

# T/A economics

Transfer Pricing & Valuations

## Bijlage bij commentaar inzake

## Ontwerpcirculaire: verrekenprijzen

### LEGENDE

Reële paginanummering van ontwerpcirculaire

Zwart = originele tekst van circulaire → eventueel vet en onderlijnd = eigen highlight

Blauw = originele tekst van OECD TPG

Rood = Fundamentele commentaar

Oranje = Gewone commentaar

Groen = Positieve commentaar

**INHOUD Randnr.**

**Hoofdstuk I Het arm's length principe 1 – 22**

- Het vaststellen van verrekenprijzen 2 - 14
- Diverse topics 15 – 22
  - Verliezen 15
  - Overheidspolitiek 16 – 17
  - Ontvangen subsidies 18
  - Location savings 19 – 20
  - Groepsynergiën 21 - 22

**Hoofdstuk II De verrekenprijsmethoden 23 – 73**

- Keuze van de methode 23 – 31
- Verrekenprijsmethoden 32 – 73
- De traditionele methoden 34 – 53
  - De methode van de vergelijkbare vrijemarktprijs (CUP) 34 – 38
  - De methode van de wederverkoopprijs of de Resale Price Method (RPM) 39 – 46
  - De cost plus methode (CPM) 47 – 53
- De transactionele winstmethoden 54 – 74
  - De transactionele nettomargemethode (TNMM) 54 – 65
  - De profit split methode (PSM) 66 – 73

**Hoofdstuk III De vergelijkbaarheidsanalyse 74 – 131**

- Inleiding 74 – 75
- Verloop van een vergelijkbaarheidsanalyse 76 – 131

**Hoofdstuk IV Administratieve benaderingen tot het voorkomen en oplossen van geschillen inzake verrekenprijzen 132**

**Hoofdstuk V Documentatieverplichtingen 133**

**Hoofdstuk VI Bijzondere overwegingen inzake immateriële activa 134 – 170**

- Inleiding 134
- Identificatie van immateriële activa 135 – 139
- Eigendom van immateriële activa en DEMPE functies 140 – 147
- Bepalen van de verrekenprijs in transacties met immateriële activa 148 – 151
- Enkele aandachtspunten bij het gebruik van waarderingstechnieken 152 – 154
- De verrekenprijs wanneer de waardering van het immaterieel actief op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is 155 – 157
- Moeilijk te waarden immateriële activa 158 – 170

**Hoofdstuk VII Bijzondere overwegingen inzake intragroepsdiensten 171 – 194**

- Inleiding 171 – 173
- Intragroepsdiensten 174 – 181
- Vergoeding volgens het arm's length principe 182 – 187
- Intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde 188 – 194

**Hoofdstuk VIII Kostenbijdrageregelingen of Cost Contribution Arrangements (CCA) 195 – 216**

- Inleiding 195 – 198
- Arm's length beginsel 199
- Bepalen van de deelnemers 200 – 201
- Waardebepaling van de CCA 202 Verwachte opbrengsten 203 – 206
- Bijdragen 207 – 210
- Nieuwe leden, uittredende leden en stopzetting van de CCA 211 – 213
- Documenteren van CCA's 214 – 216

## **Hoofdstuk IX Verrekenostenbijdrageregelingen of Cost Contribution Arrangements (CCA) 195 – 216**

-Inleiding 195 – 198

## **Hoofdstuk IX Verrekenprijzaspecten van bedrijfsherstructureringen 217 – 250**

-Inleiding 217 – 222

-Aandachtspunten bij bedrijfsherstructureringen 223 – 224

-Arm's length vergoeding voor de herstructurering zelf 225 – 242

-Verrekenprijzen na de herstructurering 243 – 250

## **Hoofdstuk X Financiële transacties 251 – 273**

-Inleiding 251 – 252

-Rating 253 – 256

-Intra-groep leningen 257 – 262

-Intra-groep garanties 263 – 265

-Cash pool 266 – 273

## **Hoofdstuk XI Vaste inrichtingen en verrekenprijzen 274 – 296**

Algemeen 274 – 282

De toepassing van de AOA methode: 2 stappen 283 – 287

Op welke wijze dient 'vrij kapitaal' aan de vaste inrichting toegewezen te worden 288 – 296

### Inleiding

Deze circulaire heeft als doel een overzicht te geven van de OESO-richtlijnen betreffende verrekenprijzen<sup>2</sup> voor multinationale ondernemingen en belastingadministraties. In het vervolg van deze circulaire zal naar deze richtlijnen als volgt verwezen worden: TPG 2017, § .... Deze richtlijnen werden door het BEPS-actieplan en meer bepaald de actieplannen 8-10 ingrijpend gewijzigd.

#### Vooraf

Noodzakelijkerwijze is de circulaire een 'overzicht' en dus een 'samenvatting'. Bij een samenvatting dreigen bepaalde nuances verloren te gaan. Het dient opgemerkt dat de TPG 2017 de resultante zijn van een consensus tussen verschillende landen. Daardoor bevatten de TPG 2017 dan ook behoorlijk veel nuancering, en zijn er naar onzes inziens dan ook veel belangrijke nuance verloren gegaan

Overigens zou een definitieve keuze in standpunten door de Belgische administratie, waar de TPG 2017 voorziet in diverse en/of andere mogelijkheden, nefast zijn voor het internationaal zaken doen, gezien België geen op zich staand eiland vormt en dit dubbele belasting in de hand werkt.

- ➔ Suggestie: In de inleiding expliciet en ondubbelzinnig vermelden dat de administratie gebonden is zich in overeenstemming te houden met de integrale versie van de TPG 2017 zoals goedgekeurd door de OESO Raad.

TPG 2017 Foreword → "By a revision of Chapters I, II, V-VIII by the Report on BEPS Actions 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation and the Report on BEPS Action 13, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, endorsed by the Council on 1 October 2015 [C(2015)125/ADD8 and C(2015)125/ADD11]."

Enigszins bevreemdend is dat de formele goedkeuring ('approval') door de OESO Raad van de teksten als onderdeel van de TPG2017 niet in de TPG 2017 zelf vermeld staat. De steun ('endorsement').

Echter het persbericht van de OESO zelf **op 15 juni 2016** is ondubbelzinnig voor wat betreft de goedkeuring door de OESO Raad om de BEPS teksten op te nemen als onderdeel van de TPG 2017:

<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-council-approves-incorporation-of-beps-amendments-into-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm> -

Overigens zijn andere revisies die opgenomen zijn in de in juli 2017 gepubliceerde TPG 2017, zelfs pas later goedgekeurd door de OESO Raad:

TPG 2017 Foreword → By a revision of **Chapter IX** adopted by the Committee on Fiscal Affairs on 31 December 2016 [CTPA/CFA/NOE2(2016)76] and approved by the Council on 3 April 2017 [C(2017)37].

TPG 2017 Foreword → By an update of the Foreword, of the Preface, of the Glossary, of Chapters I-IV and of the annexes, adopted by the Committee on Fiscal Affairs on 19 May 2017 [CTPA/CFA/NOE2(2017)21].

Het is positief dat de Circulaire, terecht, stelt dat het BEPS-actieplan de OECD TPG 'ingrijpend' gewijzigd heeft.

Hieruit volgt dat het onmogelijk is dat de TPG 2017 een retroactieve toepassing kennen, doch slechts uitwerking hebben ten vroegste dat zij formeel aangenomen werden door de OESO Raad (substantiële veranderingen zoals per de TPG 2017 werden pas goedgekeurd in mei 2016, maar andere veranderingen nog later, zoals hierboven vermeld).

- Suggestie: Gezien dit datums betreft die voor vele organisaties midden in een lopend fiscaal jaar vallen, stellen we echter voor dat de Circulaire expliciet vermeldt dat de Belgische administratie zich slechts zal bedienen van de TPG2017 vanaf de boekjaren die een aanvang nemen vanaf 1 januari 2018 gegeven de TPG 2017 waarnaar gerefereerd zelf pas van 1 juli 2017 zijn. Op deze wijze overkomt men geheel de hiervoor geschetste problematiek van twee referentiekaders gedurende 1 boekjaar, en geeft men de multinationale onderneming een redelijke periode om zich aan te passen (indien nodig). Deelonderwerpen van de TPG2017 kunnen onzes inziens pas ingang vinden vanaf goedkeuring door OESO Raad en publieke publicatie daarvan (ten vroegste). Dit zou met dergelijke opmerking (samen met de vermelding dat de integrale OESO-richtlijnen – na goedkeuren – toepasselijk kunnen zijn) de Circulaire ook voorzien van een nodig dynamisch karakter.

De circulaire bespreekt de hoofdstukken 1, 2, 3, 6, 7, 8 en 9 van de OESO-richtlijnen betreffende verrekenprijzen. Eveneens opgenomen is een summier bespreking van de OESO-richtlijnen betreffende vaste inrichtingen. Tenslotte worden bepaalde financiële transacties overlopen.

Eerder wordt verwezen naar expliciet TPG 2017, nu OESO-Richtlijnen. We stellen voor om consistent TPG 2017 te hanteren, gezien de edities daarvoor niet vergelijkbaar zijn op belangrijke vlakken.

Uiteraard, zoals hierboven geded, kunnen enkel finale, door de OESO Raad goedgekeurde en gepubliceerde teksten een valabele (overigens 'soft law') bron zijn.

Het is uiteraard niet uitgesloten dat de administratie een onderdeel financiële transacties opneemt en hierin haar standpunten duidelijk maakt. Doch kan dit naar onzes inziens niet met referentie aan enig OESO-kader op dit ogenblik zoals later bediscussieerd, in het bijzonder m.b.t. zogenaamde financiële transacties.

- Suggestie: Expliciet toevoegen dat de OESO Richtlijnen inzake verrekenprijzen enkel van toepassing kunnen zijn vanaf het moment dat zij formeel aangenomen worden door de OESO Raad, zoals hierboven reeds aangehaald, en liever zelfs vanuit een pragmatisch oogpunt het boekjaar hierop volgend. Verder raden we ten stelligste aan – om de concurrentiepositie van België als klein investeringsland niet onder druk te zetten, en zich als dusdanig te weerhouden van enige samenvatting, commentaar en standpuntinname op basis van conceptteksten – al zeker niet deze die expliciet als niet-consensus gewaarmerkt worden – in casu betreffende de financiële transacties.

Waar nuttig en aangewezen wordt het standpunt van de administratie weergegeven.

De notie 'waar nuttig' is nogal een subjectieve bepaling van. Zoals hierboven gesteld is een "(vast) standpunt van de administratie", gegeven het grensoverschrijdend karakter van verrekenprijzen, een mogelijke bron van incrementele problemen inzake dubbele belasting. We menen dat de uiting van bepaalde voorkeuren geprefereerd is boven het innemen van (vaste) standpunten. Uiteindelijk dienen verrekenprijzen getoetst te worden aan de integrale TPG 2017.

→ Suggestie: Standpunten vervangen door voorkeuren.

Een verrekenprijs is een prijs voor een goed of dienst tussen verbonden ondernemingen en wordt door Multinationale Ondernemingen (MNO) gebruikt om hun winsten (verliezen) arm's length te verdelen over de leden van de groep.

Voor de duidelijkheid: We nemen aan dat 'goed' in deze zowel fysieke goederen als 'intangibles' betekent.

→ TPG 2017, Preface, para. 11: "[...] Transfer prices are the prices at which an enterprise transfers physical goods and intangible property or provides services to associated enterprises. [...]"

We merken op dat de zinsnede 'gebruikt om...' niet als dusdanig in de TPG 2017 definitie van verrekenprijzen opgenomen is.

→ TPG 2017, Preface, para. 7: "These international taxation principles have been chosen by OECD member countries as serving the dual objectives of securing the appropriate tax base in each jurisdiction and avoiding double taxation, thereby minimising conflict between tax administrations and promoting international trade and investment".

Het arm's length principe is de standaard gekozen door OESO-leden met als tweeledig objectief: een gepaste belastbare basis te bepalen alsook dubbele belasting te vermijden.

Alhoewel andere methodes denkbaar zijn om tot een dergelijke verdeling te komen onderschrijft de Belgische belastingadministratie de principes van de TPG 2017 waarbij het arm's length principe centraal staat. Algemeen kan aangenomen worden dat latere wijzigingen aan de TPG 2017 ook door België zullen gevolgd worden. Het arm's length principe is eveneens een internationaal aanvaarde standaard om winsten (verliezen) van MNO te verdelen over de leden ervan

Zoals eerder gesteld, om geen rechtsonzekerheid te creëren, dienen latere wijzigingen expliciet beperkt te worden tot deze die formeel bekrachtigd werden door de OESO-Raad (en als dusdanig gepubliceerd)

→ Suggestie: Dit expliciet melden (zie ook eerder).

Betreffende het doel: Zie ook vorige paragraaf inzake het tweeledig objectief van de toepassing van het ALP, wat zich niet louter beperkt tot het verdelen van winsten (verliezen).

Het arm's length principe vindt zijn verantwoording in de 'afzonderlijke entiteiten benadering' (separate entity approach). In zijn meest eenvoudige vorm betekent dit dat de leden van een multinationale groep in hun prijszetting moeten worden beschouwd als niet verbonden. Deze benadering beschouwt de OESO

als de meest optimale voor de toewijzing van een correcte belastbare basis aan de verschillende landen waar leden van de multinationale groep gevestigd zijn en ter vermijding van dubbele belasting.

OK.

Een verbonden onderneming is een onderneming die voldoet aan de voorwaarden gesteld in artikel 9, sub paragrafen a) en b) van de OESO Modelverdrag ter vermijding van dubbele belasting<sup>2</sup>.

OK.

Verbonden ondernemingen kunnen transacties tot stand brengen die derde partijen niet aangaan. De OESO heeft ter zake speciale richtlijnen uitgewerkt om hiermee om te gaan. Deze worden doorheen deze circulaire toegelicht.

Noodzakelijk dat men dit inderdaad blijft erkennen, OK.

Het is van belang te erkennen dat de manier om prijzen tussen verbonden ondernemingen vast te stellen geen exacte wetenschap is. Zowel de belastingadministratie als de belastingplichtige zullen bijgevolg de nodige flexibiliteit en samenwerking aan de dag moeten leggen om tot een arm's length prijs te komen. Hierbij mag de administratie geen onredelijke eisen stellen qua onderbouw en bewijs van een verrekenprijs. De belastingplichtige daarentegen moet voor de nodige documentatie zorgen ter verantwoording van een toegepaste verrekenprijs. Deze twee uitgangspunten kunnen een spanningsveld creëren. Het is bijgevolg aangewezen dat beide partijen constructief samenwerken bij het bepalen van de gehanteerde verrekenprijzen.

Men dient er zich evenwel van te vergewissen dat verrekenprijscorrecties in het Belgische bestel op basis van diverse wetsartikelen kunnen doorgevoerd worden, waarbij de bewijslastvoering per wetsartikel verschillend kan zijn. In ieder geval dienen de gewone wettelijke bepalingen die als grond dienen ter aanpassingen van de verrekenprijzen strikt nageleefd te worden, en kan het geenszins de bedoeling zijn dat deze Circulaire, noch de praktijk in het veld, voorbijgaat aan de partij die de bewijslast draagt, noch tegenstrijdige normen opleggen (of pogen op te leggen). Dit zou niet alleen ingaan tegen de legaliteit van de circulaire naar onze mening, maar ook het niet-gewenste effect hebben van juridische onzekerheid voor (buitenlandse) investeerders. We merken dit op gezien wij van oordeel zijn dat bepaalde passages in deze Circulaire mogelijks problematisch zijn in deze optiek. Bijvoorbeeld: Er worden bepaalde aannames naar voren geschoven waarbij de belastingbetaler geacht wordt de bewijslast te voeren om zulke aannames te ontcrachten.

- ➔ Suggestie: (i) expliciet stellen dat niets uit deze Circulaire een andere interpretatie kan inhouden betreffende de partij die de bewijslast draagt inzake een geschil, en dit naargelang het relevante wetsartikel waar het geschil om handelt, en de bewijslast die terzake bij wet geregeld is. (ii) geen voorafnames te doen op uitkomsten door assumpties te maken waarbij gesteld wordt dat het tegendeel bewezen dient te worden door de belastingbetaler.

<sup>1</sup> OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, OECD, July 2017

<sup>2</sup> Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, **November 2017**

Een rechtzetting van een verrekenprijs, al dan niet met het akkoord van de belastingplichtige, kan leiden tot een dubbele belasting. De belastingplichtige kan ter opheffing hiervan een beroep doen op de procedures voorzien in de dubbelbelastingverdragen of het arbitrageverdrag<sup>3</sup>.

*3 Zie Ci 2018/C/27 van 7 maart 2018 voor de procedure voorzien in art.25 van de dubbelbelastingverdragen*



## Hoofdstuk I HET ARM'S LENGTH PRINCIPLE

### Vooraf:

Dit is het meest fundamentele hoofdstuk in de TPG 2017. Andere hoofdstukken zijn slechts methodes en/of uitlegging in functie van diverse types transacties. Deze andere hoofdstukken verwijzen dan ook continu naar de basisprincipes gestipuleerd in hoofdstuk I. Daarom hebben we de (Draft) Circulaire in detail vergeleken met de TPG 2017, en omstandig onze commentaar gegeven ervan uit gaande dat het in het belang is van alle betrokkenen (belastingbetaler alsook belastingadministratie) geen enkele onduidelijkheid toe te laten qua interpretatie, noch om afwijkende standpunten in te nemen.

1. Voor het bepalen van een prijs geldt het arm's length principe zoals dit bepaald is in het artikel 9 van het OESO Modeldubbelbelastingverdrag. Dit artikel stelt dat verbonden ondernemingen in hun financiële en commerciële transacties moeten handelen alsof ze niet-verbonden zijn. Indien ze voorwaarden overeenkomen die afwijken van de voorwaarden die niet-verbonden ondernemingen zouden overeenkomen kan de (verreken)prijs worden aangepast.

→ TPG 2015, para. 1.6: "The authoritative statement of the arm's length principle is found in paragraph 1 of Article 9 of the OECD Model Tax Convention, which forms the basis of bilateral tax treaties involving OECD member countries and an increasing number of non-member countries. Article 9 provides: [Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly".

### Paragraaf 1 van artikel 9

Nergens staat het woord "transacties" in het arm's length principe, noch is er melding van "prijs". Wél leest men "voorwaarden" en "relaties". Dit laatste is een fundamenteel en kritisch inzicht wanneer men verlangt om de doelstelling van BEPS-acties 8-10 "Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation" te bewerkstelligen.

Immers dient men eerst de commerciële of (inderdaad: OF) financiële relatie te identificeren (Sectie D.1. van de TPG 2017), om pas vervolgens de 'accuraat omliggende transactie' te kunnen herkennen.

Indien deze sequentie niet wordt gevolgd, dan is het de facto onmogelijk om waarde-toevoegende activiteiten gepast te vergoeden die geen expliciete transactionele basis kennen (geen transactionele betrokkenheid bij het leveren van goederen of diensten). Een voorbeeld met alle verbonden ondernemingen: NLCo koopt handelsgoederen in van derden, en verkoopt deze aan cliënten met behulp van FRCo, UKCo en DLCo – agenten. In BELCo echter zetelt het

topmanagement dat beslist over de aankoopcontracten, productportefeuille, verkoopstrategie, etc. Men zou kunnen bedenken dat dit middels een diensten- of franchiseovereenkomst vanuit BELCo geregeld kan worden, maar dan moet er op zijn minst een negatieve diensten – of franchise-vergoeding mogelijk zijn, wat bijgevolg niet logisch is. Ook in het kader van de Profit Split Methode is het essentieel om eerst de relaties te identificeren om vervolgens – als gevolg! - tot de transacties te besluiten.

Dit staat overigens expliciet in de TPG 2017:

→ TPG 2017, paragraaf 1.42: "transaction is the consequence or expression of the commercial or financial relations between the parties."

- Suggestie: We stellen voor om de OESO TP Richtlijnen in dit fundamentele opzicht, ook taalkundig in de striktste zin mogelijk te volgen. Dus niet in eerste instantie verwijzen naar "transactie" en "prijs", wel naar "relatie" en "voorwaarden". We stellen

Het arm's length principe bevat stricto sensu geen imperatief bevel dat verbonden ondernemingen 'moeten handelen' alsof zij niet verbonden zijn. Het zijn de gevolgen van hun handelen – in casu de voorwaarden verbonden aan dat handelen - die beoordeeld dient te worden. De administratie stelt immers zelf, terecht, in de inleiding, dat *'Verbonden ondernemingen kunnen transacties tot stand brengen die derde partijen niet aangaan'*, waardoor het praktisch onmogelijk is om te "moeten handelen" alsof zij niet verbonden zijn.

- Suggestie: We stellen voor om ook hier de OESO TP Richtlijnen in deze fundamentele zaak ook taalkundig in de striktste zin mogelijk te volgen. Het 'moeten handelen' duidt op uitvoering van taken; Onzes inziens, is het dus meer gepast om voorwaarden overeen te komen.

### **Het vaststellen van verrekenprijzen**

2. Finaal moet een analyse van de verrekenprijzen nagaan of een Belgische onderneming niet te veel betaalde (of zal betalen) of te weinig aanrekende (of zal aanrekenen) voor een goed of een dienst. Centraal hierbij staat de vergelijkbaarheidsanalyse waarbij onderzocht wordt of de voorwaarden overeengekomen tussen verbonden ondernemingen vergelijkbaar zijn met deze overeengekomen tussen niet verbonden ondernemingen. Hierbij wordt als volgt tewerk gegaan: Het identificeren en accuraat omschrijven zal gebeuren middels een grondige analyse van de vergelijkbaarheidsfactoren:
  - Contracten;
  - Functies, activa en risico's (functionele analyse);
  - Verhandelde goederen en diensten;
  - Economische omstandigheden van de betrokken partijen en de markten waarin ze werkzaam zijn;
  - Bedrijfsstrategie

TPG 2017, para 1.33 → “As stated in paragraph 1.6 a “comparability analysis” is at the heart of the application of the arm’s length principle. Application of the arm’s length principle is based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions that would have been made had the parties been independent and undertaking a comparable transaction under comparable circumstances. There are two key aspects in such an analysis: the first aspect is to identify the commercial or financial relations between the associated enterprises and the conditions and economically relevant circumstances attaching to those relations in order that the controlled transaction is accurately delineated; the second aspect is to compare the conditions and the economically relevant circumstances of the controlled transaction as accurately delineated with the conditions and the economically relevant circumstances of comparable transactions between independent enterprises.”

De focus van de vergelijkbaarheidsanalyse is niet het maken van de vergelijking met de voorwaarden die noodzakelijkerwijze effectief zijn overeengekomen tussen niet-verbonden ondernemingen, maar met voorwaarden die zouden zijn overeengekomen als de ondernemingen onafhankelijk waren geweest en betrokken in een vergelijkbare transactie onder vergelijkbare omstandigheden.

➔ Suggestie: Weerom, raden we aan een letterlijke vertaling van de TPG 2017 op te nemen, daar dit volgens ons, iedereen die rechtszekerheid wenst baat, gezien er als dusdanig vanuit een internationaal perspectief dubbele standaarden gecreëerd worden.

*De economische vergelijkbaarheidsfactoren zijn in de TPG 2017 als volgt opgenomen, en wijken op sommige vlakken fundamenteel af van de tekst van de concept Circulaire:*

TPG 2017, para 1.36 → “The economically relevant characteristics or comparability factors that need to be identified in the commercial or financial relations between the associated enterprises in order to accurately delineate the actual transaction can be broadly categorised as follows”:

- “The contractual terms of the transaction (D.1.1).”

➔ TPG 2017, para 1.42: “[...] The controlled transactions may have been formalised in written contracts which [...] may reflect the intention of the parties at the time the contract was concluded in relation to aspects of the transaction covered by the contract, including in typical cases the division of responsibilities, obligations and rights, assumption of identified risks, and pricing arrangements. Where a transaction has been formalised by the associated enterprises through written contractual agreements, those agreements provide the starting point for delineating the transaction between them and how the responsibilities, risks, and anticipated outcomes arising from their interaction were intended to be divided at the time of entering into the contract. The terms of a transaction may also be found in communications between the parties other than a written contract”

De administratie verwijst enkel naar ‘contracten’ (kort) zonder gewag te maken van de contractuele voorwaarden van de transactie (ruimer). De term contracten is te strikt en verwijst (of geeft althans de indruk) dat enkel met geschreven contracten dient te



worden rekening gehouden, daar waar de TPG 2017 ook expliciet rekening houdt met bijvoorbeeld communicatie die kan plaatsvinden tussen partijen anders dan via een geschreven contract.

➔ Suggestie: De nuance die de OESO-richtlijnen maakt ter zake, ook meenemen in de teksten van de Circulaire, omdat de intentie van belang kan zijn.

- “The functions performed by each of the parties to the transaction, taking into account assets used and risks assumed, including how those functions relate to the wider generation of value by the MNE group to which the parties belong, the circumstances surrounding the transaction, and industry practices (D.1.2).”

De administratie wijst enkel naar de functionele analyse daar waar de TPG 2017 een stap verder gaat en verwijst naar de waarde-creatie van de MNE-groep, industriepraktijken, etc.

➔ Suggestie: Letterlijke vertaling van de complete verwoording van OESO overnemen.

- “The characteristics of property transferred or services provided (D.1.3).”

Het gaat in de vergelijkbaarheid niet om de exact zelfde goederen of diensten, maar wel deze met vergelijkbare karakteristieken.

➔ Suggestie: Letterlijke vertaling van de complete verwoording van OESO overnemen

- “The economic circumstances of the parties and of the market in which the parties operate (D.1.4).”

OK

- “The business strategies pursued by the parties (D.1.5).”

De woordkeuze voor bedrijfsstrategie wekt de indruk dat er slechts 1 bedrijfsstrategie speelt, en in het bijzonder die van de groep dan. De TPG 2017 is duidelijk dat de bedrijfsstrategieën van de betrokken partijen dienen in rekening te worden gebracht bij de analyse van de economische vergelijkbaarheidsfactoren, dewelke een specifieke invloed kunnen hebben op de uitkomst.

➔ Suggestie: Letterlijke vertaling van de complete verwoording van OESO overnemen.

3. Deze worden ook de economisch relevante karakteristieken genoemd en de analyse verloopt in feite simultaan waarbij de functionele analyse het corpus is. Belangrijk hierbij is dat de prijs een determinant is van de uitgeoefende functies, de ingezette activa en de gedragen risico's (voorwaarden). Zo zal een verkoper van een goed bereid zijn een hogere prijs te betalen bij de aankoop indien hij een garantie heeft dat hij de niet verkochte goederen zal mogen terugsturen aan de verkoper.

➔ Suggestie om toe te voegen: dat de prijs een determinant is van 'onder meer' de uitgeoefende... of 'in het bijzonder (maar niet uitsluitend)'



4. Een analyse van de bestaande contracten afgesloten tussen verbonden ondernemingen betreffende intercompany transacties zijn het vertrekpunt bij het vaststellen van een verrekenprijs. De contracten zouden moeten verwoorden wat de functionele analyse vaststelt. Indien dit niet het geval is primeert het gedrag van de partijen betrokken bij de transactie en wordt geen rekening gehouden met de contractuele bepalingen.

→ TPG 2017 para 1.42: “Where a transaction has been formalised by the associated enterprises through written contractual agreements, those agreements provide the starting point for delineating the transaction between them and how the responsibilities, risks, and anticipated outcomes arising from their interaction were intended to be divided at the time of entering into the contract. The terms of a transaction may also be found in communications between the parties other than a written contract.”

→ TPG 2017 para 1.45: “If the characteristics of the transaction that are economically relevant are inconsistent with the written contract between the associated enterprises, the actual transaction should generally be delineated for purposes of the transfer pricing analysis in accordance with the characteristics of the transaction reflected in the conduct of the parties.”

Wij zijn akkoord met de stelling van de administratie dat bij afwijkend gedrag, het feitelijke gedrag primeert, zoals ook in de TPG 2017 beschreven staat.

Echter kan dit niet met zich meebrengen dat er helemaal geen rekening meer wordt gehouden met de contractuele bepalingen. De woordkeuze ‘primeert’ toont op zich aan dat het gedrag van de partijen voorrang heeft, maar kan zonder meer niet inhouden dat andere contractuele bepalingen naast zich kunnen worden neergelegd. Enige nuance is hier dus noodzakelijk. We wijzen er ook op dat de OESO TP Richtlijnen duidelijk vermelden dat de afwijking moet gaan over economisch relevante karakteristieken.

→ Suggestie: We zijn van oordeel dat dezelfde nuance dient overgenomen te worden, en dat de tekst van de Circulaire beter een letterlijke vertaling bevat van de complete OESO TPG bewoording.

5. Een analyse van de verhandelde goederen en diensten is van groter belang bij het gebruik van de Comparable Uncontrolled Price methode (CUP methode). Bij de andere methodes waarbij de nadruk meer ligt op een analyse van uitgeoefende functies, ingezette activa en gedragen risico’s is dit van minder belang.

Zelfde opmerking inzake de woordkeuze goederen als eerder in dit document.

→ Suggestie: toevoegen ‘karakteristieken van’ voorafgaand aan ‘verhandelde goederen en diensten’

TPG 2017, para 2.3 → “Traditional transaction methods are regarded as the most direct means of establishing whether conditions in the commercial and financial relations between associated enterprises are arm's length. This is because any difference in the price of a controlled transaction from the price in a comparable uncontrolled transaction can normally be traced

directly to the commercial and financial relations made or imposed between the enterprises, and the arm's length conditions can be established by directly substituting the price in the comparable uncontrolled transaction for the price of the controlled transaction.”

TPG 2017, para 2.31 → “broader product differences can be allowed in the resale price method, the property transferred in the controlled transaction must still be compared to that being transferred in the uncontrolled transaction.”

TPG 2017, para 2.47 → “In determining whether a transaction is a comparable uncontrolled transaction for the purposes of the cost plus method, the same principles apply as described in paragraphs 2.29-2.34 for the resale price method. Thus, fewer adjustments may be necessary to account for product differences under the cost plus method than the CUP method, and it may be appropriate to give more weight to other factors of comparability described in Chapter I, some of which may have a more significant effect on the cost plus mark-up than they do on price.”

De Circulaire miskent de kenmerken/karakteristieken van de traditionele transactiemethodes, met uitzondering van de CUP methode. De analyse van de verhandelde goederen en diensten blijft met name tevens van belang voor de resale price methode en cost plus methode, zij het in iets mindere mate dan voor de CUP methode dat nog een hogere mate van vergelijkbaarheid vereist.

De resale price methode en de cost plus methode kunnen niet over dezelfde kam worden geschoren als de transactionele winstmethodes (TNMM/PSM), waarbij inderdaad de nadruk meer ligt op een analyse van uitgeoefende functies, ingezette activa en gedragen risico's.

De TPG2017 (para 2.30) geven zelfs het voorbeeld dat voor de resale price methode een distributeur van broodroosters en een distributeur van blenders niet noodzakelijk vergelijkbaar zijn. Bij de TNMM zou dit minder problematisch zijn.

Zoals het nu beschreven staat is evenwel niet geheel fout (cf. later waar dit meer problematisch is). Doch denken we dat het beter is tevens in bovenstaande paragraaf van de Circulaire meer nauwkeurigheid na te streven. Namelijk de CUP, RPM en CPM behoren tot één groep van methodes (transactionele methodes) waar binnen deze categorie een onderscheid is tussen CUP enerzijds en RPM/CPLM anderzijds. De TNMM en PSM vormen een andere, separate categorie – met name winstmethodes, en zijn dus niet over één kam te scheren met de RPM/CPLM. De herziene TPG 2017 zijn hier, toegegeven, ook niet altijd consistent in, maar principieel is dit wel de grote opdeling tussen de methodes zoals door de OESO zelf gesteld wordt.

→ Suggestie: Nuanceren dat karakteristieken van goederen en diensten inderdaad van minder belang zijn bij RPM en CPLM dan bij CUP, en dat bij TNMM en PSM (winstmethodes) hier nog minder belang aan gekoppeld dient te worden dan bij RPM en CPLM (transactiemethodes).

6. Voor een efficiënte analyse van het risico wordt best de volgende 6-stappen benadering gebruikt (TPG 2017, § 1.60):

- Stap 1: Identificatie van de economisch belangrijke risico's;
- Stap 2: Welke verbonden partijen dragen contractueel deze risico's?

