

## **VERSLAG 41<sup>e</sup> FISCALE CONFERENTIE “TRANSFER PRICING”**

*mw. mr. K.D.W. Hoebergen Adv. LL.M. en D. Weide MSc.<sup>1</sup>*

### **1. Inleiding**

Op 23 en 24 november 2015 vond op Slot Zeist de 41<sup>e</sup> fiscale conferentie plaats. Het onderwerp van deze conferentie was *verrekenprijzen*. Belastingadviseurs, belastingambtenaren en een bedrijfsfiscalist gingen in discussie over transfer pricing, met name in de context van het OESO project BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) en de recent door de OESO gepubliceerde uitkomsten van dit project<sup>2</sup>. De conferentie werd georganiseerd door de Belastingdienst en de NOB. De leiding van de conferentie was in handen van Van den Brekel<sup>3</sup>

Hieronder volgt een verslag van hetgeen besproken is, niet noodzakelijk in chronologische volgorde.

### **2. Ontwikkelingen in de OESO**

De Ruiter<sup>4</sup> start de conferentie met een overzicht van de ontwikkelingen binnen de OESO die hebben geleid tot de publicatie van het BEPS rapport waarin, onder andere, nieuwe richtlijnen met betrekking tot verrekenprijzen worden voorgesteld. Ze merkt hierbij op dat met name de acceptatie bij een brede groep landen van groot belang was voor het succes van het BEPS project. Alle G20- en OESO landen waren op gelijke voet en op basis van consensus betrokken bij het project. Doordat ook ontwikkelingslanden waren aangesloten, heeft het BEPS project impact op meer dan 90% van de wereldhandel.

De actiepunten van de OESO in het BEPS project komen voort uit een zogenaamde “holistische benadering”, waarbij “base erosion and profit shifting” moeten worden opgelost door een combinatie van maatregelen. De verschillende maatregelen kunnen worden ondergebracht in drie belangrijke pijlers: coherentie, substance en transparantie. Daarnaast zijn uitwisseling van informatie tussen landen en goede overlegprocedures ter voorkoming van dubbele belasting van wezenlijk belang. Om dit laatste te waarborgen is in het BEPS rapport een minimumstandaard opgenomen waaraan alle landen zullen moeten voldoen en wordt een monitoringmechanisme ingevoerd op basis van “peer review”.

Wat betreft transfer pricing blijkt uit het BEPS rapport dat de OESO een verschuiving naar een meer economische benadering van transfer pricing voorstaat. De feitelijke gebeurtenissen worden belangrijker, door de OESO ook wel de “real deal” genoemd. Als gevolg daarvan kan de juridische vormgeving eerder ter discussie worden gesteld als deze strijdig is met de economische werkelijkheid. Deze wijziging zal hierna in meer detail aan de orde komen, evenals de risico-allocatie die hierbij van groot belang is.

De Ruiter sluit af met een mooie metafoor voor de ontwikkelingen die de afgelopen jaren binnen de OESO hebben plaatsgevonden en het werk dat nog moet gebeuren: “De OESO heeft met het BEPS rapport de bakstenen en bouwtekeningen neergelegd, nu is het belangrijk dat de landen aan de slag gaan met de daadwerkelijke bouw van het huis”.

---

<sup>1</sup> mw. mr. K.D.W. Hoebergen Adv. LL.M. is lid van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen bij de Belastingdienst. D. Weide MSc. is werkzaam bij Deloitte.

<sup>2</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Final Reports. In dit verslag “BEPS rapport”.

<sup>3</sup> drs. R.P.J. van den Brekel RE RA is werkzaam bij EY.

<sup>4</sup> mw. drs. M. de Ruiter is Hoofd Divisie Verdragen, Verrekenprijzen en Financiële Transacties bij de OESO.

