

MR. M.I.E. VAN HERKSEN LL.M EN MR. P. CH. BIEMOLD

# Zeggenschap in de leer van verrekenprijzen en in het ondernemingsrecht

O &amp; F

56

Nr. 75 / maart 2007

Sinds 1995 houden fiscalisten in Europa zich in het bijzonder bezig met de leer van de verrekenprijzen. Immers, in juli van dat jaar werden de OESO richtlijnen voor verrekenprijzen gepubliceerd<sup>1</sup>. Deze richtlijnen dienen als revisie en compilatie van voorgaande rapporten van het OESO Comité Fiscale Zaken aangaande verrekenprijzen en multinationale ondernemingen. De OESO richtlijnen interpreteren de in artikel 9 van het OESO Modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting neergelegde “arm’s length standard”. Deze houdt in dat gelieerde ondernemingen met elkaar dienen te transigeren als zijnde onafhankelijk van elkaar.

In dit artikel wordt de rol van zeggenschap in de leer van verrekenprijzen besproken. In het bijzonder het feit dat noch de OESO richtlijnen, noch artikel 9 van het OESO Modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting een nauwkeurige definitie geven van “zeggenschap” valt op. Immers, indien de vereiste zeggenschap aanwezig wordt geacht, kan dit tot onaangename fiscale consequenties leiden. De auteurs pleiten voor een nauwkeuriger definitie van zeggenschap binnen de leer van de verrekenprijzen die minder discretie biedt aan de belastinginspecteur om correcties op te leggen, maar stellen vast dat zowel in het ondernemingsrecht als fiscaal recht, de definitie van zeggenschap vaag is en daardoor voor bredere interpretatie vatbaar is.

Vervolgens bekijken de auteurs een uitspraak gewezen in 2004 in Canada, waarbij misbruik van verrekenprijzen geacht werd verantwoordelijk te zijn voor een te lage verkoopprijs van aandelen, en merkwaardigerwijs ingeroepen werd door aandeelhouders, en niet door de fiscus. De minderheidsaandeelhouder

beriep zich (met succes) op misbruik van verrekenprijzen om een hogere verkoopprijs te ontvangen voor de aandelen die zij gedwongen werd te verkopen. Het inroepen van misbruik van verrekenprijzen was in deze niet gericht op het bereiken van fiscale consequenties, maar uitsluitend op het bereiken van een commercieel resultaat, te weten een hogere verkoopprijs. De auteurs stellen zich vervolgens de vraag of dit ook een in Nederland te verwachten ontwikkeling zou kunnen worden.

## Zeggenschap in het ondernemingsrecht

In het ondernemingsrecht denkt men bij het begrip zeggenschap vooraleerst aan de definitie van dochtermaatschappij van artikel 24a Boek 2 Burgerlijk Wetboek. Deze definitie is gebaseerd op zeggenschap bestaande uit:

- (i) het alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering uitoefenen van een rechtspersoon door een andere rechtspersoon of een of meer van dochtermaatschappijen;
- (ii) het meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen kunnen benoemen of ontslaan van een rechtspersoon waar van de rechtspersoon of een of meer van zijn dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder zijn<sup>2</sup>.

Zeggenschap of centrale leiding komt echter ook voor bij de definitie van groep zoals opgenomen in artikel 24b boek 2 Burgerlijk Wetboek. Een groep in hiervoor bedoelde zin is “*een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.*”

<sup>1</sup> Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, July 1995.

<sup>2</sup> Prof. mr. P. Sanders, Mr. W. Westbroek bewerkt door Mr. J.K. Buijn, Prof. mr. P.M. Storm, BV en NV, paragraaf 1.6.2.

Uit deze definitie kunnen de volgende elementen worden gedestilleerd:

- (i) organisatorische verbondenheid en
- (ii) economische eenheid.

Als derde element wordt in de literatuur vaak “centrale leiding” genoemd. Wil er van een groep sprake zijn dan dient aan alle drie de elementen cumulatief te zijn voldaan<sup>3</sup>. Een eenduidig handvat voor de definitie van groep, zoals: “een aandeelhoudersrelatie van tenminste 5% kwalificeert als groep” en dus als verbonden met elkaar, wordt dus (ook) in het ondernemingsrecht niet gegeven.

