreven in par. 1.65 (dus niet alleen 'wider policy setting' zoals beschreven in par. 1.76), is sprake van gedeelde control. Er is in deze situatie sprake van control-activiteiten in zowel kwantitatieve als kwalitatieve zin. De DVL moet in beide opzichten een bepaalde omvang van de activiteiten uitoefenen voordat sprake is van voldoende control om (een deel van) de betreffende risico's aan de DVL te alloceren.

In de specifieke context van deze bijzondere vorm van financiële dienstverlening ligt het niet in de lijn der verwachting dat het bij vergelijkbare ongelieerde transacties onder vergelijkbare omstandigheden veel zal voorkomen dat het door de DVL gedragen risico contractueel wordt beperkt zonder dat daarbij rekening gehouden wordt met de relatieve mate waarin de partijen control uitoefenen over de relevante risico's.

³⁰ In par. 10.161 wordt gesteld dat indien en voor zover lichamen niet zonder garantie van een gelieerd lichaam kunnen lenen, deze leningen moeten worden gezien als leningen aan de garantieggever die het geld daarna als eigen vermogen (al dan niet via de moeder) stort in de DVL.

³¹ De kostengrondslag wordt bepaald met inachtneming van par. 10.100.

Indien een risico zich daadwerkelijk voordoet, lijkt het passend de gevolgen pro rata te verdelen tussen de lichamen afhankelijk van de relatieve omvang van de control die ze hebben in relatie tot de relevante transacties en de daarbij horende risico's. Gelet op de aard en omvang van de control-activiteiten in relatie tot dergelijke financiële dienstverleningsactiviteiten ga ik ervan uit dat gedeelde control binnen groepsverband zelden zal voorkomen.

Ten aanzien van de financial capacity en de arm's-length beloning gelden dezelfde opmerkingen als gemaakt in de eerste alinea bij Ad i (de DVL heeft de volledige control over de risico's en heeft de daarvoor benodigde financial capacity).

In situaties waarin sprake is van gedeelde control over de kredietrisico's en de benodigde financial capacity, dient een passende beloning te worden vastgesteld aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval.

Bij de vaststelling van de arm's-length beloning dient rekening gehouden te worden met de andere partij binnen de groep die control-activiteiten uitoefent en die eveneens arm's-length beloond dient te worden.

9.2.2 Voorbeelden

Onderstaande voorbeelden gaan uit van de situatie waarbij BV X onderdeel uitmaakt van een internationaal opererende groep. BV X trekt financiering aan van ongelieerde partijen en verstrekt financiering aan gelieerde lichamen in het buitenland.³² Alle financiële stromen lopen over de boeken van BV X. De treasury-afdeling van de groep bestaat uit vijftig werknemers.

P. Voorbeeld volledige control

De volledige treasury-afdeling van de groep is in dienst bij BV X en werkzaam in Nederland. Deze treasury-afdeling oefent control uit over de kredietrisico's en BV X heeft voldoende financial capacity om het kredietrisico te dragen.

Conclusie: De relevante functies om control uit te oefenen over de kredietrisico's bevinden zich in Nederland en BV X heeft voldoende financial capacity om de gevolgen van het kredietrisico te dragen. BV X draagt daarom het kredietrisico. Per transactie dient een passende beloning te worden bepaald. Dit kan bijvoorbeeld aan de hand van een CUP.

Q. Voorbeeld geen control

Een veertigtal werknemers van de treasury-afdeling is in dienst bij BV X en werkzaam in Nederland. Deze werknemers houden zich met name bezig met ondersteunende en uitvoerende activiteiten. De overige tien werknemers (CFO of hoofd treasury³³ en de laag direct daaronder) zijn in dienst van een gelieerd lichaam in het buitenland en daar werkzaam.

Conclusie: De relevante functies om control uit te oefenen over de kredietrisico's bevinden zich niet in Nederland. De in Nederland aanwezige functionaliteit beperkt zich tot ondersteunende en uitvoerende activiteiten. Een beloning op basis van de kosten van de ondersteunende en uitvoerende activiteiten is passend (ongeacht de beantwoording van de vraag of BV X voldoende financial capacity heeft om de risico's te dragen).