#### Circulaire verrekenprijzen 6 | 49

- Stap 3: Welke verbonden partijen dragen de risico's in werkelijkheid? Wie de controle over het risico en de financiële draagkracht om een risico te dragen heeft staat centraal bij deze analyse;
- Stap 4: De volgende stap is nagaan of stap 2 en 3 consistent zijn, m.a.w. komt datgene wat gebeurt in de praktijk overeen met hetgeen contractueel is bepaald;
- Stap 5: Indien de gedragingen van de verbonden partijen niet consistent zijn wordt het risico toegewezen aan de partij die het risico controleert en de financiële draagkracht hiervoor heeft;
- Stap 6: Rekening houdende met het voorgaande wordt de prijs bepaald voor de verbonden transactie.

→ TPG 2017 para 1.60: "The steps in the process set out in the rest of this section for analysing risk in a controlled transaction, in order to accurately delineate the actual transaction in respect to that risk, can be summarised as follows:

- 1) Identify economically significant risks with specificity (see Section D.1.2.1.1).
- 2) Determine how specific, economically significant risks are contractually assumed by the associated enterprises under the terms of the transaction (see Section D.1.2.1.2).
- 3) Determine through a functional analysis how the associated enterprises that are parties to the transaction operate in relation to assumption and management of the specific, economically significant risks, and in particular which enterprise or enterprises perform control functions and risk mitigation functions, which enterprise or enterprises encounter upside or downside consequences of risk outcomes, and which enterprise or enterprises have the financial capacity to assume the risk (see Section D.1.2.1.3).
- 4) Steps 2-3 will have identified information relating to the assumption and management of risks in the controlled transaction. The next step is to interpret the information and determine whether the contractual assumption of risk is consistent with the conduct of the associated enterprises and other facts of the case by analysing (i) whether the associated enterprises follow the contractual terms under the principles of Section D.1.1; and (ii) whether the party assuming risk, as analysed under (i), exercises control over the risk and has the financial capacity to assume the risk (see Section D.1.2.1.4).
- 5) Where the party assuming risk under steps 1-4(i) does not control the risk or does not have the financial capacity to assume the risk, apply the guidance on allocating risk (see Section D.1.2.1.5).
- 6) The actual transaction as accurately delineated by considering the evidence of all the economically relevant characteristics of the transaction as set out in the guidance in Section D.1, should then be priced taking into account the financial and other consequences of risk assumption, as appropriately allocated, and appropriately compensating risk management functions (see Section D.1.2.1.6)."

In het algemeen is de tekst van de Circulaire een beknoptere, samenvattende vertaling van de TPG 2017. Terwijl we voorkeur hebben om de complete teksten letterlijk te vertalen, stellen zich hier onzes inziens niet echt fundamentele problemen (indien voorgaande problemen die wel fundamenteel waren, opgelost worden) behalve bij stap 6.

→ Suggestie: Toch completere OESO TPG tekst meenemen

In stap 6 wordt niet meegenomen dat de OESO stelt dat alle economisch relevant bewijs in overweging dient genomen te worden, terwijl Circulaire enkel verwijst naar “het voorgaande” in casu de risico’s en de functies ter zake alsook de financiële capaciteit om deze te dragen. Ons lijkt de TPG 2017 een ruimer toepassingsgebied te kennen ter beoordeling van de situatie.

→ Suggestie: Toch completere OESO TPG tekst integraal meenemen

7. Het risico management staat centraal en impliceert de mogelijkheid tot het nemen van beslissingen betreffende het beheer van het risico. Dit houdt het volgende in (TPG 2017, § 1.61):
- beslissingen om al dan niet een risico te nemen;
  - reageren indien een risico zich voordoet;
  - maatregelen nemen om de effecten bij een mogelijke realisatie ervan te verminderen.

→ TPG 2017, para 1.61: “In this section references are made to terms that require initial explanation and definition. The term “risk management” is used to refer to the function of assessing and responding to risk associated with commercial activity. Risk management comprises three elements: (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, and (iii) the capability to mitigate risk, that is the capability to take measures that affect risk outcomes, together with the actual performance of such risk mitigation.”

In het algemeen is de tekst van de Circulaire een beknoptere, samenvattende vertaling van de OESO TPG, terwijl we de voorkeur hebben om de complete teksten letterlijk te vertalen om dubbele standaarden te vermijden.

→ Suggestie: Toch completere OESO TPG tekst meenemen

8. De financiële draagkracht (TPG 2017, § 1.64) is de mogelijkheid zich te financieren indien een risico zich zou voordoen. De inschatting moet gebeuren alsof de partij die het risico ondergaat handelt alsof ze een onafhankelijke partij zou zijn die een beroep kan doen op haar eigen vermogen en beschikbaar vreemd vermogen. Hierbij moet ook de mogelijkheid van een verder beroep op eigen en vreemd vermogen worden bekeken.

→ TPG 2017, para 1.64: “Financial capacity to assume risk can be defined as access to funding to take on the risk or to lay off the risk, to pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises. Access to funding by the party assuming the risk takes into account the available assets and the options realistically available to access additional



liquidity, if needed, to cover the costs anticipated to arise should the risk materialise. This assessment should be made on the basis that the party assuming the risk is operating as an unrelated party in the same circumstances as the associated enterprise, as accurately delineated under the principles of this section.”

De vertaling is niet enkel een samenvatting van de OESO TPG maar houdt ook in dat er andere begrippen toegevoegd worden.

De tekst van de Circulaire heeft het over voldoende eigen vermogen en beschikbaar vreemd vermogen. De TPG 2017 hebben het over beschikbare activa en toegang tot liquiditeiten. De vermelding van eigen vermogen is niet problematisch indien dit staat voor de marktwaarde van het eigen vermogen (en niet het boekhoudkundig uitgedrukt eigen vermogen), gezien alleen in deze optiek eigen vermogen representatief is voor beschikbaar (netto) actief. Immers zal de capaciteit om risico's te absorberen er kunnen in bestaan activa (al dan niet op de balans uitgedrukt) aan marktwaarde ten gelde te maken (vandaar dat in financiële transacties tussen derden niet-uitgedrukt IVA als zekerheid gesteld kan worden).

Verder heeft de TPG 2017 het over de toegang tot liquiditeiten en niet het beschikbaar vreemd vermogen. Dit laatste lijkt te verwijzen naar op de balans uitgedrukte liquiditeiten beschikbaar (statische benadering), terwijl de TPG 2017 in de beoordeling toelaten de redelijke kans tot het bekomen van additionele liquiditeiten in rekening te mogen brengen (meer dynamische benadering).

→ Suggestie: Vasthouden aan de teksten van de OESO TPG in haar geheel of bovengaan de nuancerings/interpretatie additioneel expliciteren.

9. De controle over het risico (TPG 2017, § 1.65) omvat het nemen van beslissingen over en het reageren op een risico. Bepaalde functies die behoren bij het beheer van het risico kunnen uitbested worden. Zo kan het dagelijkse beheer van het risico in bepaalde situaties worden uitbested. In een vergelijkbare situatie tussen derden zal de opdrachtgever nauwgezet toezien op de werkzaamheden van de opdrachtnemer en meer bepaald of deze handelt binnen het kader van de opdracht die hem is toegewezen.

→ TPG 2017, para 1.65: “Control over risk involves the first two elements of risk management defined in paragraph 1.61; that is (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function. It is not necessary for a party to perform the day-to-day mitigation, as described in (iii) in order to have control of the risks. Such day-to-day mitigation may be outsourced, as the example in paragraph 1.63 illustrates. However, where these day-to-day mitigation activities are outsourced, control of the risk would require capability to determine the objectives of the outsourced activities, to decide to hire the provider of the risk mitigation functions, to assess whether the objectives are being adequately met, and, where necessary, to

decide to adapt or terminate the contract with that provider, together with the performance of such assessment and decision-making. In accordance with this definition of control, a party requires both capability and functional performance as described above in order to exercise control over a risk.”

Bovenstaande is anders, maar er zijn geen fundamentele issues...

**Het vergelijken van deze voorwaarden met de voorwaarden van vergelijkbare financiële en commerciële transacties zoals deze tussen derden zijn overeengekomen.**

10. Na de analyse van de verbonden transacties worden deze vergeleken met vergelijkbare transacties tussen niet verbonden partijen. Voor het bepalen van een prijs kan worden verwezen naar volgende hoofdstukken.

→ TPG 2017, para 1.119: “Following the guidance in the previous section, the transfer pricing analysis will have identified the substance of the commercial or financial relations between the parties, and will have accurately delineated the actual transaction by analysing the economically relevant characteristics”

Zie eerder voor onze fundamentele issue met betrekking tot het weglaten van het feit dat het in eerste instantie gaat om het onderkennen van “relaties”, en dat “transacties” slechts een gevolg hiervan zijn.

→ Suggestie: Complete revisie van het voorgaande in functie van de notie “relaties” waar “relaties” bedoeld worden door de OESO.

11. In situaties waarbij één van de verbonden vennootschappen zowel de controle over het risico als de financiële draagkracht heeft om het risico te dragen kan de verrekenprijs relatief eenvoudig worden bepaald. Er zijn echter situaties mogelijk waarbij meerdere partijen betrokken zijn bij de controle over het risico's. In een dergelijke situatie bepaalt TPG 2017, § 1.94 dat dient nagegaan wie de financiële draagkracht heeft om de risico's te dragen. De onderneming die zowel controle over de risico's heeft als de financiële mogelijkheid om deze risico's te dragen krijgt dan de restwinst toegewezen. TPG 2017, § 105 is echter duidelijk en stelt dat alle partijen betrokken bij de controle over het risico ook moeten delen in zowel de positieve als de negatieve gevolgen ervan.

→ TPG 2017, para 1.94: “Furthermore, in some cases, there may be more than one party to the transaction exercising control over a specific risk. Where the associated enterprise assuming risk (as analysed under step 4(i)) controls that risk in accordance with the requirements set out in paragraphs 1.65 - 1.66, all that remains under step 4(ii) is to consider whether the enterprise has the financial capacity to assume the risk. If so, the fact that other associated enterprises also exercise control over the same risk does not affect the assumption of that risk by the first-mentioned enterprise, and step 5 need not be considered.”



Referentie naar bovenstaande paragraaf is in essentie ok.

Echter, de conclusie dat dan ook ineens de “restwinst” moet dienen toegewezen worden is onzes inziens voortvarend en niet noodzakelijk in alle gevallen correct – eerder de specifieke (verwachte) return die gepaard met het specifieke risico waarvan sprake. Een onderneming beperkt is zich in meeste gevallen niet tot één enkel risico...

➔ Suggestie: Schrappen van conclusie/notie “restwinst” – i.e. beperken tot wat er in paragraaf 1.94 staat, en niet meer.

TPG 2017, para 1.105 → “A party should always be appropriately compensated for its control functions in relation to risk. Usually, the compensation will derive from the consequences of being allocated risk, and therefore that party will be entitled to receive the upside benefits and to incur the downside costs. In circumstances where a party contributes to the control of risk, but does not assume the risk, compensation which takes the form of a sharing in the potential upside and downside, commensurate with that contribution to control, may be appropriate.”

Referentie naar bovenstaande paragraaf is in essentie ok.

12. Als verrekenprijsmethode zou in een dergelijke situatie een profit split methode kunnen aanbevolen worden. Situaties waarbij één verbonden vennootschap de controle heeft en een andere de financiële draagkracht moeten als niet marktconform worden verworpen.

Tenzij de voorwaarden tussen beide partijen at arm's length zijn uiteraard, hier dus rekening mee houden...

13. Het kan gebeuren dat bepaalde transacties tussen verbonden ondernemingen zich niet voordoen tussen onafhankelijke ondernemingen. Een voorbeeld hiervan zijn cash-pooling overeenkomsten.

#### Circulaire verrekenprijzen 7 | 49

Dergelijke transacties moeten niet per definitie worden afgewezen voor verrekenprijdsdoeleinden. De vraag die hier centraal staat is of de transactie ‘commercieel rationeel is’ en niet of de transactie zich voordoet tussen derden. Transacties die zich onmogelijk kunnen voordoen tussen derde partijen kunnen in bepaalde omstandigheden als marktconform worden beschouwd.

OK.

14. Al het mogelijke moet gedaan worden om een transactie zou accuraat mogelijk te omschrijven. Indien de transactie niet verloopt conform de geschreven contracten zal het gedrag van de betrokken partijen primeren. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal een transactie niet erkend worden en zal een herkwalificatie plaatsvinden (TPG 2017, §§1.122-1.125). Dit zal slechts



gebeuren indien de voorwaarden van de transactie, zoals ze door derden zouden zijn overeengekomen, verschillen van de voorwaarden van de verbonden transactie. Centraal hierbij staat de overweging of de verbonden transactie als commercieel rationeel kan beschouwd worden en niet de mogelijkheid of een dergelijke transactie zich voordoet tussen derde partijen.

Contracten dienen in de ruime zin van de TPG 2017 bekeken te worden. Zie eerdere commentaar bij vergelijkbaarheidsfactoren.

OK dat Circulaire – net zoals TPG 2017 – aanhaalt dat herkwalificatie uitzonderlijk dient te zijn.

## Diverse topics

### **Verliezen (TPG 2017, § 1.129-1.131)**

15. Speciale aandacht moet worden besteed aan vennootschappen met verliezen en in het bijzonder indien de groep in zijn geheel winstgevend is. Verliezen kunnen het gevolg zijn van een bepaalde commerciële strategie of de wens van de groep om verlieslatende producten in de markt te houden in het kader van het aanbieden van een totaal productassortiment. In al deze gevallen is het van belang te stellen dat deze verliezen slechts een beperkte tijdsduur kunnen hebben. Een commerciële strategie moet finaal uitmonden in een winstgevendheid zoniet wordt deze stopgezet.

→ TPG 2017, para 1.129: “When an associated enterprise consistently realizes losses while the MNE group as a whole is profitable, the facts could trigger some special scrutiny of transfer pricing issues. Of course, associated enterprises, like independent enterprises, can sustain genuine losses, whether due to heavy start-up costs, unfavourable economic conditions, inefficiencies, or other legitimate business reasons. However, an independent enterprise would not be prepared to tolerate losses that continue indefinitely. An independent enterprise that experiences recurring losses will eventually cease to undertake business on such terms. In contrast, an associated enterprise that realizes losses may remain in business if the business is beneficial to the MNE group as a whole.”

De TPG 2017 stelt niet dat deze verliezen slechts een “beperkte tijdsduur” kunnen hebben, maar letterlijk “niet-definitief”. In de praktijk wordt aan het begrip dikwijls een connotatie gegeven van een vast aantal jaren, terwijl dit in de praktijk afhangt van onder meer sector, maar ook de specifieke strategie. Hoewel tevens niet in de TPG 2017 opgenomen kan hier nuttig verwezen worden naar het verschil tussen ‘sunk cost’ en deze die niet ‘sunk’ zijn – in de regel variabel. In principe kan men verlies volhouden op een economisch verantwoorde manier zolang de variabele kosten gedekt zijn; Vaste kosten zijn immers reeds gelopen en hebben derhalve weinig tot geen relevantie. Ook is dit een opportuniteitsbeoordeling, waarin meerdere economische motieven een rol kunnen in spelen.

→ Suggestie om notie “beperkte tijdsduur” te vervangen door “niet oneindig”.



De TPG 2017 stelt niet dat de activiteit dient te worden stopgezet bij continue verlieslatende activiteiten, maar dat de voorwaarden dienen aangepast te worden (en dus (voortschrijdend) een passende vergoeding moet worden voorzien dat ook zou worden ontvangen door een onafhankelijke onderneming onder het ALP.)

→ Suggestie om laatste zin van de paragraaf conform de TPG 2017 te vertalen.

### Overheidspolitiek (TPG 2017, § 1.132-1.136)

16. In sommige gevallen kunnen de acties van een lokale overheid de prijzen van een goed of dienst beïnvloeden. Voorbeelden hiervan zijn subsidies, bepaalde belastingen of overheidsreglementeringen. Een voorbeeld van een overheidsmaatregel met een verregaand effect op de verrekenprijzen zijn de RIZIV heffingen op de omzet van terugbetaalbare geneesmiddelen, een soort van omzetbelasting op medicijnen met voorschrift. Het is duidelijk dat de effecten van een overheidspolitiek mee moeten verwerkt worden in de bepaling van een verrekenprijs.

→ TPG 2017, para 1.129: “[...] As a general rule, these government interventions should be treated as conditions of the market in the particular country, and in the ordinary course they should be taken into account in evaluating the taxpayer’s transfer price in that market. The question then presented is whether in light of these conditions the transactions undertaken by the controlled parties are consistent with transactions between independent enterprises.”

→ TPG 2017, para 1.136: “Because independent enterprises might not engage in a transaction subject to government interventions, it is unclear how the arm’s length principle should apply. One possibility is to treat the payment as having been made between the associated enterprises, on the assumption that an independent enterprise in a similar circumstance would have insisted on payment by some other means. [...] An alternative approach that may be available in some countries would be to defer both the income and the relevant expenses of the taxpayer. [...]”

In tegenstelling tot wat de Circulaire doet uitschijnen is er binnen de TPG 2017 geen dwang om de effecten van een overheidspolitiek te verwerken in de verrekenprijs.

In het bijzonder dient er rekening gehouden met deze effecten als een ‘omstandigheid van de markt’, zoals er nog wel meer zijn. Het is dus een van de ‘ordinaire’ onderdelen van een van de vergelijkbaarheidsfactoren die al dan niet in de verrekenprijs verwerkt dienen te worden, en dit in die mate dat de consistentie tussen de ongecontroleerde en gecontroleerde transactie beoordeeld dient te worden.

Het hangt dus af van de verrekenprijsmethode en de kenmerken van de data waarmee vergeleken wordt, of er al dan niet voor het effect van een overheidspolitiek een aanpassing aan de verrekenprijsanalyse dient doorgevoerd te worden. Voorts geeft de TPG 2017 expliciet mee dat er verschillende uitkomsten kunnen zijn hoe hier mee omgegaan dient te worden.



→ Suggestie: Weglaten van de zin “Het is duidelijk... enz”. Eerder vervangen door het meer genuanceerde relaas van de TPG 2017.

De RIZIV-heffingen zijn een wel heel specifiek thema. Het TPG 2017 onderwerp is ruimer.

17. De administratie is van mening dat voor ondernemingen die onderworpen zijn aan de zogenaamde RIZIV heffingen, de operationele winst best bepaald wordt op basis van een TNMM methode met als PLI Return On Sales (voor een uitleg betreffende deze begrippen: zie verder in de circulaire). Er werd vastgesteld dat deze heffingen soms worden geboekt in mindering van de omzet. Overeenkomstig het CBN-advies 2018/10 moeten deze heffingen echter als kost worden geboekt en niet in mindering worden gebracht op de omzet.

De RIZIV-heffingen zijn een wel heel specifiek thema. Het TPG 2017 onderwerp is ruimer.

Hoewel de CBN-adviezen geen wettelijk kader geven (men kan ze inschalen op hetzelfde niveau als de rechtsleer), spreekt het voor zich dat hier nuttig naar verwezen kan worden.

Moeten volgen van een CBN-advies is derhalve wel niet aan de orde, onzes inziens. Algemene boekhoudwetgeving primeert.

### Ontvangen subsidies

18. Het probleem dat zich hier stelt is of ontvangen overheidssubsidies moeten worden meegerekend bij het bepalen van de verrekenprijs. Afhankelijk van de weerhouden PLI bij de TNMM-methode kan het volgende zich voordoen:
- Subsidies komen in mindering van de kostengrondslag/omzet indien er een rechtstreeks verband is tussen de subsidie en de productie/omzet van het goed of de levering van de dienst.
  - Indien er geen rechtstreeks verband is tussen de subsidie en de productie/omzet van het goed of de levering van de dienst, dan komen de subsidies niet in mindering van de kostengrondslag.

### Circulaire verrekenprijzen 8 | 49

- Fiscale aftrekken komen niet in mindering van de kostengrondslag. Een investeringsaftrek bv komt niet in mindering van de kostengrondslag.

Subsidies vormt geen separaat aandachtspunt binnen de TPG 2017, maar zijn onderdeel van de sectie “effecten van overheidsbeleid” (zie hierboven).

**[Subtitel: We merken op dat men de sectie “Use of customs valuations” niet opgenomen heeft]**

### Location savings (TPG §, 1.140-1.143)

19. Location savings kunnen omschreven worden als besparingen die worden gerealiseerd door te opereren in een bepaalde markt.



TPG 2017, para 1.139 → “Paragraphs 1.110, 1.112 and 6.120 indicate that features of the geographic market in which business operations occur can affect comparability and arm’s length prices. Difficult issues can arise in evaluating differences between geographic markets and in determining appropriate comparability adjustments. Such issues may arise in connection with the consideration of cost savings attributable to operating in a particular market. Such savings are sometimes referred to as location savings. In other situations, comparability issues can arise in connection with the consideration of local market advantages or disadvantages that may not be directly related to location savings.”

OK

20. Voor de verdeling van deze ‘location savings’ kan nuttig verwezen worden naar TPG 2017, §§ 1.140 – 1.143 en 9.126 – 9.131.

Waarom wordt een en ander wel geduid, en dit niet? Ware het niet beter dan gewoon een Circulaire te maken waar integraal naar de TPG 2017 verwezen wordt?

An sich uiteraard niets mis met deze referentie.

Het gaat echter wel om de ‘eventuele’ verdeling en niet een (‘vaststaande’) verdeling.  
→ Suggestie: toevoegen ‘eventuele’ voorafgaand aan ‘verdeling’

[Subtitel: We merken op dat men de sectie “Other local market features” niet opgenomen heeft]

[Subtitel: We merken op dat men de sectie “Assembled workforce” niet opgenomen heeft]

#### Groepsynergiën (TPG, §1.157-1.163)

21. Groepssynergiën kunnen omschreven worden als voordelen die gerealiseerd worden door interacties tussen verschillende leden van een multinationale groep en die zich per definitie niet voordoen tussen onafhankelijke entiteiten. Groepsynergiën worden dus in eerste instantie niet gevat door een verrekenprijs. Voorbeelden zijn groepsaankopen (procurement) en het verkrijgen van leningen aan betere voorwaarden. Ook hier stelt zich hier de vraag aan wie deze voordelen moeten toekomen.

→ TPG2017 – para 1.157: “Comparability issues, and the need for comparability adjustments, can also arise because of the existence of MNE group synergies. In some circumstances, MNE groups and the associated enterprises that comprise such groups may benefit from interactions or synergies amongst group members that would not generally be available to similarly situated independent enterprises. Such group synergies can arise, for example, as a result of combined purchasing power or economies of scale, combined and integrated computer and communication systems, integrated management, elimination of duplication, increased borrowing capacity, and numerous similar factors. Such group synergies are often favourable to the group as a whole and therefore may heighten the aggregate profits earned by group members, depending on whether expected cost savings are, in fact, realised, and on competitive conditions. In other circumstances such synergies may be negative, as when the size and scope of corporate operations create bureaucratic barriers not faced by smaller and more nimble



enterprises, or when one portion of the business is forced to work with computer or communication systems that are not the most efficient for its business because of group wide standards established by the MNE group.”

→ TPG2017 – para 1.158: “Paragraph 7.13 of these Guidelines suggests that an associated enterprise should not be considered to receive an intra-group service or be required to make any payment when it obtains incidental benefits attributable solely to its being part of a larger MNE group. In this context, the term incidental refers to benefits arising solely by virtue of group affiliation and in the absence of deliberate concerted actions or transactions leading to that benefit. The term incidental does not refer to the quantum of such benefits or suggest that such benefits must be small or relatively insignificant. Consistent with this general view of benefits incidental to group membership, when synergistic benefits or burdens of group membership arise purely as a result of membership in an MNE group and without the deliberate concerted action of group members or the performance of any service or other function by group members, such synergistic benefits of group membership need not be separately compensated or specifically allocated among members of the MNE group.”

→ TPG2017 – para 1.159: “In some circumstances, however, synergistic benefits and burdens of group membership may arise because of deliberate concerted group actions and may give an MNE group a material, clearly identifiable structural advantage or disadvantage in the marketplace over market participants that are not part of an MNE group and that are involved in comparable transactions. Whether such a structural advantage or disadvantage exists, what the nature and source of the synergistic benefit or burden may be, and whether the synergistic benefit or burden arises through deliberate concerted group actions can only be determined through a thorough functional and comparability analysis.”

Synergiën in de zin van de TPG 2017 kunnen ook negatief zijn (expliciet gemeld).

→ Suggestie: Niet enkel van voordelen te spreken maar ook van mogelijke nadelen.

Wellicht ten overvloede, het feit dat groepssynergiën zich ‘per definitie’ zich niet voordoen tussen van elkaar onafhankelijke entiteiten, vindt haar oorsprong in het woorddeel “groep”, en niet in het begrip synergiën. Synergiën kunnen met name perfect tot stand gebracht worden tussen derden (onder volgende paragraaf geven we een voorbeeld van zulke samenwerkingsverbanden in het kader van gezamenlijke aankoop). Dit zou volgens ons toch best duidelijk gemaakt moeten worden. Overigens refereert de TPG 2017 niet naar de notie ‘per definitie’, maar ‘in het algemeen’

→ Suggestie: ‘per definitie’ vervangen door ‘in het algemeen’.

Dat groepssynergiën ‘in eerste instantie niet gevat worden door een verrekenprijs’ is een foutieve vaststelling die niet gemaakt wordt door de TPG 2017.

→ Suggestie: Deze (foutieve) schijnbare vaststelling verwijderen.

Immers gaat men als dusdanig aan de essentie van de richtlijnen zoals gevat door de TPG 2017 voorbij: eerst en vooral dient men na te gaan of er al dan niet een separate compensatie of



specifieke allocatie dient plaats te vinden! Dit hangt nauw samen met het feit of er al dan niet een 'geconcentreerde' actie onderliggend is aan de creatie van de (verwachte) synergie-effecten.  
→ Suggestie: Verder uitwerken analoog aan de TPG 2017 ter zake is volgens ons een must om geen afwijkend normerend en analytisch kader te creëren.

22. Bij procurement moeten gerealiseerde voordelen tengevolge van het bundelen van aankopen van de leden volledig ten goede komen aan de leden van de groep. De procurement-werkzaamheden zullen vergoed worden met een winstmarge met de operationele kosten als basis. Indien kan aangetoond worden dat de procurement activiteiten meer omvatten dan enkel het bundelen van de aankopen kan een andere vergoedingswijze overwogen worden. De functionele analyse moet in dergelijk geval het waarde-toevoegende karakter van het procurement center aantonen.

→ TPG2017 – para 1.160: “For example, if a group takes affirmative steps to centralize purchasing in a single group company to take advantage of volume discounts, and that group company resells the items it purchases to other group members, a deliberate concerted group action occurs to take advantage of group purchasing power. Similarly, if a central purchasing manager at the parent company or regional management centre performs a service by negotiating a group wide discount with a supplier on the condition of achieving minimum group wide purchasing levels, and group members then purchase from that supplier and obtain the discount, deliberate concerted group action has occurred notwithstanding the absence of specific purchase and sale transactions among group members. Where a supplier unilaterally offers one member of a group a favourable price in the hope of attracting business from other group members, however, no deliberate concerted group action would have occurred.”

→ TPG2017 – para 1.161: “Where corporate synergies arising from deliberate concerted group actions do provide a member of an MNE group with material advantages or burdens not typical of comparable independent companies, it is necessary to determine (i) the nature of the advantage or disadvantage, (ii) the amount of the benefit or detriment provided, and (iii) how that benefit or detriment should be divided among members of the MNE group.

→ TPG2017 – para 1.162: “If important group synergies exist and can be attributed to deliberate concerted group actions, the benefits of such synergies should generally be shared by members of the group in proportion to their contribution to the creation of the synergy. For example, where members of the group take deliberate concerted actions to consolidate purchasing activities to take advantage of economies of scale resulting from high volume purchasing, the benefits of those large scale purchasing synergies, if any exist after an appropriate reward to the party co-ordinating the purchasing activities, should typically be shared by the members of the group in proportion to their purchase volumes.”

→ TPG2017 – para 1.163: “Comparability adjustments may be warranted to account for group synergies.”



Bovenvermelde paragrafen van de TPG 2017 geven (i) een voorbeeld, en (ii) in het specifiek kader van het voorbeeld dat het gaat om een “geconcentreerde actie”, terwijl de Circulaire het zeer algemeen heeft over het bundelen van aankopen, zonder te verwijzen naar het initiatief dat ten grondslag ligt.

Als dit al niet bepalend is voor de vraagstelling of de (verwachte) synergie-effecten al dan niet verdeeld dienen te worden over de deelnemende leden, dan zal dit zeker van invloed zijn op – in casu – de entiteit die de centrale inkoop organiseert/uitvoert.

Immers maakt de TPG 2017 gewag van “een gepaste vergoeding” voor dergelijke functie en zeker niet dat dit een op kosten gebaseerde vergoeding moet betreffen (als weerlegbaar vermoeden)!

- ➔ Suggestie: Zie ook vorige commentaar betreffende de essentie van de TPG 2017 inzake de intentie van de betrokken partijen in het kader van ‘geconcentreerde’ acties. Oplossing is ofwel de volledige nuance van de TPG 2017 integraal over te nemen (als voorbeeld), ofwel deze paragraaf van de Circulaire volledig te schrappen.

We noteren dat we alvast weet hebben van inkooporganisaties die voor derden de aankoop regelen, volumes samenbrengen, en geenszins slechts een administratieve vergoeding, maar ook een deel van bedongen voordelen.

**Tot slot, en van fundamenteel belang, hebben we ook pertinente juridische vragen bij de poging van de administratie om de bewijslastvoering ter zake middels de Circulaire te willen regelen door een (weliswaar weerlegbaar) vermoeden te introduceren (op een binnen het feitenafhankelijke arm’s length principe per definitie ongepaste wijze). Immers wordt de bewijslastvoering wettelijk geregeld, en kan deze verschillen naargelang van het wetsartikel dat ingeroepen wordt ter correctie van de verrekenprijs ter zake. We menen niet dat een Circulaire zich normerend kan opstellen in deze.**

- ➔ Suggestie: Naar onze mening dient de administratie hier een neutraal standpunt in te nemen voor wat betreft de gepaste vergoedingsbasis. Nog beter weze de vorige suggestie in rekening te brengen om verder geen afbreuk te bewerkstelligen ten aanzien van deze circulaire vanuit een juridisch-procedurele optiek.

## **Hoofdstuk II DE VERREKENPRIJSMETHODEN KEUZE VAN DE METHODE**

### Vooraf:

Dit betreft methodes om het arm's length principe (de standaard, het fundament) besproken in hoofdstuk I te toetsen. Het is dus van relatief van minder belang dan de standaard zelf. Immers stelt de OESO dat uiteindelijk eender welke methode die leidt tot een resultaat die aan de arm's length toetsing voldoet, in sé acceptabel moet kunnen zijn. Desalniettemin vinden we een correcte interpretatie van de methodes die wel in de TPG 2017 uitgelegd worden van voldoende belang om ook hier detailcommentaren te leveren.

23. Het selectieproces (TPG 2017, § 2.2.) dient rekening te houden met:

- De voor- en nadelen van de door de OESO erkende methoden;
- De samenhang van de methode ten opzichte van de aard van de gecontroleerde transactie die wordt onderzocht;
- De beschikbaarheid van noodzakelijke en betrouwbare informatie;
- De graad van vergelijkbaarheid van de gecontroleerde transacties en de onafhankelijke transacties, met inbegrip van de betrouwbaarheid van de vergelijkbaarheidsaanpassingen die nodig zouden kunnen zijn om de onderlinge verschillen weg te werken

TPG 2017, para 2.2 → "The selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case. For this purpose, the selection process should take account of the respective strengths and weaknesses of the OECD recognised methods; the appropriateness of the method considered in view of the nature of the controlled transaction, determined in particular through a functional analysis; the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed to apply the selected method and/or other methods; and the degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions, including the reliability of comparability adjustments that may be needed to eliminate material differences between them. No one method is suitable in every possible situation, nor is it necessary to prove that a particular method is not suitable under the circumstances."

