

VERSLAG 34^e FISCALE CONFERENTIE “VERREKENPRIJZEN”

mw. drs. M. Koomen RA en mw. mr. S.F. Verloove¹

Inleiding

Op 21 en 22 juni 2012 vond op Slot Zeist de 34^e Fiscale conferentie plaats. Het onderwerp van deze conferentie was *verrekenprijzen*.² Een twintigtal belastingadviseurs en belastingambtenaren gingen onder leiding van een belastingrechter aan de hand van diverse inleidingen en stellingen in discussie over verrekenprijzen. De conferentie werd georganiseerd door de Belastingdienst en de NOB. De leiding was in handen van mr. E.A.G. van der Ouderaa³.

Vanuit een elegante vergaderzaal kon de groep genieten van het uitzicht op het zeventiende-eeuwse slot Zeist, aanvankelijk badend in de zon en later in regen en onweer. Binnen was de discussie intens en analyseerde de groep vanuit de raamwerken van de overheid, de rechterlijke macht en het bedrijfsleven een aantal actuele winstvraagstukken zoals kapitalisatieverhoudingen, zakelijke rente, juridische versus economische visie, stalling en captives. Inleiders uit de adviespraktijk, de treasury praktijk, de bancaire wereld en de Belastingdienst droegen munitie aan voor de discussie.

Hieronder volgt een kort verslag van de besproken onderwerpen, niet noodzakelijk in chronologische volgorde.

De invloed van verrekenprijzen op kapitalisatie verhoudingen

Inleider Bruins Slot⁴ neemt de deelnemers mee naar het verleden om de plaats van het arm's length principe (“ALP”) in de wet en jurisprudentie te duiden. Het startpunt is het totaalwinstbegrip (artikel 3.8 Wet IB 2001) en de jurisprudentie dat voordeel genoten in hoedanigheid van aandeelhouder uit de winst uit onderneming moet worden geëlimineerd. Het stellen van de zakelijkheidsvraag is de vorm waarin het ALP al lang in de fiscaliteit wordt toegepast. Bij die vraag gaat het om een dubbele zakelijkheidstoets die bestaat uit een prestatietoets en een prijstoets. In die volgorde, stelt Bruins Slot. Eerst dient met betrekking tot de prestatie te worden beoordeeld of deze met een derde ook zou plaatsvinden. En daarna volgt de prijstoets die de transactie op zich in stand laat en de prijs eventueel wijzigt. Deze volgorde is overigens in het recente onzakelijke lening-arrest⁵ niet aangehouden. Bruins Slot zou de prestatietoets willen invullen door niet alleen de prestatie sec of deze tezamen met ofwel vergoeding ofwel omstandigheden te bekijken, maar door de vraag te beantwoorden of derden de transactie onder de gegeven omstandigheden tegen een *realistische* prijs zouden aangaan.

Uit het Zweedse grootmoeder arrest⁶ kan worden opgemaakt dat bevoordeling plaats kan vinden in geld of goederen maar eveneens in de kostensfeer. Uit dit arrest kan echter ook worden afgeleid dat de Hoge Raad de dubbele zakelijkheidstoets (in dit arrest impliciet) heeft gebruikt bij de beoordeling van leningen en vergoedingen op leningen.

In het ‘bodemloze put-arrest’⁷ komt het ALP in de visie van Bruins Slot voor het eerst meer expliciet bij de kwalificatie van leningen aan de orde. De Hoge Raad heeft in dit arrest bewoordingen gebruikt die veelal zo worden geïnterpreteerd dat *alleen* een bodemloze put-lening op grond van het ALP kan worden geherkwalificeerd. Echter, de bewoordingen van het arrest BNB 1988/217 kunnen volgens Bruins Slot

¹ mw. drs. M. Koomen RA is werkzaam in het APA/ATR-team bij de Belastingdienst te Rotterdam en mw. mr. S.F. Verloove is als belastingadviseur werkzaam bij PwC te Rotterdam.

² de bij transacties tussen gelieerde partijen in aanmerking te nemen vergoedingen.

³ Senior raadsheer bij het gerechtshof Amsterdam.

⁴ Dr. W. Bruins Slot is werkzaam als belastingadviseur bij KPMG Meijburg & Co. De titel van zijn inleiding was: “Invloed arm's length principle op verhouding eigen vermogen / vreemd vermogen”, met als subvragen “is er een rol voor het ALP in de criteria uit BNB 88/217” en “wat is de rol van het ALP bij het concluderen tot een onzakelijke lening als bedoeld in het arrest BNB 2012/37”.