Een beloningsmethodiek waarbij de kosten en opbrengsten (rente) die gerelateerd zijn aan de leningen, deel uitmaken van de grondslag van de in Nederland belastbare winst, is niet passend.

R. Voorbeeld gedeelde control

Van de vijftig medewerkers van de treasury, zijn er 45 in dienst bij BV X en werkzaam in Nederland. Binnen deze groep houden veertig werknemers zich met name bezig met ondersteunende en uitvoerende activiteiten. De overige vijf werknemers zijn mede in control ten aanzien van de risico's die gepaard gaan met het financieren van gelieerde lichamen. De resterende vijf werknemers van de treasury-afdeling zijn werkzaam in een ander gelieerd lichaam in het buitenland en zijn samen met de eerdergenoemde vijf werknemers in Nederland in control ten aanzien van de risico's die gepaard gaan met het financieren van gelieerde lichamen. Beide lichamen oefenen control uit over de kredietrisico's

³² De financiering is niet afkomstig uit een laagbelastend land en er wordt geen financiering verstrekt aan een laagbelastend land. Eventuele toepassing van de 30% EBITDA-regeling is hier buiten beschouwing gelaten.

³³ De aard van de activiteiten is hierbij meer doorslaggevend dan de functietitel.

zoals beschreven in par. 1.65 (er is dus niet alleen sprake van wider policy setting) en hebben de financial capacity om de kredietrisico's te dragen.

Conclusie: De relevante functies om control uit te oefenen over de kredietrisico's bevinden zich gedeeltelijk in Nederland en gedeeltelijk in het buitenland. Hier is een allocatie van de risico's als gevolg van de aanwezigheid van de control-functies bij BV X en het gelieerde buitenlandse lichaam passend. Indien bij zo'n verdeling een risico daadwerkelijk tot uiting komt, dienen de gevolgen daarvan naar rato te worden gealloceerd tussen BV X en het gelieerde buitenlandse lichaam aan de hand van die risicoallocatie.

In bovenstaande situatie dient een passende beloning te worden vastgesteld aan de hand van de feiten en omstandigheden. Bij de vaststelling van de arm's-length beloning dient rekening gehouden te worden met de andere partij binnen de groep die control-activiteiten uitoefent en die eveneens arm's-length beloond dient te worden.

De beloning voor de ondersteunende en uitvoerende activiteiten van BV X dient op vergelijkbare wijze te worden vastgesteld als bij voorbeeld Q hierboven.

9.3 Cash pooling

9.3.1 Karakterisering van de transactie

In een groep hebben lichamen doorgaans kortlopende vorderingen en schulden bij ongelieerde financiële instellingen. Er kan een voordeel te behalen zijn voor de groep als geheel indien zij deze vorderingen en schulden binnen het concern 'poolen' in de vorm van een 'cash pool' waarin verschillende gelieerde partijen als cash pool participanten kortlopende vorderingen kunnen stallen of kortlopende schulden kunnen aangaan. De gelieerde coördinator van de cash pool wordt wel de 'cash pool leader' genoemd. Twee verschijningsvormen die veel voorkomen zijn 'zero balancing cash pooling' en 'notional cash pooling'.

In het karakteriseringsproces van een cash pool transactie dient onder andere te worden gelet op het door een individuele participant hebben van wisselende debet- en creditposities in de cash pool. In de situatie waarin een of meerdere cash pool participanten voor langere tijd een debet- dan wel creditpositie in de pool aanhouden, is het noodzakelijk om na te gaan of sprake is van een andersoortige transactie, zoals een depot met een langere termijn of een lening. Dit zal tot gevolg hebben dat op basis van het arm's-lengthbeginsel een andere beloning in vergelijking met de beloning bij een kortdurende positie van de participant in de cash pool passend is.