Het startpunt van het selecteren van een verrekenprijsmethode, met name, het vinden van de 'meest geschikte methode voor een specifiek geval', dient te worden opgenomen in de circulaire daar dit het basisprincipe / uitgangspunt is.

→ Suggestie: Paragraaf laten beginnen met voornoemd uitgangspunt

In bullet 2 is het niet zozeer de samenhang maar de geschiktheid van de methode waar rekening dient mee te worden gehouden; tevens wordt in de TPG 2017 nuttig verwezen dat de functionele analyse een belangrijk element vormt (en niet enkel of het een goed of dienst betreft).

→ Suggestie: Nauwer aansluiten bij de TPG 2017

Tot slot lijkt de slotzin in de TPG 2017 richtinggevend, betreffende de praktische uitwerking van een verrekenprijiscontrole

→ Suggestie: Toevoegen (letterlijk) laatste zin van bovenvermelde paragraaf van de TPG.

24. De administratie dient bij het vaststellen van de verrekenprijzen te vertrekken vanuit de methode die de belastingplichtige heeft gekozen om zijn prijzen vast te stellen (TPG 2017, § 4.9.). De belastingplichtige is vrij in de keuze van een verrekenprijismethode, mits de gekozen methode leidt tot een arm's length-uitkomst voor de specifieke transactie. De analyse van de specifieke transactie evenals de analyse van de vergelijkbaarheid laten toe de meest passende methode te bepalen.

TPG 2017, para 4.9 → “[...] Second, tax examiners are encouraged to take into account the taxpayer’s commercial judgment about the application of the arm’s length principle, so that the transfer pricing analysis is tied to business realities. Therefore, tax examiners should undertake to begin their analyses of transfer pricing from the perspective of the method that the taxpayer has chosen in setting its prices. [...]”

OK

#### Aandachtspunten bij de selectie van de methoden

25. De accurate omschrijving van de transactie levert de meeste informatie op die nodig is om de meest passende methode te kiezen. Wanneer uit de functionele analyse blijkt dat een partij een "routinematige" inbreng levert terwijl de inbreng van de andere partij veel belangrijker is (bv de inbreng van unieke immateriële activa omvat of het dragen van significante economische risico's inhoudt), wordt een eenzijdige methode geacht meer aangewezen te zijn en zal het nodig zijn een geteste partij te selecteren<sup>4</sup>.

Het begrip "routinematig" is geen TPG 2017 begrip in deze. Is anderzijds wel OK in de zin dat het gehanteerd wordt. Doch beter vasthouden aan TPG 2017 draagt onze voorkeur weg.

26. Kiest een belastingplichtige voor een transactie een betrouwbare methode van verrekenprijzen (TPG 2017, § 2.8), dan is hij niet gehouden een analyse te maken met behulp van alle methoden die tot zijn beschikking staan en evenmin om de afwijzing van bepaalde methoden te rechtvaardigen. De belastingplichtige is er echter wel toe gehouden aan te tonen dat de gebruikte methode, rekening houdend met de feiten en omstandigheden, aanleiding geeft tot een marktconforme prijs.

TPG2017, para 2.8 → “The guidance at paragraph 2.2 that the selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for each particular case does not mean that all the transfer pricing methods should be analysed in depth or tested in each case in arriving at the selection of the most appropriate method. As a matter of good practice, the selection of the most appropriate method and comparables should be evidenced and can be part of a typical search process as proposed at paragraph 3.4.”



De woordkeuze 'betrouwbaarheid' komt als dusdanig niet voor in de TPG 2017, maar het selecteren van een TP-methode heeft als doel de 'meest geschikte' methode te kiezen – rekening houdend met alle parameters die vervat zitten in TPG 2017 para 2.2. Elke TP-methode is namelijk betrouwbaar, ze dient enkel in de juiste omstandigheden te worden gekozen om al dan niet als meest geschikte methode in aanmerking te komen.

→ Suggestie: De notie 'betrouwbaarheid' in deze schrappen, en vervangen door de notie 'meest geschikt' met verwijzing naar TPG para 2.2 voor de gronden die dienen ter beoordeling van dergelijke geschiktheid (dewelke ruimer is dan enkel 'betrouwbaarheid').

Aantonen dat de methode aanleiding geeft tot een marktconforme prijs is praktisch onmogelijk gezien de methode een bepaalde uitkomst geeft die veronderstelt arm's length te zijn indien de methode gepast is (alsook de comparables). Het aantonen ziet dus toe op (i) de gepastheid van de selectie van de methode, en (ii) het gepast toepassen van de methode middels de comparables, en dus niet direct op de uitkomst/output.

→ Suggestie: Letterlijk over te nemen vanuit TPG 2017

27. Bij het bepalen van een verrekenprijs en indien dergelijke gegevens voorhanden zijn, kan het echter nuttig zijn om de reden(en) van afwijzing van bepaalde methoden ter beschikking van de administratie te houden.

Dit kan inderdaad 'nuttig' zijn, maar dit kan geen normatief kader behelzen.

Vanuit dat kader gaat de administratie hier een stap te ver, door (de facto) te 'vereisen' dat de afwijzingsredenen voor een methode niet te selecteren ter beschikking gehouden dienen te houden. Dit gaat tot dubbele standaarden leiden internationaal gezien, vrezen we.

→ Suggestie: Of, expliciet melden dat dit geen normatief karakter als uitwerking heeft/kan hebben; Of, schrappen.

TPG2017, para 2.9 → "Moreover, MNE groups retain the freedom to apply methods not described in these Guidelines (hereafter "other methods") to establish prices provided those prices satisfy the arm's length principle in accordance with these Guidelines. Such other methods should however not be used in substitution for OECD-recognised methods where the latter are more appropriate to the facts and circumstances of the case. In cases where other methods are used, their selection should be supported by an explanation of why OECD-recognised methods were regarded as less appropriate or nonworkable in the circumstances of the case and of the reason why the selected other method was regarded as providing a better solution. A taxpayer should maintain and be prepared to provide documentation regarding how its transfer prices were established. For a discussion of documentation, see Chapter V."

Het bijhouden van de gronden tot afwijzing van een OESO-methode is dus beperkt tot wanneer een niet-OESO-methode gehanteerd wordt als meest gepaste methode.

→ Suggestie: De mogelijkheid om een niet-OESO-methode volledigheidshalve melden, alsook de documentatieplicht voorzien in paragraaf 27 van de Circulaire beperken tot deze gevallen.

28. In sommige gevallen kunnen methoden worden gecombineerd. Bijvoorbeeld ter bevestiging van een methode op basis van de bruto marge door een methode die steunt op de netto marge. Een belastingplichtige is echter niet gehouden meerdere methoden te gebruiken om de arm's lengthprijs van een transactie te bepalen.

TPG 2017, para 2.12 → “The arm’s length principle does not require the application of more than one method for a given transaction (or set of transactions that are appropriately aggregated following the standard described at paragraph 3.9), and in fact undue reliance on such an approach could create a significant burden for taxpayers. Thus, these Guidelines do not require either the tax examiner or taxpayer to perform analyses under more than one method. While in some cases the selection of a method may not be straightforward and more than one method may be initially considered, generally it will be possible to select one method that is apt to provide the best estimation of an arm’s length price. However, for difficult cases, where no one approach is conclusive, a flexible approach would allow the evidence of various methods to be used in conjunction. In such cases, an attempt should be made to reach a conclusion consistent with the arm’s length principle that is satisfactory from a practical viewpoint to all the parties involved, taking into account the facts and circumstances of the case, the mix of evidence available, and the relative reliability of the various methods under consideration. See paragraphs 3.58-3.59 for a discussion of cases where a range of figures results from the use of more than one method”

OK

*4 Zie §§ 3.18 - 3.19 van de TPG 2017, die betrekking hebben op de keuze van de geteste partij. Algemeen heeft de toepassing van een eenzijdige methode tot gevolg dat alle overblijvende winsten (of verliezen) van de transactie naar de andere partij gaan; de geteste partij is gewoonlijk die met de minst complexe functies, rekening gehouden met de gebruikte activa en de gelopen risico's.*

Circulaire verrekenprijzen 10 | 49

29. Er bestaat niet echt een "hiërarchie" van de verschillende methoden. Indien meerdere methoden met een identieke betrouwbaarheidsgraad kunnen worden toegepast, dient de traditionele methode voorrang te krijgen op de transactionele winstmethode. Bovendien dient de CUPmethode voorrang krijgen indien de CUP-methode en een andere verrekenprijsmethode kunnen toegepast worden met een identieke betrouwbaarheidsgraad (TPG 2017, §2.3).

TPG 2017, para 2.3 → “Traditional transaction methods are regarded as the most direct means of establishing whether conditions in the commercial and financial relations between associated enterprises are arm's length. This is because any difference in the price of a controlled transaction from the price in a comparable uncontrolled transaction can normally be traced directly to the commercial and financial relations made or imposed between the enterprises, and the arm’s length conditions can be established by directly substituting the price in the comparable uncontrolled transaction for the price of the controlled transaction. As a result, where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, a traditional transaction method and a transactional profit method can be applied in an equally reliable manner, the traditional transaction method is preferable to the transactional profit method. Moreover,



where, taking account of the criteria described at paragraph 2.2, the comparable uncontrolled price method (CUP) and another transfer pricing method can be applied in an equally reliable manner, the CUP method is to be preferred. See paragraphs 2.14-2.26 for a discussion of the CUP method.”

De TPG 2017 heeft het over de “traditionele transactie-methodes” enerzijds (incl. CUP, RPM en CPLM), en anderzijds de “transactionele winstmethodes” (TNMM, PSM) – niet enkelvoud. Het belang hiervan komt later terug; Belangrijk te onthouden is dat bij de eerste groep van methodes, de transactie centraal staat en niet de winstgevendheid in een ruimer toetsingskader.

Rest ok

30. De transactionele winstmethoden kunnen in sommige gevallen meer aangewezen zijn dan de traditionele methoden (TPG 2017, § 2.4). Het gaat bijvoorbeeld om de toepassing van de PSMmethode in gevallen waar alle ondernemingen unieke en waardevolle bijdragen leveren of gevallen waarbij er een gebrek aan betrouwbare informatie over de bruto marges van derden is.

TPG 2017, para 2.4 → “There are situations where transactional profit methods are found to be more appropriate than traditional transaction methods. For example, cases where each of the parties makes unique and valuable contributions in relation to the controlled transaction, or where the parties engage in highly integrated activities, may make a transactional profit split more appropriate than a one-sided method. As another example, where there is no or limited publicly available reliable gross margin information on third parties, traditional transaction methods might be difficult to apply in cases other than those where there are internal comparables, and a transactional profit method might be the most appropriate method in view of the availability of information. ”

OK

31. Het staat multinationale groepen vrij om voor de vaststelling van de prijzen methoden toe te passen die niet worden beschreven in TPG 2017, op voorwaarde dat die prijzen in overeenstemming zijn met het arm's length-principe (TPG 2017, § 2.9). Die andere methoden mogen echter niet gebruikt worden ter vervanging van een door de OESO erkende methode indien die laatste passender blijken te zijn gelet op de feiten en omstandigheden van het geval. De keuze van andere methoden moet gestaafd worden door:
- de reden(en) waarom de door de OESO erkende methoden niet kunnen toegepast worden;
  - de reden(en) waarom een andere methode een betere oplossing opleverde.

TPG2017, para 2.9 → “Moreover, MNE groups retain the freedom to apply methods not described in these Guidelines (hereafter “other methods”) to establish prices provided those prices satisfy the arm’s length principle in accordance with these Guidelines. Such other methods should however not be used in substitution for OECD-recognised methods where the



latter are more appropriate to the facts and circumstances of the case. In cases where other methods are used, their selection should be supported by an explanation of why OECD-recognised methods were regarded as less appropriate or nonworkable in the circumstances of the case and of the reason why the selected other method was regarded as providing a better solution. A taxpayer should maintain and be prepared to provide documentation regarding how its transfer prices were established. For a discussion of documentation, see Chapter V.”

Zie eerdere commentaar bij paragraaf 27 van de circulaire. Tevens wordt door de TPG 2017 verwezen naar de ‘werkbaarheid’ van een methode als een van de criteria voor selectie  
→ Suggestie: toevoegen ‘werkbaarheid’ naast ‘gepastheid’.

## VERREKENPRIJSMETHODEN

32. De traditionele methoden op basis van de transacties (focus op prijs of bruto marge) zijn:

- de methode van de vergelijkbare vrijemarktprijs (CUP)
- de methode van de wederverkoopprijs (RPM),
- de cost plus methode (CPM).

33. De transactionele winstmethoden (focus op de winst) zijn:

- de transactionele nettomargemethode (TNMM),
- de transactionele profit split methode (PSM).

### Samenvatting van de methoden en hun kenmerken

Methode	Belangrijke elementen	Vergelijkingspunt	Toepassing
CUP	Product	Prijs	Alle transacties m.b.t. goederen en diensten evenals financiële transacties
RPM	<u>Functies</u>	Bruto marge	Verdeler/wederverkoper <u>die geen substantiële waarde toevoegt</u> aan het product
CPM	<u>Functies</u>	Bruto marge	Onderaannemer/bewerker - Producent <u>onder contract</u>
TNMM	Functies	Netto winst	Ondernemingen die <u>geen substantiële waarde</u> toevoegen aan het product maar waarvan <u>de toegevoegde waarde zich situeert in hun exploitatiekosten</u>
PSM	Functies/Bijdragen	Netto winst	Sterk geïntegreerde transacties / transacties waarvoor elke partij unieke immateriële activa van grote waarde inbrengt / De partijen dragen de risico's samen



Gezien de RPM en CPM behoren tot de groep der traditionele **transactie-methoden** is vergelijkbaarheid op (homogeen) product(groep)-niveau wel degelijk belangrijk hier.

De gecontroleerde transactie zal nog steeds vergeleken dienen te worden op het niveau van de brutomarge met niet-gecontroleerde transactie(s). Indien men vergelijkt met de winstgevendheid van een (functioneel) 'comparable' entiteit en de brutomarge/markup hanteert, dan is dit in wezen de TNMM met de brutomarge/markup als winstgevendheidsindicator. Bij dit laatste primeert de functionele vergelijkbaarheid op de productvergelijkbaarheid.

→ Suggestie: Bij RPM en CPM benadrukken dat dit op transactie-gebaseerde methoden zijn, en dus (homogene) product(groep)-vergelijkbaarheid minstens nog steeds even belangrijk is als functionaliteit.

Geenszins zijn de vermelde toepassingsgebieden voor de RPM/CPM enerzijds en de TNMM anderzijds correct, en betreffend dit de facto aannames – hetgeen weer mogelijks interfereert met de bewijslastvoering zoals geregeld in het Belgische fiscale recht (afhankelijk van wetsartikel).

Voor wat betreft de RPM/CPM, waarbij zoals gesteld productvergelijkbaarheid op transactieniveau, is het geheel onjuist om te stellen dat de entiteit waarop deze methode wordt toegepast geen substantiële waarde toevoegt. Immers is het zo dat de RPM/CPM tevens kan gehanteerd worden voor situaties die niet van "limited risk"-aard zijn (zoals de aanname impliceert).

Bij de TNMM is de stelling dat de tested party in deze 'geen substantiële waarde' toevoegt is ook volgens ons te kort door de bocht, en weerom ongepast als aanname te hanteren. De stelling dat de toegevoegde waarde zich situeert in hun exploitatiekosten is daarenboven pertinent onjuist, gezien anders nimmer de vraag zich zou kunnen voordoen of een 'Return on Sales' een gepaste winstgevendheidsindicator betreft.

→ Suggestie: Tabel corrigeren, of nog beter, toepassingsgebied (case-specifiek per definitie!) schrappen. Zie ook verdere commentaren beneden bij methodes zelf.

Circulaire verrekenprijzen 11 | 49

## DE TRADITIONELE METHODEN – TPG 2017, §§ 2.13 – 2.61

### De methode van de vergelijkbare vrijemarktprijs (CUP) – TPG 2017, §§ 2.14 - 2.26

34. Deze methode legt de klemtoon op de kenmerken van een goed of een dienst. Hoe meer soortgelijke kenmerken een product heeft, hoe meer zijn prijs vergelijkbaar is en hoe minder het noodzakelijk is om correcties toe te passen om deze prijs vergelijkbaar te maken.
35. De CUP methode vergelijkt de prijs van een gecontroleerde transactie met de prijs van een transactie tussen een verbonden vennootschap en een onafhankelijke vennootschap ("intern" vergelijkingspunt) of tussen twee onafhankelijke vennootschappen ("extern" vergelijkingspunt).

TPG2017, para 2.14 → "The CUP method compares the price charged for property or services transferred in a controlled transaction to the price charged for property or services transferred in a comparable uncontrolled transaction in comparable circumstances. If there is any difference between the two prices, this may indicate that the conditions of the commercial and financial



relations of the associated enterprises are not arm's length, and that the price in the uncontrolled transaction may need to be substituted for the price in the controlled transaction.”

De toevoeging “in vergelijkbare omstandigheden” lijkt ons cruciaal in het kader van het arm's length principe, en in het bijzonder bij de toepassing van de CUP-methode waar de vereiste vergelijkbaarheidsgraad – gezien vergeleken wordt op transactie- en prijsniveau – zeer hoog is.

→ Suggestie: toevoegen “in vergelijkbare omstandigheden”.

36. De methode van de vergelijkbare marktprijs wordt voornamelijk in de volgende gevallen toegepast:

- wanneer er een intern vergelijkingspunt bestaat;
- bij basisproducten, in het bijzonder die van actieve en liquide markten, die de neiging vertonen de prijsverschillen te neutraliseren in functie van de omstandigheden. In dergelijke gevallen zijn gegevens betreffende de prijzen van basisproducten soms beschikbaar, ook al kunnen aanpassingen noodzakelijk blijken;
- bij financiële transacties (bv. rentevoeten van leningen, kosten van garantie);
- bij het verlenen van een licentie op bepaalde immateriële activa; meer bepaald indien het niet gaat om een unieke licentie.

37. De toepassing van deze methode veronderstelt dat er geen verschil bestaat tussen de gecontroleerde en de niet-gecontroleerde transacties dat de marktprijs kan beïnvloeden, of dat het mogelijk is dit verschil door middel van aanpassingen te corrigeren om tot een vergelijkbare prijs te komen (TPG 2017, § 2.15).

TPG2017, para 2.15 → “Following the principles in Chapter I, an uncontrolled transaction is comparable to a controlled transaction (i.e. it is a comparable uncontrolled transaction) for purposes of the CUP method if one of two conditions is met: a) none of the differences (if any) between the transactions being compared or between the enterprises undertaking those transactions could materially affect the price in the open market; or, b) reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences. Where it is possible to locate comparable uncontrolled transactions, the CUP method is the most direct and reliable way to apply the arm's length principle. Consequently, in such cases the CUP method is preferable over all other methods.”

OK

TPG2017, para 2.16 → “It may be difficult to find a transaction between independent enterprises that is similar enough to a controlled transaction such that no differences have a material effect on price. For example, a minor difference in the property transferred in the controlled and uncontrolled transactions could materially affect the price even though the nature of the business activities undertaken may be sufficiently similar to generate the same overall profit margin. When this is the case, some adjustments will be appropriate. As discussed below in paragraph 2.17, the extent and reliability of such adjustments will affect the relative reliability of the analysis under the CUP method.”



TPG2017, para 2.17 → “In considering whether controlled and uncontrolled transactions are comparable, regard should be had to the effect on price of broader business functions other than just product comparability (i.e. factors relevant to determining comparability under Chapter I). Where differences exist between the controlled and uncontrolled transactions or between the enterprises undertaking those transactions, it may be difficult to determine reasonably accurate adjustments to eliminate the effect on price. The difficulties that arise in attempting to make reasonably accurate adjustments should not routinely preclude the possible application of the CUP method. Practical considerations dictate a more flexible approach to enable the CUP method to be used and to be supplemented as necessary by other appropriate methods, all of which should be evaluated according to their relative accuracy. Every effort should be made to adjust the data so that it may be used appropriately in a CUP method. As for any method, the relative reliability of the CUP method is affected by the degree of accuracy with which adjustments can be made to achieve comparability..”

We begrijpen dat men uiteraard niet de volledige OESO TPG kan integraal vertalen. De boodschap in paragrafen 2.16 en 2.17 is onzes inziens toch wel belangrijk in het kader van vergelijkbaarheid.

→ Suggestie: De kernboodschap van paragrafen 2.16 en 2.17 mee over te nemen.

[TPG2017, para 2.18-2.22 deal with commodity transactions]

We begrijpen dat men uiteraard niet de volledige OESO TPG kan integraal vertalen. Commodity transacties zijn dan ook specifiek, maar voor sommige belastingbetalers desalniettemin relevant (schuld is trouwens ook een commodity onzes inziens in veel geval).

→ Suggestie: Enkel verwijzen naar paragrafen voor meer info inzake commodity transacties.

38. Ter illustratie van de toepassing van de CUP-methode en van aanpassingen die noodzakelijk zouden kunnen blijken, zie TPG 2017, §§ 2.23 -2.26.

#### **De wederverkoopprijs of resale price-methode (RPM) – TPG 2017, §§ 2.27 -2.44**

39. De resale price-methode bestaat uit de vergelijking van de brutomarge op de wederverkoop aan een derde onderneming met de wederverkoop van een goed of een dienst in een verbonden transactie.

TPG2017, para 2.27 → “The resale price method begins with the price at which a product that has been purchased from an associated enterprise is resold to an independent enterprise. This price (the resale price) is then reduced by an appropriate gross margin on this price (the “resale price margin”) representing the amount out of which the reseller would seek to cover its selling and other operating expenses and, in the light of the functions performed (taking into account assets used and risks assumed), make an appropriate profit. What is left after subtracting the gross margin can be regarded, after adjustment for other costs associated with the purchase of

the product (e.g. customs duties), as an arm's length price for the original transfer of property between the associated enterprises. This method is probably most useful where it is applied to marketing operations."

OK

40. Bij het bepalen van de bruto marge wordt inzake verrekenprijzen rekening gehouden met de zogenaamde cost of goods sold (CoGS).

Het is niet verkeerd om naar COGS te verwijzen, maar weet dat dit een andere invulling kan hebben in verschillende landen alsook in de databank (met inbegrip van loonkost bij productievenootschappen).

→ Suggestie: Paragraaf te schrappen; referentie naar brutomarge hierboven zou moeten volstaan.

41. De resale price-methode wordt meestal toegepast bij:

- activiteiten van verkoop en distributie die niet gepaard gaan met de tenlasteneming van een significant risico (bv routinematige distributeurs die enkel de risico's dragen die eigen zijn aan hun functie). In de praktijk wordt deze methode vaak gebruikt wanneer men beschikt over interne vergelijkingspunten,
- activiteiten met een beperkte waardecreatie, indien er externe vergelijkingspunten bestaan in dezelfde activiteitensector en op een geografisch gezien vergelijkbare markt.

TPG2017, para 2.35 → "An appropriate resale price margin is easiest to determine where the reseller does not add substantially to the value of the product. In contrast, it may be more difficult to use the resale price method to arrive at an arm's length price where, before resale, the goods are further processed or incorporated into a more complicated product so that their identity is lost or transformed (e.g. where components are joined together in finished or semi-finished goods). Another example where the resale price margin requires particular care is where the reseller contributes substantially to the creation or maintenance of intangible property associated with the product (e.g. trademarks or trade names) which are owned by an associated enterprise. In such cases, the contribution of the goods originally transferred to the value of the final product cannot be easily evaluated.

In de TPG staat niet dat de resale price-methode niet gepast kan zijn voor distributeurs die wel een significant risico ten laste nemen. Men stelt evenwel dat men in die omstandigheden voorzichtig moet omspringen met de toepassing ervan. De "voorwaarde" dat de distributeur (tested party in dat geval) routinematig is, geldt enkel voor de TNMM – wat net het cruciale, conceptuele verschil is tussen beide methoden, doch zelfs bij de TNMM is enige nuance (zie verder).

Er is een verschil tussen RPM en TNMM met brutomarge (moest dit al aan te raden vallen) in termen van de vergelijkbaarheidsfactoren. Daarom is de ene een transactie-methode



(transactionele kenmerken primerend) en de andere een winst-methode (functionele kenmerken primerend)  
→ Suggestie om voorbeeld aan te passen naar 'activiteiten van verkoop en distributie' zonder meer.

42. Voorbeelden van de resale price-methode: TPG 2017, §§ 2.42 – 2.44)

Circulaire verrekenprijzen 12 | 49

### ***Aandachtspunten bij de resale price-methode***

43. Er dient opgemerkt dat de CoGS niet overeenstemmen met de rekening 60 van het Belgisch rekeningenstelsel

Men bedoeld wellicht de COGS zoals in de databank Orbis. Daar is de 60-rekening meer aansluitend met de Material Costs naar onze ervaring inderdaad.

44. Door het ontbreken van beschikbare betrouwbare openbare gegevens m.b.t. de brutomarge, is het niet gemakkelijk om deze methode te gebruiken;

**Klopt**

45. Aangezien de brutomarge indicator bijzonder gevoelig is voor de verschillen tussen de functies, laat de administratie niet gemakkelijk studies toe die een te groot arm's length-interval vertonen, wat vaak de afspiegeling is van functionele verschillen;

Zoals hierboven (kort) beargumenteerd is de brutomarge onder de RPM eerder gevoelig aan verschillen tussen product(groepen) – deze dienen homogeen te zijn (op zijn minst), gezien dit een transactie-methode betreft. Paragraaf 44 zou eerder slaan op de TNMM (met brutomarge), hoewel daar ook de nodige nuance gemaakt wordt (zie onder bij TNMM).

→ Suggestie: schrappen

46. Het gebruik van de RPM kan vergelijkingen moeilijk maken, daar de definitie van de gepubliceerde kosten (kostprijs van de verkochte goederen) die in aanmerking komen bij de berekening van de brutomarge kan verschillen volgens de boekhoudkundige normen van toepassing in de diverse landen.

**Klopt**, maar eerste moeilijkheid is dat vergelijkingspunten op transactieniveau dienen gezocht te worden in feite, als men de methode zuiver wil toepassen.

### **De cost plus-methode (CPM) – TPG 2017, § 2.45 – § 2.61**

De facto zelfde fundamentele commentaar als voor RPM: Ook CPM is transactiemethode, en kan dus ook toepasbaar zijn voor fabrikanten die wel significante risico's dragen. Dat dient



duidelijk te zijn. Ook hier dus vergelijkbaarheid op transactie-niveau met transactie-kenmerken die leidend zijn (mogelijks als nulmeting, met aanpassingen voor functionaliteit/materialisatie van risico's).

47. De cost plus methode bestaat erin de brutomarge op de kosten (CoGS) van de fabrikant of dienstverlener in een gecontroleerde transactie te vergelijken met de brutomarge op de kosten van een fabrikant of dienstverlener in een vergelijkbare vrije markt transactie.
48. De cost plus-methode is het meest geschikt voor fabrikanten en leveranciers van diensten die geen significante risico's op zich nemen of geen waardevolle unieke immateriële activa exploiteren. In de praktijk wordt deze methode vaak gebruikt indien men over interne vergelijkingspunten beschikt. Bv voor een product dat verschillend is maar betrekking heeft op vergelijkbare functies, activa en risico's.
49. Voorbeelden van de toepassing van de CPM: TPG 2017, §§ 2.59 – 2.61)

#### ***Aandachtspunten voor de cost plus-methode (CPM)***

50. Voor de betrouwbaarheid van de toepassing van deze methode gelden dezelfde aandachtspunten als die welke werden geformuleerd bij de RPM;
51. Bij de toepassing van de CPM vereist de passende vaststelling van de kostenbasis meer aandacht dan de vaststelling van de marge, meer bepaald indien de betrokken activiteiten worden geacht een beperkte waarde toe te voegen;
52. Begrote kosten versus reële kosten
  - gewoonlijk worden de prijzen op voorhand vastgesteld op basis van de begrote kosten.
  - de administratie zal de impact op de transactie van het gebruik van begrote kosten nagaan evenals het verschil tussen die kosten en de reële kosten en de toepassing in de tijd van het gekozen type kosten (begrote of reële kosten). Aanpassingen zijn mogelijk indien de met de transacties verbonden reële uitgaven stelselmatig hoger zijn dan de begrote kosten of indien het gebruik van begrote kosten niet toelaat te komen tot een conformiteit van de kostenbasis ten opzichte van een arm's length-kostenbasis.

53. Gewoonlijk kan men ervan uitgaan dat de hogere kosten die te wijten zijn aan een gebrek aan efficiëntie worden gedragen door de onderneming die de goederen of de diensten levert, daar het immers deze onderneming is die invloed kan uitoefenen op de omvang van de betrokken kosten. Een onafhankelijke koper aanvaardt in deze situatie geen prijsaanpassing.

- TPG 2.58: “Associated enterprises may choose to calculate their cost plus basis on a standardized basis. An independent party probably would not accept to pay a higher price resulting from the inefficiency of the other party. On the other hand, if the other party is more efficient than can be expected under normal circumstances, this other party should benefit from that advantage. The associated enterprise may agree in advance which costs would be acceptable as a basis for the cost plus method. “
- 2.101: “Depending on the facts and circumstances of the case, actual costs, as well as standard or budgeted costs, may be appropriate to use as the cost base. Using actual costs may raise an issue because the tested party may have no incentive to carefully monitor the costs. In arrangements between independent parties, it is not rare that a cost savings objective is factored into the remuneration method. It can also happen in manufacturing arrangements between independent parties that prices are set on the basis of standard costs, and that any decrease or increase in actual costs compared to standard costs is attributed to the manufacturer. Where they reflect the arrangements that would be taken between independent parties, similar mechanisms could be taken into account in the application of the cost-based transactional net margin method”.
- 2.102 The use of budgeted costs can also raise a number of concerns where large differences between actual costs and budgeted costs result. Independent parties are not likely to set prices on the basis of budgeted costs without agreeing on what factors are to be taken into account in setting the budget, without having regard to how budgeted costs have compared with actual costs in previous years and without addressing how unforeseen circumstances are to be treated.

De TPG geven onzes inziens toch wel meer nuance, en leggen niet enkel de nadruk op inefficiëntie.

→ Suggestie: meer in lijn brengen met TPG nuanceringen,

## DE TRANSACTIONELE WINSTMETHODEN TPG 2017, §§ 2.62 – 2.155

→ TPG 2.62: “This Part provides a discussion of transactional profit methods that may be used to approximate arm's length conditions where such methods are the most appropriate to the circumstances of the case, see paragraphs 2.1 - 2.12. Transactional profit methods examine the profits that arise from particular transactions among associated enterprises. The only profit methods that satisfy the arm’s length principle are those that are consistent with Article 9 of the OECD Model Tax Convention and follow the requirement for a comparability analysis as described in these Guidelines. In particular, so-called “comparable profits methods” or “modified cost plus/resale price methods” are acceptable only to the extent that they are consistent with these Guidelines.

→ TPG 2.63: “A transactional profit method examines the profits that arise from particular controlled transactions. The transactional profit methods for purposes of these Guidelines are the transactional profit split method and the transactional net margin method. Profit arising

from a controlled transaction can be a relevant indicator of whether the transaction was affected by conditions that differ from those that would have been made by independent enterprises in otherwise comparable circumstances.”

Bovenstaande paragrafen vormen de introductie van winstmethoden in de TPG. Wij menen ook dat dit gegeven onze eerdere commentaren over het wezenlijke verschil tussen transactie-methodes en winst-methodes - in het bijzonder inzake wat ‘primeert’ inzake vergelijkbaarheidsfactor - dit hier ook nuttig kan zijn.

→ Suggestie: Gebruik maken van een intro-tekst om winst-methoden te duiden in het kader van de TPG – i.e. dat het arm’s length karakter hier indirect getoetst wordt middels de winstgevendheid die een gevolg zijn van de transacties.

Ter staving van bovenstaande, nog volgende inzake TNMM

→ TPG 2.68: ” One strength of the transactional net margin method is that net profit indicators (e.g. return on assets, operating income to sales, and possibly other measures of net profit) are less affected by transactional differences than is the case with price, as used in the CUP method. Net profit indicators also may be more tolerant to some functional differences between the controlled and uncontrolled transactions than gross profit margins. Differences in the functions performed between enterprises are often reflected in variations in operating expenses. Consequently, this may lead to a wide range of gross profit margins but still broadly similar levels of net operating profit indicators.”