⁵ Hoge Raad 25 november 2011, 08/05323, BNB 2012/37.

⁶ Hoge Raad 31 mei 1978, nr. 18230, BNB 1978/252.

⁷ Hoge Raad 27 januari 1988, nr. 23 919, BNB 1988/217, ook wel aangeduid als “Unilever-arrest”.

ook veel ruimer worden uitgelegd: niet de bodemloze put-lening staat in dit arrest centraal, maar het oordeel dat het ALP ook bij de kwalificatie van leningen wordt toegepast. De rol die het ALP speelt kan er toe leiden dat iedere lening die derden niet zouden verstrekken voor herkwalificatie in aanmerking komt.

De Hoge Raad lijkt dus een verschil in benadering te kiezen voor (enerzijds) een bodemloze put-lening en (anderzijds) een onzakelijke lening, terwijl beide leningen niet door derden zouden worden afgesloten en bij beide leningen de crediteur een debiteurenrisico loopt dat derden niet zouden willen lopen. Bruins Slot ziet op grond van deze overeenkomsten geen reden om de bodemloze put-lening anders te behandelen dan de onzakelijke lening. De verschillen tussen beide leningen rechtvaardigen niet het buitenproportionele verschil in behandeling: bij een bodemloze put-lening worden alle gevolgen van deze lening gecorrigeerd, terwijl bij een onzakelijke lening slechts de gevolgen van een onzakelijk debiteurenrisico worden gecorrigeerd, waarna een lagere, nooit ontvangen rente wordt belast. Het verschil tussen beide typen leningen is dat bij een bodemloze put-lening het zekere onzakelijke verlies direct zichtbaar wordt omdat (her)kwalificatie in het jaar van verstrekking aan de orde is, terwijl bij een onzakelijke lening het (onzekere) onzakelijke verlies zich ook pas jaren later kan manifesteren. Het moment kan dus verschillen, maar als het verlies zich voordoet heeft het dezelfde oorzaak: een lening die door derden niet zou zijn afgesloten.

Bediscussieerd wordt dat de overwegingen van het arrest BNB 1988/217 meer mogelijkheden bieden voor de beoordeling van intercompany financieringsverhoudingen. In die visie wordt het geval van het arrest meer gezien als toepassingsvorm van een onderliggende hoofdregel (ALP), in plaats van als de formulering van een op zichzelf staande hoofdregel voor specifiek het geval van dat arrest. Het toepassingsbereik van de in dat arrest geformuleerde derde uitzondering op de hoofdregel dat de civielrechtelijke vorm beslissend is zou dan groter zijn dan doorgaans wordt aangenomen.

Inleider Daniels⁸ gaat in op de invloed van paragraaf 1.65 OESO Guidelines in samenhang met artikel 8b Wet Vpb, en koppelt dit aan de Nederlandse rechtspraak inzake het beoordelen van financieringsverhoudingen. Hij begint met de hoofdregel van de OESO Guidelines welke inhoudt dat het startpunt bij de beoordeling van een geldverstrekking is hetgeen partijen zijn overeengekomen. En dat indien een transactie niet tussen onafhankelijke derden wordt aangetroffen, dit nog niet betekent dat deze transactie niet arm's length zou kunnen zijn. Deze – volgens Daniels redelijke – benadering is volgens hem ook te vinden in Nederlandse rechtspraak.

Paragraaf 1.65 OESO Guidelines bevat twee uitzonderingen op deze hoofdregel.

Paragraaf 1.65 OESO Guidelines luidt als volgt:

“However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties’ characterization of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance. An example of this circumstance would be an investment in an associated enterprise in the form of interest-bearing debt when, at arm’s length, having regard to the economic circumstances of the borrowing company, the investment would not be expected to be structured in this way. In this case it might be appropriate for a tax administration to characterize the investment in accordance with its economic substance with the result that the loan may be treated as a subscription of capital. The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. An example of this circumstance would be a sale under a long-term contract, for a lump sum payment, of unlimited entitlement to the intellectual property rights arising as a result of future research for the term of the contract (as indicated in paragraph 1.11). While in this case it may be proper to respect the

⁸ Prof.dr. A.H.M. Daniels is werkzaam als belastingadviseur bij Ernst & Young. De titel van zijn inleiding was “8b in relatie tot 1.65”.

transaction as a transfer of commercial property, it would nevertheless be appropriate for a tax administration to conform the terms of that transfer in their entirety (and not simply be reference to pricing) to those that might reasonably have been expected had the transfer of property been the subject of a transaction involving independent enterprises. Thus, in the case described above it might be appropriate for the tax administration, for example, to adjust the conditions of the agreement in a commercially rational manner as a continuing research agreement.”

