

# EUR Research Information Portal

## De nieuwe OESO-richtlijnen voor verrekenprijzaspecten van financiële transacties: deel II

**Published in:**

Maandblad Belastingbeschouwingen

**Publication status and date:**

Published: 01/01/2020

**Document License/Available under:**

Article 25fa Dutch Copyright Act

**Citation for the published version (APA):**

Jie-A-Joen, C., van Herksen, MIE., & van de Brug, RI. (2020). De nieuwe OESO-richtlijnen voor verrekenprijzaspecten van financiële transacties: deel II. *Maandblad Belastingbeschouwingen*, 6(19), 229-240. Article 19.  
<http://hdl.handle.net/1765/132151>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

**Terms and Conditions of Use**

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

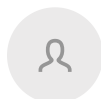
In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

**Take-down policy**

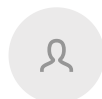
If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: [openaccess.library@eur.nl](mailto:openaccess.library@eur.nl). Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

# De nieuwe OESO-richtlijnen voor verrekenprijzaspecten van financiële transacties: deel II

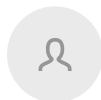
MBB 2020/19



Brug, R.I. van de



Herksen, M.I.E. van



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

*Dit artikel is het tweede deel van een tweeluik waarin de auteurs ingaan op de definitieve OESO-richtlijnen <sup>1</sup> voor verrekenprijzaspecten van financiële transacties (hoofdstuk X) gepubliceerd op 11 februari 2020 <sup>2</sup> en de betekenis hiervan voor de verrekenprijsp praktijk.*

*Deel II bespreekt cash pooling, hedging, financiële garanties en captive insurance. Daarnaast worden de nieuwe OESO-richtlijnen voor het bepalen van een arm's length risicovrij en risico-gecorrigeerd rendement besproken.*

## 1. Cash pooling

Sectie C.2 van hoofdstuk X verschaft richtlijnen voor cash pooling-structuren. Alhoewel de verrekenprijzaspecten van cash pooling geen onderwerp zijn in het Nederlandse Verrekenprijbesluit <sup>3</sup> van 2018, is het beleid van de Belastingdienst wel grotendeels in lijn met de nieuwe OESO-richtlijnen, zoals:

- Cash pooling-voordelen zijn hoofdzakelijk synergievoordelen die verdeeld moeten worden over de cash pool-deelnemers.
- De rol van een cash pool-leader is in het algemeen gering, waardoor een gelimiteerde vergoeding van toepassing is.
- Langlopende leningen binnen een cash pool dienen een hogere rentevergoeding te ontvangen.

### 1.1 Wat is cash pooling en welke vormen zijn er?

Cash pooling is een product dat door banken wordt aangeboden. Het betreft doorgaans complexe contracten die zowel gelieerde als markttransacties kunnen betreffen. Cash pooling is feitelijk het bundelen van de debetstanden en creditstanden van de individuele bankrekeningen van de deelnemende groepsentiteiten, de zogenoemde cash pool-deelnemers, om tot een netto saldo te komen. Afhankelijk van de vraag of het netto saldo negatief of positief is, zal er respectievelijk rente worden betaald of rente worden ontvangen van een bank, die als derde partij bij de cash pool betrokken is. Door de positieve en negatieve banksaldo's van de respectievelijke cash pool-leden te bundelen en te verrekenen, zal er uiteindelijk alleen een algemeen positief of negatief saldo overblijven. Op deze manier wordt voorkomen dat groepsentiteiten met een negatief saldo elk afzonderlijk tegen een hoge rente geld van de bank lenen, terwijl de andere groepsentiteiten ieder afzonderlijk het positieve saldo bij de bank storten tegen een lage rentevergoeding. Een belangrijk voordeel van cash pooling is derhalve het besparen op externe financieringskosten over de debetstanden in de mate dat hier creditstanden tegenover staan.

Hoofdstuk X geeft aan dat er twee hoofdvormen van cash pooling zijn – een met behulp van een fysieke cash pool en een met behulp van een notionele cash pool – alhoewel er ook andere variaties bestaan. Bij een fysieke cash pool worden de positieve saldi die cash pool-deelnemers op hun bankrekening hebben op regelmatige basis (vaak dagelijks) daadwerkelijk fysiek overgeboekt (totdat de bankrekening een vooraf bepaald bedrag bereikt) <sup>4</sup> naar de hoofdrekening van de cash pool leader (CPL). Bij cash pool-deelnemers met negatieve saldi worden de individuele bankrekeningen aangevuld tot een vooraf bepaald bedrag via de hoofdrekening van de CPL. De cash pool-deelnemers krijgen op die manier een rekening-courant-vordering of -schuld met de CPL. Het komt veelvuldig voor dat een fysieke cash pool gebruik maakt van een kredietfaciliteit (tussen de CPL en de externe bank) waarbij een negatief saldo van de cash pool wordt aangevuld via de kredietfaciliteit bij de bank, tegen een debetrente. Er wordt in dat geval dus rente betaald aan de externe bank. Een positief saldo van de cash pool wordt in deposito gezet bij de externe bank waarvoor een creditrente kan worden ontvangen.

Bij een notionele cash pool vinden er geen fysieke overboekingen van gelden plaats tussen de bankrekeningen van de cash pool-deelnemers en de CPL. De bank berekent in eerste instantie rente op de individuele bankrekeningen van de cash pool-deelnemers alsof er geen cash pool is, waarna de saldi van de bankrekeningen van de deelnemende MNO-groepsentiteiten notioneel (fictief) worden gesaldeerd. Het cash pool-voordeel <sup>5</sup> kan vervolgens worden berekend op basis van het notionele saldo. Afhankelijk van de afspraken met de bank wordt het cash pool-voordeel uitgekeerd aan de CPL of aan de cash pool-deelnemers. Bij een notionele cash pool eist de bank doorgaans dat de cash pool-deelnemers over en weer garant staan voor de cash pool.

## 1.2 Karakterisering ('accurate delineation') van cash pooling transacties

Het toepassen van het arm's length-principe op cash pooling betekent specifiek het bepalen van de arm's length debet- en creditrente binnen de cash pool en het vaststellen van een arm's length-vergoeding voor de CPL. Voordat wordt overgegaan tot het vaststellen van de arm's length-verrekenprijzen, geeft hoofdstuk X aan dat het belangrijk is om een cash pool-regeling nauwkeurig af te bakenen <sup>6</sup> ('accurate delineation') waarbij rekening moet worden gehouden met de volgende aspecten:

- Cash pooling wordt niet regelmatig gebruikt (of helemaal niet) door onafhankelijke ondernemingen waardoor het arm's length-principe moeilijk toe te passen is, omdat er weinig of geen directe aanwijzingen zijn inzake welke voorwaarden overeengekomen zouden zijn door onafhankelijke ondernemingen.
- De karakterisering van de cash pool-regeling dient rekening te houden met zowel de feiten en omstandigheden van de overgedragen saldi als de bredere context van het geheel van voorwaarden van de cash pool-regeling. Een voorbeeld uit paragraaf 10.116 van hoofdstuk X geeft aan dat een eenvoudig 'overnight' deposito bij een bank verschilt van een cash pooling-arrangement. Een cash pool-deelnemer met een positief saldo zet dat bedrag namelijk niet op deposito bij de CPL met een simpele depositovergoeding.
- Een functionele analyse zal moeten uitwijzen of kostenbesparingen en efficiëntieverbeteringen door cash pooling het gevolg zijn van synergiën die worden veroorzaakt door doelbewuste gecoördineerde acties ondernomen door de MNO-groep, of niet. Indien dit het geval is, bepaalt hoofdstuk X dat de door cash pooling behaalde voordelen in het algemeen verdeeld dienen te worden tussen de cash pool-deelnemers <sup>7</sup> op voorwaarde dat de CPL een zakelijke vergoeding ontvangt voor de functies die door de CPL verricht worden.
- Er moet worden nagegaan of bepaalde debet- of creditposities van de cash pool-deelnemers moeten worden behandeld als deposito's respectievelijk leningen voor de lange termijn (in plaats van korte termijn financiering zoals bedoeld in een cash pool). Dit aspect wordt vaak onderzocht bij boekenonderzoeken van cash pool-regelingen (in het bijzonder bij een cash pool-deelnemer met een langdurige creditstand waarvoor een kortetermijnrente is ontvangen door de deelnemer). Deze kwestie is echter zeer feitelijk van aard, omdat cash pool-saldi de neiging hebben om te fluctueren.
- Hoofdstuk X bepaalt dat economisch significante risico's met betrekking tot cash pool-structuren moeten worden geïdentificeerd en geanalyseerd. Deze risico's kunnen liquiditeits- en kredietrisico's omvatten. Het accepteren en

lopen van liquiditeitsrisico, dat voortvloeit uit de mismatch tussen de looptijd van de debet- en creditsaldi van de cash pool-deelnemers, kan uitoefening van controlefuncties vereisen die verder gaan dan slechts het verrekenen van debet- en creditposities. Kredietrisico is het risico van verlies in die situatie waarin cash pool-deelnemers met debet posities niet in staat zijn om het geleende geld terug te betalen. Een analyse moet dan uitwijzen welke groepsentiteit de controlefuncties verricht en de financiële capaciteit heeft om de risico's te lopen binnen de cash pool. Hoofdstuk X geeft aan dat bij de analyse van deze risico's rekening gehouden moet worden met de korte termijn aard van de debet- en creditstanden binnen een cash pool-regeling. De Belastingdienst werpt in de praktijk dan ook regelmatig de vraag op of bijvoorbeeld het kredietrisico een reëel risico betreft (het zijn immers geen langlopende leningen) en zo ja of de CPL wel de controlefuncties verricht en de financiële capaciteit heeft om risico te lopen.