9.3.2 Voordelen als gevolg van de cash pool

Groepsonderdelen worden alleen geacht aan een cash pool deel te nemen als dit niet tot een nadeliger resultaat leidt dan een andere optie. Ook hier dient dus rekening te worden gehouden met de options realistically available van de cash pool participanten. Het voordeel van deelname aan een cash pool hoeft niet alleen te bestaan uit een voordelige rente. Te denken valt ook aan een beperktere noodzaak om externe leningen aan te trekken, minder administratie en een efficiënter beheer van de liquiditeitspositie.

Besparingen en andere voordelen als gevolg van deelname aan de cash pool kunnen het gevolg zijn van groepssynergien die voortvloeien uit een structurering binnen de groep die ten doel heeft deze voordelen te verwezenlijken (een zogenaamde 'deliberate concerted group action'). In een dergelijk geval zullen de synergievoordelen overeenkomstig hetgeen is beschreven in sectie D.8 van hoofdstuk I onder de participanten aan de cash pool moeten worden verdeeld.

De verdeling van deze voordelen dient plaats te vinden via de vaststelling van de arm's-length rente over de debet en credit posities van de participanten in de cash pool, rekening houdend met een passende beloning voor de cash pool leader.³⁴ De cash pool leader bij notional cash pooling zal gezien de beperkte functionaliteit minder waarde toevoegen dan de cash pool leader bij zero balancing. Dit zal zijn weerslag vinden in de beloning.

9.3.3 Garanties over en weer binnen de cash pool

De OESO-richtlijnen besteden naast de garantie van de moeder ook aandacht aan de mogelijke 'cross-guarantees' binnen de cash pool overeenkomst waarbij de participanten zich over en weer voor

³⁴ Zie par. 10.143.

elkaar garant stellen. In onderdeel C.2.3.3 van hoofdstuk X wordt vastgesteld dat de individuele participanten doorgaans geen invloed hebben op wie aan de cash pool deelneemt en hoe hoog de bedragen zijn waarvoor ze mogelijk garant staan. Daarnaast zullen de cash pool participanten niet over relevante informatie beschikken over de andere participanten voor wie ze garant staan. In zijn algemeenheid is bij cross-garantees geen garantie fee tussen de partijen verschuldigd. De ondersteuning van een participant bij het in gebreke blijven van één of meerdere participanten dient als een handeling in de kapitaalsfeer te worden beschouwd die geen effect heeft op de belastbare winst van de betreffende participanten.

9.4 Garanties

9.4.1 Karakterisering van de transactie

Het afgeven van een garantie voor schulden van een ongelieerde partij zal, zeker zonder het bedingen van een hoge mate van zekerheid, niet snel voorkomen. Bij het verstrekken van een garantie aan een gelieerd lichaam dient daarom onderzocht te worden of er toch zakelijke voorwaarden kunnen worden gevonden waaronder commercieel rationeel handelende ongelieerde partijen bereid zouden zijn een dergelijke transactie aan te gaan.

De zakelijkheid van een garantstelling door een gelieerd lichaam zal niet alleen beoordeeld dienen te worden vanuit het perspectief van het lichaam dat de garantstelling afgeeft, maar ook vanuit het perspectief van het lichaam ten behoeve waarvan de garantie wordt afgegeven. Onderdeel daarvan is de vaststelling of de inlener een voordeel geniet als gevolg van de garantie, waarbij rekening dient te worden gehouden met het effect van een reeds aanwezige impliciete steun.

Een voordeel voor de inlener van een garantie kan zijn dat deze onder betere voorwaarden kan lenen dan zonder de garantie. In feite leent de inlener dan op basis van de credit rating van de garantieverstrekker. Als dit tot lagere kosten voor de inlener leidt, zal deze bereid zijn om voor de garantstelling een vergoeding te betalen (de garantie fee). Daarbij moeten de kosten van het inlenen met een garantie worden afgezet tegen de kosten zonder een expliciete garantie, maar met inachtneming van de impliciete steun.