De eerste uitzondering van paragraaf 1.65 houdt “substance over form” in, hetgeen neerkomt op het herkwalficeren van een lening in kapitaal. De kwalificatie van feiten is daarbij van groot belang. Daniels concludeert in dit verband dat in Nederland een beroep op artikel 8b Wet Vpb dan wel paragraaf 1.65 OESO Guidelines, voor ‘herkwalficatie’ niet noodzakelijk is. Herkwalficatie van een geldverstrekking is ook mogelijk via het leerstuk van de schijnhandeling dan wel de (autonome) fiscale kwalificatie van de feiten.

De tweede uitzondering die in paragraaf 1.65 is voorzien betreft de (evident) “a-typische transactie”. Deze kan worden genegeerd en/of gesubstitueerd. Deze benadering is lastiger. Ten eerste gaat het om transacties in samenhang bezien die onafhankelijke, commercieel en rationeel handelende derden niet zouden zijn aangegaan en waarbij de structuur van de transacties het bijna onmogelijk maakt voor de Belastingdienst om de juiste verrekenprijs te vinden. In Nederland kennen we het concept substitutie uit de fraus legis doctrine. Daarvoor is vereist dat er een ontgaansmotief is en dat de gepresenteerde rechtshandelingen in strijd zijn met doel en strekking van de wettelijke regeling. Buiten fraus legis zijn er in de Nederlandse rechtspraak geen voorbeelden van deze tweede uitzondering te vinden. In de Nederlandse jurisprudentie blijven ongebruikelijke transacties in stand, tenzij er een onevenredige kans op nadeel is in verband met een aandeelhoudersmotief. De functionele analyse zoals bijvoorbeeld toegepast in het arrest BNB 1998/385⁹ vormt de belangrijkste wijze van beoordeling van dit soort transacties.

Daniels sluit samenvattend af met de stelling dat de problematiek van paragraaf 1.65 OESO Guidelines, het bij uitzondering negeren van de transactie, in Nederland wordt opgelost met schijnhandeling, (fiscale) kwalificatie van de feiten, fraus legis, en functionele analyse. De Hoge Raad rekent consistent transacties toe aan de groepsmaatschappij die ze aangaat tenzij er sprake is van een onevenredige kans op nadeel. Wat Daniels betreft vormt de in artikel 8b Wet Vpb besloten liggende functionele analyse een belangrijk instrument om de in paragraaf 1.65 OESO Guidelines beschreven problematiek op te lossen.

Het bepalen van een zakelijke rente

Inleider Van Aken¹⁰ bespreekt de methodiek van intern financieren die het bedrijf waarbij hij werkzaam is hanteert. Hij behandelt onder meer de invloed van de kredietwaardigheid van de debiteur op de kosten van geld lenen. Zijn bedrijf heeft een model ontwikkeld om de kredietwaardigheid per bedrijfs onderdeel te bepalen. Het model is zuiver kwantitatief en maakt gebruik van parameters die lijken op die van de modellen van bekende kredietbeoordelaars. Het model is in samenwerking met een externe partij gemaakt en is gekoppeld aan het financiële systeem van de onderneming. Het model berekent een ‘rapportcijfer’. Dit rapportcijfer wordt gebruikt ter bepaling van de kredietwaardigheid. Er is een check in het model of op geconsolideerd niveau op ongeveer de concernrating wordt uitgekomen.

Van Aken benadrukt dat de risico-analyse een momentopname is en dat continue beoordeling van de kredietwaardigheid gewenst is. Ook moet het model voortdurend worden bijgewerkt, zoals bijvoorbeeld voor wijzigingen in verslagleggingsregels of in de ratio’s die in de ogen van de kredietbeoordelaar (in geval van zijn bedrijf, de treasury afdeling) opportuun zijn bij de beoordeling van de kredietwaardigheid

⁹ Hoge Raad 17 augustus 1998, nr. 32 997, BNB 1998/385, ook wel aangeduid als “Multi-vastgoed arrest”; zie ook Kamerstukken II 2006/07, 30689, nr.7, blz. 4.

¹⁰ R. van Aken is werkzaam als regional treasury manager bij TNT Express. Zijn inleiding met de titel “Rente op een interne lening” gaf inzicht in de criteria op basis waarvan beslissingen over intern financieren bij een treasury afdeling tot stand komen.

van de partij die gefinancierd moet worden. Na de beoordeling van de kredietwaardigheid bepaalt de afdeling treasury de bijpassende rente-opslag met behulp van gegevens van Reuters over marktconforme rente-opslagen per branche.