Van organisatorische verbondenheid is normaliter sprake in geval van aandeelhoudersrelaties of statutaire voorzieningen. Daarnaast kunnen contracten tussen rechtspersonen een organisatorische verbondenheid inhouden, bijvoorbeeld overeenkomsten die benoemingsrechten van bestuursleden inhouden of overeenkomsten die ertoe leiden dat directies van twee of meerdere rechtspersonen uit dezelfde personen bestaan<sup>4</sup>. Hoewel sprake kan zijn van een aandeelhoudersrelatie, bijvoorbeeld moeder- dochtermaatschappij, hoeft dit niet tot gevolg te hebben dat deze relatie wordt aangemerkt als een groep, bijvoorbeeld indien er geen economische eenheid tussen deze twee rechtspersonen bestaat omdat de moeder een beleggingsmaatschappij is en zich niet met de dochter bemoeit<sup>5</sup>.

Voor economische eenheid is kort gezegd van belang dat de centrale leiding daadwerkelijk wordt uitgeoefend, bijvoorbeeld door middel van gecentraliseerde hiërarchische organisatie in de betrokken vennootschappen ter uitvoering van een gemeenschappelijke strategie<sup>6</sup>. Wanneer een dergelijke strategie ontbreekt en enkel sprake is van gemeenschappelijk gebruik van financiële middelen dan is geen sprake van een groep en dus geen sprake van zeggenschap/verbondenheid.<sup>7</sup>

Een voorbeeld van een groep waar geen sprake is van een kapitaalverband maar waar wel aan alle drie de elementen voor groep wordt voldaan is het Unilever concern. Er is sprake van een personele unie tussen de Engelse en de Nederlandse tak, daarnaast is er

sprake van contractuele en statutaire bepalingen die deze band versterken.<sup>8</sup>

### Zeggenschap in de leer van de verrekenprijzen

Lid 1 van artikel 9 van het OESO Modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting geeft voor zover relevant aan dat:

1. Where
  - a. an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or
  - b. the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two 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.

Vrij vertaald stelt Artikel 9 van het OESO Model verdrag dat indien er (direct of indirect) deelname is in management, control of kapitaal van een onderneming en ook nog condities toegepast of opgelegd zijn tussen de twee ondernemingen aangaande hun commerciële of financiële relaties die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan er een correctie kan worden gemaakt op de transactie (en de winst resulterende uit de transactie bij de ene onderneming. Lid 2 van Artikel 9 geeft vervolgens aan dat de Staat van de andere onderneming een corresponderende correctie dient toe te passen). In het commentaar op Artikel 9 wordt toegelicht dat het gaat om “parents and subsidiaries under common control” en dat de OESO richtlijnen de internationaal geaccepteerde principes en richtlijnen geeft voor toepassing van de arm’s length standard. Meer toelichting wordt er niet gegeven voor het vaststellen van de vereiste aanwezigheid van deel-

<sup>3</sup> Rechtspersonen, Commentaar art. 24b.

<sup>4</sup> Kluwer Rechtspersonen, Artikelsgewijs commentaar artikel 24b

<sup>5</sup> Prof. Mr. P. Sanders, Mr. W. Westbroek bewerkt door Mr. J.K. Buijn, Prof. mr. P.M. Storm. BV en NV, paragraaf 1.6.6.

<sup>6</sup> Mr. P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, Van de BV en de NV, blz. 32.