### 1.3 Het bepalen van een arm's length-prijs voor cash pooling-transacties

Een CPL dient een arm's length-vergoeding te ontvangen voor de verrichte functies, de gelopen risico's en de gebruikte activa (bijvoorbeeld vermogen) bij het faciliteren van een cash pool-regeling. Een wellicht belangrijke observatie in hoofdstuk X is dat een CPL doorgaans een geringe rol speelt en dat de CPL in het algemeen een coördinerende of vertegenwoordigende rol vervult (dienstverlening) die over een hoofdrekening beschikt voor de pooling-activiteiten (bij een fysieke cash pooling). <sup>8</sup> Voor deze gelimiteerde dienstverlening, waarbij de CPL geen kredietrisico loopt, wordt geacht slechts een beperkte vergoeding van toepassing te zijn. Dit geldt in het bijzonder voor een CPL bij een notionele cash pool (waarbij er geen rekening-courant-vorderingen of -schulden bestaan tussen de CPL en de deelnemers), aangezien een CPL in dat geval minieme functies verricht volgens hoofdstuk X.

In de praktijk zijn er echter wel degelijk (veel) cash pool-regelingen waarbij de CPL een complexere rol vervult die een hogere vergoeding rechtvaardigen. <sup>9</sup> De functionele analyse dient dit echter goed te onderbouwen, aangezien de Belastingdienst er – zeker op basis van de observaties in hoofdstuk X – van uit zal gaan dat een CPL in het algemeen een simpele dienstverlener is. De treasury-entiteit bedient ook een cash pool-regeling die besluit hoe geldoverschotten (geldtekorten) geïnvesteerd (gefinancierd) dienen te worden. De treasury-entiteit die als CPL optreedt, bepaalt de rentepercentages, loopt kredietrisico's, liquiditeitsrisico's en valutarisico's en beslist over het al of niet afdekken van de risico's. De functionele analyse laat in dit geval zien dat de treasury-entiteit de contractueel gealloceerde risico's kan managen alsook de financiële capaciteit heeft om deze risico's te lopen. Kortom, de treasury-entiteit verricht functies en loopt risico's die verder gaan dan een coördinerende rol. De arm's length-vergoeding voor de functie van 'interne bank' kan een gedeelte betreffen (of het geheel) van de rentespread tussen haar inlenende en uitlenende posities.

Een andere belangrijke verrekenprijskwestie van een cash pool-regeling betreft de vergoeding van de cash pool-deelnemers. De nieuwe OESO-richtlijnen bepalen dat de vergoeding van de cash pool-deelnemers wordt berekend door het vaststellen van de arm's length-rentetarieven die van toepassing zijn op de debet- en creditposities. Deze vaststelling zal de synergievoordelen die voortvloeien uit de cash pool-regeling verdelen tussen de cash pool-deelnemers nadat de vergoeding van de CPL bepaald is.

Hoofdstuk X stelt dat het bepalen van de arm's length-rente voor intra-groep cash pool-transacties moeilijk is omdat er veelal geen vergelijkbare overeenkomsten tussen derden beschikbaar zijn. Een bankovereenkomst die betrekking heeft op de CPL, rekening houdend met de functionele verschillen tussen de bank en de CPL en de beschikbare opties voor de cash pool-deelnemers kan daarentegen nuttige informatie opleveren voor de verrekenprijz-analyse.

Hoofdstuk X merkt op dat cash pool-deelnemers mogen verwachten beter af te zijn door cash pooling in vergelijking met een situatie waarin er geen cash pool-regeling is. Dit zou kunnen betekenen dat *alle* cash pool-deelnemers dienen te profiteren van betere rentetarieven voor debet- en creditposities binnen de cash pool-regeling in vergelijking met de rentetarieven die van toepassing zijn bij afwezigheid van een cash pool-regeling. Dit betekent dat de cash pool-voordelen tussen alle cash pool-participanten dienen te worden verdeeld. In het (niet op consensus gebaseerde) discussieconcept <sup>10</sup>, werden ook nog twee andere benaderingen voorgesteld, waaronder de benadering waarbij de cash

pool-voordelen alleen aan de cash pool-deelnemers worden gealloceerd die een geldoverschot hebben. Deze benadering heeft als rationale dat de cashverstrekkers in de cash pool reëel kredietrisico lopen. De cashverstrekkers lenen het geldoverschot uit aan de CPL die het vervolgens uitleent aan de cash pool-deelnemers met geldtekort, waardoor de cashverstrekkers kredietrisico lopen. Dit risico is groter dan wanneer de cashverstrekkers het geldoverschot op een bankrekening zouden zetten. De geldverstrekkers krijgen dan een rente die een vergoeding is voor het gelopen kredietrisico. <sup>11</sup> Deze benadering wordt echter niet specifiek beschreven in hoofdstuk X.

Hoofdstuk X geeft aan dat het belangrijk is om ons te realiseren dat cash pool-deelnemers ook andere redenen kunnen hebben om deel te nemen aan een cash pool-regeling. Minder blootstelling aan banken en toegang tot liquiditeit zijn enkele voorbeelden hiervan.

Tot slot bepaalt hoofdstuk X dat wanneer onderlinge garanties deel uitmaken van een cash pool-regeling, er geen garantievergoeding verschuldigd is indien de gegarandeerde kredietnemer niet profiteert boven het niveau van kredietverbetering dat kan worden toegeschreven aan de impliciete steun van andere groepsleden.

## 1.4 De ConocoPhillips-zaak in Noorwegen <sup>12</sup>

Een relevante rechtszaak inzake de verrekenprijzaspecten van cash pooling betreft de ConocoPhillips-zaak in Noorwegen.

<sup>13</sup> In januari 2010 deed het Noorse Hof van beroep ('Borgarting Court of Appeal') definitief uitspraak in een zaak tussen de Noorse Belastingdienst en ConocoPhillips Scandinavia AS en Norske ConocoPhillips AS betreffende de jaren 2003 en 2004. Het hof oordeelde in het voordeel van de Belastingdienst.

De beide Noorse ondernemingen waren participanten in een fysieke cash pool-regeling van de ConocoPhillips-groep, tezamen met meer dan 150 andere groepsentiteiten. Dit liquiditeitsinstrument werd door de groep bij Bank of America afgenomen. De cashpool-leider was ConocoPhillips Treasury Limited, gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De rente werd gecrediteerd of in rekening gebracht op de hoofdrekening van de groep.

De twee Noorse ondernemingen droegen in beide jaren geld bij in de cash pool-regeling waarmee tekorten van andere groepsondernemingen opgevuld konden worden. Met de Bank of America was overeengekomen dat een positieve balans op de hoofdrekening zou leiden tot een rente gelijk aan de London Interbank Bid Rate (LIBID) minus 25 basispunten. Een negatieve balans, daarentegen, zou leiden tot een debetrente van London Interbank Offer Rate (LIBOR) plus 25 basispunten. Er is echter gedurende de relevante jaren nooit een negatieve balans geweest. Intern gebruikte de ConocoPhillips-groep daarom dezelfde rentevoet als die welke van toepassing was bij de Bank of America bij een positieve balans (LIBID minus 25 basispunten) voor zowel deposito's en onttrekkingen van de cash pool.

De belastingplichtigen voerden ter verdediging aan dat de ontvangen depositorente hoger was dan het dichtst vergelijkbare, namelijk het storten van tegoeden bij een onafhankelijke bank. Ze voerden ook aan dat de cash pool-voordelen niet verdeeld hoefden te worden tussen de cash pool-deelnemers, maar dat deze gecreëerd zijn door de cash pool-leider.

De Noorse Belastingdienst betwistte niet dat de ontvangen depositorente van de twee Noorse ondernemingen hoger was dan de rente die ze zouden kunnen ontvangen van een onafhankelijke bank, maar beargumenteerde dat bankdeposito's geen vergelijkbare transacties zijn. De totaliteit van een cash pool-regeling moet onderzocht worden, zodat de cash pool-voordelen tussen de deelnemende entiteiten verdeeld worden op basis van hun relatieve onderhandelingsmacht. De zaak betrof de vraag of de twee groepsondernemingen feitelijk hun inkomen hadden verlaagd door een verkeerde verdeling van de cash pool-voordelen.

Het hof was het met de Noorse Belastingdienst eens dat LIBID 25 basispunten te laag was. De cash pool-voordelen moesten worden verdeeld tussen de deelnemers in het licht van hun respectievelijke contributies. Ook hebben participanten met een geldoverschot een betere onderhandelingspositie. In beroep verzette ConocoPhillips zich hiertegen, maar verloor. De rechtbank oordeelde dat LIBID plus 25 basispunten correct zou zijn geweest. Dat leidt tot een verhoging van de rente met 50 basispunten. De rechtbank stelde dat beide ondernemingen altijd een geldoverschot hadden en dus zorgden voor liquiditeit waar de cash pool-deelnemers met een tekort van profiteerden. Dit had hen een onderhandelingsvoordeel gegeven, waardoor ze een hogere rente op hun tegoed konden vragen.