### 3. Delineating the actual transaction en risico-allocatie

#### *Vanuit het perspectief van de Belastingdienst*

Van Egdom<sup>5</sup> gaat in op de hoofdpunten in het BEPS rapport ten aanzien van "delineating the actual transaction", risico-allocatie en "recognition". Van Egdom constateert dat bij gelieerde transacties regelmatig risico-allocaties voorkwamen die in ongelieerde verhoudingen niet werden geconstateerd, en economisch gezien ook niet rationeel leken. Dergelijke contractueel vastgelegde risico-allocaties maakten transfer pricing kwetsbaar voor manipulatie. In het BEPS rapport komt de OESO nu met een stappenbenadering waarbij de feitelijke transactie dient te worden vastgesteld. In dit proces, dat kan worden aangeduid als "delineating the actual transaction", wordt de transactie op basis van de contracten en het gedrag van betrokken partijen in kaart gebracht. Daarna wordt de allocatie van de risico's nader geanalyseerd en zo nodig aangepast. Nadat dit proces is doorlopen dient een passende prijs gezocht te worden voor de transactie, rekening houdend met de financiële en andere consequenties van de arm's length risico-allocatie.

Van Egdom merkt hierbij nog nadrukkelijk op dat de OESO van mening blijft dat als tussen ongelieerde partijen een vergelijkbare risico-allocatie in vergelijkbare transacties onder vergelijkbare omstandigheden gevonden kan worden, deze ook tussen gelieerde partijen dient te worden gerespecteerd.

#### *Vanuit het perspectief van het bedrijfsleven*

Hafkenscheid<sup>6</sup> stelt dat risico-allocatie essentieel is voor de bepaling van een zakelijke winstallocatie omdat een onderneming winst maakt als gevolg van risico-aanvaarding. Het probleem volgens Hafkenscheid is echter dat risico-allocatie en daarmee winstallocatie manipuleerbaar is, omdat risico contractueel overdraagbaar is. Hafkenscheid is van mening dat risicoallocatie kwantitatief onderbouwd moet worden en meent dat de Belastingdienst de mogelijkheden die daarvoor beschikbaar zijn onvoldoende benut. Daarom grijpt de fiscus naar zijn mening teveel naar theoretische argumenten om tax planning door risicoallocatie tegen te gaan. Hafkenscheid stelt dat met gebruik van kwantitatieve methoden (zoals Monte-Carlosimulatie) gemanipuleerde risicoallocatie kan worden opgespoord en ontmaskerd.

### 4. Intangibles

#### *Vanuit het perspectief van de Belastingdienst*

Smetsers<sup>7</sup> vervolgt dat de definitie van een "intangible" en de gerechtigdheid tot de voordelen van "intangibles" de gemoederen binnen de OESO lange tijd heeft bezig gehouden. Smetsers geeft aan dat de brede definitie<sup>8</sup> die uiteindelijk is gekozen door de OESO, door de Belastingdienst wordt ondersteund. Het is echter van groot belang om daaraan toe te voegen dat "een ongelieerde bereid zou moeten zijn ervoor te betalen".

---

<sup>5</sup> J.T. van Egdom RA is werkzaam als secretaris van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen bij de Belastingdienst.

<sup>6</sup> mr. R.P.F.M. Hafkenscheid is werkzaam bij Loyens & Loeff

<sup>7</sup> mr. N.A.Th. Smetsers is werkzaam als voorzitter van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen bij de Belastingdienst.

<sup>8</sup> BEPS-rapport paragraaf 6.6: "Something, not a physical or financial asset, capable of being owned or controlled for use in commercial activities and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances"

Dat is namelijk het wezen van het arm's length beginsel. Wat betreft de gerechtigdheid tot de voordelen van een "intangible" geeft Smetsers een toelichting op de zogenaamde "DEMPE-functies"<sup>9</sup>, die voor deze beoordeling cruciaal zijn.

Smetsers benadrukt dat de nieuwe regels met betrekking tot transfer pricing geen belangrijke wijzigingen teweeg zullen brengen in de wijze waarop de Belastingdienst de OESO verrekenprijnsregels toepast. Het huidige beleid (zoals ook beschreven in het verrekenprijnsbesluit<sup>10</sup>) is nagenoeg in lijn met de nieuwe regels.

#### *Vanuit het perspectief van het bedrijfsleven*

Dijkman<sup>11</sup> stelt dat het voor bedrijven lastig is om hun intangibles, vanuit het transfer pricing perspectief, goed in beeld te krijgen en te verbinden aan juridische entiteiten. In bedrijven worden DEMPE-functies namelijk steeds vaker ondergebracht in virtuele teams, waarbij landsgrenzen en juridische entiteiten geen rol spelen.