Een ander voordeel kan zijn dat de inlener in staat is om met een garantie meer geld in te lenen dan zonder een garantie. De garantie ondersteunt dan niet alleen de credit rating, waardoor een lagere rente in rekening wordt gebracht, maar vergroot ook de inleencapaciteit.

De OESO-richtlijnen (in het bijzonder par. 10.161) schrijven voor dat het extra deel van de lening aan de garantienemer (dat door de garantie mogelijk is geworden) als een lening aan de garantiegever moet worden aangemerkt. Dit wordt gevolgd door een kapitaalstorting door de garantiegever in de garantienemer. Voor dit extra deel kan geen garantie fee in rekening worden gebracht. Slechts voor het deel van de lening dat kwalificeert als lening aan de garantienemer, kan mogelijk een arm's-length garantie fee in aanmerking worden genomen.³⁵

De huidige OESO-richtlijnen schrijven voor dat een garantstelling voor een concernvennootschap die niet in staat is om zelfstandig, zonder deze garantie, een lening of een deel daarvan op de kapitaalmarkt aan te trekken, in beginsel voor het deel dat niet zelfstandig zou kunnen worden aangetrokken plaats vindt in de aandeelhoudersfeer. Er is dan voor dat deel geen sprake van een conserndienst waarvoor een vergoeding aan de garantienemer in rekening gebracht dient te worden. Indien de garantie door de leningverstrekker bij de garantiegever wordt ingeroepen, zal deze eerst worden toegerekend aan het deel van de lening dat niet zelfstandig kon worden aangetrokken, en leiden de gevolgen hiervan geleet op het bovenstaande niet tot een fiscale last.

9.4.2 De arm's-length garantie fee

Indien er in het kader van de garantstelling sprake is van een dienst, kan de garantie fee voor fiscale doeleinden in principe niet hoger zijn dan het voordeel dat de partij die de dienst ontvangt als gevolg van de garantie geniet.

De OESO-richtlijnen beschrijven een vijftal methodes waarmee de garantie fee kan worden bepaald. Indien de daartoe behorende CUP-methode niet kan worden toegepast, heeft het de voorkeur om de garantie fee te bepalen op basis van de hieronder beschreven benadering (ook wel aangeduid als 'yield approach').

³⁵ Het is nog onzeker of de hier beschreven karakterisering van het extra deel van de lening aan de garantienemer, geleet op geldende jurisprudentie in de context van de Wet Vpb 1969, door de rechter zal worden gevolgd.

Bij wijze van voorbeeld kan het zijn dat de kapitaalmarkt in een bepaalde situatie de volgende rentepercentages hanteert:

– Op basis van de standalone rating:	6%
– Op basis van de afgeleide rating:	tussen 4% en 6%
– Op basis van de groepsrating:	4%

In deze situatie zou de garantie fee op basis van de yield approach niet hoger kunnen zijn dan het verschil tussen het rentepercentage dat aansluit bij de afgeleide rating (zie par. 9.1 van dit besluit) en het rentepercentage dat aansluit bij de groepsrating. Dat is het maximale voordeel dat de garantienemer zou kunnen behalen met de expliciete garantie.

Bij de bepaling van de mate van impliciete steun en het gevolg daarvan voor de afgeleide credit rating van het lichaam wordt mede gekeken naar de rol en positie van het lichaam binnen de groep. De afgeleide rating zal zich bevinden tussen de standalone rating van het groepslichaam en de groepsrating.

Indien het in een individueel geval niet mogelijk is om een specifieke arm's-length garantie fee te bepalen, keur ik goed dat de garantie fee wordt bepaald op de helft van het door de garantienemer genoten voordeel.

9.4.3 Garanties over en weer binnen de groep

Net als bij cash pooling wordt bij garanties in onderdeel D.1.2 van hoofdstuk X aandacht geschonken aan de effecten van cross-garantees, waarbij groepsonderdelen over en weer garant staan voor elkaars verplichtingen. De OESO-richtlijnen constateren dat het moeilijk, zo niet onmogelijk, is om per individuele garantstelling tussen twee groepsonderdelen de waarde en effecten van die garantstelling vast te stellen, terwijl tegelijkertijd ook andere groepsonderdelen voor hetzelfde risico garant staan.