## 2. Hedging

Hoofdstuk X merkt op dat intra-groep financiële transacties het gebruik van afdekkingsregelingen ('hedging') kunnen bevatten om de blootstelling aan risico's, zoals schommelingen in wisselkoers of in de prijs van grondstoffen, te beperken. Een onafhankelijke onderneming kan ervoor kiezen een dergelijk risico op zich te nemen of zich ertegen in te dekken. In het kader van een MNO-groep kan dit worden beïnvloed door de benadering die de MNO-groep hanteert op het gebied van risicobeheer en hedging.

Binnen een MNO-groep zou het voor kunnen komen dat de individuele groepsentiteiten geen (contractuele) hedging-regeling aangaan, alhoewel hun risico's afgedekt zijn vanuit het gezichtspunt van de MNO-groep vanwege een gecentraliseerde treasuryfunctie.

Hoofdstuk X geeft aan dat de centrale treasuryfunctie wordt aangemerkt als een dienst waarvoor een zakelijke vergoeding moet worden betaald indien de centrale treasuryfunctie regelt dat een groepsentiteit een hedging-contract afsluit.

Complexere verrekenprijsproblemen doen zich voor in het geval dat het hedging-contract wordt aangegaan door de treasury-entiteit of een andere groepsentiteit, met als gevolg dat de posities niet afgestemd zijn binnen dezelfde entiteit, maar de groepssituatie desalniettemin beschermd is. Hoofdstuk X geeft aan dat deze laatste situatie een uitgebreide karakterisering van de daadwerkelijke transacties vereist (is er bijvoorbeeld sprake van een opzettelijke gecoördineerde actie om een risico te hedgen?) voordat een hedging-dienst en de bijbehorende vergoeding worden erkend, bij afwezigheid van schriftelijke contracten.

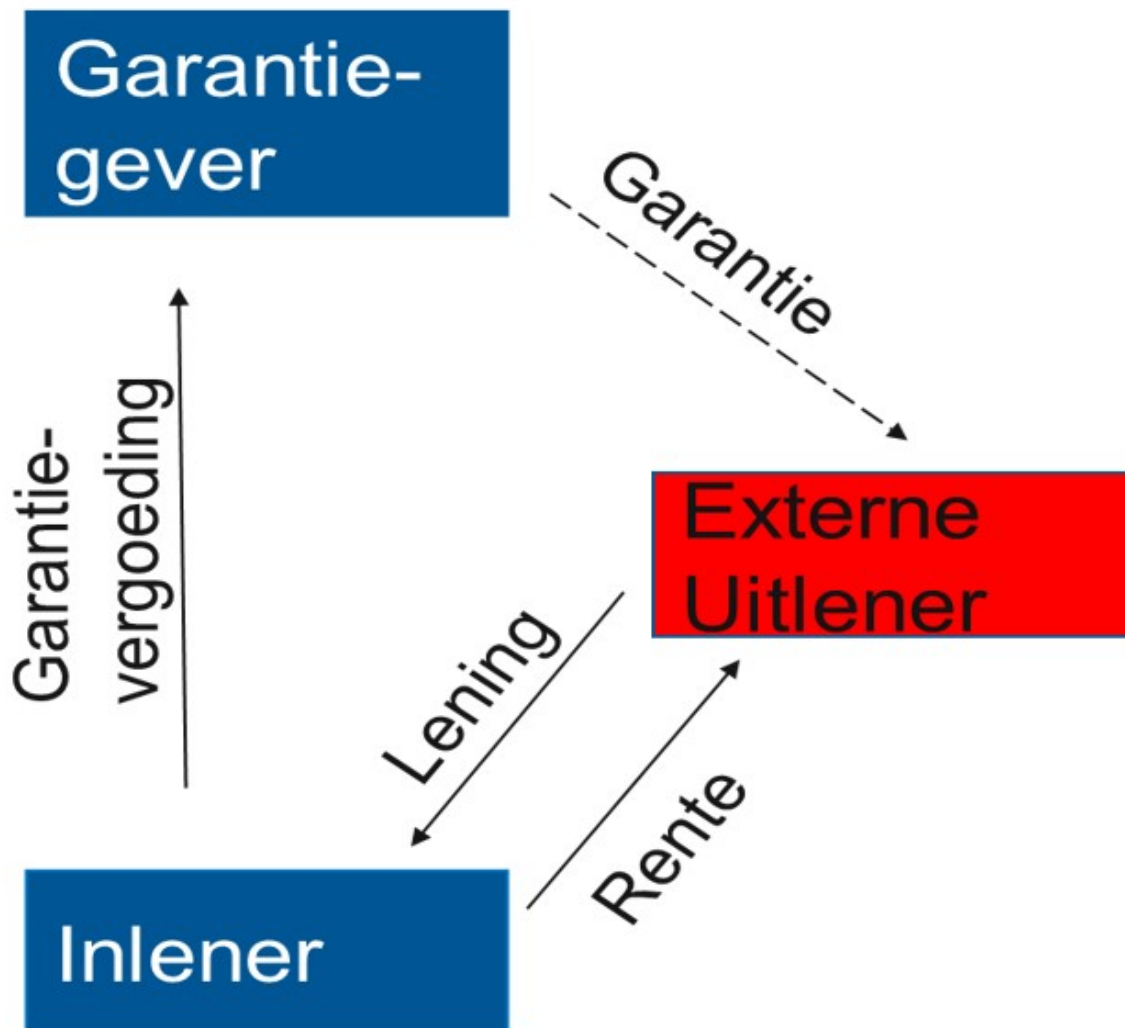
## 3. Financiële garanties

Sectie D van hoofdstuk X presenteert verrekenprijrichtlijnen met betrekking tot financiële garanties. Onze verwachting is dat de toepassing van de OESO-richtlijnen met betrekking tot financiële garanties gericht zullen worden toegepast bij boekenonderzoeken in Nederland en andere landen. Het Nederlandse Verrekenprijbesluit van 2018 besteedde reeds gedetailleerde aandacht aan garantstelling bij leningovereenkomsten, met een kritische toon die in veel gevallen tot matiging of afzien van een garantiefee concludeert bij een garantie binnen de MNO-groep. <sup>14</sup>

### 3.1 Wat is een financiële garantie?

Een financiële garantie wordt gedefinieerd als een *'legally binding commitment on the part of the guarantor to assume a specified obligation of the guaranteed debtor if the debtor defaults on that obligation'*. In de praktijk worden er verschillende termen gebruikt voor verschillende soorten kredietondersteuning tussen groepsentiteiten, zoals 'keepwell agreement', 'hard/soft letter of comfort' en 'performance guarantee'. De vraag is wat deze garanties precies zijn. Volgens de definitie van hoofdstuk X is een financiële garantie een *juridisch bindende* overeenkomst waarbij de garantsteller zich verbindt om een *bepaalde* verplichting van de gegarandeerde kredietnemer/inlener op zich te nemen indien de kredietnemer/inlener op deze verplichting in gebreke blijft. Onderstaand figuur presenteert een typische situatie waarbij een gelieerde

onderneming (garantiegever) een financiële garantie verstrekt voor een lening die door een externe uitlener (zoals een bank) wordt verleend aan een inlener die onderdeel is van dezelfde MNO-groep als de garantiegever.



### 3.2 De General Electric Capital Canada Inc.-zaak in Canada

Een relevante rechtszaak betreffende de verrekenprijzaspecten van financiële garanties is de Canadese rechtszaak tussen General Electric Capital Canada Inc. (GECC) en de Canadese Belastingdienst die beslist werd in het Federaal Hof van Beroep (Hof).<sup>15</sup> GECC leende kortetermijntegoeden in van de kapitaalmarkt geholpen met een expliciete garantie van haar Amerikaanse moedermaatschappij GE Capital US (GECUS). GECUS bracht GECC daarvoor een garantievergoeding in rekening van 1% gedurende de jaren 1996 tot en met 2000. De door dit Hof vast te stellen kwestie was of de arm's length-prijs voor deze dienst ten minste honderd basispunten (volgens GECC) of nul (het standpunt van de minister) moet zijn. De Canadese Belastingdienst was van mening dat GECC geen economisch voordeel van de garantie had gekregen op basis van het feit dat de kredietrating van GECC dezelfde zou zijn geweest als die van GECUS vanwege de impliciete steun die voortvloeide uit het feit dat zij deel uitmaakte van de MNO-groep. In wezen had GECC de termijntegoeden tegen dezelfde rente kunnen lenen, ongeacht of GECUS een expliciete garantie had gegeven of niet. GECC voerde daar tegen aan dat impliciete steun niet plaatsvindt tussen onafhankelijke ondernemingen en daarom niet in aanmerking moet worden genomen bij het bepalen van de kredietrating van GECC. Het Hof was van mening dat impliciete steun wel moet worden overwogen bij het bepalen van de kredietrating van GECC, maar was het niet eens met de Canadese Belastingdienst over de omvang van deze impact. Het Hof stond een 'yield'-benadering toe om een arm's length- garantievergoeding te bepalen. Deze benadering kwantificeert het voordeel dat de gegarandeerde inlener ontvangt van de garantie in termen van een

lager rentepercentage. Zij berekent het verschil tussen de rente die GECC zou betalen met garantie van GECUS en de rente die GECC zou betalen zonder de garantie van GECUS, rekening houdend met de impact van impliciete steun. Deze benadering leidde tot een garantiEVERGOEDING van 1,83%, terwijl de in rekening gebrachte garantiEVERGOEDING 1% bedroeg. Als zodanig werd de werkelijk in rekening gebrachte garantiEVERGOEDING gelijk geacht of lager te zijn dan een arm's length-garantiEVERGOEDING. De kern van het geschil was of de garantie van GECUS de facto GE Capital Canada economisch voordeel verschafte, en hoewel GE Capital Canada de overhand had, is de kwestie van impliciete steun en het de facto voordeel van financiële garanties nu een expliciet onderdeel van de verrekenprijsanalyse.