Dijkman benadrukt ook het belang van een "value chain"-analyse voor het identificeren en waarderen van de DEMPE-functies. Hij stelt daarbij dat een globale "value chain"-analyse de opmaat zou kunnen zijn naar bredere toepassing van de profit-split methode.

### **5. Business restructuring en valuation**

Van Egdome en Slabbers<sup>12</sup> gaan in op de vraag wat de relatie is tussen een koop van aandelen gevolgd door een herstructurering waarbij activa overgaan naar een IP entiteit. De vraag die aan de deelnemers wordt voorgelegd is welke prijs betaald moet worden voor de overgedragen activa en in hoeverre de prijs die voor de aandelen betaald is in de voorafgaande aandelentransactie behulpzaam kan zijn bij de vaststelling van de nieuwe arm's length prijs.

Van Egdome stelt dat de waarde, en niet de prijs, van de aandelen als startpunt genomen moet worden om vervolgens te bepalen welke bedragen er afgetrokken en/of bij opgeteld moeten worden om de waarde van de overgedragen activa vanuit het perspectief van de verkopende vennootschap vast te stellen en de arm's length prijs te bepalen. Voor de verkopende vennootschap is namelijk niet zozeer bepalend de prijs die voor de aandelen is betaald, maar de waarde die de aandelen hadden op het moment van de onderhandelingen en aankoop. Volgens de economische theorie zal er doorgaans immers alleen een transactie plaatsvinden indien de waarde vanuit het perspectief van de verkopende partij lager is dan de waarde vanuit het perspectief van de kopende partij.

Er vindt ook nog discussie plaats hoe bij het vaststellen van de prijs voor de overgedragen activa, rekening gehouden dient te worden met eventuele synergievoordelen die elders in het concern gerealiseerd gaan worden, de waardering van achterblijvende routineactiviteiten en de impact van belastingen. Geconstateerd wordt dat in de praktijk vaak wordt aangesloten bij de prijs betaald voor de aandelen, al dan niet uit praktische overwegingen. Uit de discussie blijkt ook dat het lastige materie is waarover nog geen eenduidige conclusie kan worden gevormd door de deelnemers van de conferentie.

### **6. Formeel recht en transfer pricing**

---

<sup>9</sup> Development (Ontwikkeling), Enhancement (Verbetering), Maintenance (Onderhoud), Protection (Bescherming) en Exploitation (Exploitatie).

<sup>10</sup> Besluit van 14 november 2013, nr. IFZ2013/184M

<sup>11</sup> drs. J.A. Dijkman is werkzaam bij Meijburg & Co.

<sup>12</sup> drs. D.P. Slabbers is als partner werkzaam bij de Valuations group van PwC.

Djebali<sup>13</sup> start met de uitkomst van haar promotie-onderzoek uit 2012<sup>14</sup> naar het functioneren van transfer pricing procedures waarbij zij onder meer de volgende gebreken heeft geconstateerd met betrekking tot de onderlinge overlegprocedure (hierna: "MAP"): de MAP aanvraag is (te) omvangrijk en complex, garandeert geen uitkomst doordat slechts een inspanningsverplichting voor partijen geldt en daarnaast is het onduidelijk hoe de MAP wordt gevoerd tussen verschillende autoriteiten. Een aantal wijzigingen in het BEPS rapport, zoals de reeds genoemde minimumstandaard maar ook een monitoringmechanisme in de vorm van een internationaal MAP forum, zouden deze gebreken kunnen wegnemen. Djebali constateert dat het hiervoor van belang is dat de voorstellen in het BEPS rapport op de juiste wijze worden geïmplementeerd in alle OESO-lidstaten en dat het voorgestelde monitoringmechanisme van het MAP proces goed blijkt te functioneren. Djebali stelt dat het neerleggen van een verplichte (inzake de toegang) én bindende (inzake de uitkomst) vorm van arbitrage in de belastingverdragen gesloten door de OESO-lidstaten een effectievere maatregel zou zijn geweest. De lidstaten zijn hier klaarblijkelijk echter nog niet aan toe.