#### **De transactionele nettomargemethode (TNMM) TPG 2017, §§ 2.64 – 2.114**

54. De TNMM bestaat erin de nettowinst (doorgaans de EBIT) die een belastingplichtige boek met een gecontroleerde transactie te vergelijken, aan de hand van passende winstindicatoren (de totale kosten, de verkopen of de activa), met de nettowinst die, volgens dezelfde basis, wordt gerealiseerd in het kader van vrijemarkttransacties. Deze methode vertoont overeenkomsten met zowel de CPM als de RPM, maar wordt toegepast op basis van de nettomarge in plaats van de brutomarge.

→ TPG 2.64: ”The transactional net margin method examines the net profit relative to an appropriate base (e.g. costs, sales, assets) that a taxpayer realises from a controlled transaction (or transactions that are appropriate to aggregate under the principles of paragraphs 3.9-3.12). Thus, a transactional net margin method operates in a manner similar to the cost plus and resale price methods. [...].”

De TNMM kan ook gelden voor geaggregeerde transacties.

→ Suggestie: ‘transactie’ vervangen door ‘transactie of transacties’

55. Net als de CPM en de RPM is de TNMM een eenzijdige methode die als referentie de resultaten van slechts één partij bij de transactie (i.e. de "geteste partij"<sup>5</sup>) hanteert terwijl de andere partij



alle resterende winst (of verliezen) krijgt toegewezen. De methode is dus gepast wanneer de geteste partij een routinematige activiteit uitoefent, slechts een basistechnologie gebruikt of slechts beperkte toegevoegde waarde toevoegt en deze toegevoegde waarde zich gewoonlijk situeert op het niveau van de exploitatiekosten.

→ TPG 2.65: “A transactional net margin method is unlikely to be reliable if each party to a transaction makes unique and valuable contributions, see paragraph 2.4. In such a case, a transactional profit split method will generally be the most appropriate method, see paragraph 2.115. However, a one-sided method (traditional transaction method or transactional net margin method) may be applicable in cases where one of the parties makes all the unique and valuable contributions involved in the controlled transaction, while the other party does not make any unique and valuable contribution. In such a case, the tested party should be the less complex one. See paragraphs 3.18-3.19 for a discussion of the notion of tested party.”

- TPG 3.18: “[...] The choice of the tested party should be consistent with the functional analysis of the transaction. As a general rule, the tested party is the one to which a transfer pricing method can be applied in the most reliable manner and for which the most reliable comparables can be found, i.e. it will most often be the one that has the less complex functional analysis.”
- TPG 3.19: “This can be illustrated as follows. Assume that company A manufactures two types of products, P1 and P2, that it sells to company B, an associated enterprise in another country. Assume that A is found to manufacture P1 products using valuable, unique intangibles that belong to B and following technical specifications set by B. Assume that in this P1 transaction, A only performs simple functions and does not make any valuable, unique contribution in relation to the transaction. The tested party for this P1 transaction would most often be A. Assume now that A is also manufacturing P2 products for which it owns and uses valuable unique intangibles such as valuable patents and trademarks, and for which B acts as a distributor. Assume that in this P2 transaction, B only performs simple functions and does not make any valuable, unique contribution in relation to the transaction. The tested party for the P2 transaction would most often be B.”

→ TPG 2.66: “There are also many cases where a party to a transaction makes contributions that are not unique – e.g. uses non-unique intangibles such as non-unique business processes or non-unique market knowledge. In such cases, it may be possible to meet the comparability requirements to apply a traditional transaction method or a transactional net margin method because the comparables would also be expected to use a comparable mix of nonunique contributions.”

→ TPG 2.67: “Finally, the lack of unique and valuable contributions involved in a particular transaction does not automatically imply that the transactional net margin method is the most appropriate method.”



Volgens de TPG is de tested party niet noodzakelijk per definitie die entiteit met de 'routinematige' activiteiten (dit is de nuance waar eerder naar verwezen werd). Dit zal dikwijls het geval zijn, maar wanneer er niet-unieke intangibles in het spel zijn, moet de TNMM ook toepasbaar kunnen zijn volgens de TPG.

➔ Suggestie: Beter, onzes inziens, bij de teksten van de TPG aan te sluiten – met name de voorwaarde gesteld in TPG paragraaf 3.18, alsook te vermelden dat de TNMM mogelijks toepasbaar is in het kader van niet-unieke intangibles conform de TPG.

De TPG stellen nergens expliciet bij de TNMM dat alle restwinst (of verlies) per definitie bij de niet-'tested party' toekomt. Bvb. een LRD, limited-risk distributor, of een LRM, een limited-risk manufacturer, is geen NRD, no-risk distributor, of een NRM, no-risk manufacturer.

Ten belope van het bedrag aan materialisatie van de risico's effectief gelopen door de LRD/LRM zullen deze ten laste van de LRD/NRD. Het feit dat de restwinst(verlies) bij de zgn. entrepreneur terecht dient te komen, is dus meestal wel correct, doch niet noodzakelijk, eigenlijk onder voorbehoud dat enige materialisatie van risico's (positief of negatief) niet in de scope van de controle-functies van de tested party vallen.

➔ Suggestie: Ofwel, verwijderen verwijzing naar restwinst hier; Ofwel nuanceren dat dit niet per definitie is zoals hierboven geduid. De eerste optie – verwijderen van restwinst-concept hier - lijkt ons het meeste in lijn met de TPG 2017.

56. Op te merken valt dat de TNMM kan worden toegepast met verschillende nettomarges (winstindicatoren) naargelang de aard van de activiteiten bijvoorbeeld, nl. de marges die een afspiegeling zijn van de voornaamste activiteiten die toegevoegde waarde creëren.

57. Gewoonlijk worden de volgende winstindicatoren gebruikt:

- nettowinst/omzet (Return on sales = ROS) voor de verdelers/wederverkopers;
- nettowinst/operationele activa, i.e. het rendement van het actief (Return on Assets = ROA) voor productieactiviteiten met een hoge intensiteit aan activa of het rendement van de aangewende kapitalen (Return on Capital Employed = ROCE) voor sommige financiële activiteiten. In deze gevallen zijn de ingezette activa of het ingezette kapitaal een doorslaggevende factor voor de winst. Eén van de moeilijkheden bij het gebruik van een ROA is de waarde van activa die dient gebruikt te worden (boekhoudkundige waarde, aanschafwaarde, marktwaarde) en de mogelijkheid dat een onderneming activa huurt;
- nettowinst/totale kosten of het rendement ten opzichte van de operationele kosten (Net Cost Plus = NCP);
- Berry ratio of de brutomarge op de exploitatiekosten: voor tussenbedrijven in een keten van verbonden verrichtingen met een beperkt risico, zonder immateriële activa.

Bovengaan is een summier opsomming van de mogelijke winstindicatoren. Enkel bij de ROA, ROCE en Berry Ratio wordt toelichting gegeven.

➔ TPG 2.107: "[...] In order for a Berry ratio to be appropriate to test the remuneration of a controlled transaction (e.g. consisting in the distribution of products), it is necessary

that:

- The value of the functions performed in the controlled transaction (taking account of assets used and risks assumed) is proportional to the operating expenses,
- The value of the functions performed in the controlled transaction (taking account of assets used and risks assumed) is not materially affected by the value of the products distributed, i.e. it is not proportional to sales, and
- The taxpayer does not perform, in the controlled transactions, any other significant function (e.g. manufacturing function) that should be remunerated using another method or financial indicator.

→ TPG 2.108: “A situation where Berry ratios can prove useful is for intermediary activities where a taxpayer purchases goods from an associated enterprise and on-sells them to other associated enterprises. In such cases, the resale price method may not be applicable given the absence of uncontrolled sales, and a cost plus method that would provide for a mark-up on the cost of goods sold might not be applicable either where the cost of goods sold consists in controlled purchases. By contrast, operating expenses in the case of an intermediary may be reasonably independent from transfer pricing formulation, unless they are materially affected by controlled transaction costs such as head office charges, rental fees or royalties paid to an associated enterprise, so that, depending on the facts and circumstances of the case, a Berry ratio may be an appropriate indicator, subject to the comments above.”

In het kader van het gepaste gebruik van de Berry Ratio echter worden de TPG foutief samengevat – t.t.z. er wordt de indruk gewekt alsof de Berry Ratio niet zou kunnen toegepast worden in eender welk ander geval dan intragroup inbound / intragroup outbound – hetgeen pertinent onjuist is!

Het gebruik van de Berry Ratio dient getoetst te worden aan de principes zoals beschreven in TPG paragraaf 2.107, en niet aan het louter voorbeeld zoals in paragraaf 2.108.

→ Suggestie: Referentie aan gebruik schrappen, of volledig paragraaf 2.107 overnemen.

Gezien de summiere behandeling van de andere indicatoren, stellen we voor de eerste optie te hanteren.

### ***Aandachtspunten voor de transactionele nettomargemethode***

58. Begrote kosten versus reële kosten: zie supra.

*De kostenbasis en de voorschotten (TPG 2017, §§ 2.98 – 2.100)*

59. Volgens TPG 2017, § 2.98 is een methode van verrekenprijzen, gebaseerd op de kosten, enkel gepast indien die kosten een relevante factor zijn van de waarde van de uitgevoerde functies, de gebruikte activa en de risico's die de geteste partij op zich neemt. Dit betekent dat de kosten die geen relevante factor voor deze waarde vertegenwoordigen moeten worden uitgesloten van de kostenbasis voor de berekening van de winst.



→ TPG 2.98: Cost-based indicators should only be used in those cases where costs are a relevant indicator of the value of the functions performed, assets used and risks assumed by the tested party. In addition, the determination of what costs should be included in the cost base should derive from a careful review of the facts and circumstances of the case. Where the net profit indicator is weighted against costs, only those costs that directly or indirectly relate to the controlled transaction under review (or transactions aggregated in accordance to the principle at paragraphs 3.9-3.12) should be taken into account. Accordingly, an appropriate level of segmentation of a taxpayer's accounts is needed in order to exclude from the denominator costs that relate to other activities or transactions and materially affect comparability with uncontrolled transactions. Moreover, in most cases only those costs which are of an operating nature should be included in the denominator. The discussion at paragraphs 2.86-2.91 above also applies to costs as denominator.

OK

<sup>5</sup> Zie voetnoot 1

Circulaire verrekenprijzen 14 | 49

60. Met "voorschotkosten" worden de kosten bedoeld van de diensten die derden leveren aan de intragroepsdienstverlener, op voorwaarde dat het gaat om diensten die de derden rechtstreeks zouden kunnen factureren aan de vennootschappen van de groep die de begunstigde zijn van de intragroepsdiensten, en die de derden aan de intragroepsdienstverlener factureren voor een prijs die een arm's length-winstmarge omvat.

61. Een eenvoudige opdeling van kosten in "interne kosten" en "externe kosten" volstaat niet om deze "externe" kosten te elimineren uit de kostenbasis en ze door te factureren zonder marge. Heel wat "externe" kosten behoren immers tot de activiteit zelf en dragen bij tot de toegevoegde waarde. Een functionele analyse is onmisbaar om aanspraak te maken op de uitsluiting van bepaalde "externe" kosten uit de kostenbasis (zie ook TPG 2017, § 7.14).

→ TPG 2.99: "In applying a cost-based transactional net margin method, fully loaded costs are often used, including all the direct and indirect costs attributable to the activity or transaction, together with an appropriate allocation in respect of the overheads of the business. The question can arise whether and to what extent it is acceptable at arm's length to treat a significant portion of the taxpayer's costs as pass-through costs to which no profit element is attributed (i.e. as costs which are potentially excludable from the denominator of the net profit indicator). This depends on the extent to which an independent party in comparable circumstances would agree not to earn a mark-up on part of the costs it incurs. The response should not be based on the classification of costs as "internal" or "external" costs, but rather on a comparability (including functional) analysis. See paragraph 7.34."



→ TPG 7.34: “When an associated enterprise is acting only as an agent or intermediary in the provision of services, it is important in applying a cost based method that the return or mark-up is appropriate for the performance of an agency function rather than for the performance of the services themselves. In such a case, it may not be appropriate to determine arm’s length pricing as a mark-up on the cost of the services but rather on the costs of the agency function itself. For example, an associated enterprise may incur the costs of renting advertising space on behalf of group members, costs that the group members would have incurred directly had they been independent. In such a case, it may well be appropriate to pass on these costs to the group recipients without a mark-up, and to apply a mark-up only to the costs incurred by the intermediary in performing its agency function.”

De aangehaalde voorwaarde in de Circulaire stemt niet overeen met het basisprincipe van de TPG.

→ Suggestie: Geen eigen principiële voorwaarden naar voor te schuiven, maar vast te houden aan de TPG – voorwaarde.

Er wordt verwezen naar paragraaf 7.14. Dit moet 7.34 zijn.

→ Suggestie: verwijzing naar 7.34 ipv 7.13

→ Overigens vinden we het dan ook nuttig om 7.34 toe te voegen.

62. Voorbeeld: een logistieke vennootschap kan de niet-herbruikbare verpakkingen die dienen om haar goederen naar de klant te brengen niet uit de kostenbasis sluiten onder het voorwendsel dat de winstmarge op deze verpakkingen al is genomen door de leverancier ervan. Deze verpakkingen maken deel uit van haar functie van logistieke vennootschap en maken dus deel uit van de kostenbasis die haar toegevoegde waarde bepaalt.

63. Indien alle bovenstaande voorwaarden vervuld zijn, dient er geen winstmarge te worden toegepast op de voorschotkosten.

Wij lezen in bovengaande slechts “voorwaarden” die niet in de TPG staan. Of er al dan niet een winstelement moet toegevoegd worden, wordt geregeld in paragrafen 7.35 – 7.37.

→ Suggestie: Tevens naar TPG paragrafen 7.35-7.37 verwijzen.

#### *Vaststelling van de kostenbasis*

64. A priori dienen de Belgische boekhoudnormen als referentie om te bepalen welke kosten al dan niet deel uitmaken van de kostenbasis, tenzij de belastingplichtige kan aantonen dat het gebruik van andere boekhoudnormen meer geschikt is en dat er sprake is van continuïteit in het gebruik van de bewuste normen.

65. Berekening van de nettomarges: impact van de niet-recurrente kosten en opbrengsten in het schema van de jaarrekening

- als gevolg van wijzigingen ingevoegd door het koninklijk besluit van 18 december 2015 tot omzetting van de richtlijn 2013/34/EU, werd de voorstelling van de jaarrekening (in casu de resultatenrekening) gewijzigd voor de boekjaren die beginnen na 31 december 2015.
- het voornaamste verschil betreft de verdwijning van de uitzonderlijke resultaten en de verschijning van de niet-recurrente resultaten, inzonderheid in het nieuwe schema op pagina C4:
  - code 76A, Ann. 6.12; Niet-recurrente bedrijfsopbrengsten;
  - code 66A, Ann. 6.12; Niet-recurrente bedrijfskosten;
  - code 76B, Ann. 6.12; Niet-recurrente financiële opbrengsten;
  - code 66B, Ann. 6.12; Niet-recurrente financiële kosten;
- bij de berekening van de indicatoren van nettowinst dient men rekening te houden met de opname van deze niet-recurrente resultaten in de jaarrekening (en in de databanken die ze verzamelen) en dienen dus aanpassingen doorgevoerd te worden, zowel in de berekening van de marges van de Belgische belastingplichtigen als in de analyse van de vergelijkbare vennootschappen.

Dit gaat voor wat betreft de toepassing in de analyse van de vergelijkbare vennootschappen behoorlijk ver, gezien men dit dan zou moeten doen voor ieder land! De databank die courant gebruikt wordt, standaardiseert immers de data van de verschillende landen op een wijze waarin wij geen invloed hebben. We mogen toch aannemen dat de “operating (revenues)” in de databanken, gezuiverd zijn van “non-operating”.

→ Suggestie: Deze ‘verplichting’ achterwege laten tot er concreet nagegaan wordt hoe hier voor de gehele dataset (binnen EU bvb. waar dezelfde richtlijn speelt) dient mee omgegaan worden, op een praktisch haalbare manier (voor niet alle landen is niet altijd dezelfde detail beschikbaar, naast wat in de databank staat).

### De Profit Split methode 6 (PSM) TPG 2017, §§ 2.114 – 2.183 <sup>7</sup>

#### VOORAF:

Zoals gesteld in de Circulaire werd de PSM tekst pas in juni 2018 gepubliceerd. Het is onduidelijk of ze reeds door de OESO Raad goedgekeurd werden; Alvast wel door het “Inclusive Framework on BEPS” (pagina 4).

De OESO laat zelf uitschijnen dat deze geüpdatete versie de teksten binnen TPG2017 reeds vervangt, echter stellen wij ons vragen of dit voldoende is daar het beslissingen-nemende orgaan voor het formeel publiceren (anders) de OESO Raad is.

**Dit stelt een aantal fundamentele problemen op dit ogenblik:**

- **Welke teksten zijn vanaf wanneer toepasselijk – formeel goedgekeurd?**

- **Welke teksten moeten dan als basis kunnen dienen in de Circulaire? En vanaf wanneer is deze dan geldig als onderdeel van de Circulaire, dan wel de Circulaire als geheel?**

➔ **Suggestie: Dit eerst uit te klaren (wellicht als OESO-lid), of er eerst geen formele OESO Raad goedkeuring nodig is. We menen dat het sowieso goed is omwille van de vele veranderingen die noodzakelijk zijn om overeenstemming te behouden met de TPG alsook enkele Belgische internrechtelijke issues, reeds een tweede consultatie in te plannen, waartegen dit zou uitgeklaard kunnen worden. Als alternatief stellen we voor om deze sectie in beraad te houden (voorlopig niet op te nemen).**

66. De transactionele winstverdelingsmethode bestaat erin aan elke verbonden onderneming die deelneemt aan een gecontroleerde transactie het deel van de gemeenschappelijke nettowinst (of van het verlies) van deze transactie toe te kennen die een onafhankelijke onderneming zou mogen verwachten indien ze betrokken was bij een vergelijkbare vrijemarkttransactie (TPG 2017, § 2.114). De PSM is een van de methoden die de OESO aanbeveelt en zoals voor elke methode zijn het de accurate omschrijving van de transactie, de functionele analyse en de beschikbaarheid van betrouwbare informatie die bepalen welke methode het best geschikt is om de prijs van de transactie vast te stellen. Het gebrek aan betrouwbare informatie is in se onvoldoende om te besluiten dat de PSM de meest geschikte methode is (TPG 2.128).

➔ **RAPPORT JUNI 2018, para 2.114: “The transactional profit split method seeks to establish arm’s length outcomes or test reported outcomes for controlled transactions in order to approximate the results that would have been achieved between independent enterprises engaging in a comparable transaction or transactions. The method first identifies the profits to be split from the controlled transactions—the relevant profits—and then splits them between the associated enterprises on an economically valid basis that approximates the division of profits that would have been agreed at arm’s length. As is the case with all transfer pricing methods, the aim is to ensure that profits of the associated enterprises are aligned with the value of their contributions and the compensation which would have been agreed in comparable transactions between independent enterprises for those contributions. The transactional profit split method is particularly useful when the compensation to the associated enterprises can be more reliably valued by reference to the relative shares of their contributions to the profits arising in relation to the transaction(s) than by a more direct estimation of the value of those contributions.”**

➔ **RAPPORT JUNI 2018, para 2.115: “References to “profits” in this section should generally be taken as applying equally to losses. That is, where a transactional profit split method is determined to be the most appropriate method, it should generally also apply, and apply in the same way, regardless of whether the transaction(s) result in a relevant profit or loss. Asymmetrical splits of profits and losses (i.e. where the parties apply different considerations depending on the results of the transaction) might be arm’s length, but should be used with caution and appropriately documented.”**

Het 'toekennen' van de winst is niet noodzakelijk aan de orde, in het algemeen (zoals arm's length principe gedefinieerd werd), noch in het kader van de PSM waarmee men ondubbelzinnig doelt op de mogelijkheid tot 'testen'. Vandaar ook de ruime discussie in de OESO teksten over ex-ante vs. ex-post toepassing.

→ suggestie: aansluiten bij OESO tekst.

- RAPPORT JUNI 2018, para 2.116: "As is noted in paragraph 2.2, the selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case, taking into account the respective strengths and weaknesses of each method, its appropriateness in view of the nature of the accurately delineated controlled transaction, the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed for application, and the degree of comparability between the controlled and uncontrolled transactions. See also paragraphs 2.4 to 2.7."
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.117: "Guidance on how to determine whether the transactional profit split method is likely to be the most appropriate method is set out below, including the identification of certain features of a transaction which may be relevant. However it is important to note that there is no prescriptive rule for establishing when a particular transfer pricing method is the most appropriate method."
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.218: "While there is no requirement in these Guidelines to undertake exhaustive analysis or testing of every method in each case, the selection of the most appropriate method should take into account the relative appropriateness and reliability of the selected method as compared to other methods which could be used."
- 2.143. In general, it will tend to be the case that the presence of factors indicating that a transactional profit split is the most appropriate method will correspond to an absence of factors indicating that an alternative transfer pricing method—one which relies entirely on comparables—is the most appropriate method, determined in accordance with paragraph 2.2 of these Guidelines. Put another way, if information on reliable comparable uncontrolled transactions is available to price the transaction in its entirety, it is less likely that the transactional profit split method will be the most appropriate method. However, a lack of comparables alone is insufficient to warrant the use of a transactional profit split. See paragraph 2.128.

OK (tweede deel van para 66)

67. In tegenstelling met de eenzijdige methoden houdt de PSM rekening met de bijdragen van alle bij de transactie betrokken ondernemingen om tot een passende verdeling van de gecombineerde winst te komen. De gezamenlijke winst (verlies) van de gecontroleerde transactie(s) dienen geïdentificeerd te worden en vervolgens verdeeld volgens de bijdragen van elk van de verbonden ondernemingen op een economisch coherente basis vergelijkbaar met de wijze waarop niet-verbonden ondernemingen de winst (het verlies) zouden verdelen.

OK

68. Het gebruik van de PSM kan het meest gepast zijn indien:

- beide partijen unieke en waardevolle bijdragen leveren (TPG 2017, §§ 2.130 – 2.132);





- de activiteiten van de verbonden ondernemingen sterk geïntegreerd zijn (TPG 2017, §§ 2.133 – 2.138);
- belangrijke economische risico's worden gezamenlijk gedragen door de verbonden ondernemingen of economisch belangrijke risico's worden afzonderlijk gedragen door de verbonden ondernemingen maar de risico's zijn zo nauw verbonden dat de uitwerking van een risico de volledige transactie beïnvloedt (TPG 2017, §§ 2.139 – 2.142).

OK

69. Het voornaamste zwakke punt van deze methode bestaat in haar moeilijke toepassing (TPG 2017, § 2.123): toegankelijkheid van de informatie, de opbrengsten en kosten van elke partij vaststellen om tot het nettoresultaat te komen, toewijzing van de indirecte kosten tussen de al dan niet verbonden transacties ...

→ **RAPPORT JUNI 2018, para 2.123:** "A weakness of the transactional profit split method relates to difficulties in its application. On first review, the transactional profit split method may appear readily accessible to both taxpayers and tax administrations because it tends to rely less on information about independent enterprises. However, associated enterprises and tax administrations alike may have difficulty accessing the detailed information required to apply a transactional profit split method reliably. It may be difficult to measure the relevant revenue and costs for all the associated enterprises participating in the controlled transactions, which could require stating books and records on a common basis and making adjustments in accounting practices and currencies. Further, when the transactional profit split method is applied to operating profit, it may be difficult to identify the appropriate operating expenses associated with the transactions and to allocate costs between the transactions and the associated enterprises' other activities. Identifying the appropriate profit splitting factors can also be challenging. Given the necessity of applying judgement in determining each of the parameters for the application of the transactional profit split method, it will be particularly important to document how the method has been applied, including the determination of the relevant profits to be split, and how the profit splitting factors were arrived at. See sections C.4 and C.5."

OK

70. Er bestaan twee soorten PSM:

- De bijdrageanalyse (contribution analysis): de volledige gecombineerde nettowinst van de gecontroleerde transacties wordt verdeeld op een economisch coherente basis, waarbij de relatieve bijdragen van elke verbonden onderneming in aanmerking worden genomen
- De residuele analyse: er wordt in twee stappen gewerkt ✓ aan iedere deelnemer wordt uit de gecombineerde winst eerst een winst toegekend op basis van de uitgeoefende routinefuncties. Hierbij wordt een éénzijdige methode gebruikt; ✓ nadien wordt het



saldo van de gecombineerde winst toegewezen aan de verbonden ondernemingen op basis van een analyse van ieders bijdragen.

- RAPPORT JUNI 2018, para 2.150: “Under a contribution analysis, the relevant profits, which are the total profits from the controlled transactions under examination, are divided between the associated enterprises in order to arrive at a reasonable approximation of the division that independent enterprises would have achieved from engaging in comparable transactions. This division can be supported by comparables data where available. In the absence thereof, it should be based on the relative value of the contributions by each of the associated enterprises participating in the controlled transactions, determined using information internal to the MNE group, as a proxy for the division that independent enterprises would have achieved (see section C.5.2). In cases where the relative value of the contributions can be measured, it may not be necessary to estimate the actual market value of each party’s contributions.”
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.152: “Where the contributions of the parties are such that some can be reliably valued by reference to a one-sided method and benchmarked using comparables, while others cannot, the application of a residual analysis may be appropriate. A residual analysis divides the relevant profits from the controlled transactions under examination into two categories. In the first category are profits attributable to contributions which can be reliably benchmarked: typically less complex contributions for which reliable comparables can be found. Ordinarily this initial remuneration would be determined by applying one of the traditional transaction methods or a transactional net margin method to identify the remuneration of comparable transactions between independent enterprises. Thus, it would generally not account for the return that would be generated by a second category of contributions which may be unique and valuable, and/or are attributable to a high level of integration or the shared assumption of economically significant risks. Typically, the allocation of the residual profit among the parties will be based on the relative value of the second category of contributions of the parties in the same way as in the application of the contribution analysis outlined above and in accordance with the guidance as described in section C.5.”

Een verschil tussen TPG 2017 en 2018 Rapport is dat “combined profits” vervangen zijn geweest door de notie “relevant profits”

→ Suggestie: gecombineerde vervangen door relevante

<sup>6</sup> 16 voorbeelden van toepassing van de PSM zijn opgenomen in bijlage II van hoofdstuk II van de TPG 2017.

<sup>7</sup> Dit onderdeel van hoofdstuk II is gebaseerd op de aanpassing van TPG 2017 die door de OESO in juni 2018 werd gepubliceerd (de tekst is via deze link raadpleegbaar: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revisedguidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.htm> ). De verwijzingen naar randnummers van de TPG 2017 verwijzen naar de randnummers gebruikt in voormeld document.

71. De reële winst, d.i. de winst die effectief gerealiseerd is, wordt verdeeld indien de verbonden ondernemingen gezamenlijk de economisch belangrijke risico's dragen of de economisch belangrijke risico's worden afzonderlijk gedragen door de verbonden ondernemingen maar de risico's zijn zo nauw verbonden dat de uitwerking van een risico de volledige transactie beïnvloedt. In andere gevallen zou een verdeling van de te verwachte winst passender zijn.

- ➔ RAPPORT JUNI 2018, para 2.154: “The relevant profits to be split under the transactional profit split method are those of the associated enterprises arising as a result of the controlled transactions under review. It is essential to identify the level of aggregation, see paragraphs 3.9-3.12. In determining the relevant profits, it is therefore essential to first identify and accurately delineate the transactions to be covered by the transactional profit split method, and from this identify the relevant income and expense amounts for each party in relation to those transactions. See section C.4.2, below. Example 12 in Annex II to Chapter II of these Guidelines illustrates the principles of this section.”
- ➔ RAPPORT JUNI 2018, para 2.155: “Where the relevant profits to be split are comprised of profits of two or more associated enterprises, the relevant financial data of the parties to the transaction to which a transactional profit split is applied need to be put on a common basis as to accounting practice and currency, and then combined. Because accounting standards can have significant effects on the determination of the profits to be split, accounting standards should, in cases where the taxpayer chooses to use the transactional profit split method, be selected in advance of applying the method and applied consistently over the lifetime of the arrangement. Differences in accounting standards may affect the timing of revenue recognition as well as the treatment of expenses in arriving at profits. Material differences between the accounting standards used by the parties should be identified and aligned.
- ➔ RAPPORT JUNI 2018, para 2.156: “Financial accounting may provide the starting point for determining the profit to be split in the absence of harmonised tax accounting standards. The use of other financial data (e.g. cost accounting) should be permitted where such accounts exist, are reliable, auditable and sufficiently transactional. In this context, product-line income statements or divisional accounts may prove to be the most useful accounting records.
- ➔ RAPPORT JUNI 2018, para 2.157: “However, except in circumstances where the total activities of each of the parties are the subject of the profit split, the financial data will need to be segregated and allocations made in accordance with the accurately delineated transaction(s) so that the profits relating to the combined contributions made by the parties are identified. For example, a product supplier in a profit split with an associated enterprise engaged in European marketing and distribution would need to identify the profits arising from its production of goods for the European market, and exclude the profits arising from the production of goods for other markets. The exercise

may be relatively simple if the same goods are supplied to all markets, but will be more complex if different goods with different production costs or with different embedded technology, for example, are supplied to different markets. Similarly, if the associated enterprise engaged in European marketing and distribution buys products from other sources, it will need to segregate its financial data in a way that reflects the revenues, costs, and profits relating to the goods purchased from the associated product supplier in the profit split. Experience suggests that this initial stage in performing a profit split can in some circumstances be extremely complex, and the method of identifying the profits relevant to the transaction and any assumptions made in doing so need to be documented.”

Het begrip (“reële”/“verwachte”) winst wordt niet geduid in functie van boekhoudnormen, munteenheid. Het gebruik van “reële winst” zou de verwarring kunnen voeden dat men enkel de Belgische boekhoudcijfers dient te gebruiken. Dit kan uiteraard niet de bedoeling zijn.

→ Suggestie: Tevens de discussie uit paragrafen 2.154-2.157 duiden.

- RAPPORT JUNI 2018, para 2.158: “The determination of the profits to be split, including whether those profits are actual profits or anticipated profits, or some combination thereof, should be aligned with the accurately delineated transaction. Example 13 in Annex II to Chapter II illustrates the principles of this section.
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.159.: “Where the transactional profit split method is found to be the most appropriate, the splitting of actual profits, i.e. profits which have been affected by the playing out of economically significant risks, would only be appropriate where the accurate delineation of the transaction shows that the parties either share the assumption of the same economically significant risks associated with the business opportunity or separately assume closely related, economically significant risks associated with the business opportunity and consequently should share in the resulting profits or losses. These kinds of risk assumption may occur in scenarios where the business operations are highly integrated and/or each party makes unique and valuable contributions.
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.160.: “Alternatively, if the transactional profit split is found to be the most appropriate method (e.g. because each party to the transaction makes unique and valuable contributions) but one of the parties does not share in the assumption of the economically significant risks which might play out after entering into the transaction, a split of anticipated profits would be more appropriate. See scenario 1 of Example 13 in Annex II to Chapter II of this guidance.”
- RAPPORT JUNI 2018, para 2.161.: “In any application of a transactional profit split, care should be exercised to ensure that the method is applied without hindsight. See paragraph 3.74. That is, irrespective of whether a transactional profit split of anticipated or actual profits is used, unless there are major unforeseen developments which would have resulted in a renegotiation of the agreement had it occurred between independent parties, the basis upon which those profits are to be split between the associated

enterprises, including the profit splitting factors, the way in which relevant profits are calculated, and any adjustments or contingencies, must be determined on the basis of information known or reasonably foreseeable by the parties at the time the transactions were entered into. This is so notwithstanding the fact that in many cases, the actual calculations can necessarily only be performed some time afterwards, where, for example they apply profit splitting factors determined at the outset to the actual profits. Additionally, it should be remembered that the starting point in the accurate delineation of any transaction will generally be the written contracts which may reflect the intention of the parties at the time the contract was concluded. See paragraph 1.42.”

