

44. Observaties ten aanzien van het nieuwe Nederlandse Verrekenprijsbesluit

DR. C.S.J. JIE-A-JOEN EN MR. M.I.E. VAN HERKSEN

Vlak voor het zomerreces heeft de staatssecretaris van Financiën (hierna: Staatssecretaris) een nieuw verrekenprijsbesluit gepubliceerd in de Staatscourant (nr. 16685) van 1 juli 2022 (Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000139020, hierna: het Besluit of het Verrekenprijsbesluit 2022).¹ Het Besluit actualiseert de bestaande verrekenprijsrichtlijnen in Nederland wezenlijk, omdat het aangeeft dat hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen² gevolgd zal worden. Dit is een wijziging in beleid daar de Nederlandse karakterisering van een geldverstrekking traditioneel grotendeels gebaseerd is op jurisprudentie. Daarnaast voorziet het Besluit in nieuwe richtlijnen inzake de verrekenprijsbehandeling van (financiële) dienstverleningslichamen, de behandeling van steunmaatregelen (zoals die genomen door de overheid in verband met de COVID-19-pandemie), de lijst van aandeelhoudersactiviteiten en het gebruik van de arm's length range. Dit artikel bespreekt de belangrijkste wijzigingen in het Besluit.

1. Achtergronden van het Verrekenprijsbesluit 2022

De Staatssecretaris herhaalt dat de OESO-verrekenprijsrichtlijnen internationaal aanvaarde handvatten geven voor toepassing van het arm's-lengthbeginsel en een passende toelichting en verduidelijking verschaffen van het beginsel zoals neergelegd in art. 8b van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet Vpb 1969). Daar waar de OESO-verrekenprijsrichtlijnen ruimte laten voor interpretatie of de praktijk aanvullende verduidelijking vereist, verstrekt het Besluit informatie over hoe de Nederlandse belastingdienst (hierna: Belastingdienst) het arm's-lengthbeginsel toepast.

Het Besluit vervangt het vorige Besluit van 22 april 2018.³ Een aantal relevante wijzigingen in het Verrekenprijsbesluit 2022 zijn onzes inziens:

- een nieuwe paragraaf 9 (Financiële transacties) die drie paragrafen uit het Besluit van 2018 consolideert, uitbreidt en modificeert om rekening te houden met

hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen dat in 2022 toegevoegd werd inzake verrekenprijsaspecten van financiële transacties;

- nieuwe verrekenprijsrichtlijnen voor dienstverleningslichamen;
- het aanvullen van de verrekenprijsrichtlijnen inzake overheidsbeleid met de behandeling van steunmaatregelen in verband met bepaalde gebeurtenissen (zoals de COVID-19-pandemie);
- andere wijzigingen, zoals bijvoorbeeld in de lijst van aandeelhoudersactiviteiten en ten aanzien van het gebruik van een arm's-length range.

Het nieuwe Besluit is formeel van kracht op 2 juli 2022, maar omdat de Belastingdienst een dynamische interpretatie van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen hanteert, kunnen de wijzigingen met terugwerkende kracht van toepassing zijn voor zover zij kunnen worden beschouwd als 'nadere verduidelijkingen' van de toepassing van het arm's-lengthbeginsel.

Het Besluit stelt enigszins omineus dat de Belastingdienst onzakelijke winstverschuiving door verrekenprijzen zal aanvechten en boetes zal invoeren als dat passend wordt geacht. Voorts geeft het Besluit expliciet aan dat wanneer de toepassing en/of interpretatie van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen zou leiden tot een verrekenprijsverschil binnen een internationaal opererende groep die op zijn beurt leidt tot een situatie waarin een deel van de groeps-winst niet onderworpen wordt aan een winstbelasting, de Belastingdienst zich bevoegd acht om af te wijken van de opvattingen in het nieuwe Besluit. Deze aanpak is

1 Tegelijkertijd is ook een nieuw besluit Winstallocatie vaste inrichtingen (Besluit van 14 juni 2022, nr. 2022-0000143421, *Staatscourant* 2022, nr. 16683) gepubliceerd dat het Besluit van 15 januari 2011 (nr. IFZ 2010/457M) actualiseert.

2 OESO (2022), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.

3 Het Besluit 'Internationaal Belastingrecht. Verrekenprijzen, toepassing van het arm's-lengthbeginsel en de Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OESO-richtlijnen)' van 22 april 2018 (nr. 2018-6865) gepubliceerd in de *Staatscourant* 2018 (nr. 26874) van 11 mei 2018.

conform de nieuwe Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel die op 1 januari 2022 in werking is getreden,⁴ waarbij de (Nederlandse) belastingplichtige geen neerwaartse aanpassing van de Nederlandse winst of verhoging van de boekwaarde van het vermogensbestanddeel (en vervolgens verhoogde afschrijving) mag toepassen indien niet ook aannemelijk gemaakt wordt dat een corresponderende opwaartse aanpassing in de belastinggrondslag wordt betrokken bij het andere bij de transactie of overdracht betrokken gelieerd lichaam.⁵

Dit artikel gaat in op de belangrijkste wijzigingen in het Besluit. In het bijzonder wordt het opnemen van de OESO-verrekenprijrichtlijnen inzake financiële transacties in het Besluit besproken. Beleidsmatig beschouwt de Belastingdienst de OESO-richtlijnen als interpretatie van het arm's-lengthbeginsel en dit betreft ook financiële transacties. Paragraaf 2 van dit artikel staat stil bij leningen tussen gelieerde ondernemingen. Paragraaf 3 bespreekt het Hunkemöller-arrest en de (ondergeschikte) rol van het arm's-lengthbeginsel, zoals neergelegd in het Besluit. Paragrafen 4, 5 en 6 gaan respectievelijk in op de verrekenprijpositie van de Belastingdienst inzake cash pooling, financiële garanties en captive insurance. Paragraaf 7 behandelt de interpretatie van het arm's-lengthbeginsel ten aanzien van dienstverleningslichamen. De paragrafen 8, 9 en 10 gaan respectievelijk in op de verrekenprijbehandeling van steunmaatregelen, diensten binnen concernverband en het gebruik van de arm's-length range. Paragraaf 11 verstrekt een aantal slotopmerkingen.

2. Financiële transacties: leningen

Eén van de belangrijkste wijzigingen in het Besluit betreft paragraaf 9 waarin de standpunten van de Belastingdienst inzake hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijrichtlijnen (verrekenprijaspecten van financiële transacties) zijn opgenomen. In deze paragraaf worden leningen, dienstverleningslichamen, cash pooling, garanties en captives besproken.

Eén van de grootste uitdagingen van hoofdstuk X bleek te zijn om overeenstemming te bereiken over de vraag of de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen van een inlenende entiteit getoetst mag en/of kan worden aan het arm's-lengthbeginsel. Er werd consensus bereikt door expliciet te stellen dat de OESO-verrekenprijrichtlijnen niet bedoeld zijn om landen ervan te weerhou-

den binnen hun nationale wetgeving eigen benaderingen te implementeren.⁶

De Belastingdienst is al geruime tijd actief met de bestrijding van investerings-/private equity-structuren met vermeende excessieve financiering.⁷ Daarbij is zij steeds gebonden aan voorgaande Hoge Raad-jurisprudentie inzake de kwalificatie van een geldverstrekking als lening of als eigen vermogen en inzake onzakelijke leningen die in wezen toestaat dat een niet-zakelijke geldverstrekking wordt gerespecteerd als een lening op basis van een civielrechtelijke analyse. Sinds 1988 onderscheidt de Nederlandse fiscale jurisprudentie drie situaties waarin een geldverstrekking die voor civielrechtelijke doeleinden kwalificeert als een lening kan worden geherkwalificeerd als fiscaal eigen vermogen (informeel kapitaal) voor de vennootschapsbelasting:

1. een zogenoemde deelnemerschapslening waarin de vergoeding voor de lening afhankelijk is van de winst,⁸ de schuld achtergesteld is bij alle concurrente schuldeisers en de schuld geen vaste looptijd heeft maar slechts op eisbaar is bij faillissement, surseance van betaling of liquidatie;
2. een bodemlozeput-lening;⁹
3. een schijnlening.¹⁰

Sinds 2008 heeft de analyse van de schuld van gelieerde partijen in de Nederlandse jurisprudentie een ingewikkelder wending genomen met de zogenoemde 'onzakelijke lening' wat een lening betreft die onder zodanige voorwaarden en omstandigheden is verstrekt dat de uitlener een debiteurenrisico loopt die een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen of alleen zou nemen tegen een winst-delende rente.¹¹ In dat geval blijft het instrument fiscaal een lening doch het debiteurenrisico wordt fiscaal geacht in de aandeelhouderssfeer te zijn genomen. Een afwaardering op een onzakelijke lening is fiscaal niet aftrekbaar. Civielrechtelijk blijft het instrument ook een lening.¹²

De Hoge Raad heeft in de informeel kapitaal- en onzakelijke lening-arresten steeds consequent een 'alles-of-niets'-benadering toegepast waarbij zij aangaf er geen voorstander van te zijn om een deel van een geldverstrekking in eigen vermogen te herkwalificeren en het resterende deel als vreemd vermogen te behandelen. Dit gold overigens ook

4 Art. 8ba, 8bb, 8bc, 8bd en 35 van de Wet Vpb 1969.

5 Zie M.I.E. van Herksen, C.S.J. Jie-A-Joen & B. Broen, 'Transfer pricing en het conceptwetsvoorstel 'Wet tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel', *MBB*/1212, 24 september 2021 voor observaties inzake het eerdere conceptwetsvoorstel. Zie ook aanvullend NOB-commentaar (22 oktober 2021) op Wetsvoorstel tegengaan mismatches bij toepassing zakelijkheidsbeginsel inzake de reikwijdte van art. 8bd Wet Vpb 1969 dat beoogt mismatches weg te nemen die zich in de vermogenssfeer kunnen voordoen als gevolg van waarderingsverschillen.