Vervolgens wordt door de groep gediscussieerd over transfer pricing en de rechtsgang, waarbij wordt geconstateerd dat nagenoeg geen transfer pricing geschillen voor de nationale rechter komen. Hierbij merkt Djebali nog op dat in het geval dát een transfer pricing geschil voor de rechter komt, van belang is om te realiseren dat een rechter bij de beoordeling ervan de verdeling van de bewijslast tussen partijen als uitgangspunt neemt. Het is daarom goed om bij het voorleggen van een zaak aan de rechter die verdeling scherp in beeld te hebben en hiervan uitgaande het eigen standpunt te onderbouwen. Hiermee wordt voorkomen dat alle aandacht uitgaat naar de materieelrechtelijke (economische) kant van de zaak, terwijl het geschil op dit formeelrechtelijke aspect al dreigt stuk te lopen.

Van Eijdsden<sup>15</sup> behandelt de formele aspecten van rulings, vaststellingsovereenkomsten, grensoverschrijdende controles en de bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot informatieverstrekking. Ook gaat Van Eijdsden in op het recent goedgekeurde voorstel van de Europese Commissie<sup>16</sup> op basis waarvan vanaf 1 januari 2017 automatisch informatie over rulings zal worden uitgewisseld tussen lidstaten. Hij merkt daarbij op dat deze verplichting niet alleen ziet op zogenaamde APA's en ATR's, maar constateert dat het ook andere afspraken met de Belastingdienst kan omvatten, zoals een vaststellingsovereenkomst, een toezegging of een akkoordverklaring. Naast het voorstel van de Europese Commissie wijst Van Eijdsden op actiepunt 5 uit het BEPS rapport dat een soortgelijke inhoud heeft.

Smetsers geeft aan dat Nederland aan alle gestelde vereisten (van zowel de Europese Commissie als de OESO) op het gebied van informatie-uitwisseling zal voldoen, maar dat op dit moment nagedacht wordt over de precieze reikwijdte van de verplichting tot automatische informatie-uitwisseling.

Ten slotte merkt van Eijdsden op dat de toename aan informatie voor belastingdiensten in de diverse landen ook onverwachte consequenties zou kunnen hebben. Hij voorziet dat in de toekomst het zogenaamde "gebrek aan een nieuw feit" vaker gesteld zou kunnen gaan worden door belastingplichtigen, in het geval dat de Belastingdienst correcties wil aanbrengen met betrekking tot onderwerpen waarvan de informatie reeds was uitgewisseld.

---

<sup>13</sup> mw. mr. dr. N. Djebali is rechter in het belastingteam van de Rechtbank Den Haag.

<sup>14</sup> N. Djebali (diss.), *Beslechting van transfer pricing geschillen (Fiscale Monografieën 139)*, Kluwer 2012.

<sup>15</sup> mr. J.A.R. van Eijdsden is werkzaam bij EY en aldaar voorzitter Tax Policy & Controversy Group.

<sup>16</sup> Proposal for a council directive amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation.

## **7. Organisatievormen in de praktijk**

Mans<sup>17</sup> en van de Klundert<sup>18</sup> presenteren drie verschillende grensoverschrijdende organisatiemodellen die steeds vaker in de praktijk voorkomen. Met behulp van stellingen wordt gediscussieerd over de implicaties van het BEPS project en welke elementen belangrijk zijn voor de transfer pricing analyse.

De deelnemers concluderen dat het in geval van matrixorganisaties en virtuele teams waarbij de betrokken functionarissen in verschillende landen werken, erg lastig is om functies en gerelateerde winsten toe te rekenen aan specifieke entiteiten. Geconstateerd wordt dat met name "control" doorslaggevend zou moeten zijn, waarbij "control" uitgeoefend door een entiteit anders dan de principaal entiteit aanleiding kan geven tot een profit split. Het begrip "control" blijkt voor meerdere interpretaties vatbaar te kunnen zijn. Vanuit de deelnemers wordt de hoop geuit dat het nog te verwachten OESO rapport over profit-splits hier meer guidance over gaat geven.

## **8. Tenslotte**

Aan het einde van de conferentie bedankt Van den Brekel de deelnemers voor hun aanwezigheid en bijdrage aan de discussies.

---

<sup>17</sup> mr. D. Mans is werkzaam bij ASML Netherlands BV.

<sup>18</sup> drs. M.A.J. van de Klundert is lid van de Coördinatiegroep Verrekenprijzen bij de Belastingdienst.