De verrekenprijsaspecten van garantstelling bij leningsovereenkomsten die in de *GE Capital Canada*-zaak zijn geadresseerd komen ook aan de orde in paragraaf 9 van het 2018 Verrekenprijsbesluit en het nieuwe hoofdstuk X van de OESO-richtlijnen.

### 3.3 Karakterisering ('accurate delineation') van financiële garanties

Bij de nauwkeurige afbakening van een financiële garantie richt het nieuwe hoofdstuk X zich op het economisch voordeel dat de gelieerde inlener verkrijgt van een financiële garantie bovenop het voordeel van passieve associatie (impliciete ondersteuning). Bovendien wordt ook aandacht besteed aan de financiële capaciteit van de garantiegiver om een bepaalde verplichting op zich te nemen indien de kredietnemer/inlener ten aanzien van deze verplichting in gebreke blijft. <sup>16</sup>

Het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018 benadrukt het belang van een tweezijdige analyse van de zakelijkheid van een financiële garantie. Zowel het perspectief van de garantiegiver als van de inlener moet in aanmerking worden genomen.

#### 3.3.1 Het economisch voordeel van een financiële garantie voor de inlener

Hoofdstuk X beschrijft de volgende twee effecten van financiële garanties voor de inlener:

- Het verkrijgen van gunstigere voorwaarden voor leningen. Vanuit het perspectief van de uitlener/geldverstrekker zal het risico van de verstrekte lening door de expliciete garantie afnemen door toegang te hebben tot de activa van de garantiegiver in geval de inlener in gebreke blijft. Dit betekent dat de financiële garantie de inlener in staat stelt te lenen op voorwaarden die van toepassing zouden zijn indien deze de kredietrating van de garantiegiver zou hebben in plaats van de voorwaarden die hij zou kunnen verkrijgen op basis van zijn eigen, niet-gegarandeerde kredietrating. Indien de financiële garantie leidt tot lagere kosten van de schuldfinanciering voor de inlener wordt aangenomen dat de inlener een garantiEVERGOEDING zal betalen, mits de inlener in totaliteit niet slechter af is ten opzichte van de situatie waarbij er geen financiële garantie is (rekening houdend met impliciete ondersteuning). Hierbij moet rekening worden gehouden met de kosten van de garantie en de kosten voor het verkrijgen van de garantie. Een financiële garantie kan, naast de prijs, ook andere leningsvoorwaarden beïnvloeden.
- Toegang tot een hoger bedrag aan leningen. Een financiële garantie zou de inlener in staat kunnen stellen zijn leencapaciteit te verhogen en de rente te verlagen. In een dergelijk geval vraagt men zich af of een deel van de lening die de uitlener/geldverstrekker aan de inlener verstrekt, nauwkeurig moet worden afgebakend als een lening van de uitlener/geldverstrekker aan de garantsteller, gevolgd door een kapitaalstorting van de garantsteller aan de gelieerde inlener. Voor het andere deel van de lening (op juiste wijze afgebakend als zijnde een lening van de uitlener aan de inlener) vormt de arm's length-garantiEVERGOEDING het verrekenprijsvraagstuk.

Het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018 is in het algemeen consistent met de bovenstaande OESO-richtlijnen. Het besluit geeft wel aan dat indien de financiële garantie leidt tot het verkrijgen van gunstigere leningsvoorwaarden er sprake is van een concerndienst waarvoor een vergoeding in rekening gebracht kan worden. Indien de geldverstrekker/uitlener zonder garantie geen of slechts een lagere lening wil verstrekken aan de inlener dan kan de garantie mogelijk een



aandeelhoudersactiviteit zijn waarvoor geen vergoeding op haar plaats is. Het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018 geeft een aantal redenen waarom een geldverstrekker een garantie van een gelieerde vennootschap zou kunnen krijgen. Ten eerste kan dat zijn omdat de geldverstrekker geen (of slechts een lagere) lening wil verstrekken zonder de garantie; ten tweede kan dat zijn omdat de geldverstrekker zonder de garantie minder gunstige voorwaarden stelt voor de lening dan met een garantie; ten derde kan de geldverstrekker door middel van een garantie van de moedervennootschap willen proberen te voorkomen dat de moedermaatschappij handelingen verricht die de solvabiliteit van de dochtervennootschap nadelig zouden kunnen beïnvloeden

Een relevante uitspraak in Nederland betreft die van de Hoge Raad van 1 maart 2013 (nr. 11/01985) waarbij voor de belanghebbende een verlies uit een garantstelling (alle groepsentiteiten die deelnamen aan de paraplu-kredietfaciliteit stelden zich hoofdelijk aansprakelijk voor het gehele bedrag van de kredietfaciliteit) <sup>17</sup> niet aftrekbaar was omdat er sprake was van een onzakelijk debiteurenrisico. Het aanvaarden van zulke hoofdelijke aansprakelijkheid berust volgens de Hoge Raad op de tussen de vennootschappen aanwezige vennootschapsrechtelijke betrekkingen. Dit arrest heeft mogelijk verstreckende gevolgen voor intra-groep garantieregelingen.

Volgens het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018 begint de verrekenprijsanalyse van een garantstelling met de vraag of de garantstelling een concerndienst betreft of een aandeelhoudersactiviteit. De OESO-richtlijnen gaan in op de vraag of een financiële garantie tot een economisch voordeel leidt voor de inlener. De vraag is of dit verschil in benadering wat uitmaakt, aangezien er bij een concerndienst ook sprake dient te zijn van economische voordelen. Het verschil is naar onze mening dat de nieuwe OESO-richtlijnen zich richten op de financiële garantie en daarvoor een expliciete definitie geven. Indien een vermeende garantie géén financiële garantie betreft kan het nog steeds een instrument (namelijk een dienst) zijn waarvoor een vergoeding betaald moet worden op basis van hoofdstuk VII OESO-richtlijnen inzake intra-groep diensten.

### 3.3.2 Effect van groepslidmaatschap

Deel I van dit tweeluik over het nieuwe OECD-hoofdstuk X is al ingegaan op het effect van groepslidmaatschap in het kader van leningen. Ook voor financiële garanties is dit van belang. Hoofdstuk X geeft in dit kader richtlijnen inzake het effect van groepslidmaatschap op het bepalen van een arm's length-vergoeding voor financiële garantie. Alles minder dan een juridisch bindende overeenkomst (zoals een 'letter of comfort') impliceert geen expliciete aanname van risico's. Bij afwezigheid van een expliciete financiële garantie is elke verwachting van een van de groepsentiteiten dat andere groepsentiteiten steun zullen verlenen aan een gelieerde inlener afgeleid van de status van de inlener als lid van de MNO-groep. Het is dus belangrijk om vast te stellen of er een juridisch bindende verbintenis is die de garantiegiver blootstelt aan additionele risico's. Zo niet, dan is het voordeel van een dergelijke steun die toe te schrijven is aan de status van de inlener binnen de MNO-groep het gevolg van passieve associatie en niet het gevolg van het verlenen van een dienst waarvoor een vergoeding verschuldigd zou zijn.

Zelfs als er een expliciete financiële garantie is dan moet de vraag gesteld worden of de inlener een economisch voordeel verkrijgt van deze garantie. Een gegeven voorbeeld betreft convenanten die van toepassing zijn op een banklening van de moedermaatschappij die stellen dat als de dochtermaatschappij in gebreke is bij haar lening, de lening van de moedermaatschappij wordt opgezegd. De financiële garantie die de moedermaatschappij verstrekt inzake de lening aan de dochtermaatschappij betreft dan feitelijk niet meer dan een erkenning dat het niet in het belang is van de MNO-groep om de dochtermaatschappij niet te ondersteunen. In een dergelijke situatie verschaft de financiële garantie geen voordeel aan de dochtermaatschappij bovenop de impliciete ondersteuning van andere groepsentiteiten. Er is nu geen garantievergoeding verschuldigd door de dochtermaatschappij.

### 3.3.3 De financiële capaciteit van de garantiegiver

Bij het nauwkeurig afbakenen van een financiële garantie moet ook worden gekeken naar de financiële capaciteit van de garantsteller om aan zijn verplichtingen te voldoen in geval de inlener niet aan zijn betalingsverplichting kan voldoen. In dit

verband zal een hoge mate van correlatie tussen de activiteiten van de garantsteller en de inlener (bijvoorbeeld vergelijkbare marktomstandigheden) van invloed zijn op het vermogen van de garantsteller om aan zijn verplichtingen te voldoen.