6 Paragrafen 10.8, 10.9 en 10.10 van de OESO-verrekenprijrichtlijnen vermelden dat hoofdstuk X niet bedoeld is om landen tegen te houden om eigen benaderingen te implementeren die dienen om de balans tussen eigen en vreemd vermogen en de aftrek van rente te toetsen en dat de nauwkeurige afbakening op basis van de vijf economisch relevante kenmerken niet de enige benadering is om vast te stellen of een lening fiscaal gekwalificeerd moet worden als zodanig.

7 Zie bijvoorbeeld HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152; HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1086 en HR 15 juli 2022, nr. 20/03946, ECLI:NL:HR:2022:1085.

8 Zie onder andere B. nr. 8939, *BNB* 1957/239, HR 17 februari 1999, nr. 34.151, *BNB* 1999/176c.

9 Zie HR 27 januari 1988, nr. 23.919, *BNB* 1988/217c.

10 *Ibidem* en ook Hof Amsterdam 21 oktober 1998, *V-N* 1999/1289.

11 In deze is het basisarrest HR 9 mei 2008, nr. 43.849, *BNB* 2008/191.

12 Op 25 november 2011 volgden drie standaardarresten. Latere arresten verschaffen een verdere uitwerking van openstaande kwesties.

in het geval van een geldverstrekking die civielrechtelijk als eigen vermogen werd geduid.¹³

De Nederlandse jurisprudentie laat vooralsnog herkwalficatie van een lening tot eigen vermogen niet toe op basis van het arm's-lengthbeginsel. In het licht van jarenlange boekenonderzoeken en rechtszaken in Nederland die de herkwalficatie van leningen in eigen vermogen en onzakelijke leningen betroffen, lijkt de Staatssecretaris nu een substantiële wijziging door te willen voeren middels het Verrekenprijsbesluit 2022 door de OESO-verrekenprijsregels toe te passen op financiële transacties. Of een lening ook als een lening moet worden aangemerkt, is volgens de OESO-verrekenprijsrichtlijnen afhankelijk van het (resultaat van) een nauwkeurig afbakingsproces dat wordt beschreven in hoofdstuk I en in onderdeel B van hoofdstuk X (in het bijzonder de paragrafen 10.4 tot en met 10.18) van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen.¹⁴ Met toepassing van een 'arm's-length'-benadering kan een geldverstrekking opgesplitst worden in i) een nauwkeurig afgebakend bedrag dat een functie is van het maximale bedrag dat een niet-gelieerde uitlener bereid zou zijn geweest te verstrekken aan de inlener en het maximumbedrag dat een niet-gelieerde inlener in vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn geweest om te lenen (inclusief de mogelijkheden om geen enkel bedrag uit te lenen of te lenen) en ii) een bedrag dat niet als een lening wordt afgebakend en waar dus geen zakelijke rente voor te bepalen is.¹⁵

Op grond van de Hoge Raad jurisprudentie tot nu toe inzake onzakelijke leningen, wordt daarentegen de gehele lening (en niet slechts een deel van de oorspronkelijke lening) beschouwd als een onzakelijke lening. Hoe de toepassing van het arm's-lengthbeginsel, die meer objectief de zakelijke verhouding van schuld-aandelenfinanciering kan bepalen (geen 'alles-of-niets'-benadering), zich gaat verhouden met de bestaande jurisprudentie valt nog te bezien, maar dat een conflict hierover in de toekomst aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd, is waarschijnlijk. Of de Hoge Raad mee zal gaan in die benadering is nog maar zeer de vraag. De OESO-verrekenprijsregels vermelden namelijk expliciet dat hoofdstuk X niet bedoeld is om landen tegen te houden eigen benaderingen te implementeren die dienen om de balans tussen eigen en vreemd vermogen en de aftrek van rente te toetsen en dat de nauwkeurige afbakening voorgeschreven in de OESO-verrekenprijsrichtlijnen niet de enige benadering is om vast te stellen of een lening fiscaal gekwa-

lifceerd moet worden als zodanig. Hiermee heeft de Hoge Raad dus ruimte om vast te houden aan haar voorgaande jurisprudentie.¹⁶

Het nieuwe Verrekenprijsbesluit 2022 erkent dat de Hoge Raad jurisprudentie andere specifieke criteria hanteert voor de kwalificatie van een lening als eigen vermogen en dat dit een spanningsveld oplevert tussen de OESO-verrekenprijsrichtlijnen en de jurisprudentie. Echter, indien een belastingplichtige vooraf zekerheid wil vragen over de toepassing van het arm's-lengthbeginsel, dan zullen de OESO-verrekenprijsrichtlijnen als uitgangspunt gelden, aldus het Besluit. De logische reden die daarvoor wordt gegeven is dat eenzijdig geboden zekerheid internationaal verdedigbaar moet zijn. De Nederlandse jurisprudentie over dit onderwerp wordt onverenigbaar geacht met het internationaal toegepaste arm's-lengthbeginsel en is in de praktijk ook niet goed uit te leggen aan verdragslanden. Wellicht moedigt dit belastingplichtigen aan om APA's voor financiële transacties aan te vragen.

Als een financiële transactie wordt gekarakteriseerd als een lening, dienen de gehanteerde voorwaarden getoetst te worden op basis van het arm's-lengthbeginsel. De prijs (rentekosten/-inkomsten) moet ook voldoen aan de eisen van het arm's-lengthbeginsel. Als de transactie niet zakelijk kan worden uitgevoerd met een aanpassing van de prijs en of van andere voorwaarden, kan dat leiden tot het negeren of herkwalficeren van (een deel van) de lening, waarna de zakelijke rente(kosten/-inkomsten) moet worden bepaald voor het resterende bedrag van de lening.

Financiële transacties dienen verrekenprijstechnisch geanalyseerd te worden vanuit een tweezijdig perspectief waarbij rekening gehouden moet worden met de realistisch beschikbare alternatieven van de betrokken partijen. Een niet-gelieerde uitlener zal waarschijnlijk geen lening verstrekken aan een niet-gelieerde inlener indien de kredietwaardigheid van die inlener, gezien de voorgenomen intragroepslening, onder een bepaald niveau daalt. Een niet-gelieerde inlener zal ernaar streven de financiering van zijn bedrijfsactiviteiten efficiënt en met de laagst mogelijke kapitaalkosten te organiseren. Dit wordt beïnvloed door de verhouding tussen schuld en eigen vermogen.

Het Besluit gaat in op aspecten zoals de credit rating voor kredietwaardigheid en investment grade. De rente op een lening is sterk afhankelijk van de kredietwaardigheid van de inlener. De credit rating is een nuttige maatstaf voor de kredietwaardigheid.¹⁷ Het nieuwe besluit stelt dat indien een gelieerde financiële transactie leidt tot een schuld-eigenvermogensverhouding en rentelasten die de kredietwaardigheid van de inlenende groepsentiteit verminderen tot onder investment grade (dat wil zeggen een credit rating lager dan BBB-), aannemelijk gemaakt dient te worden dat de lening onder arm's-length voorwaarden overeengeko-

13 Zie HR 7 februari 2014, nr. 12/03540, ECLI:NL:HR:2014:224, *NTRF* 2014/738.

14 Paragraaf 10.12 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen geeft aan dat bij een nauwkeurige afbakening van een geldverstrekking de volgende economisch relevante kenmerken relevante indicatoren zijn: de aanwezigheid van een vaste terugbetalingsdatum, de verplichting om rente te betalen, het recht om de betaling van de hoofdsom en het rentebedrag af te dwingen, het bestaan van financiële convenanten en zekerheid, de bron van rentebetalingen, het vermogen van de kredietnemer om leningen te verkrijgen van niet-gelieerde kredietinstellingen, de mate waarin het krediet wordt gebruikt om kapitaalgoederen te verwerven, en het terugbetalen van de vermeende schulden op de vervaldatum of het vragen van uitstel.

15 Paragraaf 10.13 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen.

16 Zie paragrafen 10.8, 10.9 en 10.10 van de 2020 OESO-verrekenprijsrichtlijnen.

17 Zie M.I.E. van Herksen, C.S.J. Jie-A-Joen & R.I. van de Brug, 'De nieuwe OESO-richtlijnen voor verrekenprijsaspecten van financiële transacties; deel I', *MBB* 2020 nr. 5, p. 176-188 voor observaties inzake het bepalen van de credit rating en de rol van impliciete steun.

men is. In de praktijk hebben veel gelieerde inleners een kredietwaardigheid beneden investment grade en zullen zij daarom aannemelijk moeten maken dat zij voldoende schuldcapaciteit hebben (bijvoorbeeld door een cashflow-analyse uit te voeren waaruit blijkt dat de kredietnemer de rente en hoofdsom van de lening kan betalen) om de lening aan te gaan.