<sup>7</sup> Kluwer Rechtspersonen, Artikelsgewijs commentaar artikel 24b

<sup>8</sup> Mr. P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, Van de BV en de NV, blz. 33 en Prof. Mr. P. Sanders, Mr. W. Westbroek bewerkt door Mr. J.K. Buijn, Prof. mr. P.M. Storm, BV en NV, paragraaf 1.6.5.

name is in management, control of kapitaal van een onderneming. Gevolg hiervan is dat naast aandeelhoudersrelaties ook een bestuurders-, of toezichtrelatie kan leiden tot gelieerdheid. Hier is (volgens de Nederlandse wetgever) voor gekozen omdat de toegenomen globalisering tot gevolg heeft gehad dat internationale concerns groter zijn geworden, wat er toe heeft geleid dat gebruik wordt gemaakt van een mondiaal en uitgebreider net van concernmaatschappijen. Dit uitgebreidere net leidt ertoe dat de aandeelhoudersrelatie tussen het ene en het andere concern-onderdeel soms moeilijk is vast te stellen. Tevens is gebleken dat door concerns steeds vaker gebruik wordt gemaakt van lichamen zonder een in aandelen verdeeld kapitaal, zoals stichtingen en buitenlandse rechtsvormen zoals trusts. In die gevallen is helemaal geen sprake van een aandeelhoudersrelatie. Het enkele aansluiten bij de aandeelhoudersrelatie voor de vaststelling of sprake is van gelieerdheid leidt tot een situatie waarbij gelieerdheid eenvoudig stuurbaar en dus manipuleerbaar is. Dit wordt niet wenselijk geacht<sup>9</sup>. De OESO richtlijnen geven ook geen definitie voor wanneer ondernemingen afdoende geassocieerd zijn om verrekenprijzen correcties op te kunnen leggen.

Er lijken dus op basis van Artikel 9 van het OESO modelverdrag twee cumulatieve vereisten te zijn voordat de fiscus tot prijsaanpassing kan over gaan:

1. het moet gaan om een transactie tussen gelieerde ondernemingen, (maar een definitie van wanneer de vereiste gelieerdheid aanwezig is wordt niet gegeven);
2. er moet sprake zijn van condities die toegepast of opgelegd zijn tussen de twee gelieerde ondernemingen aangaande hun commerciële of financiële relaties die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan.

Ten aanzien van de tweede eis, het toepassen van condities die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan, kan in het kort gesteld worden dat de aanwezigheid van condities in de praktijk gemeten wordt door de winstmarge van een gelieerde onderneming met een bepaalde functionaliteit te vergelijken met de winstmarge van een onafhankelijke onderneming met een vergelijkbare

functionaliteit. Er wordt dus niet zozeer gekeken naar of de gelieerde transactie *en sich* een opmerkelijke termijn, korting of andere conditie heeft. Er wordt gekeken of de operationele winstmarge of bruto winstmarge behaald op de activiteiten verricht door middel van de gelieerde transactie valt binnen een bandbreedte die vastgesteld wordt door de operationele winstmarge of bruto winstmarge behaald op de activiteiten verricht door onafhankelijke ondernemingen. Dit proces bestaat uit een zogenaamde comparability of vergelijkbaarheidsanalyse en een benchmark, doorgaans met behulp van financiële gegevens afkomstig uit een publieke database. Daarbij worden een aantal door de OESO richtlijnen voorgeschreven verrekenprijsmethoden gebruikt om de vereiste vergelijking te verrichten, bestaande uit de Comparable Uncontrolled Price methode, de Cost plus methode, de Resale Price methode, the Transactionele Net Marge methode en de Profit Split methode, welke in deze bespreking niet verder toegelicht worden.

Artikel 9 is inmiddels op grote schaal direct of indirect geïncorporeerd in het lokale belastingrecht van de respectievelijke OESO lidstaten. In Nederland is dit expliciet gedaan door het opnemen van artikel 8b in de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 met ingang van 2001<sup>10</sup>.

Helaas heeft ook de Nederlandse nationale wetgever zich niet gewaagd aan het nader definiëren van de vereiste zeggenschap om te komen tot gelieerde ondernemingen. Er is geen aansluiting gezocht bij artikel 24a of 24b Burgerlijk Wetboek. Het is dus onduidelijk of een aandelenbelang met zeggenschap van 51%, 50%, of minder leidt tot de vereiste zeggenschap om een (fiscale) verrekenprijscorrectie op te kunnen leggen. Economische verhoudingen kunnen leiden tot zeggenschap, zelfs in het geval van een minderheidsbelang. Tot op heden is er weinig jurisprudentie waarbij de definitie van gelieerde ondernemingen of zeggenschap aan de orde is gesteld. Dit is merkwaardig, omdat de eerste logische verdediging tegen een correctie op verrekenprijzen lijkt te liggen in het stellen dat de partijen niet afdoende gelieerd zijn om onder artikel 8b van de Wet op de Vennootschapsbelasting te vallen.