Besproken wordt de vraag is of een dergelijk model voor de beoordeling van kredietwaardigheid kan helpen bij het beoordelen van de zakelijkheid van een lening zakelijk en bij het bepalen van zakelijke leningsvoorwaarden.

Inleider Leijssen¹¹ zet uiteen hoe een bank komt tot een rente op een krediet aan een zakelijke klant. Die rente bestaat uit het marktrentetarief, vermeerderd met opslagen voor liquiditeitsrisico, kredietrisico, kapitaalkosten, operationele- en support kosten, alsmede rendement.

De juiste prijs voor een krediet wordt door de bank berekend met behulp van een risk based pricing tool, met als input onder andere het soort product, de tariefgrondslag (vast of variabel), de hoofdsom, looptijd, valuta, prepayment optie en dergelijke. De kredietrisico-opslag wordt berekend aan de hand van een formule die rekening houdt met diverse aspecten van (mogelijke) wanbetaling, in samenhang met kwalitatieve en kwantitatieve data. In de huidige markt is de liquiditeitspremie sedert 2008 verviervoudigd, en zijn ook de kapitaalkosten aanzienlijk toegenomen onder invloed van verder aangescherpte solvabiliteitseisen gesteld door het Basel comité.

Kredietvoorwaarden worden afgestemd op de behoeften van de klant en het doel waarvoor de lening wordt aangegaan. Bijvoorbeeld: wanneer een bedrijf een constante cash flow genereert, dan is een prepayment optie zinvol, maar bij vastgoedontwikkeling is zo'n optie eerder overbodig.

Twee deelnemers presenteren een praktijkcasus. Uitgangspunt is een zakelijke lening. De voorliggende vraag is met welk rentepercentage moet worden gerekend. In de casus werd gezocht naar een interne of externe comparable uncontrolled price ("CUP"). Bij die CUP-aanpak moet de kredietwaardigheid van het onderdeel worden beoordeeld, inclusief de mate van verwevenheid van het onderdeel met het concern. Dit bleek in de casus erg lastig omdat diverse subjectieve factoren een rol spelen bij deze beoordeling. Ook het gebruikmaken van een, in de markt veel gebruikte, rekenmodule voor het beoordelen van kredietwaardigheid gaf nog niet de gewenste helderheid. Het invullen van deze module, de berekeningen, en de uitkomst leidden tot uiteenlopende vragen. In de behandelde casus bleek de CUP-aanpak dan ook nog niet (zonder meer) de (bekende) weg te zijn die naar Rome leidt.

Het raam van de jurist en het raam van de economie

In de paneldiscussie¹² kwamen drie stellingen aan bod.

Van den Brekel neemt de stelling in dat er geen tegenstelling is tussen juridische en economische benadering en dat afwijken van een contract slechts moet plaatsvinden in *extreme* gevallen en met een zware bewijslast voor de partij die de aanpassing wil aanbrengen. De juridische benadering wordt hierbij gedefinieerd als het vaststellen van de prijs middels contractuele bepalingen (met als uitzondering de herkwalificatie). De economische benadering wordt gedefinieerd als het vaststellen van de winst en het aanpassen van de voorwaarden aan wat een hypothetische derde partij zou hebben gedaan. Door het hanteren van een verschillende benadering in de betrokken landen kan dubbele belasting optreden, in elke situatie waarin wordt afgeweken van de contractuele feiten.

Het panel discussieert over de grenzen van het ALP. Hierbij komen vragen op als: is het irrationeel om iets te doen waarvan je van tevoren weet dat je slechter af bent, en is het rationeel om een kans niet te pakken. Volgens de OESO Guidelines moet er in ieder geval sprake zijn van (stand alone) een streven

¹¹ Mr. H. Leijssen is werkzaam als senior tax advisor bij de afdeling fiscale zaken van ABN AMRO. Zijn inleiding met de titel "Hoe bepaal je een marktconforme rente op een groepsinterne lening" zoomde in op hoe de kostprijs van een bankkrediet wordt bepaald in de financiële wereld.