### 3.4 Het bepalen van een arm's length-prijs voor de financiële garantie

Tot slot bespreekt hoofdstuk X de methoden voor het vaststellen van de prijs van financiële garanties, waaronder: [18](#)

- de *comparable uncontrolled price-methode* (CUP): [19](#) de moeilijkheid om *comparables* te vinden wordt erkend aangezien garanties van bankleningen afgegeven door onafhankelijk partijen ongebruikelijk is;
- de opbrengstbenadering (*yield approach*): bij deze benadering wordt de rentebesparing die voortvloeit uit de financiële garantie voor de gewaarborgde inlener geschat en aan de hand hiervan wordt de maximale garantievergoeding bepaald. De *yield approach* berekent het verschil tussen de rente die de inlener zou betalen met garantie van de garantieggever [20](#) en de rente die de inlener zou betalen zonder de garantie maar wel rekening houdend met de impact van impliciete steun. [21](#) De opbrengstbenadering is besproken in de *GE Capital Canada*-zaak en in het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018;
- de kostenbenadering: deze benadering is gericht op het kwantificeren van het additionele risico dat de garantieggever draagt door het schatten van de waarde van het verwachte verlies (*expected loss*) dat de garantieggever leidt door het verschaffen van de garantie (*loss given default*). De kostenbenadering bepaalt de minimale garantievergoeding.
- De *valuation of expected loss*-benadering en *capital support*-benadering worden ook besproken.

De OESO-richtlijnen geven een voorbeeld van de 'yield'-benadering waarbij entiteit M, de moedermaatschappij, een concernrating heeft van AAA gebaseerd op geconsolideerde cijfers van de MNO-groep. Entiteit D, onderdeel van dezelfde MNO-groep, wil € 10 miljoen lenen van een onafhankelijke partij. De standalone rating (zonder rekening te houden met impliciete ondersteuning) van entiteit D is BBB. Indien rekening gehouden wordt met impliciete ondersteuning zou de rating van entiteit D verbeteren naar A (afgeleide rating). De markttrentes op basis van deze ratings zijn als volgt:

- standalone rating van BBB: 10% [22](#)
- afgeleide rating van A: 8%
- concernrating van AAA: 6%

Op basis van de 'yield'-benadering kan de garantievergoeding niet meer bedragen dan het verschil tussen het rentepercentage behorend bij de concernrating en het rentepercentage behorend bij de afgeleide rating. De maximale garantievergoeding is derhalve 2% (i.e. 8% -/ - 6%). De impliciete ondersteuning resulteert in een verbeterde rating van de inlener. Voor de impliciete ondersteuning hoeft niet betaald te worden.

Het voorbeeld sluit af met het gegeven dat de garantievergoeding 3% betreft en dus hoger is dan de maximale vergoeding van 2% en derhalve niet arm's length is.

## 4. Captive insurance

Sectie E van hoofdstuk X biedt richtlijnen voor captive insurance.

### 4.1 Wat is een captive insurance?

Een captive insurance is een verzekeringsonderneming of entiteit waarvan de werkzaamheden in wezen bestaan uit het verstrekken van verzekeringspolissen voor risico's van entiteiten binnen dezelfde MNO-groep. Het betreft een interne herverzekeringsactiviteit. Er worden in hoofdstuk X ook richtlijnen gepresenteerd ten aanzien van re-insurance captives (ook wel 'fronting' genoemd). Voor de vaststelling van werkzaamheden met betrekking tot *insurance* en re-insurance verwijst hoofdstuk X naar de insurance- en re-insurance-activiteiten zoals omschreven in deel IV van het OESO-rapport inzake de allocatie van winsten aan vaste inrichtingen (deel IV). [23](#)

Hoofdstuk X erkent verschillende zakelijke redenen voor het gebruik van captive insurance door een MNO-groep. Enkele daarvan zijn het stabiliseren van premies die MNO-entiteiten betalen en het verkrijgen van toegang tot re-insurance-markten. Uit de richtlijnen blijkt echter ook dat indien er gebruik wordt gemaakt van captive insurance, waarvoor het moeilijk is om verzekeringsdekking te verkrijgen van onafhankelijke verzekeraars, de commerciële rationaliteit van een dergelijke regeling in twijfel kan worden getrokken.

## 4.2 Het karakteriseren van captive insurance en re-insurance

Hoofdstuk X lijkt nogal sceptisch te zijn over captive insurance-entiteiten. De belangrijkste zorg betreft de vraag of de transactie daadwerkelijk betrekking heeft op verzekeringen. Met andere woorden: er moet worden nagegaan of er een risico bestaat en of de captive daadwerkelijk het risico loopt dat contractueel aan haar is overgedragen. Hoofdstuk X bevat de volgende elementen om te beoordelen of de captive insurance-entiteit daadwerkelijk verzekeringswerkzaamheden betreft:

- Er zijn zes indicatoren die (nagenoeg) allemaal aanwezig dienen te zijn: (i) er is diversificatie en bundeling van risico's in de captive insurance-entiteit, (ii) de economische kapitaalpositie van de MNO-groep is door diversificatie verbeterd, (iii) de toepassing van een door een toezichthouder regelgevend regime dat bewijs vereist van veronderstelling van risico en passende kapitaalniveaus, (iv) het is mogelijk om het verzekerde risico buiten de MNO-groep te verzekeren, (v) de captive verzekeraar beschikt over de vereiste vaardigheden en ervaring en (vi) er is reële mogelijkheid om verliezen te lijden door de captive insurance-entiteit.
- Nauwkeurige afbakening moet beoordelen of de captive insurance-entiteit de risico's met betrekking tot het afgeven van verzekeringspolissen, waaronder het verzekeringsrisico, commercieel risico of beleggingsrisico, op zich kan nemen overeenkomstig paragraaf 1.65 van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen. Dit betekent dat de captive insurance-entiteit controlefuncties met betrekking tot de risico's moet uitvoeren. Bovendien moet de entiteit die zich bezighoudt met captive insurance over de financiële capaciteit beschikken om de risico's op zich te nemen.
- Hoofdstuk X verwijst naar deel IV voor een beschrijving van de activiteiten die betrekking hebben op het afgeven van verzekeringspolissen (de zogenoemde 'underwriting' functie). Indien de captive insurance bepaalde activiteiten van deze functie uitbesteedt en dit bovendien is toegestaan onder de minimumnormen, moet worden onderzocht of de entiteit de vereiste controlefuncties uitvoert om zo te bepalen of het risico (nog steeds) aan de captive insurance-entiteit kan worden toegewezen.
- Hoofdstuk X gaat in op het belang van risicodiversificatie binnen de verzekeringssector. Dit heeft betrekking op het bundelen van een risicoportefeuille om zo een efficiënt gebruik van kapitaal te verkrijgen. Onafhankelijke verzekeraars zijn afhankelijk van een grote hoeveelheid polissen met vergelijkbare kansen op verlies en niet-gecorrigeerd risico om tot een efficiënt gebruik van kapitaal te komen. Wanneer er sprake is van onvoldoende schaalgrootte om tot risicodiversificatie of reserves over te gaan om zo extra risico's te dekken, kan dit erop wijzen dat de entiteit die zich bezighoudt met captive insurance niet actief is in de verzekeringssector. Wanneer de entiteit te weinig externe en buiten de MNO-groep vallende risico's met captive insurance dekt, zal risicodiversificatie waarschijnlijk niet worden bereikt.
- Re-insurance captives: er zijn gevallen waarin de MNO-groep een onafhankelijke regulerende verzekeraar betreft die verzekeringspolissen kan afsluiten aan gelieerde verzekerde entiteiten of klanten van de MNO-groep. Deze onafhankelijke verzekeraar herverzekert vervolgens het risico geheel of gedeeltelijk aan de re-insurance captive.

Hoofdstuk X erkent dat bovenstaande overeenkomsten kunnen leiden tot complexiteit bij het vaststellen van de prijs van de gelieerde transacties.

- Er wordt onderscheid gemaakt tussen het specifieke risico dat verzekerd wordt en dat door de verzekerde entiteit wordt gecontroleerd aan de ene kant en het risico dat de verzekeraar neemt door het aangaan van de verzekering aan de andere kant.

## 4.3 Het bepalen van een arm's length-prijs voor captive insurance en re-insurance-activiteiten

Hoofdstuk X bespreekt de volgende benaderingen voor het vaststellen van de prijs van intra-groep transacties met betrekking tot captive insurance en re-insurance-activiteiten.

### 4.3.1 Het vaststellen van de prijs van premies

*CUP-methode:* de CUP-methode kan worden toegepast om vergelijkbare overeenkomsten tussen derde partijen te identificeren om prijzen van verzekeringspremies vast te stellen. De methode kan vergelijkbaarheidsaanpassingen vereisen om verschillen tussen de derde partij- overeenkomsten vergelijkbaar te maken met de gelieerde transactie. Bijvoorbeeld, een entiteit die zich bezighoudt met captive insurance zal (wellicht) minder functies vervullen dan een onafhankelijke verzekeraar. Hierbij kan worden gedacht aan de afwezigheid van distributie- en verkoopactiviteiten.