<sup>9</sup> Memorie van Toelichting, Tweede Kamer vergaderjaar 2001-2002, 28 034, no. 3 p. 20

<sup>10</sup> Artikel 8b VpB lid 1 luidt als volgt: "Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of het toezicht op, dan wel in het kapitaal van een ander lichaam en tussen deze lichamen ter zake van hun onderliggende rechtsverhoudingen voorwaarden worden overeengekomen of opgelegd (verrekenprijzen) die afwijken van voorwaarden die in het economische verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen, wordt de winst van die lichamen bepaald alsof die laatstbedoelde voorwaarden zouden zijn overeengekomen." Lid 2 luidt als volgt: "Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een zelfde persoon, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam".

Volgens de parlementaire geschiedenis bij de invoering van artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting is van belang voor het constateren van gelieerdheid dat de aandeelhouder, toezichthouder en/of bestuurder voldoende zeggenschap heeft om invloed uit te oefenen ten aanzien van de vaststelling van de prijzen voor de transacties die tussen de betrokken lichamen plaatsvinden. Per situatie zal beoordeeld dienen te worden of materieel sprake is van een dergelijke zeggenschap. Over het algemeen zal de aanwezigheid van normaal toezicht niet tot een dergelijke zeggenschap leiden. Dit betekent dat van een dergelijke zeggenschap niet snel sprake zal zijn bij de veel voorkomende situatie dat een bank in het kader van kredietverstrekking een toezichthoudende functie vervult bij een onderneming. Ook een commissaris zal als toezichthouder een dergelijke zeggenschap over het algemeen niet kunnen beïnvloeden.<sup>11</sup>

In de Verenigde Staten is de definitie van zeggenschap bij herhaling aan de orde gesteld. Vooral de Forman zaak heeft geleid tot jurisprudentie die de definitie van gelieerdheid feitelijk heeft opgerekt tot “acting in concert with a common goal to arbitrarily shift income”.<sup>12</sup> In de Forman casus besloten twee natuurlijke personen gezamenlijk een joint venture te beginnen, ieder met een 50% belang. De onderneming ontving renteloze leningen van beide aandeelhouders afzonderlijk, maar onder identieke voorwaarden en steeds zonder rente verplichting en zonder aflossingsvereiste. De belastinginspecteur legde een correctie op bij de twee aandeelhouders voor te ontvangen (en te belasten) rente resulterende van de leningen aan de joint venture. Daar geen van beide ondernemers een meerderheidsbelang hadden, werd door de belastingplichtige natuurlijke personen gesteld dat de Internal Revenue Service geen autoriteit had om een correctie op te leggen, immers, er was geen “common control” aanwezig. Dit werd door de rechter in beroep verworpen met verwijzing naar het feit dat “acting in concert with a common goal to arbitrarily shift income” equivalent geacht kon worden te zijn aan “common control”.

Nederlandse fiscale jurisprudentie kent een uitspraak uit 1992 waarbij gesteld werd dat een vermomde winstuitdeling van een BV aan een andere vennootschap ook mogelijk is wanneer zij *geen* gemeenschappelijke aandeelhouder hebben. In het onderhavige geval liet een vennootschap zich - ken-