¹² Het panel werd gevormd door R.P.J. van den Brekel RA (belastingadviseur bij Ernst & Young), inleiders W. Bruins Slot, H. Leijssen, en R. van Aken, reeds genoemd, en deelnemer W.F.E.M. Egelie (belastinginspecteur bij de Belastingdienst/Rivierenland en lid kennisgroep Internationaal Belastingrecht Winst en deelnemingsvrijstelling).

naar winstmaximalisatie. Het belang moet groot genoeg zijn om iets te doen. Ook is van belang wie bepaalt wat redelijk is en wat de beste optie is. Risicoattitude is niet te objectiveren; ligt het referentiepunt bij risicomijdende mensen (die focussen op voorkomen van verlies) of risico zoekende mensen (die focussen op winstkansen)? De hoeveelheid risico die een ondernemer bereid is te nemen moet in beginsel worden gerespecteerd.

Bruins Slot verdedigt de stelling dat als iets economisch hetzelfde is, je het ook gelijk moet behandelen. Uit de discussie blijkt dat de groep deze stelling verder vindt gaan dan de stelling van Van den Brekel. De groep meent redelijk eensgezind dat er aan een transactie in ieder geval een winstverwachting en een winstcalculatie ten grondslag moet liggen.

Egelie neemt de stelling in dat rechtsoverweging 3.3.4 van het arrest BNB 2012/37 een eenvoudige rekenregel geeft en het derhalve niet uitmaakt of de crediteur daadwerkelijk borg zou kunnen staan voor de fictieve lening. Oftewel, de credit rating van de crediteur is irrelevant. Het panel bespreekt dat het onduidelijk is of de moedervennootschap dan wel de crediteur bedoeld wordt en of de credit rating van de borgsteller relevant is. Als het debiteurenrisico bij fictie uit de leenverhouding wordt gehaald, dan zou de rente alleen een basisrente moeten zijn. Maar ook op de vraag welke rente als een basisrente kan dienen komen de deelnemers met diverse antwoorden.

In zijn inleiding reikt Nieuwenhuizen¹³ een theoretisch kader aan voor de ordening van juridische vragen en de selectie / kwalificatie van relevante feiten. Mensen kijken vanuit een verschillend perspectief en een verschillende achtergrond naar de werkelijkheid en het is goed om dat daarbij te beseffen. Drie spanningsvelden spelen hierin een rol.

Ten eerste de feitelijke invalshoek (wat is een lening) versus rechtsnormen (onder welke voorwaarden zou een rechtshandeling fiscaal als een lening zijn aan te merken). Ten tweede de juridische kijk op de zaken (wat is civielrechtelijk een lening, ordenen van rechten en plichten) versus de fiscale (wat zijn de belastinggevolgen). Ten derde rechtsgelijkheid (iedereen gelijk behandelen) versus rechtszekerheid (de wet letterlijk uitleggen, bijvoorbeeld vergoeding op een lening is altijd rente).

Nieuwenhuizen concludeert dat fiscalisten door een eigen “raam” (normatief kader) naar feiten kijken. Dit raam bestaat uit de wet en rechtsnormen die de fiscalist toepast op de feiten en het raam bepaalt mede welke feiten de fiscalist relevante (rechts)feiten vindt.

Het bestrijden van Stalling van Intangible Property

Inleider Bins¹⁴ definieert het begrip stalling als de juridische overdracht van Intangible Property (“IP”) tussen gelieerde partijen waarbij de vervreemder de activiteiten blijft verrichten, de verkrijger commercieel geen waarde toevoegt, na overdracht volledig afhankelijk blijft van de vervreemder (voor zowel waardeontwikkeling als de exploitatie van het IP), en er geen zakelijke redenen zijn voor de overdracht. Er is geen toename van de gezamenlijke commerciële winst, de biedprijs zou lager zijn dan de vraagprijs waardoor er geen onderhandelingsruimte is. De overdracht zou in een dergelijk geval tussen ongelieerde partijen niet tot stand komen en deze is dan commercieel niet rationeel.

Bij de beoordeling van een (dergelijke) overdracht van IP tussen gelieerde partijen dient volgens de OESO Guidelines de volgende benadering te worden gevolgd. Ten eerste zoekt men een vergelijkbare ongelieerde transactie. Als die te vinden is past men de prijs hierop aan en pas daarna gaat men zonodig over tot het elimineren van de fiscale gevolgen van onzakelijke voorwaarden van de transactie. Ten tweede, bij afwezigheid van vergelijkbare ongelieerde transacties, zoekt men arm’s length voorwaarden. Als die te vinden zijn past men deze voorwaarden toe en respecteert men de transactie zelf. Hierna, ten

¹³ Dr. J.H.M. Nieuwenhuizen is gepromoveerd op ‘Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid’, Kluwer 2010, en is werkzaam als belastingadviseur bij PwC. De titel van zijn inleiding was: “De fiscale grenzen van het contract”.