Het Besluit stelt ook dat het niveau van impliciete steun een rol speelt bij het bepalen van de credit rating van de inlenende groepsentiteit. Impliciete steun moet worden beschouwd als een voordeel dat uitsluitend kan worden toegerekend aan het feit dat een onderneming deel uitmaakt van de groep. Impliciete steun wordt ook wel aangeduid als het ‘halo-effect.’ Impliciete steun resulteert in een afgeleide credit rating voor de inlenende groepsentiteit. Bij het bepalen van het niveau van impliciete steun van de groep en de impact op de kredietwaardigheid voor de kredietnemer, moet volgens het principe van impliciete steun rekening worden gehouden met de rol en positie van de entiteit binnen de groep. Voor entiteiten waarvan de continuering van wezenlijk belang is voor de groep, zal de rating gelijk zijn aan of dicht bij de groepsrating liggen. De mate waarin impliciete steun van invloed is op de credit rating van de inlenende groepsentiteit is thans een veelvoorkomend onderdeel van boekenonderzoeken. Een voorbeeld hiervan is het geval waarin een Nederlandse vennootschap een lening verkrijgt van een buitenlandse groepsentiteit. Op basis van een credit rating analyse stelt de belastingplichtige dat impliciete steun maar een beperkte impact heeft op de credit rating van de inlenende Nederlandse vennootschap en dat haar afgeleide credit rating dicht bij de standalone credit rating ligt. In een boekenonderzoek is de inspecteur echter van mening dat de afgeleide credit rating van de Nederlandse inlener gelijk is aan de groepsrating die resulteert in een lager rentepercentage.

Het wordt niet zakelijk geacht om een vergoeding te vragen voor impliciete steun. Aangezien impliciete steun de credit rating kan beïnvloeden, heeft het wel een impact op het rentepercentage en het volume van de lening.

Het Besluit spreekt een voorkeur uit voor de comparable uncontrolled price (‘CUP’)-methode om een arm’s-length rentepercentage te bepalen. De CUP-methode bepaalt het rentepercentage op basis van het benchmarken van vergelijkbare transacties van inleners met een vergelijkbare credit rating. Naast de CUP-methode kan ook de ‘cost of funds’-benadering worden gebruikt. Deze methode verhoogt de financieringskosten van de uitlener om de middelen aan te trekken met een marge voor kosten, een risicopremie en een vergoeding voor het vereiste eigen vermogen.

De rente die in rekening wordt gebracht voor een lening wordt aangeduid als een ‘risk-adjusted rate of return’ bestaande uit een ‘risk-free rate of return’ en een premie als beloning voor het risico. Hoewel het rendement voor

de uitlener die het risico niet beheerst, beperkt kan blijven tot een ‘risk-free rate of return’, heeft de inlener het recht om een arm’s-length rente af te trekken. De ‘risk-free rate of return’ kan normaliter worden bepaald op basis van de rente op gekwalificeerde staatsobligaties. Het verschil tussen de arm’s-length rente en de ‘risk-free rate of return’ (de risicopremie) moet vervolgens worden toegerekend aan de partij die het risico in verband met de investering in het financiële actief beheerst. Het Besluit stelt dus dat een gebrek aan controle en/of financiële draagkracht door de uitlener met betrekking tot bepaalde risico’s kan leiden tot de toerekening van dat risico (inclusief de bijbehorende vergoeding) aan een andere partij die het risico wel beheerst en voldoende financiële draagkracht heeft om dit te doen. Of de risicopremie vervolgens dient te worden gekarakteriseerd als een vergoeding voor een dienst of als rente komt in het nieuwe besluit niet aan de orde, maar zal gevolgen hebben voor de toepassing van de renteaftrekgeregels (op basis van EBITDA), btw en andere aspecten.

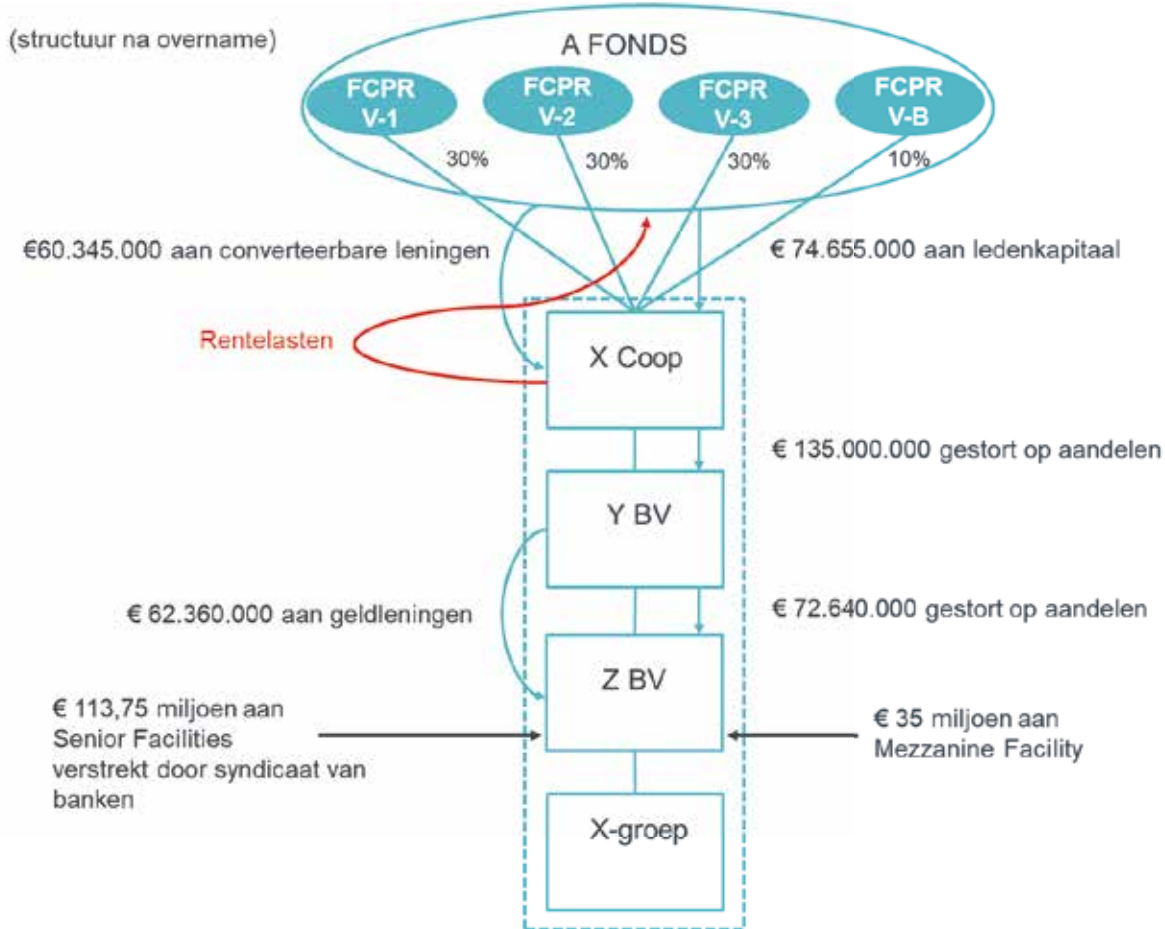
3. Het Hunkemöller-arrest en de (ondergeschikte) rol van het arm’s-lengthbeginsel

Op 16 juli 2021 werd een het zogenoemde Hunkemöller-arrest gepubliceerd¹⁸ waarin de Hoge Raad renteaftrek op converteerbare leningen afwees op grond van *fraus legis*.

Het arrest betreft een private equity-structuur waarbij de overname van de X-groep (Hunkemöller) plaatsvond via vier Franse investeringsfondsen (‘FCPR’s’) van A Fonds. De FCPR’s beschikten over eigen vermogen waarin investeerders als aandeelhouders deelnamen. A Fonds richtte drie Nederlandse rechtspersonen (X U.A., Y BV en Z BV) op die onderdeel uitmaakten van een fiscale eenheid, om de X-groep over te nemen. Ter financiering van de overname heeft X U.A., een coöperatie en de moedermaatschappij van de fiscale eenheid, ledenkapitaal ontvangen van haar leden (bestaande uit de vier FCPR’s) alsook vreemd vermogen (door aan de leden uitgegeven converteerbare leningen). De converteerbare leningen hebben een looptijd van veertig jaar, een jaarlijkse rente van 13% die wordt bijgeschreven bij de hoofdsom en een conversierecht voor X U.A.¹⁹ X U.A. heeft deze middelen als kapitaal gestort in Y BV die deze vervolgens als kapitaal en geldleningen heeft verstrekt aan Z BV, zijnde de overnameholding. Aan Z BV is voorts een Senior Facility verstrekt alsook een Mezzanine Facility om de overname te financieren. Z BV kocht de aandelen in de X-groep in 2011 waarna de relevante vennootschappen van de X-groep werden gevoegd in de hiervoor genoemde fiscale eenheid. De volgende figuur geeft een overzicht van de structuur. In het arrest wordt gerefereerd aan belanghebbende die een bv betreft en de rechtsopvolger is van X U.A.

¹⁸ HR 16 juli 2021, nr. 19/02596, ECLI:NL:HR:2021:1152.

¹⁹ X U.A. heeft het recht om de converteerbare leningen te converteren in ledenkapitaal of af te lossen tegen de nominale waarde plus de bijgeschreven vergoeding.