Een analyse van feiten en omstandigheden leidt dan doorgaans tot de conclusie dat het voordeel van een dergelijke cross-garantie niet uitgaat boven het voordeel als gevolg van passieve associatie en het onderdeel uitmaken van een groep (impliciete steun). In een dergelijk geval is geen garantie fee verschuldigd en vindt de ondersteuning als gevolg van de gegeven garantie bij het in gebreke blijven van één of meerdere deelnemers plaats in de kapitaalsfeer en heeft deze geen gevolgen voor de belastbare winst.

Naast het bovenstaande is in dit kader ook een arrest van de Hoge Raad van belang.³⁶ Hierin is bepaald dat bij een garantstelling onder een zogenaamde paraplu-kredietfaciliteit het aanvaarden door een lichaam van hoofdelijke aansprakelijkheid voor alle schulden van andere lichamen die deelnemen aan het kredietarrangement zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen dat lichaam en die andere lichamen. Het handelen van de lichamen wordt in dat geval geregeerd door het groepsbelang. De lichamen 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. Het zal zelden mogelijk zijn een arm's-length vergoeding voor de onderlinge garantstelling van de verschillende gelieerde partijen vast te stellen. De gevolgen van de hoofdelijke aansprakelijkheid bevinden zich in die gevallen in de kapitaalsfeer.

9.5 Captives

9.5.1 Karakterisering van de transactie

Binnen groepsverband komen er lichamen voor die contractueel optreden als interne (her)verzekeraars. Deze worden hierna captives genoemd.

Om in het kader van het karakteriseringsproces van deze transacties te beoordelen of feitelijk sprake is van verzekeringstransacties door de captives, zijn de volgende vragen in relatie tot deze captives van belang:

- Is er sprake van diversificatie en pooling in de captives?
- Is de economische vermogenspositie van de groepsonderdelen verbeterd als gevolg van de diversificatie?
- Is de captive als gereguleerd lichaam onderworpen aan regels met betrekking tot het feitelijk aangaan van risico's en het daarbij vereiste kapitaal?

³⁶ Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/01985, ECLI:NL:HR:2013:BW6520.

- Zou het verzekerde risico ook buiten de groep verzekeraar zijn?
- Heeft de captive de vereiste deskundigheid en ervaring in relatie tot de verzekeringsactiviteit en het beleggen van de ontvangen premies?
- Is er een reële mogelijkheid dat de captive verliezen lijdt?

Om tot de conclusie te komen dat er feitelijk sprake is van daadwerkelijke verzekeringstransacties dienen in principe alle bovenstaande vragen bevestigend beantwoord te worden.

Ten aanzien van de diversificatie dient in aanmerking te worden genomen dat er bij een captive over het algemeen sprake is van een lagere graad van diversificatie dan bij een externe verzekeraar die vergelijkbare risico's verzekert, omdat het meestal gaat om een beperktere kring van verzekerden. Een lagere graad van diversificatie leidt er in beginsel toe dat de captive een hogere premie in rekening zou moeten brengen om het verzekerde risico op zich te kunnen nemen. Zonder die hogere premie zou de captive namelijk te weinig rendement genereren om de gelopen risico's te kunnen dragen en de vergoeding voor haar risicokapitaal te kunnen realiseren.

Een verlaging van het risicokapitaal, hetgeen mogelijk zou kunnen leiden tot een lagere premie, zou de verzekeringstransactie vanuit een rationeel economisch perspectief ook niet mogelijk maken. Dit verlaagde kapitaal zou namelijk onvoldoende zijn om de volledige verwachte schade te dekken bij het voordoen van de negatieve consequenties van de verzekerde risico's, waardoor de verzekerden een deel van het risico zelf zouden moeten dragen. Als gevolg van de hogere premie die vanuit het perspectief van de captive in rekening gebracht zou moeten worden, zou het verzekerde lichaam beter af zijn als zij de risico's bij een ongelieerde meer gediversifieerde verzekeraar zou onderbrengen. De verzekeringstransactie met de captive komt derhalve in een dergelijke situatie niet tot stand.