nelijk op niet-zakelijke gronden - winst ontgaan ten gunste van een andere vennootschap, waarin de zoon van de grootaandeelhouder van eerstbedoelde vennootschap middellijk aandeelhouder was. Hoewel dit arrest gewezen is vóór de invoering van de OESO richtlijnen van 1995 en voordat de tekst van Artikel 9 van het OESO model verdrag expliciet werd opgenomen in artikel 8b Wet op de Vennootschapsbelasting, blijkt uit het arrest dat de enige reden voor de onzakelijke prijsstelling en het afzien van belastbare winst in Nederland, werd geacht te zijn gelegen in het feit dat de twee vennootschappen afzonderlijk gehouden werden door respectievelijk een vader en een zoon. Meer tekst en uitleg aangaande gelieerdheid werd niet aan de orde gebracht<sup>13</sup>. De toets van het zijn van gelieerde vennootschappen werd in deze casus feitelijk gepasseerd. Advocaat Generaal Verburg stond hier in zijn conclusie expliciet bij stil. Opgemerkt werd door de AG dat indien bijvoorbeeld een leverancier op grond van feitelijke machtsverhoudingen aan een bepaalde afnemer tegen lagere dan de gebruikelijke prijzen levert, de conclusie zal zijn dat zijn marktpositie de leverancier dwingt tot een dergelijke afwijkende prijsstelling maar de overeengekomen prijs toch een zakelijke zal zijn. In de procedure bleef de vraag naar de geleerdheid als vereiste voor een fiscale correctie buiten de rechtstijd van partijen. Mede daarom had een beroep op de afwezigheid van gelieerdheid in beroep geen succes. Gezien de ontwikkelingen in de leer van de verrekenprijzen kan men zich terecht afvragen of de in deze zaak toegepaste (doel)redenering vandaag de dag nog zou kunnen, maar de zaak geeft al wel aan dat er niet veel animo lijkt te zijn om gelieerdheid als randvereiste te toetsen bij de rechterlijke macht.

In een uitspraak in 2002, stelde de fiscus dat het feit dat ten aanzien van transacties tussen de vennootschappen in kwestie (a) de verkoopprijs autonoom opgelegd werd door de Japanse moedermaatschappij, en (b) de Nederlandse dochtervennootschap verliezen maakte op de vanuit Japan ingekochte producten A, tot gevolg had dat er sprake was van een onzakelijke prijsstelling. Het criterium gelieerdheid werd in deze zaak niet zozeer getoetst als wel of verliezen in gelieerd verband niet anders konden zijn dan het resultaat van misbruik van verrekenprijzen. Het toepassen van de tweede eis voor een verrekenprijz correctie; condities die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan, was dus in casu in geding.

<sup>11</sup> Memorie van Toelichting, Tweede Kamer vergaderjaar 2001-2002, 28 034, no. 3 p. 21

<sup>12</sup> B. Forman Company v. Commissioner 453 F.2d 1144 (1972).

<sup>13</sup> Hoge Raad 25 november 1992 (Nr. 27 519) BNB 1993/41 c

De inspecteur had de bewijslast aannemelijk te maken dat de moedermaatschappij, de aandeelhoudersrelatie weggedacht, lagere verrekenprijzen zou hebben gehanteerd of dat derden, de aandeelhoudersrelatie wederom weggedacht, niet bereid zouden zijn geweest de in casu gehanteerde gedragslijn te accepteren. Op alle in dat jaar ingekochte producten A werd verlies gemaakt, maar met het hele assortiment van afgenomen producten tezamen werd winst gemaakt. De inspecteur werd belast met de bewijslast dat een onafhankelijke derde in hoedanigheid van afnemer tenminste zou hebben getracht onder de hierboven beschreven gedragslijn uit te komen. Pas dan kon gezegd worden dat aannemelijk was geworden dat belanghebbende louter om haar moeder te gerieven en dus met onzakelijke motieven producten A bleef inkopen waarvan bij verkoop slechts verliezen te verwachten waren. De inspecteur stelde dat alleen gekeken hoefde te worden naar de resultaten behaald met distributie van product A en de onderdelen daarvan. Het Hof dacht daar anders over. Ook in relatie met een onafhankelijke distributeur is immers zeer wel denkbaar dat het afnemen van het gehele assortiment wordt voortgezet ook wanneer een onderdeel daarvan verliezen oplevert. Dat zou pas anders zijn als die verliezen in tijd en omvang onaantvaardbare proporties waren gaan aannemen. Daarvan was niet gebleken, en de bewijslast werd door het Hof (en de inspecteur) bij belastingplichtige neergelegd. De Hoge Raad maakte korte metten met de redenering van het Hof. Advocaat Generaal Wattel voegde toe dat het Hof niet heeft onderzocht of een onafhankelijke distributeur in de specifieke situatie van belanghebbende zou zijn doorgegaan met verliesgevende import van product A<sup>14</sup>.