We merken op dat de moeilijkheid van het gebruik van de CUP-methode besproken is in een Nederlandse rechtszaak waarbij het arm's length-principe (art. 8b lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969) werd toegepast op een captive insurance-zaak. <sup>24</sup> Belanghebbende was een onderlinge verzekeringsmaatschappij die aanvankelijk een gedeelte van de risico's herverzekerde bij externe herverzekeraars. Belanghebbende herstructureerde haar bedrijfsmodel door in 2001 een dochtermaatschappij op te richten in het buitenland ('Captive') waarna zij in 2002 alle herverzekeringscontracten afsloot bij de Captive (ter vervanging van de externe herverzekeraars). De Captive herverzekerde de meeste onderschreven risico's bij derden-verzekeraars maar behield zelf het risico voor het restant. De Captive had geen werknemers maar ontving diensten van een herverzekeringmakelaar tegen een jaarlijkse betaling van € 150.000. In geschil was of de voorwaarden die overeengekomen waren tussen belanghebbende en de Captive afwijken van de voorwaarden die door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen (art. 8b lid 1 Wet op de vennootschapsbelasting 1969). De rechtbank oordeelde dat de inspecteur dit voldoende aannemelijk had gemaakt en verwees naar de conclusie van een deskundige. In geval de Captive de risico's weer herverzekerde bij derden-herverzekeraars was de deskundige van mening dat het niet logisch is dat belanghebbende een hogere nettopremie betaalde voor een herverzekering bij de Captive dan aan een externe herverzekeraar. <sup>25</sup> In geval de Captive de risico's niet herverzekert was de deskundige van mening dat niet valt in te zien waarom belanghebbende een hogere nettopremie betaalde voor een herverzekering bij de Captive dan de nettopremie die de Captive betaalt voor het gedeelte dat wel wordt herverzekerd. De kans dat de Captive niet aan haar verplichtingen kan voldoen is groter dan de kans dat een derden-herverzekeraar met een goede rating niet aan haar verplichtingen kan voldoen, in het bijzonder in de eerste jaren als het eigen vermogen niet groot is. In verhoudingen tussen derden zou belanghebbende geen winst afstaan aan de Captive indien daar geen tegenprestatie tegenover staat. De deskundige verwees naar de CUP-methode voor de situaties waarbij de Captive de risico's herverzekerde. Zowel de inspecteur als belanghebbende waren het hier niet mee eens. De rechtbank besloot dat de vergoeding gebaseerd diende te zijn op een cost-plus van € 15.000 respectievelijk € 16.000 plus een rendement van 7.5% per jaar op het eigen vermogen.

*Actuariële analyse:* bij het gebruik van actuariële analyses om de verzekeringspremies vast te stellen, dient de premie de verwachte verliezen van de verzekeraar op schadegevallen, de verzekeringstechnische en administratiekosten en de kosten inzake de afhandeling van de claim te dekken. Dit bedrag wordt vermeerderd met het rendement op het kapitaal waarbij rekening wordt gehouden met eventuele beleggingsinkomsten. Hoofdstuk X merkt op dat een dergelijke actuariële analyse complex is en bovendien geen feitelijke transacties tussen onafhankelijke partijen vertegenwoordigt.

### 4.3.2 Vergoeding aan de captive insurance-entiteit

De zakelijke winstgevendheid van de captive insurance-entiteit kan gebaseerd zijn op een aanpak bestaande uit twee stappen die rekening houdt met zowel de winstgevendheid van schadegevallen als een rendement op kapitaal. De eerste stap bestaat uit het bepalen van de zogenoemde *combined ratio* van de captive insurance-entiteit. De 'combined' ratio is een maatstaf voor de winstgevendheid van een verzekeraar en is gelijk aan (verliezen als gevolg van schadegevallen + kosten) / ontvangen premies. Indien deze ratio minder dan één is, wordt er winst gemaakt. De *combined ratio* van onafhankelijke partijen wordt gebenchmarkt en toegepast op de captive insurance-entiteit om de winstgevendheid van de verzekeringen te bepalen (premie – verliezen op schadegevallen – kosten). De tweede stap is om het beleggingsrendement van het kapitaal van de captive insurance-entiteit te beoordelen, rekening houdend met haar kapitaal en de investeringen die de captive heeft gedaan in investeringen van gelieerde partijen (bijvoorbeeld intra-groep leningen). Hoofdstuk X merkt ook op dat het kapitaal dat nodig is voor een captive insurance-entiteit lager is dan vereist is voor een onafhankelijke verzekeraar vanwege regelgeving en commerciële factoren. Het totale bedrijfsresultaat van een captive insurance-entiteit is de som van de winsten ter zake van verzekeringen en beleggingsopbrengsten.

### 4.3.3 Groeps-synergie en verkoopagent

Hoofdstuk X bespreekt vervolgens verschillende benaderingen voor de prijsbepaling met betrekking tot de volgende situaties:

- groepssynergie: in deze situatie is er sprake van groepssynergievoordelen door gezamenlijke acties van de verzekeringsnemers binnen de MNO-groep door het bundelen van risico's binnen de MNO-groep bij de captive. Deze risico's worden daarna door de captive herverzekerd bij onafhankelijke verzekeraars. In deze situatie moeten de synergievoordelen worden toegewezen aan de verzekeringsnemers binnen de MNO-groep nadat zij de captive een zakelijke vergoeding voor de minimale verrichte diensten hebben betaald;
- verkoopagent: hoofdstuk X geeft een voorbeeld waarbij een detailhandelaar die hoogwaardig technologische consumentenproducten verkoopt in de winkel maar tegelijkertijd ook verzekeringspolissen (voor onopzettelijke schade en diefstaldekking) aanbiedt aan de consumenten ('point of sale'). De detailhandelaar treedt dan op als verkoopagent ('agency sales') van verzekeringscontracten die derhalve niet rechtstreeks verkocht worden tussen de verzekeraar en de verzekeringnemer. Indien de verkoopagent en de verzekeraar gelieerd zijn, dient een arm's length-vergoeding te worden bepaald voor de activiteiten van de verkoopagent. Het voorbeeld geeft aan dat de gelieerde verzekeraar een winst maakt die hoger is dan die van verzekeraars in de markt voor dezelfde dekking. Hierbij is het belangrijk om in beschouwing te nemen hoe de (hoge) winsten op verzekeringspolissen worden verdiend en wat de toegevoegde waarde is van de partijen. De detailhandelaar die als verkoopagent optreedt voor de verzekeringspolissen zou in principe gebruik kunnen maken van alternatieve verzekeraars. In een dergelijk scenario stelt hoofdstuk X dat de (hoge) winst het resultaat kan zijn van het voordeel dat de verkoopagent weet te realiseren om de verzekeringspolissen aan te bieden tegelijkertijd met de verkoop van de producten op het verkoopmoment. De detailhandelaar zou een alternatieve aanbieder kunnen inschakelen om verzekeringspolissen te verstrekken. Hoofdstuk X concludeert dat de gelieerde verzekeraar een arm's length-vergoeding moet verdienen die in lijn is met de gebenchmarkte vergoeding van verzekeraars. De rest van de winst moet worden toegewezen aan de verkoopagent die het 'point of sales' voordeel heeft.

De verrekenprijaspecten van een verkoopagent-situatie kwamen aan de orde in een Nederlandse rechtszaak <sup>26</sup> waarbij belanghebbende de holding is binnen het [H]-concern dat een recreatiebedrijf exploiteerde (bungalowparken en campings). De belanghebbende was ook de moedermaatschappij van een fiscale eenheid waartoe haar Nederlandse dochtermaatschappij [H] Service B.V. behoorde. Bij het boeken van een accommodatie kunnen klanten een annuleringsverzekering afsluiten met [H] Service B.V. Omdat belanghebbende niet beschikte over een vergunning om een verzekeringsbedrijf uit te oefenen moesten haar verzekeringsactiviteiten veranderd worden. Vanaf 1 januari 2001 sloten klanten hun verzekeringsovereenkomsten met een onafhankelijke verzekeringsmaatschappij [J]-Schade die het risico vervolgens herverzekerde bij [H] Re Ltd. ([H] Re), een Ierse dochtermaatschappij van belanghebbende. Vervolgens werden de volgende overeenkomsten gesloten:

- een overeenkomst waarbij [H] Service verzekeringsdiensten verricht voor [J] Schade. De verzekeringsdiensten omvatten het verkopen van verzekeringen van, het innen van premies voor, de afhandeling van claims namens, het uitbetalen van schades namens en het opstellen van kwartaalberichten voor [J]-Schade;
- een ‘Reinsurance Agreement 2001’ gesloten tussen [J] Schade en N.V. [J] Reassurantiemaatschappij ([J] Re);
- een ‘Retrocession Agreement 2001’ gesloten tussen [J] Re en [H] Re Ltd.

[H] Service B.V. ontving een vergoeding van 3.5% van de brutopremies voor het verrichten van diensten voor [J]-Schade. [J]-Schade ontving een vergoeding van 1,5% van de brutopremies en de resterende winst werd overgelaten aan [H] Re die geen werknemers in dienst had. <sup>27</sup> Het meeste van het geld dat [H] Re ontving onder de ‘Retrocession Agreement 2001’ werd door [H] Re gebruikt om leningen te verschaffen aan gelieerde Nederlandse entiteiten. In geschil was of het resultaat voor belastingen van [H] Re van € 514.810 over 2001 bij belanghebbende belast kon worden. De Belastingdienst stelde dat de bovenstaande overeenkomsten niet hebben geresulteerd in belangrijke wijzigingen in de verzekeringswerkzaamheden van belanghebbende in Nederland. Zonder het recreatiebedrijf van belanghebbende zouden er bovendien geen verzekeringswinsten zijn behaald. [H]-Re vertoonde ook niet de kenmerken van een (her)verzekeringsbedrijf (zoals diversificatie, creëren van waarde door verlagen vermogenskosten en geen reëel asset-/liability-management) en verrichtte geen (her)verzekeringsactiviteiten (zoals het innen van premies en de verkoop van verzekeringen). Belanghebbende stelde dat [H] Re geen captive was maar risico's van klanten herverzekerde, belanghebbende verrichtte geen verzekeringsactiviteiten waaraan winst kon worden toegerekend, belanghebbende mocht haar eigen structuur kiezen en de vergoeding van [J]-Schade aan [H] Re kon maximaal 20% zijn. Verder stelde belanghebbende dat [H] Re de door [J]-Schade verzekerde annuleringsrisico's tegen een premie herverzekerde. De rechtbank oordeelde dat de inspecteur aannemelijk had gemaakt dat belanghebbende op onzakelijke gronden winst had laten ontgaan ten gunste van haar dochtermaatschappij [H] Re. Volgens de rechtbank verrichtte [H] Re geen (her)verzekeringsactiviteiten, ook gezien de lage kosten van € 42.693 voor administratieve diensten verricht door een derde partij. De rechtbank was het echter oneens met de belastinginspecteur die van mening was dat alle winsten van [H] Re aan belanghebbende moesten worden toegerekend. Volgens de rechtbank hield de belastinginspecteur geen rekening met het feit dat belanghebbende haar verzekeringsactiviteiten heeft moeten herstructureren omdat zij geen vergunning kon krijgen om een verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Een zakelijke vergoeding van de captive-verzekeraar diende gebaseerd te zijn op een toeslag van 10% op [H] Re's administratieve kosten. [H] Re kwam geen vergoeding toe voor het te verwaarlozen verzekeringsrisico. De inkomsten uit beleggingen werden wel aan [H] Re toegerekend. <sup>28</sup> De overige winst van [H] Re werd door de rechtbank aan belanghebbende toegerekend.