9.5.2 Verzekerd risico en verzekeringsrisico

Bij de analyse van een verzekeringstransactie is het belangrijk om onderscheid te maken tussen:

- (i) het verzekeringsrisico dat gepaard gaat met verzekeren; en
- (ii) het verzekerde risico.

Over het algemeen is de verzekerde in control ten aanzien van het verzekerde risico. De beslissing om het risico aan te gaan en zich tegen de negatieve gevolgen van dat risico te verzekeren, is immers onderdeel van de control van de verzekerde ten aanzien van dat risico (zie (i) en (ii) van par. 1.61). Indien feitelijk sprake is van verzekeren, oefent de captive een zogenaamde 'risk mitigation function' uit. Dit is een functie die niet behoort tot de control-functie ten aanzien van het verzekerde risico (zie (iii) van par. 1.61 en par. 1.65).

Vervolgens dient vastgesteld te worden of de captive in control is ten aanzien van het verzekeringsrisico. Daarbij is van belang dat de OESO-richtlijnen³⁷ de in het OESO PE rapport³⁸ beschreven 'underwriting function' als de control-functie ten aanzien van het verzekeringsrisico beschouwen. Indien de captive niet de omschreven control-functies uitoefent dienen de risico's te worden gealloceerd aan de partij die dat wel doet. Ook de (netto) opbrengst uit de belegde premies dient in dat geval aan die partij te worden toegerekend (zie par. 10.212).

9.5.3 Passieve pooling van verzekeringsrisico's

In een zogenoemde passieve pooler worden louter groepsrisico's ondergebracht, of gebundeld en via haar ondergebracht bij ongelieerde (her)verzekeraars. Veelal is dit in de eerstgenoemde situatie het eigen risico dat de groep zelf wenst te houden en/of waartoe het door externe verzekeraars wordt verplicht. Doorgaans is de passieve pooler een verlengstuk van de afdeling risicomangement van het hoofdkantoor.

Een dergelijk lichaam is doorgaans gedwongen om alle verzekerden binnen de groep te accepteren en heeft veelal een verbod om risico's van partijen buiten de groep te verzekeren. Zij verricht niet de hierboven genoemde underwriting function, diversifieert niet zelf en heeft ook zelf niet de vereiste deskundigheid en ervaring in relatie tot de verzekeringsactiviteit en het beleggen van de ontvangen premies. Daarom wordt niet voldaan aan de hierboven genoemde vereisten om de transacties als verzekeringstransacties aan te merken. Het lichaam verricht vooral een administratieve en/of bemiddelende functie die slechts een beperkte beloning rechtvaardigt.

De overige via dit lichaam opkomende voordelen, zoals het bundelvoordeel als gevolg van het feit dat

³⁷ Zie par. 10.211.

³⁸ OESO (2010). *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. OECD Publishing: Paris.

gezamenlijk minder dekkend vermogen hoeft te worden aangehouden (zie par. 10.207), de voordelen als gevolg van het centraal onderhandelen met eventuele (her)verzekeraars en de met de premie-opbrengst door haar behaalde beleggingsopbrengsten komen toe aan de groepsonderdelen die op deze wijze hun krachten bundelen (zie par. 10.212).

9.5.4 Verzekering als bijproduct

Er zijn situaties waarbij de verzekering als bijproduct wordt aangeboden aan ongelieerde afnemers van producten of diensten door een groep met activiteiten buiten de verzekeringsbranche, zoals annuleringsverzekeringen of verzekeringen voor een extra garantieperiode. De betreffende polis voor de afnemer staat over het algemeen op naam van een ongelieerde verzekeraar die onder toezicht staat van een lokale toezichthouder. De premie wordt, na aftrek van een vergoeding voor de ongelieerde verzekeraar, als herverzekeringspremie aan de interne gelieerde herverzekeraar doorbetaald.