Waar de eerste vereiste voor een corrigerende belastingaanslag, de aanwezigheid van zeggenschap, niet nauwkeurig uitgewerkt is in de theorie of praktijk, is de tweede vereiste voor een fiscale correctie, die van condities die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan zeer uitgebreid toegelicht en uitgewerkt, met name in de OESO richtlijnen, maar ook in diverse door de Nederlandse belastingdienst uitgevaardigde besluiten<sup>15</sup>.

Tot op heden bleven definities en begrippen toegepast binnen de leer van de verrekenprijzen grotendeels daar waar ze behoren: op het fiscale terrein. Uiteraard wordt er van tijd tot tijd waar mogelijk een beroep gedaan op begrippen en gebruiken uit andere rechtsgebieden binnen het belastingrecht (en vooral voor verrekenprijs kwesties) zoals de toepassing van de zgn. 25-75% vuistregel die voortkomt uit jurisprudentie in het intellectuele eigendomsrecht<sup>16</sup>. Zeker in het geval van teleologische redenering, kan gebruik van ontwikkelde theorieën of doctrines uit andere rechtsgebieden een uitkomst bieden ter verdediging tegen een dreigende correctie. De leer van de verrekenprijzen lijkt doelbewust af te zien van een strikte omschrijving van de vereiste zeggenschap om een prijscorrectie op te kunnen leggen. Als gevolg hiervan heeft de fiscus een ruime discretionaire bevoegdheid en de rechter ogenschijnlijk maar weinig instrumentarium om die discretie te toetsen. Zeggenschap om intercompany prijzen te beïnvloeden kan immers feitelijk voorkomen uit verschillende oorzaken. Dit is ook in de aangehaalde jurisprudentie aan de orde gesteld. Waar feitelijke zeggenschap tussen onafhankelijke partijen niet leidt tot prijs correcties (maar wel degelijk aanwezig is zijn vanwege de zakelijke verhoudingen) worden gelieerde ondernemingen door de leer van verrekenprijzen benadeeld. Zij worden immers gedwongen te bewijzen dat hun winstmarges niet beïnvloed zijn door de gelieerde verhouding. De tweede eis om een verrekenprijscorrectie op te leggen, het aanwezig zijn van condities die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan, wordt dan de bepalende factor. Deze tweede eis wordt in de praktijk echter getoetst door toepassing van statistische rekenmethoden, welke vanwege hun afhankelijkheid van veelal beperkte kwaliteit van de data, vaak niet een overtuigend betrouwbaar beeld geven van wat een passende zakelijke vergoeding is. Het gevolg hiervan is dat de belastingplichtige bloot gesteld wordt aan het risico van correcties en de beslissende factor uiteindelijk het dragen van de bewijslast wordt. Het is niet moeilijk om te zien dat een minder grote discretionaire bevoegdheid en dus nauwkeuriger definitie van zeggenschap meer (gewenste) zekerheid zou geven aan

<sup>14</sup> Hoge Raad 28 juni 2002 (Nr. 36 446) BNB 2002/343 c

<sup>15</sup> Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ 2001/295M, vervangen door Besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ 2004/680M.