We noteren dat de TPG een combinatie van de methodes als mogelijkheid beschouwd.  
→ Suggestie: Tevens de nuance vermelden dat afhankelijk van de feiten, de mogelijkheid bestaat om een combinatie van de methodes te hanteren.

72. Er bestaan voor de winstverdeling geen echte lijsten van criteria die optimale verdeelsleutels definiëren (TPG 2017, §§ 2.166 -2.168).

73. De verdeelsleutels dienen wel:

- gebaseerd te zijn op objectieve gegevens;
- verifieerbaar te zijn en
- gestaafd door vergelijkbare gegevens, interne gegevens of beide samen.

→ RAPPORT JUNI 2018, para 2.166.: “Profits should be split on an economically valid basis that reflects the relative contributions of the parties to the transaction and thus approximates the division of profits that would have obtained at arm’s length. The relevance of comparable uncontrolled transactions or internal data (see section C.5.2) and the criteria used to achieve an arm’s length division of the profits depend on the facts and circumstances of the case. It is therefore not desirable to establish a prescriptive list of criteria or profit splitting factors. See paragraphs 2.146-2.148 for general guidance on the consistency of the determination of the splitting factors. In addition, the criteria or splitting factors used to split the profit should:

- Be independent of transfer pricing policy formulation, i.e. they should be based on objective data (e.g. sales to independent parties), not on data relating to the remuneration of controlled transactions (e.g. sales to associated enterprises),
- Be verifiable, and
- Be supported by comparables data, internal data, or both..”

OK



## **Hoofdstuk III DE VERGELIJKBAARHEIDSANALYSE**

### VOORAF:

Gezien dit hoofdstuk een toepassingsmodaliteit betreft, en overigens slechts een "typisch" proces exemplarisch inhoudt, geven we hier niet een zeer gedetailleerde commentaar, doch de belangrijkste punten. In het algemeen raden we wel in het kader van rechtszekerheid in een internationaal perspectief (het vermijden van dubbele standaarden) aan de 'vertaling' kritisch na te kijken en daar waar nodig (waar twijfel over correcte interpretatie kan bestaan, waar de nodige nuance ontbreekt) beter te doen aansluiten met de teksten zoals in de TPG 2017.

### INLEIDING

74. Het onderzoek naar de vergelijkbaarheid van transacties wordt de vergelijkbaarheidsanalyse genoemd. De vergelijkbaarheidsanalyse is van belang voor alle verrekenprijsmethoden die gebruikt worden om te beoordelen of gelieerde transacties in overeenstemming zijn met het arm's length beginsel en dus markconform zijn. Zij vormt de basis voor iedere onderbouwing van de gehanteerde verrekenprijzen.
75. Vergelijkbaar zijn betekent dat er geen verschillen bestaan die de onderzochte voorwaarde (prijs, winstmarge,...) essentieel kunnen beïnvloeden of dat de invloed van eventuele verschillen kan worden weggewerkt mits voldoende nauwkeurige aanpassingen door te voeren.
- ➔ TPG 3.1.: "General guidance on comparability is found in Section D of Chapter I. By definition, a comparison implies examining two terms: the controlled transaction under review and the uncontrolled transactions that are regarded as potentially comparable. The search for comparables is only part of the comparability analysis. It should be neither confused with nor separated from the comparability analysis. The search for information on potentially comparable uncontrolled transactions and the process of identifying comparables is dependent upon prior analysis of the taxpayer's controlled transaction and of the economically relevant characteristics or comparability factors (see Section D.1 of Chapter I). A methodical, consistent approach should provide some continuity or linkage in the whole analytical process, thereby maintaining a constant relationship amongst the various steps: from the preliminary analysis of the conditions of the controlled transaction, to the selection of the transfer pricing method, through to the identification of potential comparables and ultimately a conclusion about whether the controlled transactions being examined are consistent with the arm's length principle as described in paragraph 1 of Article 9 of the OECD Model Tax Convention

De notie "geen verschillen" – die later wel in perspectief gebracht wordt door "essentieel" kan onzes inziens beter aansluiten bij de TPG als volgt.

→ Suggestie: “geen essentiële verschillen” ... die op “materiële wijze kunnen beïnvloeden”...

Er zou onduidelijkheid kunnen bestaan door het gebruik van de term ‘vergelijkbaarheidsanalyse’.

→ Suggestie: Ook duiding geven wat vergelijkbaarheidsanalyse in ruime zin en vergelijkbaarheidsanalyse in enge zin betekent...

## VERLOOP VAN EEN VERGELIJKBAARHEIDSANALYSE

[Sectie Titel = TYPICAL PROCESS]

→ Suggestie: Typische verloop van ...

Zoals in ons woord vooraf bij dit hoofdstuk, gezien dit een typisch proces betreft, gaan we hier geen gedetailleerde verschillenanalyse uitvoeren voor wat betreft de verschillen met wat de TPG 2017 stellen, doch onze commentaren beperken tot (i) eventuele tegenstrijdigheden met betrekking tot het arm’s length principe (hoofdstuk I van de TPG 2017, de basis) en de transfer pricing methodes (hoofdstukken II en III), alsook (ii) overwegingen vanuit de praktijk.

76. Na de analyse van de functies, de gedragen risico’s en de aangewende activa van de bij de transacties betrokken partijen (cfr. bespreking onder hoofdstuk I van deze circulaire) is de zoektocht naar betrouwbare vergelijkingspunten (“comparables”) de volgende stap bij het vinden van de arm’s length prijs.
77. De TPG 2017 beschrijven in hoofdstuk III (rubriek A.1) hoe een dergelijk proces kan verlopen aan de hand van 9 stappen. Echter, eender welk ander proces dat kan leiden tot de identificatie van betrouwbare vergelijkingspunten, kan worden aanvaard. De nadruk ligt eerder op de betrouwbaarheid van het resultaat van het vergelijkbaarheidsonderzoek dan op het te volgen proces (TPG 2017, § 3.4).
78. Overzicht van het verloop van een vergelijkbaarheidsanalyse<sup>8</sup>:

Stap 1	Bepalen van de periode van analyse
Stap 2	Algemene analyse van de omstandigheden van de belastingplichtige
Stap 3	Analyse van de gelieerde transactie(s) gebaseerd op de functionele analyse om te beoordelen wie de 'tested party' zal zijn, welke verrekenprijsmethode passend is, welke financiële indicator daarbij hoort (in het geval van een transactionele winstmethode) en welke vergelijkbaarheidsfactoren in de analyse betrokken moeten worden
Stap 4	Beoordeling van mogelijk bestaande interne comparables
Stap 5	Bepaling van de aanwezige informatie met betrekking tot externe comparables met beoordeling van hun relatieve betrouwbaarheid
Stap 6	Keuze van de meest passende verrekenprijsmethode en de bepaling van de relevante financiële indicator
Stap 7	Identificatie van de potentiële comparables, rekening houdend met de factoren die reeds in stap 3 zijn bepaald en in overeenstemming

	met de vergelijkbaarheidsfactoren zoals deze zijn opgenomen in TPG 2017, §§ 1.38 – 1.63
Stap 8	Bepaling van passende comparability adjustments indien noodzakelijk
Stap 9	Interpretatie en gebruik van de verzamelde gegevens ter bepaling van de passende arm's-lengthvergoeding

<sup>8</sup> TPG 2017, chapter III, § 3

#### Circulaire verrekenprijzen 18 | 49

79. Het proces van een vergelijkbaarheidsonderzoek wordt hierna beknopt besproken met telkens een verwijzing naar de richtlijnen die de OESO hieromtrent heeft verstrekt.

#### **Stap 1. Bepalen van de periode voor het vergelijkbaarheidsonderzoek (TPG 2017, §§ 3.74 – 3.79)**

80. Bij de analyse van de prijzen dienen alle relevante feiten en omstandigheden, die op het moment van het bepalen van de prijs bekend zijn, te worden meegenomen.

81. Om een beter beeld te krijgen van de omstandigheden waarin een transactie plaatsvond, kan het aangewezen zijn om meerdere jaren in beschouwing te nemen wanneer dit een meerwaarde betekent voor de verrekenprijsanalyse.

82. Het in aanmerking nemen van meerdere jaren kan scheeftrekkingen milderer ingevolge verschillen in economische, markt- of ondernemingsomstandigheden. Zodoende kunnen verschillen inzake markt- en productcycli worden genivelleerd wat leidt tot een betere vergelijkbaarheid. Hoeveel jaren uiteindelijk moeten worden in aanmerking genomen, hangt af van de feiten en omstandigheden eigen aan elk geval. De specifieke kenmerken van de industriële sector waarin de belastingplichtige actief is kan eveneens een invloed hebben op de bepaling van de tijdshorizon die wordt in aanmerking genomen.

→ Suggestie: sector i.p.v. industriële sector

83. De administratie neemt het standpunt in dat minstens 3 jaren dienen meegenomen te worden in de analyse van de vergelijkingspunten. Bij de te testen partij daarentegen worden de gegevens logischerwijze beperkt tot die van de transactie die wordt onderzocht voor een welbepaald jaar.

Volgens de TPG, en in andere landen, is er geen strikte vereiste om 3 jaren als minimum te nemen.

De TPG 2017 in paragraaf 3.75 wordt dit zelfs expliciet gesteld als “not a systematic requirement”.





Naar onze visie – economisch – hangt dit ook samen met de typische ‘business cycle’ waaraan de onderneming onderhevig is: bij sommige is die zeer kort, bij andere lang...

→ Suggestie: Geen standpunt innemen, de belastingbetaler duidt de reden van het gebruik van meerdere jaren in principe in de verrekenprijsanalyse.

Het “logischerwijze” feit dat de gegevens van de geteste party enkel op jaarbasis getoetst kunnen worden, kunnen wij “uiteraard” plaatsen in het kader van het annualiteitsbeginsel.

Echter, willen we erop wijzen dat (i) er tussen derden afspraken kunnen gelden die het (boekhoudkundige) jaarbeginsel overschrijden en in een ‘afrekening’ voorzien over meerdere jaren, en (ii) er landen zijn waar men deze logica niet per definitie volgt maar wel de economische realiteit zoals in het eerste punt in rekening brengt (bvb. Verenigde Staten)  
→ De notie “logischerwijze” schrappen – de facto geheel schrappen OF dit kaderen binnen het strikt geldende Belgisch wettelijk kader, indien mogelijk en niet conflicterend met het arm’s length principe (als het aannemelijk is dat ook derden op dergelijke wijze / voorwaarden zouden kunnen worden); In andere gevallen, de economische realiteit laten primeren.

84. Inzake het gebruik van informatie van jaren die vallen na het jaar waarin de transactie heeft plaatsgevonden kan worden verwezen naar TPG 2017, §3.74. Deze informatie kan bijvoorbeeld relevant zijn voor de analyse van de werkelijke voorwaarden en de afspraken die gelden tussen partijen in het kader van een nauwkeurige afbakening van de transactie die wordt onderzocht.

## **Stap 2. Brede analyse van de omstandigheden waaronder de belastingplichtige zijn activiteiten voert (TPG 2017, § 3.7)**

85. In deze stap worden de industrie, de concurrentie en de wetgevende factoren die de context bepalen waarbinnen de belastingplichtige zijn bedrijvigheid voert, geanalyseerd.

86. De prijzen verschillen van markt tot markt, zelfs voor dezelfde goederen en diensten.

87. Om transacties te vergelijken kan het noodzakelijk zijn de volgende economische omstandigheden te analyseren:

- geografische ligging;
- omvang van de markt;
- concurrentie, omvang en belang van concurrenten;
- beschikbaarheid van vervangende goederen en diensten;
- niveaus van vraag en aanbod;
- koopkracht van de consument;
- overheidsvoorschriften en
- productiekosten (bv. kosten van lokale arbeidskrachten en grondstoffen).

→ Suggestie: Als “niet-limitatief” bestempelen



88. Aanvullend kan worden verwezen naar de bespreking van de vergelijkbaarheidsindicatoren en de behandeling van locatievoordelen (“location savings”) in het hoofdstuk I van deze circulaire.

**Stap 3: Analyse van de gelieerde transactie(s) (TPG 2017, §§ 3.8 – 3.17)**

89. Het is bij de analyse van belang om de commerciële en financiële relaties tussen de verbonden ondernemingen te onderzoeken en de relevante voorwaarden en omstandigheden in kaart te brengen, om op deze wijze de werkelijk aangegane transactie te bepalen die uiteindelijk moet worden vergeleken met de transacties tussen niet-verbonden ondernemingen. Alvorens te vergelijken moet duidelijk worden afgebakend wat de transactie als zodanig precies behelst.

90. Dit proces wordt in OESO-terminologie de 'accurate delineation of the actual transaction' genoemd.

→ TPG 2017: 1.35: “The process then narrows to identify how each MNE within that MNE group operates, and provides an analysis of what each MNE does (e.g. a production company, a sales company) and identifies its commercial or financial relations with associated enterprises as expressed in transactions between them. The accurate delineation of the actual transaction or transactions between the associated enterprises requires analysis of the economically relevant characteristics of the transaction. These economically relevant characteristics consist of the conditions of the transaction and the economically relevant circumstances in which the transaction takes place. The application of the arm’s length principle depends on determining the conditions that independent parties would have agreed in comparable transactions in comparable circumstances. Before making comparisons with uncontrolled transactions, it is therefore vital to identify the economically relevant characteristics of the commercial or financial relations as expressed in the controlled transaction

→ **Suggestie: Toevoegen ‘economisch relevante factoren’**

91. De verbonden onderneming met de minst complexe functies in de te onderzoeken transactie zal worden weerhouden als de te testen partij (TPG 2017, §§ 3.18 – 3.19).

→ **Zie eerdere commentaren: ‘most often’ minst complexe + voor niet-TNMM methode niet noodzakelijk relevant.**

***Samengestelde of opgesplitste transacties:***

92. De combinatie van transacties is meestal aangewezen om louter praktische overwegingen aangezien individuele transacties dikwijls moeilijk vergelijkbaar zijn. Daarnaast kan een combinatie van transacties noodzakelijk zijn in bepaalde gevallen waarbij de strategieën van verbonden ondernemingen afwijken van die van onafhankelijke ondernemingen. In die gevallen

is het nuttig om producten of activiteiten te groeperen om zo de relatieve bijdrage in de winst te achterhalen.

93. Wanneer goederen zeer gelijkaardig of nauw gerelateerd zijn kunnen deze worden beschouwd als één geheel op voorwaarde dat deze verschillende goederen zeer gelijkaardige kenmerken hebben die zich weerspiegelen in productie-, marketing- en verkoopkosten.
94. Het is aan de belastingplichtige om in geval van samengestelde of opgesplitste transacties aan te tonen dat de aangenomen verrekenprijs voldoet aan het arm's length beginsel.

We wijzen erop rekening te houden evenwel dat de bewijslast in België dient in overeenstemming te blijven met de Belgische internrechtelijke procedures, en in het bijzonder hier dat de algemene fiscale regels gevolgd worden. In het algemeen dient dit dus reeds getoetst te worden vanuit de Belgische verrekenprijsdocumentatie verplichting die al dan niet geldt. In het bijzonder, kan volgens ons de Circulaire niet normerend interveniëren in de bewijslastregeling die samenhangt met het Belgische wetsartikel dat in casu opgeworpen wordt als basis om een correctie aan te brengen.

#### ***Intentionele compensaties***

95. Soms besluiten ondernemingen om niet iedere levering afzonderlijk te vergoeden maar om bijvoorbeeld de waarde van de levering van onderneming A aan verbonden onderneming B te vergelijken met de waarde van de levering van onderneming B aan verbonden onderneming A en slechts het verschil tussen deze respectievelijke waarden te vereffenen. In de TPG 2017 wordt dan gesproken van intentionele compensatieregelingen (TPG 2017, § 3.13 e.v., “intentional setoffs”).

→ Suggestie: niet de term ‘levering’ gebruiken, want dit zou ook kunnen wijzen op een reciproke waarde toevoeging (win-win situatie) zonder dat er expliciet een dienst of goed geleverd wordt, maar eerder dat (zoals de TPG stellen) de ‘voordelen’ onderling compenseerbaar zijn.

96. Het bestaan van een compensatieregeling neemt niet weg dat elk van de transacties op zich moet gebeuren tegen marktconforme voorwaarden.

“Moet gebeuren” kan uiteraard niet de bedoeling zijn, want daar gaat het net over dat men de individuele transactie niet doorvoert, doch enkel het netto compenseerbare. De TPG zeggen dat ook de individuele transacties die in rekening gebracht worden (maar dus niet individueel uitgevoerd) ‘consistent moeten zijn met het arm’s length principe’, wanneer ze in verrekend worden om tot de compensatieregeling te komen.

→ Suggestie: ‘moet gebeuren’ vervangen door ‘consistent met het arm’s length principe in rekening gebracht’.

#### **Stap 4: Beoordeling van de bestaande interne vergelijkingspunten (TPG 2017, §§ 3.27 – 3.28)**



97. De beste bron van vergelijkingspunten zal in sommige gevallen binnen de multinationale groep van ondernemingen zelf te vinden zijn. Een grote multinationale groep zal contracten en handelsrelaties hebben met vele klanten, leveranciers, aannemers, enz. De prijzen, voorwaarden en condities van deze transacties met onafhankelijke ondernemingen kunnen worden vergeleken met de prijzen, voorwaarden en condities van gelijkaardige transacties met verbonden ondernemingen.

We merken op dat dit veelal niet-vergelijkbare transacties betreft.

98. Interne vergelijkingspunten moeten eveneens voldoen aan de 5 vergelijkbaarheidsfactoren zoals besproken in hoofdstuk I van deze circulaire.

Circulaire verrekenprijzen 20 | 49

#### Stap 5: Externe vergelijkingspunten en hun bronnen (TPG 2017, §§ 3.29 – 3.39)

99. Daar waar voor interne vergelijkingspunten de informatie aanwezig is binnen de onderzochte entiteit of binnen de betreffende multinationale groep, dient voor de externe vergelijkingspunten te worden gezocht in voor het publiek toegankelijke gegevens of in commerciële databanken.

100. Bij het gebruik van commerciële databanken dient de kwaliteit van de vergelijkingspunten voorop te staan en niet de kwantiteit. Het is dan ook aangewezen om bij het gebruik ervan de hieruit voortvloeiende informatie vervolgens te verfijnen door deze te testen aan andere publiek beschikbare informatie (zoals bijvoorbeeld informatie opgenomen in de jaarverslagen en op de website van de potentiële vergelijkingspunten).

→ 3.33.: “Use of commercial databases should not encourage quantity over quality. In practice, performing a comparability analysis using a commercial database alone may give rise to concerns about the reliability of the analysis, given the quality of the information relevant to assessing comparability that is typically obtainable from a database. To address these concerns, database searches may need to be refined with other publicly available information, depending on the facts and circumstances. Such a refinement of the database search with other sources of information is meant to promote quality over standardised approaches and is valid both for database searches made by taxpayers/practitioners and for those made by tax administrations. It should be understood in light of the discussion of the costs and compliance burden created for the taxpayer at paragraphs 3.80-3.83.”

→ TPG 3.80: “One question that arises when putting the need for comparability analyses into perspective is the extent of the burden and costs that should be



borne by a taxpayer to identify possible comparables and obtain detailed information thereon. It is recognised that the cost of information can be a real concern, especially for small to medium sized operations, but also for those MNEs that deal with a very large number of controlled transactions in many countries. Paragraph 4.28 and Chapter V contain explicit recognition of the need for a reasonable application of the requirement to document comparability.”

→ TPG 3.81: “When undertaking a comparability analysis, there is no requirement for an exhaustive search of all possible relevant sources of information. Taxpayers and tax administrations should exercise judgment to determine whether particular comparables are reliable.”

→ TPG 3.82: “It is a good practice for taxpayers to set up a process to establish, monitor and review their transfer prices, taking into account the size of the transactions, their complexity, level of risk involved, and whether they are performed in a stable or changing environment. Such a practical approach would conform to a pragmatic risk assessment strategy or prudent business management principle. In practice, this means that it may be reasonable for a taxpayer to devote relatively less effort to finding information on comparables supporting less significant or less material controlled transactions. For simple transactions that are carried out in a stable environment and the characteristics of which remain the same or similar, a detailed comparability (including functional) analysis may not be needed every year.”

→ TPG 3.83: “Small to medium sized enterprises are entering into the area of transfer pricing and the number of cross-border transactions is ever increasing. Although the arm’s length principle applies equally to small and medium sized enterprises and transactions, pragmatic solutions may be appropriate in order to make it possible to find a reasonable response to each transfer pricing case.”

We willen er toch op wijzen dat de kosten en administratieve last in evenredigheid dienen getoetst te worden.

101. Het identificatieproces van vergelijkbare transacties van derden moet transparant, systematisch en verifieerbaar<sup>9</sup> zijn.

#### **Stap 6: Selectie van de meest geschikte verrekenprijsmethode (TPG 2017, §§ 3.20 – 3.23)**

102. Deze stap omvat het identificeren van de meest betrouwbare verrekenprijsmethode voor het vaststellen of het testen van de arm’s length voorwaarden. Hoewel de keuze van de meest geschikte methode, om uitvoerbaar te zijn, in de eerste plaats moet afhangen van de afbakening van de te testen transactie (zoals hierboven besproken onder stap 3), moet ook rekening



worden gehouden met de beschikbaarheid van potentiële vergelijkingspunten die nodig zijn om de gekozen methode te kunnen toepassen.

103. Zie voor een uitvoerige bespreking van de verrekenprijsmethoden hoofdstuk II van deze circulaire.

#### **Stap 7: Selecteren en verwerpen van potentiële vergelijkbare bedrijven (TPG 2017, §§ 3.40 – 3.46)**

##### ***Algemeen***

104. TPG 2017, §§ 3.40– 3.42 vermelden 2 benaderingen om potentieel vergelijkbare transacties te identificeren:

- De additieve benadering

105. Hierbij wordt een lijst van niet-verbonden ondernemingen opgesteld die worden geacht partij te zijn in potentieel vergelijkbare transacties. Deze benadering leunt het best aan bij de zoektocht binnen de onderneming naar vergelijkbare transacties met derde partijen (interne vergelijkingspunten).

- De deductieve benadering

106. Hierbij is het vertrekpunt een uitgebreide lijst van potentieel vergelijkbare bedrijven die bij voorkeur in dezelfde sector actief zijn en een vergelijkbare functie lijken te verrichten door gebruik te maken van een (commerciële) databank.

107. Het kan voorkomen dat op basis van de functionele analyse en op basis van de duidelijke afbakening van de gecontroleerde transactie er geen potentiële interne vergelijkingspunten kunnen worden geïdentificeerd. In dat geval moeten externe vergelijkingspunten in aanmerking worden genomen en geïdentificeerd. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval en van de vergelijkbaarheidsfactoren die van invloed zijn op de potentiële vergelijkingspunten,

<sup>9</sup> *EU Joint Transfer Pricing Forum, Report on the use of comparables in the EU, oktober 2016.*

kunnen externe vergelijkingspunten worden gezocht bij binnenlandse en/of buitenlandse informatiebronnen.

108. Wanneer onvoldoende vergelijkingspunten kunnen worden gevonden in het land van de te testen partij kan een uitbreiding worden gedaan naar de markten die het nauwst aansluiten bij de thuismarkt mits die markten voldoende vergelijkbaar zijn. De administratie aanvaardt PanEuropese studies, bij voorkeur gebaseerd op de 15 EU landen die lid waren vóór de uitbreiding van de EU in 2004.

Dit is afhankelijk van (i) locatie van de tested party, en (ii) de homogeniteit van de markten. In de praktijk, worden ook de EFTA-landen toegevoegd naar onze ervaring.

109. Er zouden geen verschillen mogen zijn tussen de markt waar de activiteiten plaatsvinden en de markt waar een vergelijkbare onderneming activiteiten ontplooit die van wezenlijke invloed kunnen zijn op de prijs die tussen onafhankelijke ondernemingen zou worden overeengekomen.
110. De keuze van de belastingplichtige voor het in aanmerking nemen van andere dan de hierboven beoogde landen moet worden verantwoord en onderbouwd.

#### ***Verlieslatende ondernemingen***

111. De administratie aanvaardt onder de vergelijkingspunten in de range geen ondernemingen met 2 of meer verlieslatende jaren.

Dit is onzes inziens tevens afhankelijk van de aantal jaren die in de weging meegenomen worden.

112. Hoewel normale business activiteiten kunnen leiden tot een occasioneel verlies dient in elk geval te worden nagegaan of de volatiliteit van de exploitatieresultaten te maken heeft met de industrie waarin de onderneming actief is of eerder het gevolg is van een beleidswijziging of een reorganisatie. In dit laatste geval dient de verwijdering van het vergelijkingspunt te worden overwogen.

#### ***Startende ondernemingen:***

113. Startende ondernemingen worden niet meegenomen in de set van vergelijkingspunten omdat de data kunnen worden vertekend door specifieke omstandigheden die te maken hebben met de opstart van de activiteiten (bv. opstartverliezen, aanwezigheid van marktpenetratiekosten,.....). De administratie is van mening dat ondernemingen die minder dan 4 jaren geleden werden opgericht buiten beschouwing dienen gelaten te worden.

Tenzij de tested party een startende onderneming is...?

#### ***Diagnostische ratio's:***

114. Om het selectieproces verder te verfijnen kan worden gebruik gemaakt van kwantitatieve criteria onder de vorm van diagnostische ratio's.
115. Er zijn 2 hoofdredenen die pleiten voor het gebruik van diagnostische ratio's:
  - om de betrouwbaarheid in termen van vergelijkbaarheid van de weerhouden vergelijkbare ondernemingen/transacties te verbeteren,
  - om het aantal weerhouden potentieel vergelijkbare bedrijven te reduceren tot een beheersbare set met minder bedrijven.

116. Diagnostische ratio's zijn ratio's die zijn gebaseerd op items uit de balans- en resultatenrekening, waarbij wordt nagegaan in welke mate deze van de vergelijkingspunten matchen met deze van de te testen partij. Dergelijke ratio's kunnen vele vormen aannemen zoals bijvoorbeeld:

- immateriële activa over totale activa of vaste activa over totale activa
- omzet per personeelslid of vaste activa per personeelslid
- operationele uitgaven over verkopen of CoGS over verkopen

We zijn eerder voorstander van asset turnover ratio's – bvb. IVA/Sales – dit zegt veel meer

#### Circulaire verrekenprijzen 22 | 49

- voorraad over verkopen of voorraad over totale activa
- gemiddeld uitstaand klantenkrediet of gemiddeld uitstaand leverancierskrediet

117. Welke diagnostische ratio('s) uiteindelijk word(t)(en) gebruikt hangt af van verschillende factoren, waaronder de aard van de gevoerde business en de "value drivers" die kunnen worden geïdentificeerd.

118. Gezien de focus van de vergelijkbaarheidsanalyse ligt op de identificatie van vergelijkbare ondernemingen/transacties eerder dan op het vergelijkbaar maken van ondernemingen gaat de voorkeur naar de toepassing van diagnostische ratio's boven het routinematig doorvoeren van vergelijkbaarheidsaanpassingen aan de weerhouden vergelijkingspunten.

119. Onder de omstandigheden aangehaald in TPG 2017, § 3.57 kunnen statistische tools de betrouwbaarheid van de analyse uiteindelijk nog verhogen (zie verder onder stap 9 voor de bespreking van het gebruik van de interkwartielrange).

#### ***Periodiciteit.***

120. De documentatie van de vergelijkbaarheidsanalyse moet regelmatig worden bijgewerkt in het licht van eventuele wijzigingen in de functies en de risico's van de onderzochte onderneming. De documentatie moet worden opgesteld gelijktijdig met de transactie in kwestie (TPG 2017, § 3.67 – 3.69).

Dit is naar onze ervaring onhaalbaar voor de meeste belastingbetalers. Het kan ook niet "moeten" zijn, want het arm's length principe is als een toetsing opgevat (ex-post).  
→ Suggestie: De vertaling van de betrokken TPG 2017 nog eens grondig nakijken en hierbij aansluiten.

121. De Administratie meent dat een update van de oorspronkelijke TP-studie best om de drie jaar plaats vindt tenzij de feiten en omstandigheden een snellere update noodzakelijk maken.





122. De selectie van potentiële 'comparables' en met name de keuze van de selectiecriteria is van essentieel belang voor de toepassing van de vergelijkbaarheidsanalyse. De keuze van de selectiecriteria beïnvloedt immers rechtstreeks het resultaat van de vergelijkbaarheidsanalyse.

#### **Stap 8: Aanpassingen om verschillen in vergelijkbaarheid te elimineren (TPG 2017, §§ 3.47 – 3.54)**

123. Materiële verschillen tussen de gelieerde en niet-gelieerde transacties beïnvloeden de vergelijkbaarheid. Teneinde deze negatieve impact op de vergelijkbaarheid te elimineren, kunnen zogenoemde vergelijkbaarheidsaanpassingen ('comparability adjustments') worden aangebracht. De OESO benadrukt dat aanpassingen enkel mogen worden uitgevoerd als ze tot een vergelijkbare 'comparable' leiden (TPG 2017, § 3.52). De enige correcties die dus mogen worden toegepast zijn deze die de vergelijkbaarheid verbeteren.

→ TPG 3.53: It is not appropriate to view some comparability adjustments, such as for differences in levels of working capital, as "routine" and uncontroversial, and to view certain other adjustments, such as for country risk, as more subjective and therefore subject to additional requirements of proof and reliability. The only adjustments that should be made are those that are expected to improve comparability.

→ Suggestie: die 'geacht' worden de vergelijkbaarheid te verbeteren

124. Naarmate het aantal correcties toeneemt, vermindert echter de betrouwbaarheid van de potentiële 'comparables' en groeit het risico dat totaal ongeschikte 'comparables' kunstmatig geschikt worden gemaakt.

→ TPG 3.51: [...] On the other hand, the need to perform numerous or substantial adjustments to key comparability factors may indicate that the third party transactions are in fact not sufficiently comparable.

→ Suggestie: 'kan' de betrouwbaarheid verminderen (geen zekerheid)

125. Vergelijkbaarheidsaanpassingen dienen in het bijzonder te worden onderbouwd op de volgende punten:

- de belangrijkheid van het verschil waarvoor een correctie wordt overwogen,
- de kwaliteit van de gegevens die het voorwerp zijn van een correctie,
- de omstandigheden die worden geacht een belangrijke invloed te hebben op de prijs (winst),
- het doel van de correctie,
- de betrouwbaarheid van de voor de correctie gebruikte methode

126. Vergelijkbaarheidsaanpassingen kunnen niet worden gebruikt om belangrijke verschillen te corrigeren inzake activa en risico's gezien deze eerder wijzen op inconsistentie van de gebruikte selectiecriteria en op verschillen in het risico- en functieprofiel met de te testen partij.

Wij zijn van mening dat dit wel op een gepaste, "reasonably accurate" manier kan gebeuren. Quid, aanpassingen voor werkkapitaal-aanpassingen (kunnen belangrijk zijn)? Quid, aanpassingen voor tolling (vanuit full-fledge productie-entiteiten)? Dit is allemaal mogelijk; zelfs een noodzaak in veel gevallen.

→ Suggestie: Schrappen.

127. Vergelijkbaarheidsaanpassingen worden doorgaans toegepast om rekening te houden met verschillen inzake werkkapitaal/bedrijfskapitaal tussen de vergelijkingspunten en de te testen partij.

#### **Stap 9: Het gebruik van een arm's length range (TPG 2017, §§ 3.55 – 3.66)**

##### ***Bepalen en toepassen van de range***

128. De administratie gaat principieel uit van de interkwartielrange (IQR) -benadering van de weerhouden vergelijkingspunten.

→ TPG 2017 para 3.57: "It may also be the case that, while every effort has been made to exclude points that have a lesser degree of comparability, what is arrived at is a range of figures for which it is considered, given the process used for selecting comparables and limitations in information available on comparables, that some comparability defects remain that cannot be identified and/or quantified, and are therefore not adjusted. In such cases, if the range includes a sizeable number of observations, statistical tools that take account of central tendency to narrow the range (e.g. the interquartile range or other percentiles) might help to enhance the reliability of the analysis."

De IQR is inderdaad de meest courant gebruikte statistische methode, doch we wijzen erop dat principieel ook andere statistische methoden aanvaardbaar dienen te zijn.