¹⁴ W.J.A.C. Bins is werkzaam op het vaktechnisch bureau CGVP van de Belastingdienst/Amsterdam. De titel van zijn inleiding was “Stalling” van IP”.

derde, kan er sprake zijn van herkwalficeren of negeren van de transactie zelf, indien er geen sprake is van vergelijkbare ongelieerde transacties en voor de transactie bovendien geen arm's length voorwaarden kunnen worden gevonden. Het gaat daarbij om de fiscale duiding van het daadwerkelijke gedrag van partijen. En om het eventueel negeren van de door partijen gepresenteerde fiscale gevolgen van de transactie. Uitgangspunt moet dus zijn de transactie zoals vormgegeven, dan wel de daadwerkelijke gedragingen van partijen als deze van de gekozen vorm afwijken.

Deelnemers merken op dat er in de praktijk uiteraard ook gevallen zijn waarbij IP en de risico's met betrekking tot IP daadwerkelijk worden overgedragen en niet "gestald" worden. Over de grens in gelieerde verhoudingen tussen commercieel rationeel handelen en irrationeel handelen van een ondernemer wordt door de deelnemers verschillend gedacht.

Het beoordelen van Captives

Inleider De Keizer¹⁵ behandelt de winsttoerekening aan zogenoemde captives van verzekeringsmaatschappijen. De behandeling van captives vereist een goed begrip van verzekeren en een functionele analyse. Daartoe schetst hij eerst de kenmerken van een verzekeringsmaatschappij, te weten het verminderen van kosten door diversificatie, asset-liability management, het ontwikkelen van verzekeringsproducten, het beoordelen en afhandelen van claims, en het voeren van een administratie. De Keizer ziet deze functies in een captive niet altijd terug en hij stelt dat de bijdrage aan de winst van een captive in dergelijke gevallen dus laag is. Herverzekeren beoogt een verdere diversificatie te bereiken. Voor wat betreft het (eigen) vermogen van captives stelt De Keizer dat de kern van verzekeren juist is om minder vermogen nodig te hebben dan de optelsom van de verplichtingen die zijn aangegaan.

Inleider Oosenbrug¹⁶ schetst de historie van de wijze waarop de Belastingdienst de fiscale aanvaardbaarheid van captives vanaf de 80er jaren met verschillende argumenten heeft bestreden. In de resulterende procedures zijn de kernvragen over de substance van de verzekeringsprestatie volgens inleider steeds in het voordeel van de belastingplichtige beslecht.¹⁷ In een recente casus is door de Rechtbank Den Haag echter anders geoordeeld.¹⁸ Met instemming wijst Oosenbrug op de kanttekeningen die in de literatuur zijn geplaatst bij de motivering van het oordeel van de rechtbank Den Haag.¹⁹ Tevens wijst hij erop dat dit oordeel niet gebaseerd lijkt op een (behoorlijke) functionele analyse en dat de toegepaste herkwalficatie op gespannen voet staat met paragraaf 1.65 OESO Guidelines, waarin het gaat om uitzonderlijke situaties. Naar zijn mening is immers wel degelijk sprake van het overnemen van het risico op fluctuerende schadelasten en van een daarvoor aan te houden waarborgvermogen.

¹⁵ Drs. G.J. de Keizer is werkzaam bij de Belastingdienst/Landelijk kantoor Belastingregio's en tevens voorzitter van de Coördinatiegroep Taxhavens en Concernfinanciering.

¹⁶ Dr. A. Oosenbrug is werkzaam als financieel-economisch en financieel-juridisch adviseur en onder andere General Counsel Financial Services Tax bij PwC.

¹⁷ Hoge Raad 21 augustus 1985, nr. 22 929, BNB 1985/301, Hoge Raad 21 augustus 1985, nr. 22 930, BNB 1985/302, Hof Den Haag 20 januari 2004, nr. BK 02/00031, en Hoge Raad 21 oktober 2005, nr. 40 539, BNB 2006/114, met dien verstande dat in de op het arrest BNB 1985/302 gevolgde uitspraak Hof Amsterdam 24 april 1987, nr. 3779/85, BNB 1990/337, een groot deel (te weten 75%) van het resultaat van de captive werd toegerekend aan een in Nederland (ten hoofdkantore) gevestigde vaste inrichting van de captive.

Zie voorts A. Oosenbrug, *Fiscale aanvaardbaarheid van de captive: a never ending story?*, In: D.H. van Offeren, T.L.M. Verdoes en J.P.J. Witjes (red.), *Overbruggen, Liber amicorum prof.dr. J.G. Kuijl RA, A&W Uitgevers, Leiden 2010*, p. 15-31.