<sup>16</sup> In gevallen waarin de fiscus een beroep doet op de waarderingmethoden voorgeschreven in de OESO richtlijnen ter vaststelling van een zakelijke royalty in gelieerd verband voor het gebruik van immateriële activa, wordt in de praktijk wel eens beroep gedaan op deze vuistregel die dient om een royalty percentage te bepalen in gevallen van inbreuk op intellectuele eigendom en voor het vaststellen van de gederfde inkomsten als gevolg van de inbreuk. Deze praktijkregel valt buiten de OESO richtlijnen, maar is desalniettemin een indicatie van wat niet gelieerde ondernemingen in de praktijk als prijs hanteren.



belastingplichtigen. De zeggenschap van artikel 24a Boek 2 Burgerlijk Wetboek geeft een duidelijk handvat waar een belastingplichtige met zekerheid uit kan ontwaren of er gelieerdheid is ja of nee. Verbondenheid op basis van artikel 24b boek 2 Burgerlijk Wetboek, te weten door middel van organisatorische verbondenheid of het zijn van een economische eenheid is weer aanzienlijk subjectiever. Centrale leiding is een begrip wat ook in de fiscaliteit terugkomt, en vrijwel recht evenredig met de term verbonden ondernemingen zoals die in de leer van der verrekenprijzen wordt toegepast.

### **Verrekenprijzen theorie toegepast in het Ondernemingsrecht**

De verrekenprijzen leer werd in 2004 nadrukkelijk toegepast om een civiel/commercieel resultaat te behalen in plaats van een fiscaal resultaat. De Ford Motor Company of Canada ("Ford Canada") case betrof een gecompliceerde rechtzaak waarbij de aandelen van Ford Canada, een Canadese vennootschap wiens aandelen vrij verhandeld werden, werden opgekocht door Ford Motor Company U.S. ("Ford USA") een Amerikaanse vennootschap.

In 1995 had Ford USA 93.83% procent van de totaal uitstaande aandelen van Ford Canada in handen. De resterende uitstaande aandelen Ford Canada waren in het bezit van Ontario Municipal Employees Retirement Board, een onafhankelijk pensioenfonds. Ford USA maakte gebruik van een zgn. "going private" transactie onder Canadees vennootschapsrecht op basis waarvan het belang van aandeelhouders beëindigd kan worden zonder volledige toestemming van de aandeelhouder<sup>17</sup>. Ford deed daarbij een aanbod aan de minderheidsaandeelhouders Ford Canada van 150 USD per aandeel. Dit was gebaseerd op een waarderingsrapport opgesteld door Salomon Smith Barney met een bandbreedte van tussen de 110 - 150 USD. Een speciaal door Ford Canada ingesteld comité ingesteld liet eveneens een waardering verrichten die een bandbreedte van 170 - 200 USD per aandeel opleverde. Deze waardering was gebaseerd op de financiële gegevens (jaarstukken) van Ford Canada. Als gevolg verhoogde Ford USA haar bod tot 185 USD per aandeel en het speciaal ingestelde comité van Ford Canada gaf daarna een positief advies af aan de aandeelhouders voor verkoop van de aandelen.

Op een speciale aandeelhoudersvergadering van

Ford Canada werd de transactie goedgekeurd, waarbij 90% van de totale aandeelhouders van Ford Canada instemden met verkoop, maar 53% van de minderheidsaandeelhouders tegen stemden. Op basis van de van toepassing zijnde regels onder het Canadese vennootschapsrecht kon de verkoop van de aandelen desalniettemin voortgang vinden.

De minderheidsaandeelhouders die tegen gestemd hadden startten vervolgens een rechtzaak waarin ze de prijs die Ford USA zou betalen voor de aandelen Ford Canada aan de orde stelden. De minderheidsaandeelhouders stelden dat 185 USD per aandeel een te lage prijs was en niet de marktwaarde van Ford Canada vertegenwoordigde. Gesteld werd dat vanwege misbruik van verrekenprijzen gedurende de periode 1966 tot 1995, Ford Canada minder winstgevend was geweest dan het op arm's length basis zou zijn geweest en dat de jaarstukken en gebruikte financiële gegevens een te lage waarde weergaven. De Canadese fiscus had overigens in het geheel geen winstcorrecties opgelegd bij Ford Canada, maar ook geen verrekenprijs onderzoek ingesteld gedurende de relevante periode. Om deze stelling te onderzoeken werden de intercompany transacties tussen Ford Canada en Ford USA aan de orde gesteld.