→ Suggestie: toevoegen dat 'andere statistische methodes ook aanvaardbaar en nuttig kunnen zijn (de optie openhouden).

129. Indien de vergelijkingspunten zeer goed vergelijkbaar zijn kan in uitzonderlijke gevallen de volledige range worden weerhouden.

OK.

130. De administratie zal het resultaat van de geteste partij aanvaarden wanneer het resultaat van de geteste transactie in de IQR valt en er op ex-ante basis bij de prijszetting werd uitgegaan van de mediaanpositie.

- Suggestie: Toevoegen “en met referentie aan de uitzondering in paragraaf 129, de volledige range”.
- TPG 2017 para 3.60: “If the relevant condition of the controlled transaction (e.g. price or margin) is within the arm’s length range, no adjustment should be made.

De toepassing van de mediaan op een ex-ante manier kan absoluut geen voorwaarde vormen, voor het aanvaarden het resultaat dat binnen de arm’s length range zou vallen. Ook indien geen ex-ante mediaan politiek gevoerd wordt, en de uitkomst valt uiteindelijk binnen de at arm’s length range, dan kan er geen correctie zijn. Arm’s length = Arm’s length.

De voorwaarde die gesteld wordt in de Circulaire druist in tegen de TPG 2017 en het arm’s length principe, en is overigens in de praktijk de facto niet haalbaar. Men kan met name geen systeem-prijszettingen uitvoeren voor diverse transacties die op overall basis op netto-marge mediaan-target moeten uitkomen. Enkel op gebudgetteerde basis zou men dit kunnen wensen te betrachten, maar dit is in de praktijk veelal niet haalbaar.

Overigens kan het zo zijn dat er goede redenen zijn, om een ander punt binnen de arm’s length range te hanteren.

→ Suggestie: De voorwaarde om ex-ante een politiek te voeren die de mediaan toepast is tegen het arm’s length principe en dient dan ook geschrapt als voorwaarde.

131. Indien het resultaat van de geteste transactie buiten de IQR valt, zal de administratie de mediaan van de reeks als referentiepunt nemen indien geen redenen kunnen worden aangehaald om een ander punt in de reeks te rechtvaardigen.

- TPG 2017 para 3.61: “If the relevant condition of the controlled transaction (e.g. price or margin) falls outside the arm’s length range asserted by the tax administration, the taxpayer should have the opportunity to present arguments that the conditions of the controlled transaction satisfy the arm’s length principle, and that the result falls within the arm’s length range (i.e. that the arm’s length range is different from the one asserted by the tax administration). If the taxpayer is unable to establish this fact, the tax administration must determine the point within the arm’s length range to which it will adjust the condition of the controlled transaction.
- TPG 2017 para 3.62: “In determining this point, where the range comprises results of relatively equal and high reliability, it could be argued that any point in the range satisfies the arm’s length principle. Where comparability defects remain as discussed at paragraph 3.57, it may be appropriate to use measures of central tendency to

determine this point (for instance the median, the mean or weighted averages, etc., depending on the specific characteristics of the data set), in order to minimise the risk of error due to unknown or unquantifiable remaining comparability defects.”

De premisse dat automatisch naar de mediaan aangepast wordt tenzij er redenen bestaan om dit niet te doen, is de situatie zoals de TPG ze voorstelt, omdraaien. In beginsel dient ervan uit gegaan te worden dat ieder punt binnen de arm's length range, arm's length is.

We wijzen nogmaals dat het stellen (en hanteren) van (weerlegbare) aannames niet te rijmen valt met arm's length principe, en ook riskeert de Belgische legaliteit van de bewijslastregeling te bruuskeren.

.  
→ Suggestie: De mediaan-premisse als dusdanig laten aansluiten bij de TPG tekst, met de nodige nuance, of schrappen.

## **Hoofdstuk IV ADMINISTRATIEVE BENADERINGEN TOT HET VOORKOMEN EN HET OPLOSSEN VAN GESCHILLEN INZAKE VERREKENPRIJZEN**

132. Dit hoofdstuk wordt niet besproken in deze circulaire aangezien, op het ogenblik van het opstellen van deze circulaire, de OESO aanpassingen aan diverse onderdelen van dit hoofdstuk uit de TPG 2017 heeft gepland.

We wijzen erop dat dit een cruciaal thema is waar de Belgische fiscus – voor onze concurrentiepositie – best een voortrekkersrol speelt.

## **Hoofdstuk V DOCUMENTATIEVERPLICHTINGEN**

133. Dit hoofdstuk van de TPG 2017 wordt niet besproken in deze circulaire. Hier kan verwezen worden naar:

- de artikelen 321/1 tot 321/7 van het Wetboek Inkomstenbelastingen 1992;
- de circulaire nr. 2017/C/56 van 4 september 2017 betreffende de bijkomende aangifteverplichting inzake verrekenprijzen en
- de website van de administratie betreffende BEPS Actie 13:  
<https://financien.belgium.be/nl/ondernemingen/internationaal/verrekenprijzen-beps-13>

We wijzen erop dat het lokale dossier zoals begrepen onder de Belgische wetgeving niet overeenkomt met de TPG 2017 ter zake.

## **Hoofdstuk VI BIJZONDERE OVERWEGINGEN INZAKE IMMATERIËLE ACTIVA**

### Vooraf:

Dit hoofdstuk behelst een verdere uitlegging van het arm's length principe zoals beschreven in hoofdstuk I. Daarom zullen we ons hier beperken tot de meest pertinente vraagstukken.

### Inleiding

134. In het algemeen zijn de principes van de TPG 2017, hoofdstukken I – III mutatis mutandis van toepassing op transacties van immateriële activa. Zo zal de verrekenprijsanalyse van transacties met betrekking tot immateriële activa beginnen met een analyse van de commerciële en financiële relaties van de betrokken ondernemingen, de onderliggende voorwaarden en de relevante economische omstandigheden opdat de transactie duidelijk kan afgelijnd worden. De functionele analyse zal ook hier rekening houden met de uitgeoefende functies, gedragen risico's en gebruikte activa van de betrokken ondernemingen in verband met de onderzochte transactie(s). Vervolgens zal men een vergelijkbaarheidsstudie dienen uit te voeren teneinde de correcte verrekenprijs te kunnen bepalen van de onderliggende transactie(s). Het kan echter in uitzonderlijke omstandigheden voorkomen dat de transactie(s) genegeerd moet(en) worden. Identificatie van immateriële activa

### OK

135. Elk land heeft zijn eigen wetgeving om te bepalen wat al dan niet een immaterieel actief is voor fiscale doeleinden en hoe men dit actief behandelt. Gelet op het internationaal karakter van de verrekenprijzen dient men echter een algemene internationale definitie te hanteren om overeenstemming te kunnen hebben omtrent wat vergoed dient te worden.
136. De OESO Richtlijnen voor verrekenprijzen hanteren de volgende definitie (TPG 2017, § 6.6): "Een immaterieel actief is een actief dat geen vast of financieel actief is en dat in eigendom kan aangehouden of gecontroleerd worden voor commerciële doeleinden en waarvan het gebruik of de overdracht aanleiding zou geven tot een vergoeding tussen onafhankelijke partijen."

→ TPG 2017, para 6.6: "In these Guidelines, therefore, the word "intangible" is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction."

Er zijn een aantal verschillen:

- TPG 2017 heeft het niet over een actief, maar over 'something'
  - Een intangible kan uiteraard 'vast' zijn (IVA); men heeft het over het niet-tastbare karakter
  - De toevoeging "in comparable circumstances" lijkt ons fundamenteel in het kader van het arm's length principe
- Suggestie: Nauwgezet aansluiten met TPG 2017 definitie.

137. Er werd uitdrukkelijk geopteerd om niet aan te sluiten bij de boekhoudkundige standaarden die gelden voor immateriële activa. Een immaterieel actief moet bijgevolg niet altijd uitgedrukt zijn in de jaarrekening van de entiteit om een vergoeding te kunnen vragen voor het gebruik of de overdracht ervan. Evenmin moet een immaterieel actief wettelijk beschermd zijn om een vergoeding te kunnen vragen voor het gebruik of de overdracht ervan.

138. Specifieke eigenschappen van de markt (bijvoorbeeld gemiddeld inkomen, de grootte van de afzetmarkt, toegang tot hoogopgeleid personeel, klimaat, enz.) kunnen niet in eigendom aangehouden of gecontroleerd worden en kunnen bijgevolg niet aangemerkt worden als immateriële activa.

139. De OESO Richtlijnen bevatten een niet-exhaustieve lijst van voorbeelden van mogelijke immateriële activa (TPG 2017, §§ 6.18-6.31)

#### **Eigendom van immateriële activa en DEMPE functies**

140. Bij transacties waar immateriële activa deel uitmaken zal het belangrijk zijn om naast de identificatie van de juridische eigenaar van de immateriële activa na te gaan welke groepsentiteiten functies uitoefenen, risico's dragen en activa gebruiken met betrekking tot de ontwikkeling, verbetering, behoud, bescherming en gebruik van de immateriële activa (deze begrippen zijn in de praktijk beter gekend onder hun Engelse benamingen ("development, enhancement, maintenance, protection, exploitation" – kortweg "DEMPE"). De ondernemingen die DEMPE functies uitgeoefend hebben dienen een marktconforme vergoeding te ontvangen voor deze uitgeoefende functies, gedragen risico's en gebruikte activa.

#### **Circulaire verrekenprijzen 27 | 49**

141. Om een correcte verrekenprijsanalyse uit te voeren van een transactie die immateriële activa omvat, kan het volgende stappenplan gebruikt worden (TPG 2017, §6.34):

- Identificatie van de immateriële activa die onderdeel uitmaken van de onderzochte transactie(s) alsook van de daarmee verbonden risico's;
- Identificatie van de contractuele afspraken en andere schriftelijke documentatie met speciale aandacht voor de identificatie van de juridische eigenaar van het immaterieel actief;
- Identificatie van de partijen die DEMPE-functies uitoefenen;



- De consistentie nagaan tussen de contractuele verplichtingen en het werkelijk gedrag van de partijen;
- De eigenlijke transactie(s) afbakenen met betrekking tot de DEMPE functies, gebaseerd op de onderzochte contractuele verplichtingen, de vastgestelde juridische eigendom en het geobserveerde werkelijk gedrag;
- Waar mogelijk de arm's length prijs bepalen voor de onderzochte transactie(s) tenzij, in uitzonderlijke gevallen, de transacties dienen te worden genegeerd;

➔ TPG 2017, para 6.34: "The framework for analysing transactions involving intangibles between associated enterprises requires taking the following steps, consistent with the guidance for identifying the commercial or financial relations provided in Section D.1 of Chapter I:

- i) Identify the intangibles used or transferred in the transaction with specificity and the specific, economically significant risks associated with the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangibles;
- ii) Identify the full contractual arrangements, with special emphasis on determining legal ownership of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant registrations, licence agreements, other relevant contracts, and other indicia of legal ownership, and the contractual rights and obligations, including contractual assumption of risks in the relations between the associated enterprises;
- iii) Identify the parties performing functions (including specifically the important functions described in paragraph 6.56), using assets, and managing risks related to developing, enhancing, maintaining, protecting, and exploiting the intangibles by means of the functional analysis, and in particular which parties control any outsourced functions, and control specific, economically significant risks;
- iv) Confirm the consistency between the terms of the relevant contractual arrangements and the conduct of the parties, and determine whether the party assuming economically significant risks under step 4 (i) of paragraph 1.60, controls the risks and has the financial capacity to assume the risks relating to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangibles;
- v) Delineate the actual controlled transactions related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles in light of the legal ownership of the intangibles, the other relevant contractual relations under relevant registrations and contracts, and the conduct of the parties, including their relevant contributions of functions, assets and risks, taking into account the framework for analysing and allocating risk under Section D.1.2.1 of Chapter I;
- vi) Where possible, determine arm's length prices for these transactions consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed, unless the guidance in Section D.2 of Chapter I applies"

Er zijn een aantal verschillen:

- TPG 2017 geeft meer uitleg en nuance
- Circulaire voegt (uitzonderlijke) negatie van de transactie toe
- ➔ Suggestie: Nauwgezet aansluiten met TPG 2017 definitie.



142. Indien er geen schriftelijke bepalingen bestaan die een bepaalde partij als juridische eigenaar van het onderzochte immaterieel actief aanduiden, dan zal voor verrekenprijdsdoeleinden als eigenaar van het immaterieel actief de onderneming aangeduid worden die de voornaamste beslissingen neemt met betrekking tot het gebruik van het actief en die andere partijen het gebruik van het actief kan verbieden (TPG 2017, § 6.40).
143. Het kan eveneens voorkomen dat er meer dan één juridische eigenaar kan geïdentificeerd worden. In dat geval zullen de verschillende transacties moeten geïdentificeerd worden tussen deze ondernemingen die betrekking hebben op de uitgeoefende functies, gedragen risico's en gebruikte activa met betrekking tot de DEMPE functies.
144. Bij het onderzoeken van de uitgeoefende functies dient men zowel na te gaan welke entiteit die functies daadwerkelijk uitoefent en welke partij een controle daarover uitoefent. Een entiteit kan bijvoorbeeld verder onderzoek en ontwikkeling voeren in verband met het verbeteren van een bepaald immaterieel actief, maar een andere groepsentiteit kan de controle uitoefenen over dit onderzoek (o.a. door belangrijke beslissingen te nemen in verband met dit onderzoek). Het spreekt vanzelf dat beide entiteiten een marktconforme vergoeding dienen te ontvangen voor hun uitgeoefende functies.
145. Inzake gedragen risico's kan verwezen worden naar de principes van hoofdstuk I. Indien een groepsentiteit bepaalde belangrijke risico's op zich neemt in verband met de DEMPE functies, dan zal deze groepsentiteit recht hebben op (een deel van) de actuele inkomsten uit dat immaterieel actief.
146. Om een correcte vergoeding van de bijgedragen activa te bepalen, zal men eveneens naar de achterliggende functies en gedragen risico's dienen te kijken. In het bijzonder dient er aandacht besteed te worden aan het bepalen van een marktconforme vergoeding van het kapitaal. Wanneer een groepsentiteit kapitaal bijdraagt voor de ontwikkeling van een immaterieel actief, dient men o.a. na te gaan of deze groepsentiteit de daarmee verbonden financiële risico's controleert en of deze groepsentiteit eveneens een controle uitoefent over de ontwikkeling van het immaterieel actief. In het eerste geval zal de groepsentiteit slechts een financiële vergoeding ontvangen voor het bijgedragen kapitaal, in het tweede geval dient eveneens de vergoeding voor de uitgeoefende functies bepaald te worden. Indien de groepsentiteit geen enkele controlefunctie over de ontwikkeling van het immaterieel actief of over de financiële risico's uitoefent, dan zal de groepsentiteit slechts recht hebben op ten hoogste een risicovrije premie voor het bijgedragen kapitaal.

Hier gaat de OESO zelf contradictorisch om met het arm's length principe, gezien dergelijke regelingen tegen andere voorwaarden tussen derden de facto wel degelijk plaatsvinden. We noteren ook het gebruik van de risicovrije return in het kader van de niet-consensus conceptrichtlijn over financiële transacties weer bediscussieerd is geweest. Gezien het zo nu opgenomen staat, zijn we van oordeel dat (i) het logisch is dat de Circulaire dit overneemt, doch

(ii) het ook duidelijk is dat het basisprincipe uit hoofdstuk I primeert op deze specifieke uitlegging.

147. In het algemeen kan gesteld worden dat indien de juridische eigenaar alle DEMPE functies uitoefent of daarover controle uitoefent, alle risico's verbonden met DEMPE functies draagt of controleert, en alsook de financiële capaciteit heeft deze risico's te dragen, en alle activa bijdraagt aan deze DEMPE functies, deze recht heeft op alle inkomsten die voortvloeien uit het gebruik van die immateriële activa.

### **Bepalen van de verrekennprijs in transacties met immateriële activa**

148. Voor het bepalen van een verrekennprijs van een transactie waar een immaterieel actief deel van uitmaakt kan verwezen worden naar de principes van hoofdstukken I – III. Het kan echter moeilijk zijn om deze principes toe te passen omwille van volgende redenen:

- Een gebrek aan vergelijkbaarheid tussen de geïdentificeerde transacties en transacties tussen onafhankelijke partijen;
- Een gebrek aan vergelijkbaarheid tussen verschillende immateriële activa;
- De juridische eigendom of het gebruik van het immaterieel actief door verschillende entiteiten;
- De uitdagingen om de impact die een immaterieel actief heeft op de gehele transactie te onderzoeken;
- Verschillende groepsentiteiten kunnen functies uitoefenen, risico's dragen of activa bijdragen met betrekking tot de DEMPE functies;
- Bovenvermelde functies, risico's en activa kunnen bijgedragen zijn op een ander tijdstip dan het moment waarop de onderzochte transactie(s) plaatsvind(t)(en).

149. Wanneer men een vergelijkbaarheidsstudie uitvoert met betrekking tot immateriële activa dient rekening gehouden te worden met de specifieke karakteristieken van de activa. Een aantal zaken waar aandacht dient aan besteed te worden zijn onder andere:

- exclusiviteit;
- omvang en duur van een eventuele juridische bescherming;
- geografisch bereik;
- nuttige levensduur;
- ontwikkelingsfase;
- rechten op verbeteringen, herzieningen en updates;
- verwachte toekomstige opbrengsten.

150. Het algemene principe dat de selectie van de meest geschikte verrekennprijsmethode afhankelijk is van de functionele analyse is ook van toepassing bij transacties met immateriële activa. Desalniettemin zullen, afhankelijk van de feiten en omstandigheden, bepaalde verrekennprijsmethodes meer aangewezen zijn dan andere. Zo zal het in het algemeen niet

gepast zijn om de CPM methode toe te passen aangezien er niet altijd een correlatie bestaat tussen de kosten en de opbrengsten van een immaterieel actief. De CPM methode kan echter wel aangewezen zijn voor het vergoeden van puur routinematige bijdragen tot het immaterieel actief, bijvoorbeeld, wanneer een boekhoudsoftware ontwikkeld werd voor puur interne doeleinden.

We wijzen op eerdere commentaar dat selectie van de TP methode niet enkel afhangt van functionele analyse, maar ook van andere factoren (beschikbare informatie bvb.)

Sommige intangibles worden nochtans in het vrije verkeer op basis van een kosten-gerelateerde methode gewaardeerd. De notie 'in het algemeen' is evenwel terecht, doch wil niet zeggen dat het niet zou kunnen, voor de duidelijkheid (vb. in-progress R&D).

151. De verrekenprijsmethodes die meer aangewezen zijn om een vergoeding van een immaterieel actief te bepalen zijn de CUP of de PSM. Om de correcte prijs te bepalen kan eventueel gebruik gemaakt worden van waarderingstechnieken.

#### **Enkele aandachtspunten bij het gebruik van waarderingstechnieken:**

152. Er zijn verschillende waarderingstechnieken beschikbaar, elkeen met hun eigen voor- en nadelen. Hoewel de OESO Richtlijnen voornamelijk de discounted cash flow techniek beschrijft, worden

#### **Circulaire verrekenprijzen 29 | 49**

andere technieken eveneens aanvaard (bijvoorbeeld de relief from royalty method, residual value method, premium profit method, ...). Voor de administratie is het van uitermate belang dat de belastingplichtige in zijn verrekenprijsdocumentatie deze voor- en nadelen aangeeft en de redenen waarom hij juist voor een bepaalde techniek heeft gekozen. Het kan tevens nuttig zijn, maar het is niet vereist, om verschillende technieken te gebruiken teneinde de verrekenprijs te onderbouwen.

153. Bij het gebruik van waarderingstechnieken zijn er in ieder geval een aantal zaken waarmee men zeker rekening dient te houden (afhankelijk van de techniek die gebruikt wordt):
- de accuraatheid van financiële voorspellingen;
  - de verwachte groei;
  - de rentevoeten;
  - nuttige levensduurte en terminale waarde;
  - royaltyperecentages;
  - routinematige opbrengsten;
  - belastingen.
154. Tenslotte is het belangrijk te benadrukken dat waarderingstechnieken dikwijls voor andere redenen worden gehanteerd dan voor verrekenprijdoeleinden. In dergelijk geval mag een belastingplichtige met de nodige omzichtigheid van deze waardering gebruik maken als basis

voor de waardering van het immaterieel actief voor verrekenprijzen (zie o.m. TPG 2017, § 6.155).

### **De verrekenprijs wanneer de waardering van het immaterieel actief op het tijdstip van de transactie hoogst onzeker is**

155. Wanneer de waarde van het immaterieel actief hoogst onzeker is zal de verkoper in bepaalde omstandigheden een aantal zekerheden inbouwen om zich te beschermen tegen bepaalde ontwikkelingen die zich op een later tijdstip kunnen voordoen, maar die op het tijdstip van de transactie moeilijk te voorspellen zijn.
156. Voorbeelden van de manier waarop onafhankelijke bedrijven zich proberen in te dekken tegen deze onzekerheden zijn onder andere het voorzien van de mogelijkheid om prijsaanpassingen binnen het contract door te voeren, contracten van kortere duur afsluiten, een andere betalingsstructuur aannemen of heronderhandelingsclausules inbouwen.
157. In het bepalen van een verrekenprijs voor transacties waarvan moeilijk te waarderen immateriële activa deel uitmaken zal men deze onzekere factoren mee in rekening dienen te brengen en afhankelijk van de feiten en de omstandigheden bepaalde clausules dienen in te bouwen.

### **Moeilijk te waarderen immateriële activa**

158. Moeilijk te waarderen immateriële activa zijn immateriële activa waarvoor (i) geen betrouwbare vergelijkingspunten bestaan en (ii) de voorspelde financiële kasstromen of de assumpties waarop de waardering van het actief berust hoogst onzeker waren op het moment van de transactie, waardoor het zeer moeilijk is om het uiteindelijke succes van het immaterieel actief in te schatten op het moment van de transactie (TPG 2017, §6.189). Voorbeelden van dergelijke transacties zijn onder andere (TPG 2017, §6.190):

- een immaterieel dat slechts gedeeltelijk is ontwikkeld op het moment van transactie;
- er wordt verwacht dat het immaterieel actief slechts meerdere jaren na de transactie commercieel gebruikt zal worden;
- het immaterieel actief draagt bij tot de ontwikkeling van een ander immaterieel actief dat voldoet aan de definitie van moeilijk te waarderen immateriële activa;

➔ TPG 2017, para 6.189: “The term hard-to-value intangibles (HTVI) covers intangibles or rights in intangibles for which, at the time of their transfer between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist, and (ii) at the time the transactions was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer.”



- het immaterieel actief zal waarschijnlijk gebruikt worden op een manier die innovatief is ten tijde van de transactie en de afwezigheid van eerdere ervaringen inzake ontwikkeling en gebruik van vergelijkbare immateriële activa maken de voorspellingen hoogst onzeker;
- het moeilijk te waarderen immaterieel actief werd overgebracht voor een éénmalige betaling en
- het immaterieel actief wordt gebruikt in een kostenbijdrageregeling.

159. Bij het vaststellen van een verrekenprijs is er steeds sprake van informatie-asymmetrieën tussen de belastingplichtige en de belastingadministratie. De belastingplichtige beschikt immers over meer informatie omtrent de gecontroleerde transacties dan de belastingadministratie. Dit heeft onder andere tot gevolg dat het vaststellen van een verrekenprijs lang kan duren en zeer informatie vergarend is.

→ TPG 2017, para. 6.191: “For such intangibles, information asymmetry between taxpayer and tax administrations, including what information the taxpayer took into account in determining the pricing of the transaction, may be acute and may exacerbate the difficulty encountered by tax administrations in verifying the arm’s length basis on which pricing was determined for the reasons discussed in paragraph 6.186. [...]”

Er staat in de TPG 2017 dat informatie-asymmetrie een probleem kan zijn voor de fiscus maar niet dat dit steeds het geval. We wijzen er op dat er ook informatie-asymmetrie kan zijn tussen derden, en dat dit niet altijd problematisch is.

→ Suggestie: Schrappen van “is steeds sprake van”, en vervangen door “kan asymmetrie problematisch zijn voor...”

160. Hoewel dit voor iedere vaststelling van een verrekenprijs geldt, kunnen deze informatieasymmetrieën zeer belangrijke gevolgen hebben voor het bepalen van de verrekenprijs met betrekking tot immateriële activa. Zo is het van uitermate belang voor de belastingplichtige om in te schatten welke latere ontwikkelingen of gebeurtenissen in verband met de immateriële activa relevant zijn voor het bepalen van de verrekenprijs en in welke mate deze ontwikkelingen of gebeurtenissen correct kunnen worden ingeschat of worden voorzien door de belastingplichtige rekening houdende met de relevante feiten en omstandigheden. Deze inschatting zal een zeer specifieke kennis, expertise of inzicht vereisen van de immateriële activa alsook van de omgeving waarbinnen deze zich voortdoen. Dit kan een kennis, expertise of inzicht zijn die op het moment van de transactie niet aanwezig is bij de belastingadministratie.

161. Omwille van deze redenen kan de belastingadministratie de ex post resultaten van het gebruik van een immaterieel actief aanwenden als een vermoedelijk bewijs om na te gaan of de ex ante prijsafspraken correct werden weergegeven door de belastingplichtige ten tijde van de transactie en of de latere ontwikkelingen of gebeurtenissen die hebben geleid tot de afwijkende

ex post resultaten voldoende konden worden ingeschat door de belastingplichtige en om de betrouwbaarheid na te gaan van de assumpties die werden aangegaan ten tijde van de transactie om de verrekenprijs van het immaterieel actief te rechtvaardigen.

162. Wanneer de belastingadministratie op basis van dit vermoedelijk bewijs aantoont dat de bij de overdracht aangenomen assumpties niet betrouwbaar zijn of latere ontwikkelingen of gebeurtenissen die geleid hebben tot afwijkende resultaten door de belastingplichtige konden worden voorzien, maar niet werden ingebouwd in de ex ante prijsafspraken, dan kan de belastingadministratie een prijsaanpassing doorvoeren of een andere betalingsstructuur opleggen rekening houdende met de assumpties die hadden moeten worden aangenomen en/of latere ontwikkelingen of gebeurtenissen die hadden voorzien kunnen worden. Dit zal dan gelden als een weerlegbaar vermoeden. Deze aanpassingen mogen dan weer niet louter en alleen gebeuren op basis van de ex post resultaten, maar dienen te gebeuren op basis van betrouwbare assumpties of door latere ontwikkelingen mee in rekening te brengen.
163. Een prijsaanpassing van de overdracht van een immaterieel actief kan bijvoorbeeld worden doorgevoerd wanneer door de belastingplichtige werd aangenomen dat verder onderzoek en ontwikkeling van het immaterieel actief nog 10 jaar zou duren, terwijl in de praktijk dergelijke verdere onderzoeken slechts 3 jaar duren en dit wordt bevestigd in de ex post resultaten. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn dat binnen de prijsafspraken tussen onafhankelijke partijen een tussentijdse betaling zou voorzien wanneer een bepaalde fase van het onderzoek afgerond werd.
164. Wanneer de belastingadministratie daarentegen vaststelt dat de gemaakte assumpties en de latere ontwikkelingen en gebeurtenissen correct werden ingeschat, dan zal de belastingadministratie geen prijsaanpassingen of wijzigingen aanbrengen aan de betaalstructuur louter en alleen omwille van het feit dat de ex post resultaten verschillen van de ex ante prijsafspraken.

#### Circulaire verrekenprijzen 31 | 49

165. Het principe van weerlegbaar vermoeden zal door de administratie enkel toegepast worden ingeval van transacties waarvan moeilijk te waarderen immateriële activa deel uitmaken en die op of na 5 oktober 2015<sup>10</sup> werden uitgevoerd.
166. De hierboven beschreven benadering zal niet worden toegepast indien één van de volgende situaties kan worden ingeroepen:
- a. De belastingplichtige voorziet de belastingadministratie van:
    - i. details van de op het moment van de transactie gebruikte geschatte voorspellingen om de ex ante prijsafspraken te bepalen, inclusief hoe de verschillende geïdentificeerde risico's werden ingecalculeerd in de verrekenprijs en hoe verschillende voorzienbare gebeurtenissen en andere risico's, samen

met de waarschijnlijkheid dat deze zich voortdoen in rekening werden gebracht;  
en

- ii. betrouwbare informatie dat alle belangrijke afwijkingen tussen deze voorspellingen en ex post resultaten het resultaat zijn van (i) onvoorzienbare ontwikkelingen of gebeurtenissen na de bepaling van de verrekenprijs of (ii) de uitspeling van de waarschijnlijkheid van voorzienbare gebeurtenissen en andere risico's zonder dat deze waarschijnlijkheid sterk werd overschat of onderschat.

b. De transactie maakt het voorwerp uit van een in werking zijnde bilaterale of multilaterale ruling tussen de landen van de koper en verkoper.

c. De belangrijke afwijkingen waarvan sprake in a.ii. hebben niet tot effect dat de waarde van het moeilijk te waarderen immaterieel actief meer dan 20% afwijkt van de waarde die bepaald werd ten tijde van de transactie.

d. Een commercialisatieperiode van 5 jaar is verlopen nadat het moeilijk te waarderen immaterieel actief voor het eerst opbrengsten met onafhankelijke partijen heeft gegenereerd en gedurende die 5 jaren werd er geen belangrijke afwijking van meer dan 20% in de ex ante voorspellingen of ex post uitkomsten vastgesteld.

167. De administratie streeft ernaar om dergelijke transacties zo snel mogelijk op te sporen.

168. In het kader van de uitvoering te goeder trouw van de desbetreffende dubbelbelastingverdragen zal de belastingadministratie ten laatste 7 jaar na afsluiten boekjaar van overdracht van een immaterieel actief een verrekenprijscorrectie toepassen in overeenstemming met de hierboven beschreven principes.

De ex-post evaluatie van hard-to-value intangibles is opgenomen in de TPG 2017, maar bovenstaande zienswijze kan niet worden teruggevonden. De administratie heeft zich gebaseerd op een voorbeeld inbegrepen in de *Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles. INCLUSIVE FRAMEWORK ON BEPS: ACTION 8*.

In paragraaf 33 staat uitdrukkelijk: *The principles illustrated by this example apply irrespective of whether the tax administration in fact carries out an audit for Years 0-2 and then a second audit for Years 3-5, or whether it audits only for Years 3-5. In both scenarios, a revision to the original valuation is justified based on ex post evidence emerging in Year 7, and, subject to any treaty or domestic law limitations, the undervaluation may be recovered based on the HTVI approach contained in Section D.4 of Chapter VI (see paragraph 6.192).*

**De termijn waarbinnen de ex-post toepassing kan plaatsvinden is onderworpen aan beperkingen van verdragen en nationale regelgeving. De opgenomen termijn van 7 jaar strookt aldus niet met de verlengde aanslagtermijn in België die wettelijk is vastgesteld op basis van artikel 354 WIB op 3 jaar, waarbij de termijn van 3 jaar slechts wordt verlengd met een bijkomende 4 jaar in het geval van inbreuk op de bepalingen van het WIB92 of van ter uitvoering ervan genomen besluiten “met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden”, d.w.z. wanneer de fraude zo ernstig is dat zij met strafrechtelijke sancties kan worden beteugeld.**



**De zienswijze van de administratie zoals opgenomen in de ontwerpcirculaire is dus volgens ons niet in lijn met de wettelijke verlenging van de aanslagtermijn in België tenzij de administratie van een (onterechte) mening is dat voor hard-to-value-intangibles er altijd fraude ten grondslag ligt.**

**→ Om disputen aangaande rechtszekerheid te vermijden, raden we ten stelligste aan geen normerende initiatieven in de Circulaire op te nemen die niet stroken met de wetgeving terzake**

169. In voorkomend geval zal de Belgische administratie toegang geven tot de regeling voor onderling overleg zoals bepaald in het overeenkomstig dubbelbelastingverdrag.

**Uiteraard, maar staat los van termijn**

170. Indien een buitenlandse belastingadministratie een aanpassing doet op basis van deze regeling zal de Belgische belastingadministratie, teneinde dubbele belasting te voorkomen een compenserende aanpassing doorvoeren indien de aanpassing van de buitenlandse belastingadministratie correct en gegrond blijkt.