¹⁸ Rechtbank Den Haag, MK, 11 juli 2011, nr. AWB 08/9105, VN 2011/47.13, LJN BR9466. In deze zaak trad inleider De Keizer op als één van de gemachtigden van de Belastingdienst en inleider Oosenbrug als één van de gemachtigden van de belanghebbende. Tegen deze uitspraak is door belanghebbende geen hoger beroep ingesteld.

¹⁹ Zie de aantekening in de VN 2011/47.13, alsmede J. Reyneveld & M. Bonekamp, *Recent Case Law on Captive Insurance Companies: What is the Right Transfer Pricing Approach?*, *International Transfer Pricing Journal*, Jan/Feb 2011, p. 93-100.

Resterende kernvragen

Al met al resteren per onderdeel diverse vragen die veel discussie blijken op te roepen. Bij de invloed van verrekenprijzen op kapitalisatieverhoudingen betreffen deze vragen met name de volgorde en vormgeving van de prestatietoets en de prijstoets, wellicht ook een verruiming van de uitleg en reikwijdte van BNB 1988/217, en de bruikbaarheid van het ALP als criterium voor de kwalificatie van kapitaalverstrekkingen.

Met betrekking tot het vaststellen van een zakelijke rente zijn er veel vragen en weinig pasklare antwoorden. Dat credit rating de hoogte van de rente en de relevantie van een borgstelling beïnvloedt staat vast, maar onduidelijk is of er een onder- en bovengrens is en of een creditrating onder een bepaald niveau automatisch tot verdenking van onzakelijkheid leidt. Ook de onderlinge verhouding en invloed van credit rating van moeder- en dochtermaatschappij is stof voor discussie, zoals het hanteren van een ‘top-down’ of ‘bottom-up’-approach en de verschillen in rating ‘stand alone’ of in groepsverband. Elke casus verlangt zijn eigen analyse en dit toont weer aan dat het vaststellen van verrekenprijzen geen zwart/wit-wetenschap is. Bij de analyse is het van belang met welke bril of door welk raamwerk er naar de feiten gekeken wordt. Extreem irrationeel gedrag lijkt een economische benadering te rechtvaardigen, maar onduidelijk blijft in hoeverre in gelieerde verhoudingen ‘under performance’ of een domme ondernemer dient te worden gecorrigeerd of geaccepteerd.

Bij het beoordelen van captives blijft de vraag of en in hoeverre het toepassen van verdere diversificatie voorwaarde is voor een captive en of er sprake is van reële overdracht van risico's. Herkwalificatie van de transacties kan een aanpak zijn, maar ook de herverdeling van (bundelings-)voordelen.

Nabeschouwing

Van der Ouderaa geeft afsluitend commentaar op enkele onderwerpen die tijdens de conferentie uitvoerig zijn besproken.

Ten eerste gaat hij vanuit bewijsrechtelijke perspectief nog een keer in op het arrest BNB 2012/37. Ook na dit onzakelijke lening-arrest geldt dat de civielrechtelijke vorm van een geldverstrekking bij de fiscaalrechtelijke beoordeling daarvan als uitgangspunt fungeert. Ervan uitgaande dat geen sprake is van één van de drie uitzonderingen op dit uitgangspunt als vermeld in het arrest BNB 1988/217, zal eerst de geldverstrekker die een verlies op een lening in aanmerking wil nemen moeten stellen dat er een verlies is en bij betwisting dat verlies en de omvang ervan moeten onderbouwen. Vervolgens is het aan de inspecteur om te stellen dat fiscaalrechtelijk sprake is van een onzakelijke lening en (bij betwisting) deze stelling met feiten te onderbouwen.

Met het arrest BNB 2012/37 heeft de Hoge Raad aan het beoordelingskader van de onzakelijke lening een tussenstap toegevoegd: ervan uitgaande dat geen zakelijke rente is overeengekomen, zal in het concrete geval eerst moeten worden nagegaan wat een zakelijke rente zou zijn.²⁰ Het is niet helemaal duidelijk welke partij de voor deze tussenstap relevant te achten feiten dient te stellen en te bewijzen. Indien er voldoende feiten zijn gesteld om te vermoeden dat sprake is van een onzakelijke lening, dan ligt het in beginsel op de weg van de belanghebbende (die de aftrekpost heeft gesteld) om aannemelijk te maken dat de lening kan worden ‘verzakelijkt’. Daarbij geldt als randvoorwaarde dat de rente niet zo hoog mag worden dat een in wezen winstdelende lening resulteert.²¹

Vermoedelijk ligt het op het pad van de inspecteur om te stellen en te bewijzen dat de alsdan door belanghebbende gestelde (hogere) rente leidt tot een (in wezen) winstdelende lening. Het model om tot een zakelijke rente te komen zoals gepresenteerd door Leijssen zou een leidraad kunnen zijn bij het beoordelen van de zakelijkheid van de aldus nader vast te stellen rente.