Ford Canada en Ford USA hielden zich beiden bezig met assemblage, productie en verkoop van geassembleerde producten aan dealers in hun eigen markten. Prijzen voor de componenten die geproduceerd werden door de (beide) productie afdelingen en verkocht werden aan de assemblage afdelingen werden autonoom vastgesteld door Ford USA. Idem de prijzen voor de kant-en-klaar geassembleerde producten die verkocht werden aan de verkoopdivisies. De verkoop divisies waar de geassembleerde producten verkocht werden waren de afdelingen die markt-risico liepen. Ford USA produceerde gedurende de relevante periode auto's die door Ford Canada's verkoopdivisie in Canada werden verkocht. De verkoopdivisie van Ford Canada had verliezen voor de periode 1977-1995. De verkoopdivisie van Ford USA had slechts incidenteel een verlies. Vastgesteld werd dat de Canadese markt mede vanwege de zwakkere Canadese dollar ten opzichte van de US dollar en overcapaciteit minder gunstig was dan de Amerikaanse markt.

<sup>17</sup> Zie: Notice of Revised Policy on Going-Private Transactions, Policy Statement 11.21 in Consolidated Canada Business Corporations Act and Regulations, 19th ed. (Toronto: Caswell, 2000) p. 447.

De rechtzaak draaide feitelijk om het gehanteerde verrekenprijs systeem, waarbij de verkoop divisie marktrisico liep, en de productie en assemblage een gegarandeerde vergoeding kregen. Een deel van de verliezen van Ford Canada werden vervolgens toerekenbaar geacht aan de te hoge intercompany prijzen voor componenten en geassembleerde producten, waarmee Ford Canada geen winst marge kon behalen in de markt van Canadese auto dealers.

Waarderingsrapporten die de interne transacties beoordeelden, resulteerde in bandbreedtes tot 555 – 670 USD per aandeel Ford Canada. Uiteindelijk besloot de rechter na lang beraad dat de marktwaarde voor de aandelen Ford Canada gesteld moest worden op 207 USD per aandeel in plaats van 185 USD.

In de Ford Canada zaak werd de zeggenschap van Ford USA over de intercompany prijzen en de autonome prijszetting aangemerkt als reden waarom Ford Canada verliezen leed en derhalve financiële cijfers rapporteerde die niet afdoende winstgevendheid weergaven. Dat de Canadese belastingdienst dit niet zelfstandig vastgesteld had deed niet ter zake. De ontevreden minderheidsaandeelhouders deden een beroep op de leer van de verrekenprijzen om aan te tonen dat er condities toegepast of opgelegd waren tussen de twee gelieerde ondernemingen aangaande hun commerciële of financiële relaties die afwijken van wat onafhankelijke ondernemingen zouden hebben gedaan. Met behulp van waarderingsrapporten

opgesteld door economen die gebruik maakten van verrekenprijs methoden, werd met succes onderbouwd dat de verkoopprijs voor de aandelen Ford Canada te laag waren.

Nu de verrekenprijzen theorie steeds breder en vaker toegepast wordt door de fiscus en door fiscale adviseurs en fiscaal advocaten is het zonder meer te verwachten dat de respectievelijke rechtsgebieden die te maken hebben met het belastingrecht zoals het ondernemingsrecht (maar ook het intellectuele eigendomsrecht en contracten recht) meer op de verrekenprijzen leer afgestemd zullen raken om een belastingplichtige de nodige onderbouwing te geven dat haar verrekenprijzen deugdelijk zijn. Het lijkt dan ook zeker te verwachten dat omgekeerd, hetzelfde zal gebeuren. De methode gebruikt door de (minderheids)aandeelhouders in de Ford Canada zaak om de verkoopprijs van de aandelen op te vijzelen (door te stellen dat de verrekenprijzen gebruikt waren om winst te verschuiven), zou ook in Nederland gebruikt kunnen worden om de prijs voor aandelen van een gelieerde vennootschap te beïnvloeden. Het lijkt dan ook raadzaam voor ondernemingsrecht juristen om de ontwikkelingen in de leer van de verrekenprijzen te (blijven) volgen.

**Mr. M.I.E. van Herksen LL.M en Mr. P. Ch. Biemold**