**Uiteraard**

<sup>10</sup> Datum van publicatie van de OESO/G20 BEPS rapporten waarin de beschrijving van de benadering voor moeilijk te waarden immateriële activa werd opgenomen.

## **Hoofdstuk VII BIJZONDERE OVERWEGINGEN INZAKE INTRAGROEPSDIENSTEN**

### Vooraf:

Dit hoofdstuk behelst een verdere uitlegging van het arm's length principe zoals beschreven in hoofdstuk I. Daarom zullen we ons hier beperken tot de meest pertinente vraagstukken.

### Inleiding

171. Bijna alle groepen van multinationale ondernemingen verlenen aan hun leden een brede waaier van diensten, zoals administratieve, technische, financiële of commerciële diensten zoals beheer-, coördinatie- en controlediensten. De uitgaven voor het verstrekken van deze diensten kunnen worden gedragen door de moedermaatschappij of door één of meerdere speciaal aangewezen leden van de groep (een dienstencentrum van de groep) of door andere leden van de groep.

→ Suggestie: Niet uitgaven, maar kosten

172. De TPG 2017 hebben tot doel te verzekeren dat de diensten naar behoren worden geïdentificeerd en dat de kosten die daarmee gepaard gaan op passende wijze worden toegewezen binnen een groep van multinationale ondernemingen in overeenstemming met het arm's length-beginsel.

173. Er stellen zich twee aandachtspunten in het kader van de analyse van de vaststelling van de verrekenprijzen van de intragroepsdiensten:

- is er sprake van het leveren van intragroepsdiensten en
- is de aangerekende prijs marktconform.

### Intragroepsdiensten

174. Voor de omschrijving van een intragroepsdienst wordt verwezen naar TPG 2017, §§ 7.6 – 7.18. Om te antwoorden op de vraag of er een intragroepsdienst is geleverd wanneer een activiteit wordt uitgeoefend ten gunste van een of meerdere leden van de groep door een ander lid van de groep, dient men zich - kort gezegd - af te vragen of, onder vergelijkbare omstandigheden, een onafhankelijke onderneming bereid zou zijn om aan een onafhankelijke onderneming te betalen voor de uitvoering van de betrokken activiteit dan wel of zij de betrokken activiteit intern zou hebben uitgevoerd.

→ TPG 2017 para 7.6 (Section B.1.1. “Benefit Test”): “Under the arm's length principle, the question whether an intragroup service has been rendered when an activity is performed for one or

more group members by another group member should depend on whether the activity provides a respective group member with economic or commercial value to enhance or maintain its business position. This can be determined by considering whether an independent enterprise in comparable circumstances would have been willing to pay for the activity if performed for it by an independent enterprise or would have performed the activity in"

Het basisprincipe is de zgn. "benefit-test". De 'willingness to pay' of 'need to perform' overwegingen zijn mogelijks bepalende factoren, maar het principe is de "benefit test". Dat is in een internationale context naar onze ervaring de gangbare praktijk.

→ Suggestie: De "benefit test" als basisprincipe opnemen

175. Indien de activiteit niet behoort tot de activiteiten waarvoor een onafhankelijke onderneming bereid zou zijn geweest te betalen of die zij zelf zou hebben uitgevoerd, dan moet die activiteit in principe niet worden beschouwd als een intragroepsdienst conform het arm's length-beginsel. Dit geldt meer bepaald voor de activiteiten die worden uitgeoefend in de hoedanigheid van aandeelhouders.
176. Activiteiten die in de hoedanigheid van aandeelhouder worden uitgeoefend (TPG 2017, §§ 7.9 - 7.10), worden gewoonlijk uitgeoefend ten gevolge van de deelname van de dienstverlener aan het kapitaal van een of meerdere leden van de groep.
177. Indien activiteiten die worden beschouwd als aandeelhoudersactiviteiten door een vennootschap van de groep worden uitgeoefend om andere redenen dan haar deelname aan het kapitaal van een of meerdere leden van de groep, moet de betrokken vennootschap worden geacht een dienst te leveren aan de moedermaatschappij of de holdingvennootschap.
178. De kosten m.b.t. aandeelhoudersactiviteiten moeten worden gedragen op het niveau van de aandeelhouder(s).

#### Circulaire verrekenprijzen 33 | 49

179. Het onderzoek van de activiteiten die een lid van een groep uitoefent ten voordele van de andere entiteiten van de groep moet eveneens uitmaken of deze diensten eventueel een dubbel gebruik vertegenwoordigen en, desgevallend, de reden van dit dubbel gebruik vaststellen (TPG 2017, § 7.11).
180. Diensten van dezelfde aard kunnen van bijkomende of aanvullende aard zijn en maken in dergelijk geval geen dubbel gebruik uit.
181. Ten gevolge van een herstructurering van de activiteiten van een groep kunnen bepaalde activiteiten tijdelijk dubbel gebruik uitmaken.

## Vergoeding volgens het arm's length-beginsel

### *Al dan niet rechtstreekse facturatie*

182. Bij het vaststellen van de modaliteiten voor facturatie van de levering van intragroepsdiensten moet men ernaar streven billijke tarieven te hanteren die worden gerechtvaardigd door een identificeerbaar en voorzienbaar voordeel.
183. De rechtstreekse facturatie van een specifieke dienst draagt de voorkeur weg omdat deze het verband aantoont tussen de geleverde dienst en de betaling. Dergelijke facturatie is met name aangewezen indien de onderneming specifieke diensten levert, niet alleen aan verbonden ondernemingen maar ook aan onafhankelijke ondernemingen (TPG 2017, § 7.21 - 7.22).
184. Aangezien de rechtstreekse facturatie moeilijk toepasbaar kan zijn binnen multinationale ondernemingen, kan gebruik worden gemaakt van methodes van onrechtstreekse aanrekening op basis van een verdeling van de kosten. Dergelijke onrechtstreeks facturatie heeft dikwijls tot gevolg dat gebruik moet worden gemaakt van ramingen of benaderingen (nr. 7.23 tot 7.26 TPG).
185. Om de impact van de ramingen te beperken dient men oog te hebben voor de waarde van de aan de begunstigde geleverde diensten en voor de commerciële kenmerken van de transactie; de methode moet gebaseerd zijn op een rationele verdeelsleutel (bv de omzet of het aantal werknemers).

## Methode

186. De methode die moet worden gebruikt om de arm's length prijs te bepalen die toepasselijk is op intragroepsdiensten, moet worden vastgesteld overeenkomstig de TPG 2017, hoofdstukken I - III. In de meeste gevallen leidt de toepassing van deze richtlijnen ertoe dat er voorrang wordt gegeven aan het gebruik van:
- de CUP methode; of
  - de CPM; of
  - de TNMM op basis van de kosten.
187. De administratie is van mening dat bij toepassing van de CPM of de TNMM op basis van de kosten er rekening dient te worden gehouden met de volgende elementen:
- wanneer een onderneming enkel optreedt als agent of tussenpersoon in het kader van een dienstverrichting, dient de marge toegepast op de kosten die inherent zijn aan de uitoefening van de functies van agent en niet op de diensten zelf in de mate waarin de leden van de groep deze uitgaven rechtstreeks zouden hebben gedragen indien ze onafhankelijk waren geweest (TPG 2017, § 7.34);

- de rentabiliteit van een dienstverlener die beperkte risico's op zich neemt zou in principe gewaarborgd moeten zijn en zou bijgevolg niet de negatieve gevolgen mogen ondergaan van financiële of niet-recurrente kosten. De Belgische administratie is van mening dat de netto financiële lasten en de niet-recurrente nettokosten in principe moeten worden geherfactureerd zonder marge aan de afnemer van de intragroepsdiensten;

Hier kunnen we fundamenteel niet akkoord mee gaan. Ook een onafhankelijke dienstverlener kan dergelijke kosten oplopen zonder deze te kunnen doorrekenen – dat zit dan in de mark-up verrekend – i.e. de comparables zullen ook dergelijke kosten hebben waarvoor de dekking voorzien wordt in de contributiemarge.

→ Suggestie: Dit standpunt nuanceren.

## Intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde

### Definitie

188. Intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde zijn diensten die een of meerdere leden van een groep van multinationale ondernemingen leveren voor rekening van een of meerdere andere leden van de groep. Het betreft diensten die:

- behoren tot een ondersteunende functie, i.e. geen deel uitmaken van de kernactiviteit van de groep van multinationale ondernemingen;
- geen gebruik vereisen van unieke en waardevolle immateriële activa en geen aanleiding geven tot de creatie van dergelijke activa;
- er niet toe leiden dat de leverancier van diensten wezenlijke of belangrijke risico's op zich dient te nemen en evenmin aanleiding geven tot het ontstaan van een belangrijk risico voor diezelfde dienstverlener.

189. Vormen geen intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde (TPG 2017, § 7.47):

- diensten die de kernactiviteit van de groep van multinationale ondernemingen vormen;
- diensten van onderzoek - ontwikkeling;
- diensten van fabricage en productie;
- handelsactiviteiten met betrekking tot de grondstoffen of andere materialen die worden gebruikt in het fabricage- of productieproces;
- activiteiten van verkoop, commercialisering en distributie;
- financiële transacties;
- activiteiten van extractie, exploratie of bewerking van natuurlijke bronnen;
- (her)verzekeringsdiensten;
- functies van algemene leiding van een onderneming.

TPG 2017 nemen deze voorbeelden op als niet- dergelijke diensten in het kader van de vereenvoudigde aanpak. Het kunnen dus wel diensten zijn met beperkte toegevoegde waarde, maar niet genieten van de vereenvoudigde aanpak.

→ toevoegen voor (referentie): "... voor het toepassen van de vereenvoudigde aanpak."



→ TPG 2017, para 7.47: “services of corporate senior management (other than management supervision of services that qualify as low value-adding intra-group services under the definition of paragraph 7.45).”

“Algemene leiding” is onzes inziens een te vaag en ruim begrip. De TPG 2017 hebben het specifiek over corporate senior management, en maakt ook nog een uitzondering.

Ter achtergrond: Dit is zo in de TPG 2017 opgenomen door input van een lid van T/A economics op basis van een real-life voorbeeld. De CFO heeft dikwijls ook de functionele leiding over bvb. legal support. Een stuk van zijn/haar vergoeding komt dan in het cost center legal support terecht. Terwijl de CFO misschien geen beperkte toegevoegde waarde vormt, blijven legal support activiteiten (met inbegrip van dat stuk aan kosten) dat mogelijk wel.

→ Suggestie: Nuance van de TPG 2017 overnemen.

190. Kunnen diensten met beperkte toegevoegde waarde zijn (TPG 2017, § 7.49):

- boekhouding;
- verwerking en beheer van de rekeningen van klanten en leveranciers;
- activiteiten in verband met human resources;
- opvolging en compilatie van de gegevens m.b.t. gezondheid, veiligheid en leefmilieu en andere normen die toepasselijk zijn op de onderneming;
- diensten in het domein van de informatietechnologieën die geen deel uitmaken van de hoofdactiviteit van de groep van multinationale ondernemingen;
- bijstand op het vlak van interne en externe communicatie en van public relations (met uitzondering van specifieke reclame- of commercialiseringsactiviteiten en het uitstippelen van de strategieën in verband daarmee);
- juridische diensten;
- activiteiten in verband met de inachtneming van de fiscale verplichtingen;
- algemene administratieve diensten of diensten van gewoon beheer.

→ Suggestie: Om verwarring te vermijden (kunnen zijn mag niet impliceren dat een alternatief het niet zou kunnen zijn), stellen we voor om “kunnen zijn” te vervangen door “voorbeelden”, conform de TPG 2017

### **Vereenvoudigde benadering tot vaststelling van de arm's length-vergoeding voor intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde**

→ TPG 2017, paragrafen 7.52 – 7.60 ontbreken volledig

Wij achten dat hier toch nuttige informatie instaat.

→ Suggestie: Of verwijzen naar die paragrafen, ofwel beknopt opnemen...

191. Om de arm's length-vergoeding van intragroepsdiensten met beperkte toegevoegde waarde vast te stellen moet de dienstverlener een winstmarge vaststellen op alle kosten in verband met die diensten, met uitzondering van de voorschotkosten. Dezelfde marge moet worden gebruikt voor alle diensten met beperkte toegevoegde waarde.
192. De winstmarge is gelijk aan 5% van de betrokken kosten en moet niet worden gerechtvaardigd door een vergelijkende studie.
193. Opgelet, het feit dat de vereenvoudigde benadering niet toepasselijk is voor een bepaalde activiteit, betekent niet dat deze activiteit noodzakelijk hogere rendementen oplevert. De activiteit zou nog een beperkte toegevoegde waarde kunnen hebben, maar de arm's length-prijs voor een dergelijke activiteit moet worden vastgesteld op basis van de 'normale' richtlijnen.

#### **Documentatie**

194. Een groep van multinationale ondernemingen die ervoor kiest om de vereenvoudigde benadering toe te passen, moet de nodige documentatie samenstellen met onder meer:
  - de beschrijving van de geleverde diensten met beperkte waarde, de begunstigden en alle elementen die toelaten te besluiten dat de betrokken diensten moeten worden beschouwd als intragroepsdiensten in de betekenis van het huidige hoofdstuk;
  - de contracten of schriftelijke afspraken;
  - de lijst met een gedetailleerde opgave van de kosten betreffende elke geïdentificeerde dienst;
  - de berekeningen betreffende de toepassing van de gebruikte verdeelsleutels.

## **Hoofdstuk VIII KOSTENBIJDRAGEREGELINGEN of COST CONTRIBUTION AGREEMENTS**

Vooraf:

Dit hoofdstuk behelst een verdere uitlegging van het arm's length principe zoals beschreven in hoofdstuk I. Daarom zullen we ons hier beperken tot de meest pertinente vraagstukken.

We noteren dat de Circulaire hier 3 pagina's aan besteed, terwijl de TPG 2017 hier 19 pagina's voor uittrekt. Het is dan ook evident dat veel van de nuance – voor een betrekkelijk complex type van intra-groepsrelatie – verloren gegaan is.

### **Inleiding**

195. Een kostenbijdrageregeling, beter gekend als een cost contribution arrangement (hierna CCA) is een contractuele overeenkomst waarin partijen afspreken om gezamenlijk immateriële of materiële vaste activa te ontwikkelen, te produceren of te verwerven, of om dienstverlening te ontwikkelen ten voordele van alle deelnemers. De bijdragen en kosten alsook de bijhorende risico's worden gedeeld door de deelnemende partijen. De bijdrage moet in overeenstemming zijn met de relatieve verwachte voordelen. Een CCA is een contract. Het is geen aparte juridische entiteit of vaste inrichting.

→ TPG 2017 para 8.3.: “[...] rather than necessarily a distinct juridical entity or fixed place of business of all the participants”

Het kan dus wel in sommige gevallen als een entiteit of branch opgezet worden.

→ Suggestie: “niet noodzakelijk, in de meeste gevallen,”

196. We onderscheiden 2 types CCA's, deze die zijn opgezet voor de gezamenlijke ontwikkeling, productie of het verwerven van immateriële of materiële vaste activa (“ontwikkelings-CCA's” of “development CCA's”) en deze die zijn opgezet om diensten te verlenen (“diensten-CCA's of “service CCA's”).

197. Het grote verschil tussen deze twee types CCA's is, dat in het geval van ontwikkelings-CCA's de voordelen over het algemeen in de toekomst verwacht worden, terwijl bij diensten-CCA's de voordelen voor de partijen reeds gekend zijn op het moment van de dienstverlening.

→ TPG 2017 para 8.10.: “[...] Development CCAs, in particular with respect to intangibles, often involve significant risks associated with what may be uncertain and distant benefits, while services CCAs often offer more certain and less risky benefits. “



Risico en complexiteit zijn nog wezenlijke verschillen.

→ Suggestie: Deze ook te vermelden

198. Bij een ontwikkelings-CCA heeft elke deelnemer rechten op de ontwikkelde immateriële of materiële vaste activa. Bij immateriële vaste activa is het mogelijk dat elke deelnemer bijvoorbeeld de juridische eigendom verwerft, maar het is eveneens mogelijk dat slechts één deelnemer de juridische eigendom verkrijgt en de andere deelnemers bepaalde gebruiks- of exploitatierechten verkrijgen (bv het alleenrecht tot verkoop in de Benelux voor de periode 2018 tot 2023). In dat geval moet er dan geen royalty of andere vergoeding meer betaald worden voor het gebruik van de ontwikkelde activa.

#### **Arm's length beginsel**

→ Suggestie: Toepassing ALB

199. Een CCA voldoet aan het arm's length beginsel indien de bijdragen van de deelnemers overeenkomen met datgene wat een onafhankelijke onderneming onder vergelijkbare omstandigheden bereid zou zijn bij te dragen, gegeven de voordelen die zij redelijkerwijs verwacht op grond van de overeenkomst. Om het arm's length principe te kunnen toepassen op een CCA, is het dus fundamenteel dat elke deelnemer redelijkerwijs verwacht een voordeel te behalen. Dit betekent dat de waarde van de bijdrage van elke deelnemer moet bepaald worden om vervolgens te toetsen of dat in overeenstemming is met eenieders relatief aandeel in de totale opbrengsten van de CCA-activiteit.

[→ TPG 2017 para 8.13: "The expectation of mutual and proportionate benefit is fundamental to the acceptance by independent enterprises of an arrangement for sharing the consequences of risks materialising and pooling resources and skills. Independent enterprises would require that the value of each participant's proportionate share of the actual overall contributions to the arrangement is consistent with the participant's proportionate share of the overall expected benefits to be received under the arrangement. To apply the arm's length principle to a CCA, it is therefore a necessary precondition that all the parties to the arrangement have a reasonable expectation of benefit. The next step is to calculate the value of each participant's contribution to the joint activity, and finally to determine whether the allocation of CCA contributions (as adjusted for any balancing payments made among participants) accords with their respective share of expected benefits. It should be recognised that these determinations are likely to bear a degree of uncertainty, particularly in relation to development CCAs. The potential exists for contributions to be allocated among CCA participants so as to result in an overstatement of taxable profits in some countries and the understatement of taxable profits in others, measured against the arm's length principle. For that reason, taxpayers should be prepared to substantiate the basis of their claim with respect to the CCA (see Section E)."]

Naar ons idee ontbreken de richtlijnen van bovenstaande paragraaf, terwijl hier toch nuttig volgens ons

→ Suggestie: (Beknopt) para 8.13 meenemen.



## Bepalen van de deelnemers

200. Wanneer een partij geen voordeel verwacht te behalen uit de CCA, kan ze niet beschouwd worden als deelnemer van de CCA. Een onderneming die R&D doet voor de CCA, maar zelf geen voordeel verwacht te behalen van de CCA, zal niet beschouwd worden als een deelnemer, maar als een service provider van de CCA.
201. Het is tevens belangrijk en noodzakelijk dat elke deelnemer de risico's draagt die verbonden zijn aan een CCA, controle heeft over die risico's en eveneens de nodige financiële draagkracht heeft om deze risico's te dragen. Hij moet ook effectief de controle over deze risico's kunnen uitoefenen en zelf de belangrijke beslissingen in dit verband kunnen nemen. Het is niet noodzakelijk dat de activiteiten van de CCA door het eigen personeel van de deelnemers worden uitgevoerd. Bepaalde

### Circulaire verrekenprijzen 37 | 49

activiteiten kunnen uitbesteed worden zolang de deelnemers maar de controle uitoefenen over de risico's die zij dragen onder de CCA inzake de uitbesteede functies.

[→ TPG 2017 para 8.15: "A party would also not be a participant in a CCA if it does not exercise control over the specific risks it assumes under the CCA and does not have the financial capacity to assume these risks, as this party would not be entitled to a share in the output that is the objective of the CCA based on the functions it actually performs. The general principles set out in Chapter I of these guidelines on the assumption of risks apply to situations involving CCAs. Each participant makes particular contributions to the CCA objectives, and contractually assumes certain risks. Guidance under Section D.1 of Chapter I on delineating the actual transaction will apply to the transfer pricing analysis in relation to these risks. This also means that a party assuming risks under a CCA based on an analysis under step 4(i) of the framework for analysing risks in paragraph 1.60 ("assumes the risk under the CCA") must control the specific risks it assumes under the CCA and must have the financial capacity to assume these risks."]

De tekst van de Circulaire is te ruim opgevat, want kan gelezen worden dat iedere deelnemer de totaliteit aan risico's verbonden aan de CCA moet dragen, terwijl de TPG 2017 duidelijk stelt dat iedere participant eigen/specifieke risico's kan dragen.

→ Suggestie: Tekst van Circulaire in overeenstemming brengen met TPG 2017 in deze optiek.

### Waardebepaling van de CCA

Nergens vermeld de OESO dat de CCA an sich gewaardeerd dient te worden. Titel is mogelijks verwarrend in deze optiek.

→ Suggestie: schrappen

202. Om tot een at arms length vergoeding te komen en om te bepalen waar er waarde tot stand komt, is een duidelijke omschrijving van de eigenlijke transactie noodzakelijk. Zo dient

uitgezocht te worden wat partijen echt overeenkomen (real deal) en daarbij is een juiste risicoanalyse zeer belangrijk. In dit verband verwijzen we naar hoofdstuk 1 van deze circulaire waar de verschillende stappen worden toegelicht om tot de correcte bepaling te komen van de functionaliteit en de risico's van de partijen.

Dit hebben we nergens teruggevonden (in deze trant) in de TPG 2017. We denken dan ook dat dit overbodig is.

→ Suggestie: schrappen

### Verwachte opbrengsten

203. Het relatieve aandeel van iedere deelnemer in de totale verwachte voordelen kan worden geschat op basis van de te verwachten extra inkomsten of de door iedere deelnemer bespaarde kosten ten gevolge van de CCA.

→ TPG 2017, para 8.19: “The relative shares of expected benefits might be estimated based on the anticipated additional income generated or costs saved or other benefits received by each participant as a result of the arrangement. [...]”

In de circulaire ontbreekt het feit dat ook nog “andere voordelen” tot de mogelijkheden kunnen behoren.

→ Suggestie: Toevoegen: “of andere voordelen”

204. In de praktijk worden de relatieve aandelen van de deelnemers in de totale verwachte opbrengsten vaak bepaald d.m.v. een verdeelsleutel. Voorbeelden van verdeelsleutels zijn: omzet, gebruikte, geproduceerde of verkochte eenheden, brutowinst, aantal personeelsleden... Soms kan het nodig zijn om meer dan één verdeelsleutel te hanteren, bv indien de CCA meerdere activiteiten omvat. Het kan eveneens gebeuren dat de verdeelsleutels over de jaren heen dienen aangepast te worden.

205. Indien verwacht wordt dat een belangrijk deel van of alle voordelen uit een door een CCA bestreken activiteit zullen worden gerealiseerd in de toekomst en niet op dit moment, dient bij de allocatie van bijdragen rekening te worden gehouden met toekomstverwachtingen ten aanzien van het aandeel van de deelnemers in die voordelen, zeker voor wat betreft de ontwikkelings-CCA's.

206. Bij een ontwikkelings-CCA, en zeker als er immateriële activa zijn betrokken, is het niet steeds eenvoudig de verwachte opbrengst te bepalen. Voor deze gevallen kunnen de waarderingstechnieken (valuation techniques) van de immateriële vaste activa nuttig zijn.

### Bijdragen

Dit is een zeer uitgebreid stuk in de TPG 2017, met veel nuance.

→ Suggestie: Nog eens bekijken, en toch uitgebreider de nuances mee overnemen



207. Bij de bijdragen dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen de bijdragen d.m.v. bestaande technologie en de bijdragen tijdens de duur van de CCA zelf. Voor de waardering van de eerste zal gebruikt gemaakt worden van de waarderingstechnieken zoals bij de te verwachten opbrengsten. Voor de waardering van de tweede houden we rekening met de waarde van de uitgeoefende functies en niet met de kosten.

→ TPG 2017, para 8.25: “Under the arm’s length principle, the value of each participant’s contribution should be consistent with the value that independent enterprises in comparable circumstances would have assigned to that contribution. That is, contributions must generally be assessed based on their value at the time they are contributed, bearing in mind the mutual sharing of risks, as well as the nature and extent of the associated expected benefits to participants in the CCA, in order to be consistent with the arm’s length principle. In determining the value of contributions to a CCA the guidance elsewhere in these Guidelines should be followed”

Technologie denkt niet de lading, IVA

→ Suggestie: Vervangen technologie door IVA

Er dient ook rekening gehouden worden met het delen van risico’s

→ Suggestie: Toevoegen risico’s

208. In uitzonderlijke gevallen, wanneer het verschil tussen de kosten en de waarde minimaal is, kan louter at cost doorgerekend worden. Dit model wordt vaak gebruikt voor diensten CCA’s.

→ TPG 2017, para 8.27: “While all contributions should be measured at value (but see paragraph 8.28 below), it may be more administrable for taxpayers to pay current contributions at cost. This may be particularly relevant for development CCA’s.”

→ Suggestie: DienstenCCA vervangen door ontwikkelingsCCA.

### Compensatiebetalingen

209. Een CCA is at arm’s length indien het totale aandeel in de bijdragen van een deelnemer (vermeerderd of verminderd met eventuele compensatiebetalingen) in overeenstemming is met zijn totale aandeel in de (verwachte) opbrengsten.

210. Wanneer dit niet overeenstemt, moet er een aanpassing van de bijdrage gebeuren onder de vorm van een (verdere) compensatiebetaling. Vanuit fiscaal standpunt dienen deze compensaties op dezelfde manier behandeld te worden als de bijdragen zelf.

211. Een toetreding tot, uittreding uit of stopzetting van een CCA kan aanleiding zijn tot de betaling van een vergoeding. Een nieuwe deelnemer die toetreedt tot een reeds bestaande CCA zal een buy-in payment moeten betalen, ter vergoeding van de reeds ontwikkelde technologie.

→ TPG 2017, para 8.45: “The amount of a buy-in payment should be determined based upon the value (i.e. the arm’s length price) of the interest in the intangibles and/or tangible assets the new entrant obtains, taking into account the new entrant’s proportionate share of the overall expected benefits to be received under the CCA. There may also be cases where a new participant brings existing intangibles or tangible assets to the CCA, and that balancing payments may be appropriate from the other participants in recognition of this contribution. Any balancing payments to the new entrant could be netted against any buy-in payments required, although appropriate records must be kept of the full amounts of the separate payments for tax administration purposes.”

Er zijn nog alternatieven voor “moeten betalen” s

→ Suggestie: Meer aansluiten met para 8.45

212. Een zelfde situatie kan zich voordoen bij een uittredend lid. Dit lid zal vergoed worden met een buy-out payment als vergoeding voor de achtergebleven activa.

213. Bij de stopzetting van de CCA zal ieder lid recht hebben op het gebruik van de resultaten voortvloeiend uit de CCA indien die er zijn, of zal ze een vergoeding ontvangen indien ze dit recht afstaat aan een van de andere leden. Documenteren van CCA’s

214. De opbrengsten en bijdragen voortkomende uit een CCA moeten consistent zijn met het arm’s length principe. Bijgevolg is een degelijke documentatie vereist. Hierna volgt een indicatieve lijst van nuttige en relevante documentatie bij de aanvang van de CCA en tijdens de duur van de CCA.

215. Bij de aanvang van de CCA:

- een lijst met deelnemers
- een lijst van alle andere verbonden ondernemingen die bij de CCA-activiteit betrokken zullen zijn of waarvan wordt verwacht dat ze de resultaten van de betreffende activiteit zullen exploiteren of gebruiken
- de omvang van de activiteiten en specifieke projecten die door de CCA worden beheerd
- de duur van de afspraak
- de manier waarop het relatieve aandeel van de deelnemers in de verwachte voordelen wordt gemeten, en alle toekomstverwachtingen die gebruikt zijn in dit verband
- de vorm en waarde van de initiële bijdragen van elke deelnemer en een gedetailleerde beschrijving van de wijze waarop de waarde van de oorspronkelijke en verdere bijdragen wordt bepaald
- de verwachte toewijzing van verantwoordelijkheden en taken, die verband houden met de activa gebruikt in de CCA-activiteit;



- de procedures voor en de gevolgen van het toetreden tot, uittreden uit of beëindiging van de CCA
- alle bepalingen in verband met compensatiebetalingen en de aanpassing van contractuele voorwaarden om wijzigingen in de economische omstandigheden weer te geven.

216. Tijdens de duur van de CCA:

- elke wijziging aan de overeenkomst (bvb. in voorwaarden, deelnemers, activiteit) en de gevolgen hiervan
- een vergelijking tussen de projecties die werden gebruikt om de verwachte voordelen van de CCA te bepalen en de werkelijke resultaten
- de jaarlijkse uitgaven voor het uitvoeren van de CCA-activiteit, de vorm en de waarde van de bijdragen van elke deelnemer tijdens de duur van de CCA, en een detail van de manier waarop de waarde van de bijdragen wordt bepaald.

## **Hoofstuk IX VERREKENPRIJSASPECTEN VAN BEDRIJFSHERSTRUCTURERINGEN**

Vooraf:

Dit hoofdstuk behelst een verdere uitlegging van het arm's length principe zoals beschreven in hoofdstuk I. Daarom zullen we ons hier beperken tot de meest pertinente vraagstukken.

Weerom zeer beknopt weergegeven waardoor belangrijke nuance verloren gaat.

→ Suggestie: Een verdere, meer genuanceerde uitwerking

### **Inleiding**

217. Onder een bedrijfsherstructurering wordt verstaan, een grensoverschrijdende reorganisatie van de commerciële of financiële relaties tussen verbonden ondernemingen, met inbegrip van de beëindiging of de substantiële reorganisatie van bestaande afspraken/overeenkomsten. Verhoudingen met derde partijen (bv. leveranciers, onderaannemers, klanten, ...) kunnen een aanleiding zijn voor de herstructurering of kunnen er door beïnvloed worden (TPG 2017, § 9.1). Klassieke fusie-, splitsing-, afsplitsingverrichtingen worden hier dus niet bedoeld.
218. Bedrijfsherstructureringen hebben dikwijls te maken met een conversie van "full-fledged" distributeurs (verkoopondernemingen die alle bij de verkoop behorende activiteiten uitoefenen, alle verkooprisico's dragen en ook eigenaar zijn van alle activa die bij de verkoop nodig zijn) naar "limited risk" distributeurs, marketeers, verkoop agenten of commissionnaires, die hun activiteiten uitoefenen voor een buitenlandse onderneming die als principaal voor de groep opereert.
219. Een herstructurering kan ook betekenen een conversie van "full fledged producent" (onderneming met eveneens een hogere graad van functies en risico's) naar een "contract manufacturer" (maakloonwerker met eigen voorraad grondstoffen en afgewerkte producten) of naar een "toll manufacturer" (maakloonwerker die geen eigenaar is van de grondstoffen die hij verwerkt noch van de afgewerkte producten die hij produceert).
220. Andere voorbeelden van bedrijfsherstructurering zijn (i) overdracht van immateriële vaste activa ("intangibles") of rechten in die activa naar een centrale entiteit (zgn. "IP company") binnen de groep, (ii) concentratie van de functies in een regionale of centrale entiteit, met een afname van die functies in aard of in schaal bij de andere betrokken entiteiten (bv. aankopen ("procurement"), verkoopondersteuning en logistieke bevoorrading) en (iii) toewijzen van "intangibles" of risico's aan gespecialiseerde groepsondernemingen.
221. Verscheidene redenen kunnen aan de basis liggen van een bedrijfsherstructurering, waaronder:
- realiseren of maximaliseren van synergiën of schaalvoordelen;
  - stroomlijnen van management of bedrijfslijnen;

- verbeteringen van de bevoorrading (“supply chain”);
- ontwikkeling van web-gebaseerde technologieën (invoering ERP/SAP).

222. Tenslotte kunnen bedrijfsherstructurerings noodzakelijk zijn om de rendabiliteit van de ondernemingen van de groep te behouden of verliezen te beperken (bv. bij overcapaciteit of bij afnemende economische omstandigheden).

### Aandachtspunten bij bedrijfsherstructurerings

223. Verplaatsing van winstpotentieel van één groepsonderneming naar een andere is een belangrijk aandachtspunt. Bij de beoordeling van de verrekenprijsevolgen dient rekening te worden gehouden met de complexiteit van bedrijfsherstructurerings en dient gepoogd te worden om de situatie realistisch en pragmatisch te overschouwen (TPG 2017, § 9.6.).