In dit arrest was de vraag aan de orde of de rente op de converteerbare leningen aftrekbaar was. De Hoge Raad bevestigde het standpunt van Hof Amsterdam (hierna: het Hof)²⁰ dat de converteerbare leningen als leningen kunnen worden aangemerkt, maar dat de rente hierop fiscaal niet aftrekbaar was op grond van *fraus legis*. Het vermijden van belastingheffing was het doorslaggevend motief bij de keuze van de financieringsstructuur die heeft teweeggebracht dat de fiscale winst van belanghebbende afnam door aftrek van de verschuldigde rente op de converteerbare leningen. Alhoewel de acquisitie van de X-groep op zich zakelijk was, had het verstrekken van de converteerbare leningen geen functie (nutteloze leenverhouding), behoudens het behalen van het fiscale voordeel van renteaftrek (de rente werd elders niet fiscaal meegenomen) ten aanzien van het doel van het fonds om risicodragend kapitaal op te halen voor de aan- en verkoop van ondernemingen waarop op termijn vermogenswinsten worden behaald. Bovendien werd de financieringsstructuur die teweegbracht dat de rentelasten van de converteerbare leningen en de winst van de onderneming onderdeel vormen van hetzelfde resultaat van de fiscale eenheid (winstdrainage) geacht in strijd te zijn met doel en strekking van de wet die het vermijden van heffing van vennootschapsbelasting bestrijdt.

²⁰ ECLI:NL:PHR:2020:102.

Het Hunkemöller-arrest ontving veel reacties vanwege de inzet van *fraus legis* om de renteaftrek te weigeren.²¹ Wij vroegen ons af hoe de toepassing van het *arm's-length*-beginsel conform het Besluit zou hebben kunnen uitpakken op de feiten van dit arrest.

De Belastingdienst lijkt alle denkbare middelen te hebben geprobeerd om zijn stelling te ondersteunen dat de rentelasten op de converteerbare leningen fiscaal niet aftrekbaar zouden moeten zijn:²²

1. de converteerbare leningen moeten civielrechtelijk worden gezien als eigen vermogen dan wel als schijnleningen;
2. de rentelasten zijn geen zakelijke lasten als bedoeld in art. 8 Wet Vpb 1969 c.q. art. 3.8 Wet inkomstenbelasting 2001;
3. art. 10 lid 1 aanhef en onderdeel d Wet Vpb 1969 (deelnemerschapsleningen);²³

²¹ Zie bijvoorbeeld R.J. de Vries en zijn noot in *BNB* 2021/137, Q.W.J.C.H. kok, 'Het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2021/167 en B. Bavinck & R.P.C. Cornelisse, 'Fraus legis; het normvereiste toegespitst op het Hunkemöller-arrest', *WFR* 2022/43.

²² Zie punt 32 van Rb. Noord-Holland, nr. 15/3265, ECLI:NL:RBNHO:2017:11359, *NFR* 2018/550.

²³ Rb. Noord-Holland oordeelde dat de rente op de converteerbare leningen niet aftrekbaar is, omdat er sprake zou zijn van een deelnemerschapslening.

4. de rentelasten zijn niet aftrekbaar op grond van art. 10a Wet Vpb 1969;
5. 'fraus legis';
6. de rentelasten zijn niet in overeenstemming met art. 8b Wet Vpb 1969;
7. de converteerbare leningen zijn te beschouwen als een onzakelijke lening; en
8. de rente is in aftrek beperkt op grond van art. 10d Wet Vpb 1969.

Ter onderbouwing van de (on)zakelijkheid van de verschuldigde rente op de converteerbare leningen zijn (volgens de uitspraak van het Hof) de resultaten van een 'debt service capacity and interest rate' analyse (hierna: DSC&IR-analyse) gepresenteerd die verricht was om te ondersteunen dat belanghebbende de OESO-verrekenprijsrichtlijnen naleeft. De DSC&IR-analyse concludeerde dat de rente van 13% op de converteerbare leningen binnen het lage kwartiel van de 'interquartile range' van vergelijkbare zakelijke rentepercentages (tussen 13,18% en 14,68%) lag en boven de rente op de 'Mezzanine Facility' (i.e. Euribor + 11,5%) die een hogere betalingsrang heeft dan de converteerbare leningen. In die context lijkt de 13% rente derhalve niet te hoog. Bovendien bleek uit de DSC&IR-analyse en gebudgetteerde geldstromen dat belanghebbende de hoofdsom van de lening kon terugbetalen op de eindvervaldag alsook de rente. Het verrekenprijssrapport gaf aan dat behalve de rente en het volume, de zakelijkheid van de converteerbare leningsvoorwaarden niet was geanalyseerd. Bovendien konden er enkel vergelijkbare leningen met een gemiddelde looptijd van 7,5 jaar worden geïdentificeerd.

De belastinginspecteur vroeg zich af waarom een rationeel handelende schuldenaar van de converteerbare leningen niet direct gebruikgemaakt zou hebben van haar conversierecht om de schuld om te zetten in kapitaal. Over de gehele looptijd hadden de converteerbare leningen namelijk een rentelast van € 8.099.623.617. De belastinginspecteur presenteerde ook de volgende commerciële resultaten van belanghebbende (zie tabel bovenaan p. 29).

Hieruit volgt dat het resultaat van belastingplichtige structureel negatief werd door de verschuldigde rentelast op de converteerbare leningen, aldus de inspecteur.

Het Hof oordeelde echter dat het negatieve resultaat van belastingplichtige wegens de financieringslasten niet noodzakelijk inhield dat de verschuldigde rente op de converteerbare leningen onzakelijk was. Bij de evaluatie van de zakelijkheid van de verschuldigde rente diende volgens het Hof ook rekening gehouden te worden met de waarde en waardeontwikkeling van de activa die gefinancierd werden door de converteerbare leningen. Uit de verkoop van de X-groep in 2016 bleek dat de waardeontwikkeling zeer voordelig was geweest.²⁴

Het Hof stelde dat het totaalwinstbegrip geen beperking voorschrijft inzake de verhouding vreemd vermogen en

eigen vermogen waarmee activiteiten worden gefinancierd. Een belastingplichtige heeft keuzevrijheid inzake de vorm van financiering.

Het Hof verwierp de positie van de inspecteur dat het verstrekken van de converteerbare leningen als zodanig en het niet-uitoefenen van haar conversierecht onzakelijk was. De inspecteur stelde ook dat de converteerbare leningen onzakelijke leningen betroffen omdat er geen onafhankelijke derden zouden zijn die geld zouden verstrekken onder dezelfde voorwaarden als de converteerbare leningen. Een vergelijkbare lening kan niet gevonden worden. Het eerdergenoemde verrekenprijssrapport was betekenisloos, omdat de vergelijkbaarheid van de converteerbare leningen met leningen tussen derde partijen niet was vastgesteld. Het verrekenprijssrapport stelde immers vast dat er geen niet-gelieerde leningen gevonden kon worden met een looptijd van veertig jaar en dat derhalve vergeleken werd met leningen met een gemiddelde looptijd van 7,5 jaar. Indien een derde wel gevonden zou worden, dan zou de vergoeding veel hoger zijn geweest en hoogstwaarschijnlijk resulteren in een winstdelende vergoeding voor een lening onder dezelfde voorwaarden als de converteerbare leningen. De toepassing van het arm's-lengthbeginsel dwingt om de rentelasten van de converteerbare leningen te elimineren. Indien de converteerbare leningen onzakelijke leningen betreffen dan zou de rente bepaald worden op basis van een Duitse tienjarige staatsobligatie die 3,2% was op 31 januari 2011. Ondanks de ongebruikelijkheid van de converteerbare leningen stelde het Hof dat het niet aannemelijk was geworden dat er geen derde te vinden was die onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden de converteerbare leningen verstrekt zou hebben. Bovendien was niet aannemelijk geworden dat de rente op de converteerbare leningen onzakelijk was. Het verrekenprijssrapport werd geacht voldoende (tegen)bewijs te bieden ondanks dat de rente een geldverstrekking betrof die in de markt niet voorkwam en het rapport de zakelijkheid van de leningsvoorwaarden niet had onderzocht.

Inzake de (on)zakelijkheid van de rentelast van de converteerbare leningen maakte de Staatssecretaris bij het voorwaardelijke incidentele hoger beroep van de inspecteur op de uitspraak van het Hof en de Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad de volgende opmerkingen:

1. Het Hof heeft de zakelijkheid van de 13% rente per jaar achteraf beoordeeld, aangezien het Hof oordeelde dat bij de beoordeling van de zakelijkheid ook rekening gehouden moet worden met de gebleken voordelige waardeontwikkeling van de overgenomen X-groep bij de exit in 2016. De Staatssecretaris was van mening dat de zakelijkheid geëvalueerd moest worden op het moment van aangaan van de converteerbare leningen. De Advocaat-Generaal was het hiermee eens, maar was voorts van mening dat zakelijke handelende investeerders ook bij het aangaan van de converteerbare leningen ervan uitgingen dat een goed investeringsrendement behaald zou kunnen worden.
2. Inzake het oordeel van het Hof dat volgens het systeem van de Wet Vpb 1969 een belastingplichtige keuzevrij-

²⁴ Uit r.o. 4.7.2 van de uitspraak van het Hof blijkt dat bij de exit van het fonds in 2016 alle eigenaarsrechten verkocht zijn voor € 337.404.144.