#### 4.3.4 Het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018

Uit bovenstaande rechtszaken en andere rechtszaken <sup>29</sup> blijkt dat interne (her)-verzekeringsactiviteiten reeds voor het verschijnen van het nieuwe hoofdstuk X van de OESO- verrekenprijsrichtlijnen de aandacht hadden van de Nederlandse Belastingdienst. In al deze rechtszaken is de Belastingdienst van oordeel dat er gebrek is aan substance bij de captive insurance-entiteit. De vraag is of er sprake is van een te belonen verzekeringsprestatie door een captive als de risico's niet herverzekerd worden buiten het concern en de noodzakelijke functies niet aanwezig zijn. Het Nederlandse Verrekenprijsbesluit van 2018 maakt onderscheid tussen twee soorten interne (her)verzekeringsactiviteiten:

- passieve poolers: de groepsentiteiten bundelen bepaalde risico's bij de interne (her)verzekeraar zonder dat die de activiteiten van een professionele (her)verzekeraar verricht. De passieve pooler verricht in dat geval een administratieve en/of bemiddelende functie waarvoor een beperkte vergoeding van toepassing is;
- verzekering als bijproduct: een concern dat als hoofdactiviteit heeft het aanbieden van producten of diensten biedt verzekering als bijproduct aan aan haar klanten. Zie de hierboven besproken rechtszaak bij Rechtbank 's-Gravenhage in 2011 als voorbeeld waarbij belanghebbende die een recreatiebedrijf exploiteerde ook annuleringsverzekeringen (als bijproduct) aan haar klanten aanbood. In zo een situatie maakt het concern dat niet in de verzekeringsbranche zit vaak gebruik van een ongelieerde verzekeraar die onder toezicht staat van een toezichthouder. De polissen met klanten van het concern staan dan op naam van deze ongelieerde verzekeraar die de risico's herverzekert bij een

interne herverzekeraar van het concern. De Nederlandse Belastingdienst is van mening dat zo een interne herverzekeraar in het algemeen geen verzekeringsfunctie verricht en ook geen verzekeringsrisico's draagt. Hij wordt geacht een gelimiteerde administratieve functie te verrichten waarvoor slechts een gelimiteerde vergoeding op haar plaats is.

## 5. Risicovrij en risicogecorrigeerd rendement

De OESO heeft tegelijkertijd met hoofdstuk X over financiële transacties ook richtlijnen opgesteld inzake de manier waarop een risicovrij en risico-gecorrigeerd rendement kan worden vastgesteld, wat ook van belang kan zijn voor niet-financieringstransacties, zoals immateriële activa. Deze richtlijnen zullen worden toegevoegd in hoofdstuk I, onderdeel D.1.2.1., van de OESO-richtlijnen, direct na paragraaf 1.106.

### 5.1 Risicovrij rendement

Sectie F stelt dat een financierder die niet in staat is of niet de besluitvormingsfuncties uitvoert om het risico met betrekking tot investeringen te beheersen, niet meer dan een risicovrij rendement mag ontvangen als beloning.

Een risicovrij rendement wordt gedefinieerd als het hypothetische rendement dat op een investering zou worden verwacht wanneer er geen sprake is van risico. Bij het bepalen van een dergelijk rendement merkt sectie F op dat de financieringskosten van de financierder in overweging moeten worden genomen. Behoudens andere beperkingen zou de gefinancierde partij het recht hebben om een zakelijke vergoeding ten opzichte van de financiering in aftrek te brengen, terwijl het verschil tussen het risicovrije rendement en de zakelijke vergoeding wordt toegewezen aan de partij die de risico's beheerst. In het kader van een leningtransactie betekent dit dat de uitlener recht heeft op een risicovrij rendement, de inlener een arm's length-rente betaalt en de partij die het risico beheerst recht heeft op de resterende rente. Sectie F zwijgt echter over de manier waarop een dergelijke situatie in de praktijk moet worden toegepast. De vraag of de partij die het risico beheerst de resterende rente van de inlener of de uitlener ontvangt, blijft bijvoorbeeld onbeantwoord. Wij zijn van mening dat de kwestie van substance op het niveau van de uitlener en de richtlijnen die sectie F biedt in de praktijk zal leiden tot aanzienlijke controverse en mogelijk tot ingewikkelde dubbele belastingproblematiek.

Sectie F bevestigt dat de rente op bepaalde door de overheid uitgegeven effecten met dezelfde functionele valuta, een vergelijkbare looptijd en timing, als referentie kan dienen bij het bepalen van het risicovrije rendement. Het voorbeeld uit het initiële discussieontwerp van Hoofdstuk X wordt gehandhaafd. Hierin geven verschillende overheden obligaties uit in dezelfde valuta, met als gevolg dat de staatsobligatie met het laagste rendement kan worden geselecteerd, zij het dat voor de uitgevende overheid een minimum credit rating kan worden opgegeven. Gezien de huidige macro-economische omstandigheden waarin negatieve rentes de rigueur zijn, rijst de vraag wat te doen met negatieve rentetarieven van staatsobligaties van bepaalde valuta's. Deze vraag wordt echter niet beantwoord in sectie F.

Naast de door de overheid uitgegeven effecten kunnen andere alternatieven, zoals interbancaire rentetarieven en renteswaps, worden overwogen om het risicovrije rendement te bepalen.

### 5.2 Risicogecorrigeerd rendement

In situaties waarin een gelieerde partij de financiering verstrekt en de controle uitoefent over het financiële risico dat betrekking heeft op de financiering, moet de vergoeding worden gebaseerd op het risicogecorrigeerde rendement van de financiering. Het is belangrijk om een onderscheid te maken tussen het financiële risico dat de financierder neemt met de financieringsactiviteiten en het operationele risico dat de gefinancierde partij neemt met het gebruik van het geld (bijvoorbeeld voor het ontwikkelen van immateriële activa).

Sectie F bepaalt dat een risicogecorrigeerd rendement bestaat uit een risicovrije rente en een premie die de risico's van de financierder weergeeft. Een risicogecorrigeerd rendement kan worden bepaald op basis van verschillende benaderingen, zoals vergelijkbare markttransacties, het rendement van realistisch beschikbare alternatieve investeringen (bijvoorbeeld leningen tussen derde partijen), het toevoegen van een risicopremie op een risicovrij rendement of de kosten van financiering cost of funds benadering.

## 6. Belangrijke punten

Onzes inziens is onderstaand overzicht een samenvatting van de belangrijke leerpunten uit hoofdstuk X:

- Hoofdstuk X geeft aan dat een cash pool-leider in het algemeen een geringe rol heeft (i.e. een coördinerende of vertegenwoordigende functie) waarvoor een beperkte vergoeding past.
- Impliciete steun zal een relevante factor blijven bij het vaststellen van de prijs van intra-groep leningen en financiële garanties. In het kader van een intra-groep lening kan een gelieerde inlener bijvoorbeeld een betere rating en daarmee een lagere rente verkrijgen omdat hij deel uitmaakt van een MNO-groep. Dergelijke impliciete steun is het voordeel dat voortvloeit uit passieve verbondenheid en moet worden meegenomen in de schatting van de rating van de gelieerde inlener. In het kader van een financiële garantie zou er geen garantievergoeding verschuldigd zijn voor impliciete steun als gevolg van passieve verbondenheid.
- Bij de nauwkeurige afbakening van een financiële garantie moet worden nagegaan of er een juridisch bindende overeenkomst is en daarnaast moet worden nagegaan of de inlenende entiteit economisch voordeel geniet van de financiële garantie bovenop het voordeel dat uit passieve verbondenheid wordt verkregen. Een financiële garantie die wordt verstrekt omdat de geldverstrekker anders geen (of slechts een lagere) lening wil verstrekken aan de inlener mag geen garantievergoeding opleveren.
- Hoofdstuk X lijkt nogal sceptisch te zijn over captive insurance. De belangrijkste uitgesproken zorg betreft de vraag of de transactie daadwerkelijk betrekking heeft op verzekeringen. Met andere woorden: er moet worden nagegaan of er een risico bestaat en of de captive entiteit het risico loopt dat contractueel aan haar is overgedragen.
- Hoofdstuk X verduidelijkt dat een risicovrij rendement een passende oplossing kan zijn bij de nauwkeurige afbakening wanneer de uitlenende entiteit niet over de capaciteit beschikt of niet de besluitvormingsfuncties uitvoert om het risico met betrekking tot de investering te beheersen. De rest van de vergoeding moet worden toegewezen aan de entiteit die het risico controleert. Wij zijn van mening dat de kwestie zal leiden tot heel wat controverse in de praktijk.
- Hoofdstuk X bevestigt dat de rente op bepaalde door de overheid uitgegeven effecten met dezelfde functionele valuta als de investeerder, een vergelijkbare looptijd en vergelijkbare timing, als referentiekader kan dienen voor het bepalen van risicovrije rendementen. De vraag rijst wat er gedaan moet worden met negatieve rentetarieven ten opzichte van bepaalde valuta's in de huidige macro-economische omstandigheden.
- De vergoeding voor een gelieerde partij die financiert en controle uitoefent over het financiële risico dat in verband staat tot de financiering moet worden gebaseerd op het risicogecorrigeerde rendement op de financiering. Dit rendement bestaat uit een risicovrij tarief vermeerderd met een premie die de risico's van de financierder weergeeft.