In de praktijk biedt niet de interne herverzekeraar, maar het groepsonderdeel dat de hoofdactiviteit van de groep uitoefent de verzekering aan als bijproduct aan de ongelieerde klant. Dat groepsonderdeel bereikt diversificatie via zijn klantenbestand en weet daardoor de verzekeringsvoordelen voor de groep te behalen. De interne herverzekeraar verricht over het algemeen niet de hierboven beschreven underwriting function, diversifieert niet zelf en heeft ook zelf niet de vereiste deskundigheid en ervaring in relatie tot de verzekeringsactiviteit en het beleggen van de ontvangen premies. Daarom wordt niet voldaan aan de hierboven genoemde vereisten om de transacties tussen de interne herverzekeraar en het groepsonderdeel dat de hoofdactiviteit van de groep uitoefent als verzekerings-transacties aan te merken. Een dergelijk lichaam verricht slechts een beperkte administratieve functie die een beperkte beloning rechtvaardigt.³⁹

9.5.5 Verkoop van verzekeringen via een agent

Onderdeel E.3.4 van hoofdstuk X beschrijft de verkoop van verzekeringen via een gelieerde tussenpersoon, waarbij de winst die de verzekeraar maakt hoger is dan bij vergelijkbare transacties met vergelijkbare derden. Het gaat daarbij uitsluitend om een groepslichaam dat, aan de hand van de in paragraaf 9.5.1 van dit besluit genoemde criteria ook daadwerkelijk verzekeringen afsluit. In het voorbeeld gaat de verkoop van hoogwaardige technische producten door een detailhandelaar gepaard met een verzekering tegen schade en diefstal bij een gelieerde verzekeraar. In een dergelijke situatie dient ter bepaling van de arm's-length vergoeding voor de tussenpersoon bijzondere aandacht te worden besteed aan de omstandigheden die tot die hoge winst leiden. Indien de hoge winst is toe te rekenen aan de mogelijkheid om op het moment en de plaats van verkoop van een product of dienst door het directe contact van de tussenpersoon met de klant óók een verzekering aan te bieden, dient het hierdoor gerealiseerde (extra) voordeel niet te worden gealloceerd aan de gelieerde verzekeraar. De gelieerde verzekeraar dient in een dergelijke situatie een vergoeding te krijgen gelijk aan die van vergelijkbare ongelieerde verzekeraars.

10 De documentatieverplichting

In de Wet Vpb 1969 is de documentatieverplichting met betrekking tot verrekenprijzen op twee verschillende plekken geregeld, in artikel 8b, derde lid, Wet Vpb 1969 en in artikel 29b t/m 29h, 34f en 34g Wet Vpb 1969 (landenrapport, groepsdossier en lokaal dossier). Hieronder wordt allereerst op het landenrapport, het groepsdossier en het lokaal dossier ingegaan en vervolgens op de 8b documentatie.

10.1 Landenrapport, groepsdossier en lokaal dossier

Artikel 29b t/m h Wet Vpb 1969 is van toepassing op belastingplichtigen die aan bepaalde normen voldoen. In de regeling aanvullende documentatieverplichtingen verrekenprijzen van 30 december 2015 (DB2015/462M) zijn nadere regels gesteld voor de vorm en inhoud van het landenrapport, het groepsdossier en het lokaal dossier.

De verplichtingen van de artikelen 29b t/m 29h Wet Vpb 1969 zien alleen op grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde groepslichamen en het geven van een onderbouwing van een zakelijke winstallocatie aan vaste inrichtingen.

10.2 Artikel 8b documentatie

De documentatieverplichting zoals omschreven in artikel 8b, derde lid, Wet Vpb 1969 bestaat uit een

³⁹ Zie hiervoor ook: Rechtbank 's-Gravenhage van 11 juli 2011. AWB08/9105, LJN BR4966.

beschrijving van de vijf vergelijkbaarheidsfactoren van de gelieerde transacties zoals in hoofdstuk I 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. Deze verplichting ziet zowel op nationale als grensoverschrijdende transacties met gelieerde lichamen.