Als de conclusie luidt dat sprake is van een onzakelijke lening dient vervolgens te worden vastgesteld welke rente heeft te gelden onder de fictie dat de crediteur borg staat voor een door een gelieerde

²⁰ Het arrest BNB 2012/37, reeds aangehaald, r.o. 3.3.2.

²¹ Een lening kan bijvoorbeeld “in wezen” winstdelend zijn wanneer de rente winstafhankelijk is, maar hiervan kan ook sprake zijn bij een vaste rente, onder omstandigheden. Wellicht dat de jurisprudentie over deelnemerschapsleningen hiervoor nog aanknopingspunten biedt.

vennootschap onder overigens dezelfde voorwaarden bij een derde opgenomen lening.²² Ook hier is op voorhand niet geheel duidelijk welke partij de in dit verband relevant te achten feiten dient te stellen en (bij betwisting) dient te onderbouwen.

Een belangrijke vraag die tijdens de conferentie meerdere malen is gesignaleerd, is of de onzakelijke lening-arresten in internationale verhoudingen tot mismatches leiden. Denk daarbij ook aan vergelijkbare problemen bij het in de Nederlandse fiscale jurisprudentie ontwikkelde concept van informeel kapitaal dat in geen of weinig andere landen bestaat.

Het perspectief van verrekenprijzen laat volgens Van der Ouderaa zien dat het interpreteren van wet en jurisprudentie tot uitdagingen leidt. De besproken onderwerpen bleken tijdens de conferentie zeer te leven. Opvallend was hoe de OESO Guidelines daarbij een bron van oplossingen blijken te zijn. Bedacht moet worden dat deze Guidelines hooguit de status hebben van 'soft law'. Dat zou anders kunnen zijn, indien van belang geachte onderdelen van die Guidelines – zoals de tijdens de conferentie veelbesproken paragraaf 1.65 – worden verankerd in de wet; bijvoorbeeld door een vierde lid aan artikel 8b Wet Vpb toe te voegen met de desbetreffende strekking. In een dergelijke bepaling zou de mogelijkheid tot het negeren van een transactie, zoals genoemd in paragraaf 1.65 OESO Guidelines, kunnen worden opgenomen. Ook zou, indien daarover twijfel bestaat, een nadrukkelijker rol van het ALP bij de beoordeling van kapitalisatieverhoudingen in de Wet kunnen worden opgenomen.²³

Van der Ouderaa komt terug op de constatering dat feitelijke- en rechtsvragen over verrekenprijzen in de praktijk voortdurend aan de orde zijn, terwijl desondanks over verrekenprijzenkwesties betrekkelijk weinig wordt geprocedeerd. De vraag rijst dan op welke normen en criteria de praktijk zich oriënteert. De wettelijke bepalingen zijn immers behoorlijk open geformuleerd en dat heeft onvermijdelijk ook een weerslag op de vaststelling van de relevant te achten feiten. In dit verband zou een "Fiscale Uitleg Beschikking" uitkomst kunnen bieden.²⁴ Ook in verrekenprijzenkwesties zouden daardoor prangende kwesties snel aan een onafhankelijke instantie kunnen voorgelegd en het oordeel van zo'n instantie voorziet dan weer in 'guidance' voor nieuwe vergelijkbare gevallen. De discussies tijdens de conferentie bieden steun aan het potentiële nut van een dergelijke voorziening.

Tot slot dankt Van der Ouderaa alle aanwezigen voor de gemotiveerde en intensieve deelname.

²² Het arrest BNB 2012/37, reeds aangehaald, r.o. 3.3.4.

²³ Vergelijk het recente artikel van Mr. C.J.E.A. Sporken en C.P. den Besten Msc, Weg met de wet, transfer pricing is alles?, WFR 2010/6867.

²⁴ Een soort voor bezwaar vatbare ruling zoals voorgesteld door drs. Poolen en prof. Van Weeghel; zie nader Mr. L.J.A. Pieterse, Belastingrechtspraak in de actualiteit, WFR 2012/307.