Het nieuwe hoofdstuk X van de OESO-richtlijnen is er nu, en verschaft verrekenprijsrichtlijnen ten aanzien van financieringstransacties voor zowel belastingdiensten als multinationale ondernemingen. Alhoewel de richtlijnen van hoofdstuk X pas in 2020 zijn gepubliceerd, hebben ze geen aanvangsdatum voor toepassing, en is de verwachting dat de richtlijnen ook op financiële transacties van vóór 2020 zullen worden toegepast. Wij raden daarom ten eerste aan alle intra-groep financiële transacties te catalogiseren en tegen het licht te houden van de nieuwe OESO-richtlijnen. Het nauwkeurig karakteriseren en het prijzen van gelieerde financieringstransacties zal door het nieuwe hoofdstuk X gedetailleerder en ingewikkelder zijn dan daarvoor. Hoofdstuk X voorspelt boekenonderzoeken van intra-groep



financieringstransacties die alleen met succes kunnen worden afgehandeld als intercompany overeenkomsten up-to-date zijn en verrekenprijsdocumentatie op orde is.

Mr. M.I.E. van Herksen

Monique van Herksen is werkzaam bij Simmons & Simmons LLP met een focus op transfer pricing en geschillenbeslechting.

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

Clive Jie-A-Joen is werkzaam bij Simmons & Simmons LLP met een focus op transfer pricing en geschillenbeslechting. Clive is daarnaast universitair docent op de Erasmus School of Law.

R.I. van de Brug

Rosalie van de Brug is werkzaam bij de Erasmus School of Accounting and Assurance.

## Voetnoten

- 1). OECD, 'Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations', 2017.
- 2). OECD, 'Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions: Inclusive Framework on BEPS Actions 4, 8-10', OECD, Paris, 2020. [www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm](http://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.htm).
- 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 [Stcrt. 26874, 11 mei 2018](#).
- 4). Het zogenoemde 'target'. Een fysieke cash pool wordt ook wel 'target balancing' genoemd alsook 'zero balancing' indien de 'target' een saldo van nul is.
- 5). Het verschil tussen de totale rente op de individuele bankrekeningen van de cash pool-deelnemers en de rente op het notionele saldo.
- 6). De nauwkeurige afbakening dient op basis van hoofdstuk I van de OESO-richtlijnen normaliter te geschieden op basis van de volgende vijf economisch relevante karakteristieken: (i) kenmerken van de cash pool-regeling, (ii) economische omstandigheden van de partijen en de markt waarin de partijen opereren, (iii) contractuele voorwaarden, (iv) functionele analyse (rekening houdend met gelopen risico's en gebruikte activa) en (v) bedrijfsstrategieën.
- 7). Het idee hierachter is dat de cash pool-deelnemers hebben bijgedragen aan de synergievoordelen door gezamenlijk op te treden.
- 8). Cash pooling is immers een product dat aangeboden wordt door banken.
- 9). Er bestaan ook cash pool-structuren waarbij geen externe banken betrokken zijn.

- 10) . OECD, *Discussion Draft on Financial Transactions*, 3 juli 2018, OECD, Paris 2018.
- 11) . Zie M.E.P. van der Breggen & R.H.M. Roumen, 'Enkele fiscale aspecten rondom het fenomeen "cashpooling" (deel 2)', *WFR* 2009/1313, 1 januari 2009.
- 12) . *ConocoPhillips Skandinavia AS and Norske ConocoPhillips AS v Ojeskattekontoret*, 2010.
- 13) . Een andere bekende cash pooling-rechtszaak betreft *Bombardier versus Danish Administrative Tax Court*, Administrative Tax Court 21 oktober 2013, 12-0189459. Deze rechtszaak betrof een Deense participant in een 'zero balancing' fysieke cash pool-regeling van de Bombardier-groep met een cash pool-leider in Zwitserland. De rentetarieven voor deposito's bij de cash pool-leider en leningen van de cash pool-leider waren respectievelijk 'daily overnight bank rate' -50 bps en +115 bps. De Deense participant had in het algemeen geldoverschot dat in deposito gezet werd bij de cash pool. De Deense participant gaf aan dat 'daily overnight bank rate' -50 bps vergelijkbaar was met depositotarieven bij derde partij banken. De Deense Belastingdienst vond het toegepaste depositotarief van de cash pool-regeling echter te laag. Deposito's in de cash pool zijn niet vergelijkbaar met onafhankelijke bankdeposito's. De Deense Belastingdienst was van mening dat de spread op de basisrente gelijk diende te zijn voor korte termijn deposito's en leningen. De Deense Belastingdienst verrichtte een benchmarking-studie, gebruikmakend van de Loan Connector database en bepaalde de spread op 118 bps. Bovendien had de cash pool-leider geen recht op een spread (-0,5 tot +1,15), maar op een servicefee van 25 basispunten ('bps') op de brutobalans van alle deposito's en leningen. De Deense 'Administrative Tax Court' handhaafde de meeste conclusies van de Deense Belastingdienst. De Tax Court verlaagde wel de spread op deposito's van 118 bps naar 115 bps.
- 14) . Zie paragraaf 9 van 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 [Stcrt. 26874, 11 mei 2018](#).
- 15) . *Her Majesty the Queen v. General Electric Capital Canada Inc.*, 2010, FCA 344.
- 16) . Door de financiële garantie loopt de garantieggever additioneel risico. De garantieggever dient derhalve ook de financiële capaciteit te hebben om dit risico te lopen.
- 17) . De kredietfaciliteit geeft aan dat indien een concernmaatschappij aansprakelijk wordt gesteld, deze de regresvordering op de medeschuldenaren niet zal opeisen zolang de totale schuld niet is voldaan.
- 18) . Paragraaf 10.169 van hoofdstuk X geeft aan dat indien de vermeende garantie geen garantie is er naar andere prijsbenaderingen gekeken moet worden, en in het bijzonder naar de OESO-richtlijnen in hoofdstuk VII inzake intra-groepdiensten.
- 19) . De CUP-methode is een door de OESO erkende verrekenprijsmethode. Deze methode vergelijkt de prijs die in rekening wordt gebracht voor goederen of diensten die in een gelieerde transactie worden overgedragen met de prijs die in rekening wordt gebracht voor onroerend goed of diensten die in vergelijkbare omstandigheden in een vergelijkbare markttransactie worden overgedragen.
- 20) . Indien de garantieggever de moedermaatschappij betreft zal de rente bepaald worden op basis van de concernrating.
- 21) . De rente die de inlener zou betalen zonder de garantie wordt bepaald op basis van de afgeleide rating van de inlener waarin rekening is gehouden met impliciete ondersteuning van de MNO-groep. Deze afgeleide rating is anders dan de standalone rating van de inlener waarbij geen rekening is gehouden met impliciete ondersteuning.

- 22) . Het voorbeeld in hoofdstuk X geeft niet aan wat de marktrente is bij deze standalone rating.
- 23) . OECD, 'Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments', 22 juli 2010, PART IV: Special Consideration for Applying the Authorised OECD Approach to Permanent Establishments of Insurance Companies.
- 24) . Rb. Zeeland-West-Brabant 17 januari 2014, nr. AWB 11/3717, 11/3718, 11/3719, 11/3720, 11/3721.
- 25) . De deskundige achtte net als de inspecteur de CUP-methode geschikt voor deze 'doorstroom'-situatie, maar was het oneens met de suggestie van de inspecteur om de CUP naar beneden te corrigeren om rekening te houden met de lagere rating van de Captive. De deskundige vond de lagere rating niet relevant aangezien de Captive de risico's herverzekerde.
- 26) . Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2011, nr. AWB 08/9105 VPB.
- 27) . Een Ierse dochtermaatschappij van de onafhankelijke Nederlandse verzekeraar verricht management en administratieve diensten aan [H] Re.
- 28) . Hoofdstuk X van de OESO-richtlijnen gaat niet in op de problematiek van investeringsopbrengsten indien de captive enkel een geringe rol speelt.
- 29) . Bijvoorbeeld HR 21 augustus 1985, nr. 22929, *BNB* 1985/301, inzake een concern dat zich bezighoudt met de sleepvaart, berging en bevoorradingsvaart en HR 21 oktober 2005, nr. 20539, *BNB* 2006/114. Deze beide zaken betreffen een captive insurance-entiteit in de Nederlandse Antillen.