Bij de codificatie van de documentatieverplichting ex artikel 8b, derde lid Wet Vpb 1969 is bewust niet gekozen voor een uitputtende lijst van documentatievereisten 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 deze documentatie speelt het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol. Het uitgangspunt is dat de extra administratieve lasten als gevolg van artikel 8b, derde lid Wet Vpb 1969 zoveel mogelijk beperkt dienen te worden.⁴⁰

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 1969.⁴¹

Ik keur goed dat lichamen die met hun documentatie voldoen aan de in artikel 29g Wet Vpb 1969 gestelde eisen qua inhoud, ook voldoen aan de verplichting zoals geformuleerd in artikel 8b, derde lid, Wet Vpb 1969 voor zover het grensoverschrijdende transacties betreft. Indien de vereisten van artikel 29g Wet Vpb 1969 door lichamen ook toegepast worden op nationale transacties met gelieerde lichamen, keur ik goed dat wordt voldaan aan de documentatieverplichting zoals geformuleerd in artikel 8b, derde lid, Wet Vpb 1969.

11 Vroegtijdig overleg over mogelijke dubbele belastingheffing

Dubbele belastingheffing als gevolg van verrekenprijscorrecties is ongewenst. Belastingplichtigen die geconfronteerd worden met belastingheffing die niet in overeenstemming is met de bepalingen van een verdrag kunnen een verzoek indienen voor een onderlinge overlegprocedure. De bevoegde autoriteit voor Nederland is de Minister van Financiën. Aan de Algemeen directeur Belastingdienst/Grote Ondernemingen is het onder mandaat verleend de taak van bevoegde autoriteit uit te voeren.

Uitgangspunt bij een onderlinge overlegprocedure is dat de dubbele belastingheffing zo snel en efficiënt mogelijk wordt weggenomen. Deze bijstand wordt verleend op basis van gesloten belastingverdragen, het EU-arbitrageverdrag⁴² en de EU-arbitragerichtlijn⁴³ zoals in Nederland geïmplementeerd in de Wet fiscale arbitrage.⁴⁴ Nederland streeft naar het vroegtijdig opstarten van onderlinge overlegprocedures met verdragspartners. Dit is nader uitgewerkt in het besluit van 15 november 2021, nr. 2021-0000226675, Staatscourant 2021, 47634.

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 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 handelen door de Belastingdienst of 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 het handelen van een buitenlandse belastingdienst leidt tot een correctie met betrekking tot de verrekenprijzen moet aanwezig zijn. Belastingplichtige dient dit in het schriftelijke verzoek aannemelijk te maken. 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.

⁴⁰ Bij belastingplichtigen die verrekenprijsdocumentatie dienen te hebben op basis van artikel 8b, derde lid, Wet Vpb 1969, zal 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 per definitie leiden tot de conclusie dat de documentatie onvolledig is.

⁴¹ Instelbesluit CGVP nr. 2018-4380.

⁴² Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting ingeval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG).

⁴³ Richtlijn 2017/1852 van de Raad van 10 oktober 2017 betreffende mechanismen ter beslechting van belastinggeschillen in de Europese Unie.

⁴⁴ Wet van 10 juli 2019, houdende Invoering van een wettelijk mechanisme ten behoeve van de beslechting van belastinggeschillen tussen lidstaten van de Europese Unie, Stbl. 2019, 261.



12 Inwerkingtreding

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

13 Ingetrokken regeling

De volgende besluiten zijn ingetrokken met ingang van de inwerkingtreding van dit besluit:

- Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 22 april 2018, nr. 2018-6865, Stcrt. 2018, 26874; en
- Onderdeel V van het Vraag- en antwoordbesluit dienstverleningslichamen, nr. DGB 2014/3102.

14 Citeertitel

Dit besluit wordt aangehaald als: Verrekenprijsbesluit 2022.

Dit besluit zal in de Staatscourant worden geplaatst.

Den Haag, 14 juni 2022

*De Staatssecretaris van Financiën,
M.L.A. van Rij*