	2011/2012	2012/2013	2013/2014
Commerciële resultaat (zonder de rentelasten van de converteerbare leningen)	€ 1.303.000	€ 7.132.000	€ 7.924.000
Rentelasten op converteerbare leningen	€ 8.034.514	€ 8.985.000	€ 10.203.000
Commerciële resultaat na belastingen	-€ 6.731.000	-€ 1.853.000	-€ 2.279.000

heid heeft inzake de financieringsvorm bracht de Staatssecretaris in dat art. 8b Wet Vpb 1969 ook onderdeel was van dit systeem. Volgens de Advocaat-Generaal trok de inspecteur met zijn opmerking over wat een rationeel handelende Belanghebbende zou doen hierbij een grens aan de keuzevrijheid. Volgens de Advocaat-Generaal volgde deze grens niet uit art. 8b Wet Vpb 1969 en de arresten HR *BNB* 1995/15 en HR *BNB* 2002/290.

- De Advocaat-Generaal was het oneens met het oordeel van het Hof dat het de inspecteur niet was gelukt om te bewijzen dat de converteerbare leningen als onzakelijke leningen aangemerkt zouden kunnen worden. Volgens het Hof had de inspecteur niet aannemelijk gemaakt dat er geen derden gevonden zouden kunnen worden die een lening zouden verstrekken onder dezelfde voorwaarden en omstandigheden als de converteerbare leningen. De Advocaat-Generaal vond dat het Hof uitging van een verkeerde bewijslastverdeling. De inspecteur had de onmogelijke opdracht om te bewijzen dat iets zich niet voor kan doen. De Advocaat-Generaal was van mening dat de bewijslast diende te verschuiven naar de belastingplichtige om een derde te vinden die bereid is om een lening aan te gaan waarbij de 13% rente niet betaald zou worden maar wordt bijgeschreven op de hoofdsom van de lening. De Advocaat-Generaal vond dat het Hof onvoldoende gemotiveerd heeft beoordeeld dat het niet-uitbetalen van de 13% rente zakelijk zou zijn omdat het eerdergenoemde verrekenprijsrapport dat zei, ook al beschreef het rapport dat een convertible-lening met dezelfde voorwaarden niet bestaat in de markt. Het verrekenprijsrapport analyseerde niet of de voorwaarden van de converteerbare leningen zakelijk waren en ging uit van leningen tussen derden met een niet vergelijkbare looptijd. Volgens de Advocaat-Generaal trof dit middel van de Staatssecretaris doel. Indien art. 8 en art. 8b Wet Vpb 1969 relevant zouden zijn voor de beslissing, dan zou het oordeel van het Hof vernietigd moeten worden.

Daar het principale middel van belanghebbende in hoger beroep (tegen het oordeel van het Hof dat renteaftrek op de converteerbare leningen *fraus legis* zou zijn) niet heeft geresulteerd tot vernietiging van de uitspraak van het Hof verviel het voorwaardelijke incidentele beroep inzake de (on)zakelijkheid van de rentelasten van de inspecteur. Deze is dus niet door de Hoge Raad beoordeeld.

De inspecteur lijkt in deze zaak de Advocaat-Generaal wel weten te overtuigen dat het aannemelijk is dat er geen derde te vinden is die een lening zou aangaan onder dezelfde

voorwaarden als de converteerbare leningen (maar niet het Hof).

Indien het arm's-lengthbeginsel conform het Besluit (puur verrekenprijs-technisch) op bovenstaande casus zou worden toegepast, dan hadden onzes inziens de volgende analyses verricht kunnen worden (vanuit een tweezijdig perspectief):

- het nauwkeurig afbakenen van de intragroepslening op basis van de vijf economisch relevante kenmerken, zijnde de kenmerken van het financieel instrument, de economische omstandigheden van de financieringstransactie, de contractuele voorwaarden van de financieringstransactie, de functionele analyse (rekening houdend met de te dragen risico's en de te gebruiken activa) en de bedrijfsstrategieën;
- analyse of de gehanteerde voorwaarden van de converteerbare leningen (zoals de veertigjarige looptijd, het conversierecht, en de bijschrijving van de rente bij de hoofdsom) zakelijk zijn. Ieder van deze voorwaarden heeft een verhogend effect op de rente. Zouden derden deze voorwaarden overeengekomen zijn in vergelijkbare omstandigheden? De inspecteur heeft deze vraag gesteld (op de leningsvoorwaarden als geheel) en meent dat de converteerbare leningen (als geheel) onzakelijke zijn omdat er geen derden te vinden zouden zijn die een lening onder dezelfde voorwaarden als de converteerbare leningen zouden zijn aangegaan. Zou een gedetailleerde analyse van de (on)zakelijkheid van ieder van deze voorwaarden afzonderlijk het standpunt van belanghebbende en/of de inspecteur verder ondersteund hebben?²⁵ Bijvoorbeeld, bieden de looptijden van de Senior Facility (zes tot zeven jaar), de Mezzanine Facility en van het investeringsfonds (maximaal dertien jaar) aanknopingspunten om de zakelijkheid van de veertigjarige looptijd van de converteerbare leningen te evalueren? Indien geconcludeerd zou kunnen worden dat looptijd van veertig jaar niet zakelijk is en korter moet zijn, wat is dan wel een arm's-length looptijd en wat is de verrekenprijsimpact daarvan? Zou de rente dan lager moeten zijn dan 13%?;
- is het volume van alle leningen aan belanghebbende hoger dan een arm's-length volume aan schuld? De belanghebbende heeft een DSC&IR-analyse verricht op basis van gebudgetteerde geldstromen en geconcludeerd dat belanghebbende voldoende inleencapaciteit heeft. In de praktijk zijn er alternatieve analyses mogelijk om

²⁵ Zie *Chevron Australia Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation* ([2017]-FCAFC 62) waarin de kwestie werd behandeld of de voorwaarden van de intragroepslening die Chevron Australia Pty Ltd is aangegaan (zonder convenanten, onderpand of een financiële garantie) voldoen aan het arm's-lengthbeginsel. De Australische belastingdienst kreeg het gelijk in deze rechtszaken.

de schuldcapaciteit te evalueren, zoals het benchmarken van een relevante financiële ratio (bijvoorbeeld rente-dekkingsverhouding) van de inlener met die van zogenoemde ‘peer group’-ondernemingen. De conclusie van zo’n analyse kan zijn dat het gehele bedrag van de converteerbare leningen wordt opgesplitst in een bedrag waarvan de rente aftrekbaar is en een ander bedrag waarvan de rente niet aftrekbaar is (in plaats van een ‘alles-of-niets’-benadering);

4. wat is een arm’s-length rente voor de lening (op basis van zakelijke voorwaarden)? Hierbij kan een benchmarkinganalyse worden verricht om vergelijkbare financieringsinstrumenten te vinden om een zakelijke range van rentepercentages vast te stellen.

Een verrekenprijsanalyse zou de zakelijkheid van het volume, de rente en andere voorwaarden van de converteerbare leningen beoordeeld hebben. Een conclusie dat de rente op het gehele bedrag aan vreemd vermogen niet fiscaal aftrekbaar is, behoort tot de mogelijkheden, maar lijkt onwaarschijnlijk indien de inlener enigszins schuldcapaciteit kan dragen. Wellicht was op basis van een puur verrekenprijs Technische analyse een deel van de lening gehandhaafd en een deel geherkarakteriseerd. De Hoge Raad lijkt met verwijzing naar de OESO-verrekenprijsrichtlijnen haar ‘alles-of-niets’-beleid wellicht te kunnen handhaven en weigeren om mee te gaan in de puur verrekenprijs Technische benadering.^{26, 27} Dit was eventueel minder voor de hand liggend geweest als het Besluit een beleidswijziging met expliciete ingangsdatum had gehanteerd.

²⁶ Zie paragrafen 10.8, 10.9 en 10.10 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen.

²⁷ Overigens heeft de Hoge Raad in het zogenoemde Koffieautomaten-exploitant-arrest (HR 15 juli 2022, nr. 20/02096, ECLI:NL:HR:2022:1086) cassatiemiddel III (een beroep op art. 8b Wet Vpb 1969) van de Staatssecretaris verworpen op basis van art. 81, lid 1, Wet RO. Het arrest betreft een private-equitystructuur waarbij aan belanghebbende een aandeelhouderslening werd verschaft tegen een rente van 15,216% om een groep over te nemen die zich bezighoudt met leveringen, installatie en exploitatie van drank- en levensmiddelenautomaten. Hof Amsterdam (26 mei 2020, nr. 18/00727, ECLI:NL:GHAMS:2020:1407) oordeelde dat de aandeelhouderslening een onzakelijke lening was waarvoor een deel van de rente aftrekbaar is van de fiscale winst (risicovrije rentevoet van 2,5% gebaseerd op een tienjarige staatsobligatie). De Staatssecretaris is van mening dat de zakelijkheid van de aandeelhouderslening ook vanuit het perspectief van de debiteur (nota bene de belanghebbende) beoordeeld moet worden en niet alleen uitsluitend vanuit een eenzijdig perspectief van de crediteur (dit is overigens verrekenprijs technisch onzes inziens correct). Het resultaat van cassatiemiddel III was dat er geen onafhankelijke inlener en uitlener gevonden kan worden die onder vergelijkbare omstandigheden de aandeelhouderslening verstrekt zouden hebben, zodat er geen fiscale renteaftrek mogelijk is. Het is spijtig dat de Hoge Raad dit cassatiemiddel afdoet op basis van artikel 81 Wet RO en niet motiveert. De A-G merkt voorts op dat de onzakelijkeleningrechtspraak niet in strijd lijkt met de OESO-TP-inzichten – ook zonder dit verder te motiveren. Alhoewel de Hoge Raad de toepassing van artikel 8b Wet Vpb 1969 verwerpt, is onze verwachting dat de Belastingdienst art. 8b Wet Vpb 1969 zal blijven toepassen op het vraagstuk van de debt-equityverhouding in excessieve financieringsstructuren. Het succes daarvan zal onzes inziens afhangen van de feiten en omstandigheden van de casus en een kans van slagen is niet uitgesloten. Het Besluit waarin Hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen is opgenomen, is bindend voor de Belastingdienst.