→ TPG 2017 para 9.6: “Business restructurings are typically accompanied by a reallocation of profit potential among the members of the MNE group, either immediately after the restructuring or over a few years. One major objective of this chapter in relation to Article 9 is to discuss the extent to which such a reallocation of profit potential is consistent with the arm’s length principle and more generally how the arm’s length principle applies to business restructurings. [...]”

Verplaatsing van winstpotentieel is zeker een belangrijk aandachtspunt, maar de TPG 2017 bevatten veel meer nuance dan deze ‘boutade’. Men dient hier rekening mee te houden of deze verplaatsing in overeenstemming is met het arm’s length principe. Immers stellen de TPG 2017 verder dat niet per sé moet leiden tot een afrekening:

→ TPG 2017 para 9.39: “An independent enterprise does not necessarily receive compensation when a change in its business arrangements results in a reduction in its profit potential or expected future profits. The arm’s length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity’s future profits.”

→ **Suggestie: Meer nuance in de paragraaf verwerken. Onder meer ook refereren aan paragraaf 9.39 hier (en/of later).**

224. De TPG 2017 en het arm’s length principe dienen consequent te worden toegepast. Zo zullen de TPG 2017 en het arm’s length principe niet op een andere wijze worden toegepast bij herstructurerings en transacties na de herstructurering dan bij transacties die vanaf het begin op dezelfde wijze werden gestructureerd.



225. Een bedrijfsherstructurering kan een grensoverschrijdende overdracht van “iets van waarde” tot gevolg hebben maar dit is niet altijd het geval (TPG 2017, § 9.10).

226. Om uit te maken of dit het geval is (m.a.w. om de verrekenprijsgevolgen te kunnen inschatten) dienen een aantal stappen te worden gevolgd, welke hierna worden uiteengezet.

***Stap 1: analyse van de transacties die begrepen zijn in de herstructurering door (TPG 2017, §§ 9.13 – 9.33):***

227. Identificatie van de commerciële en financiële relaties die geleid hebben tot de overdracht van iets van waarde, waarbij (de verplaatsing van) risico's zeer belangrijk is, omdat – in een open markt – het dragen van risico's een invloed heeft op de wijze waarop winsten of verliezen worden gealloceerd tussen de betrokken partijen;

228. Begrip van de redenen waarom de herstructurering wordt doorgevoerd en van de verwachte voordelen, met inbegrip van synergiën;

229. Vergelijking met de andere mogelijke realistische opties die voorhanden zijn voor de betrokken partijen;

230. Voorlegging van een passende verrekenprijstdocumentatie:

→ Onderdeel van Masterfile (niet voor iedereen van toepassing) zulke herstructurerings beschrijvend te documenteren.

→ TPG 2017 para 9.33: “As part of their transfer pricing documentation, MNE groups are recommended to document their decisions and intentions regarding business restructurings, especially as regards their decisions to assume or transfer significant risks, before the relevant transactions occur, and to document the evaluation of the consequences on profit potential of significant risk”

De omstandige documentatie van een herstructurering is een aanbeveling volgens de TPG. Als onderdeel van de Masterfile bestaat de verplichting enkel in hoofdlijnen en niet voor alle ondernemingen. Door in de circulaire te stellen dat men documentatie dient voor te leggen, dreigt de Circulaire eigen normen te creëren bovenop de wettelijke bepalingen.

→ Suggestie: schrappen van de notie “voorleggen”

***Stap 2: erkenning van de herstructurering (TPG 2017, §§ 9.34 - 9.38)***

231. Multinationale ondernemingen zijn vrij om hun bedrijfsactiviteiten te organiseren zoals ze dit het best vinden. Bedrijfsherstructureringen leiden dikwijls naar globale bedrijfsmodellen die nauwelijks terug te vinden zijn tussen onafhankelijke partijen.
232. De belastingadministraties mogen deze bedrijfsmodellen niet naast zich neerleggen bij de beoordeling van de verrekenprijzen (behalve in uitzonderlijke situaties als bedoeld in de TPG 2017, § 1.222).
233. Belastingmotieven kunnen een rol spelen bij de herstructurering, maar zijn geen reden om de aard en de structuur van de transacties niet te erkennen.

***Stap 3: onderzoek van de relatie tussen de herstructurering en de verplaatsing van winstpotentieel (TPG 2017, §§ 9.39 - 9.47)***

→ TPG 2017 para 9.39: “An independent enterprise does not necessarily receive compensation when a change in its business arrangements results in a reduction in its profit potential or expected future profits. The arm’s length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity’s future profits.”  
→ Er wordt nog uitgebreider ingegaan op wat winstpotentieel inhoudt...

Ondergaande is volgens ons te beknopt, en mist de nodige nuance die paragrafen 9.39-9.45 wel in zich houden

→ Suggestie: Kritisch nazicht en uitbreiding van de tekst in lijn met TPG 2017

234. De vraag dient te worden beantwoord of de overdracht, beëindiging of heronderhandeling tussen onafhankelijke partijen aanleiding zou geven tot een (schade)vergoeding;
235. Met winstpotentieel wordt in de TPG 2017 bedoeld de “verwachte toekomstige winsten” (in sommige gevallen kan het gaan om “verwachte verliezen”);
236. In deze context worden niet bedoeld de winsten/verliezen die zich zouden voordoen indien geen herstructurering zou plaats vinden.
237. Een interessant voorbeeld is te vinden in de TPG 2017, §§ 9.46 en 9.47.

***Stap 4: onderzoek van de verrekenprijsgevolgen van de herstructurering***

Circulaire verrekenprijzen 41 | 49

238. Dit onderzoek dient uitsluitend te geven over de vraag of “iets van waarde” van de geherstructureerde onderneming wordt overgedragen aan een andere groepsonderneming en tegen welke waarde.
239. Waardevolle overdrachten kunnen betrekking hebben op (TPG 2017, §§ 9.48 e.v.)

- materiële vaste activa (bv. voorraden);
- immateriële vaste activa (bv. patenten, merken, contractuele rechten, enz. );
- een activiteit (on going concern);
- uitbesteding van activiteiten (outsourcing).

→ De TPG 2017 bevat verschillende paragrafen ter duiding ter zake, paragraaf 9.48 - 9.74. Bovenstaande geeft geen richting

240. Stopzetting of substantiële herziening van bestaande regelingen, waarbij de vraag rijst of de geherstructureerde entiteit geen recht heeft op een (schade)vergoeding, welke zou moeten worden betaald tussen onafhankelijke partijen. Volgende zaken dienen hiervoor te worden bekeken:

- eventueel wettelijke bepalingen welke hierover terug te vinden zijn in het handelsrecht;
- arm's length karakter van eventuele afspraken tot vergoeding;
- welke partij dient de vergoeding(en) te dragen.

Wanneer bijvoorbeeld een Belgische entiteit die kan gekarakteriseerd worden als een toll manufacturer of een limited risk distributeur bij haar herstructurering uitzonderlijke kosten oploopt (zoals bv. ontslagvergoedingen, uitzonderlijke afschrijvingen, ...) moeten in principe deze kosten doorgerekend worden aan ofwel de principaal ofwel aan de entiteit die de beslissing genomen heeft ofwel aan de entiteit die het voordeel haalt uit de verrichting. Gelet op het voorgaande kunnen deze herstructureringskosten dus in principe niet ten laste genomen worden door de Belgische entiteit. Bij de doorrekening van deze kosten dient er evenwel geen mark-up te worden genomen (zie ook TPG 2017, §§ 9.94 - 9.97).

241. Bedoeling blijft, zoals steeds inzake verrekenprijzen, vast te stellen hoe derde partijen zouden omgaan met de herstructurering en welke vergoedingen door hen zouden worden betaald. Het arm's length karakter dient hier te worden bekeken vanuit het perspectief van de betrokken groepsvennootschappen en niet vanuit groepsniveau (TPG 2017, § 9.12).

242. Voor voorbeelden kan worden verwezen naar:

- conversie van full fledged producent naar contract manufacturer (TPG 2017, § 9.44)
- conversie van full fledged distributor (TPG 2017, § 9.45)
- voorbeeld inzake centrale inkoop (TPG 2017, § 9.25):
  - ✓ bedoeling: volume kortingen en besparingen in administratieve kosten;
  - ✓ voordelen dienen te worden toegewezen aan de verbonden ondernemingen die betrokken zijn bij het realiseren van de synergievoordelen. Verrekenprijzen na de herstructurering

243. Als algemeen principe geldt dat verrekenprijzen niet anders worden bepaald na een herstructurering dan wanneer de activiteiten van in het begin worden gestructureerd. (TPG 2017, §§ 9.98 – 101).



244. Wel kunnen zich een aantal feitelijke verschilpunten voordoen die een impact hebben op de vergelijkbaarheidsanalyse en bijgevolg op de arm's length vergoeding (TPG 2017, §§ 9.102 e.v), bijvoorbeeld

- de voorhanden zijnde andere mogelijke realistische opties van de betrokken partijen;
- de reeds aanwezige marktpenetratie;

#### Circulaire verrekenprijzen 42 | 49

- de vóór de herstructurering opgebouwde intangibles;
- de mogelijk nog te dragen risico's van de pre-conversie activiteiten ("cut-off issue").

245. Wat de selectie en toepassing van een verrekenprijsmethode op transacties na de herstructurering betreft dient men de functies, activa en risico's van beide betrokken partijen te kennen. Aandacht moet hierbij geschonken worden aan de waardevolle (lokaal niet-beschermde) intangibles en aan economische belangrijke risico's die zouden achterblijven bij de geherstructureerde onderneming (TPG 2017, § 9.108).

246. De verrekenprijsmethode moet voortvloeien uit de analyse van de economisch relevante karakteristieken van de verbonden transacties na de herstructurering.

247. In bepaalde omstandigheden kan er een belangrijke relatie bestaan tussen de vergoeding voor de herstructurering en de vergoeding na de herstructurering (TPG 2017, § 9.114).

248. Hierdoor bestaat de mogelijkheid om een compensatie voor herstructurering uit te drukken in een lagere/hogere toekomstige vergoeding tussen de betrokken partijen.

249. Het nut van de vergelijking van de verrekenprijzen voor en na de herstructurering (TPG 2017, §§ 9.117 e.v.) kan worden betwijfeld:

- de vergelijking van de verrekenprijzen voor en na de herstructurering is niet relevant aangezien de vergelijking dient te gebeuren met onafhankelijke partijen;
- het is moeilijk om de functies, activa en risico's die afgestaan worden te waarderen;
- de vergelijking is wel relevant om de herstructurering te begrijpen (welke functies, activa en risico's blijven over).

250. Wanneer de herstructurering betrekking heeft op een verplaatsing van bepaalde activiteiten kan dit "location savings" met zich meebrengen.

## **HOOFDSTUK X FINANCIËLE TRANSACTIES**

### **VOORAF:**

**Gezien men aan OESO zijde nog volop in de consultatiefase zit op basis van een concept-rapport waar overigens (nog) geen consensus over bestaat, raden we ten stelligste aan hierover vooralsnog geen standpunten over in te nemen. We verwijzen graag naar onze commentaren via ons netwerk WTS Global die we overgemaakt hebben aan de OESO en waarin enkele fundamentele bezwaren staan opgenomen:**

**<https://www.wts.com/global/insights/transfer-pricing-for-financial-transactions-wts-global-reply-to-oecd~publishing/>**

**We onthouden ons dan ook van enige commentaar hier – ook al is het duidelijk dat we met tal van zaken fundamentele bezorgdheden hebben in het kader van het arm's length principe en bepaalde voorwendsels geformuleerd (bewijslast interferering) - en lichten graag onze omstandige positie betreffende dit OESO initiatief graag toe.**

### **Inleiding**

251. Het is niet de bedoeling om hier omstandig de bepaling van een arm's length rentevoet voor een intra-groepslening, een intra-groep garantiefee of de vergoedingen van de deelnemers in een cash pool te beschrijven maar wel om een aantal zaken aan te geven waarmee de administratie zal rekening houden bij de behandeling van dossiers waarin dergelijke verrichtingen voorkomen.
252. Hierna worden achtereenvolgens de intra-groep leningen, het verstrekken van intra-groep garanties voor leningen en cash pool behandeld. Aangezien het begrip 'rating' in de drie behandelde intra-groep financiële transacties een belangrijke rol speelt wordt hierover vooraf een kleine toelichting gegeven.

### **Rating**

253. Een rating kan, kort, omschreven worden als de uitdrukking van de kredietwaardigheid van een onderneming. Een rating is m.a.w. een uitdrukking van de mate waarin een ontlenende onderneming in staat geacht wordt aan haar financiële verplichtingen (waaronder de terugbetaling van een lening) te kunnen voldoen.
254. Het bepalen van een rating is van bijzonder belang om een overeenkomstige marktconforme rentevoet en garantievergoeding te kunnen bepalen bij een intra-groep verrichting.
255. Sommige multinationale groepen kregen een rating toegekend door één van de internationale rating bureaus terwijl andere multinationale groepen niet over een dergelijke rating beschikken. De individuele leden van een groep beschikken doorgaans niet over een rating toegekend door

een onafhankelijk ratingbureau. Om tot een marktconforme vergoeding te kunnen komen dienen de administratie en/of de belastingplichtige dus een individuele rating te bepalen voor de ontlenende onderneming(en).

256. Bij het bepalen van een dergelijke rating voor een lid van de multinationale groep zal de administratie rekening houden met o.m. volgende principes:

- zoals in de TPG 2017 aangegeven (§§ 1.158 e.v., § 1.167 en § 7.13) dient een lid van de multinationale groep geen vergoeding te betalen indien het een betere rating heeft, enkel en alleen op basis van het deel uitmaken van de groep. Dit is de zogenaamde ‘impliciete steun’;

Een voorbeeld ter verduidelijking:

Op een zuivere ‘stand alone’ basis heeft een groepslid de volgende rating	BB
Rekening houdend met de ‘impliciete’ ondersteuning heeft dit groepslid de volgende rating	A

Voor de stijging van de rating van BB naar A mag het groepslid geen vergoeding betalen.

- indien een lid van de multinationale groep een belangrijke functie binnen de groep heeft (op het ogenblik van de bepaling van de rating of rekening houdende met de toekomstige

#### Circulaire verrekenprijzen 44 | 49

strategie van de groep) dan zal de rating van het groepslid (zeer) nauw aansluiten bij de rating van de groep;

- indien een onderneming van de groep een garantie verstrekt aan de ontleners dan zal de ontleners dezelfde rating hebben als de garantieverstrekker (hierbij wordt er vanuit gegaan dat de garantieverstrekker een betere rating heeft dan de ontleners);
- aangezien een rating de beoordeling van de (toekomstige) kredietwaardigheid van een ontleners betreft, zal bij het bepalen van de individuele rating van de ontlenende onderneming gehandeld worden alsof de lening reeds werd toegekend;
- er zijn op de markt commerciële tools beschikbaar om ratings te bepalen. De administratie aanvaardt het gebruik van dergelijke tools voor zover deze in de markt erkend worden als zijnde van hoge kwaliteit;
- de maximale rating van een groepslid kan niet hoger zijn dan de rating van de groep zelf.

#### Intra-groep leningen



257. Bij het verstrekken van financieringen binnen de groep dienen zich de volgende vragen aan:

- heeft de uitlener andere realistische opties ter beschikking? De uitlener zal zeker een grondige financiële analyse maken van de mogelijke ontlener
- zou de ontlener ook een financiering (van hetzelfde bedrag, dezelfde looptijd, ...) van een derde (bv bank) kunnen krijgen?
- zou de ontlener, ook al kan hij een financiering van een derde bekomen, hetzelfde bedrag ontlenen gelet op de sector waarin hij actief is?
- zijn de contractuele voorwaarden marktconform? en
- wat is een marktconforme rentevoet?

258. Bovendien is het evident dat ook voor financiële transacties tussen verbonden ondernemingen (en waar van toepassing, d.i. waar in het dubbelbelastingverdrag een artikel 7, versie 2010 opgenomen is, tussen hoofdhuis en vaste inrichting – zie hoofdstuk Vaste inrichtingen en verrekenprijzen) de verrichting nauwgezet dient geanalyseerd te worden. Het framework uit hoofdstuk I van deze circulaire dient dan ook gevolgd te worden voor deze analyse.

259. Inzake financiële transacties zijn er op de markt heel wat vergelijkingspunten te vinden zodat bij intra-groep leningen de toepassing van de CUP methode zeker in overweging dient genomen te worden. Hierbij dient dan naar vergelijkbare transacties tussen derden gezocht te worden. Vergelijkingselementen zijn o.m. de rating van de ontlenende onderneming, het bedrag van de lening, de looptijd van de lening, de munt van de lening, ...

260. Ook een interne CUP kan uiteraard dienst doen als referentie om een marktconforme rentevoet te bepalen voor een intra-groep lening.

261. Indien de CUP methode niet kan toegepast worden, dan dient de marktconforme rentevoet opgebouwd te worden rekening houdende met volgende elementen:

- bepalen van een basisrente (bv LIBOR of EURIBOR voor leningen tot maximaal 1 jaar);
- de looptijd van de lening;
- de rating van de ontlenende onderneming;
- het bedrag van de lening;
- de munt van de lening;
- ...

#### Circulaire verrekenprijzen 45 | 49

262. Indien het zuivere 'doorgeefleningen' betreft, dit zijn lening waarbij de onderneming enkel een rol speelt als doorgeefluik, dan heeft de onderneming, aangezien geen enkel risico genomen wordt met betrekking tot de lening, enkel recht op een vergoeding voor haar diensten. Deze vergoeding kan bv bepaald worden aan de hand van een methode gebaseerd op de kosten voor het verstrekken van de dienst.

#### **Intra-groep garanties**



263. Indien een groepslid een garantie verstrekt aan een ander groepslid (de ontlener) en deze garantie de ontlener in staat stelt om aan betere voorwaarden een lening te bekomen, dan is een vergoeding voor de verstrekte garantie verantwoord.
264. De administratie heeft voor het bepalen van de vergoeding voor de garantie een voorkeur voor de zogenaamde 'yield approach'. Hierbij wordt een vergelijking gemaakt tussen de rente die een onderneming zou dienen te betalen met en zonder de garantie. Hierbij dient eveneens rekening gehouden met het feit dat voor de 'impliciete' garantie geen vergoeding dient betaald te worden.
265. Een voorbeeld ter verduidelijking:

Op een zuivere 'stand alone' basis heeft een groepslid de volgende rating:	BB
Rekening houdend met de 'impliciete' ondersteuning heeft dit groepslid de volgende rating:	A
Na de garantie heeft het groepslid de volgende rating:	AAA

Indien nu, zuiver theoretisch, voor een A rating een rente zou dienen betaald te worden van 4% en voor een AAA rating 1,5%, dan zal de vergoeding voor de garantie liggen tussen 0% en 2,5%. Aangezien beide ondernemingen een zeker 'nut' moeten hebben van de garantie zal de vergoeding voor de garantie geen 0% zijn (in dit geval heeft de garantieverstrekker geen enkel voordeel uit het verstrekken van de garantie) maar ook geen 2,5% (op dit ogenblik zou de genierter van de garantie geen enkel voordeel halen uit de garantie).

### Cash pool

266. De voornaamste reden waarom een multinationale groep een cash pool organiseert is om de 'cash' in de groep beter te kunnen beheren. Het voordeel van een dergelijke cash pool is dat negatieve saldi gecompenseerd worden door positieve saldi en de groep uiteindelijk hetzij minder rente dient te betalen op de totale negatieve positie of meer rente ontvangt voor de totale positieve positie. Door alle posities samen te brengen staat de groep ook sterker om de rentevoeten voor de cash pool te onderhandelen met de bank. De administratie is dan ook van mening dat het grootste voordeel van de cash pool een zogenaamd 'synergie' effect is en dat dit synergievoordeel ten goede dient te komen aan de deelnemers in de cash pool.
267. Inzake cash pool kunnen twee soorten onderscheiden worden:
- de fysieke pooling (ook wel zero balancing genoemd). Hierbij worden de saldi van de rekeningen van de deelnemers dagelijks overgemaakt naar een zogenaamde 'head account' en
  - de notionele pooling waarbij de saldi niet werkelijk overgemaakt worden maar op basis van de saldi wordt een 'theoretische' positie opgesteld en op basis daarvan worden de vergoedingen van de deelnemers in de cash pool berekend.



268. In afwijking van het bepalen van een rating per onderneming neemt de administratie het standpunt in dat inzake cash pool redelijkerwijze kan aangenomen worden dat alle deelnemers aan de cash

Circulaire verrekenprijzen 46 | 49

pool voor elkaar garant staan. Alle deelnemers in de cash pool kunnen dan ook geacht worden dezelfde rating te hebben.

269. Tenzij anders aangetoond wordt, is de administratie van mening dat de cash pool 'leader', dit is de onderneming die de cash pool beheert, een dienst verleent in de cash pool en dat hij dus ook een marktconforme vergoeding dient te ontvangen voor deze dienstverlening. Doorgaans zal deze vergoeding kunnen bepaald worden op basis van een kosten gerelateerde methode.

270. Alle deelnemers in de cash pool dienen door hun deelname een voordeel te behalen. Hierboven werd reeds gesproken van het synergievoordeel. Ook indien bovenop het synergievoordeel nog betere voorwaarden bij de bank kunnen bekomen worden dienen de deelnemers hier mee van te genieten.

271. Alhoewel andere methoden die aanleiding geven tot een marktconforme vergoeding niet uitgesloten zijn, is de administratie van mening dat de vergoeding van de cash pool deelnemers best bepaald wordt op een rentevoet die beter is dan de rentevoet die zij op een 'stand-alone' basis zouden kunnen verkrijgen bij een bank.

272. Indien de cash pool leader effectief een dienstverlener is, dient er op gelet te worden dat deze niet meer ontvangt dan een marktconforme vergoeding voor deze dienst. Meestal zal deze dan bepaald worden op basis van een kostenbenadering. Om uit te sluiten dat de cash pool leader teveel winst zou ontvangen bij het toepassen van de 'verbeterde rentevoet' – methode dient de onderneming periodiek te evalueren of de winst uit de cash pool, na de vergoeding voor de cash pool leader in mindering te hebben gebracht, wel degelijk via de verbeterde rentevoeten onder alle deelnemers aan de cash pool verdeeld wordt.

273. Ten slotte dient opgemerkt dat cash pool een korte termijn verrichting betreft (in principe een dagelijkse verrichting). De administratie is van mening dat indien gedurende een periode van 6 maand dezelfde deelnemer in de cash pool een bedrag als deposito aanhoudt of gedurende dezelfde periode een bepaald bedrag in negatief staat <sup>11</sup>, er geen sprake meer is van cash pool maar dat er eerder sprake is van leningen en ontleningen op korte termijn. <sup>11</sup> Bv. Een bedrag van 2.000.000 EUR. Alhoewel de dagelijkse posities wisselen, wordt er steeds een bedrag van minimaal 2.000.000 EUR hetzij als deposito hetzij als negatief saldo aangehouden gedurende 6 maand. De administratie zal dan oordelen dat dit bedrag van 2.000.000 EUR hetzij een korte termijn lening hetzij een korte termijn ontlening betreft.

## HOOFSTUK XI VASTE INRICHTINGEN EN VERREKENPRIJZEN

Vooraf:

Dit is een 2.5 pagina samenvatting van een +200 pagina rapport (2x 2008 en 2010) dat complex is.

→ Suggestie: Tenzij men een voor een Belgische belastingbetaler een administratieve lasten-reductie kan voorstellen (zero-sum), achten we dit geen voltooid hoofdstuk, en hebben we dit vooralsnog niet in detail becommentarieerd.

Algemeen

274. Artikel 9 van het OESO modelverdrag bepaalt hoe de winstverdeling tussen verbonden ondernemingen (rechtspersonen) dient te gebeuren. Artikel 7 van het OESO modelverdrag bepaalt dan weer hoe de winsttoewijzing tussen hoofdhuis en vaste inrichting dient te gebeuren. Bij deze toewijzing wordt eveneens gebruik gemaakt van de verrekenprijzen.
275. De OESO ontwikkelde hiervoor een uitgebreide toelichting in 2008 en 2010<sup>12</sup>. Het is niet de bedoeling om beide rapporten hier uitgebreid toe te lichten maar wel om de algemene principes van hoofdstuk I van deze rapporten in algemene bewoordingen weer te geven en, waar opportuun geacht, een toelichting te geven van de houding die de administratie met betrekking tot bepaalde situaties zal aannemen.
276. Het is belangrijk om aan te geven dat artikel 7 van het OESO modelverdrag in 2010 grondig gewijzigd werd. België heeft nog maar enkele dubbelbelastingverdragen waarin artikel 7 van het OESO modelverdrag van 2010 is opgenomen. Bij de opmaak van de circulaire is het dubbelbelastingverdrag met Zwitserland het enige verdrag dat een artikel 7, versie 2010 bevat. De verdragen met Japan en Noorwegen, die binnenkort in werking zullen treden, bevatten eveneens een artikel 7, versie 2010. Verder werd met de Verenigde Staten overeen gekomen om bij de toepassing van het dubbelbelastingverdrag ook de AOA (Authorised OECD Approach) uit het OESO rapport 2010 toe te passen.
277. De methode die België hanteert om de winstverdeling tussen hoofdhuis en vaste inrichting te regelen is de zogenaamde AOA. Hierbij is het van groot belang om een onderscheid te maken tussen de verdragen die een artikel 7 van het OESO modelverdrag bevatten van vóór 2010 en de verdragen die een artikel 7 bevatten zoals opgenomen in het OESO modelverdrag vanaf 2010.
278. De verschillen tussen beide artikelen kunnen als volgt samengevat worden:
- voor een dubbelbelastingverdrag dat gebaseerd is op het OESO Modelverdrag van vóór 2010 kunnen geen leningen, met uitzondering van banken en verzekeringen, verstrekt worden tussen hoofdhuis en vaste inrichting (of vice versa). Er kunnen, met uitzondering van banken en verzekeringen, dus ook geen intresten betaald worden op basis van dergelijke leningen tussen hoofdhuis en vaste inrichting (of vice versa) en

- voor een dubbelbelastingverdrag dat gebaseerd is op het OESO Modelverdrag van vóór 2010 wordt geacht dat de immateriële vaste activa niet specifiek kunnen toegewezen worden aan hoofdhuis of vaste inrichting. Er is dan ook geen betaling van royalty's mogelijk tussen vaste inrichting en hoofdhuis (of vice versa). Met dit onderscheid dient steeds rekening gehouden bij het lezen van het vervolg van dit hoofdstuk en bij de toepassing in de praktijk.

279. Alhoewel in een hoofdhuis - vaste inrichting relatie geen wettelijk onderscheid kan gemaakt worden om uit te maken wie bepaalde activa in bezit heeft, de risico's op zich neemt, het kapitaal bezit, ... dient toch gehandeld te worden alsof hoofdhuis en vaste inrichting twee afzonderlijke ondernemingen zijn.

*12 beide rapporten kunnen teruggevonden worden via deze link*

<http://www.oecd.org/tax/transferpricing/attributionofprofitstopermanentestablishments.htm>

#### Circulaire verrekenprijzen 48 | 49

280. Om die reden is onder artikel 7 van het OESO Modelverdrag een mechanisme ontwikkeld om risico's toe te wijzen, de economische eigendom van activa en kapitaal, ...

281. Deze toewijzing gebeurt op basis van de zogenaamde Significant People Functions (SPF). Dit wil zeggen dat activa, risico's, kapitaal, ... aan hetzij het hoofdhuis hetzij de vaste inrichting zullen toegewezen worden in functie van het belang van de activiteiten die personen (aanwezig in het hoofdhuis of de vaste inrichting) uitoefenen in relatie tot die activa, risico's, ...

282. Ondanks het feit dat er juridisch in principe geen handelingen (verkopen, dienstverlening, ...) kunnen plaatsgrijpen tussen hoofdhuis en vaste inrichting wordt er voor de toewijzing van de winst aan de vaste inrichting toch gehandeld alsof hoofdhuis en vaste inrichting afzonderlijke ondernemingen zijn. De OESO spreekt in dit geval van 'dealings' tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Deze 'dealings' zijn verrichtingen die tussen verbonden ondernemingen (rechtspersonen) aanleiding geven tot de toepassing van verrekenprijzen.

#### **De toepassing van de AOA methode: 2 stappen**

283. In stap 1 dient een grondige functionele en feitenanalyse uitgevoerd te worden (zoals aangegeven in hoofdstuk I van deze circulaire) om uit te maken wie (het hoofdhuis of de vaste inrichting) de economische eigendom heeft van activa, bepaalde risico's op zich neemt, ...

284. Op basis van deze analyse dienen de activa dan verdeeld te worden tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting. Tevens zal deze analyse bepalen waar de risico's genomen worden m.b.t. bepaalde verrichtingen.

285. Uiteindelijk zal op basis van de verdeling van de activa en de toewijzing van de risico's ook 'vrij kapitaal' (d.i. financiering van de onderneming die geen aanleiding geeft tot aftrekbare intresten) en schuld verdeeld worden tussen hoofdhuis en vaste inrichting. Merk op dat de

schuld die op deze wijze toegewezen wordt aan de vaste inrichting ook aanleiding geeft tot aftrekbare intresten bij de vaste inrichting.

286. In stap 2 van de AOA dienen dan de verrekenprijnsregels toegepast te worden om een marktconforme prijs te bepalen voor de 'dealings'.
287. Bij stap 2 mag niet vergeten worden dat ook de functies die niet kunnen beschouwd worden als SPF dienen vergoed te worden op basis van de verrekenprijnsregels.

**Op welke wijze dient 'vrij kapitaal' aan de vaste inrichting toegewezen te worden?**

288. Zowel in het rapport 2008 als in het rapport 2010 worden een aantal methoden opgenomen om 'vrij kapitaal' toe te wijzen aan de vaste inrichting. Het valt buiten het doel van deze circulaire om een omstandige uiteenzetting op te nemen van de diverse methoden. De methoden zullen hierna kort aangehaald en toegelicht worden.

***De 'Capital allocation approach'***

289. De toewijzing van 'vrij kapitaal' gebeurt in verhouding tot de toegewezen activa en risico's. Indien bv. 10% van de activa en de risico's zijn toegewezen aan de vaste inrichting dan wordt ook 10% van het 'vrij kapitaal' van het hoofdhuis toegewezen aan de vaste inrichting.
290. Door de eenvoudige toepassingsmodaliteiten en het feit dat deze methode meer dan waarschijnlijk ook aanleiding geeft tot een correcte verdeling, heeft de administratie een voorkeur voor de toepassing van deze methode.

Circulaire verrekenprijzen 49 | 49

***De 'Economic capital allocation approach'***

291. Deze methode is gebaseerd op het meten van risico's. M.a.w. de onderneming gaat de risico's effectief meten en in functie van deze meting het 'vrij kapitaal' verdelen tussen hoofdhuis en vaste inrichting.

***De 'Thin capitalisation approach'***

292. Hierbij wordt na de functionele en feitenanalyse nagegaan welk bedrag aan 'vrij kapitaal' de vaste inrichting zou nodig hebben op basis van een vergelijking met onafhankelijke ondernemingen in het land van het hoofdhuis. Hierbij dient natuurlijk rekening gehouden te worden met de toegewezen activa, risico's, ...

***De 'Quasi thin capitalisation approach / Regulatory minimum capital approach'***

293. Bij deze methode worden aan de vaste inrichting dezelfde eisen gesteld die een regulator zou stellen aan een rechtspersoon. In principe kan deze methode dus slechts gebruikt worden als 'safe harbour' bij sectoren die gereguleerd zijn.

294. Voor de OESO zijn dit in principe geen aanvaardbare methoden. Zij kunnen eventueel wel aanvaard worden als een soort 'safe harbour approach'.

***BIS ratio en Cleansed BIS ratio***

295. De BIS ratio methode kan uitsluitend toegepast worden bij financiële instellingen. Bij deze methode wordt Tier 1 en Tier 2 kapitaal (Tier 2 kapitaal geeft meestal ook recht op aftrek intresten) evenredig verdeeld over het hoofdhuis en de vaste inrichting.

296. Bij de Cleansed BIS ratio wordt enkel 'kapitaal' dat geen recht geeft op intrestaftrek evenredig verdeeld tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting.

---