4. Financiële transacties: cash pooling

Conform hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen wordt in het Besluit ook ingegaan op cash pooling. Dit werd niet behandeld in het 2018-Besluit. Cash pooling is een kortetermijnliquiditeitsregeling waarbij de debet- en creditsaldi van de afzonderlijke bankrekeningen van deelnemende groepsentiteiten worden samengebracht (fysiek of virtueel (‘notional’)) om tot een nettosaldo te komen voordat leningen worden geleend van of gedeponerd bij een derde bank. De Belastingdienst zal goed opletten of individuele cashpooldeelnemers fluctuerende debet- of creditposities in de cash pool aanhouden. Informeel is reeds aangegeven dat er binnen het jaar een debet- en creditpositie moet zijn om hieraan te voldoen. Debet- of creditposities die voor langere tijd in de cashpool worden aangehouden, vereisen mogelijk een andere vergoeding.

Het Besluit geeft aan dat ‘zero balancing cash pooling’ en ‘notional cash pooling’ twee gebruikelijke verschijningsvormen van cash pooling zijn. Bij ‘zero balancing cash pooling’ (wat een fysieke cash pool betreft) worden de positieve (negatieve) saldi die cashpooldeelnemers op hun bankrekening hebben op regelmatige basis daadwerkelijk fysiek overgeboekt (aangevuld) naar (via) de hoofdrekening van de cashpoolleider totdat de bankrekening een vooraf bepaald bedrag bereikt (bij ‘zero balancing cash pooling’ betreft dit een bedrag van nul). De cashpooldeelnemers krijgen op die manier een rekening-courantvordering of schuld met de cashpoolleider. Bij ‘notional cash pooling’ vinden er geen fysieke overboekingen van gelden plaats tussen de bankrekeningen van de cashpooldeelnemers en de cashpoolleider.

Deelname aan een cash pool dient tot een gunstiger resultaat te leiden dan een andere realistisch beschikbare optie. De voordelen van een cash pool zijn onder meer gunstigere rentetarieven, verminderde behoefte aan externe leningen, minder administratie en een efficiënter beheer van de liquiditeit van de onderneming. Andere voordelen kunnen groepssynergieën omvatten die het gevolg zijn van een structurering binnen de groep die dient om deze voordelen te realiseren (‘deliberate concerted group action’). Deze voordelen moeten verdeeld worden over de cashpooldeelnemers, middels de vaststelling van zakelijke rentetarieven voor de debet- en creditposities van de cashpooldeelnemers,²⁸ rekening houdend met een passende vergoeding voor de cashpoolleider. Het Besluit stelt dat de cashpoolleider minder waarde zal toevoegen onder ‘notional cash pooling’ in

²⁸ Volgens de auteurs is de bepaling van deze rentetarieven relevant bij zogenoemde fysieke cash pooling structuren waarbij gelden daadwerkelijk worden overgeboekt van de bankrekeningen van de cashpoolparticipanten naar de rekening van de cashpoolleider en vice versa. Bij notional cash pooling vindt er echter geen daadwerkelijke overboeking van gelden plaats tussen de bankrekeningen van de cashpoolparticipanten en de cashpoolleider.

vergelijking met zero balancing cash pooling,²⁹ wat op zijn beurt van invloed zal zijn op de vergoeding. Dit betekent dat de cashpoolleider normaliter een lagere vergoeding zal krijgen onder ‘notional cash pooling’.

Het Besluit stelt dat voor ‘cross-garantees’ binnen een cash pooling overeenkomst waarbij de cashpooldeelnemers zich onderling garantstellen voor elkaar in het algemeen geen garantievergoeding vereist is.

5. Financiële transacties: garanties³⁰

In het geval van een garantie voor schulden van gelieerde partijen moet worden beoordeeld of er voorwaarden zijn op basis waarvan derde partijen die commercieel rationeel handelen bereid zouden zijn geweest een dergelijke transactie aan te gaan. Deze beoordeling moet worden verricht op basis van een tweezijdige analyse, waarbij onder meer wordt bepaald of de inlener een voordeel van de garantie verkrijgt.

De voordelen van het hebben van een expliciete garantie zijn onder meer:

- het verkrijgen van betere voorwaarden voor de lening dan zonder de garantie. Met een garantie verkrijgt de kredietnemer geld op basis van de kredietwaardigheid van de garantieverstrekker, wat meestal zal leiden tot een lager rentepercentage voor de inlener. De gegarandeerde inlener is bereid een garantievergoeding te betalen indien de kosten van de financiering met de garantie lager zijn dan de kosten van financiering zonder garantie, waarbij ook rekening wordt gehouden met het effect van bestaande impliciete steun;
- het verkrijgen van een groter leenbedrag dan zonder de garantie mogelijk zou zijn geweest. In dit geval ondersteunt de garantie niet alleen de kredietwaardigheid van de kredietnemer, maar verhoogt zij ook de inleencapaciteit van de kredietnemer.

Het extra deel van de lening dat de inlener uit hoofde van de garantie verkrijgt, moet echter worden behandeld als een lening aan de garantieverstrekker die dit bedrag vervolgens geacht wordt als kapitaal te storten in de gegarandeerde inlener. De garantie voor dit (aanvullende) deel van de lening vindt plaats op basis van de aandeelhoudersrelatie waarvoor geen garantievergoeding gevraagd kan worden. Alleen het deel van de lening dat kwalificeert als een lening aan de gegarandeerde inlener kan worden beschouwd als een dienst waarvoor een zakelijke (garantie)vergoeding gevraagd kan worden. Het Besluit erkent echter dat het niet zeker is of bovenstaande karakterisering ook door de rech-

terlijke macht zal worden gevolgd als deze wordt bestreden, gelet op de bestaande Nederlandse jurisprudentie.

Indien er sprake is van een dienst bij garantstelling zijn er vijf verrekenprijsmethoden beschikbaar om de garantievergoeding te bepalen. Voor zover de CUP-methode niet kan worden gebruikt, is er een voorkeur voor het bepalen van de garantievergoeding op basis van de ‘yield approach’. Als uitgegaan wordt van de volgende rentetarieven op basis van de volgende credit rating van de inlener: i) standalone rating: 6%, ii) afgeleide rating (rekening gehouden met impliciete steun): tussen 4% en 6% (laten we uitgaan van 5%) en iii) groepsrating: 4%, zal de ‘yield approach’ leiden tot een maximale garantievergoeding van 1%. Dit is het verschil tussen het rentepercentage op basis van de groepsrating (dat wil zeggen 4%) en het rentepercentage van de afgeleide rating (dat wil zeggen 5%). Indien geen specifieke zakelijke garantievergoeding kan worden vastgesteld, kan de zakelijke garantievergoeding worden geacht 50% van het voordeel te bedragen dat de inlener als gevolg van de garantie verkrijgt. Het lijkt de auteurs wel raadzaam om de 50% met argumentatie te ondersteunen.

Wanneer groepsentiteiten elkaars verplichtingen over en weer garanderen, is er normaliter geen garantievergoeding van toepassing. Het voordeel van dergelijke ‘cross-garantees’ zal meestal niet groter zijn dan het voordeel dat voortvloeit uit impliciete steun.

6. Financiële transacties: (her)verzekering

Captive insurance, waarbij groepsentiteiten betrokken zijn die contractueel optreden als interne (her)verzekeringssentiteiten (captives), komt ook aan bod in het Besluit. Paragraaf 10.190 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen refereert aan ‘captive insurance’ als een verzekeringsonderneming of entiteit waarvan vrijwel alle verzekeringsactiviteiten het verstrekken is van verzekeringspolissen voor risico’s van entiteiten van de multinationale ondernemingsgroep waartoe het behoort.

De Nederlandse Belastingdienst is uitermate sceptisch inzake captive verzekeringsstructuren. Die zullen nauwkeurig worden geanalyseerd om te bepalen of de betrokken transacties door de captives als *de facto* verzekeringstransacties kunnen worden afgebakend. Hiervoor dienen een aantal vragen bevestigend beantwoord dienen te worden, inclusief de vraag of er sprake is van diversificatie en pooling in de captive. Aangezien de groep verzekerden binnen een captive verzekeringsstructuur kleiner is dan wanneer er een externe verzekeraar bij betrokken zou zijn, zal een captive waarschijnlijk een lagere mate van diversificatie hebben dan een externe verzekeraar die vergelijkbare risico’s verzekert. Dit zal leiden tot een hogere premie die door de captive in rekening moet worden gebracht om het risico te accepteren. Alleen al om die reden zouden verzekerden beter af zijn als zij het risico overdragen aan een niet-gelieerde en meer gediversifieerde verzekeraar.

Voor het analyseren van een verzekeringstransactie moet onderscheid gemaakt worden tussen het verzekerde risico en het verzekeringsrisico:

29 In geval van ‘notional cash pooling’ krijgen de cashpooldeelnemers geen rekening-courantvordering of schuld met de cashpoolleider wat normaliter betekent dat de cashpoolleider een meer beperkte functionaliteit heeft dan bij ‘zero balancing cash pooling’.

30 Paragraaf 10.155 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen geeft aan dat een vaak voorkomende situatie het volgende is: een gelieerde garantieverstrekter verstrekt een garantie voor een lening die door een andere gelieerde onderneming is aangegaan bij een niet-gelieerde kredietgever.

- De verzekerde is normaliter de partij die het verzekerde risico beheerst. De beslissing om risico's te nemen en dat risico te verzekeren tegen negatieve gevolgen reflecteert de controle die de verzekerde over dat risico heeft. De captive zal dan een risicobeperkende functie uitvoeren, die geen deel uitmaakt van de controlefunctie over het verzekerde risico.
- Er moet worden bepaald of de captive het verzekeringsrisico onder controle heeft. Het uitvoeren van de 'underwriting' functie wordt beschouwd als een controlefunctie inzake verzekeringsrisico's. Indien de captive de controlefuncties niet vervult, moeten het verzekeringsrisico en de netto-opbrengst die voortvloeit uit de belegging van de verzekeringspremies worden toegerekend aan de partij die dat verzekeringsrisico wel beheerst.

7. Financiële transacties: dienstverleningslichamen

Het functioneren van (financiële) dienstverleningslichamen (hierna: DVL's), ook wel brievenbusfirma's of doorstroomvennootschappen genoemd, is tegenwoordig onderworpen aan nauw internationaal, Europees en binnenlands toezicht, wordt regelmatig in verband gebracht met belastingoptimalisatie en grondslaguitholling en nauwlettend in de gaten gehouden. De Commissie Doorstroomvennootschappen onder voorzitterschap van B. Ter Haar concludeert in het rapport 'Op weg naar acceptabele doorstroom' (gepubliceerd op 22 november 2021) dat doorstroomvennootschappen de internationale reputatie van Nederland schaden en de Nederlandse economie weinig opleveren in termen van werkgelegenheid en belastingafdracht.³¹

In het licht van de nationale en internationale discussies en (te nemen) maatregelen³² inzake DVL's bevat het Verrekenprijsbesluit 2022 een geheel nieuwe paragraaf 9.2 met nieuwe verrekenprijsrichtlijnen voor DVL's waarbij een nieuwe rigoureuze weg wordt ingeslagen. Onderdeel V van het Vraag- en antwoordbesluit dienstverleningslichamen (nr. DGB 2014/3102) dat eerder verrekenprijsrichtlijnen gaf inzake onderbouwing van de beloning van DVL's is ingetrokken.

Om de zakelijke vergoeding voor een DVL te bepalen, moeten haar functies, activiteiten en risico's worden geanalyseerd. Het Besluit maakt duidelijk dat deze zakelijke vergoeding voortaan gebaseerd moet zijn op hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen.

DVL's gaan transacties aan met groepentiteiten (inclusief garantstellingen en transacties onder garantstellingen)

waarvan de feitelijke activiteiten voornamelijk bestaan uit het rechtens of feitelijk, direct of indirect, ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur of leasevoorwaarden onder welke naam en in welke vorm dan ook. Hierbij is er vaak een nauwe relatie tussen de inkomende en uitgaande geldstromen. Obligatie-uitgiften via een DVL met een garantie van de moedermaatschappij en een spread als vergoeding waren gebruikelijk. Dit wordt onder het nieuwe beleid eerder een cost-plus vergoeding.

Het Besluit geeft aan dat om risico's aan een DVL toe te rekenen (en de daarmee verband houdende zakelijk vergoeding), de DVL voldoende controle dient uit te oefenen over de risico's en voldoende financiële capaciteit dient te hebben om de mogelijke negatieve gevolgen te dragen van het zich materialiseren van die risico's. Risico's waarbij de DVL onvoldoende controle en/of financiële capaciteit heeft, dienen te worden toegerekend aan de partij die wel voldoende controle over het risico kan uitoefenen en voldoende financiële draagkracht heeft. Dit benadrukt dat bij een boekenonderzoek de 'substance' van een DVL hoog op de agenda zal staan.

Alhoewel DVL's normaliter routinematige activiteiten zullen verrichten, kunnen DVL's activiteiten verrichten die het lopen van kredietrisico's (debiteuren- en valutarisico) en marktrisico's rechtvaardigen. Het lopen van kredietrisico's op zakelijke basis met een sterke relatie tot de relevante kasstromen, kan een rechtvaardiging zijn voor een vergoeding voor de DVL op basis van de hoofdsom. Een DVL kan operationeel risico lopen (als gevolg van de ondersteunende activiteiten die de DVL uitvoert) die echter niet kan leiden tot een toerekening van kredietrisico's aan de DVL. Het lopen van louter operationele risico's kan niet resulteren in een vergoeding op basis van de hoofdsom. Over marktrisico's worden verder geen opmerkingen gemaakt. Dit kan het risico betreffen waarbij er mismatches optreden tussen de rentetarieven op de inkomende financiering en de rentetarieven op de uitgaande financiering.

Het Besluit maakt onderscheid tussen drie verschillende gevallen met verschillende verrekenprijsimplicaties:

1. wanneer de DVL volledige controle uitoefent over de kredietrisico's en de nodige financiële capaciteit heeft;
2. wanneer de DVL geen controle uitoefent over de kredietrisico's en/of onvoldoende financiële capaciteit heeft;
3. wanneer de DVL gedeeltelijke controle uitoefent over de kredietrisico's en de daarvoor vereiste financiële capaciteit.

In het eerste geval moet zodra is vastgesteld dat de DVL volledige controle uitoefent over de kredietrisico's, worden bepaald of de DVL over voldoende financiële capaciteit beschikt om de gevolgen van de risico's te dragen. Hierbij moet volgens het Verrekenprijsbesluit 2022 worden nagegaan in hoeverre de DVL zelfstandig vreemd vermogen van niet-gelieerde partijen kan aantrekken, zonder garanties van gelieerde lichamen. Het Besluit refereert hierbij aan paragraaf 1.64 van de OESO-verrekenprijsrichtlijnen waarin 'financial capacity to assume risk' wordt toegelicht. Financi-

31 Dit artikel gaat verder niet in op de aanbevelingen van de commissie Ter Haar, het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet toezicht trustkantoren 2018 (zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36 102, nr. 4) en de voorgestelde ATAD3-richtlijn (ook wel de unshell directive genoemd) van de Europese Commissie van eind december 2021 om misbruik van brievenbusvennootschappen voor belastingontwijking en -ontduiking aan te pakken.

32 De commissie B. ter Haar heeft bijvoorbeeld aanbevolen om de safe harbour (het eigen vermogen bedraagt minimaal 1% van de uitstaande geldleningen of minimaal € 2 miljoen) van paragraaf 2 van art. 8c Wet Vpb 1969 te schrappen.

ele capaciteit om risico's te nemen, kan volgens deze OESO-paragraaf worden gedefinieerd als toegang tot financiering (rekening houdend met beschikbare inkomstgenererende activa en beschikbare realistische opties om toegang te krijgen tot additionele liquiditeit) om het risico op zich te nemen of het risico te spreiden, om te betalen voor functies om risico te mitigeren en om de gevolgen van het risico te dragen als het risico zich voordoet. Vreemd vermogen welke uitsluitend met een garantie van een gelieerde onderneming aan de DVL ter beschikking kan worden gesteld, moet volgens het Besluit worden beschouwd als een kapitaalstorting in de DVL op basis van paragraaf 10.161 van de OESO-verrekenprijrichtlijnen. De kwalificatie ervan als eigen vermogen zal krachtens paragraaf 1.64 van de OESO-verrekenprijrichtlijnen niet leiden tot een veronderstelde toename van de financiële draagkracht van de DVL, aldus het Besluit. Wanneer de financiële capaciteit om een risico op zich te nemen ontbreekt, moet de risicoverdeling verder worden onderzocht. Dit betekent dat in ieder geval geen sprake is van het hiervoor genoemde geval 1 waarbij het gelieerde lichaam volledige controle uitoefent over de kredietrisico's en de nodige financiële capaciteit heeft. Zoals al eerder vermeld, erkent het Besluit dat de Hoge Raad andere specifieke criteria hanteert voor de kwalificatie van een lening als eigen vermogen, en dat hierdoor enige spanning ontstaat tussen de OESO-verrekenprijrichtlijnen en de Nederlandse jurisprudentie.

Indien de DVL volledige controle uitoefent over de kredietrisico's en tevens over de vereiste financiële capaciteit beschikt, dient een passend rentepercentage te worden vastgesteld op basis van een vergelijkbaarheidsanalyse waarbij de voorwaarden van de gelieerde transactie worden vergeleken met de voorwaarden van vergelijkbare transacties tussen niet-gelieerde partijen. Dit moet worden uitgevoerd op basis van de individuele inkomende en uitgaande transacties met gelieerde ondernemingen en in relatie tot de totale financieringspositie van de DVL. Voor intragroepsleningen zal de CUP-methode het meest logische houvast bieden voor het vinden van een zakelijke vergoeding per transactie. Dit betekent dat de DVL een marge verdient tussen de rente op de inkomende geldstroom en de rente op de uitgaande geldstroom. Naast de CUP-methode kan ook de 'cost of funds'-benadering overwogen worden.

In het tweede geval waarbij de DVL geen controle over de kredietrisico's en/of onvoldoende financiële capaciteit heeft om de kredietrisico's te dragen, is een vergoeding op basis van de eigen operationele kosten van de DVL het meest waarschijnlijk. Het kan zijn dat de DVL operationele risico's loopt.

In het derde geval heeft de DVL gedeeltelijke controle en de daarvoor nodige financiële capaciteit. Het Besluit stelt dat er sprake is van controleactiviteiten in zowel kwantitatieve als kwalitatieve zin. De DVL zal in beide gevallen activiteiten tot een bepaald niveau moeten verrichten voordat er voldoende controle is om (een deel van) de risico's gedeeltelijk aan de DVL toe te rekenen. Het is in een vergelijkbare niet-gelieerde transacties niet waarschijnlijk dat het

door de DVL gedragen risico contractueel beperkt is tot een bepaald financieel bedrag zonder rekening te houden met de relatieve controle die partijen over de relevante risico's kunnen uitoefenen. Zodra het risico zich materialiseert, lijkt het passend de gevolgen pro rata te verdelen tussen de entiteiten, afhankelijk van hun relatieve omvang en controle met betrekking tot de relevante transacties en het daarmee samenhangende risico. Gelet op de aard en het aantal controleactiviteiten met betrekking tot dergelijke financiële dienstverleningsactiviteiten wordt ervan uitgegaan dat er zelden sprake is van gedeelde zeggenschap binnen een groep.

Met betrekking tot de financiële draagkracht en zakelijke vergoeding gelden dezelfde opmerkingen als in het eerste geval waarin moet worden nagegaan in hoeverre de DVL onafhankelijk vreemd vermogen van niet-gelieerde partijen kan aantrekken zonder groeps garanties.

In het derde geval (gedeelde controle over het kredietrisico) moet een passende vergoeding worden vastgesteld op basis van de feiten en omstandigheden van het geval. Hierbij moet rekening gehouden worden met dat de andere groepsentiteit die controle activiteiten verricht, ook op zakelijke basis moet worden gecompenseerd.

Het Besluit beschrijft drie voorbeelden om de bovenstaande drie gevallen toe te lichten.

(Bestaande) DVL's zullen zorgvuldig geanalyseerd dienen te worden in het licht van de verrekenprijrichtlijnen in het Besluit. Zeker nu zekerheid vooraf d.m.v. APA's niet meer mogelijk lijkt te zijn voor DVL's.

8. Behandeling van steunmaatregelen

Het Verrekenprijbesluit 2022 komt tegemoet aan vragen in de praktijk inzake of steunmaatregelen die door de overheid zijn genomen als gevolg van de COVID-pandemie³³ impact hebben op de voorwaarden (inbegrepen de prijs) van een gelieerde transactie.³⁴ Dit is bijvoorbeeld van belang indien gelieerde partijen een kostengebaseerde vergoeding overeenkomen. Bij de analyse hiervan is vereist dat wordt overwogen (en onderbouwd) of vergelijkbare niet-gelieerde partijen die soortgelijke steun krijgen deze steun in aanmerking nemen bij de voorwaarden van hun transacties onder vergelijkbare omstandigheden op vergelijkbare wijze. Niet-gelieerde partijen kunnen bijvoorbeeld heronderhandelen over de voorwaarden (inclusief de prijs) indien hun omzet enorm afneemt en/of bij een tijdelijke productiestop als gevolg van een niet te beïnvloeden risico. Hierbij kunnen niet-gelieerde partijen rekening houden met mogelijke toegekende steunmaatregelen. Deze analyse is uitdagender en anders dan bij subsidies, fiscale stimuleringsmaatregelen en beperkt aftrekbare kosten. Zie paragraaf 2.8.2 van het Besluit.

33 Bijvoorbeeld de Tijdelijke noodmaatregel overbrugging voor behoud van werkgelegenheid.

34 Het Besluit gaat over steunmaatregelen die breder zijn en die genomen zijn naar aanleiding van gebeurtenissen die een grote impact hebben op de economie en de (financiële) situatie van bedrijven (dus ook een kredietcrisis).

9. Diensten binnen concernverband

Bij het kiezen van een methode voor het bepalen van de verrekenprijs voor een dienst zijn volgens het Verrekenprijbesluit 2022 in wezen de enige beschikbare keuzes: (i) het toepassen van het arm's-lengthbeginsel op basis van het in het Besluit genoemde methoden en de OESO-verrekenprijrichtlijnen of (ii) het toepassen van de vereenvoudigde methode voor diensten met beperkte toegevoegde waarde. Het Besluit degradeert de eerdergenoemde mogelijkheid dat de belastingplichtige alleen de kosten van het verrichten van (bepaalde) diensten in rekening brengt tot een voetnoot. De voetnoot verwijst naar paragraaf 7.37 van de OESO-verrekenprijrichtlijnen, die deze mogelijkheid toestaat (maar die door de Belastingdienst slechts discretionair wordt aanvaard).

Kosten van aandeelhoudersactiviteiten kunnen niet in rekening worden gebracht aan andere groepsentiteiten. In dit verband schrapt het Besluit activiteiten die in het 2018-Besluit als aandeelhoudersdiensten werden gedefinieerd, die betrekking hebben op de rapportering over het gevoerde/uit te voeren milieubeleid, het sociaal beleid en het beleid met betrekking tot duurzaam ondernemerschap uit de lijst van aandeelhoudersactiviteiten. Hoewel dit niet noodzakelijkerwijs betekent dat deze activiteiten niet kunnen worden aangemerkt als aandeelhoudersactiviteiten, benadrukt het wel dat ESG-activiteiten die op het niveau van de moedermaatschappij worden beheerd en geïmplementeerd, kunnen worden beschouwd als diensten die groepsentiteiten ten goede kunnen komen in het licht van het huidige belang van ESG-activiteiten.

10. Het gebruik van de arm's-length range

Het Besluit introduceert een aantal wijzigingen met betrekking tot het vaststellen en gebruik van de arm's-length range.

- Ingeval het vergelijkingsmateriaal bestaat uit in 'hoge mate' (in plaats van 'goed' zoals in het 2018-Besluit) vergelijkbare grootheden kan de 'full range' gebruikt worden. Ingeval het vergelijkingsmateriaal *vergelijkbaarheidsgebreken bevat die niet kunnen worden gekwalificeerd en/of gekwantificeerd* (in plaats van 'vergelijkingsmateriaal zoals in het 2018-Besluit), dan moet een statistische methode, zoals de 'interquartile range', worden gebruikt om de betrouwbaarheid van het vergelijkingsmateriaal te verbeteren. Het lijkt erop dat de 'full range' hierdoor (nog) minder vaak gebruikt kan worden.
- Als de prijs van de relevante beoordeelde transacties binnen de vastgestelde range valt, is geen correctie vereist. Indien de prijs buiten de range valt en de belastingplichtige de afwijking niet voldoende kan onderbouwen, is een correctie vereist. In het vorige Besluit diende gecorrigeerd te worden tot een punt dat het beste aansloot bij de voorwaarden van de gelieerde transactie. Indien zo'n

specifiek punt niet geïdentificeerd kon worden, diende gecorrigeerd te worden tot de mediaan. In het Verrekenprijbesluit 2022 wordt dit aldus gewijzigd:

- Bij gebruik van de 'full range' kan de correctie plaatsvinden tot elk punt binnen de 'full range' of tot een specifiek punt (indien aannemelijk is dat dit specifiek punt het beste past bij de voorwaarden van de transactie).
- Bij gebruik van de 'interquartile range' zal de correctie plaatsvinden naar de mediaan om fouten als gevolg van onbekende of niet te kwantificeren vergelijkbaarheidsgebreken te beperken. Dit is strikter en minder flexibel in vergelijking met het vorige Besluit. Indien bijvoorbeeld bij toepassing van de transactional net margin methode op de gelieerde 'limited risk' distributeur (LRD) het vergelijkingsmateriaal bestaat uit distributeurs die meer functies verrichten en risico's lopen dan de gelieerde LRD, dan zou beargumenteerd kunnen worden dat een eventuele correctie dient plaats te vinden naar het lagere kwartiel van de interquartile range gezien de functies en risico's van de LRD op basis van het vorige besluit. Met het nieuwe Besluit dient gecorrigeerd te worden naar de mediaan.

11. Slotopmerkingen

In het Besluit wordt bijzondere aandacht besteed aan financiële transacties binnen de groep, zoals leningen, financiële dienstverleningslichamen, cash pooling, garanties en captives.

Hoewel het Besluit de Nederlandse verrekenprijpositie met betrekking tot financiële transacties in overeenstemming brengt met hoofdstuk X van de OESO-verrekenprijrichtlijnen, kan toepassing daarvan in strijd zijn met Nederlandse jurisprudentie. Hoe dit gaat uitpakken, is nog onduidelijk.

Belastingplichtigen kunnen in ieder geval verwachten dat zij worden aangesproken als zij verrekenprijposities innemen die afwijken van de in het Besluit beschreven posities, ook voor nog openstaande boekjaren.

Over de auteurs

Dr. C.S.J. Jie-A-Joen

Clive Jie-A-Joen is Counsel bij Simmons & Simmons LLP. De focus van zijn praktijk ziet op transfer pricing en geschillenbeslechting. Clive is daarnaast universitair docent op de Erasmus School of Law. De auteur is als volgt te bereiken voor commentaar: clive.jie-a-joen@simmons-simmons.com.

Mr. M.I.E. van Herksen

Monique van Herksen is partner bij Simmons & Simmons. De focus van haar praktijk ziet op transfer pricing en geschillenbeslechting. De auteur is als volgt te bereiken voor commentaar: monique.vanherksen@simmons-simmons.com.